



Julie Grangeon

La contribution de l'action privée à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne

Étude en droit de la concurrence à la lumière du private enforcement en droit américain

GRANGEON Julie. *La contribution de l'action privée à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne - Étude en droit de la concurrence à la lumière du private enforcement en droit américain*, sous la direction d'Éric CARPANO, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2022.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2022LYSE3008>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N° d'ordre NNT : 2022LYSE3008

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de
L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de Droit n° ED 492

Discipline de doctorat : Droit
Mention : Droit européen, international et comparé

Soutenue publiquement le 25/03/2022, par :
Julie GRANGEON

**La contribution de l'action privée à la mise en œuvre
du droit de l'Union européenne**

Étude en droit de la concurrence à la lumière du private enforcement en droit américain

Sous la direction du professeur Éric CARPANO

Devant le jury composé de :

CHAIEHLOUJ, Walid	Professeur des universités, Université de Perpignan
CLAUDEL, Emmanuelle	Professeure des universités, Université Panthéon-Assas Paris 2
MARTI, Gaëlle	Professeure des universités, Université Jean Moulin Lyon 3
MARTUCCI, Francesco	Professeur des universités, Université Panthéon-Assas Paris 2
CARPANO, Éric	Professeur des universités, Université Jean Moulin Lyon 3

Rapporteur
Examineur
Examineur
Rapporteur
Directeur

*« J'aime les gens qui doutent, les gens
qui trop écoutent leur cœur se balancer
J'aime les gens qui disent et qui se
contredisent et sans se dénoncer
J'aime les gens qui tremblent, que parfois
ils ne semblent capables de juger
J'aime les gens qui passent moitié dans
leurs godasses et moitié à côté

J'aime leur petite chanson
Même s'ils passent pour des cons »*

« Les Gens qui doutent », Anne SYLVESTRE, 1977

Information au lecteur

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur, le Professeur Éric CARPANO. Votre bienveillance et la confiance que vous m'avez accordée dès le Master 2 ont été les raisons du choix de me lancer dans ce (long) parcours et, certainement, les moteurs de son achèvement.

J'adresse ma profonde gratitude aux Professeurs Olivier MORETEAU (*LSU*) et Mark PATTERSON (*Fordham University*) pour leur accueil chaleureux et nos échanges dans le cadre de deux séjours de recherche en tant que *Visiting Scholar*. Je remercie le Professeur Walid CHAIEHLOUD, la Professeure Emmanuelle CLAUDEL, la Professeure Gaëlle MARTI, le Professeur Francesco MARTUCCI pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de juger ces travaux.

Je remercie l'ensemble du CEE, et tout particulièrement les doctorant·e·s (Amaury, Charlie, Clémentine, Falilou, Florian, Georges, Marylou, Marie, Mathieu, Yassine) pour n'avoir jamais été des collègues, mais plutôt des compagnons de route et, pour beaucoup, de véritables ami·e·s.

Un merci tout particulier à ceux sans qui, c'est évident, cette thèse n'aurait jamais été achevée. Pour leurs encouragements dès mes premiers pas au CEE, leurs conseils et leurs relectures, merci à Loïc et Mathieu C. Pour leur écoute, leur soutien, leur humour mais aussi et bien sûr leur intelligence, merci à Amaury, Mathieu R et Yassine. Enfin, quelques mots ne seront pas suffisants pour remercier Étienne qui, en plus de ses immenses qualités humaines, maîtrise à la perfection le concept de « critique bienveillante » : tous nos échanges, même les plus brefs, ont chaque fois permis d'enrichir ma réflexion. Je ne saurais que dire de son soutien dans les moments les plus difficiles.

Je ne remercierai sans doute jamais assez mes parents, ainsi que mon adorable fratrie, Pauline et Thomas. Votre soutien et votre amour me sont essentiels. Merci à ma belle famille, pour leur appui durant toutes les étapes de ce travail.

Merci à Gauthier, à qui, par pudeur, je n'oserai ici exprimer pleinement l'intensité de mon amour et l'importance de sa présence au quotidien.

Merci à Romane, ma fille, qui a tout éclairé.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADE	Annuaire du droit de l'Union européenne
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
aff.	Affaire
aff. jtes	Affaires jointes
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
ANC	Autorités nationales de concurrence
<i>Arch. Philo. Dr.</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
c.	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
<i>CML. Rev.</i>	Common market law review
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>Cah. dr. eur</i>	Cahiers de droit européen
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
ccl.	Conclusions

CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
cf.	Confer
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Cons.	Considérant
Cons. conc.	Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence)
<i>Contr. conc. cons.</i>	Revue Contrats, concurrence et consommation
CPC	Code de procédure civile
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Dir.	Directive
dir.	Sous la direction de
<i>Dr. adm.</i>	Revue droit administratif
<i>E.L.Rev.</i>	European Law review
<i>ECLR</i>	European Competition Law review
éd.	Editions
<i>ELR</i>	European Law Review

<i>Europe</i>	Revue Europe
<i>EUI</i>	European University Institute
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
GAJUE	Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem
<i>Jcl.</i>	Encyclopédie JurisClasseur
<i>JCP</i>	JurisClasseur périodique – Semaine juridique
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
<i>LPA</i>	Les petites affiches
Mél.	Mélanges en l'honneur de
n°	Numéro
obs.	Observations
p./pp.	Page/pages
préc.	précité
Pt	Point
PUAM	Presses universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes

<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rép. dr. eur.</i>	Répertoire de droit européen
<i>Rép. dr. comm.</i>	Répertoire de droit communautaire
<i>Req.</i>	Requête
<i>Rev. conc. cons</i>	Revue de la concurrence et de la consommation
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIEJ</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RMCUE</i>	Revue du marché commun de l'Union européenne
<i>RMUE</i>	Revue du marché unique européen
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Comm.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>RUE</i>	Revue de l'Union européenne
<i>s.</i>	Et suivant(e)s
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>Suppl.</i>	Supplément
<i>t.</i>	Tome
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
v.	Voyez
Vol.	Volume
YEEL	Yearbook of European Environmental Law
YEL	Yearbook of European Law

En droit américain

<i>ABA</i>	<i>American Bar Association</i>
<i>Antitrust Bull.</i>	<i>Antitrust Bulletin</i>
<i>DOJ</i>	<i>Department of Justice</i>
<i>FRE</i>	<i>Federal Rule of Evidence</i>
<i>FRCP</i>	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
<i>FTC</i>	<i>Federal Trade Commission</i>
<i>J.</i>	<i>Journal</i>
<i>L. Rev.</i>	<i>Law Review</i>
<i>S. Ct</i>	<i>Supreme Court</i>
<i>U.</i>	<i>University</i>

SOMMAIRE

PARTIE 1 – IDENTIFICATION FONCTIONNELLE DU *PRIVATE ENFORCEMENT*

.....41

TITRE 1 – Une dualité fonctionnelle fondatrice.....45

CHAPITRE 1 – UNE FINALITE SUBJECTIVE INHERENTE A L’ACTION PRIVEE 47

CHAPITRE 2 – UNE FINALITE OBJECTIVE INTEGREE A L’ACTION PRIVEE 111

Titre 2 – Une dualité fonctionnelle perturbatrice.....187

CHAPITRE 1 – DIMENSION DE DROIT PROCEDURAL.....189

CHAPITRE 2 – DIMENSION DE DROIT SUBSTANTIEL 263

PARTIE 2 – MUTATIONS PROCESSUELLES DU *PRIVATE ENFORCEMENT*.....333

Titre 1 – Un cadre processuel neutralisé 338

CHAPITRE 1 – LES VECTEURS DE LA NEUTRALISATION.....341

CHAPITRE 2 – LES MANIFESTATIONS DE LA NEUTRALISATION 391

Titre 2 – Un cadre processuel renouvelé 455

CHAPITRE 1 – LA REGENERATION DES FONDEMENTS DU *PRIVATE ENFORCEMENT* 457

CHAPITRE 2 – VERS UNE RESTRUCTURATION DES INSTRUMENTS DU *PRIVATE ENFORCEMENT* ...505

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Selon moi, les victimes de restrictions de concurrence dans l'Union européenne recherchent uniquement, à la différence peut-être de leurs homologues américains, la protection juridique d'un droit de recours tiré du droit privé plutôt qu'à mettre en œuvre une politique publique »¹.

« (l)a reconnaissance, en droit de l'Union, d'un droit à la réparation de tous les préjudices subis par les victimes des entraves illicites à la libre concurrence [a été consacrée] non pas seulement dans l'intérêt desdites victimes, mais surtout pour préserver les intérêts généraux liés à cette liberté. La jurisprudence postérieure à ces deux arrêts a encore renforcé cette approche, en encourageant la mise en œuvre privée desdites règles de concurrence (communément appelée "private enforcement") »².

1. Contradiction apparente. Tenus à moins de deux ans d'intervalle, par le même avocat général, ces propos témoignent parfaitement de l'embarras des juristes européenistes à appréhender le concept de *private enforcement*. Alors qu'en 2013, l'avocat général JÄÄSKINEN met en lumière la finalité purement subjective de l'action en réparation intentée à la suite d'une pratique anticoncurrentielle – signalant expressément par-là la différence avec le système américain – il souligne, en revanche, en 2014, sa finalité normative à l'échelle de l'Union : l'action du particulier n'a pas pour unique visée la satisfaction personnelle, mais participe aussi au contrôle des intérêts généraux, sinon de l'intérêt général, protégés par les règles de concurrence.

2. Au-delà de la contradiction interne propre à l'avocat général qu'elles révèlent, ces deux approches ne sont, en soi, guère surprenantes.

3. La première est le reflet de la conception civiliste traditionnelle de l'action et, en creux, du rôle du particulier dans le système juridique. Cette approche trouve d'ailleurs écho, en 2016, dans les conclusions d'un autre avocat général, lorsque celui-ci énonce que « [le private enforcement] obéit à une logique indemnitaire de protection des intérêts privés, qui se distingue

¹ Ccl. JÄÄSKINEN, présentées le 7 févr. 2013, spéc. pt 48 sur CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et a.*, aff. C-536/11.

² Ccl. JÄÄSKINEN, présentées le 11 déc. 2014 sur CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, aff. C-352/13.

de celle guidant l'application des règles de concurrence par la Commission, orientée vers la poursuite de l'intérêt général au maintien d'une structure concurrentielle des marchés »³. S'exprime alors ici pleinement la logique binaire selon laquelle la sphère privée, ou société civile, guidée par des intérêts particuliers est séparée, par une cloison étanche, de la sphère publique, représentée par les personnes publiques, qui porte l'intérêt général. Incapable de penser le collectif, le particulier agirait pour la défense de ses droits subjectifs, et donc dans son intérêt personnel, quand le ministère public, lui, défendrait le Droit dans l'intérêt général. Dès lors, l'action en justice du particulier ne contribuerait, au mieux, que de manière incidente ou aléatoire à la réalisation du droit⁴.

4. La seconde est le reflet de la logique instrumentale, récemment qualifiée de « subjectivisation fonctionnelle »⁵, caractéristique du droit de l'Union. Depuis ses premières heures, celui-ci subvertit les catégories nationales établies et la dichotomie public-privé n'y fait pas exception⁶. À peine est-il besoin de rappeler l'apport de l'arrêt *Van Gend en Loos* pour la construction de l'ordre juridique de l'Union. En comptant sur « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits »⁷, pour assurer un contrôle qui s'ajoute à celui de la Commission ou des États, la Cour de justice brouille les lignes. À travers la figure de « vigie », elle reconnaît l'alliance entre l'intérêt subjectif du requérant et celui, objectif, de la mise en œuvre des règles⁸.

³ Ccl. MANGOZZI présentées le 5 juill. 2016, spéc. pt 82 sur CJUE, *Commission c/ Aer Lingus*, 21 déc. 2016, aff. C-164/15 P.

⁴ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, spéc. n° 172. Selon lui, c'est « par chance » que l'étendue du trouble illicite d'une personne coïncide avec l'étendue du fait illicite objectivement envisagé.

⁵ J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2020. Cette expression vise à désigner le processus par lequel l'individu concret, avec ses droits, ses intérêts et sa situation subjective, est érigé en sujet du droit de l'Union dans l'objectif de réaliser les objectifs assignés à l'intégration européenne et, à titre principal, la réalisation du marché intérieur.

⁶ P. PESCATORE, « Public and Private Aspects of Community Competition Law », *Fordham Intern. L. J.*, 1987, pp. 373-419 ; L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2010, pp. 842-860 ; J.-S. BERGE, « La *summa divisio* droit privé/droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? une question pour quoi ? », in B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Dalloz, 2010, pp. 45 et s ; S. BARBOU DES PLACES, « *Summa Divisio* et droit communautaire : dépassement, déplacement ou reconstitution d'une frontière disciplinaire », in X. BIOY, (dir.), *L'identité du droit public*, LGDJ, 2010 ; O. ODUDU, « The public/ private distinction in EU Internal Market Law », *RTDE*, 2010, vol. 46, pp. 827-841.

⁷ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos / Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62.

⁸ Sur cette imbrication sur laquelle nous reviendrons largement : L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire » in A. PIROVANO (Mél.), *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 285 (« Ces droits-libertés doivent toutefois être considérés avec beaucoup de précaution. Dans l'ordre juridique communautaire, octroyer une liberté et lui conférer le rang de liberté fondamentale ne signifie pas seulement accorder un statut de protection individuelle, cela veut dire d'abord assurer l'effectivité de l'objectif d'intégration. Par-là se dessine une sorte d'alliance objective entre la protection des droits individuels et la promotion de

5. L'on pressent ainsi intuitivement que l'action susceptible de correspondre à l'idée d'une « mise en œuvre privée du droit objectif » – pour anticiper ici une définition sommaire du concept comparable de *private enforcement* connu en droit américain – se situe, dans l'Union, au carrefour de deux logiques *a priori* divergentes : celle du modèle individualiste de l'action, dont la construction au sein de la tradition civiliste a conduit à éloigner l'action de l'intérêt général, d'une part, et celle instrumentale de l'Union, d'autre part, qui fait du particulier un instrument de la mise en œuvre du droit.

Tel est le point de départ de la présente étude.

6. Objet de la thèse. À partir de l'exemple du droit européen de la concurrence, au sein duquel ces orientations procédurales se déploient déjà visiblement, cette thèse se propose ainsi d'interroger le rôle de l'action des particuliers dans la mise en œuvre du droit objectif à la lumière du concept américain de *private enforcement*. Le droit américain⁹ constituera un appui essentiel pour éprouver la réalité sinon l'opportunité de sa transposition dans le système juridique de l'Union. Plus fondamentalement, la réflexion portera sur l'influence que le concept de *private enforcement* est en mesure d'exercer sur la substance profonde du rapport entre le particulier et le Droit.

7. Plan de l'introduction. Afin de mieux saisir les ressorts de la confrontation entre les deux logiques (individualiste et instrumentale) de l'action, il faut d'abord revenir sur l'origine de la recherche (I). C'est à la suite de cette première démarche que l'intérêt et les enjeux du sujet apparaîtront (II). Il sera alors temps de délimiter le champ de l'étude (III) et de préciser les choix méthodologiques retenus (IV). Une fois ces éléments définis, nous pourrons exposer la problématique et les pistes suivies pour y répondre (V).

l'intégration. L'ordre juridique communautaire appelle la participation de ses sujets "vigilants" à la réalisation des interdictions édictées par le traité »).

⁹ Précisons dès ce stade que l'expression « droit américain » visera le droit états-unien, et plus précisément le droit fédéral en vigueur aux États-Unis.

I – Naissance de la recherche et éléments de contexte

8. L'étude d'un concept doctrinal. Le *private enforcement* appartient au « méta-langage »¹⁰, c'est-à-dire, le langage que pratiquent les juristes. Il se distingue du langage du droit, que l'on assimile à celui par lequel le droit se donne à voir, celui dans lequel sont exprimées les normes juridiques¹¹. Le langage du droit produit des énoncés quand celui des juristes consiste en des « énoncés sur des énoncés ». Force est de constater qu'en droit américain comme en droit de l'Union, aucun énoncé, législatif¹² ou prétorien¹³, n'a jusqu'à présent consacré fermement la signification du *private enforcement*. La détermination rigoureuse du sens de l'expression ne peut alors provenir d'une recherche de ses occurrences en droit positif¹⁴. Mais si l'on accepte de considérer que le langage du droit n'est pas tout le langage juridique, son absence formelle au sein du droit positif n'en altère pas pour autant son intérêt. Le *private enforcement* est un concept doctrinal¹⁵ que la thèse se propose d'analyser à travers ses manifestations concrètes en

¹⁰ On emprunte l'expression à : A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit social*, 1999, p. 115. Dans le même sens : B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, 2009, spéc. p. 26.

¹¹ La distinction langage du droit langage des juristes aurait été implicitement opérée par Kelsen à travers sa distinction des *Rechtsnormen* et des *Rechtssätze* en 1923. Mais elle trouverait en réalité sa première utilisation en ces termes dans un article de B. WROBLEWSKI de 1949 en langue polonaise (« La langue des règles la langue des juristes », cité par G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, LGDJ, 1965, p. 3 et pp. 53 et s.). Sur l'ensemble du thème, V. les travaux d'Antoine JEAMMAUD (et not. : « Norme et règle de droit », *Annales de la Faculté de droit et des sciences éco. de Lyon*, 1972-II, p. 105, spéc. n° 4 p. 109) et de manière générale : « Le langage du droit », *Arch. Philo. Dr.*, t. XIX, Sirey, 1974 ; J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société*, n° 8, 1988, p. 13.

¹² L'expression n'apparaît pas en tant que telle en droit américain. En droit de l'Union, l'affirmation peut être nuancée puisque la directive 2014/104 y fait référence explicitement, mais uniquement dans sa version anglaise (v. not. les considérants 3, 5 et 6). Dans la version française, en revanche, les passages sont traduits par l'expression « mise en œuvre du droit sur initiative de la sphère privée ».

¹³ On signalera néanmoins que la Cour de justice a récemment, mais néanmoins timidement, appréhendé la notion dans l'arrêt *Sumal* dans lequel on peut lire que : « (i)l découle de ce qui précède que, au même titre que la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union par les autorités publiques (public enforcement), les actions en dommages et intérêts pour violation de ces règles (private enforcement) font partie intégrante du système de mise en œuvre desdites règles, qui vise à réprimer les comportements anticoncurrentiels des entreprises et à dissuader celles-ci de se livrer à de tels comportements (arrêt du 14 mars 2019, *Skanska Industrial Solutions e.a.*, C-724/17, EU:C:2019:204, point 45) ». (CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal*, aff. C-882/19, pt 37).

¹⁴ Jusqu'à l'arrêt *Sumal* précité, la recherche d'occurrences sur le site de la Cour de justice (*curia*) renvoie à certaines conclusions d'avocats généraux (cf. *supra* § 1 et 3) ou à l'argumentation des parties. Le constat est similaire dans une recherche en langue anglaise, la Cour préférant l'expression « *implementation* » lorsqu'elle fait référence à la mise en œuvre des règles par les personnes privées.

¹⁵ On oppose classiquement le concept à la notion. La différence entre les deux n'est toutefois pas aisée et a fait l'objet de débats au sein de la doctrine juridique française. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, n°520 et s. V. également : X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogation sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 21, spéc. p. 22. Les auteurs s'accordent sur le flou de la distinction. Pour ceux qui admettent une différence de définition : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, n° 170 ; « À la recherche de concepts émergents en droit », D. 2012, pp. 1567 et s. (« les concepts ne sont que "des représentations mentales générales et abstraites d'objets", susceptibles de compréhension et de généralisation, tandis que les notions sont objet de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible »). Nous justifions plus précisément le choix

droit positif. À l'image de certains principes¹⁶, le concept désigne aussi cette proposition par laquelle le juriste restitue l'idée qui se dégage d'un corps de règles de droit et qui paraît l'animer. L'idée de *private enforcement* ne peut qu'être un concept entendu comme une construction théorique dans un but de connaissance et de réflexion sur l'objet principal : en l'espèce, l'action en justice des particuliers, abordée, dans la présente étude, sous l'angle spécifique du droit de la concurrence.

9. L'émergence du *private enforcement* en droit de la concurrence. À l'échelle de l'Union, la sémantique du *private enforcement* est principalement apparue dans le champ du droit de la concurrence au début des années 2000.

Sur ce point, le modèle américain a été une source principale d'inspiration. Aux États-Unis, la surveillance de l'ordre concurrentiel par les personnes privées a été pensée et organisée dès 1890¹⁷, date de l'élaboration des règles substantielles *antitrust*. Si les premiers temps ne se sont pas révélés décisifs¹⁸, les institutions ont par la suite multiplié les incitations afin d'inviter les particuliers à agir devant les tribunaux. Au-delà des instruments de procédure civile fédérale traditionnels¹⁹ (déjà incitatifs), le législateur fédéral américain a fait le choix d'ajouter des modalités de mise en œuvre spécifiques²⁰ afin de s'assurer du contrôle des règles par les opérateurs eux-mêmes. Le bilan est connu : 90 % de la mise en œuvre des règles est traditionnellement assuré par les personnes privées²¹.

Reflet d'une conception différente de la régulation de la concurrence, l'intérêt de recourir aux personnes privées est beaucoup plus récent dans l'Union. Contrairement aux États-Unis, il a longtemps été considéré que l'infraction aux règles de concurrence trouble d'abord l'ordre

du terme « concept » sur la base de la distinction de Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (« *tandis que la notion désignerait certains termes du droit positif auxquels sont liées des conséquences [...] le concept serait propre aux discours de type théorique* »).

¹⁶ B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, préc., spéc. p. 21 (« les principes idées »).

¹⁷ L'actuelle *Section 4* du *Clayton Act* relative à l'action en réparation n'est que la reprise de l'ancienne *Section 7* du *Sherman Act* qui prévoyait déjà la possibilité pour toute victime d'agir en justice afin d'obtenir initialement des *double damages* en réparation de son préjudice. V. not. sur ce point : E. W. KINTNER, (dir.), *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, 1978.

¹⁸ De nombreuses études empiriques remarquent un essor relatif du contentieux dans les premières années du *Sherman Act*. V. not. : D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011.

¹⁹ L'on songe aux procédures de *discovery* et de *class action*. Cf. *infra*. Partie I, Titre 2, Chapitre 1, §313 et s.

²⁰ Tels que les *treble damages* ou la prise en charge des coûts du procès par le procédé de *one way cost*. Cf. *infra*. Partie I, Titre 2, Chapitre 1, section 1, §314 et s.

²¹ Not. sur ce point : C. A. JONES, « A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe ? Reflections from the US », in C.-D. EHLERMANN, I. ANASTASIU (dir.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart 2003.

public et appelle ainsi des réponses de la puissance publique²². Pendant plus de soixante ans, la mise en œuvre des règles de concurrence a ainsi principalement été assurée par les autorités publiques de régulation (Commission et autorités nationales de concurrence) grâce à des moyens publics²³. Cela étant, la Cour de justice n'a jamais laissé planer le doute sur le rôle normatif que peuvent jouer les actions privées en matière concurrentielle, évacuant l'idée selon laquelle celui-ci ne pourrait s'épanouir que dans le champ restreint de contentieux « verticaux ». Dès 1974, elle reconnaît que les règles du traité sur les pratiques anticoncurrentielles « engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder »²⁴. Mais c'est en 2001, dans l'arrêt *Courage*²⁵, qu'elle affirme clairement que l'effet direct a pour conséquence d'attribuer aux particuliers le même rôle complémentaire qu'en matière verticale. Le droit d'action en réparation assure l'effet utile des dispositions du traité en renforçant « le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence »²⁶. Solution qu'elle a par la suite largement réaffirmée²⁷. La Commission a aussi pris conscience, dès les années 1980, de l'intérêt du développement des actions civiles pour assurer une pleine efficacité des règles et de la politique de concurrence²⁸. Elle y accordera toutefois une attention plus marquée à la suite de la réaffirmation par le juge de l'Union en 2001²⁹. Marquant un véritable changement de paradigme dans la conception de la régulation de la concurrence, le Livre vert de la Commission de 2005 a ouvert la voie à la réflexion relative à l'harmonisation

²² C. PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », *Concurrences*, n° 4-2008, pp. 50-63. Cf. *infra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²³ En 2004, le Rapport *Ashurst* constatait ainsi le sous-développement des actions privées (Rapport Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 2004)

²⁴ CJUE, 30 janv. 1974, *Sabam*, 127/73.

²⁵ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage c/ Crehan*, aff. C-453-99.

²⁶ *Ibid.* spéc. pt 27 (« Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimilés, susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans l'Union »).

²⁷ CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, aff. C-95 à 298/04 ; CJCE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09 ; CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11 ; CJUE, 5 juin 2014, *Kone e.a. c/ ÖBB-Infrakstruktur AG*, aff. C-557/12 ; CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, aff. C-352/13 ; CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, aff. C-637/17 ; CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich e. a.*, aff. C-435/18 ; CJUE, 14 mars 2019, *Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions Oy et al.*, aff. C-724/17. Et pour sa réaffirmation la plus récente : CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal*, aff. C-882/19, pt 33.

²⁸ Dès 1983, elle énonce qu'« il est souhaitable que l'application judiciaire des articles 85 et 86 comprenne également l'octroi de dommages et intérêts aux personnes qui subissent un préjudice, puisque cela rendrait le droit communautaire plus efficace » (*Thirteenth Report on Competition Policy*, Brussels, Luxembourg, 1984, p. 136).

²⁹ Il faut également préciser que le mouvement de décentralisation a également été symbolisé par le législateur avec le Règlement 1/2003 qui a fait du juge national un acteur essentiel de la modernisation de la mise en œuvre des règles de concurrence.

des règles substantielles et procédurales en matière d'actions civiles à la suite d'une pratique anticoncurrentielle. Celui-ci ayant toutefois été considéré comme trop ambitieux (car, préconisant des instruments proches de ceux consacrés en droit américain), la Commission a procédé à une véritable inflexion de l'esprit des règles à partir du Livre blanc de 2008³⁰. Ce texte sera suivi en 2013 du « paquet *private enforcement* »³¹ qui se concrétisera par l'adoption de la directive 2014/104³², aujourd'hui définitivement transposée dans les États membres³³. L'ensemble de ces textes a visé à développer les actions en réparation à la suite d'infractions aux règles de concurrence par des opérateurs économiques et a, *de facto*, réduit largement la place du principe d'autonomie procédurale³⁴. À ces évolutions normatives à l'échelle de l'Union s'ajoutent celles du droit national. En droit français par exemple, la loi Hamon permet depuis 2014 aux consommateurs victimes d'une pratique anticoncurrentielle d'engager une action de groupe³⁵. Enfin, il convient de signaler que – et même si les infractions au droit de la

³⁰ La Commission a notamment abandonné la proposition d'intégrer des dommages et intérêts punitifs. Pour une présentation des différentes philosophies envisageables et une approche critique de celle finalement retenue : M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement : A normative and practical approach », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8(1), p. 59 s., spéc. p. 62 à 69 ; P. NEBBIA, « Damages Actions For The Infringement Of EC Competition Law : Compensation Or Deterrence », *E. L. Rev.*, 2008, 33(1), p. 23 s. ; H.-W. MICKLITZ, « Collective Private Enforcement in Antitrust Law – What is Going Wrong in the Debate », in J. BASEDOW, J. P. TERHECHTE, L. TICHY, (dir.), *Private Enforcement of Competition Law*, Nomos, 2011, p. 101, spéc. p. 114 à 117 ; J. G. DELATRE, « Beyond the White Paper : Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8(1), p. 29 s., spéc. p. 31 et 32 ; R. AMARO, « Plurality is the key : collective redress, consensual settlements and other incentive devices », in J. DERENNE, E. MORGAN de RIVERY, N. PETIT, *Antitrust damages in EU law and policy*, GCLC Annual Conferences Series, 2014, p. 81 s.

³¹ Le paquet législatif dit « paquet *private enforcement* » désigne un ensemble de cinq documents regroupant une proposition de directive (Comm. UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, SWD (2013) 203 final) et quatre autres textes (*Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, JOUE, n° L 201, 26 juill. 2013 ; *Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs* ; *Comm. UE, Communication relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE* : JOUE, n° C 167, 13 juin 2013. ; *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE*).

³² Dir. 2014/104/UE du 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE n° L 349/1 du 5 déc. 2014 (ci-après « directive 2014/104 »).

³³ En droit français, elle a été transposée par une ordonnance et un décret du 9 mars 2017 (Ord. n° 2017-303, 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles ; D. n° 2017-305, 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles datés du 9 mars 2017).

³⁴ Certains observateurs ont pu s'en offusquer (C. BRÖMMELMEYER, E. JEULAND, M. SERAFIMOVA, « Directive "Private enforcement" : l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes ? », *JCP E*, 2015, n° 343). Pour le constat de manière générale : E. CLAUDEL, « Feu le principe d'autonomie procédurale ? », *Concurrences*, n° 1-2015, pp. 5-7.

³⁵ L. n° 2014-344, 17 mars 2014 relative à la consommation. Cf. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2, §400 et s..

concurrence sont assez étonnement exclues du champ matériel – le législateur européen a récemment adopté une directive sur les actions représentatives en protection des intérêts collectifs des consommateurs³⁶.

10. Intérêt doctrinal. La densité de production normative européenne et nationale ainsi que le rythme soutenu auquel elle se développe témoignent incontestablement des enjeux que représente l'action du particulier dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Sans surprise, le sujet a suscité, parallèlement au développement en droit positif³⁷, un intérêt croissant au sein de la littérature juridique. À l'échelle de l'Union, plusieurs études approfondies ont été menées dans le champ du droit de la concurrence ou de la consommation³⁸ ; certaines cherchant à mesurer l'efficacité des actions civiles³⁹. De nombreuses analyses ont ciblé une modalité procédurale particulière et, principalement, l'action de groupe⁴⁰. Aussi, la doctrine privatiste française ne ménage pas ses efforts en s'engageant à faire, chaque année, l'état des lieux des évolutions normatives et contentieuses⁴¹. Pour la plupart, ces travaux ont abouti à un double constat : celui d'une volonté de développement des actions privées par les institutions de l'Union, d'une part, et celui

³⁶ Dir. 2020/1828/UE du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JOUE n° L 409 du 4 déc. 2020 (ci-après « directive 2020/1828 »).

³⁷ Même avant les évolutions les plus marquantes, ce thème n'était déjà pas ignoré, V. not. : D. BARTHE, *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence : étude comparative des procédures communautaires et française*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 1997 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004 (pour le constat de logiques divergentes du droit civil et du droit de la concurrence).

³⁸ A. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement : Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008 ; B. J. RODGER, (dir.), *Comparative Private Enforcement & Consumer Redress in the EU*, Wolters Kluwer, vol. 56, 2014 ; M. IOANNIDOU, *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford University Press, 2015 ; A. TERCINET, *La lutte contre les cartels internationaux: réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2010.

³⁹ G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Université Montpellier I, 2012 ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014 (il distingue le contentieux autonome et le contentieux complémentaire).

⁴⁰ S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, 2010. Cet instrument a souvent été abordé dans le cadre d'études comparatives : M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, 2012 ; M.-J. AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, 2013 ; A. ANDREANGELI, *Private Enforcement of Antitrust. Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and the US*, Edgar Elgar, 2014 ; B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, Université de La Rochelle et de Laval, 2014 ; B. ALLARD, *L'action de groupe, étude franco-américaine des actions collectives en défense des intérêts individuels d'autrui*, Paris, V, 2016.

⁴¹ On pense ici aux colloques annuels organisés fin mars par la Cour d'appel de Paris et la Revue *Concurrences* (Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union) depuis 2018.

de l'efficacité relative des dispositifs législatifs nationaux comme européens, d'autre part⁴². Il est en effet largement admis que les évolutions législatives sont loin de remettre en cause la prédominance du *public enforcement*.

11. S'il est possible d'inférer, de ces constructions doctrinales diffuses, des résultats visiblement convergents, celles-ci se concentrent, en substance, à identifier des tendances marquées au développement des actions privées et à la mesure de leur (in)efficacité. Bien que ces résultats soient indispensables à la compréhension du phénomène de montée en puissance des actions privées, ils n'en restent pas moins étrangers à toute démarche de conceptualisation de celles-ci. C'est de ce point de vue que se dévoilent l'objet, les intérêts et les enjeux de la présente recherche.

II – Objet, intérêts et enjeux de la recherche

12. Interroger le rôle des actions privées dans la mise en œuvre du droit à la lumière du concept américain de *private enforcement* inscrit la démarche dans une certaine forme d'intemporalité. Le sujet a pour ambition à la fois de dévoiler les fondements historiques sur lesquels repose le concept, mais également d'interroger leur adéquation avec le contexte actuel. Ce deuxième point invite alors à se pencher sur les mutations plus globales que peut connaître l'action en justice des particuliers. Les intérêts, l'objet et les enjeux de la recherche sont alors les suivants. D'abord, la clarification du concept de *private enforcement*, point d'appui de notre réflexion, a incontestablement été un élément moteur de notre recherche (A). Ensuite, d'un point de vue théorique, l'étude vise à interroger la perméabilité du droit de l'Union au concept de *private enforcement* et, par-là, de mesurer l'influence du droit américain sur celui-ci (B). Aussi, de manière prospective, le sujet interroge la pérennité des cadres de pensée traditionnels et, plus particulièrement, du rôle des particuliers dans l'ordre juridique (C). Enfin, sur le plan pratique, la clarification, non pas cette fois du concept, mais des régimes juridiques par lesquels il est mis en œuvre, a été un objectif déterminant (D).

A) Clarifier le concept de *private enforcement*

13. Au regard du flou sémantique qui entoure le concept de *private enforcement*, le premier intérêt de notre réflexion tient dans ses perspectives de clarification. À l'évidence, on peine à

⁴² L'essor du contentieux est, certes, observable mais demeure relatif. V. sur ce point l'ensemble des travaux de R. AMARO et notamment sa thèse : *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, préc.

trouver les mots ou, au contraire, on ne compte plus les équivalents qui sont associés à l'expression *private enforcement* au sein de la littérature juridique : « *contentieux privé* »⁴³, « *contentieux de la réparation* »⁴⁴, « *contentieux indemnitaire* »⁴⁵, « *contentieux subjectif* »⁴⁶ ou encore « *mise en œuvre des règles par la sphère privée* »⁴⁷, « *mise en œuvre privée, par la voie du droit civil, à l'initiative des particuliers* »⁴⁸, « *mise en œuvre de ce droit sur l'initiative de la sphère privée* »⁴⁹, « *actions privées en dommages et intérêts* »⁵⁰. De cette profusion de traductions transparaît à la fois le profond sentiment d'embarras des juristes francophones pour traduire l'expression en langue française, mais, également, une certaine confiance dans la « langue des juristes » pour en exprimer, en quelques mots, l'idée qui peut s'en déduire. Pourtant, ce désordre sémantique éloigne manifestement d'une définition univoque⁵¹.

⁴³ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc.

⁴⁴ V. not. : R. AMARO, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept 2018- Juin 2019) », *Concurrences*, n° 3-2019, pp. 230-246 ; B. DELAUNAY, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA*, 2016, p. 781.

⁴⁵ V. not. : R. AMARO, « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, n°4-2016, pp. 230-250 ; B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, th. Université de la Rochelle, 2014, spéc. pp. 240 et s.

⁴⁶ Sur ce point : TPICE, 18 sept. 1992, *Automatec Srl c. Commission*, aff. T-24/90, pt 85. Pour une critique de l'utilisation de la notion : D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1059. V. également : M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2010, spéc., p. 517-518.

⁴⁷ Ccl. MAZAK sur CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, préc.

⁴⁸ Ccl. KOKOTT sur CJUE, 5 juin 2014, *Kone e.a c/ ÖBB-Infrakstruktur AG*, préc. ; Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, préc. ; Ccl. KOKOTT sur CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, préc.

⁴⁹ Ccl. WAHL sur CJUE, 14 mars 2019, *Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions Oy et al.*, préc. Dans le même sens dans la proposition de directive de la Commission dans le cadre du paquet *private enforcement*.

⁵⁰ Parl. Eur. 9 mars 2009, Rapport sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, consid. F.

⁵¹ Certes, des points communs entre les différentes traductions sont identifiables. L'idée de *private enforcement* est souvent associée à celle de contentieux, défini comme « *un ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux* » (V. « Contentieux » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007). Apparaît alors l'action en justice intentée devant un juge étatique. Mais une fois ce premier présupposé admis, les caractéristiques de l'action demeurent en revanche sibyllines. La référence à la réparation ou au caractère indemnitaire est par exemple bien plus réductrice que celle du « contentieux privé » qui inclut les actions en nullité, cessation, etc. Aussi, et de manière plus fondamentale, la nature du contentieux (subjectif ou objectif) est indéterminée. À l'image des hésitations de l'avocat général JÄÄSKINEN, l'action serait purement subjective (action en réparation, indemnitaire) selon certaines formulations ; mais selon les autres (référence à la mise en œuvre) elle participerait plus largement à la réalisation des règles objectives.

14. La propension des juristes francophones à parler de *private enforcement* doit alors nous étonner⁵². Face à un concept « venu d'ailleurs »⁵³ et à son impossible traduction littérale⁵⁴, il est légitime de tenter de trouver une certaine correspondance sémantique visant à faciliter la compréhension de tous⁵⁵. Bien que naturelle et inévitable, cette « précompréhension »⁵⁶ est toutefois précisément combattue par la comparaison qui « (*exhorte*) à la réinterprétation constante de ce que nous croyons avoir compris »⁵⁷. L'étonnement se transforme alors en méfiance.

En substance, l'action de *private enforcement* serait une action en responsabilité civile traditionnelle, à laquelle on attache, au mieux, une fonction normative incidente, en adéquation avec la logique européenne. Or, la démarche comparative que l'on entend suivre nous invite à remettre en question la thèse de l'assimilation du *private enforcement* à un dispositif existant, qui affirme ou postule d'emblée les équivalents à même de le saisir⁵⁸.

15. Certes, la focalisation de la doctrine sur les enjeux indemnitaires pour la victime est compréhensible et légitime. D'abord, étant donné qu'il repose sur une action civile, le *private enforcement* a été prioritairement saisi sous l'angle du droit privé. Bien qu'elle reconnaisse de longue date les limites de la finalité purement réparatrice de la responsabilité civile⁵⁹, la doctrine

⁵² P. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *Arch. Philo. Dr.*, 1968, t. XIII, P. 165.

⁵³ Pour reprendre l'expression de Jean CARBONNIER à propos du droit européen (J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, 27^{ème} éd., 2002, p. 269, n°139).

⁵⁴ Jacques DERRIDA a souligné les difficultés à traduire l'expression « enforce the law » (« *Quand on traduit en français "to enforce the law" par exemple par "appliquer la loi", on perd cette allusion directe, littérale à la force qui vient de l'intérieur nous rappeler que le droit est toujours une force autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s'appliquer, même si cette justification peut être jugée d'autre part injuste ou injustifiable* », (J. DERRIDA *Force de Loi*, Galilée, p. 17).

⁵⁵ Procéder par équivalence est classique dans le cadre d'une opération de traduction en droit comparé. Il s'agit d'identifier des « *signifiés identiques ou moins équivalents* » (É. PICARD, « L'état du droit comparé en France », *RIDC*, 1999, n° 4, pp. 885-915, spéc. p. 895). V. également C. BOCQUET, *La traduction juridique. Fondement et méthode*, De Boeck, 2008.

⁵⁶ H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode*, trad. E. Sacre, Seuil, 1996, pp. 286-329, cité par P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, 1999, pp. 1053-1071, spéc., p. 1058.

⁵⁷ P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », préc., spéc., p. 1060.

⁵⁸ La prise de conscience des niveaux du langage juridique prend alors tout son sens : contrairement au langage *du* droit qui induit une norme valide ou non valide, positive ou non positive, le langage *sur* le droit relève de valeur de vérité ou de fausseté. V. not. sur ce point : A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit social*, 1999, p. 115. Dans le même sens : B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, 2009, spéc. p. 26.

⁵⁹ De manière générale sur ce point : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1998. Également : P. JOURDAIN, B. DUBUISSON, (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé*, Larcier, 2015. Appliqué plus précisément à l'action en réparation à la suite d'un dommage concurrentiel : V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : Compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence*, *Concurrences*, n°2-2007, pp. 25 et s.

privatiste s'est concentrée sur l'examen de l'effectivité de la réparation de la victime, en mesurant les difficultés substantielles ou procédurales à l'action⁶⁰. Si la doctrine publiciste investit de plus en plus le champ, en ayant expressément recours à la sémantique du *private enforcement*⁶¹, c'est également sous l'angle de sa dimension réparatrice : soit celle des personnes publiques victimes d'entente ou d'abus de position dominante⁶², soit des entreprises dans le champ spécifique des aides d'État⁶³. Ensuite, et surtout, la focalisation des auteurs sur la logique subjective est induite par le législateur lui-même (national comme européen) qui entretient l'ambiguïté entre la volonté de conserver la logique réparatrice de l'action en réparation et la tentation de lui accorder une dimension plus punitive. Latente, la dimension normative semble, parfois seulement, remonter à la surface⁶⁴.

16. Pour autant, limiter l'étude du *private enforcement* à son aspect indemnitaire revient à dépeindre une réalité très parcellaire de son objet. Sans anticiper outre mesure les développements qui suivront⁶⁵, il apparaît qu'aux États-Unis, l'action qui correspond à un régime de *private enforcement* s'est largement émancipée de la responsabilité civile (*tort law*). Dès lors, la focalisation des analyses sur les enjeux de l'action pour la réparation individuelle de la victime tend à négliger la portée de la finalité normative de l'action de *private enforcement*, entendue comme une participation des particuliers à la protection de l'effectivité des règles par le renforcement de leur caractère dissuasif et répressif.

17. En définitive, force est de constater que l'on ne dispose pas, à ce jour, d'une étude globale qui resitue le *private enforcement* dans la structure juridique, culturelle, politique et

⁶⁰ Cf. *supra* §10.

⁶¹ Pour des illustrations les plus récentes : P. LEVALLOIS, « Les progrès de l'action indemnitaire en *private enforcement* », *Contrats et Marchés publics*, 2020, vol. 11, pp. 13-17 ; R. VANDERMEEREN, « Dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles : l'apport d'une jurisprudence administrative récente », *RJDA*, 2021, vol. 2, pp. 95-98 ; M. LAHOUEZI, « La réparation du préjudice subi par les acheteurs du fait des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics : le nouveau régime du *private enforcement* », *JCP A*, 2018, vol. 15, pp. 22-29.

⁶² J. ADDA, R. AMARO, J.-F. LABORDE, « La réparation des préjudices causés par les ententes devant le juge administratif », *AJDA*, 2019, pp. 320 et s.

⁶³ M. KARPENSCHIF, « L'avènement du Private enforcement en droit des aides d'État » in P. PASCHALIDIS, J. WILDEMEERSCH (dir.), *L'Europe au présent !*, Bruylant, 2018, p. 477-493 ; C. GRYNFOGEL, « Private enforcement pour les aides d'État, mode d'emploi ? », *Contrats, conc., consom.*, n° 5, mai 2018, étude 7 ; O. PEJOUT, « Le contentieux indemnitaire, nouvelle forme de private enforcement des aides d'Etat en France », *RUE*, 2019, pp. 532-536 ; A. UMMEN ALMEIDA, « Private Enforcement of EU State Aid Law through Damages Claims : Achieving Effective Redress », *Eur. St. Aid. L. Q.*, 2019, p. 169 ; L. GRARD, « Droit des aides d'État et préjudice économique : l'autre visage du private enforcement », *Concurrences*, n° 4-2021, pp. 40-48.

⁶⁴ Cf. *infra*. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 et 2. On pense par exemple aux réflexions autour des dommages et intérêts punitifs ou à l'amende civile en droit français.

⁶⁵ Ce point sera au centre de la Partie 1 (cf. *infra*).

institutionnelle de l'Union. De ce point de vue, l'analyse américaine se démarque par des études approfondies sur la portée du phénomène de *private enforcement* au sein de l'ordre juridique fédéral⁶⁶, lesquelles fournissent évidemment un éclairage indispensable à la présente recherche⁶⁷. Afin de comprendre ce que nous dit le *private enforcement* de la place et du rôle du particulier dans l'ordre juridique et dans la structure institutionnelle, deux éléments seront alors au cœur de l'analyse : d'une part, les enjeux institutionnels du choix de compter sur les particuliers par l'intermédiaire d'un droit d'action, et, d'autre part, les enjeux processuels d'un dépassement de la logique classique de la responsabilité civile.

B) Mesurer l'influence du droit américain et interroger la perméabilité du droit de l'Union au concept de *private enforcement*

18. Faire la mesure de l'influence du droit américain – afin d'interroger la perméabilité du concept de *private enforcement* en droit de l'Union – constitue le deuxième enjeu majeur de la réflexion. Car, s'il l'on n'a jamais autant parlé du droit américain qu'au moment du processus législatif en matière d'actions privées de concurrence, sa présentation a souvent été parcellaire. Dans le discours des institutions juridiques européennes comme dans celui d'une grande partie de la doctrine, les références au modèle outre-Atlantique de *private enforcement* sont communément faites pour évoquer les excès de ses mécanismes. Pris pour acquis, la simple invocation de ces derniers suffit pour convaincre que leur transposition à l'échelle de l'Union n'est pas souhaitable. Reflet de la judiciarisation propre à la société américaine, le modèle de *private enforcement* américain trouverait d'ailleurs une résistance culturelle salutaire, sans qu'il soit, là encore, vraiment besoin de l'étayer : aux différences de culture juridique à proprement parler⁶⁸ s'ajouterait une opposition entre, d'un côté, la culture contestataire américaine et la méfiance des individus à l'égard de la puissance publique ; de l'autre, la culture traditionnelle de la « résignation »⁶⁹ qui reflèterait une confiance absolue dans l'État en Europe.

⁶⁶ V. not. les travaux éclairants de S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », *Lewis & Clark L. Rev.*, 2013, vol. 17, pp. 637-722 ; S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, Princeton University Press, 2010 ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *WM. & Mary L. Rev.*, 2012, vol. 53, pp. 1137-1217.

⁶⁷ Cf. *infra*, spéc. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁶⁸ Certains ont même considéré que ces différences sont tellement profondes qu'elles rendent la comparaison peu pertinente : B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, préc.

⁶⁹ J. CARBONNIER, « Droit et passion du droit sous la Vème République », *Champs essais*, 1996, p. 150 (« la résignation était perçue comme une attitude banale et raisonnable » ; « si l'on ne savait se résigner, on mourrait de colère ». Or, il poursuit : « aujourd'hui on ne meurt plus de colère, parce que la colère est devenue droit »).

19. En résumé, tenu à distance, le modèle américain n'aurait qu'une influence limitée : perçu au mieux comme un simple mode d'inspiration, il permettrait de poser les bases du modèle européen, conforme à notre tradition juridique.

20. Pourtant, cette présentation traditionnelle, certes caricaturale, mais néanmoins répandue, revient à donner une vision parcellaire de la réalité. Bien qu'il ne s'agisse pas d'infirmes les excès et les risques des mécanismes américains ni de nier complètement les aspects culturels qui les sous-tendent, cette tendance consistant à brandir « *le spectre d'une influence étrangère diabolique* »⁷⁰ dissimule mal les rapprochements structurels et idéologiques sous-jacents. Si l'on admet les limites de l'argument culturel, les réflexions autour du *private enforcement* sont l'un des reflets d'une certaine infiltration d'une vision anglo-américaine⁷¹. Autrement dit, en dépit du refus affiché des mécanismes, le droit de l'Union en reprend toutefois les logiques.

21. Dans le champ de l'étude, le propos est peu subversif. Il est en effet largement admis que le droit *antitrust* américain a été la matrice du droit substantiel européen de la concurrence⁷². Les réflexions des institutions européennes sur la greffe du modèle de *private enforcement* s'inscrivent alors dans la continuité de ce mouvement qui tend à accentuer l'emprise du droit américain sur le volet procédural. En creux, les évolutions en faveur des actions privées confirment la pénétration de nouveaux *leitmotivs* dans le discours politique et juridique, reflets d'une « *more economic approach* ». Au regard du rôle des particuliers dans la régulation économique et juridique de longue date défendu aux États-Unis⁷³, la Commission a vu dans le développement de la voie civile la possibilité de renforcer l'efficacité des règles de concurrence : les individus participent à la constatation des infractions, l'appréhension des entreprises contrevenantes et la tenue de la procédure quand les pouvoirs publics se contentent de leur fournir un système judiciaire.

22. En ce sens, mais dans une perspective plus générale, placer les particuliers au cœur de la réalisation du droit s'inscrit parfaitement dans la logique libérale en vigueur dans les sociétés occidentales en général et dans l'Union européenne en particulier⁷⁴. Le *private enforcement*

⁷⁰ B. AUDIT, « L'américanisation du droit, Introduction », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, pp. 7-11, spéc. p. 8.

⁷¹ Sur les manifestations de cette conception américaine du rôle et de la fonction du droit H.-W. MICKLITZ, « La main visible du droit privé réglementaire européen. Le passage du droit privé européen de l'autonomie vers le fonctionnalisme dans le cadre de la concurrence et de la réglementation », *RIDE*, 2014/1, pp. 5-57, spéc. p. 15.

⁷² F. SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 4^{ème} éd. 2013.

⁷³ Proposition de Gary BECKER and George STIGLER in R. POSNER, W. LANDES, « The private enforcement of law », New Working paper series, Working paper n° 62, nov. 1974.

⁷⁴ L'Union européenne s'est « ancrée dans le système du capitalisme libéral » (Fr. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruylant 2016, p. 78). V. également : N. REICH,

repose, à l'origine, sur l'idée de l'ordre spontané libéral qui conçoit l'individualisme comme un vecteur de l'harmonie sociale : c'est par le repli sur soi que chacun participera à la production d'un bien commun⁷⁵. Mais ce concept est encore plus précisément le reflet du basculement dans la vision néolibérale des années 1970⁷⁶ selon laquelle l'élaboration d'un interventionnisme libéral doit consister en une intervention indirecte, préférable à une intervention directe⁷⁷. Sorte de *main invisible*⁷⁸ de la puissance publique, le *private enforcement* apparaît comme une matérialisation de cette idée : la puissance publique pose des règles et met à disposition des outils procéduraux incitatifs, mais c'est aux particuliers de s'en saisir. Cette forme de mise en œuvre permet non seulement d'éviter une intervention publique visible, mais comble aussi les faiblesses des moyens administratifs⁷⁹.

23. C'est alors dans ce contexte que la recherche entend appréhender la confrontation entre les deux systèmes étudiés. Bien loin de chercher à promouvoir le modèle américain, l'étude comparative vise à donner des clés permettant d'éviter de « *s'enfermer dans une option étroite entre mimétisme aveugle et discours de résistance* »⁸⁰. Dès lors, il s'agira d'éprouver la mesure du processus d'américanisation⁸¹ et plus précisément ses implications normatives en droit de

A. NORDHAUSEN SCHOLES et J. SCHOLES, *Understanding EU Internal Market Law*, Intersentia, 2015, spéc. pp. 11-12. Il communément admis que la logique juridique de l'intégration européenne a reposé, dès *Van Gend en Loos*, sur des moyens libéraux de réalisation du droit : la reconnaissance de l'effet direct du droit communautaire/de l'Union a pour principale fonction de conférer des droits aux individus afin qu'ils les mobilisent contre l'État. Sur ce point, v. not. : E. CARPANO, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ADE*, 2016, pp. 45-84.

⁷⁵ V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002.

⁷⁶ Le paradigme néolibéral a bouleversé la figure de l'État que certains ont dénommé État « post-moderne » (J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2ème éd., 2004) ou « néomodern » (G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006, p. 224). Le néolibéralisme est toutefois loin de bénéficier d'une définition univoque. Sur les différents sens de ce mot : S. AUDIER, *Néolibéralisme(s)*, Grasset, 2012.

⁷⁷ Ce point a été illustré lors du Colloque LIPPMANN de 1938 par la métaphore parlante du code de la route.

⁷⁸ Pour paraphraser l'expression d'Adam SMITH. Sur ce point, l'on s'appuiera principalement sur les travaux de Sean FARHANG qui s'inscrit en opposition avec une grande partie des auteurs en science politique qui a eu tendance à voir dans le recours à l'action privée une manifestation de la faiblesse des pouvoirs publics aux États-Unis. Selon lui, cela participe du mythe du désengagement de la puissance publique car, le *private enforcement* est en réalité moins le reflet d'une absence d'intervention publique que celui d'une intervention publique discrète. Sur ce point cf. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, spéc. §202 et s.

⁷⁹ Sur la ressemblance entre les États-Unis et l'Union sur ce point : R. D. KELEMEN, « Suing for Europe : Adversarial Legalism and European Governance », *Comp. Pol. Stud.*, 2006, vol. 39, p. 101 ; *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, 2011 ; « The impact of the Court of Justice on the European Law Enforcement Architecture », in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER (dir.), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, Hart Publishing, 2016.

⁸⁰ H. MUIR WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, T. 45, p. 29-36, spéc. p. 36.

⁸¹ Sur ce point, v. l'ensemble des contributions du numéro spécial de la revue *Arch. Philo. Dr.* publié en 2001, pp. 7-267.

l'Union. Il pourra être l'occasion d'interroger la pertinence et les effets d'une judiciarisation à l'échelle de l'Union⁸². Mais la recherche a surtout vocation à analyser la capacité de son droit à développer un modèle autonome de participation des particuliers à la réalisation du droit.

C) Interroger la pérennité de la conception du rôle du particulier au sein de l'ordre juridique

24. L'influence du modèle américain de *private enforcement* se réduit-elle à l'élaboration de quelques règles procédurales dans le champ du droit de la concurrence ? Si tel était le cas, l'intérêt de l'étude se limiterait à leur présentation et au constat de leurs ressemblances ou, plus précisément, de leurs divergences. Car, sans outrepasser les propos qui suivront, les manifestations normatives de l'américanisation des règles processuelles de la concurrence américaine sont limitées, étant donné que le législateur européen a délibérément rejeté l'ensemble des mécanismes américains. Ce constat est pourtant loin d'entamer l'intérêt de la recherche dans une perspective comparative. Au-delà des règles, ce sont avant tout les mouvements de fond qui déterminent les évolutions normatives qui intéressent. Ceux-là révèlent une convergence des logiques américaine et européenne, induisant une remise en cause des conceptions nationales. Ce sont plus précisément les fondements idéologiques, politiques, mais aussi juridiques de l'action en justice des particuliers qui se trouvent bousculés.

25. Instrument de réalisation des droits subjectifs, l'action en justice a été enfermée, au sein des pays de tradition civiliste, dans la défense d'intérêts individuels de sorte que, encore aujourd'hui, « *le modèle du procès se lit difficilement au pluriel* »⁸³. Le modèle individualiste de l'action est le reflet de la conception libérale prédominante du XIX^e siècle⁸⁴ selon laquelle la sphère privée est distincte de la sphère publique⁸⁵ et, par conséquent, le particulier défend son intérêt privé et la puissance publique défend l'intérêt général.

26. Or, le concept américain de *private enforcement* malmène précisément ce cadre traditionnel et sa logique binaire qui structure nos esprits, où tout est pensé à travers le prisme de l'individuel ou du collectif, du public ou du privé. Transformé, selon les termes du juge FRANCK, en

⁸² Sur ce point : R. A. KAGAN, « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 471-495.

⁸³ J.-S. BERGE, « Préface », in I. OMARJEE, L. SINOPOLI, « Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel », Dalloz, 2014, p. 1.

⁸⁴ M. CAPPELLETTI, « La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », *RIDC*, n°3-1975, pp. 571-597.

⁸⁵ Cf. *infra*. Chapitre 1, §76 et s.

« *Private Attorney General* »⁸⁶, le particulier devient capable de défendre l'intérêt public exprimé dans une loi fédérale. Selon ce modèle, en agissant pour lui-même, il agit aussi pour les autres.

27. Cette approche a trouvé un écho manifeste en droit de l'Union à travers la figure de « vigie ». Sans pouvoir régir directement les règles relatives à l'action et à l'intérêt à agir, le droit de l'Union, ou plus précisément la Cour de justice, a su imposer au cadre national les logiques qui sous-tendent l'effectivité du système juridique européen. Dès l'arrêt *Van Gend en Loos*, le juge a battu en brèche la conception individualiste de l'action du particulier. En reconnaissant l'alliance entre l'intérêt subjectif du requérant et celui, objectif, de la mise en œuvre des règles, la Cour de justice a transformé les particuliers, « *intéressés à la sauvegarde de leurs droits* »⁸⁷, en agent du respect de la légalité. Mais ce mouvement de déconstruction, amorcé en 1963, trouve un écho particulier dans les évolutions contemporaines. Les nouveaux enjeux tendent à globaliser les sujets de préoccupation de sorte que la division entre aspirations individuelles et exigences collectives perd de son acuité. Que l'on songe aux impératifs sanitaires, environnementaux, climatiques ou encore à ceux ayant trait à la protection des données ; tous s'affranchissent de la division de l'espace en frontières nationales, de la division du temps en séquences générationnelles et donc de la distinction public-privé/individuel-collectif. Ces nouvelles réalités impliquent une surveillance de l'action publique, mais aussi des acteurs privés. En effet, si les rapports et le sens que revêtent les intérêts publics et les intérêts privés ont été étudiés pour ce qu'ils renseignent sur les relations entre l'État et la société civile, la déconstruction des conceptions traditionnelles ne se conçoit plus seulement dans le cadre vertical, mais s'envisage aussi au sein des rapports interindividuels. Au-delà de celle de l'action publique, les nouvelles préoccupations impliquent une surveillance des opérateurs privés par les opérateurs privés, tenant compte du caractère pluridimensionnel, interindividuel, transgénérationnel, transnational, etc. de problématiques conjoncturelles qui rendent, de fait, toute forme de *summa divisio* intangibles résolument surannée.

28. Dans ce contexte, le droit de l'Union, *a priori* rétif aux catégorisations et conceptions nationales, est-il en mesure d'impulser une objectivation contentieuse dans le cadre du procès

⁸⁶ L'expression a été pour la première fois utilisée par le Juge Jerome FRANK en 1943 dans l'arrêt *Associated Industries of New York State v. Ickes* de la Seconde Circuit Court *Associated Industries of New York State, Inc v. Ickes*, 134 F.2d 694 (2d. Cir. 1943). Nous y reviendrons largement : Cf *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, §208.

⁸⁷ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos / Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62.

civil, et par là, d'entériner la « *métamorphose profonde (...) du droit judiciaire civil* »⁸⁸ annoncé par certains dès les années 1970 ? Dans un système de mise en œuvre décentralisée – régi par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale – l'interrogation paraît audacieuse. Cela étant, l'intervention européenne croissante dans le champ de la procédure contribue à réduire l'autonomie des États membres dans l'exécution du droit de l'Union. Le champ de l'étude en constitue une remarquable illustration⁸⁹. Aussi, dans une perspective plus générale, le droit de l'Union et le dynamisme du processus d'intégration apparaissent comme de perpétuels moteurs d'évolutions. C'est alors la capacité du droit de l'Union à poursuivre la transformation processuelle qu'impliquent ces mouvements qu'il s'agira d'éprouver. Plus fondamentalement, c'est la dialectique intérêt privé/intérêt général, structurante à l'échelon national, qui sera interrogée au sein d'un ordre juridique qui dispose des moyens de s'en émanciper.

D) Clarifier les régimes assimilables au *private enforcement*

29. Au-delà de ses dimensions théoriques, la présente étude a pour objectif de procéder à la clarification des régimes juridiques assimilables, à juste titre ou non, au concept de *private enforcement*. Dans le domaine particulier de l'étude, la succession de réformes, nationales et européennes, a contribué à multiplier les régimes (droit commun, textes de transpositions de la directive 2014/104, loi Hamon). Cet éclatement des sources rend particulièrement difficile la détermination du régime applicable *ratione temporis*⁹⁰, ce qui est source d'insécurité juridique. À cette profusion normative s'ajoute une actualité jurisprudentielle particulièrement riche ces dernières années. Sur ce point, l'inscription de l'étude dans le champ du droit de l'Union nous conduira à nous concentrer principalement sur la jurisprudence de la Cour de justice⁹¹. Aussi, étant donné que se développent, au-delà du cadre juridictionnel, des solutions extrajudiciaires, l'objectif est de renseigner la victime et les praticiens sur les différentes voies de droit qui sont offertes. L'analyse de leurs avantages et risques respectifs permettra de donner plus de visibilité quant aux chances de voir une réparation assurée. La perspective de clarification rejoint alors une démarche doctrinale déjà bien engagée. Le nombre de recherches collectives qui sont consacrées aux actions privées à la suite d'une pratique anticoncurrentielle témoigne

⁸⁸ M. CAPPELLETTI, « La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », préc., p. 571.

⁸⁹ E. CLAUDEL, « Feu le principe d'autonomie procédurale ? », préc.

⁹⁰ Ccl. RANTOS présentées le 28 oct. 2021 sur CJUE, (pendante), *Volvo* aff. C- 267/20.

⁹¹ La jurisprudence interne sera étudiée en éclairage de la réception du droit de l'Union dans l'ordre national.

ostensiblement de la rémanence des problématiques juridiques qu'elles soulèvent et de l'importance capitale d'y apporter une expertise doctrinale lisible/compréhensible/claire. Sans répondre substantiellement à l'ampleur de la démarche, l'intérêt pratique de notre thèse tient, plus modestement, à y ajouter une gamme de nuances supplémentaires.

III - Délimitation du champ de l'étude

Afin de délimiter rigoureusement les contours du sujet, il convient d'examiner successivement l'action visée (A) puis les droits mobilisés (B).

A) Délimitation en fonction de l'action

30. L'on comprend aisément que le *private enforcement* repose, aux États-Unis comme dans l'Union, sur une action en justice intentée par les particuliers. Pour autant, ce constat ne préjuge pas de l'étendue de la recherche, car l'action est susceptible de recouvrir de nombreuses hypothèses. Après avoir expliqué le choix de l'action (1), il s'agira de justifier plus précisément l'emploi de l'expression « action privée » (2).

1) Une action

31. **Le choix de l'action.** S'il avait, à l'origine, été question de s'attacher à la contribution des « personnes privées » à la mise en œuvre du droit, une telle formulation du sujet s'est révélée porteuse d'un doute. Dans le cadre de l'approche sectorielle, l'on aurait pu entendre « personnes privées » comme englobant aussi bien les entreprises parties (auteurs de l'infraction) que les victimes (les tiers). Inclure les premières revenait à étudier les différents choix procéduraux qui leur sont offerts par le droit fédéral américain et le droit national et européen. L'on songe notamment aux procédures négociées en amont de la procédure contentieuse ordinaire, la procédure d'engagement, les demandes de clémence, mais aussi la procédure de transaction. De même, dans une perspective plus large encore, le recours à l'expression « personne privée » aurait ouvert le champ de l'étude à la *compliance*⁹². Or, cette option qui consistait à se placer du point de vue des entreprises parties en étudiant leurs différents choix stratégiques a été

⁹² Sur la *compliance* comme mode de participation des acteurs privés à la réalisation du droit v. not la présentation générale in *Code de la compliance*, Dalloz. Parmi une littérature abondante, v. de manière plus générale sur la *compliance* : A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : Un monde nouveau ?*, Éditions Panthéon-Assas, 2016 ; N. BORGA, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018 ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017 ; *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019 ; *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2020. Dans la présente étude, la *compliance* sera simplement abordée en guise d'ouverture (à travers le renforcement du rôle des victimes dans le contrôle du respect des obligations des acteurs privés dans le cadre de mécanisme de *compliance* ou RSE) : cf. *infra* §958.

écartée. C'est dans le même sens qu'a été exclu le vocable « justiciable ». Certes, la notion est connue dans la jurisprudence de la Cour de justice⁹³ et présente une dimension contentieuse encore plus évidente. Pour autant, parce qu'il se définit comme « *l'individu en tant qu'il peut obtenir justice et être soumis à la justice* »⁹⁴, le terme nous conduisait au même problème que celui identifié pour « personne privée ». En visant aussi bien la personne qui souhaite obtenir justice que celle qui peut y être soumise (et donc finalement la « victime » et « l'auteur/l'accusé... »), il tronquait l'objet de l'étude. Par exemple dans le domaine concurrentiel, le justiciable aurait pu être la victime, le tiers intéressé qui est associé à la procédure et qui peut contester la légalité de certaines décisions ; l'auteur de l'infraction qui peut engager une action pour obtenir l'annulation d'une ou de plusieurs décisions adoptées à son encontre (sanctions définitives, mais aussi mesures d'instruction : inspections, enquêtes, demandes d'information, etc.). Faire du justiciable le sujet de l'étude nous aurait amenés à étudier le statut contentieux de la personne en tant que justiciable et les droits et pouvoirs dont elle dispose en cette qualité. La recherche serait alors devenue une étude de pur droit processuel qui nous aurait conduits à apprécier davantage les garanties procédurales dont elle dispose plutôt que son rôle dans l'ordre concurrentiel. Pour le résumer de manière schématique, notre objet est plutôt de traiter du particulier qui se transforme en vigie en devenant justiciable.

32. La raison qui a motivé ce choix de passer par *l'action* plutôt que par la *personne* est simple, mais essentielle : les situations décrites ci-dessus n'entraient plus dans le cadre notre démonstration. Car le *private enforcement*, tel qu'il est compris aux États-Unis, vise les personnes à qui l'on offre une voie de recours en leur accordant un droit d'action. La référence à l'action était ainsi plus conforme à la dimension largement processuelle du *private enforcement*. De ce point de vue, les auteurs de l'infraction ne seront envisagés qu'en tant que « défendeur ».

33. Définition classique de l'action, le sens juridictionnel. Une fois admise, l'action sera, à titre principal, entendue dans son sens classique⁹⁵. L'action en justice est, à l'heure actuelle,

⁹³ S'il incombe en principe aux autorités nationales « *de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit [de l'Union] exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective* », ce qui implique que les États membres établissent « *un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit* » (V. not. : CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, pt 42).

⁹⁴ G. CORNU., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 511.

⁹⁵ Précisons ici que la définition ne va pas forcément de soi. En témoigne l'ensemble des débats relatifs à la théorie de l'action (C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 35ème éd., 2020, spéc. pp. 119-148). Cette question sera largement

communément définie par la doctrine française comme une prérogative reconnue aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits et intérêts légitimes⁹⁶. Si la directive 2014/104 ne vise que les « actions en dommages et intérêts », nous intégrerons plus largement, les actions menées devant le juge étatique et plus précisément le juge civil⁹⁷. Il peut s'agir d'actions qui visent à demander au juge différentes mesures (nullité/réparation/cessation⁹⁸) et qui peuvent être menées de manière individuelle ou collective (directive 2014/104 ; loi Hamon ; directive 2020/1828 ; *class action*). Par l'expression d'action en justice, l'on comprend alors que le contentieux devant les juridictions arbitrales comme celui devant les autorités publiques n'entrent pas dans le cœur de l'objet d'étude.

34. Extension de la conception de l'action. Pour autant, la seconde partie de la thèse nuancera la focalisation sur l'approche juridictionnelle du *private enforcement* à deux égards. Dans le cadre de l'approche critique d'abord, les modes de règlements consensuels (notamment la transaction) et l'arbitrage seront, à titre incident, abordés afin de témoigner de l'impact de l'évitement du juge⁹⁹. Dans le cadre de l'approche plus prospective ensuite, la voie non juridictionnelle sera envisagée comme perspective d'amélioration du *private enforcement*¹⁰⁰.

2) Une action privée

Le choix de parler d'action privée se justifie pour désigner à la fois les titulaires et les défendeurs à l'action.

abordée dans le cadre de l'analyse des origines du modèle individualiste de l'action dans la tradition civiliste. Cf. *supra* Chapitre 1, section 2, §122 et s.

⁹⁶ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile*, préc. p. 121. En droit français, sa définition légale (celle de l'article 30 al 1^{er} du CPC) en fait d'abord un droit qui oblige le juge « *en sa qualité d'organe du service public de la justice* ». Elle suppose donc le droit « *d'accéder au tribunal et de déclencher à son profit le fonctionnement de la justice* », « *d'être entendu* » et d'obtenir « *une décision sur le fond* ». On emprunte ces éléments de définition à L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2020, pp. 314 et 315, n° 77.

⁹⁷ De manière plus accessoire pour notre étude, l'adjectif « privé » permet de désigner, dans son acception plus « processuelle » de droit interne, les juridictions devant lesquelles les actions sont portées. Celles-ci ayant vocation à s'exercer devant les juridictions nationales, seront visées en droit interne français les juridictions « privées », à savoir celles devant lesquelles sont portés les litiges en matière civile, commerciale et sociale. Nous sommes toutefois conscients qu'il existe aussi un contentieux possible devant les juridictions pénales. Sur ce point : M.-C., BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

⁹⁸ Précisons toutefois que l'accent sera mis sur les actions en réparation car, en droit américain comme en droit de l'Union, ce sont celles qui suscitent le plus de contentieux et d'intérêt doctrinal.

⁹⁹ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1.

¹⁰⁰ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, section 2.

35. En référence aux titulaires de l'action. L'adjectif « privé » permet d'abord de désigner la personne à l'origine de l'action. C'est bien, à notre sens, sa principale signification en droit américain (les juges comme la doctrine parlent de « *private actions* »/« *private parties* », d'où l'expression *private enforcement*). En cela, parler d'action privée permet de viser clairement les personnes retenues (personnes privées, physiques ou morales) et d'exclure les autres (personnes publiques). En excluant l'action intentée par des personnes publiques, il ne s'agit pas de nier l'existence d'un contentieux émergent, notamment en droit français¹⁰¹. Aussi, l'étude de la jurisprudence de la Cour de justice, et notamment l'arrêt *Otis II* de 2019, nous imposera d'aborder la question de l'action des personnes publiques. Pour autant, sur ce dernier point, l'on se limitera à son apport relatif à l'appréciation de la Cour des règles de la directive 2014/104. Mais, étant donné que l'étude se donne pour ambition d'analyser le rôle des particuliers dans la mise en œuvre des règles, elle exclura logiquement les actions des personnes publiques à l'encontre d'une personne privée et ainsi le contentieux devant le juge administratif (en réparation ou en nullité).

36. En référence aux défendeurs à l'action. L'adjectif « privée » permet ensuite, dans le cadre de la présente étude, de viser les défendeurs à l'action dans le but d'exclure le contentieux vertical mené contre la puissance publique (l'État/l'Union). Dès lors, les actions devant le juge administratif comme celles devant le juge de l'Union seront écartées. Pour autant, ce point appelle deux précisions. D'une part, la figure du « Procureur privé » aux États-Unis a été initialement dégagée dans le cadre d'un litige vertical opposant un citoyen au gouvernement fédéral. D'autre part, dans le cadre de notre démarche prospective, on n'exclura pas l'hypothèse de la verticalisation : les nouveaux enjeux exigeant une surveillance des agents publics comme

¹⁰¹ J. ADDA, R. AMARO, J.-F. LABORDE, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA*, 2019, p. 320 s. Et parmi de nombreuses décisions intéressantes, V. not. CAA Bordeaux, 5e ch., 19 mars 2019, n° 17BX01521, *Dpt de la Charente-Maritime c/ Stés Laporte Service Route et al* ; CAA Nantes, 4e ch., 27 avr. 2018, [2 arrêts], n° 17NT01719, 17NT01740, 17NT01741 et 17NT01770, *Dpt de l'Orne c/ Sté Signalisation France et al.* et n° 17NT02571, *Dpt du Calvados c/ Sté Signalisation France* ; CAA Douai, 1^{ère} ch., 22 févr. 2018, n° 17DA00537, *Dpt de l'Eure c/ Stés Signalisation France et Signature Industrie* ; CAA Douai, 1^{ère} ch., 22 févr. 2018, n° 17DA00507, 17DA00509, 17DA00511, *Dpt de la Seine-Maritime c/ Sté Signalisation France* ; CAA Douai, 1^{re} ch., 22 févr. 2018, n° 17DA00561, 17DA00562, 17DA00563, *Dpt Seine-Maritime c/ Sté Lacroix Signalisation* ; CAA Douai, 1^{re} ch., 22 févr. 2018, n° 17DA00595, *Dpt de la Seine-Maritime c/ Sté Franche Comté C.* – CAA Nantes, 4e ch. I, 10 nov. 2017, n° 17NT01527, *Dpt de la Manche c/ Sté Signalisation France.* – CAA Bordeaux, 5e ch., 12 déc. 2017, n° 17BX01530, *Signalisation France* ; CAA Nantes, 4e ch., 10 mai 2017, n° 16NT02222, *Dpt des Côtes-d'Armor c/ Signalisation France* ; CAA Nantes, 4e ch., 10 mai 2017, n° 16NT01778, *Dpt du Morbihan c/ Signalisation France* ; CAA Nancy, 4e ch., 21 mars 2017, n° 15NC02367, *Dpt de la Meuse c/ Signaux Girod* : JurisData n° 2017-027913. – CAA Douai, 1^{ère} ch., 15 juin 2017, n° 17DA00538, *Signalisation France c/ Dpt de l'Eure* ; CAA Paris, 6e ch., 29 déc. 2017, n° 16PA02417, 16PA02473 et 16PA02476, *SNCF Mobilités c/ Sté Bouygues et Sté Bouygues Construction*), références citées par R. AMARO, *Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel*, fasc. 316, 2021, p. 3.

privés. En d'autres termes, étant donné qu'il repose sur une vigilance des particuliers au respect du droit, nous n'excluons pas l'idée, qu'il puisse exister deux *private enforcement* : l'un vertical, à savoir contre la puissance publique de manière générale (l'État ou l'Union) et l'autre horizontal, c'est-à-dire entre personnes privées. Seul ce dernier intéressera notre étude.

37. Deux justifications nous conduisent à restreindre le champ au cadre horizontal. La première est pragmatique : cela aurait considérablement étendu le champ de la recherche. La seconde, plus théorique et en lien direct avec notre démonstration : à titre principal, l'objet de l'étude est de démontrer qu'un particulier peut « forcer »¹⁰² un autre particulier à respecter les règles et envisager, ainsi, les conséquences sur les règles processuelles de cette forme d'objectivation du contentieux¹⁰³. Plus encore, l'identité d'un tel phénomène questionne sa réceptivité par delà le champ du contentieux civil/ concurrentiel, pour s'intéresser plus fondamentalement à l'évolution du rôle du particulier dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Car, en contrepoint des épithètes susceptibles de lui être adossées – le particulier apparaît au procès comme un consommateur, un concurrent, un client – il est possible de s'interroger sur la pertinence de subsumer ces différences statutaires sous une figure plus générale : celle d'un citoyen intéressé par la mise en œuvre du droit en dehors de tout intérêt personnel. À la supposer établie, pareille conception du rôle processuel du particulier invitera, dans le même mouvement, à éprouver la crédibilité de ce que certains qualifient déjà de « *citizen enforcement* »¹⁰⁴.

38. En définitive, seront visées, à titre principal, les actions entre particuliers, dans le cadre de litiges horizontaux. À l'évidence, la raison du choix de parler de « particulier » est double. D'une part, le terme correspond à notre sens à la meilleure traduction de « *private parties* ».

¹⁰² L'idée de force est présente dans les tentatives de traduction du terme « *enforcement* ». Selon Jacques DERRIDA « *Quand on traduit en français "to enforce the law" par exemple par "appliquer la loi", on perd cette allusion directe, littérale à la force qui vient de l'intérieur nous rappeler que le droit est toujours une force autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s'appliquer, même si cette justification peut être jugée d'autre part injuste ou injustifiable* » (J. DERRIDA *Force de Loi*, Galilée, p. 17). Pour sa part, Loïc AZOULAI propose l'expression de « *mise en force* » pour traduire le terme « *enforcement* » (« *L'ordre concurrentiel et le droit communautaire* » in A. PIROVANO (Mél.), *L'ordre concurrentiel*, préc., p. 280).

¹⁰³ Sur la présentation du phénomène d'objectivation : cf. *infra*. Partie 1, Titre 2.

¹⁰⁴ Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, *Conseil e.a. / Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, aff. C-401/12 P à C-403/12 P, spéc. pt 115 à propos de la mise en œuvre de la Convention d'Aarhus (« *Or, le guide explique et recommande une interprétation large des conditions d'accès à la justice conformément à la lettre et à l'esprit de la convention d'Aarhus. En effet, en ce qui concerne les actes pouvant être soumis à un contrôle, il ressort du guide que les membres du public ont le droit de contester les violations du droit national de l'environnement même "indépendamment du fait qu'ils présentent un lien avec l'information du public et le droit de la participation tel que garanti par la convention". Il en ressort également que le contrôle prévu à l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus repose sur l'idée de « citizen enforcement » (application de la loi par les citoyens) au sens direct et indirect* »). Sur cette idée d'une action du particulier déconnectée de tout intérêt individuel, cf. *infra* le dernier chapitre de la thèse § 861 et s.

D'autre part, c'est le terme utilisé par la Cour de justice dans les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa*¹⁰⁵. Dans le cadre de la délimitation de notre étude, il présente les avantages non négligeables d'intégrer les personnes physiques et morales de droit privé, tout en excluant les personnes morales de droit public et de laisser présager d'une dimension contentieuse (à la différence par exemple du vocable « individu »).

B) Délimitation en fonction des droits

Afin de cerner le domaine juridique dans lequel s'inscrit la recherche, il faut d'abord préciser le champ matériel de l'approche sectorielle (1) avant de s'intéresser aux règles processuelles sur lesquelles repose en grande partie le *private enforcement* (2).

1) Le champ matériel : le droit de la concurrence

39. Généralités. L'étude se propose d'étudier le concept de *private enforcement* à partir d'une approche sectorielle aux États-Unis comme dans l'Union. Celle-ci reposant sur le droit de la concurrence, seront alors visés la mise en œuvre des *Sections 1 et 2* (cartel et *monopolization*) et 101/102 TFUE (entente et abus de position dominante). On parlera, par commodité, de droit de la concurrence pour viser en réalité plus spécialement les pratiques anticoncurrentielles.

40. Précision relative au choix de l'approche fédérale. L'intitulé de l'étude comparative vise de manière indéfinie le droit américain et, dans le cadre de l'approche sectorielle, le droit américain *antitrust*. Compte tenu de la structure fédérale et ainsi de l'existence du droit fédéral et du droit des États, il faut cerner le champ dans lequel s'inscrit plus précisément la recherche. Certes, le domaine de l'étude, comme beaucoup d'autres, est réglementé à ces deux niveaux : il existe en effet des législations *antitrust* à l'échelon des États fédérés et à l'échelon fédéral. En principe, les victimes peuvent donc mobiliser les règles fédérales (*Sherman et Clayton Acts*) ou fédérées (par exemple en Californie le *Cartwright Act* qui prévoit également un droit d'action). Pour autant, l'étude menée dans ce travail se fera uniquement sous l'angle du droit fédéral, de brèves références au droit des États fédérés seront faites si nécessaire. À l'évidence, ce choix paraît se justifier pour une raison pragmatique : l'étude des cinquante législations aurait considérablement élargi le champ de la réflexion. Mais au moins deux éléments militent plus particulièrement en faveur d'une restriction de l'étude à l'échelon fédéral.

¹⁰⁵ V. l'arrêt *Van Gend en Loos*, préc., p. 3, ou l'arrêt *Costa*, préc., spéc. p. 1161.

41. En premier lieu, les régimes sont, dans l'ensemble, similaires¹⁰⁶. On peut rappeler ici que l'article VI alinéa 2 (*Supremacy clause*)¹⁰⁷ de la Constitution américaine pose le principe de la suprématie fédérale qui implique que toute loi d'État contraire à la loi fédérale doit en principe s'incliner. Cette question se pose précisément dans les domaines dans lesquels la loi fédérale réglemente une activité qui ressort également du pouvoir législatif des États. Il résulte de la clause de suprématie que la loi du Congrès « déplace » la loi de l'État (« *displace* »)¹⁰⁸. Pour autant, il est fréquent que les deux pouvoirs législatifs réglementent concurremment un même champ d'activité de sorte qu'il existe une combinaison de règles fédérales et étatiques¹⁰⁹. La Cour suprême a considéré que la loi fédérale annule la loi de l'État fédéré que dans l'hypothèse où le Congrès a clairement exprimé son intention d'occuper la totalité du champ juridique en question¹¹⁰. En ce qui concerne celui de l'étude, la seule hypothèse qui pourrait justifier pour la victime de recourir aux règles fédérées et non fédérales est celle de l'acheteur indirect : le droit fédéral, suite à l'arrêt de la Cour suprême *Illinois Brick*¹¹¹, leur refusant l'action, il peut être intéressant pour ce type de victimes de recourir aux règles fédérées qui se sont montrées plus favorables¹¹². En second lieu, et de manière plus fondamentale pour l'étude comparative, l'approche fédérale s'est justifiée afin de démontrer qu'en adoptant un droit d'action à l'échelon fédéral (suite à une violation *antitrust* par exemple), le législateur fédéral s'assure que, peu importe les législations fédérées, les victimes pourront agir devant les juridictions fédérales pour mettre en œuvre la loi fédérale (*Sherman Act* par exemple). Les facteurs institutionnels (logique de dépassement des États, d'une administration potentiellement divergente, etc.) qui

¹⁰⁶ Les règles fédérées reprenant dans l'ensemble les dispositions du *Sherman* et *Clayton Act* d'un point de vue substantiel comme procédural (par exemple la majoration des dommages et intérêts).

¹⁰⁷ Article VI alinéa 2 de la Constitution américaine : « *La Constitution et les lois des États-Unis qui serviront à sa mise en œuvre et tous les traités déjà conclus sous l'autorité des États-Unis constitueront la loi suprême du pays ; ils s'imposeront aux juges de chaque État, en dépit de toute disposition contraire dans la Constitution ou les lois de l'État* ».

¹⁰⁸ Dans sa décision *Gibbons v. Ogden* du 2 mars 1824, la Cour suprême « *a posé la règle que la réglementation par un État d'une activité sise sur son territoire et en principe placée sous son contrôle devait s'effacer devant la réglementation posée par la loi fédérale matériellement contraire et constitutionnellement valide* ».

¹⁰⁹ Sur ces aspects de droit constitutionnel américain. V. en langue française les travaux d'Elisabeth ZOLLER : « *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'États* », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Tome 294, 2002 ; « *Présentation de la Cour suprême des États-Unis*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, 1998 ; *Le droit des États-Unis*, 2014 (disp. en ligne sur le site du CDPC).

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Illinois Brick Co v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Sur cet arrêt : Cf. *supra*, §456 et s.

¹¹² De nombreux États ont adopté des « *repealer statutes* », c'est-à-dire des lois autorisant expressément les acheteurs indirects à agir. C'est le cas par exemple en Californie, dans Minnesota ou encore en Alaska. D'autres, comme la Louisiane et la Floride, ont au contraire rejeté leur action comme le droit fédéral.

sous-tendent ce choix ne sont pas sans rappeler ceux de l'Union (à la différence que l'Union doit encore évidemment compter sur une mise en œuvre décentralisée)¹¹³.

2) Le champ processuel

42. En droit américain : les règles fédérales de procédure civile (FRCP). Le niveau fédéral étant admis, il en résulte d'un point de vue procédural, que l'on procédera à l'étude des règles fédérales de procédure civile (*Federal Rule of Civil Procedure*, ci-après *FRCP*) qui ont, par définition, vocation à définir les règles devant les juridictions fédérales¹¹⁴. Cela couvre en particulier les règles relatives à la *class action*, à l'administration de la preuve et à l'intérêt à agir devant ces juridictions.

43. À l'échelle de l'Union : droit de l'Union et illustrations nationales. À l'échelle de l'Union, les règles relatives aux actions privées ont au moins trois fondements : le droit primaire de l'Union, le droit dérivé et le droit national. La majeure partie de l'étude se concentrera sur le droit primaire et les règles d'harmonisation substantielles et procédurales de la directive 2014/104 auxquelles s'ajouteront, à titre incident, celles des champs voisins tels que la directive 2020/1828 sur les actions représentatives en défense des intérêts collectifs des consommateurs. Si la thèse s'inscrit, en ce sens, résolument dans le champ du droit de l'Union, la recherche entreprise implique nécessairement d'interroger la réception de ses règles par les ordres juridiques internes. Or, l'ampleur du sujet et les exigences méthodologiques de la comparaison interdisent de prendre en compte l'ensemble des droits des États membres de l'Union. Il est raisonnable de limiter l'étude comparative interne européenne. L'ambition initiale était de procéder à l'analyse de deux droits représentatifs des traditions juridiques différentes susceptibles : la France et le Royaume-Uni. Mais la sortie de ce dernier de l'Union a été l'occasion de limiter à l'étude du droit français.

44. Reflet d'un certain tropisme, la restriction de l'étude au droit français ne doit pas pour autant s'y limiter. Au vu de la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour mettre en œuvre les voies de recours (on pense notamment aux divergences persistantes en matière

¹¹³ Sur ces éléments cf. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹¹⁴ On peut préciser ici qu'aux États-Unis, les règles procédurales sont élaborées directement par le pouvoir judiciaire au sein de la conférence judiciaire fédérale (*United State House Committee on the Judiciary*) et entrent en vigueur à moins que le Congrès d'y oppose. La première version a été élaborée en 1937 et a connu de nombreux amendements. La dernière version est celle 2020/ disp en ligne <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>

d'action de groupe, et ce malgré la dernière directive qui exclut le champ de la concurrence), il s'agira d'ouvrir la réflexion sur les droits nationaux d'autres États membres.

IV – Méthodologie de la recherche

Après avoir présenté quelques considérations méthodologiques générales (A), on s'attardera plus précisément sur les choix méthodologiques liés à la perspective comparatiste (B).

A) Méthodologie générale

45. Il ressort des développements précédents que l'étude revendique l'adoption d'un plan large visant à montrer que le *private enforcement* intègre un ensemble plus global, reflet d'importantes mutations relatives au rôle des particuliers dans le système juridique. Cette approche n'exclut pas, et impose même, des effets de zoom pour cerner les détails. Deux éléments sont, à ce stade, à justifier.

46. Le choix de l'approche sectorielle. L'approche sectorielle a été perçue comme point de départ pour engager une réflexion plus globale sur le rôle des particuliers dans la mise en œuvre du droit. Elle a principalement eu vocation à éviter la « spéculation abstraite » (« *abstract speculation* »¹¹⁵) qui aurait conduit à une réflexion purement théorique, déconnectée de toute réalité et tout élément concret en droit positif. Il nous est en effet apparu essentiel de choisir un domaine dans lequel il a été choisi de compter sur l'action des particuliers, afin d'être en mesure d'étudier les concrétisations de ce choix. Le droit américain offre sur ce point de nombreuses options. L'on dénombre aux États-Unis plus de 400 régimes dits de *private enforcement*, à savoir des domaines dans lesquels le législateur fédéral a consacré un droit d'action afin de compter sur les particuliers pour mettre en œuvre la législation¹¹⁶. Au-delà du champ de l'*antitrust*, l'on peut notamment citer celui de la lutte contre les discriminations (au travail, au logement, à l'éducation, aux équipements publics), du domaine bancaire ou encore ceux de la protection des consommateurs, de l'environnement, de la santé publique, etc. Choisir un seul secteur s'est ainsi justifié pour des raisons matérielles et pragmatiques : l'étude de l'ensemble

¹¹⁵ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., spéc. p. 640. C'est ainsi que les auteurs ont également justifié leur choix de limiter leur étude à certains secteurs spécifiques.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 685.

des corpus juridiques était inenvisageable. D'autant plus qu'une même tendance d'expansion des domaines est identifiable dans l'UE¹¹⁷.

47. Le choix du droit de la concurrence. Si l'on ne peut nier une part d'arbitraire, et de subjectivité, dans la sélection d'un domaine d'étude, le choix du secteur concurrentiel repose toutefois sur des éléments objectifs. Dans le cadre de la comparaison, d'abord, force est de constater que peu de domaines font l'objet d'autant de rapprochements avec le modèle américain dans le discours des institutions juridiques et de la doctrine. Sans doute, est-ce là le signe évident de l'antériorité du droit américain sur ce sujet. En effet, si le système américain revendique la paternité du *private enforcement*, il faut rappeler que celui-ci a vu le jour dans l'enceinte du droit de la concurrence, de sorte que sa diffusion, par delà les États-Unis, s'est faite par la voie du droit de la concurrence¹¹⁸. D'un point de vue normatif, ensuite, le champ de la concurrence est, dans l'Union, celui « *qui paraît créer les conditions d'une prise en charge supranationale des rapports entre les particuliers* »¹¹⁹. Au cœur de l'actualité, le droit de la concurrence constitue en ce sens le terrain le plus abouti pour la problématique étant donné que « *les droits qui peuvent être tirés par les particuliers ont essentiellement une fonction de protection des obligations qui pèsent sur les opérateurs économiques* »¹²⁰. Aussi, et enfin, l'étude de ce champ peut s'enrichir d'éléments empiriques¹²¹ : l'on dispose en effet de nombreuses données permettant d'éprouver l'efficacité et la cohérence de l'action européenne. À titre d'illustration, le constat de l'essor relatif du contentieux privé permettra d'éprouver les contradictions de cette dernière en matière de *private enforcement*.

48. Les difficultés et leurs propositions de dépassements. Oscillant entre une approche sectorielle et une perspective généraliste, la démarche est intrinsèquement porteuse d'ambiguïtés. Perçu comme un terrain illustratif, le secteur de la concurrence fera l'objet d'une étude plus synthétique qu'analytique. Sans doute, les spécialistes de la matière concurrentielle

¹¹⁷ Pour une présentation des différents domaines qui relèvent d'une stratégie de *private enforcement* : F. WILMAN, *Private enforcement of EU law before national courts : the EU legislative framework*, Elgar European Law and Practice, 2015, p. 63-193.

¹¹⁸ D. A. CRANE, « Toward a Realistic Comparative Assessment of Private Antitrust Enforcement », in D. GERARD, I. LIANOS (dir.), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge University Press, 2019, pp. 341-54.

¹¹⁹ L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », préc., p. 843.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ En droit américain, des études doctrinales font régulièrement le bilan des actions privées (v. not. les références citées dans les travaux de D. A. CRANE et spéc. : « Toward a Realistic Comparative Assessment of Private Antitrust Enforcement », préc.). En droit de l'Union : J.-F. LABORDE, « Cartel damages actions in Europe : How courts have assessed cartel overcharges », *Concurrences*, n° 3-2021, Art. N° 102086, pp. 232-242.

notamment regretteront alors que l'analyse de tel ou tel aspect de ce domaine n'ait pas été plus abondamment traité. Mais l'ambition de la thèse est moins d'engager une analyse aboutie des procédures propres au droit de la concurrence, que de dégager de ces dernières une tendance plus vaste de renforcement du rôle des particuliers dans la mise en œuvre du droit. De même, la perspective transversale qui sous-tend l'étude visera à dresser un tableau des différentes procédures que peut regrouper ce concept sans entrer dans le détail des modalités de celles-ci.

49. Cela dit, pour emprunter ici les mots de Joseph MEEKER, « *une tentative désespérée de voir les choses dans leur ensemble est au moins aussi valable que la tâche tout aussi désespérée d'isoler des fragments pour les étudier de manière intensive, et beaucoup plus intéressante* »¹²². Les dimensions privilégiées renseigneront le lecteur sur les ressorts, les implications et les conséquences du choix de mettre en place un régime de *private enforcement*.

B) Méthodologie comparative

50. Plus de deux siècles après l'essor du droit comparé¹²³ – et le rejet de son ambition initiale d'unification voire d'universalisme¹²⁴ – persiste encore une impression générale selon laquelle il existe autant d'objectifs et de méthodes que de comparatistes. Mais ce flou, étroitement lié à celui qui entoure le statut disciplinaire du droit comparé¹²⁵, ne saurait pour autant conduire à

¹²² J. MEEKER, *The Comedy of Survival : Studies in Literary Ecology*, Charles Scribner's Sons, 1974, p. 12 (« *a hopeless attempt to see things whole is at least as worthy as the equally hopeless task of isolating fragments for intensive study, and much more interesting* »), cité par A. BIHR, *Le premier âge du capitalisme (1415-1763)*, T. 1, Sylleps, 2018.

¹²³ Si l'histoire du droit comparé remonte à Platon, Aristote, Grotius en passant par Montesquieu (et serait même, selon certains, « le plus vieux métier du monde (juridique) » : S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, PUF, 2018, p. 35), il est apparu en vogue en Europe à partir du XIX^e siècle. Pour un historique de la comparaison des droits : M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, 1971 pp. 12 et s. ; J.-L. THIREAU, « L'avènement de la comparaison des droits en France », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 597.

¹²⁴ L'édification d'un droit universel a été l'un des premiers buts attribués à la comparaison par Édouard LAMBERT et Raymond SALEILLES au moment du Congrès fondateur de Paris en 1900 (T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé – Les grandes traditions juridiques dans le monde*, 2^{ème} éd., PUF, 2017, pp. 17 et s. et pour une analyse plus nuancée de ce point : C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », *RIDC*, 200, p. 733). Pour certains, il apparaît clair que le droit comparé a eu tendance à viser une forme de « mondialisme unificateur », celui-ci étant étroitement lié à des prétentions hégémoniques (B. FAUVARQUE-COSSON, « Argument de droit comparé et sociologie juridique », in D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, 2015 p. 74). À propos de ces premières ambitions, Pierre LEGRAND démontre, au contraire, que « *la comparaison ne doit pas avoir un effet unificateur, mais bien multiplicateur* » (P. LEGRAND, « Comparer », in J. ROBERT, R. SACCO, P. LEGRAND et a. (dir.), *Le droit comparé, aujourd'hui et demain*, Société de législation comparée, 1996, p. 37).

¹²⁵ Les interrogations relatives au statut disciplinaire du droit comparé sont anciennes. V. sur ce point les débats retracés par L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, t. I, Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972, p. 176 et s. Plus récemment : M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, 2010, p. 53 et s. De manière générale sur la perception du droit comparé comme « discipline » (O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, n° 2, p. 280 ; Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, p. 1 ; J.-C. MARIN, « La culture de l'ouverture et du droit comparé » et V. TURCEY,

faire abstraction de tout cadre méthodologique. Présenter une recherche ayant vocation à comparer les systèmes américain et européen de *private enforcement* implique nécessairement de préciser les choix méthodologiques retenus (2), et, au préalable, les objectifs de la comparaison (1).

1) Les objectifs de la comparaison

51. Sûrement plus encore que dans une recherche juridique « classique », la détermination des objectifs est centrale dans une recherche de droit comparé¹²⁶. Parmi les nombreux objectifs qui lui sont attribués¹²⁷, deux principaux ont été recherchés dans le cadre particulier de notre étude : d'un côté, en tant que véritable « outil de la découverte »¹²⁸ et de la connaissance¹²⁹, il permet la meilleure compréhension du droit étranger¹³⁰ mais aussi, et surtout, de « son propre droit »¹³¹ ; de l'autre, il est critique¹³² et accomplit en cela un rôle de déconstruction/reconstruction.

« Le droit comparé, une discipline d'avenir », in B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Le droit comparé au XXI^e siècle, enjeux et défis. Journées internationales de la société de législation comparée, 8 et 9 avril 2015*, Société de Législation comparée, 2015, pp. 17 et 125.

¹²⁶ Car, au-delà du fait qu'elle guidera le comparatiste dans sa démonstration, elle influera sur ses choix méthodologiques. Cf. *infra*. § 50 et s.

¹²⁷ Pour une présentation générale de la « multifonctionnalité » de la comparaison, V. not. : I. GARRIDO-GOMEZ, « Le droit comparé en lien avec les autres sciences juridiques », Mél. en l'honneur de Camille JAUFFRET-SPINOSI, Dalloz, 2013, p. 417, spéc. p. 422 ; R. SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, 3^{ème} éd. Dunod, 2008, p. 2.

¹²⁸ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, préc., p. 123.

¹²⁹ La connaissance est la première règle dégagée par Léontin-Jean CONTANTINESCO dans sa « règle des trois C » : connaître, comprendre, comparer (L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. La méthodologie comparative*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 122). Cf. *infra* § 57 sur la présentation de la méthode.

¹³⁰ M. FROMONT, « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », in C. JAUFFRET-SPINOSI (Mél.), préc., p. 377, spéc., p. 378.

¹³¹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 3-2000, p. 503 (« *Le message subversif est donc fort mais très simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives — pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même* »). Dans le même sens : É. PICARD, « L'état du droit comparé en France », préc., p. 897 ; A. BRETONNEAU, S. DAHAN, D. FAIRGRIEVE, « L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante ? », *RFDA*, 2015, n° 4, p. 859 (« *le droit comparé sert avant tout à mieux comprendre son propre système juridique* »). Otto PFERSMANN en fait même « *l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national* » (« Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, n° 2, p. 287).

¹³² G. P. FLETCHER, « Comparative Law as a Subversive Discipline », *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, p. 683 et s. ; G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », *Harvard International L. J.*, vol. 26, 1985, p. 414 et s. ; G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Elgar Studies in Legal Theory, 2016.

52. Déconstruction. Dans une perspective générale, la déconstruction exige d'abord de penser à contre-courant de certitudes dominantes dans un but critique¹³³. En droit comparé, Pierre LEGRAND énonçait lui-même qu'« *il y a dans la comparaison une nécessité de destruction* »¹³⁴. La déconstruction revêt dans la présente étude deux volets. Déconstruire l'idée du *private enforcement* dans l'Union d'abord ; principalement à travers le rejet de son assimilation à un contentieux subjectif. Déconstruire le mythe¹³⁵ du modèle ou, au contraire, de l'anti-modèle américain ensuite. Étroitement lié au « prestige »¹³⁶ du droit américain de manière générale, le mythe du *private enforcement* repose principalement sur celui de son efficacité. Or, la perception de ses excès a eu tendance à cacher une réalité plus méconnue en Europe¹³⁷ : le *private enforcement* a connu un fort mouvement de restriction aux États-Unis, allant jusqu'à aboutir à une neutralisation des instruments procéduraux, jugés excessifs¹³⁸.

53. Reconstruction. L'entreprise de déconstruction laisserait, à notre sens, un sentiment d'inabouti. C'est pour cela qu'elle sera suivie dans un deuxième temps d'une tentative de reconstruction. Celle-ci vise à proposer une nouvelle définition du *private enforcement*, plus en phase avec les mutations contemporaines et les nouvelles réalités sociales. Sans avoir l'ambition de proposer une réforme clé en main au législateur européen, l'on ne peut nier que cette tentative de reconstruction tend à un objectif normatif étant donné qu'il s'agit par-là de proposer des pistes en vue « *d'améliorer son propre système, à la lumière de l'expérience de nos congénères* »¹³⁹. Notre travail s'achève donc sur un terrain ouvertement prospectif, consistant à proposer un renouvellement du *private enforcement*. Cette proposition reposera sur

¹³³ La référence à la notion de déconstruction appelle nécessairement une référence aux travaux de J. DERRIDA. Pour une présentation par l'auteur lui-même de sa démarche : *Positions*, Éd. de Minuit, 1972.

¹³⁴ P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », préc., p. 1061 (« *Le rôle premier de la comparaison n'est pas d'être positive, c'est-à-dire de remédier à quelque chose. Sa vertu réside plutôt dans le travail du négatif inhérent à son entreprise de brouillage du sens positiviste infligé au droit et de mise à mal des usages conventionnels du droit (...). La comparaison, en tant qu'opération d'imputation de sens, est toujours un processus de dégradation de la lettre du droit au profit du sens. Il y a dans la comparaison une nécessité de destruction* »).

¹³⁵ Pour la référence au « mythe » : J. CARBONNIER, « À beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », *Essais sur les lois*, éd. 1995. Dans cet essai, il exprime ses réserves face à un enthousiasme souvent candide pour des innovations législatives introduites dans d'autres pays.

¹³⁶ H. MUIR WATT établissait précisément ce lien entre le prestige général du modèle américain et le mythe qu'il revêt (« *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain* », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, T. 45, p. 29-36).

¹³⁷ En France, elle a de manière générale été mise en lumière par : F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », *RLC*, 2015/43, n° 2770.

¹³⁸ Cf. *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹³⁹ B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *RIDC*, 2005, pp. 29-48, spéc. p. 46. La fonction de connaissance est ainsi « *essentielle* », en ce qu'elle constitue un « *moyen d'améliorer le droit national* » (Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, p. 17).

la thèse selon laquelle le *private enforcement* mériterait d'être repensé à travers la régénération de la dimension collective et la restructuration de ses instruments procéduraux.

54. Précisions relatives à la dimension axiologique du sujet et de la critique. Il ressort des développements précédents que l'étude du *private enforcement* en droit américain comme en droit de l'Union soulève inévitablement une interrogation plus profonde sur le rôle et la légitimité respectifs des particuliers et du juge pour définir des questions d'intérêt général. Le particulier est-il à même de défendre des causes déconnectées de son intérêt personnel ? Quelle confiance donne-t-on au juge pour arbitrer les grands enjeux de régulation (notamment de l'ordre concurrentiel), de politique et de société ? De tels questionnements induisent presque intuitivement une dimension idéologique ; bien connue de la doctrine européeniste dont une partie a largement dénoncé les risques de la fin du politique et de la démocratie, le primat du juge sur le politique¹⁴⁰, ou encore le spectre de l'américanisation¹⁴¹.

55. À notre sens, ces questionnements sont légitimes et ne doivent pas être occultés, à condition toutefois de permettre à l'évaluation critique d'« *entrer dans un processus d'objectivité* »¹⁴² et d'assumer les limites de la neutralité axiologique en distinguant et indiquant clairement les différentes étapes (présentation du droit positif, évaluation, préconisation personnelle)¹⁴³.

56. Appliquées à l'étude, ces préconisations conduisent à une double précision : tant l'identification de l'échec de la dimension instrumentale du *private enforcement* – elle-même l'expression de la conception utilitariste de l'intérêt général – (et notre regard porté sur celui-ci) que les moyens pour le surmonter reflètent nécessairement un positionnement qui n'est pas neutre axiologiquement. Pour autant, on a eu à cœur de ne pas excéder notre champ d'expertise ni de succomber à de trop grandes digressions axiologiques. Il a été question de les appréhender

¹⁴⁰ Pour quelques représentants de l'École critique : M. EVERSON, « The Fault of European Law in (social, political) Economic Crisis », *Law and Critique*, 2013, vol. 24(2) ; D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES, *The End of the Eurocrats' Dream: Adjusting to European Diversity*, Cambridge University Press, 2016, pp. 352) ; A. MENÉNDEZ (2014), « Which Citizenship ? Whose Europe ? – The Many Paradoxes of European Citizenship », *German L. J.*, vol. 15, n° 5, p. 907-933. V. égal. Dans la littérature francophone : E. CARPANO, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ADUE*, 2016, pp. 45-84.

¹⁴¹ L. CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, vol. 45 pp. 89-115 ; J.-C. MAGENDIE, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, vol. 45, pp. 13-19.

¹⁴² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 83.

¹⁴³ Sur la nécessité de distinguer les étapes, V. notre article co-écrit avec Amaury CRAVAREZZA (A. CRAVAREZZA, J. GRANGEON, « Du bon usage de la critique en droit de l'Union européenne », in L. LEBON, M. MEZAGUER, O. PEIFFERT. *Études européennes critiques. Actes de la Première journée Jeune recherche de l'Association française des études européennes (AFÉE)*, Pedone, 2020, p. 25.

objectivement au regard du droit positif. C'est ainsi au regard de tendance engagée ou d'évolutions pressenties que l'on proposera de formuler des hypothèses d'ordre prospectif.

2) La méthode de la comparaison

57. Là encore, le constat est celui de la diversité. Jacques VANDERLINDEN notait à cet égard qu'« *il existe sans doute autant de manières d'aborder la comparaison en droit qu'il existe de comparatistes* »¹⁴⁴. Parmi les plus connues, l'on se limitera à mentionner le fonctionnalisme¹⁴⁵, le contextualisme et le textualisme¹⁴⁶, le structuralisme, le conceptualisme analytique, etc¹⁴⁷. Étant donné qu'aucune « bonne méthode »¹⁴⁸ n'a véritablement émergé, des comparatistes ont pu prendre le parti pris d'abandonner toute recherche méthodologique¹⁴⁹. Si nous ne nous y sommes pas résignés, il a toutefois fallu admettre l'impossibilité de nous inscrire dans une méthode précise compte tenu de leurs imbrications et leurs limites respectives. Loin d'être un obstacle en soi, ce constat peut amener à revendiquer une forme de pluralisme méthodologique¹⁵⁰. Il est plus précisément, à notre sens, l'occasion de recentrer la démarche comparative autour de la « règle des trois C »¹⁵¹ dégagée par Léontin-Jean CONSTANTINESCO : connaître, comprendre, comparer. Une fois admise dans son principe, cette règle ne repose pas

¹⁴⁴ J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, E. Story-Scientia, 1995.

¹⁴⁵ En substance, la méthode fonctionnelle correspond à l'étude des réponses apportées à la résolution d'un problème donné. Le rôle du comparatiste est de comparer les solutions apportées par chaque système. Cette méthode a longtemps remporté tous les suffrages, elle s'est progressivement divisée en sept sous catégories différentes. Sur cette méthode, v. not.: R. MICHAELS, « The Functionnal Method of Comparative Law », in R. BANAKAR, M. TRAVERS, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 339. Si elle est perçue par certains comme « point de départ » (G. SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, p. 405, spéc. p. 409), elle doit, pour d'autres, être « dépassée » (G. SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », préc., p. 405).

¹⁴⁶ On oppose traditionnellement les contextualistes aux textualistes. Les premiers expliquent le droit comparé en termes de facteurs (société, économie, politique etc.) : c'est « le droit en action ». Les seconds, en revanche, se réfèrent uniquement aux règles, et textes de droit écrits : c'est le « droit dans les livres » (v. not. : R. SEFTON-GREEN, « Compare and contrast : monstre à deux têtes », *RIDC*, 2002, vol 54, p. 85-95). Contrairement au fonctionnalisme, le contextualisme repose principalement sur le contexte national à proprement parler et non sur la fonction de la norme ou de l'institution juridique étudiée, au sein du système juridique dont elle fait partie.

¹⁴⁷ Pour une présentation générale des différentes méthodes : B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », préc.

¹⁴⁸ Sur cette quête des comparatistes de la meilleure méthodologie pour asseoir la légitimité du droit comparé : M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 1-2005, p. 7, spéc. p. 8 ; B. MARKESINIS, « Comparative Law – A Subjectif in Search of an Audience », *Mod. L. Rev.*, 1990, vol. 53, p. 1.

¹⁴⁹ Certains auteurs regrettent voire contestent cette tentation de faire le deuil de toute recherche méthodologique (B. FAUVARQUE-COSSON, « Argument de droit comparé et sociologie juridique », in D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Dalloz, 2015, p. 69-81, spéc. p. 73.

¹⁵⁰ V. not. la thèse de Kévin MARIAT (*L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal – Réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien*, Lyon 3, spéc., p. 56).

¹⁵¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 122.

moins sur des présupposés méthodologiques ; pas plus qu'elle n'exclut les risques attachés à toute entreprise comparative. C'est dans ce contexte qu'il nous faut alors ici présenter les manières d'appréhender chacune de ses étapes.

a) *La Connaissance en vue de la restitution du droit américain*

58. La connaissance du droit étranger, objet de la comparaison, constitue un préalable nécessaire. Difficilement contestable, cette première étape soulève pourtant déjà une difficulté relative au choix des droits qui sont comparés : peut-on tout comparer ? Ou certains droits sont-ils trop éloignés pour faire l'objet d'une comparaison ? La doctrine a été divisée¹⁵². Nous avons fait le pari de dépasser les réserves de Pierre LEGRAND qui voyait dans le dialogue entre un juriste civiliste et un juriste de *common law*¹⁵³, un dialogue impossible¹⁵⁴ ; réserves déjà largement relativisées compte tenu des nombreuses études comparatives entre le droit américain et le droit de l'Union ou entre le droit américain et le droit d'un État membre¹⁵⁵. À ce premier stade, deux précisions s'imposent toutefois.

59. Les passages de droit étranger. Le choix du droit comparé États-Unis/UE induit des passages de droit étranger¹⁵⁶. Si ceux-ci sont nécessairement descriptifs, ils se sont révélés

¹⁵² Doctrine divisée sur la question de savoir si l'on peut tout comparer. Pour une présentation générale : R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, n° 495.

¹⁵³ Le droit américain est communément rangé dans la famille de *common law*. Sur les liens et distances du droit américain vis-à-vis du *common law* : cf. *infra*. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁵⁴ À la question de savoir si les juristes de *common law* et les civilistes pouvaient se comprendre, Pierre LEGRAND a pu répondre par la négative (P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-culture*, pp. 64-65 ; *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS éd., 2014, spéc. p. 407). Sur le fait que le juriste comparatiste est soumis à une forme d'ethnocentrisme et à des précompréhensions systémiques à l'origine d'un biais dans la comparaison : P. LEGRAND, G. Samuel, *Introduction au common law*, La découverte, 2008, p. 6. Dans le champ particulier de l'étude, d'aucuns ont pu également contester la faisabilité de la comparaison : B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, préc., spéc. p. 24. L'auteur remet en cause la pertinence d'une telle comparaison au motif que le droit de la concurrence, s'il s'inspire du droit américain, invite à l'étude du droit civil. Or, touchant au fondement du système juridique français, ce droit ne peut être comparé au droit américain en raison des différences culturelles trop importantes. Aucune transposition possible des outils étrangers donc aucune comparaison possible. « dès lors que l'on étudie un droit à caractère interne, un droit privé qui touche au fondement du système juridique comme le droit civil, la comparaison se heurte à des différences culturelles qui empêchent la transposition concrète de certains outils de droit étranger ». Dans le même sens V. également : S. VANDE WALLE, *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan – A Comparative Perspective*, Maklu Pub, 1^{ère} éd., 2013. Nous ne souscrivons pas à de telles analyses.

¹⁵⁵ Cf. *supra* sur l'état de l'art.

¹⁵⁶ « Le droit comparé, c'est avant tout du droit étranger » (C. BROYELLE, M. GUYOMAR, « Du bon usage été des risques du mésusage du droit comparé », in E. ZOLLER, (Mél.), *Penser le droit à partir de l'individu*, Dalloz, 2018). Sur la distinction, v. not. : M. -C., PONTHEAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? ». *RIDC*, 2015, vol. 67, pp. 299-315.

inévitables. À titre d'illustration, on pense notamment aux éléments de procédure civile américaine et à nécessaire présentation de l'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême¹⁵⁷.

60. Restituer les langues. La question de la traduction est cruciale dans une étude de droit comparé et implique la plus grande vigilance du comparatiste¹⁵⁸. Notre sujet, et son intitulé même, démontre la difficulté et les risques d'une traduction littérale. À cette difficulté s'est ajoutée celle liée aux termes spécifiques de procédure civile (tels que *summary judgment/motion to dismiss* etc.) ou à de grandes notions (« *regulatory enforcement* »). Mais, de manière générale, traduire reste un devoir du comparatiste. C'est dans ce contexte que, à défaut de terme ou expression très spécifiques, nous avons fait le choix de traduire la majorité des éléments (et notamment les citations d'arrêts et opinions de la doctrine) dans les corps du développement. Toutefois, dans un souci de transparence et afin de laisser l'opportunité à la rectification, l'intégralité des citations originales ayant fait l'objet de traductions par nos soins est reproduite en note.

b) La Compréhension du droit américain : la détermination des éléments pris en considération

61. Si on la distingue, cette seconde étape est en réalité induite par la première : la connaissance du droit étranger implique de parvenir à déterminer ce qui relève du droit et donc de la comparaison. Il est largement admis que l'étude d'un droit étranger ne peut se limiter aux textes, mais sous-entend une compréhension globale¹⁵⁹. En ce sens, la connaissance ne peut être pleinement réalisée si elle ne replace pas les règles dans leur contexte juridique, politique, culturel et économique, etc¹⁶⁰. Pour autant, tout aussi admis est le constat que le comparatiste

¹⁵⁷ Cf. supra Chapitre 6.

¹⁵⁸ P. LEGRAND, « Comparer », *préc.* ; M.-C. PONTHEUREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *préc.*, p. 90-94. La traduction constitue, en effet, le « tout premier degré de la démarche comparative » (É. PICARD, « L'état du droit comparé en France », *préc.*, p. 894).

¹⁵⁹ C'est l'un des enseignements majeurs de Pierre LEGRAND. V. de cet auteur : « Comparer », *préc.*, *spéc.* p. 24 (*que l'on songe aux liens entre le droit et la langue, le droit et l'ordre social, économique ou politique, entre le droit et l'histoire, entre le droit et les traditions philosophiques et morales qui se sont ancrées sur un territoire donné*). Dans le même sens : R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950, p. 17. Le droit « ne saurait être [entendu] sans la connaissance de la société qu'il gouverne, et dans l'ignorance des manières de se conduire, de penser et de sentir des membres de cette société », cité par P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, 2016, p. 4). Dans le même sens : « plus les paramètres sont nombreux (prise en compte de données scientifiques, sociologiques, économiques, historiques, philosophiques, religieuses, linguistique etc., plus la comparaison a des chances d'être fertile » (O. MORETEAU, « Premiers pas dans la comparaison des droits », in J.-C. GÉMAR et N. KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langue et droit*, Bruylant, 2005, p. 407).

¹⁶⁰ C'est ce que Rodolfo SACCO désigne par l'expression les « formants », à savoir « les différentes composantes ayant une influence dans la mise en œuvre des normes juridiques » (B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *préc.*, *spéc.* p. 45. Elle cite R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 6^{ème} éd., Utet, 2015, pp. 45 et s. Sur l'idée que le droit doit être remplacé « dans l'histoire intellectuelle et sociale »

se trouve alors pris en étau entre l'obligation de la prise en compte de ces éléments contextuels et les risques qu'impliquent la nécessité de s'aventurer hors du droit positif. Car en invitant à une démarche pluridisciplinaire¹⁶¹, la comparaison amène potentiellement le juriste à dépasser son champ de compétence.

62. À défaut de solution miracle, deux pistes permettent pourtant, à notre sens, de prévenir des risques. La première consiste à rappeler et accepter la subjectivité de la comparaison¹⁶². La mise en garde n'est pas nouvelle. Pierre LEGRAND exhortait en ce sens d'« *oubli(er) avec sérénité l'objectivité* »¹⁶³. Il a plus précisément souligné l'impossibilité de s'extraire totalement de son droit, sa langue et sa culture¹⁶⁴. C'est dans cette perspective qu'il faut admettre une certaine sélectivité dans le choix de la matière première (et cela même dans les éléments « incontestables » de droit écrit). La seconde a été, dans le cadre de ce travail, d'identifier les moments où l'on a eu recours à la pluridisciplinarité¹⁶⁵. Il nous a en effet semblé important d'avertir le lecteur lorsque nous empruntons la notion ou l'analyse à une autre discipline, en s'appuyant sur les auteurs d'autorité de la discipline mobilisée. Pour comprendre les ressorts du *private enforcement* aux États-Unis, l'approche sociologique de Robert KAGAN a, par exemple, été un précieux soutien. S'agissant des travaux en économie, ils ont été mobilisés pour présenter les débats relatifs à l'efficacité du *private enforcement*. Le recours à ces travaux était difficilement évitable compte tenu d'une part, de l'importance du mouvement de l'analyse économique du droit dans le secteur de l'étude et, d'autre part, de leur influence sur l'appréciation des règles aux États-Unis par les institutions et notamment par la Cour suprême. Il n'a en revanche jamais été question de se prononcer sur leur validité.

(Lord H. P. MACMILLAN, « Deux manières de penser », trad. S. BAMBERGER, in *Droit civil et common law, Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, 1938, t. 2, p. 9). C'est pour cela que le droit comparé une « matière vivante » (M.-C. PONTTHOREAU, « Avant-propos », in M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, préc., spéc. VII).

¹⁶¹ A. DELCAMP, « La recherche en droit comparé », *LPA* 15 avr. 1999, p. 53.

¹⁶² B. JALUZOT, « Cartographier les droits », in C. JAUFFRET-SPINOSI (Mél.), préc., p. 670 ; M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 1-2005, p. 7, spéc. p. 7 ; R. SEFTON-GREEN, « Compare and contrast : monstre à deux têtes », *RIDC*, 1-2002, page 85, spéc. page 94 (« *En définitive, aucune méthode ni théorie n'est neutre* »).

¹⁶³ P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, préc., spéc. p. 214.

¹⁶⁴ C'est l'un des enseignements majeurs de Pierre LEGRAND (P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », préc., p. 209 ; « Comparer », *RIDC*, 1996, p. 279 ; *Le droit comparé*, 5^{ème} éd., PUF, 2016).

¹⁶⁵ Cf. recommandations de F. OST sur l'interdisciplinarité (F. OST A. BAILLEUX, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, pp. 25-44.)

c) *La Comparaison stricto sensu*

63. Enfin, intervient l'étape de la comparaison *stricto sensu*. À l'image du troisième test qui compose le contrôle de proportionnalité de la Cour de justice de l'Union en droit du marché, cette dernière étape dévoile difficilement ses caractères. Compte tenu de la diversité des démarches, largement liée à la diversité de comparatistes, elle paraît, elle aussi, rétive à toute systématisation.

64. De la définition philosophique de la comparaison – comme « *opération par laquelle on réunit deux ou plusieurs objets dans un même acte de pensée pour en dégager les ressemblances ou les différences* »¹⁶⁶ – transparait néanmoins le premier volet. La comparaison s'appuie sur l'établissement des points communs et des divergences. Cette démarche impose, en tant que de besoin, de procéder au traitement distinct des deux droits dans le cadre de notre étude. À notre sens, certaines divergences fondamentales des droits et systèmes étudiés (*common law*, *civil law* ; structure fédérale américaine, *sui generis* de l'Union) rendaient nécessaire leur traitement distinct, au risque d'amener à des confusions et de compliquer la compréhension du lecteur. Pour autant, cette division n'est pas le reflet d'une seule juxtaposition ni d'un « *exposé dogmatique du droit étranger* »¹⁶⁷ mais se place, au contraire, au service de notre démonstration. La présentation séparée met en lumière l'approche critique et montre que la connaissance brute du droit étranger n'est pas rétive à l'évaluation.

65. L'on comprend alors que la comparaison au sens strict ne s'épuise pas dans cette démarche. Si cette étape est nécessaire¹⁶⁸, elle ne peut en revanche être un but en soi. Étroitement lié à l'objectif de la comparaison, son second volet consiste à se placer au service du sens de l'acte comparatif lui-même¹⁶⁹.

V – Problématique et annonce de plan

66. Défendre l'idée d'une contribution de l'action privée à la mise en œuvre du droit objectif c'est se placer dans les interstices de dichotomies bien établies. Traduction de cette problématique, le concept américain de *private enforcement of statutory and administrative*

¹⁶⁶ *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^{ème} éd., PUF, 2010, V. « Comparaison ».

¹⁶⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, « Argument de droit comparé et sociologie juridique », préc., p. 82.

¹⁶⁸ O. MORETEAU, « Premiers pas dans la comparaison des droits », préc., p. 407.

¹⁶⁹ M.-C. PONTHEUREAU, « Le droit comparé en question (s) : entre pragmatisme et outils épistémologiques », *RIDC*, 2005, p. 7. Afin d'éviter toute répétition à ce stade, nous renvoyons aux objectifs de la recherche : Cf. *supra*, §51 et s.

*law*¹⁷⁰ nous est apparu riche d'enseignements en ce qu'il bouscule précisément la séparation *a priori* étanche entre sphère privée/sphère publique ; intérêt privé/intérêt général. Indifférent aux catégories binaires contentieux objectif/contentieux subjectif, le *private enforcement* se conçoit précisément aux États-Unis comme une participation des personnes privées à la réalisation du droit fédéral, au même titre que les agents publics : par la consécration d'un droit d'action en justice, le Congrès transforme le particulier en « Procureur privé » et cherche, par ce modèle, à assurer conjointement l'effectivité de la protection personnelle du requérant et celle des règles fédérales.

67. Point d'entrée du *private enforcement* en Europe, le droit de la concurrence constitue un passage obligatoire pour observer la greffe de ce modèle hybride selon lequel le particulier se substitue à l'autorité publique pour s'assurer du respect des règles. Si la dialectique protection et instrumentalisation du particulier n'est pas inconnue en droit de l'Union, il n'en demeure pas moins que ce brouillage de la ligne de partage entre sphère publique et sphère privée, pleinement admis aux États-Unis, ne va pas sans réticence en Europe. Le modèle de *private enforcement* est, en effet, perturbant pour la tradition juridique européenne focalisée sur la distinction entre la finalité subjective de l'action du particulier et celle plus objective de l'action des autorités publiques.

68. À travers le champ de l'étude, c'est alors la capacité du droit de l'Union à appréhender cette double finalité subjective et objective de l'action privée que la présente recherche se propose d'éprouver. Comment tente-t-il de la concilier ? Peut-il se détacher de la logique binaire intérêt privé/public qu'elle sous-tend ? Comment le droit de l'Union peut-il être le moteur d'une promotion du rôle normatif des particuliers ? Dans une perspective plus générale, l'étude se propose, en effet, d'interroger comment ce brouillage est susceptible de rejaillir sur la conception qu'on se fait dans l'Union du rôle de l'action privée dans le contrôle du respect des règles, permettant, en filigrane, de mieux saisir l'évolution de la place du particulier dans l'ordre juridique de l'Union et les rapports qu'il entretient avec le Droit.

69. À chacune des étapes de l'entreprise, le droit américain est mobilisé, tant comme outil de découverte d'un concept à la base inconnu que comme révélateur des perspectives qui pourraient accompagner son développement en droit de l'Union. Sans dévoiler outre mesure ici

¹⁷⁰ Expression communément utilisée dans son entièreté par la doctrine américaine. Cf. not. S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », in P. GOTTWALD et B. HESS, (dir.), *Procedural Justice*, 2014, p. 3.

les résultats de l'étude, la recherche repose sur l'hypothèse que le *private enforcement*, tel qu'établi aux États-Unis, est un concept intéressant, mais qui mérite d'être repensé.

70. L'identification fonctionnelle du concept permettra d'analyser la manière dont les deux droits appréhendent la double finalité subjective et objective de l'action privée (**Partie 1**). Une fois l'examen des fondements sur lesquels repose le concept et des aménagements qu'il implique en droit positif, sa capacité à répondre à cette double finalité doit être mesurée. La crédibilité de l'idée selon laquelle le *private enforcement* se met au service des intérêts subjectif et objectif dépendra en effet de ses traductions concrètes dans le cadre du procès. Compter sur les particuliers pour mettre en œuvre le droit s'inscrit dans un contexte évolutif, dépendant à la fois de la mobilisation de ceux-ci et des attentes régulatrices des institutions qui le mettent en œuvre. De ce point de vue, la pérennité du concept de *private enforcement* suppose que le cadre processuel dans lequel il a vocation à se déployer subisse les mutations requises à cet effet (**Partie 2**).

Partie 1 : Identification fonctionnelle du *private enforcement*

Partie 2 : Mutations processuelles du *private enforcement*

PARTIE 1 – IDENTIFICATION FONCTIONNELLE DU
PRIVATE ENFORCEMENT

71. Connue en théorie générale du droit¹⁷¹, l'idée de fonction a été plus particulièrement développée chez les comparatistes. Comme l'a enseigné l'un d'entre eux, « *les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité* »¹⁷². Point de départ de la méthode fonctionnelle¹⁷³, ce postulat repose sur l'idée que « *dans le droit les seules choses comparables sont celles qui remplissent les mêmes fonctions* »¹⁷⁴. Il s'agit ainsi d'analyser, certes, la règle juridique en tant que telle, mais aussi le rôle et les objectifs qu'elle poursuit dans les systèmes juridiques étudiés. Parce qu'elle vise à appréhender l'objet d'étude dans son contexte, cette démarche invite le comparatiste à se détacher de son cadre conceptuel et plus précisément des catégories juridiques de son système d'origine.

72. Cette approche fonctionnelle convient parfaitement à l'étude du *private enforcement* dans une perspective comparative. Illustré dans ce travail par le champ du droit de la concurrence, ce concept repose en substance sur une instrumentalisation des intérêts subjectifs au service de la mise en œuvre effective des règles, et plus globalement des objectifs publics qu'elles visent à mettre en place. Dans le discours des institutions juridiques américaines comme européennes, deux fonctions se dégagent clairement du choix de consacrer un droit d'action à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : il s'agit d'assurer la satisfaction individuelle du requérant d'une part, et la régulation de l'ordre concurrentiel¹⁷⁵, d'autre part.

73. L'identification fonctionnelle du *private enforcement* implique dans un premier temps d'en rechercher ses origines. L'action du particulier constitue le socle de ce concept. Bien qu'elle repose sur des fondements historiques et idéologiques radicalement différents au sein de la tradition juridique civiliste et de celle de *common law*, son appréhension par l'ordre juridique fédéral américain et l'ordre juridique européen permet de lui attribuer une nouvelle dimension. Au-delà de sa finalité subjective originelle, l'action est perçue comme un instrument de

¹⁷¹ F. OST, *À quoi sert le droit*, Bruylant, 2016, pp. 52-53.

¹⁷² H. C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, oct. 1946, cité par B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives », *RIDC*, 2005, vol. 1, pp. 29-48).

¹⁷³ Sur l'origine de la méthode fonctionnelle, V. not. : M. M. GRAZIADEI, « The Functionalist Heritage », in P. LEGRAND, R. MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 103 et s.

¹⁷⁴ C'est Ernst RABEL qui développa cette théorie dans le cadre de ses travaux relatifs à la vente (E. RABEL, « Unification du droit de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types des divers commerces », in *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT, 1938, t. 2, p. 688).

¹⁷⁵ De manière générale sur ce point : A. PIROVANO (Mél.), *L'ordre concurrentiel*, préc.

réalisation des règles objectives. C'est alors précisément cette double finalité – subjective et objective – sur laquelle repose (et qui caractérise) le concept de *private enforcement* (Titre 1).

74. Une fois admise dans son principe, cette dualité fonctionnelle doit être appréciée au travers de sa mise en œuvre. Lieu d'émergence du concept, le système américain dispose *a priori* des outils nécessaires à sa concrétisation. Il n'en demeure pourtant pas moins que l'idée d'attribuer deux fonctions à l'action privée n'est pas sans bousculer quelques règles bien établies. Aux États-Unis comme dans l'Union européenne, cette dualité fonctionnelle interroge quant aux liens qu'elle entretient avec les régimes traditionnels de responsabilité civile. En outre, elle suppose la création d'instruments procéduraux adaptés à l'idée d'une contribution de l'action privée à la réalisation du droit : le recours à l'action collective se révèle notamment essentiel pour donner à l'action une connotation plus objective. En résumé, parce qu'elle implique des ajustements substantiels et procéduraux, cette dualité fonctionnelle apparaît, dans un second temps, perturbatrice (Titre 2).

Titre 1 – Une dualité fonctionnelle fondatrice

Titre 2 – Une dualité fonctionnelle perturbatrice

TITRE 1 – UNE DUALITE FONCTIONNELLE FONDATRICE

75. Le concept de *private enforcement* se fonde sur la consécration d'un droit d'action, préalable nécessaire et indispensable à la mobilisation des personnes privées. L'étude de ses origines suppose ainsi de revenir sur la conception traditionnelle de l'action dans les droits positifs étudiés. Autorisant un détour par les fondements historiques, théoriques et idéologiques propres à chaque tradition juridique, cette première étape permet de constater que l'action vise par définition la satisfaction individuelle du requérant (*Chapitre 1*). Le constat de cette finalité subjective inhérente à l'action ne suffit pourtant pas. Une fois appréhendée à l'échelon fédéral ou à celui de l'Union, l'action privée se voit accorder une véritable dimension normative, caractéristique du concept de *private enforcement*. L'action n'est plus simplement ramenée du côté des intérêts personnels, elle contribue à la réalisation du droit fédéral ou du droit l'Union. Une finalité objective est alors intégrée à l'action du particulier (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 – Une finalité subjective inhérente à l'action privée

Chapitre 2 – Une finalité objective intégrée à l'action privée

CHAPITRE 1 – UNE FINALITE SUBJECTIVE INHERENTE A L’ACTION PRIVEE

76. La perspective finaliste choisie pour l’analyse suggère que les premiers traits du *private enforcement* peuvent se dessiner à travers l’examen de la finalité subjective de l’action. Socle dudit concept, l’action en justice a, en effet, d’abord vocation à assurer la satisfaction d’intérêts personnels dans le cadre de litiges bien circonscrits. Le champ de l’étude en constitue l’illustration. La consécration d’un droit d’action en droit positif est incontestablement encouragée par un objectif indemnitaire. En ouvrant un droit d’agir aux victimes, les institutions américaines et européennes visent à assurer le traitement, et donc l’indemnisation, des atteintes individuelles qui résultent d’une infraction aux règles de concurrence.

77. L’apparente convergence doit toutefois être nuancée, car une telle finalité se comprend différemment dans les deux systèmes étudiés. Pour démontrer la particularité du concept de *private enforcement*, une première étape consiste alors à rechercher, dans les traditions juridiques auxquelles se rattachent les deux droits, les origines et la portée de la finalité subjective accordée à l’action. Bien que bâtie sur une origine commune¹⁷⁶, l’action en justice n’en a pas moins trouvé une signification particulière au sein de la tradition de *common law* et de la tradition civiliste.

78. Replacer l’action dans la tradition de *common law* tend à montrer que les racines théoriques et historiques du *private enforcement* sont anciennes. Le droit d’action, tel que celui consacré en matière *antitrust* dans le *Clayton Act*, apparaît d’abord comme l’expression du principe fondamental d’accès à la justice en *common law*¹⁷⁷. S’inscrivant dans cette tradition, il exprime aussi par là une conception propre à la tradition de *common law* selon laquelle l’action en justice des individus est instrumentalisée au profit de la régulation de l’ordre social (*Section I*).

¹⁷⁶ H. SUMMER MAINE, *Études sur l’ancien droit et la coutume primitive*, Ernest Thorin, 1884, p. 516 ; R. VON IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. III, p.350-351, cité par D. ALLAND et S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., 4^{ème} tirage PUF, 2012, p. 17 dans lequel ils rappellent que les systèmes juridiques civilistes et ceux de *common law* partagent une origine commune du concept d’action en justice : les *legis actions* du droit romain et les *writs* du droit anglais du Moyen Âge consistaient à prévoir une série d’actions visant des cas particuliers de dommages qui donnaient le droit d’aller se plaindre devant les tribunaux à condition que la situation corresponde à la formule d’une action déterminée.

¹⁷⁷ Si le droit américain a originellement voulu se distinguer radicalement du *common law* britannique pour des raisons historiques, celui-ci a néanmoins triomphé à partir du milieu du XIX^e siècle. Les auteurs comparatistes s’accordent pour reconnaître que malgré de nombreuses différences, les États-Unis demeurent un pays de *common law* en ce que le droit américain conserve « une structure générale analogue » à celle de *common law*. V. en ce sens : R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016, pp. 326 et s. ; E. A. FARNSWORTH, *An Introduction to The Legal System of the United States*, 4th ed. Oxford University Press, 2010 ; É. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, PUF, 2001 ; A. LEVASSEUR, *Droit des États-Unis*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1997 ; *Le droit américain*, Dalloz, 2004.

79. Au contraire, dans les pays européens de tradition civiliste, la théorie de l'action et le modèle individualiste du procès qui en découle semblent rendre impossible l'hypothèse d'une participation des individus à la mise en œuvre des règles dites objectives. À la différence du *common law*, la tradition européenne traduit une certaine conception du droit qui établit une distinction nette des rôles entre les acteurs : le particulier agissant dans son intérêt subjectif et le ministère public dans l'intérêt général. La dimension subjective de l'action en justice est devenue fondamentale dans les systèmes civilistes (Section 2).

SECTION 1 – Une finalité subjective instrumentale en *common law*

80. Analyser les fondements d'un phénomène juridique revient à l'inscrire dans une perspective historique tendant, *a priori*, à en relativiser son originalité. Le *private enforcement* ne fait pas exception à ce présupposé. Si les États-Unis ont marqué leur distance vis-à-vis du *common law* britannique¹⁷⁸, le droit américain et plus particulièrement les règles régissant sa mise en œuvre n'ont pas pu échapper à l'influence des liens historiques qui les lient à l'Angleterre¹⁷⁹. La consécration d'un droit d'action en matière *antitrust* aux États-Unis ne peut ainsi se concevoir sans avoir au préalable à l'esprit les origines philosophiques, théoriques, et idéologiques propres à la tradition de *common law* de laquelle il est issu.

81. Au regard du droit anglais, il apparaît naturel d'accorder prioritairement un recours à une personne qui s'estime victime d'un dommage. Cette reconnaissance d'une action au profit de la création d'un droit est communément désignée en *common law* par l'adage fondamental selon lequel « *remedies precede right* »¹⁸⁰. Si ce primat de l'action exprime la nécessité d'accorder au plaideur une protection juridique (« remède »¹⁸¹), cette dimension subjective doit pourtant être nuancée. Dans les systèmes de *common law*, la place de l'action est le reflet d'une conception historique du droit perçu comme un moyen de policer la société plutôt que de développer un appareil d'État. En ce sens, outre la satisfaction d'un intérêt personnel, l'action privée a de longue date été instrumentalisée au profit de l'ordre social (§1). Par son inscription dans la tradition de *common law*, le droit d'action des Sections 4 et 16 du *Clayton Act* constitue une parfaite illustration de cette conception, mise plus particulièrement au service de l'ordre concurrentiel (§2).

¹⁷⁸ R. POUND, « The Deviation of American Law from English Law », *Law Quarterly Rev.*, 1951, vol. 67, pp. 46-66 ; A. KAHN-FREUND, « English Law and American Law. Some Comparative Reflections », in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1962, pp. 862-409 ; A. DEYSINE, *La Justice aux États-Unis*, PUF, 1998.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, les références citées sur ses origines de *common law*.

¹⁸⁰ L'expression est largement citée par la doctrine comparatiste cf. not. R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Sirey, 1948 ; R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016, p. 251 ou encore E. CARPANO, E. MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Gualino, 2009, spéc. p. 24. De manière plus générale, pour une présentation de ce mode de construction du droit par l'action en justice (« *judge-made law* ») : P. KINDER-GEST, *Droit anglais : tome 1, Institutions politiques et judiciaires*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1998.

¹⁸¹ Le terme *remedy* ne trouve pas de traduction particulièrement satisfaisante en langue française. Certains adoptent une traduction la plus proche en utilisant le mot « remède » (R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, préc., p. 274). Dans les prochains développements, on le comprendra principalement dans le sens de « recours » (en ce sens : v. B. FAUVARQUE-COSSON, R. LÖÖF, J. DICKSON, T. WEST (dir.), *Dictionnaire juridique français-anglais. Harrap's : Law dictionary english-french*, Dalloz Sirey, 2004, V. « Remedy » ; ou P. KINDER-GEST, *Droit anglais : tome 1, Institutions politiques et judiciaires*, préc. p. 601).

§ 1 – L’instrumentalisation originelle de l’action privée au service de l’ordre social

82. Il ressort de la construction du système de *common law* que l’action en justice n’a pas uniquement vocation à satisfaire un intérêt particulier, mais participe, dans une perspective plus générale, à un certain mode d’organisation de la société. Pour un juriste continental, une telle assertion peut paraître surprenante au regard du modèle individualiste de l’action¹⁸². Pour autant, la méthode comparative invite précisément à nous détacher de notre grille de lecture civiliste au profit d’une approche plus contextuelle du phénomène juridique étudié¹⁸³.

83. Ainsi, afin de saisir la portée instrumentale de l’action en justice, il faut s’inscrire dans une perspective historique¹⁸⁴. Dès l’origine, l’élaboration du droit repose sur la mobilisation des personnes privées, mues par la défense de leurs intérêts particuliers, à agir en justice. À cet égard, certains observateurs anglo-saxons considèrent que le système de *common law* repose historiquement sur une forme de « privatisation du “*regulatory enforcement*” »¹⁸⁵. Pour comprendre cette expression, il apparaît préférable à ce stade d’écarter toute tentative de traduction littérale¹⁸⁶ au profit de son appréhension dans son contexte d’origine. Il faut en effet

¹⁸² Cf. *infra*, section 2, §121. À deux égards au moins, l’hypothèse ici défendue surprend un juriste continental. D’abord parce qu’elle contredit la conception de l’action centrée sur la protection d’un intérêt juridiquement protégé (le droit subjectif) ; ensuite parce qu’elle remet plus globalement en cause la distinction établie entre les intérêts subjectifs du citoyen et les intérêts objectifs de l’État, communément désignée dans la tradition romano-germanique par la dichotomie entre droit subjectif et droit objectif. Néanmoins, on se chargera précisément de démontrer que ce cadre conceptuel ne s’applique pas au système de *common law*.

¹⁸³ V. not. H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 3, p. 503 ; H. KÖTZ « Comparative Law in Germany today », *RIDC*, 1999, p. 753 ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, pp. 115 et s.

¹⁸⁴ Les observateurs pointent unanimement l’importance de l’étude de l’histoire du droit anglais car celle-ci a profondément marqué la construction et les caractéristiques des systèmes de *common law*. Pour une présentation plus détaillée de l’histoire du droit anglais : v. J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Oxford University Press, 2002 ; R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains*, préc., pp. 245 et s.

¹⁸⁵ B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », *Buff. L. Rev.*, 1985, vol. 34, p. 947. V. également les références citées : S. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2d ed., 1981 ; W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 4th ed., 1936.

¹⁸⁶ Si la difficulté de traduction est une problématique classique en droit comparé, la tâche apparaît d’autant plus difficile s’agissant des expressions telles que « *regulation* » ou « *regulatory enforcement* ». La notion de « régulation » a fait l’objet de nombreux débats au sein de la doctrine juridique française, notamment dans la recherche en droit économique. Le contresens revenant à confondre la régulation avec le terme « *regulation* » (celui-ci-renvoyant plus à la notion de réglementation) ne semble plus faire l’objet de discussion. En ce sens, M.-A. FRISON ROCHE précise que « (*la régulation en français renvoie donc non pas à la réglementation économique, regulation, mais aux regulatory systems, qui expriment l’ensemble des dispositifs et institutions en charge d’exprimer cette nouvelle forme de politiques publiques*) ». Laurence BOY énonce elle que le terme régulation peut être entendu dans un sens étroit (« *la régulation des secteurs nouvellement ouverts à la concurrence : les industries de réseaux* ») mais peut aussi « *recouvrir une réalité plus large* » en comprenant notamment « *des nouvelles formes de gouvernance associant pouvoir publics et pouvoirs privés, experts et pouvoirs politiques* ». V. not. sur l’origine de ces débats : M.-A. FRISON ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004. pp. 126 et s. ; L. BOY, « Réflexions sur « le droit de la régulation », *D.* 2001. p. 3031 ; R. RAMBAUD,

avoir à l'esprit, qu'en Angleterre, la formation du droit précède largement la reconnaissance de l'État¹⁸⁷. Ainsi, l'organisation des rapports juridiques qui fondent l'ordre social ne résulte pas de règles abstraitement reconnues par une autorité supérieure dont elle aurait en charge d'assurer le respect. Au contraire, les droits et obligations qui lient les membres de la communauté sont historiquement régis à travers les solutions dégagées par les juges. En ce sens, il apparaît peu surprenant de constater que les institutions juridiques ont prioritairement compté sur les actions des individus pour assurer la mise en œuvre des règles, principalement prétoriennes. Pour autant, si cette logique instrumentale repose, à l'origine, sur des présupposés pragmatiques liés au mode d'élaboration du *common law* (A), elle a été justifiée à l'époque moderne par des considérations plus idéologiques, principalement liées à la montée en puissance de l'État et à l'émergence des théories économiques libérales (B).

A) Le temps des origines : les présupposés pragmatiques

84. Bref retour sur la construction du *common law*¹⁸⁸. Le caractère instrumental de l'action en justice remonte aux origines même du droit anglais¹⁸⁹. Historiquement, le territoire de l'Angleterre est composé de différents royaumes et duchés régis par les lois et coutumes dont des juridictions locales assurent le respect¹⁹⁰. La formation du droit repose ainsi sur l'action des membres d'une communauté qui s'organise elle-même autour d'un certain nombre de valeurs ancestrales. Au moment de son accession au pouvoir en 1066, Guillaume le CONQUERANT souhaite étendre sa justice tout en promettant de respecter les différentes coutumes du royaume¹⁹¹. Il donne pour cela à des juges itinérants la mission de parcourir les villes afin de

L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique, LGDJ, 2012.

¹⁸⁷ V. sur ce point : A. ANTOINE, « L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Le cas britannique », in J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Acte du colloque du 12 déc. 2014, Pedone, 2015, spéc. pp. 95-110. L'auteur rappelle que le *common law* est né au Moyen Âge, époque à laquelle « la théorisation de l'État comme entité abstraite n'a pas encore été achevée » (p. 97).

¹⁸⁸ Bien que l'utilisation du masculin soit contestée en doctrine, nous choisissons dans ce travail de parler « du » *common law* et non de « la » *common law* et cela pour une raison principale : l'expression venant du vieux normand « comune ley », l'emploi de « law » renvoie à l'époque de son développement au « droit » et non pas à la « loi ». Il s'agit du droit appliqué uniformément par les cours royales à l'ensemble du pays, en opposition avec le droit rendu par les cours locales. Sur ce point v. not. E. CARPANO, E. MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Gualino, 2009, spéc. p. 24.

¹⁸⁹ Sur la genèse du *common law*, v. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 4th ed., Oxford University Press, 2010, p. 244.

¹⁹⁰ Ce droit coutumier résulte de différences influences : le droit romain, les lois barbares et anglo-saxonnes. V. not. sur ce point : R. H. HELMHOLZ, « Continental law and Common law : Historical Strangers of Companions ? », *Duke L. J.*, 1990, vol. 39, p. 1207.

¹⁹¹ H. P. GLENN, « La civilisation de la *common law* », *RIDC*, 1993, p. 562. L'auteur énonce sur ce point que « pour faire accepter la justice du roi, et les justices royales, les Normands ne bouleversèrent pas les coutumes

trancher les litiges au nom du pouvoir royal et d'assurer ainsi la paix sur tout le royaume. Plus efficace que les décisions des juridictions locales, ce système supprime peu à peu le droit coutumier et permet la mise en place, à partir de la fin du XII^e siècle, d'un droit unifié, applicable sur tout le royaume¹⁹² : le *common law*.

85. Portée de cette construction pragmatique du droit. Ce mode d'élaboration du *common law* constitue un élément essentiel pour comprendre que l'action en justice ne résulte pas prioritairement d'une lutte de l'individu pour la défense de ses droits individuels proclamés abstraitement, mais s'inscrit, au contraire, dans un cadre plus collectif. Certes, par l'intermédiaire de son action, le plaideur obtient une satisfaction individuelle et la résolution de son litige. Il est d'ailleurs communément déduit, de ces circonstances dans lesquelles s'est formé le *common law*, une conception particulière du droit qui accorde une place prioritaire à la procédure et, par conséquent, au juge pour garantir les droits de l'individu¹⁹³. Pour autant, il faut garder à l'esprit qu'à l'origine « *les droits et obligations de tous sont identifiés dans le cadre d'un collectif qui est plus large que l'individu, mais qui n'est pas assimilable à l'État ou à la Nation* »¹⁹⁴. En ce sens, cette construction originelle du droit par l'action en justice est le reflet d'une approche fondamentalement pragmatique selon laquelle la justice royale, et, de manière plus générale, la paix sociale, sera d'autant mieux assurée si l'ensemble de la communauté veille, en pratique, à son respect. Ce n'est d'ailleurs qu'au fil du développement du droit anglais, et notamment avec l'émergence de l'*equity*¹⁹⁵, que l'action a visé à accorder une satisfaction individuelle aux particuliers par le biais d'un recours en justice. Mais, à l'origine, deux raisons principales invitent, selon nous, à relativiser la dimension subjective accordée à l'action.

locales (...). La justice royale devint le cadre pour la résolution des différends au service de la société, mais ses différends se réglèrent localement ».

¹⁹² À la fin du XII^e siècle, le juge GLANVILLE (1112-1190) a écrit le premier ouvrage répertoriant le *Common Law*. Il sera complété par la suite notamment par le juge BRACON (1210-1268) à la fin du XIII^e siècle.

¹⁹³ É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2013, n° 93 v. ss. 111. Pour les autres caractéristiques de la conception du droit, différente de celle du continent v. not. Y.-M. MORISSETTE, « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *RIDC*, 2013, vol. 65, n°3, pp. 613-636.

¹⁹⁴ A. ANTOINE, « L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Le cas britannique », *préc.*, p. 97.

¹⁹⁵ Le système de l'*equity* est né de la rigidité du *common law*, dont le formalisme procédural pouvait conduire à des solutions qui pouvaient apparaître injustes car délaissant le fond des litiges. L'*equity* correspond ainsi à un ensemble de *remedies*, octroyés à partir du XV^e siècle, afin de compléter voire réviser le système de *common law*, apparaissant parfois insuffisant ou discutable. Elle est parfois qualifiée de « *branche du droit privé anglais* » (Y.-M. MORISSETTE, « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *préc.*, p. 618). La distinction entre *common law* et *equity* a perduré et demeure encore aujourd'hui fondamentale.

86. En premier lieu, les modalités procédurales de saisine des juridictions royales sont le reflet que l'action s'est développée sans référence à toute notion de « droit subjectif »¹⁹⁶. Pour être entendus par elles, les plaideurs doivent se voir délivrer un formulaire introductif d'instance (*writ*)¹⁹⁷. À chaque *writ* correspondait une procédure et il n'y avait, à l'origine, qu'un nombre limité d'actions¹⁹⁸. S'il n'y avait pas d'action, il était ainsi considéré qu'il n'y avait alors pas d'intérêt. L'initiateur de l'action devait ainsi se placer dans une procédure sans avoir à démontrer une atteinte à l'un de ses droits. Au départ, les cours royales n'avaient qu'une compétence restreinte puisqu'elles n'avaient vocation qu'à examiner les litiges dans lesquels l'intérêt royal était en jeu. Le roi a, en effet, instauré une féodalité très centralisée et régie par le système des *tenures* qui se résume par le principe selon lequel le roi possède tout et concède simplement ses possessions à ses sujets. Ainsi, lorsqu'un sujet demande la délivrance d'un « *writ* » à une juridiction royale, cela concerne nécessairement une « *affaire de la couronne* »¹⁹⁹. Mais, à la fin du Moyen Âge, les cours royales apparaissent plus efficaces et moins onéreuses que les juridictions locales et deviennent progressivement les seules à administrer la justice. Cette extension des compétences des cours royales au détriment des juridictions locales (censées être seules à contrôler les relations privées) a été diversement analysée par la doctrine comparatiste du continent. Pour certains, la technique du « *writ* » donne d'abord historiquement un « *aspect de droit public* » au procès anglais, proche de notre contentieux de l'annulation²⁰⁰. Moins qu'une simple autorisation d'agir accordée au demandeur, il constitue un ordre donné par le roi à ses agents afin que ces derniers ordonnent au défendeur d'agir conformément au droit, tout en satisfaisant la prétention du demandeur. En

¹⁹⁶ Comme l'expriment très justement Duncan FAIRGRIEVE et Horatia MUIR WATT, « *secrété dans les interstices de la procédure, et plus particulièrement les remèdes judiciaires qu'autorisaient les writs, le common law est non seulement structurellement rétif à toute tentative de systématisation, mais s'est développé, sur le plan substantiel, dans l'ignorance de la notion de droit subjectif* » (D. FAIRGRIEVE et H. MUIR WATT, *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, 2006, p. 28).

¹⁹⁷ Pour une présentation du système de *writ*, v. par exemple P. KINDER-GEST, *Droit anglais : tome 1, Institutions politiques et judiciaires*, préc., pp. 469 et s.

¹⁹⁸ On ne dénombrait en 1227 que 56 formules modèles, puis 76 en 1832. Peu à peu, les cours royales ont étendu leur compétence et accepté des actions nouvelles (dites *actions on the case*) qui variaient en fonction des faits (actions d'*assumpst*, de *deceit*, de *trover*, de *negligence*, etc.). Sur ce point : R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, préc., p. 250.

¹⁹⁹ Seul l'intérêt de la couronne justifie la compétence des juridictions royales. Ainsi, les cours royales traitent, à l'origine, essentiellement trois catégories de causes : les affaires intéressant les finances royales, la propriété foncière et la possession des immeubles, et les affaires criminelles afin d'assurer la paix du royaume. En revanche, lorsqu'une affaire ne concernait qu'un seul intérêt particulier, elle devait être entendue par d'autres juridictions.

²⁰⁰ R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, préc. p. 255. Il s'agit de s'interroger sur la question de savoir si l'acte, le *writ*, a été légitimement délivré. Les auteurs nuancent toutefois la ressemblance en rappelant que contrairement à notre contentieux de l'annulation « *ce n'est pas, dans le procès anglais, celui auquel l'acte administratif porte préjudice qui va demander son annulation ; c'est celui qui l'a obtenu et qui entend s'en prévaloir, qui intente une action pour que cet acte soit confirmé* ».

outre, les auteurs voient plus particulièrement dans cette extension des compétences des cours royales un « *étiolement du droit privé* »²⁰¹. Les mêmes notent qu'à travers l'extension de leur compétence aux dépens des autres juridictions c'est « *avec elles, l'idée même de droit privé qui a disparu en Angleterre. Tous les litiges soumis aux Cours royales anglaises apparaissent de la sorte comme étant en quelque sorte des contestations de droit public* »²⁰². Toutefois, cette approche doit ici être nuancée. D'une part, car elle constitue une vision anachronique contestable. D'autre part, car elle revient à calquer une grille de lecture continentale au contexte anglais. Olivier MORETEAU insiste lui sur le recours à la fiction pour élargir les compétences initialement réduites des cours royales et leur permettre de contrôler les relations privées²⁰³. Il note que la justice royale a élargi (par le biais des « *writ* ») sa compétence pénale à des litiges que l'on qualifierait de civils : une victime pouvait désormais s'adresser aux cours royales afin d'exiger de l'auteur d'un dommage sa réparation, son refus étant susceptible de constituer une désobéissance à un ordre donné au nom du roi²⁰⁴. Sans remettre fondamentalement en cause ces différentes analyses historiques, la conception de l'action doit, dans le cadre de notre démonstration, être plus précisément saisie dans le contexte plus particulier de la féodalité.

87. En second lieu en effet, la nature profondément féodale du droit a fait obstacle à la distinction entre droits « publics » et droits « privés »/intérêts « subjectifs » et intérêts plus « objectifs », assimilables à celui de la couronne. En dépit de quelques émergences sporadiques²⁰⁵, le droit anglais s'est en effet initialement développé dans l'ignorance de ce clivage. Négligé par la doctrine comparatiste francophone, cet aspect a été mis en lumière par plusieurs auteurs anglo-saxons²⁰⁶. Certains notent en ce sens qu'à la naissance du *common law*, on commençait à peine à distinguer les actions civiles et criminelles²⁰⁷. Ainsi, si une action était

²⁰¹ R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, préc. p. 255

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, p. 24.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », *U. Pa. L. Rev.*, 1982, vol. 130, pp. 1423-1428, spéc., p. 1423. L'auteur note qu'à la fin de la période médiévale, le droit anglais commençait à établir une distinction entre le rôle du monarque et des propriétaires terriens. Il pouvait ainsi arriver que le requérant particulier ne puisse pas intenter une action au motif que le roi ou le propriétaire la détenait. En ce sens, le juge Glanville énonçait par exemple à la fin du XII^e siècle que « *[w]henever a nuisance is committed affecting the King's highway, or a city, the suit concerning it belongs to the King's Crown* » (« McRae, The Development of Nuisance in the Early Common Law », *U. Fla. L. Rev.*, 1948, vol. 1, p. 27, spéc., p. 36). Pour autant, cette distinction ne s'est véritablement imposée qu'au fil des siècles.

²⁰⁶ V. not : M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », préc., pp. 1423-1428 ; J. MERRYMAN, « The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law », préc., p. 6. (et ouvrages cités : W. HOLDSWORTH, *Historical Introduction to The Land Law*, 1927 ; J. W. JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, 1940, p. 141 ; F. POLLOCK, F. MAITLAND, *The History of English Law*, 2d ed. 1898, pp. 230-31).

²⁰⁷ S. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 2d ed., 1981, p. 417.

ouverte à la suite d'une infraction ou violation d'une règle, elle pouvait potentiellement être intentée par un ensemble d'acteurs, à savoir aussi bien une autorité qu'un individu du royaume²⁰⁸. Par exemple, même en cas de « *public nuisance* », un particulier pouvait agir en justice, les tribunaux ayant simplement demandé peu à peu la preuve de l'existence d'un « *dommage spécial* », dont l'appréciation était relativement souple comme en témoigne l'explication du Juge FITZHERBERT en 1536 : « *Si quelqu'un crée un fossé le long de la route, et que je passe sur cette route de nuit, et que moi et mon cheval sommes projetés dans ce fossé, alors j'ai subi un préjudice d'une certaine gravité... dans ce cas, je dois pouvoir intenter une action contre celui qui a créé ce fossé, car j'ai été plus endommagé que quelqu'un d'autre* »²⁰⁹. Schématiquement, toute violation d'une règle est, à cette époque, considérée comme étant l'affaire de tous.

88. En remontant aux premiers siècles qui ont suivi la Conquête normande, des observateurs remarquent en ce sens que le système juridique de *common law* repose historiquement sur une responsabilité partagée entre les acteurs publics et privés quant à la mise en œuvre des règles²¹⁰. Ils n'hésitent alors pas à établir la naissance du *private enforcement* à cette époque et vont jusqu'à « *supputer que les autorités encourageaient les membres de la communauté à participer à la poursuite des infractions parce qu'ils savaient que cela renforcerait l'investissement et l'engagement des membres dans l'ordre existant. Leur participation accroîtrait ainsi leur propre obligation à se conformer aux règles* »²¹¹. Dans ce contexte,

²⁰⁸ D'ailleurs, pour les auteurs, établir une distinction entre « individu privé » et « autorité publique » au cours de cette période est artificielle : « *In a truly feudal system the distinction between public and private law fails to make sense. Property and office are indistinguishable; tenure of land determines both "public" and "private" rights and duties. Depending on one's premises he could today characterize all feudal law either as private law or as public law, but there was no occasion for such speculation at the time* » (J. MERRYMAN, « The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law », préc., 7).

²⁰⁹ Y.B. 27 Hy. VIII. Mich. pl. 10 (1536), quoted in, VIII 2 W. Holdsworth, cité par B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws » p. 951. (« *If one makes a ditch across the highway, and I come riding in my way by night, and I and my horse are thrown into the ditch, so that I suffer great damage ... in this case I shall have an action against him who made the ditch across the way, because I am more damaged by this than any other* »).

²¹⁰ Certains auteurs considèrent en effet que cette conception, au cœur du concept de *private enforcement*, remonte à près de 600 ans : « *the concept of shared public and private responsibility for enforcement can be traced back at least 600 years in Anglo-American law* » (B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement : A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », préc., p. 947). V. également les références citées: S. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law* 417 (2d ed. 1981) ; W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 4th ed. 1936.

²¹¹ B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », préc., p. 952 (« *In the first few centuries after the Conquest, it appears that private enforcement was common because there was no well-developed conceptual distinction between public and private functions. Any violation of community rules was the business of the entire community and all its members. We might even speculate that authorities encouraged community members to participate in prosecuting wrongs* »).

l'action en justice vise moins prioritairement à la défense d'intérêts personnels qu'à la mise en œuvre des règles dans un intérêt plus collectif.

89. D'ailleurs, si le *common law* devient la source principale de droit à partir de la fin du XIIe siècle, le système juridique ne s'épuise pas dans ces règles non écrites issues des tribunaux. Certes, la législation a occupé une place très résiduelle dans les sources de droit jusqu'au XIXe siècle²¹². Pour autant, l'existence de quelques textes législatifs (« *Statutes* ») est également le reflet, à cette époque, de cette participation des sujets anglais à la mise en œuvre des règles. Dès 1388, le Parlement anglais et Richard II ont par exemple adopté une loi qui visait à endiguer les problèmes de santé publique liés à la pollution de l'eau²¹³. Pour ce faire, était mis en place un système dual de mise en œuvre, prévoyant qu'aussi bien les autorités publiques que toute personne puissent intenter une action²¹⁴. Au moment de son adoption, cette loi aurait pu être rattachée à la catégorie générale des « nuisances publiques », mais il importait peu, à cette époque, de savoir si l'atteinte touchait le domaine public ou privé. Pendant longtemps, les tribunaux ont ainsi autorisé des actions privées sur le fondement de ce texte législatif²¹⁵. Ce n'est que de manière progressive que la distinction entre les actions publiques et privées va apparaître²¹⁶. Ce *Statute* relatif à la pollution de l'eau sera par exemple intégré, au fil du développement du *common law*, à la catégorie des « nuisances publiques » par opposition aux « nuisances privées » : et *in fine*, seules les autorités publiques pourront agir en cas de violation sur la voie publique²¹⁷.

because they knew it increased members' investment in and commitment to the existing order. Participation would thus increase their own sense of obligation to comply with the rules »).

²¹² Jusqu'à cette période, le Parlement britannique a principalement eu pour mission de voter les dépenses publiques et de garantir les libertés individuelles avec, pour illustrations célèbres, l'adoption de l'*Habeas Corpus Act* de 1679 et le *Bill of Right* de 1688.

²¹³ Pour les références précises de cette loi : B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement : A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », préc., spéc. pp. 947 et s.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ J. MERRYMAN, « The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law », *J. Pub. L.*, 1968, vol. 17, p. 3 ; M. J. HORWITZ, « The History of the Public Private Distinction », *U. Pa. L. Rev.*, 1982, vol. 130, p. 1424.

²¹⁷ Pour la distinction v. W. PROSSER, W. KEETON, *Law Of Torts*, 5th ed. 1984, § 86, p. 618 : « *A private nuisance is a civil wrong, based on a disturbance of rights in land. The remedy for it lies in the hands of the individual whose rights have been disturbed. A public or common nuisance, on the other hand, is a species of catch-all criminal offense, consisting of an interference with the rights of the community at large, which may include anything from the obstruction of a highway to a public gaming-house or indecent exposure. As in the case of other crimes, the normal remedy is in the hands of the state* ».

90. Mais cette participation de l'individu à la régulation de l'ordre social s'est aussi illustrée dans la matière pénale à partir du XVIII^e siècle, au moment de la révolution industrielle²¹⁸. Face à l'accroissement des crimes et au regard de l'absence de forces de police suffisamment importantes, les institutions politiques ont voulu amener les citoyens à participer à l'appréhension et à la prévention des criminels. Afin de les inciter à agir, les autorités gouvernementales ont mis en place un système de récompenses financières en cas d'arrestation ou de condamnation des auteurs des infractions²¹⁹. En l'absence de véritable ministère public²²⁰, le système juridique orchestré déjà la mobilisation de l'ensemble des citoyens dans le respect des règles en rendant les poursuites privées lucratives.

91. En définitive, ces quelques exemples historiques témoignent de l'approche fondamentalement utilitariste en *common law* consistant à tirer parti des litiges privés pour réguler l'ordre social. Jusqu'au XIX^e siècle, cette instrumentalisation repose ainsi moins sur des présupposés conceptuels que sur des considérations pragmatiques visant à placer l'ensemble des acteurs, publics ou privés, au service de l'efficacité de la mise en œuvre des règles.

92. Il est alors *a priori* assez paradoxal de constater que, dans la continuité de cette logique instrumentale, des considérations idéologiques aient pu conduire, par la suite, à introduire une différenciation entre les sphères publique et privée. C'est pourtant dès les XVI^e et XVII^e siècles que l'émergence de l'État nation et les théories de la souveraineté ont mis à jour la nécessité d'une distinction entre ce qui relève du domaine public et ce qui relève du domaine privé²²¹. Celle-ci s'est ensuite progressivement imposée car elle s'est montrée favorable à la réalisation des idées libérales qui ont parcouru le droit anglais. Avec l'émergence d'un libéralisme politique impliquant une redéfinition du rôle de l'État et de l'individu, il s'agit alors de limiter explicitement les pouvoirs d'un gouvernement central dont l'intervention est perçue comme une immixtion illégitime dans les droits individuels²²². Mais l'identification d'une sphère privée

²¹⁸ Sur ce point v. L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and its Administration From 1750*, 1956, pp. 1-29, cité par B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », préc., p. 952.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Sur ce point, v. not. : O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, préc., p. 60.

²²¹ D. HANSON, *From Kingdom to Commonwealth. The Development of Civic Consciousness in English Political Thought*, Harvard University Press, 1970, cité par M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », préc., p. 1423.

²²² Dès 1215, la *Magna Carta* a consisté à imposer une limite au pouvoir du monarque. Ensuite, la doctrine des droits naturels le XVII^e siècle a eu la même vocation vis à vis des parlements. Sur ces questions v. J. APPEBY, *Economic thought and Ideology in Seventeenth-century England*, Princeton University Press, 1978 ; J. COUGH,

distincte de la sphère publique ne s'est véritablement imposée qu'avec la transposition des principes du libéralisme à la sphère économique. C'est alors, à partir du XIXe siècle, que les fondements sur lesquels repose la participation des individus à la mise en œuvre des règles ont profondément évolué.

B) Les débuts de la période moderne : les considérations idéologiques

93. Le XIXe siècle marque le début d'une profonde transformation du droit dans les systèmes de *common law*²²³. Après s'être penché sur les principaux contours de ce basculement idéologique (1), il conviendra d'en examiner les traductions concrètes (2).

1) Présentation théorique

94. Observations générales. C'est à partir du XIXe siècle que l'on assiste à l'introduction explicite de la distinction public/privé²²⁴. Les tribunaux commencent à catégoriser les actions relevant du « privé » (le domaine des contrats, des *torts*, de la propriété, ou le droit commercial) et du « public » (questions d'ordre constitutionnel, pénal, administratif). Il s'agissait dans une certaine mesure d'un effort pragmatique rendu nécessaire par l'émergence de l'État centralisé : les juges pouvaient ainsi limiter le nombre d'actions disponibles pour chaque infraction²²⁵. Néanmoins, cette distinction reflète surtout la consécration des théories économiques libérales, notamment celle d'Adam SMITH. Il fallait identifier des sphères où l'activité privée est libre de l'intervention de l'État, car c'est ici que pourra s'exprimer le pouvoir de marché. Or, ce courant idéologique engagé au XIXe siècle a eu deux conséquences majeures qui intéressent notre démonstration.

95. En premier lieu, cette redéfinition des rôles de l'État et de l'individu qu'implique l'idéologie libérale a entraîné une mutation du rôle du droit. Les comparatistes s'accordent pour observer que, d'un simple mode de résolution des litiges, le *common law* devient, en Angleterre comme

Fundamental Law in English Constitutional History, Oxford Clarendon Press, 1961 ; C. MC PHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism* (1970) cité par M. J. HORWITZ, « The History of the Public/Private Distinction », préc., p. 1423.

²²³ De manière plus générale, le XIXe siècle marque un tournant dans la sphère juridique. Dans sa thèse, Gonçalo DE ALMEIDA RIBEIRO y voit la naissance du « liberal legalism », à savoir l'alliance entre le libéralisme politique et l'expertise juridique. G. DE ALMEIDA RIBEIRO, *The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*, Hart Publishing 2019

²²⁴ Sur ce point : J. MERRYMAN, « The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law », préc., M. J. HORWITZ, « The History of the Public/Private Distinction », préc., p. 1424.

²²⁵ M. J. HORWITZ, « The History of the Public/Private Distinction », préc., p. 1425 et jurisprudences citées. Dans le même sens : B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », préc., p. 950.

aux États-Unis, un moyen d'organiser et de réformer la société à partir de la fin du XIXe siècle²²⁶. Dans le contexte politique et économique évoqué plus haut, deux considérations étayent ce constat. D'une part, à travers la distinction public/privé, les juges et la doctrine ont cherché à créer un système juridique, le *common law*, supposément détaché de toute considération politique²²⁷. D'autre part, le marché étant élevé au rang de quasi-institution capable de fonctionner suivant ses propres règles, l'État est invité à limiter sa production normative, notamment en matière économique²²⁸. Certes, le Parlement britannique n'a jamais été très intrusif. L'action législative de l'État (« *statute law* »), n'est pas le mode normal de régulation juridique : si elle prime toute forme de normativité au regard de la souveraineté du Parlement, elle n'a qu'un rôle subsidiaire par rapport au *common law*²²⁹. Mais dans ce contexte idéologique, l'intervention étatique dans la sphère privée se comprend désormais d'autant plus comme une intrusion illégitime du pouvoir politique dans un système fondé sur des droits privés. Le mode d'élaboration du *common law*, par ses mécanismes de résolution des litiges, est alors placé au service de cette conception : les individus sont invités à régler les conflits relatifs à leurs droits privés par une action en justice. C'est cette même construction historique et idéologique qui façonne la culture juridique américaine à la même époque, dont nous soulignerons plus précisément la spécificité, mais qui partage largement ces présupposés de *common law*²³⁰.

96. En second lieu, l'identification d'un champ propre dans lequel s'expriment les relations interindividuelles a eu pour corolaire de renouveler la conception du rôle de l'individu dans la régulation de l'ordre social. Placé aux commandes du procès, l'individu est invité à défendre son intérêt personnel tout en participant à la défense de l'intérêt public. Cette conception du procès en *common law* est non seulement le reflet de la vision de la société au XIXe siècle, mais aussi de la conception anglo-saxonne de l'intérêt général selon laquelle l'harmonie sociale et la prospérité économique résulteraient de la somme des intérêts des individus isolés. Cette

²²⁶ Devenu « *un véritable instrument propre à créer une société de type nouveau* », le droit se transforme en « *un 'pouvoir administratif' jadis inconnu* » : R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, préc., p. 330.

²²⁷ M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », préc. p. 1425.

²²⁸ Comme on l'a déjà noté plus haut, l'Etat n'a jamais été très intrusif, le Parlement britannique ayant historiquement très peu contribué à la création du droit.

²²⁹ P. KINDER-GEST, *Droit anglais : tome 1, Institutions politiques et judiciaires*, préc., spéc. pp. 20-21.

²³⁰ Pour Laurent COHEN-TANUGI, cela témoigne, de manière générale, d'« *un certain mode de régulation de la société* » L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985.

approche utilitariste de l'intérêt général, profondément différente de celle dite « volontariste » traditionnelle en droit français²³¹, a trouvé un parfait écho en droit américain²³².

2) Manifestations concrètes

97. L'introduction des dommages et intérêts punitifs dans le champ des torts. Cette conception de la régulation de l'ordre social et du rôle de l'individu dans la protection de l'intérêt général s'est particulièrement illustrée en matière de responsabilité civile (*tort*). À l'image de l'ensemble du corps de règles composant le *common law*, tout le droit des *torts* s'est construit à travers les actions en justice (et non en posant abstraitement une règle de conduite comme dans la tradition civiliste). D'origine jurisprudentielle, ce champ juridique fondamental du *common law* ouvre un droit d'agir à la victime d'un dommage tiré d'une violation ou d'un manquement à une obligation extracontractuelle²³³. Catégorisée dans le domaine privé, l'action en responsabilité vise principalement à accorder une réparation au requérant qui doit faire la preuve d'un intérêt personnel. Cette fonction réparatrice est *a priori* distincte d'une fonction punitive traditionnellement accolée à la matière pénale. Pour autant, les dommages et intérêts « punitifs » ou « exemplaires »²³⁴ font leur apparition dans deux décisions rendues en Angleterre en 1763²³⁵. À partir de la fin du XIX^e siècle, les tribunaux américains ont, eux aussi,

²³¹ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006. Sur ce point, v. également les deux conceptions de l'intérêt général présentées dans le Rapport annuel du Conseil d'État de 1999 (« Depuis lors, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État. L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »).

²³² C'est ce qui suscitera la critique des partisans du mouvement réaliste américain (cf. *infra* §100). Ils ont précisément dénoncé cette prédominance de l'individu dans la tradition de *common law* et sa conception selon laquelle « l'intérêt public (*public good*) n'est rien d'autre que la protection des droits individuels ». Sur ce point v. not. : R. POUND, « Do We Need a Philosophy of Law? », préc., pp. 344-349.

²³³ W. L. PROSSER, W. P. KEETON (et al.), *The Law of Torts*, 5th ed., 1984, p. 2 (« Broadly speaking, a tort is a civil wrong, other than breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages »). L'auteur précise que cette définition est incomplète puisqu'il existe d'autres voies de recours dans le cadre des « torts » et notamment l'action en « *injunction* » et « *restitution* ».

²³⁴ Les deux expressions sont globalement synonymes. Les juristes anglais préféreraient parler de dommages « exemplaires » alors que les américains de dommages et intérêts « punitifs ».

²³⁵ *Wilkes v. Wood*, 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763). John Wilkes était un journaliste et un membre du Parlement. En 1763, il a publié un essai très critique à l'égard du roi George III. Suite à celui-ci, les ministres du roi ont émis un mandat général autorisant John Wood et ses associés à fouiller la maison de Wilkes à Londres à la recherche de preuves compromettantes. Considérant que le mandat n'était pas valide, Wilkes a intenté une action (*tresspass*) et a demandé « des dommages et intérêts importants et exemplaires ». Voir également : *Huckle v.*

progressivement admis que le jury puisse attribuer des dommages et intérêts punitifs²³⁶. Ces derniers se sont par la suite développés dans les pays de *common law*²³⁷, contrairement aux pays de tradition civiliste qui y sont restés hermétiques²³⁸. En dépassant le montant de la réparation du préjudice, ces derniers visent explicitement à faire jouer à l'action civile un rôle préventif et correctif²³⁹. À cet égard, William PROSSER note qu'à partir du XXe siècle, il a été progressivement reconnu qu'à côté de l'intérêt individuel du requérant, « *l'intérêt de la société en général peut être impliqué dans un litige opposant des requérants privés* »²⁴⁰. D'autres notent même que l'idée selon laquelle la notion de « *public policy* » peut s'immiscer dans des litiges interindividuels remonte aux origines même de la tradition de *common law*²⁴¹. En définitive, cette évolution dans le champ des *torts* s'inscrit parfaitement dans la logique instrumentale consistant à compter sur les actions privées pour assurer une mise en œuvre effective des règles. Les dommages et intérêts punitifs en constituent l'élément central. Outre la fonction réparatrice traditionnelle de la responsabilité civile, ils remplissent une fonction à la fois punitive et préventive, en dissuadant d'une potentielle récidive non seulement l'auteur d'une infraction, mais aussi tous ceux qui pourraient se trouver dans la même situation que lui.

98. Les manifestations spécifiques en droit américain. Aux États-Unis, la Cour suprême a largement contribué au mouvement de séparation stricte entre la sphère privée et l'action

Money 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (C. P. 1763). Sur ce point : J. D. GHIARDI, J. J. KIRCHER, *Punitive Damages Law and Practice*, Wilmette, 1981.

²³⁶ V. not. *Scott v. Donald*, 1896, 165 U.S. 58, 17 S. Ct. 265, 41 L. ED. 632, et autres jurisprudences citées par W. L. PROSSER, W. P. KEETON (et a.), *The Law of Torts*, préc. pp. 9 et s. Les auteurs notent que dans ces affaires, l'indemnisation a dépassé le préjudice effectivement subi « *for the purpose of punishing the defendant, of teaching the defendant of not to do it again, and of deterring others from following the defendant's example* ».

²³⁷ Notamment en Australie, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud, Canada. V. not. en français : C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *LPA*, 20 nov. 2002, n°232, p. 8.

²³⁸ Ce point est peu surprenant car il se justifie par la finalité purement réparatrice de la responsabilité civile (cf. *supra*). En attendant sur ce point v. not. : H. KOZIOL, « Punitive Damages - A European Perspective », *Louisiana L. Rev.*, 2008, vol. 68, p. 741, spéc. pp. 751, 753 et 755 (« *the idea of punishment is outside of the private law* », « *punitive damages are inconsistent with the fundamental principles of private law* » ou encore « *awarding punitive damages under tort law is contrary to the separation of criminal and private law* ») ; M. WELLS, « A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages », *Louisiana L. Rev.*, 2010, vol. 70, p. 557.

²³⁹ W. L. PROSSER, W. P. KEETON (et al.), *The Law of Torts*, préc. pp. 9 et s. PROSSER rappelle que les dommages et intérêts punitifs en matière de *tort* ne sont pas automatiques mais dépendent souvent du comportement du défendeur (caractère délibéré, intentionnel de la faute).

²⁴⁰ *Ibid.* p. 15 (« *the interest of the society in general may be involved in disputes in which the parties are private litigants* »).

²⁴¹ P. H. WINFIELD, « Public Policy in the English Common Law », *Harv L. Rev.*, 1928, vol. 42, n°1 (spéc. p. 92 l'auteur souligne la nature évasive de la notion de « *public policy* », difficilement définissable. Il rappelle néanmoins la définition de KNIGHT « *a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community* ». (KNIGHT, « Public policy in English Law », *L. Q. Rev.*, 1922, vol. 38, spéc. p. 215).

publique. Dès le début du XIXe siècle, elle a renforcé la liberté contractuelle en considérant que le contrat est une institution purement privée entre individus dans laquelle le pouvoir public n'a aucun intérêt²⁴². Aussi, cette volonté de distinguer clairement les droits publics et privés se manifeste au travers d'un fort mouvement de contestation au sujet des dommages et intérêts punitifs en matière de *tort*. En contradiction avec les raisons qui ont motivé leur émergence en *common law*²⁴³, cette utilisation de la responsabilité civile pour réguler les conduites, et plus simplement pour réparer les préjudices, fut considérée comme une intrusion d'un pouvoir public de régulation²⁴⁴. Plusieurs États ont ainsi supprimé les dommages et intérêts punitifs au motif qu'ils constituaient un mélange des genres dangereux entre une nécessité publique de punir les comportements (*criminal law*) et la sphère privée²⁴⁵.

99. L'arrêt *Lochner*. Mais plus encore, au début du XXe siècle, cette conception d'une sphère purement privée dans laquelle l'État n'est pas légitime à intervenir a trouvé sa plus célèbre illustration dans l'arrêt *Lochner v. New York* de 1905²⁴⁶. Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé inconstitutionnelle la loi de l'État de New York qui limitait la durée du travail dans les boulangeries au motif que cette législation portait atteinte à la liberté contractuelle telle que garantie par la clause du *due process* consacré dans le XIVe amendement²⁴⁷. Selon elle, si les États peuvent, certes, limiter la liberté contractuelle, ils ne peuvent le faire qu'au nom d'un motif d'intérêt public *étroit*²⁴⁸ qui ne doit pas perturber l'exercice des droits issus du *common law*. Elle énonce en effet quatre objectifs d'intérêt public pouvant justifier l'utilisation d'un pouvoir de police (*police power*) de l'État à savoir « *la sûreté, la santé, les bonnes mœurs et le bien-être général de la population*²⁴⁹ ». Si elle considère que seul l'objectif de santé publique est invocable en l'espèce, elle rejette néanmoins son utilisation pour une restriction à la liberté contractuelle au motif que le métier d'ouvrier de boulangerie n'apparaît pas spécifiquement

²⁴² V. sur ce point l'arrêt à propos : *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) (1819).

²⁴³ Cf. *supra*.

²⁴⁴ M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », préc., p. 1435

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 1425. Il cite sur ce point : *Murphy v. Hobbs*, 7 Colo. 541, 5 P. 119 (1884) ; *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342 (1872).

²⁴⁶ *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905).

²⁴⁷ Elle considère que la clause du « *due process of law* » contient non seulement volet procédural (*procedural due process*) mais aussi un volet substantiel visant à protéger l'individu contre les ingérences du pouvoir législatif dans ses droits et libertés consacrés par l'ordre constitutionnel (substantive due process).

²⁴⁸ Pour ce terme : J.-Y. CHEROT, « Constitution et économie », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, t. 3, 2012, pp. 530-561, spéc. pp. 546-548.

²⁴⁹ « *the safety, health, morals and general welfare of the public* » (Traduction E. ZOLLER, préc., p. 141.)

nocif pour la santé. La Cour décèle en réalité une volonté cachée de l'État de New York de réglementer en tant que tel le temps de travail.

100. Cet arrêt signe le début de ce qu'on désigne communément comme « l'ère *Lochner* » en matière de contrôle de constitutionnalité et qui a valu à la Cour suprême de féroces critiques de la part de la doctrine²⁵⁰. Si les motifs de « l'erreur *Lochner* » divergent²⁵¹, il a été reproché à la Cour suprême d'avoir considéré que le *common law* est le reflet d'un ordre économique naturel, dans lequel l'État ne peut intervenir qu'exceptionnellement, alors même que cet ordre n'est que le résultat d'une action publique à laquelle la Cour suprême entend participer²⁵². Les représentants du courant réaliste ont ainsi profondément remis en cause cette ligne de partage entre ce qui relève de la sphère privée et ce qui concerne l'action publique²⁵³. Les juges, tels que HOLMES BRANDEIS ou CARDOZO, accompagnés de certains auteurs, Roscoe POUND, Walter WHEELER COOK ou encore Arthur CORBIN, ont dénoncé les présupposés idéologiques de cette distinction public/privé, telle qu'héritée de la conception classique de *common law*²⁵⁴. Selon eux, l'identification d'une sphère purement privée devrait être relativisée : tout droit « privé », et particulièrement le contrat, n'étant qu'une délégation à l'individu d'un pouvoir coercitif qui se justifie par une politique publique²⁵⁵.

²⁵⁰ Pour les critiques de l'arrêt *Lochner*: J. BALKIN, « Wrong the day it was decided : *Lochner* and Constitutional Historicism », *Boston University L. Rev.*, 2005, vol. 85, p. 677 ; D. E. BERNSTEIN, « *Lochner's* Legacy's Legacy », *Tex. L. Rev.*, 2003, vol. 82, p. 63 ; D. A. STRAUSS, « Why Was *Lochner* Wrong? », *U. Chi. L. Rev.*, 2003, vol. 70, p. 373 ; H. KLUG, « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the "Rise of World Constitutionalism" », *Wis. L. Rev.*, 2000, p. 597 ; J. GREENE, « The Anticanon », *Harv. L. Rev.*, 2011, vol. 125, p. 379 ; J. M. BALKIN, préc., p. 681-82 ; D. E. BERNSTEIN, « *Lochner* Era Revisionism, Revised: *Lochner* and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism », *Geo. L. J. I*, 2003, p. 58.

²⁵¹ D. A. STRAUSS, « Why Was *Lochner* Wrong? », *U. Chi. L. Rev.*, 2003, vol. 70, spéc. p. 375 ; J. F. SHAMAN, « On the 100th Anniversary of *Lochner v. New York* », *Tennessee L. Rev.*, 2005, vol. 72, p. 455. Pour une présentation des différentes critiques v. en langue française : E. CARPANO, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ADE*, 2016, pp. 45-84 ; P-Y. CHEROT, « Constitution et économie », préc., spéc. p. 553.

²⁵² V. not sur ce point : C. R. SUNSTEIN, « *Lochner's* Legacy's Legacy », préc., p. 874.

²⁵³ Pour une présentation plus détaillée sur ce point v. : G. DE ALMEIDA RIBEIRO, *The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*, préc. spéc. pp. 230-238. De manière générale, le mouvement réaliste a, selon cet auteur, amorcé un processus de « *politicisation of private law* ».

²⁵⁴ V. not. M. R. COHEN, « Property and Sovereignty », *Cornell L. Q.*, 1927, vol. 13, p. 8 ; « The Basis of Contract », *Harv. L. Rev.* 1933, vol. 46, p. 553 ; R. HALE, « Force and the State: A Comparison of "Political" and "Economic" Compulsion », *Colum. L. Rev.*, 1935, vol. 35, p. 149 ; R. POUND, « Liberty of Contract », *Yale L. J.*, 1909, vol. 18, p. 454.

²⁵⁵ Dans leur article relatif à la responsabilité contractuelle, FULLER et PERDUE ont voulu démontrer que l'attribution de dommages et intérêts en cas de violation d'une obligation contractuelle ne peut pas se déduire d'une simple « logique contractuelle » ou de la volonté des parties mais constitue une sanction imposée par l'État au regard d'un choix de politique publique. FULLER, PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », *Yale L. J.*, 1936, vol. 46, p. 52.

101. Si cette solution est le parfait reflet de la conception du XIXe siècle selon laquelle la régulation de l'ordre social, et par là l'intérêt public, résulterait de la protection des intérêts privés au sein d'une sphère privée, elle en révèle aussi ses limites. L'arrêt *Lochner* intervient dans un moment où le besoin d'un interventionnisme étatique dans l'économie se fait de plus en plus ressentir, témoignant ainsi que les valeurs économiques et sociales ne sont plus les mêmes au début du XXe siècle. Mais, dans la continuité de cet arrêt, la Cour a largement freiné l'émergence du droit du travail, de la consommation et même du droit de la concurrence²⁵⁶.

102. Sous la contrainte²⁵⁷, la Cour suprême met finalement un terme à la période *Lochner* dans l'arrêt *West Coast Hotel v. Parrish* de 1937²⁵⁸. Elle opère un revirement de jurisprudence en abandonnant sa jurisprudence sur la « *substantive due process clause* » en matière économique : contrairement à sa solution *Adkins* de 1923²⁵⁹, elle autorise en l'espèce la limitation, très générale, de la loi contestée qui visait à fixer un salaire minimal. Certes, le changement est radical : le législateur peut désormais décider de ses choix de politique publique en matière économique et sociale²⁶⁰.

103. Au cours de l'ère du New Deal dans la première moitié du XXe siècle, on a ainsi pu observer l'émergence d'agences publiques dans l'objectif de promouvoir et protéger l'intérêt public, le Congrès leur confiant la mise en œuvre des règles qu'il édicte²⁶¹.

²⁵⁶ De manière générale sur ce point : E. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & Cie., 1921, rééd. Dalloz, 2005. Outre la clause de l'« *economic due process* », la Cour a également utilisé la législation *antitrust* sous l'ère *Lochner* pour limiter les actions collectives et syndicales malgré le *Clayton Act* qui garantit une partie de ces droits collectifs. V. not : *Loewe v. Lawlor* 208 US 274 (1908) ; *Duplex CO v. Deering* 254 US 443 (1921) (à propos du boycott) ; *American foundries v. Tri-City Central Trades Council* 257 US 184 (1921) (à propos des piquets de grève) ; *Coronado Coal v. Journeymen Stone Cutters' Ass'n.*, 274 US 37 (1927) (à propos du droit de grève).

²⁵⁷ Ce revirement se fait sous la menace du président ROOSEVELT d'une réforme de la nomination des juges de la Cour suprême : le projet de loi « *Judicial Procedures Reform Bill* » envisageait d'octroyer au président le pouvoir de nommer un juge supplémentaire à la Cour pour chaque juge ayant plus de 70 ans, dans une limite de 6 juges supplémentaires.

²⁵⁸ *West Coast Hotel v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937) signe la fin de l'ère *Lochner*.

²⁵⁹ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 US 525 (1923)). Dans cette affaire, la Cour avait considéré que l'intervention de l'État pour forcer au respect d'un salaire minimal constituait une forme de privation de propriété contraire au 14^{ème} amendement.

²⁶⁰ *West Coast Hotel v. Parrish*, préc. : « La réponse du législateur à cette conviction ne peut être considérée comme arbitraire ou capricieuse et c'est tout ce que nous avons à jugé. Même si la sagesse de la mesure peut être discutable et avoir des effets incertains, le législateur est libre de ses choix ».

²⁶¹ J. LANDIS, *The Administrative Process*, 10-16, 26-28, 98-99 (1938); LEWIS, « The "consumer" and "public" interests under public regulation », *J. Pol. Econ.*, 1938, vol. 46, p. 97, spéc. 105 ; S. FARHANG, « The Political Development of Job Discrimination Litigation, 1963-1976 », *Stud. Am. Pol. Dev.*, 2009, vol. 23, pp. 23, 24 ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *WM. & Mary L. Rev.*, 2012, vol. 53, pp. 1137-1217, spéc. p. 1147.

104. Pour autant, contrairement à la tradition européenne, les États-Unis n'ont pas fait le choix d'un interventionnisme fort en application duquel les autorités publiques ont la charge de l'intérêt général²⁶². Au contraire, un auteur note que les intérêts privés « *une fois encore sont devenus la seule réalité politique légitime, et l'idée d'une sphère publique autonome est parallèlement tombée dans l'oubli* »²⁶³. En ce sens, comme le souligne Maria GLOVER, le système américain de *private enforcement* est en soi peu surprenant en ce qu'il résulte de « *l'héritage américain de la conception de la régulation, qui repose en grande partie sur les actions en justice intentées conformément aux doctrines de common law, par opposition à une réglementation publique ex ante menée par les autorités publiques* »²⁶⁴. Contrairement à la tradition européenne, le système américain a largement conservé l'approche de *common law* en préférant imposer des conséquences en cas de violation des règles, une fois que le préjudice est apparu plutôt que de réglementer en amont²⁶⁵. En témoigne d'ailleurs le phénomène observé à partir de la seconde moitié du XXe siècle : à partir de cette période, le Congrès n'a, en effet, plus compté sur les agences publiques, mais a, au contraire, transféré la mise en œuvre des règles aux personnes privées en prévoyant un droit d'action dans les *Statutes* qu'il élabore²⁶⁶. C'est dans la logique de l'esprit de la *common law*, qu'il a ainsi été préféré une appréhension plus procédurale de l'intérêt public : en permettant aux particuliers ou aux groupes d'agir pour

²⁶² Certains auteurs notent que la Seconde guerre mondiale a fait échec à une définition substantielle de l'intérêt général, toute tentative risquant d'être associée à une forme de totalitarisme : E. PURCELL, *The Crisis of Democratic Theory: scientific naturalism and the problem of value*, 1973, pp. 235-66, cité par M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », préc., p. 1427.

²⁶³ M. J. HORWITZ, « The History of the Public/ Private Distinction », préc., p. 1427 (« *once again became the only legitimate political reality, and the idea of an autonomous public realm began correspondingly to sink into oblivion* »).

²⁶⁴ J.-M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. p. 1147 (« *America's inherited regulatory design, which relied largely on private suits brought pursuant to common law doctrines, as opposed to ex ante public regulation of wrongdoing by governmental bodies* »).

²⁶⁵ S. ISSACHAROFF, « Regulating After the Fact », *DePaul L. Rev.*, 2007, vol. 56, pp. 375-388, spéc. p. 377 (« *What is distinctive about the United States is the extent to which we regulate not entry but consequences* ») ; G. K. HADFIELD, « Don't Forget the Lawyers: The Role of Lawyers in Promoting the Rule of Law in Emerging Market Democracies », *De Paul L. Rev.*, 2007, vol. 56, pp. 401, spéc. p. 405 ; S. ISSACHAROFF, « Regulating After the Fact », préc., p. 377. Les auteurs ont longuement débattu sur les avantages et inconvénients des régulations *ex ante* ou *ex post*. Pour quelques exemples : C. SILVER, « Does Civil Justice Cost Too Much ? », *Tex. L. Rev.*, 2002, vol. 80, p. 2073, spéc. pp. 2075-78 (dans lequel l'auteur récence les critiques notamment au regard du coût du système de justice civile). J. STUYCK, « Public and Private Enforcement in Consumer Protection : General Comparison EU/ USA », in F. CAFAGGI, H.-W. MICKLITZ, (dir.), *New frontiers of consumer protection*, 2009, pp. 63, 77 (selon lui, le recours à des systèmes de *private enforcement* apparaît moins judicieux que le recours au *public enforcement* compte tenu des problèmes d'« *accountability, legitimacy and transparency, frivolous action and over deterrence* »).

²⁶⁶ Cf. *infra*. S. FARHANG, *The Litigation State*, 2010, pp. 4-5. Le champ des droits civiques et de lutte contre les discriminations est l'illustration de ce changement de conception quant à la répartition des rôles entre les autorités publiques et les personnes privées. Si le Congrès avait initialement confié la mise en œuvre de la législation relative au droit du travail à des agences fédérales, il a ensuite transféré la responsabilité de la lutte contre les discriminations aux parties privées lors de l'élaboration du Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964.

la défense de leurs intérêts, l'intérêt public serait le résultat de leur mise en concurrence en justice²⁶⁷. Si l'on ne peut aller à contre-courant de cette thèse²⁶⁸, la matière *antitrust*, au cœur de la présente étude, constitue la preuve qu'il y avait des traces de cette conception dès la fin du XIXe.

§ 2 – L'instrumentalisation sectorielle de l'action privée au service de l'ordre concurrentiel

105. Les *Sections* 4 et 16 du *Clayton Act* de 1914 énoncent respectivement que « (t)oute personne victime dans ses affaires ou ses propriétés en raison de toute pratique interdite par les règles antitrust (...) peut intenter une action et devra récupérer trois fois le montant des dommages subis (...) ainsi qu'un montant raisonnable pour frais d'avocat »²⁶⁹ et « (t)oute personne, entreprise, société ou association aura droit à un recours en injonction (...) contre tout risque de perte ou dommage causé par une violation des règles antitrust »²⁷⁰. Ce double droit d'action, socle sur lequel repose le *private enforcement* en matière *antitrust* aux États-Unis, apparaît dès le commencement du processus législatif des règles de concurrence. Plus particulièrement, la *Section* 4 relative à l'action en réparation n'est que la reprise de l'ancienne *Section* 7 du *Sherman Act*. Dès 1890, une disposition de celui-ci prévoyait en effet la possibilité pour toute victime d'agir en justice afin d'obtenir initialement de *double damages* en réparation de son préjudice²⁷¹.

106. Peu de dispositions peuvent se targuer de faire l'unanimité en doctrine : expression de la logique instrumentale propre au système de *common law*, le droit d'action en matière *antitrust* a pour finalité, certes d'indemniser les victimes, mais surtout d'assurer la détection et la punition des infractions. Il est en effet établi en doctrine que la finalité subjective de l'action est, dès l'origine, mise au service de la régulation de l'ordre concurrentiel. Le consensus doctrinal autour de la signification du droit d'action trouve certainement sa principale

²⁶⁷ G. SCHUBERT, « Is There A Public Interest Theory ? », in C. J. FRIEDRICH (dir.), *The Public Interest*, 1962, cité par M. J. HORWITZ, préc., p. 1427.

²⁶⁸ De manière générale, les développements ultérieurs se chargeront de démontrer que cette thèse constitue le fondement même du concept de *private enforcement*.

²⁶⁹ « [A]ny person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue (...) and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee », 15 U.S.C.A. § 15 (a).

²⁷⁰ « Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws (...) », 15 U.S.C.A. § 26.

²⁷¹ *Section* 7 devenue *Section* 4 du *Clayton Act*. V. not. sur ce point : E. W. KINTNER (dir.), *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, 1978.

explication dans la relative clarté des intentions du Congrès au moment du processus d'élaboration. Avant de revenir sur cette signification communément admise par les auteurs (B), il convient de se pencher sur les intentions originelles du Congrès. Car même si une telle démarche s'avère généralement périlleuse, l'accès aux travaux préparatoires permet de révéler à son tour la finalité instrumentale du droit d'action ouvert aux personnes privées (A).

A) La dimension instrumentale du droit d'action prévue par le législateur

107. Les travaux préparatoires du Congrès lors du processus d'élaboration du *Sherman Act* sont une source précieuse tant ils renseignent sur la portée de ce droit d'action ouvert aux personnes privées. L'ouvrage *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*²⁷² en retrace les débats.

108. Il faut dans un premier temps noter la place prédominante accordée à la finalité subjective du droit d'action. Les échanges entre parlementaires témoignent en effet de l'importance accordée à la satisfaction des intérêts particuliers par l'intermédiaire du droit d'action. On constate que les débats se sont presque exclusivement concentrés sur la nécessité d'assurer un recours à la personne qui s'estime victime d'une pratique *antitrust* afin de lui garantir la réparation de son préjudice. Afin de démontrer que « *cette disposition autorisant toute personne à agir est d'une importance capitale* »²⁷³, le Sénateur SHERMAN donne un exemple – contemporain de son époque – d'un concurrent, victime d'une pratique *antitrust* et constate que « *s'il avait eu le droit de poursuivre l'entreprise, il aurait été à même de s'indemniser pour le préjudice qu'il a subi* »²⁷⁴. Il conclut alors qu'« *il importe que les citoyens disposent d'un droit de recours auprès d'une juridiction aux États-Unis afin de réclamer et d'obtenir des dommages et intérêts pour la réparation de leur préjudice* »²⁷⁵.

109. Ces considérations subjectives ont également amené les parlementaires à souligner, lors des échanges au Congrès, les difficultés que peuvent rencontrer les victimes ainsi que le risque d'inégalité entre les requérants. Le Sénateur REAGAN, membre du Comité chargé de la rédaction du *Sherman Act*, se demandait par exemple « *(q)ui peut bénéficier de ce recours ?* », avant de répondre « *(l)es sociétés et les hommes riches, mais la grande majorité du peuple n'a pas accès*

²⁷² E. W. KINTNER, (dir.), *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, préc.

²⁷³ *Ibid.* p. 178. (« *this provision allowing any party to sue is of vital importance* »).

²⁷⁴ *Ibid.* (« *If he had had the right to sue this company in the courts of the United States under this section he would have been able to indemnify himself for the losses that he suffered* »).

²⁷⁵ *Ibid.* (« *it is important to citizens that they should have some remedy in a court of general jurisdiction in the United States to sue for and recover the damages they have suffered* »).

à un conseiller juridique et des témoins suffisants pour aller défendre leurs droits en justice »²⁷⁶. Selon lui, le citoyen n'avait pas les moyens effectifs pour demander aux juridictions fédérales « de faire valoir et exécuter (enforce) leurs droits »²⁷⁷. À cet égard, le Sénateur SHERMAN remarquait que la proposition originelle consistant à prévoir de *double damages* était insuffisante et réclamait ainsi que les dommages et intérêts multiples soient « *proportionnés à la difficulté de subvenir aux coûts d'un procès* »²⁷⁸. Le Comité en charge de l'élaboration du *Sherman Act* a suivi sa position en prévoyant des *treble damages* ainsi qu'un mécanisme de remboursement des frais d'avocat. Lors de son intégration dans le *Clayton Act* en 1914²⁷⁹, cette disposition sera conservée et complétée par la possibilité pour le requérant de s'appuyer sur des faits établis lors d'une action civile ou criminelle intentée par le gouvernement²⁸⁰. En résumé, loin d'être ignorés, les intérêts du justiciable sont au contraire privilégiés.

110. Pour autant, le constat d'une prédominance de la prise en compte des intérêts individuels ne signifie pas que la réparation soit l'unique finalité recherchée derrière la consécration d'un droit d'action. On remarque dans un second temps que les parlementaires n'ont pas perdu de vue l'objectif de la législation *antitrust*. Le Sénateur Reagan rappelait « *quel est l'objet de cette loi (...) ? C'est de prévenir et de punir toute personne engagée dans un cartel ou une association dans un but illégal. Quel est le recours ? Une action civile engagée devant les juridictions fédérales des États-Unis* »²⁸¹. Il poursuivait ainsi en demandant au Comité en charge de l'élaboration du texte d'adopter une loi « *qui punir[ait] toute personne impliquée dans ces comportements et assurer[ait] un recours adéquat auprès d'une juridiction compétente à toute personne qui [serait] victime de ces pratiques* »²⁸². Pour le Representative WEBB, l'action privée jouerait ainsi un rôle de complément de l'action publique puisque « *(s)i*

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 166. (« *Who can avail themselves of that remedy? Rich corporations and rich men may, but the great mass of the people are not able to employ counsel and go with witnesses to the circuit court for the vindication of their rights* »).

²⁷⁷ *Ibid.* (« *to vindicate and enforce their rights* »).

²⁷⁸ *Ibid.* p. 114 (« *commensurate with the difficulty of maintaining a private suit* »).

²⁷⁹ 15 U.S.C. § 15.

²⁸⁰ 15 U.S.C § 16 (a).

²⁸¹ E. W. KINTNER, (dir.), *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, préc. p. 166. (« *What is the object of the bill reported by the Senator from Ohio? It is to prevent and to punish persons engaged in trusts and combinations for unlawful purposes. What is his remedy? It is a civil suit, and a civil suit to be brought in the circuit court of the United States* »).

²⁸² *Ibid.* p. 167 (« *that will punish every man engaged in this business and that will give an adequate remedy in a convenient jurisdiction to every person who is damaged by these associations* »).

le procureur général s'avère négligent, l'individu lui-même a une porte ouverte pour aller au tribunal et poursuivre »²⁸³.

111. En définitive, ce détour par les travaux préparatoires est particulièrement éclairant pour comprendre les origines de la portée instrumentale du droit d'action sur le fondement du *Clayton Act*. Il est ainsi peu surprenant de constater que cette signification ait été unanimement admise en doctrine.

B) La dimension instrumentale du droit d'action reconnue par la doctrine

112. L'influence de la tradition. D'abord, la doctrine américaine s'accorde pour reconnaître que le droit d'action à la suite d'une pratique *antitrust* trouve son origine dans la tradition de *common law*. Selon Jonathan CUNEO, si le droit d'action ouvert par les dispositions du *Clayton Act* constitue une nouvelle manifestation de « *l'exceptionnalisme américain* », il note en revanche que « *la tradition américaine du private enforcement est profondément enracinée dans la tradition britannique* »²⁸⁴. L'intégration d'un droit d'action, dès le processus d'élaboration des règles *antitrust*, apparaît en cela peu surprenante. Albert FOER souligne que le « *droit à un marché compétitif* », impliqué par l'élaboration de règles *antitrust*, n'a théoriquement de sens que si les victimes peuvent agir à la suite d'une violation desdites règles²⁸⁵. Selon lui, cette conception est issue de l'arrêt *Ashby v. White* de 1703 dans lequel le juge HOLT énonçait dans son opinion dissidente que « *(s)i un requérant a un droit, il doit nécessairement disposer d'un moyen de le faire valoir et de le préserver, ainsi que d'un recours s'il subit un préjudice tiré du fait qu'il est empêché d'exercer ce droit ou d'en jouir, car il est en effet inconcevable d'imaginer un droit sans recours* »²⁸⁶.

²⁸³ *Ibid.*, p. 2771-72 (« *(i)f the Attorney General should be negligent, the individual himself has a wide-open door to go into court and sue* »).

²⁸⁴ J. W. CUNEO, « Differing traditions », in. A. A. FOER, J. W. CUNEO, (dir.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, préc. p. 28 (notre traduction « *the American antitrust private enforcement tradition has deep historical roots in the British Isles* »).

²⁸⁵ Rappelant que « *a right without a remedy is no right* », Albert FOER remarque si le « *right to a competitive market* » est largement reconnu dans la plupart des pays, seuls certains États prévoient un recours ouvert aux personnes privées. Les États-Unis en étant l'exemple le plus abouti (A. A. FOER, J. W. CUNEO, (dir.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, préc. p.xi).

²⁸⁶ *Ashby v. White* (1703), 1 Sm LC.13th Edn 253, 273-74, cité par A. A. FOER, J. W. CUNEO, (dir.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, préc. (« *If the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it, and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy ; for want of right and want of remedy are reciprocal* »).

113. Plus encore, Daniel CRANE remarque que « *la compensation pour l'action privée avec des dommages et intérêts triples n'était pas entièrement une innovation américaine* »²⁸⁷. Selon lui, ce droit d'action puiserait même sa source dans un ancien *Statute* de 1623 (« *Statute of Monopolies* »²⁸⁸) adopté par le Parlement anglais durant le règne de JAMES I. Faisant suite à l'arrêt *Darcy v. Allein*²⁸⁹, celui-ci disposait déjà d'un droit d'action ouvert aux personnes privées en matière de monopole²⁹⁰. L'auteur nuance toutefois la ressemblance entre ce droit d'action élaboré dans ce *Statute* anglais et celui prévu dans le *Sherman Act*. À l'époque du premier, l'action n'était ouverte que dans l'hypothèse d'un dommage subi à la suite d'un monopole accordé illégalement par le gouvernement²⁹¹. Aussi, le monopole ne pouvait être soulevé que comme moyen de défense dans le cadre d'un litige au sujet d'une clause anticoncurrentielle contenue dans un contrat entre opérateurs, mais ne constituait pas une source autonome de responsabilité. Par exemple, dans l'affaire *Mogul Steamship* de 1892²⁹², la *House of Lords* considéra que l'entente entre transporteurs, engagés dans des actes d'exclusion à l'encontre d'une autre compagnie de navigation, était potentiellement illégale dans le sens où les tribunaux n'exécuteraient pas l'accord, mais celui-ci n'était pas « contraire à la loi ». Le concurrent exclu, non membre de l'accord, n'avait en revanche aucun recours. Or, au moment de l'élaboration du *Sherman Act*, la notion de monopole a été étendue pour recouvrir toute position de force sur un marché, qu'elle soit dérivée d'un « *governmental grant* » ou d'un

²⁸⁷ D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011, p. 49 (« *the allowance for private enforcement and treble damages was not entirely an American innovation* »). V. également K. G. ELZINGA, W. BREIT, *The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics*, New Haven: Yale University Press, 1976, p. 63.

²⁸⁸ *Statute of Monopolies*, 21 Jam. I, c. 3 (1623) (Eng.).

²⁸⁹ *Darcy v. Allein*, 11 Co. Rep. 84b, 77 Eng. Rep. 1260 (K. B. 1602). Dans cet arrêt, appelé « *the case of monopolies* », la *King's Bench* déclara illégaux des monopoles en matière de cartes à jouer accordés par la reine Elizabeth.

²⁹⁰ La Section 4 de cette loi prévoyait que « *And if any person... shall be hindered, grieved, disturbed, or disquieted, or his or their goods or chattels any way seized, attached, distrained, taken, carried away or detained by occasion or pretext of any monopoly, or of any such commissions, grant, license, power, liberty, faculty, letters patents, proclamation, inhibition, restraint, warrant of assistance, or any other matter or thing tended as aforesaid, an will sue to be relieved in or for any premises, that then and in every such case the same person and persons shall have and may have his remedy for the same at common law... and every such person shall recover three times so much as the damages which he or they sustained... and double costs* », cité par D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, préc. p. 49.

²⁹¹ En *common law*, un monopole signifiait, à cette époque, un privilège exclusif accordé par le gouvernement, comme en témoigne la définition donnée par Sir Edward Coke en 1644 : « *a monopoly is an institution, or allowance by the king by his grant, commission, or otherwise to any person or persons, bodies politique, or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of anything, whereby any person or persons, bodies politique, or corporate are sought to be retrained of any freedom, or liberty that they had before, or hindred in their lawful trade* » (E. COKE, *The Third Part of the Institute of the Law of England*, London, W. Clarke and Sons, 1644, p. 181).

²⁹² *Mogul Steamship Co. v. McGregor*, 1892 App. Cas. 25.

pouvoir purement privé²⁹³. Ainsi, l'auteur conclut en remarquant que le droit d'action issu du *Sherman Act* a attribué aux actions privées un rôle beaucoup plus important qu'en *common law*, l'imposant comme « *le principal moteur de la politique antitrust fédérale* »²⁹⁴.

114. Or, une fois cet héritage reconnu, il est alors aisé de comprendre que le droit d'action en matière *antitrust* bénéficie d'une portée identique à celle identifiée, de manière générale, pour l'action en justice. Dit autrement, compte tenu de l'inscription de ce droit d'action dans la tradition de *common law*, ce n'est pas un hasard si l'on constate une référence à une dimension plus punitive de l'action. Si les auteurs pointent unanimement le caractère central de l'objectif de réparation dans l'esprit du Congrès²⁹⁵, il est tout aussi établi que celui-ci comptait sur les actions privées pour compléter l'action des autorités fédérales et assurer en cela une forme de « *police du marché* »²⁹⁶. Phillip AREEDA parle sur ce point de la « *public function* » des actions privées en réparation²⁹⁷. D'autres estiment que le Congrès était conscient que le gouvernement n'aurait pas les ressources nécessaires pour détecter et poursuivre les violations des règles *antitrust*²⁹⁸. En ce sens, Donald BAKER remarque que l'absence d'affectation budgétaire au profit du « *public enforcement* » au moment de l'élaboration du *Sherman Act* témoigne de la

²⁹³ Sur les évolutions de la notion de « monopoly » V. not : H. HOVENKAMP, « The Monopolization Offense », *Ohio St. L. J.*, 2000, vol. 61, p. 1035. (« *The history of the term "monopoly" prior to 1890, when the Sherman Act was passed, indicates that most people understood "monopoly" to mean a grant of exclusive privileges from the government... But the legislative history of the Sherman Act shows virtually no concern at all for monopolies created by government grant. Rather, Congress was concerned with large firms who acquired their dominant positions without the explicit aid of government intervention* »).

²⁹⁴ D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, préc., p. 50 (« *the principal driver of federal antitrust policy* »).

²⁹⁵ Not.: R.-H. LANDE, « Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged », *Hastings L. J.*, 1999, vol. 50, p. 871, spéc. pp. 911-35 ; L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Academic Publishing, Third ed., 2016, p. 790 : « *Congress has never shown readiness to limit or discourage the private suit generally, nor has it wholly eliminated private suits in any area* ». D'ailleurs, en 1976, le Congrès a promulgué la Section 4C du *Clayton Act* qui permet au « *state attorney general* » d'agir *in parens patriae* pour obtenir réparation des consommateurs victimes 15. U.S.C.A. § 15(c).

²⁹⁶ Not. H. L. BUXBAUM, « Private Enforcement of Competition Law in the United States- of Optimal Deterrence and Social Costs », in J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition Law*, *Kluwer Law*, International Competition Law Series, 2007, p. 43. L'auteur cite sur ce point « Treble-Damages Remedy », *American Bar Association Antitrust Section*, 18-19, 1986.

²⁹⁷ P. AREEDA « Antitrust Violations Without Damage Recoveries », préc. p. 1127 (« *the public function* » of private damage actions »).

²⁹⁸ E. D. CAVANAGH, « Antitrust Remedies Revisited », *Or. L. Rev.*, 2005, vol. 84 147, p. 153. Il s'appuie sur l'arrêt de la Cour suprême *Texas Indus., Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981) « *private actions supplements federal enforcement and fulfills the objects of the statutory scheme* »).

volonté du Congrès d'ériger les actions privées au rang d'éléments essentiels dans le système général de mise en œuvre du droit *antitrust*²⁹⁹.

115. L'efficacité relative de cette finalité subjective instrumentale. Toutefois, les auteurs s'accordent également pour reconnaître les limites de la logique instrumentale. Cette stratégie consistant à compter sur les actions privées pour mettre en œuvre les règles *antitrust* a rencontré un succès modeste dans les premières années qui ont suivi l'élaboration du *Sherman Act*³⁰⁰. Dans la première décennie, seulement six cas auraient concerné des actions privées³⁰¹, suivis de huit entre 1899 et 1904 puis de quatre supplémentaires jusqu'à la Seconde Guerre mondiale³⁰². La Cour suprême ne se saisira d'une affaire relative à une action privée en *treble damages* que douze ans après la promulgation du *Sherman Act*³⁰³ et n'accordera effectivement cette réparation qu'en 1904³⁰⁴. Et encore, 75 % des actions en réparation étaient des actions dites « *follow on* », c'est à dire qui suivaient l'action publique³⁰⁵. En résumé, les actions privées n'ont eu qu'une influence relative sur le développement des règles du *Sherman Act* au cours de la première moitié du XXe siècle³⁰⁶. En revanche, les observateurs pointent unanimement une augmentation des actions privées en matière *antitrust* à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Le nombre d'affaires a notamment augmenté à partir des années 1960 pour exploser au cours

²⁹⁹ D.-I. BAKER, « Revisiting History- What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That Would Recommend to Others ? », *Loyola Cons. L. Rev.*, 2004, vol. 16, p. 379, spéc. p. 382.

³⁰⁰ Les auteurs se basent sur des données empiriques des actions répertoriées devant les cours fédérales. Pour la période 1890-1969 v. not. R. POSNER, « *A Statistical Study of Antitrust Enforcement* », in S. MCCHESENEY, W. F. SHUGHART II (dir.), *The Causes and consequences of Antitrust: The Public Choice Perspective*, 1995, Table 5.3. L'auteur s'est fondé sur les données récoltés par les services administratifs des juridictions.

³⁰¹ D. H. GINSBURG, L. BRANNON, *Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States*, *Competition Policy Int'l*, Autumn 2005, p. 31.

³⁰² *Ibid.*, pp. 31-32.

³⁰³ *Connolly v. Union Sewer Pipe Co.*, 184 U.S. 540 (1902).

³⁰⁴ *W. W. Montague & Co. v. Lowry*, 193 U.S. 38 (1904).

³⁰⁵ COMMENT, « Consent Decrees and Private Antitrust Actions : An Antitrust Dilemma », *Cal. L. Rev.*, 1965, vol. 53, pp. 627 et s., spéc. p. 628. V. également : J. D. GUILFOIL, « Private Enforcement of U. S. Antitrust Law », *Antitrust Bull.*, 1965, vol. 10, p. 747.

³⁰⁶ C. A. JONES rappelle qu'un rapport de 1955 comptait seulement 175 actions privées au cours des cinquante premières années suivant l'élaboration du *Sherman Act*, et seulement 13 s'étant avérées gagnantes pour les victimes (C. A. JONES, *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, préc., p. 79 citant le *Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, Washington, DC, 1955, p. 378). D'autres données vont dans le même sens : *Fifty Years of Sherman Act Enforcement*, *Yale L. J.*, 1939, vol. 49, spéc. pp. 284-296 ou encore D. H. GINSBURG, L. BRANNON, « Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States », *Competition Policy International*, Vol. II Autumn 2005, p. 31 ; D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, préc., pp. 52-53 (« *private antitrust enforcement was relatively insignificant* » ; « *private litigation remained a very modest supplement to public enforcement for the better part of fifty years* »).

des années 1970³⁰⁷, le nombre d'actions privées dépassant alors largement celui des actions publiques³⁰⁸. Des études statistiques ont montré qu'au cours de la période 1975-2010, les actions privées représentaient plus de 90 % du contentieux *antitrust*³⁰⁹. Le dernier phénomène observable consiste en une nouvelle diminution depuis les années 1980-1990³¹⁰.

116. Ces tendances contrastées – témoins de l'évolutivité de la pratique du *private enforcement* – feront l'objet d'une analyse plus précise dans les futurs développements³¹¹, car les raisons qui expliquent ce phénomène doivent, en effet, être mises en perspective. À titre provisoire, nous pouvons néanmoins tirer deux enseignements à ce stade de l'étude.

117. D'une part, ces données empiriques constituent la preuve que la simple consécration d'un droit d'action ne suffit pas à mobiliser les personnes privées³¹². Leur participation à la mise en œuvre de l'ordre concurrentiel est également très dépendante de l'attitude du juge³¹³. Dans la politique jurisprudentielle de la Cour suprême, plusieurs facteurs explicatifs ont été identifiés comme, par exemple, l'allègement de la charge de la preuve du dommage en matière *antitrust*³¹⁴, le rejet du moyen de défense dans l'arrêt *Hanover Shoe* ou encore l'attitude « *plaintiff-friendly* » de l'ensemble des tribunaux³¹⁵. D'autre part, ces différentes tendances se justifient précisément au regard des fondements idéologiques sur lesquels repose le système de *common law* : à partir du moment où il est choisi de se reposer sur l'action individuelle, l'efficacité de la démarche dépendra nécessairement de la réactivité des personnes privées et

³⁰⁷ S. C. SALOP, L. J. WHITE, « Economic Analysis of Private Antitrust Litigation », *Geo. L. J.*, 1986, vol. 74, pp. 1001 et s. On comptait 1611 nouvelles actions privées au cours de l'année 1977. Pour une explication de ces chiffres, cf. *infra* section 2.

³⁰⁸ De 1945 à 1965 le ratio entre actions privées et publiques est passé de 6-1 puis de 20-1 en 1977 : Sur ce point v. S. C. SALOP, L. J. WHITE, « Economic Analysis of Private Antitrust Litigation », préc., spéc. pp. 1002-03.

³⁰⁹ Sur les chiffres v. not. : A. A FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc. p. 3.

³¹⁰ E. FOX, « The Efficiency Paradox », in R. PITOFKY, (dir.), *How the Chicago Scholl Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, Oxford University Press, 2008, spéc. pp. 77-88 ; D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011, spéc., p. 54.

³¹¹ Cf. *infra*. Nous y reviendrons largement not. dans la Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

³¹² Quand bien même ce droit est accompagné des autres caractéristiques du *private enforcement*, à savoir les *treble damages*, la procédure de *discovery*, le mécanisme de *class action* ou encore les systèmes de financement des frais de procédure (*attorney's fee shifting*) sur lesquels nous reviendrons.

³¹³ Cf. *infra*. On reviendra largement sur ce point dans les développements de la seconde partie de la thèse. Pour une présentation synthétique v. D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011, spéc., p. 54.

³¹⁴ Richard POSNER identifie comme facteur essentiel l'arrêt *Bigeleow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251 (1946) R. POSNER, *A Statistical Study of Antitrust Enforcement*, préc., p. 80.

³¹⁵ Selon certains, les cours ont cherché à protéger les entreprises de leurs concurrents sans regarder si le défendeur avait effectivement causé un dommage à l'ordre concurrentiel (not à travers la règle *per se*). Sur ce point : D. H. GINSBURG, L. BRANNON, *Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States*, préc., pp. 37-39.

non d'une intervention réglementaire centralisée. Selon cette logique, la régulation ne doit pas se faire en puisant directement dans la poche des contribuables (par l'impôt) au risque qu'une telle action, forcément coûteuse, se révèle en plus inefficace. En contrepartie, l'on s'expose nécessairement à ce que cela prenne des générations, avec des phénomènes de hausse puis de réduction.

118. Conclusion. En définitive, l'étude a montré que l'histoire de la *common law* consiste à limiter le développement d'un État régulateur en se reposant sur la vigilance des particuliers, largement invités à agir en justice pour signaler tout débordement contraire à l'ordre social. Cette approche repose, on l'a vu, sur des considérations d'abord pragmatiques, puis idéologiques et les caractéristiques du droit américain en sont largement héritées. Et sans surprise, le domaine *antitrust* repose sur la même logique : mues par leur intérêt personnel à obtenir réparation, les victimes d'infraction sont invitées à contribuer à mettre en œuvre les dispositions du *Sherman Act*. Mais si l'on ne s'étonne alors guère de cette dimension instrumentale accordée à l'action dans la tradition de *common law*, elle apparaît à l'inverse peu concevable dans la tradition civiliste où la finalité subjective de l'action est, pour sa part, fondamentale.

SECTION 2 – Une finalité subjective fondamentale en *civil law*

119. Dans la continuité de la démarche suivie dans la première section, il convient de distinguer les considérations historiques générales du domaine particulier étudié. Cette distinction permet, dans un premier temps, de comprendre les fondements de l'inaptitude originelle des pays de tradition civiliste à appréhender le concept de *private enforcement*. L'hypothèse d'une contribution de l'individu à la réalisation du droit par l'action en justice ne trouve en effet pas le même écho au sein des États membres de l'Union. À la différence de la tradition de *common law*, la tradition civiliste n'a pas connu le rapprochement historique de l'action avec la mise en œuvre des règles dans l'intérêt général. Au contraire, un phénomène de promotion des droits subjectifs substantiels s'est développé dans les pays du continent, tendant à faire de l'action en justice un mode de réalisation concret de droits subjectifs accordés à l'individu. L'action du particulier est ainsi déconnectée de tout lien avec l'intérêt général, au profit d'une finalité purement subjective : le procès civil oppose des particuliers attachés à la défense de leurs intérêts personnels. Le premier paragraphe reviendra sur cette évolution qui a progressivement conduit à l'élaboration du modèle individualiste du procès (§1).

120. Dans un second temps, la transposition au champ de l'étude mettra en lumière les insuffisances contemporaines de cette perspective purement individualiste de l'action en justice. *A priori*, le domaine concurrentiel constitue une transposition de la conception traditionnelle : les victimes d'une pratique anticoncurrentielle doivent pouvoir agir afin d'obtenir la réparation de leur préjudice personnel. Pourtant, nous démontrerons que le contentieux de la concurrence est précisément symptomatique des limites du modèle individualiste. Bien que revendiqué par les différentes institutions à l'échelle de l'Union, ce modèle traditionnel – opposant des particuliers pour la défense d'intérêts personnels – ne se transpose qu'imparfaitement dans le cadre de l'action privée en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle (§2).

§ 1 – L’élaboration progressive du modèle individualiste : l’action en justice au service de la réalisation des droits substantiels

121. Le modèle individualiste du procès est le résultat d’une évolution de la théorie de l’action. C’est d’abord la doctrine qui, après l’avoir longtemps ignorée, a proposé une conception de l’action construite autour de la réalisation d’un intérêt personnel juridiquement protégé. L’évolution des théories doctrinales a ainsi abouti à un modèle du procès, irréductible au collectif, sur la base de présupposés propres à la tradition civiliste (A). Cette conception profondément individualiste de l’action a ensuite été largement consolidée par les sources nationales, mais surtout internationales, dans le cadre de la protection des droits fondamentaux de l’individu (B).

A) La construction doctrinale du modèle individualiste : les présupposés théoriques

122. Modalité commune de réalisation des droits dans tous les systèmes juridiques, l’action en justice ne s’est pas pour autant vu attribuer dans tous la même place ou le même rôle³¹⁶. Si la tradition de *common law* repose historiquement sur la participation des acteurs privés dans la régulation de l’ordre social aux côtés des acteurs publics, la tradition civiliste repose, au contraire, sur une différenciation nette de leurs rôles respectifs. Pour s’en convaincre, il faut ici encore s’inscrire dans une perspective historique, retraçant la construction progressive du modèle individualiste de l’action en justice. S’il trouve d’abord son origine dans une certaine conception du droit accordant une place prédominante aux droits substantiels subjectifs (1), les évolutions doctrinales de la théorie de l’action en justice témoignent en creux d’une distinction du rôle des acteurs dans la mise en œuvre des règles (2).

1) Le fondement du modèle individualiste : expression d’une conception du droit

123. L’indifférence originelle des questions procédurales. Aux premiers temps de Rome, la conception de l’action en justice se révèle assez proche de celle qui se développera au Moyen

³¹⁶ La place et le rôle de l’action au sein d’un système pouvant eux-mêmes évoluer.

Âge en droit anglais³¹⁷. Ignorant les droits subjectifs³¹⁸, le droit romain voyait dans l'action la demande du plaideur pour une sanction des « actions de la loi » (*legis actions*) à son profit et non l'allégation d'un droit bafoué³¹⁹. L'action accordée créait un droit, mais, sans action, il n'y avait pas de droit. Pour autant, contrairement au système de *common law*, cette conception de l'action est rapidement apparue trop rigide et s'est ainsi inversée dès le III^e siècle. Les formules des actions des préteurs sont devenues plus générales, imposant ainsi de trouver un autre fondement à la prétention soumise au juge³²⁰. Sous le Bas-Empire, on a mis fin à l'usage même des formules des actions de la loi, le plaideur étant libre d'exprimer ses prétentions sans devoir préciser le nom des actions qu'il exerce. À cet égard, Pierre HEBRAUD note que « *dans ces actions le droit substantiel apparaît nettement comme le facteur de base fondamental, comme la cause de l'action ; l'action elle-même et la procédure sont seulement les instruments, les moyens et la mise en œuvre judiciaire du droit* »³²¹. C'est ainsi que, progressivement, « *(l) ordre s'inverse : l'action en justice devient la protection de l'État accordée aux titulaires de droits subjectifs* »³²². Commence alors le temps du désœuvrement de l'action en justice puisque, jusqu'au XX^e siècle, les pays du continent connaissent une promotion des droits subjectifs qui deviennent le fondement des prétentions des plaideurs devenus « sujet de droit »³²³. Le désintérêt de la doctrine vis-à-vis de l'action jusqu'à l'époque moderne apparaît ainsi peu

³¹⁷ Les *legis actions* du droit romain sont très proches des *writs* du droit anglais, cf. *supra*. Sur l'évolution similaire des deux systèmes V. R. VON IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. III, p. 350-351, cité par M. L. NIBOYET, « Action en justice », in D. ALLAND, S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd. 4^{ème} tirage, 2012, p. 17.

³¹⁸ R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977, p. 141, cité par N. CAYROL, *Action en justice*, Rép. Dalloz, Proc. Civ., juin 2019.

³¹⁹ Si la prétention du plaideur correspondait à une action, le consul, puis le préteur, lui en délivrait la formule dont les termes s'imposaient au juge mais, à l'inverse, il pouvait également refuser de la délivrer, notamment si la formule ne correspondait pas à une action. Concrètement, « *les plaideurs devaient s'adresser au consul selon des formes précises, qu'il fallait respecter strictement, selon un formalisme caractéristique de toutes les procédures primitives. Le magistrat contrôlait la régularité formelle de la demande, après quoi, il désignait un juge pour trancher le procès* » (J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., 1999, PUF, n°17 »). Sur ce point v. également : J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 2^e éd., 1982, Montchrestien, p. 412 s.

³²⁰ R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, préc. p. 175.

³²¹ P. HEBRAUD, « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », in P. RAYNAUD (Mél.), Dalloz, 1985, p. 242 s.

³²² M.-L. NIBOYET, « Action en justice », in D. ALLAND, S. RIALS, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc. p. 17.

³²³ Ce désœuvrement se manifeste par la totale ignorance de l'action en justice dans les ouvrages d'histoire du droit : v. P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil*, Albin Michel, 1985 ; J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au 19^e siècle*, Montchrestien, 1998 références citées par N. CAYROL, *Action en justice*, préc.

surprenant en ce qu'il traduit une certaine conception du droit dans la tradition civiliste³²⁴.

124. À la différence du système de *common law*, le droit se conçoit dans le système civiliste comme un ensemble de règles générales et abstraites³²⁵, qui ambitionnent également de réguler la société, mais par des moyens différents. Il ne s'agit plus ici de garantir prioritairement à l'individu une procédure lui permettant d'agir en justice afin de lui garantir un « remède » et d'assurer un certain mode d'organisation sociale, mais de poser des modèles de comportements permettant de guider en amont les conduites à suivre³²⁶. De plus, sous l'influence de la philosophie des Lumières au XVIII^e siècle, la doctrine individualiste s'est imposée comme principe politique à partir de la Révolution : la priorité devient dès lors la protection des droits subjectifs du citoyen, consacrés notamment dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³²⁷, et le droit devient une reconnaissance abstraite de ces droits accordés à l'individu³²⁸. Cette promotion des droits subjectifs atteindra son paroxysme à l'époque moderne à travers le phénomène de subjectivisation du droit³²⁹, largement exacerbé par le droit européen³³⁰, consistant à tirer des règles objectives des droits subjectifs.

³²⁴ S'ils ont développé leurs propres caractéristiques, les États regroupés dans cette famille juridique partagent certaines caractéristiques quant à la conception du droit. Sur ce point : R. DAVID, M. GORE, C. JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, préc., spéc. pp. 81 et s.

³²⁵ *Ibid.*, spéc. pp. 81 et s.

³²⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2021, spéc. p. 154.

³²⁷ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 35^{ème} éd., 2020 p. 10 ; H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 352 s cité par N. CAYROL, *Action en justice*, préc.

³²⁸ Parmi une littérature abondante, v. not sur l'origine de la notion : M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Arch. Philo. Dr.*, n°9, 1964, p. 97 ; *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, p. 241 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, réimpr. 2005 ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971 ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, 2^{ème} éd, 1978 ; J.-J. SUEUR, *Recherches sur le concept de droit subjectif*, Thèse, Nice, 1980. Pour une synthèse des nombreux débats relatifs à cette notion : D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND, D. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 529-533.

³²⁹ Le doyen Carbonnier parle de « pulvérisation du droit en droits subjectifs » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2008, p. 121). En droit français, ce phénomène tend à toucher l'ensemble des branches du droit. Il a fait l'objet d'analyses doctrinales aussi bien en droit privé en général (M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*. Economica, vol 14., spéc. n° 3., p. 5) qu'en droit administratif (P. DEVOLVE, « Propos introductifs : Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés. Actes du colloque organisé les 10 et 11 juin 2010 par l'Association française pour la recherche en droit administratif au Pôle universitaire de festion de l'université de Bordeaux*. Lexisnexus-Litec, 2010, pp. 3-17).

³³⁰ Cf. *infra*. D. COHEN, « Le droit à... », in F. TERRE, (Mél.), *L'Avenir du droit*, , Dalloz, 1999, p. 393 : dans lequel l'auteur procède à une énumération des droits en cause (« à l'éducation, à la santé, au logement, à la vie privée, à l'image, à l'honneur, à l'air pur (voire à l'environnement), à l'information, au RMI, au procès équitable, au nom, à ne pas subir de traitement inhumains ou dégradant... »), cité par D. ALLAND, D. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 531.

125. Avec cette priorité accordée aux droits substantiels, la procédure a, contrairement à la tradition de *common law*, eu longtemps mauvaise réputation³³¹. L'intérêt accordé aux questions procédurales se résumera ainsi, jusqu'à la fin du XIXe siècle, à des codifications purement techniques, sans qu'il apparaisse nécessaire de consacrer des principes généraux³³². Le procès est conçu comme la « chose des parties » en ce qu'il a vocation à mettre fin à des litiges entre personnes privées, au sujet de droits dont elles ont la libre disposition : il en découle une conception purement privatiste du procès³³³.

126. Le regain d'intérêt pour les théories de l'action. Cependant, les questions procédurales ont suscité un regain d'intérêt à partir de la fin du XIXe, voire début du XXe siècle. La procédure, et plus particulièrement l'action, constitue un véritable service public³³⁴. Dans ce contexte, l'action devient un vecteur de réalisation des droits substantiels subjectifs³³⁵. Elle acquiert ainsi, comme dans la conception de *common law*, un caractère instrumental, toujours en vigueur : on décrit encore communément l'action comme le moyen permettant « la jonction du droit et de la procédure »³³⁶ en ce qu'elle « relie le droit substantiel à la procédure »³³⁷. Pour autant, les soubassements théoriques de cette instrumentalisation de l'action sont toutefois profondément différents dans la tradition civiliste en ce qu'elle vise à confirmer la logique individualiste de l'action au service de l'intérêt personnel. Loin de confondre les acteurs dans l'organisation de l'ordre social, le renouvellement des théories de l'action met en lumière une distinction nette de leur rôle dans la mise en œuvre des règles.

³³¹ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc. spéc. p. 5.

³³² Pour une présentation de l'évolution des sources de la procédure, V. : C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., pp. 7-14.

³³³ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 19.

³³⁴ La procédure et donc l'action ont pour fonction essentielle d'être « au service de la Justice » et « des justiciables » (G. CANIVET, « De l'intelligence en procédure civile », in *Le NCPC* (1965-2005), Economica, 2006, p. XXIII, cité par C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 19).

³³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER et C. GREWE, (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Actes du colloque de Strasbourg, 31 mai-1^{er} juin 2002, Bruylant, t. 49, 2003.

³³⁶ P. CUCHE, J. VINCENT, *Précis de procédure civile et commerciale*, Dalloz, 1960, n° 9.

³³⁷ G. WIEDERKEHR, « Une notion controversée : l'action en justice », in *Études Ph. Simler*, Dalloz, 2006, spéc. p. 911, cité par S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014.

2) Le renouvellement du modèle individualiste : expression d'une conception du rôle des acteurs

127. Au début de la période moderne, la notion d'action en justice a suscité de nombreuses controverses doctrinales tant sur ses caractéristiques que sur sa nature³³⁸. Bien qu'anciennes, il convient d'y revenir dans le cadre de notre démonstration (a), car elles témoignent de considérations théoriques relatives à une distinction nette des rôles des acteurs dans l'ordre juridique (b).

a) *Les controverses doctrinales*

128. **La thèse objective de Ihering.** À la fin du XIX^e siècle, IHERING a pu percevoir l'action comme un « devoir » au service de l'intérêt de la société de manière générale, en énonçant que *« résister à l'injustice est un devoir de l'individu envers lui-même, car c'est un précepte de l'existence morale ; c'est un devoir envers la société, car cette résistance ne peut être couronnée de succès que si elle est générale »*³³⁹. Dans une certaine mesure, l'action en justice, même guidée par un intérêt purement personnel, contribue ainsi à assurer la réalisation concrète du droit dans un intérêt plus collectif. Si cette conception revenait à donner à l'action une dimension plus objective, elle est restée largement minoritaire³⁴⁰. À la même période, les spécialistes de droit privé vont réduire l'action à une finalité purement subjective de protection des droits.

³³⁸ Pour un retour sur ces débats v. parmi une littérature abondante : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris 1855-1866, t. 9 ; H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Paris, 1956, p. 24 ; H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Les cours du droit, Montchrestien, 1973 ; « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Arch. Philo. Dr.*, IX, 1964, p. 215 et s. ; L. BOY, « Réflexions sur l'action en justice », *RTD civ.*, 1979, p. 497 ; G. WIEDERKERHHR, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile, in P. HEBRAUD (Mél.), Toulouse, 1981, p. 949 et s. ; « Une notion controversée : l'action en justice », in Ph. SIMLER (Mél.), Dalloz Litec, 2006, 903 ; P. HEBRAUD, « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », *préc.*, p. 237 ; M.-L. NIBOYET, « Action en justice », *Droits* 2001/ 34. 81. Et autres références citées par C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, *préc.*, p. 120.

³³⁹ R. VON IHERING, *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 12.

³⁴⁰ Sa thèse trouve pourtant selon nous un écho particulier aujourd'hui. C'est dans ce contexte que nous défendrons une réhabilitation de son analyse de l'action dans le dernier titre de ce travail. Cf. *infra* Chapitre 7 (v. également sur ce point : F. OST, *À quoi sert le droit*, pp. 76 et s). Précisions également ici que, si sa théorie de l'action est apparue minoritaire, les travaux de IHERING s'inscrivent toutefois dans un plus grand courant doctrinal qui a critiqué la théorie classique des droits formels au profit d'une théorie plus fonctionnelle (sur l'écho de cette conception en droit de l'Union cf. *supra* Chapitre 2, section 2). Selon cette théorie, les droits sont conférés non pas seulement dans le but de protéger les individus et leur autonomie mais dans la perspective de réaliser certains objectifs ou certaines finalités sociales. Sur ce point, les travaux de IHERING rejoignent ceux en France de SALEILLE, GENY, DUGUIT et JOSSEAND. Selon Gonçalo DE ALMEIDA RIBEIRO, ce courant doctrinal traduit un phénomène de « socialisation du droit privé » (*The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*, spéc. pp. 172-226).

129. L'assimilation initiale du droit et de l'action. En ce sens, une partie de la doctrine privatiste du XIX^e siècle a d'abord assimilé le droit et l'action, cette dernière étant le simple prolongement du droit substantiel. Cette conception de l'action se résume communément par la formule de DEMOLOMBE du « *droit mis en mouvement* »³⁴¹. Cette conception classique, qui s'est brièvement poursuivie au début du XX^e siècle³⁴², s'appuie non seulement sur l'héritage du droit romain, mais aussi sur l'état de la législation : à cette époque en effet, l'action ne trouve pas de consécration particulière dans la loi³⁴³. Pour autant, l'identification de la théorie classique de l'action et du droit substantiel a par la suite été vivement critiquée.

130. Les apports de la doctrine publiciste, la distinction des contentieux. La doctrine publiciste a largement contribué à remettre en cause cette assimilation. En étudiant le recours pour excès de pouvoir, elle a mis en lumière le fait que l'objet de celui-ci n'est pas la sanction d'une atteinte à un droit préexistant, mais celle de la non-conformité d'un acte aux règles du droit objectif³⁴⁴. C'est la naissance de la distinction entre le contentieux objectif et subjectif. Introduite par Édouard LAFERRIERE³⁴⁵ à la fin du XIX^e siècle, cette distinction a ensuite été développée par Léon DUGUIT. Guidé par « *sa volonté de lutter contre les doctrines individualistes, contre l'existence de prérogatives exercées égoïstement* »³⁴⁶, il rejette l'existence de droits subjectifs au profit d'une présentation dichotomique entre « situations

³⁴¹ L'action serait, selon lui, « *le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix* » (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, t. 9, n°338). Dans le même sens, l'action n'est pour d'autres que « l'état » du droit subjectif : « *statique* » ou « *dynamique* ». P. CUCHE notait en 1924 qu'« (i)l n'y a pas en somme, entre le droit et l'action, d'autre différence à notre époque que celle de l'état dynamique et de l'état statique du droit. L'état statique, c'est le droit au repos, le droit qui n'est pas méconnu et qui reste tranquille, en quelque sorte parce que personne ne lui a manqué de respect. L'état dynamique, c'est l'action, c'est-à-dire le droit qui entre en mouvement, parce qu'il réagit contre une méconnaissance ou une violation. L'action, c'est donc le droit qui a passé de la puissance à l'acte [...]. Avoir une action dans la terminologie juridique moderne devient synonyme d'avoir un droit. Cette équivalence est absolue et je crois qu'il est oiseux de rechercher une distinction de nature entre le droit et l'action » (*Précis de procédure civile et commerciale*, Dalloz, 1924, n°127)

³⁴² E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Larose et Tenin, 1912 (« *l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même* »), cité par N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n°22.

³⁴³ Si le Code civil de 1804 n'accordait au terme « action » aucun sens juridique particulier, les rédacteurs du Code de procédure civile de 1806 eux-mêmes avaient refusé de l'évoquer, voyant dans l'action en justice une notion purement procédurale. V. sur ce point les références citées par N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n° 23.

³⁴⁴ Le recours pour excès de pouvoir, ce « *procès fait à un acte* » selon la formule de Laferrière, est l'expression même du contentieux objectif (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, « Domat », 2008, p. 223, n°244). Sur les théories de JEZE et DUGUIT cf. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, 1956, p. 127.

³⁴⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome I, Berger Levrault et C., Libraires-éditeurs, 2^{ème} éd., 1887, p. 15 et s.

³⁴⁶ F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 2001, p. 184. Le doyen DUGUIT est en effet connu pour sa « doctrine solidariste », p. 185

subjectives » et « objectives »³⁴⁷. Telle qu'appréhendée par les auteurs, cette distinction des contentieux vise à désigner deux cadres juridiques distincts. Dans le cadre du contentieux objectif, « *l'action en justice (a) pour objet la légalité abstraite et non pas un droit subjectif* »³⁴⁸. Le requérant défend ici le Droit et la décision du juge est dotée d'une portée générale³⁴⁹. Dans le cadre du contentieux subjectif, le juge vérifie que le requérant est, ou non, titulaire d'un droit subjectif à défendre et conduit à une décision de portée individuelle : c'est le modèle du contentieux de pleine juridiction devant les juridictions administratives ou des actions devant le juge judiciaire³⁵⁰. Le recours pour excès de pouvoir apparaît ainsi comme le seul cas dans lequel il peut être reconnu à l'action menée par un particulier une dimension objective³⁵¹.

131. Le rejet de l'assimilation, la reconnaissance d'actions sans droit subjectif. Sur la base de cette distinction, l'assimilation entre l'action et le droit substantiel a également été remise en cause par les auteurs privatistes. Outre le constat qu'il existe des droits sans action – au regard notamment des obligations naturelles – la doctrine civiliste a mis en lumière l'existence d'action sans droit subjectif.

³⁴⁷ Selon le doyen DUGUIT, les premières correspondent (aux) « *situation(s) juridique(s) concrète(s), individuelle(s), n'intéressant qu'une ou plusieurs personnes déterminées* » et qui invitent le juge à rendre une décision de « *portée individuelle toute relative, identique à celle de la situation juridique subjective dont elle constate l'existence* ». Les secondes, au contraire, interrogent sur la question de savoir si une disposition légale a été violée par l'administration et invitent ainsi le juge à rendre une décision de « *portée générale comme la loi dont elle constate la violation* ». (L. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, éd. Armand Colin, Bibl. du mouvement social contemporain, 1913, spéc. pp. 187-188 ; et également du même auteur : *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, 2ème éd, 1921). Cette présentation dichotomique reflète plutôt aujourd'hui la distinction établie entre « droits subjectifs » / « droit objectif ».

³⁴⁸ H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. Philo. Dr.*, 1964, repris in *Écrits*, Dalloz, 1973, p. 85, spéc., p. 88.

³⁴⁹ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie général du procès*, PUF, 3ème éd., 2020, p. 309 (« *une personne est habilitée à déclencher l'impératif de la règle de droit, non pas pour modifier directement sa propre position juridique, mais pour rétablir la légalité objective : si celui qui agit peut bénéficier de cette situation, ce n'est que "par ricochet", comme une conséquence du rétablissement de la légalité* »).

³⁵⁰ P. GONOD, v° « Introduction de l'instance. Recevabilité. Décision attaquée, auteur du recours », *Encycl. J.C.L. Justice Administrative*, fasc. 40, n° 19 : « *une distinction doit être faite entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif. Dans le premier cas, ce sont des droits subjectifs qui sont en cause : dans le cadre du recours de pleine juridiction, l'objet de la demande est relatif à la protection d'un droit, de manière analogue à la demande formée devant les juridictions de l'ordre judiciaire dans les litiges entre particuliers. Le requérant sollicite du juge la reconnaissance et la sanction d'un droit qui lui est propre. Ainsi par exemple, une personne qui n'est pas partie à un contrat n'est pas recevable à saisir le juge de conclusions tendant à obtenir l'annulation de ce contrat* ». V. également F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A*, 2005, n° 30, 1296, n° 15 : « *la pleine juridiction sert prioritairement à protéger, comme les actions ouvertes devant le juge civil, les intérêts personnels des administrés. Le recours pour excès de pouvoir vise quant à lui à protéger l'administration contre elle-même* ».

³⁵¹ Le doyen Hauriou voyait dans ce recours un intérêt convergent de l'administré à l'annulation de l'acte et de la collectivité à une bonne administration (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 9ème éd., 1919, cité par I. OMARJEE, L. SINOPOLI, *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, préc., p. 4.

132. D'une part, l'action peut avoir vocation à protéger une liberté publique ou privée (actions sans droit)³⁵². L'atteinte à une telle liberté ne méconnaît pas véritablement un droit subjectif, mais le droit doit néanmoins en assurer la sanction. Proche de notre objet d'étude, l'action en concurrence déloyale en constitue l'exemple topique en droit français. Il y a eu lieu de se demander si l'existence de règles substantielles visant à organiser la concurrence entre les commerçants pouvait entraîner la reconnaissance d'un droit d'agir au profit de la personne qui s'estime victime d'une violation desdites règles³⁵³. En d'autres termes, peut-il exister un droit subjectif substantiel à une concurrence loyale ? Soulignant les limites de la théorie des droits subjectifs au regard de l'hypothèse des actions sans droit, Paul ROUBIER estimait que « *les droits subjectifs n'englobent pas tous les cas où un individu peut avoir raison devant les tribunaux, mais seulement les hypothèses où il existe une prérogative appropriée à la manière d'un bien : prérogative qui est en principe transmissible et qui normalement comporte la possibilité pour son bénéficiaire d'y renoncer* »³⁵⁴. Plus précisément à propos des actions en concurrence déloyale, il estimait ainsi que celles-ci n'étaient pas la sanction d'un droit préexistant³⁵⁵. Si la jurisprudence a finalement reconnu une telle action, la situation avait été analysée comme étant « *plus proche d'un contentieux objectif, fondé sur la seule violation de l'ordre juridique objectif, de la norme, que du contentieux subjectif qui suppose l'atteinte à un droit substantiel* »³⁵⁶.

133. D'autre part, la théorie des droits subjectifs a précisément été remise en cause par la reconnaissance du contentieux objectif, qui, par définition, ne suppose pas la contestation relative à la violation d'un droit subjectif. Il renvoie ainsi au recours pour excès de pouvoir en droit public ou à l'action publique en procédure pénale. En ce sens, des auteurs ont alors nuancé la position de Paul ROUBIER rappelée ci-dessus au sujet des actions sans droit. L'action en responsabilité civile délictuelle, par exemple, viserait bien à protéger un droit subjectif, correspondant à la créance de dommages et intérêts en réparation du dommage subi. Puisque,

³⁵² C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 35ème éd., 2020, pp. 122-123.

³⁵³ La même question a pu se poser s'agissant des pratiques anticoncurrentielles. Cf. *infra* §2.

³⁵⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, spéc. p. 37 et 55. Il poursuivait en énonçant que « (s)'il y a sans doute des actions en justice qui ne sont pas autre chose que la sanction d'un droit antérieur, il y a aussi des actions qui ne se présentent pas du tout avec ce caractère, des actions indépendantes de tout droit antérieur ».

³⁵⁵ P. ROUBIER, « Le droit et l'action. Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ*, 1952., spéc. p. 167.

³⁵⁶ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 123 faisant référence à P. ROUBIER, « Le droit et l'action. Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ*, 1952., spéc. p. 167.

selon Pierre HEBRAUX, dire que cette action est sans droit revient à négliger son objectif qui « *réside dans la protection des intérêts concrets, et non dans la légalité abstraite* »³⁵⁷. En d'autres termes, considérer que l'action en responsabilité est une action sans droit serait lui attribuer une forme de contentieux objectif. Or, lorsqu'elle agit en responsabilité, la victime demande réparation de son dommage : il est ainsi traditionnellement considéré qu'elle n'agit pas pour obtenir la sanction de la violation d'une règle de droit.

134. Dans ce contexte, on comprend l'inaptitude de la doctrine civiliste à appréhender le concept de *private enforcement* : tout l'objet de la présente démonstration est précisément de montrer que celui-ci intègre, derrière la défense de l'intérêt personnel, la défense de la légalité objective. Or, le rejet de cette dimension plus objective de l'action se reflète également dans les évolutions doctrinales de la conception de l'action. Les insuffisances de l'identification du droit et de l'action ont, en effet, amené des auteurs à envisager l'action de manière autonome, remettant ainsi en cause la conception de ceux qui voyaient dans l'action en justice le simple prolongement du droit substantiel. Mais en s'émancipant du droit substantiel, la théorie de l'action a conduit à percevoir le procès comme un instrument autonome de réalisation des droits substantiels, poussant alors la logique subjective à son paroxysme.

135. L'autonomisation de l'action. Henry MOTULSKY a développé dans ses travaux la thèse de l'action en justice comme droit subjectif processuel autonome, distinct du droit subjectif substantiel³⁵⁸. Selon lui, l'action en justice s'analyse elle-même comme un droit subjectif processuel au service des droits subjectifs substantiels, car « *la règle de droit consacrant l'action en justice ne joue pas seulement au profit de la légalité abstraite, mais encore, et peut-être surtout, au profit du justiciable personnellement* ».³⁵⁹ Selon lui, « *la quasi-totalité des actions en justice donne lieu à un contentieux subjectif ; qu'il en est ainsi quand bien même la situation juridique initiale a un caractère objectif, pour peu que la violation de la règle de Droit déclenche un droit subjectif à réparation ou à compensation ; et que seul mérite donc de passer pour objectif le contentieux qui pose un problème de légalité pure, c'est-à-dire où la seule valeur protégée par la règle de Droit est l'intérêt général* »³⁶⁰. En effet, « *la vocation normale*

³⁵⁷ P. HEBRAUD, *RTD civ.*, 1954, p. 344, cité par N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n° 44.

³⁵⁸ H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. Philo. Dr.*, t. IX, « Le droit subjectif en question », Sirey, 1964, p. 215-27.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

de l'action en justice » consiste à « protéger les droits subjectifs substantiels »³⁶¹. Il en va ainsi dès lors que l'impératif de la règle de droit joue « au profit du particulier habilité à agir »³⁶².

136. Si cette conception trouve un écho aujourd'hui dans l'article 30 du Code de procédure civile français³⁶³, elle n'a pas pour autant fait l'unanimité. Les ambiguïtés intrinsèques de l'action en justice ont ainsi donné naissance à une nouvelle controverse relative à sa nature juridique. Plus particulièrement, la conception de l'action comme « droit subjectif » s'est vu opposer des nuances, notamment dans la doctrine étrangère.

137. Les apports de la doctrine étrangère sur la nature de l'action. Un auteur italien a rejoint la théorie de MOTULSKY selon laquelle le sujet passif du droit d'action serait le juge³⁶⁴. Toutefois, il considère pour sa part que l'intérêt protégé, derrière ce droit d'action, est l'intérêt au règlement du litige, et par là, la paix civile. Cet intérêt dépasse ainsi les intérêts particuliers et le droit d'action devient alors « un droit subjectif public », à savoir « l'exercice privé d'une fonction publique en permettant aux justiciables d'agir contre l'inertie du juge »³⁶⁵. Aussi, Giuseppe CHIOVENDA a considéré l'action comme « le pouvoir de réclamer la mise à exécution de la loi », ces travaux ayant contribué à ériger l'action en justice en véritable droit fondamental. De manière générale et dans la continuité de son analyse, l'idée s'est répandue selon laquelle le « droit » d'agir serait un « droit potestatif » à savoir un droit sans sujet passif déterminé. Cette thèse étant la seule capable d'« expliquer que le sujet passif d'un droit puisse être, selon les cas, un individu, un groupe de personnes, ou la collectivité tout entière »³⁶⁶.

138. Au sein de la doctrine allemande, les travaux relatifs au procès civil se sont pour leur part concentrés sur le renouvellement de la compréhension de la sanction judiciaire³⁶⁷. Il lui a été reconnu une réalité substantielle, distincte de l'intérêt particulier recherché par les requérants. Au-delà de la résolution de litiges privés, la justice est perçue comme « un processus objectif, indépendant des droits sur lesquels les parties s'opposent et conférant elle-même des droits

³⁶¹ *Ibid.*, repris in H. MOTULSKY, *Écrits, Tome 1, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 93.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Art. 30 du CPC (« l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention »)

³⁶⁴ Pour une présentation de la pensée de F. CARNELUTTI v. N. CAYROL, *Action en justice*, préc., spéc., n°135.

³⁶⁵ N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n°135.

³⁶⁶ I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. RAYNAUD, LGDJ, 1967, n°124 référence citée par N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n°135. Sur ces objections à la théorie de l'action comme droit subjectif par la doctrine française : v. égal. C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 128.

³⁶⁷ N. CAYROL, « Action en justice », préc., n°32.

substantiels »³⁶⁸. En outre, au regard plus particulièrement de la théorie des droits subjectifs, la doctrine allemande a été guidée par la nécessité de protéger les droits individuels contre la puissance publique. L'article 19 IV de la Loi fondamentale allemande pose d'ailleurs le principe selon lequel l'action est ouverte à toute personne dont les droits subjectifs sont violés par les autorités publiques. Toutefois, en droit allemand, un simple intérêt ne permet pas d'en déduire un droit individuel : la consécration d'un droit subjectif est, en effet, conditionnée à l'existence d'une volonté explicite du législateur de protéger un intérêt spécifique³⁶⁹. Mais en tout état de cause, la doctrine allemande rejette la dimension objective de l'action : les particuliers n'y sont pas considérés comme des agents du respect de la légalité³⁷⁰.

139. Vers la recherche du consensus, l'action comme « prérogative ». Pour les auteurs français, cette théorie de l'action revenant à la considérer comme un « droit » ne convainc pas au regard, plus spécifiquement, de la distinction entre intérêt personnel et intérêt général. Si le ministère public intente une action, il le fait au nom de l'intérêt général et non de son propre intérêt. En ce sens, Paul ROUBIER a préféré parler de « *pouvoir d'agir en justice* », car, selon lui, le « pouvoir » est conféré à son titulaire uniquement « *pour s'occuper des intérêts d'autrui* »³⁷¹, contrairement au droit subjectif qui représente une prérogative exercée dans l'intérêt de celui qui en est titulaire. Néanmoins, pour d'autres, il s'agirait plus précisément d'une « liberté d'agir », car celle-ci est « *distribuée de façon égalitaire, uniforme, à tous ceux qui en bénéficient* »³⁷². VIZIOZ a ainsi développé la conception de l'action comme un pouvoir légal³⁷³. S'inscrivant dans la continuité des analyses du juriste italien CHIOVENDA, il considère que l'action est la faculté légale, ouverte aussi bien aux autorités publiques qu'aux particuliers, de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi³⁷⁴. Enfin, les processualistes contemporains préfèrent désormais parler de « prérogative » afin d'éviter une nouvelle fois la

³⁶⁸ Pour une présentation détaillée du droit d'être entendu et du droit d'accès à la justice en droit allemand v. : F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 164

³⁶⁹ C. WARIN, *Individual rights under Union law. A Study on the Relation between Rights, Obligations and Interests in the Case Law of the Court of Justice*, Thèse, Luxembourg, 2017, 534 p., spéc. p. 456. L'autrice en déduit alors dans son travail que l'approche allemande est alors sur ce point moins protectrice que celle qui a été dégagée par la Cour de justice dans l'arrêt *Van Gend en Loos*.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *Arch. Philo. Dr.* 1960, p. 81.

³⁷² M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 160.

³⁷³ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, préc., p. 147.

³⁷⁴ Dans le même sens, J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, 1972, cité par C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 129.

confusion entre une action exercée dans l'intérêt d'autrui et celle intentée dans l'intérêt propre du requérant³⁷⁵.

b) La portée des controverses

140. Pour fastidieux qu'il soit, ce rappel des débats doctrinaux relatifs à l'action en justice n'en est pas moins éclairant pour la présente démonstration. Ces divergences relatives à la conception de l'action en justice témoignent de divergences plus profondes quant à la manière d'appréhender le rôle de l'individu dans la mise en œuvre du droit aux États-Unis et dans la tradition civiliste³⁷⁶. Dans la perspective comparative, ces controverses s'inscrivent, en effet, en parfaite contradiction avec la conception de l'action telle qu'elle s'est développée en *common law*³⁷⁷. Alors que les systèmes de *common law* se fondent sur une certaine confusion entre le rôle de l'individu et celui des autorités publiques³⁷⁸, l'approche civiliste s'attache à une distinction nette des rôles au sein de l'ordre juridique. Contrairement aux systèmes de *common law*, l'effectivité du droit repose ici exclusivement sur l'action des pouvoirs publics. Si le droit et sa mise en œuvre relèvent du pouvoir de l'État, celui-ci doit « *en échange* » accorder aux individus la possibilité d'agir en justice afin de défendre leurs intérêts³⁷⁹. Ces divergences entre le système américain et européen reposent sur des présupposés pragmatiques fondamentalement différents : si aux États-Unis la logique instrumentale consistant à accorder un rôle aux particuliers repose sur l'idée qu'elle serait plus efficace, c'est tout l'inverse de ce côté-ci de l'Atlantique. Contrairement à la conception américaine, il a été considéré que la mise en œuvre de politiques publiques serait plus efficace si elle était gérée par des agents de l'État

³⁷⁵ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., pp. 129-135.

³⁷⁶ A. P. KOMNINOS, « Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesaris », *16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, juin 2011, p. 141 disponible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1870723>,

³⁷⁷ À titre subsidiaire, on ne s'étonnera pas de l'absence d'une production doctrinale comparable dans la tradition de *common law* : la place accordée à la doctrine faisant partie des divergences entre les deux traditions juridiques. Sur le rôle de la doctrine : P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

³⁷⁸ Cf. *supra*.

³⁷⁹ Cette idée « d'échange » résulte de l'interdiction de se faire justice soi-même qui est posée depuis la fin de la vengeance privée issue du Code de Justinien : V. sur ce point : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, n°287 ; *Travaux de l'Association Henri Capitant. Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites*, Journées françaises de Lyon, Grenoble et Aix-en-Provence, t. XVIII, 1966, Dalloz, 1969 ; X. LAGARDE, « Nul ne peut se faire justice à soi-même. Principe fondateur du procès civil », in S. GUINCHARD (Mél.), *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, p. 795.

plutôt que par les particuliers : les premiers sont censés se consacrer à plein temps à cette mission alors que les seconds se préoccupent de leur intérêt plutôt que de ceux de la société³⁸⁰.

141. La prédominance de l'intérêt personnel. Les évolutions du modèle individualiste témoignent donc d'une conception de l'action en justice enfermée dans la seule défense de l'intérêt personnel. Ces controverses doctrinales – dont les désaccords se révèlent parfois subtils – ont en effet en commun d'accorder une place majeure à l'intérêt personnel dans l'initiation du procès. Le droit d'agir se trouve conditionné par la nécessité d'être titulaire de ce droit (qualité pour agir), et de justifier d'un avantage personnel (intérêt à agir)³⁸¹. Il en découle que l'action apparaît historiquement irréductible à toute idée de collectif³⁸². Cette prédominance de la dimension subjective de l'action amène d'ailleurs certains auteurs à considérer que l'hypothèse d'une contribution à la réalisation du droit ne serait alors qu'incidente³⁸³. Certes, bien qu'originellement très réfractaires, les différents droits nationaux ont désormais admis la défense en justice d'intérêts collectifs à travers la reconnaissance d'actions de groupe³⁸⁴. Toutefois, il n'a pas été question de transformer ce mécanisme en véritable outil au service de la défense de la légalité objective³⁸⁵.

142. Le rejet de l'action populaire. Ce refus de reconnaître un rôle à l'individu dans la défense de la légalité trouve un parfait écho dans le rejet de l'action populaire³⁸⁶. L'action dont le seul but serait de faire respecter la légalité, sans y avoir un intérêt personnel, est interdite³⁸⁷. En droit

³⁸⁰ V. sur ce point : K. ROACH, M.-J. TREBILOCK, « Private Enforcement of Competition Laws », *Osgoode Hall L. J.*, 1996, vol. 34 (3), pp. 462-508, spéc. p. 474 (« *The modern state soon created its own argument for exclusive reliance on public enforcement. Max Weber, for example, suggested that more developed societies would regularize their policies through the mechanism of bureaucratic rationality.*3 9 *Full-time professional prosecutors subject to hierarchical control were better situated to implement rational prosecutorial policies than private individuals, who would not be subject to bureaucratic control and might be motivated by irrational motivations such as the desire for vengeance* »).

³⁸¹ À ces deux conditions qui nous intéressent particulièrement à ce stade de l'étude, s'ajoutent celles de la prescription et de l'autorité de la chose jugée. V. sur ce point : article 122 du Code de procédure civile.

³⁸² I. OMARJEE, L. SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, 2014, spéc. p. 5.

³⁸³ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n° 172. : l'auteur estime que c'est « par chance », qu'en matière d'action en responsabilité, l'étendue du trouble illicite coïncide avec l'étendue du fait illicite objectivement envisagé.

³⁸⁴ Ils y ont été largement invités par le droit de l'Union. On y reviendra dans les développements relatifs à l'action de groupe en matière de consommation et concurrence.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 172. V. égal. L. BOY, « Réflexions sur l'action en justice », *RTD civ.*, 1979. 497, spéc. n° 52 et s.

³⁸⁷ Ce type d'action remonte à la Rome Antique. Elle permettait à tout citoyen de dénoncer devant un juge des atteintes à l'ordre ou aux biens publics. Il s'agissait ainsi de suppléer les moyens limités de la police et des magistrats. Sur ce point v. : F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, 2004.

français, le fondement de cette interdiction se trouve dans la Constitution elle-même. L'article 3 alinéa 1 et 2 de la Constitution dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple » et « aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice ». En cela, le peuple exerce sa souveraineté « par ses représentants et par la voie du référendum » et non par la voie de l'action en justice, sous peine de détourner les juges de leur seule mission juridictionnelle. Cette interdiction remonte aux réflexions menées lors de la Révolution française³⁸⁸. Plutôt que dans une action devant le juge, la seule forme d'action populaire légitime serait dans le droit de pétition, permettant au corps législatif d'entendre les citoyens intéressés par la défense de la loi.

143. Il en résulte qu'en procédure civile comme en procédure pénale, seul le ministère public est pleinement habilité à défendre l'intérêt général, car seul un représentant de l'État est légitime pour la défense de l'ordre public³⁸⁹. Le rôle du ministère public est ainsi la protection de l'intérêt général alors que celui de la victime est son intérêt particulier³⁹⁰. Dans un tel contexte, on comprend aisément l'incompréhension du concept de *private enforcement of public law* par le juriste civiliste. À cet égard, Chris HODGES note que « (n)ous ne considérons pas les actions privées (que ce soit pour des dommages et intérêts ou pour des mesures d'injonction) comme remplissant une fonction publique de mise en œuvre des règles »³⁹¹. En d'autres termes, l'action civile vise traditionnellement la réparation des atteintes individuelles et non la réalisation du droit objectif.

144. En définitive, l'action en justice, telle que théorisée par la doctrine, est porteuse d'une dimension exclusivement subjective, qui reflète une distinction nette des rôles des acteurs au

³⁸⁸ Sur ces questions v. références citées par N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n°425 (A. SOBOUL [dir.], *Dictionnaire historique de la Révolution française*, PUF, 1989, V. « Pétition » ; P. AVRIL et J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 2e éd., 1996, p. 248. Sur le droit de pétition, V. Const., art. 72-1, issu de L. no 2003-276 du 28 mars 2003 [JO 29 mars]).

³⁸⁹ N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n° 426-427. Pour les cas résiduels où une personne peut défendre l'intérêt général en procédure civile française : C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 172 (il s'agit, outre de ministère public, d'une autorité ou organisation professionnelle en matière économique et du contribuable en substitution à la commune ou autre personne publique).

³⁹⁰ Cette distinction trouve une atténuation traditionnelle dans le mécanisme de la constitution de partie civile par lequel les victimes sont « transform(ées) des sujets passifs du délit en agents martiaux de la répression » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2008, p. 145).

³⁹¹ « [t]here are admittedly some situations in which private individuals can take action following breach of public or criminal law provisions, but they are very rare in Europe. Basically, we keep the two sides separate. We do not regard private actions (whether for damages or for injunctive relief) as performing a public enforcement function » in S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », in P. GOTTWALD et B. HESS, (dir.), *Procedural Justice*, 2014.

sein de l'ordre juridique. Placée au service de la réalisation des droits substantiels subjectifs, elle s'est ainsi retrouvée déconnectée de toute considération d'intérêt général. Après avoir été négligée en droit positif, l'action en justice s'est finalement concrétisée par la reconnaissance – au sein des sources nationales, mais surtout européennes – d'un véritable droit d'action entendu comme droit fondamental. Même s'il faut en nuancer la portée subjective³⁹², cette consécration a donné un nouveau souffle à la conception individualiste de l'action.

B) La consolidation textuelle et prétorienne du modèle individualiste : les sources nationales et internationales

145. Consécration nationale. Si certains États européens consacrent le droit d'agir en justice dans la Constitution³⁹³, le droit français lui ne connaît pas de consécration constitutionnelle explicite. Pour autant, le droit d'agir est consacré en droit positif français comme un véritable droit fondamental à plusieurs égards. D'une part, le droit à un recours effectif, entendu comme « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »³⁹⁴, a été considéré comme un droit « dérivé »³⁹⁵ du droit d'agir en justice, lui donnant ainsi une valeur constitutionnelle « indirecte »³⁹⁶. Le Conseil constitutionnel français a, dans deux décisions du 21 janvier 1994 puis du 9 avril 1996³⁹⁷, rattaché le droit d'exercer un recours devant une juridiction à l'article 16 de la DDHC de 1789, relatif à la « garantie des droits »³⁹⁸. D'autre part, le droit d'agir en justice a trouvé une consécration prétorienne dans la jurisprudence du Conseil d'État³⁹⁹ et de la Cour de

³⁹² Cf *infra*. Chapitre 2, section 2 du présent titre où l'on revient sur le droit au juge en droit de l'Union pour nuancer sa finalité subjective en démontrant que sa consécration ne peut être déconnectée de la logique objective en vigueur en droit de l'Union.

³⁹³ Par exemple en Italie à l'article 24, alinéa 1^{er}, de la Constitution italienne. Mais c'est le cas également en Allemagne, Espagne, Grèce. V. sur ce point : C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 142.

³⁹⁴ L. FAVOREU et Th. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », extrait du Rép. Contentieux administratif, 1992, spéc. pp. 90 et s. Il faut ici préciser que cela concerne les droits fondamentaux de l'individu et pas tous ses droits (M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in R. PERROT (Mél.), Dalloz, 1995, p. 1, cité par C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., p. 142.

³⁹⁵ Th. RENOUX, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 109-110.

³⁹⁶ *Ibid.* Dans lequel l'auteur énonce que la constitutionnalisation de ce droit « ne peut être qu'indirecte, résulter de la valeur constitutionnelle du droit d'agir un justice ».

³⁹⁷ DC n° 93-335, considérant n°4, *JCP 94. I. 3761*, obs. Picard, n° 9 et 35.

³⁹⁸ « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a point de constitution ».

³⁹⁹ Le Conseil d'État a d'abord classé le droit d'agir dans la catégorie des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (CE, 19 févr. 1950, *Dame Lamothe*, 7 janv. 1972, *Lebon*, 26, concl. THERY.) puis s'est ensuite explicitement référé au « principe de valeurs constitutionnelle du droit au recours

cassation⁴⁰⁰. Mais ce sont principalement les sources supranationales qui ont contribué à faire du droit d'agir en justice un véritable droit fondamental.

146. Consécration internationale – l'apport de la CEDH. Moins regardantes que la doctrine sur les subtilités notionnelles de l'action en justice, les sources supra-législatives ont néanmoins largement consacré l'évolution individualiste du procès en garantissant de manière autonome le droit d'accès à un tribunal. Perçu comme un droit fondamental⁴⁰¹, le droit à un recours effectif a été reconnu dès 1948 puis 1966 dans les sources internationales⁴⁰², mais a trouvé un nouveau souffle dans la jurisprudence de la CEDH. Si le texte de la convention ne le reconnaît que de manière allusive⁴⁰³, la Cour a consacré de manière générale un véritable « *droit d'accès à un tribunal* » sur le fondement de l'article 6-1 dans l'arrêt *Golder* de 1975⁴⁰⁴. Sans entrer dans les détails du contenu et des critères de ce droit développés par la Cour⁴⁰⁵, nous ferons deux observations pour les besoins de la démonstration.

147. En premier lieu, cette reconnaissance autonome d'un droit au recours témoigne de l'évolution individualiste du procès. Le droit au juge doit être mis en perspective avec le système général de contrôle de la Convention. Celui-ci repose, par principe, sur une logique subjective au travers d'une part, du droit de recours individuel consacré à l'article 34, véritable

juridictionnel » en 1998 (CE, 29 juill. 1998, *Syndicat des avocats de France et autres*, AJDA 1998. 1014 concl. Schwartz, p. 1010).

⁴⁰⁰ La Cour de cassation a consacré le droit d'accès à un juge comme « droit fondamental à caractère constitutionnel » à propos du droit à l'assistance d'un avocat (Cass. Ass. Plé., 30 juin 1995, D. 1995. 513, concl. JEOL et DRAGO ; JCP 1995. II. 22748, note PERDRIAU ; BICC 1^{er} août 1998, rapport Ancel).

⁴⁰¹ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., pp. 135 et s.

⁴⁰² Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 (« *toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi* »). Puis, le droit d'agir en justice comme liberté fondamentale a été réaffirmé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966 au travers deux articles (article 2§3 « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à : a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié* » et article 14, 1, 2^{ème} phrase : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi...* »).

⁴⁰³ Bien que l'article 13 pose « *le droit à un recours effectif devant une instance nationale* » pour toute personne dont les droits et libertés reconnus par la Convention auraient été violés, il n'assimile pas forcément ce recours à un recours « juridictionnel ». Pour sa part, l'Article 5-4 vise à garantir le droit à un recours devant un tribunal mais dans un champ d'application limité : uniquement en matière de privation de liberté ou de détention arbitraire.

⁴⁰⁴ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Roy. Uni*, série A, n°18, §36. 9 déc. 1994.

⁴⁰⁵ Pour des développements sur ce point v. J.-F., RENUCCI, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc., pp. 131 et s.

« pierre angulaire »⁴⁰⁶ du contrôle de la Convention et d'autre part, de l'appréciation *in concreto* des violations alléguées⁴⁰⁷. Or, selon Frédéric SUDRE, cette logique subjective qui gouverne le cadre général du contrôle européen doit être transposée au contrôle subsidiaire de conventionnalité opéré par le juge national⁴⁰⁸. Le droit au recours est ainsi envisagé à des fins de protection subjective des droits et libertés qui sont reconnus aux justiciables par la convention : le cadre de l'action concerne un litige, opposant des sujets individuels, pour la défense de leurs intérêts directs et personnels.

148. En second lieu, l'existence d'un droit d'agir en justice s'inscrit dans le cadre d'un mouvement général de recherche d'effectivité des droits fondamentaux engagée par la Cour⁴⁰⁹. Cette dernière a veillé à ce que ce droit ne soit pas « *théorique(s) ou illusoire(s) mais concret(s) et effectif(s)* »⁴¹⁰. Cette logique d'effectivité des droits a trouvé un écho particulier dans le développement de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Sans qu'il soit nécessaire d'y consacrer de larges développements⁴¹¹, il nous semble nécessaire pour les besoins de la démonstration d'en rappeler certains aspects.

149. Consécration en droit de l'Union européenne. Le droit d'agir n'était reconnu dans aucun texte de droit primaire en tant que principe fondamental et il ne fait pas non plus partie des premiers droits fondamentaux à avoir été consacrés par la Cour de justice dans le cadre de la

⁴⁰⁶ P. LAMBERT, « Quelle réforme pour le Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2012, p. 805.

⁴⁰⁷ Article 34 de la Conv EDH : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit* ». La Cour a rappelé de manière constante l'exclusion de principe du contrôle *in abstracto* v. not. CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n°5029/71 ; CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n°12323/11, §49 : « *l'article 34 de la Convention n'autorise pas à se plaindre in abstracto de violations de la Convention. Celle-ci ne reconnaît pas l'actio popularis, ce qui signifie qu'un requérant ne peut se plaindre d'une disposition de droit interne, d'une pratique nationale ou d'un acte public simplement parce qu'ils lui paraissent enfreindre la Convention* ».

⁴⁰⁸ F. SUDRE, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/ Anthemis, Bruxelles/Limal, 2014 : le colloque a mis en lumière que le principe de subsidiarité doit rester la « clef de voute » de la logique subjective du contrôle européen. V. également : S. TOUZE, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. ARLETTAZ, J. BONNET, (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, préc., spéc. p. 63).

⁴⁰⁹ D. D'AMBRA, Fl. BENOIT- ROHMER ET C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits (actes du colloque de Strasbourg, 31 mai et 1^{er} juin 2002*, Bruylant, t. 49, 2003.

⁴¹⁰ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A, n°32, pt. 24 (« *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »).

⁴¹¹ Parmi les ouvrages les plus récents sur ce point V. not : C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droits européens des droits de l'homme*, Sirey, 2016 ; R. TINIÈRE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015. Plus spécifiquement sur la Charte : R. TINIÈRE, C. VIAL, *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruylant, 2020 ; A. ILIOPOULOU-PENOT, L. XENOU, *La Charte des droits fondamentaux, source du renouveau européen ?*, Bruylant, 2020.

reconnaissance des principes généraux du droit de l'Union⁴¹². Néanmoins, le « droit au juge »⁴¹³ a été consacré en 1986 par la Cour de justice qui a considéré que le contrôle juridictionnel qu'il impose est « *l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » et qui « *a été consacré par les articles 6 et 13 de la Conv. EDH* »⁴¹⁴. Si les traités de Maastricht puis d'Amsterdam ont contribué au développement de la coopération judiciaire et de la protection des droits fondamentaux⁴¹⁵, c'est le traité de Lisbonne qui a procédé à deux références explicites au droit à une protection juridictionnelle effective⁴¹⁶. D'une part, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux garantit « *le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial* »⁴¹⁷. D'autre part, l'article 19 TUE impose aux États membres d'établir « *les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union européenne* »⁴¹⁸.

150. En résumé, il découle de l'étude des sources internationales et européennes que la proclamation progressive de l'action comme droit fondamental est le reflet d'une logique subjective de promotion de l'effectivité des droits individuels.

⁴¹² Cette relative ignorance apparaît néanmoins peu surprenante compte tenu de l'aspect procédural de l'action. La problématique de la protection des droits procéduraux fondamentaux semblait échapper aux objectifs initialement fixés de la construction européenne. Des traités CEEA jusqu'à Maastricht, la finalité des traités est essentiellement économique puis politique mais non judiciaire. Ainsi, aucune disposition générale relative au droit processuel n'est présente. Dans le cadre du développement de la protection des droits fondamentaux, le droit d'agir en justice est apparu secondaire par rapport à la nécessité de protéger les droits substantiels fondamentaux.

⁴¹³ L'expression a été utilisée pour la première fois par l'avocat général DARMON dans ses conclusions sous l'arrêt *Johnston* (Ccl de l'Avocat général M. DARMON présentées le 28 janv. 1986 sous l'affaire *Johnston*, aff. C-222/84).

⁴¹⁴ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, pt. 18, D. 1986. IR 454, obs. CARTOU. Principe de protection juridictionnelle effective comme principe général du droit réaffirmé par la suite : CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, aff. 222/86, pt. 14 ; 27 nov. 2001, *Commission / Autriche*, aff. C-424/99, pt. 45 ; 25 juill. 2002, *Union de Pequenos Agricultores / Conseil*, aff. C-50/00 P, pt. 39 ; 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, pt. 37 ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 141.

⁴¹⁵ F. SUDRE, *JCP* 1998, I. 100 ; J. FOYER, « UE et États membres selon le traité d'Amsterdam », in N. VALTICOS, (Mél.), *Droit et justice*, Pedone, 1999, p. 341 ; E. GARCIA DE ENTERRIA, « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in L.-E. PETTITI (Mél.), Bruylant, 1998, p. 395 ; F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, vol. 27, Bruylant, 2001 ; H. LABAYLE, « L'Union européenne et les droits fondamentaux (un espace véritable de liberté ?) », in L. DUBOIS, (Mél.), Dalloz, 2002, p. 581, références citées par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, X. LAGARDE et a., *Droit processuel, Droit commun du procès*, préc., p. 333.

⁴¹⁶ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », J. Fr FLAUSS, (Mél.), *L'homme et le droit*, Pedone éd., 2014, p. 77.

⁴¹⁷ Cf. *infra*.

⁴¹⁸ Cf. *infra*.

151. Pourtant, et au risque de frôler la palinodie, il nous faut nuancer cette thèse subjective dès ce stade de l'étude⁴¹⁹. D'une part, le contentieux devant le CEDH est marqué par un profond mouvement d'objectivation⁴²⁰. La doctrine s'interroge en effet sur la « *transformation de la nature du contentieux européen [...] de moins en moins subjectif pour devenir de plus en plus objectif* »⁴²¹. Ce mouvement s'illustre notamment par la notion de victime potentielle ou encore la technique des arrêts pilotes⁴²². D'autre part, on relativisera plus spécifiquement en droit de l'Union les fondements de la reconnaissance du « droit au juge ». Si elle s'inscrit, certes, dans le mouvement général de protection des droits fondamentaux dans l'Union, on s'attachera à démontrer que cette reconnaissance était porteuse, dès l'origine, d'une logique plus objective de réalisation du droit de l'Union⁴²³. Cette double atténuation pourrait apparaître contradictoire vu l'importance accordée à la logique subjective de l'action que les présents développements se sont attachés à démontrer. Il s'agit en fait non pas de désavouer les fondements subjectifs de l'action dans la tradition civiliste, mais d'introduire, par le biais du domaine concurrentiel, les manifestations de l'affaiblissement du modèle individualiste.

§ 2 – La transposition problématique du modèle individualiste de l'action en justice en matière concurrentielle

152. Le droit d'action ouvert en matière concurrentielle est une transposition sectorielle de sa conception générale en vigueur au sein d'une tradition juridique donnée⁴²⁴. Dans la tradition civiliste, accorder aux victimes d'une pratique anticoncurrentielle une possibilité d'agir en justice vise ainsi classiquement à leur permettre d'obtenir une satisfaction individuelle et non à réguler, de manière globale, l'ordre concurrentiel. Cette dernière mission revient traditionnellement aux autorités publiques. Bien que la Commission ait pu tenter d'accorder à l'action privée une logique instrumentale – similaire à celle connue aux États-Unis – elle a finalement pris en compte la conception traditionnelle du modèle individualiste du procès civil. C'est sur la base de ce modèle qu'on a pu constater un renforcement progressif de la vocation

⁴¹⁹ Cf. *supra* Chapitre 2, Section 2, paragraphe 1 (B). Dans le Chapitre 2 du présent titre on nuancera précisément la dimension subjective du droit au juge en droit de l'Union.

⁴²⁰ J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, préc.

⁴²¹ V. MARGUENAUD, obs. ss. CEDH 24 juill. 2003, *Karner c/ Autriche*, aff. 40016/98, *RTD civ.*, 2003, p. 764.

⁴²² En ce sens : J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, préc., ; V. BURGORGUE-LARSEN, obs. ss. CEDH 9 janv. 2003, *Autriche*, aff. 39392/98 et 45330/99, *D.* 2003. Somm. 2278, ainsi qu'une allusion in CEDH 12 févr. 2004, *BICC* 15 mars 2004, n° 362.

⁴²³ Cf. *infra*. Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 (B).

⁴²⁴ C'est le résultat de la première section, cf. *supra*.

réparatrice du droit d'agir, au fil des évolutions du processus législatif relatif aux actions privées dans l'Union européenne (A).

153. Pour autant, la doctrine comme les acteurs de l'Union semblent bien embarrassés sur la portée à accorder au droit d'action à la suite d'une pratique anticoncurrentielle, en dépit de sa vocation subjective, à première vue fondamentale. Leur difficulté à catégoriser formellement le contentieux de la réparation au sein du contentieux « subjectif » par opposition au contentieux « objectif » constitue, selon nous, l'expression des limites du modèle individualiste (B).

A) Le renforcement progressif de la dimension subjective de l'action privée : expression du modèle individualiste

154. L'évolution des fondements du droit d'action. À la différence du droit *antitrust* américain, le droit communautaire comme les droits nationaux ont longtemps négligé la question des préjudices individuels causés par les violations du droit des pratiques anticoncurrentielles⁴²⁵. À l'échelle de l'Union, cette ignorance est communément attribuée à l'influence de l'ordo-libéralisme de Fribourg⁴²⁶. Selon les partisans de ce mouvement, la mise en œuvre des règles de concurrence devait être orchestrée par un organe indépendant du pouvoir politique⁴²⁷. Celui-ci aurait seul la responsabilité de diligenter des enquêtes et de sanctionner les atteintes⁴²⁸, à condition, au préalable, que les règles substantielles aient été clairement

⁴²⁵ Les anciens articles 81 §2 CE et L. 420-3 du Code de commerce français ne faisaient qu'une référence à la nullité. Sur cette relative ignorance et ses fondements : A. BALLOT-LENAT, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, p. 433.

⁴²⁶ Doctrine conforme, sur ce point, au dirigisme économique de la IV^{ème} République, à la construction du marché unique du plan Schuman et aux origines de la construction européenne – qui voyait dans la législation économique une norme abstraite de police administrative. Sur ce point : T. A. FREYER, *Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004*, Cambridge University Press, 2007, pp. 262- 277 ; D. ENCAOUA, R. GUESNERIE, *Rapport sur les politiques de la concurrence*, La Documentation française, 2006.

⁴²⁷ F. BILGER, *La pensée Économique Libérale dans l'Allemagne Contemporaine*, 1964, spéc. p. 50 (« *One of the essential characteristics of the ordoliberalism is their great distrust of the executive and their no less great confidence in the legislative and the judiciary* »).

⁴²⁸ D. J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe », *The American J. of. Comp. L.*, 1994, vol. 42, pp. 25-84, spéc. pp. 54-56. Pour une critique de l'un des partisans de l'ordolibéralisme : E.-J. MESTMACKER, « The EC Commission's modernisation of competition policy: a challenge to the Community's constitutional order », *European Business Organization L. Rev.*, 2000, vol. 3, pp. 401-444. Sans exprimer véritablement une position de principe, reflétant une hostilité marquée au recours aux actions privées, l'auteur critique plus largement le mouvement de décentralisation de la mise en œuvre des règles au moment de l'arrivée du règlement 1/2003. Car, il constate, en amont, que les règles substantielles de concurrence ne sont pas suffisamment claires et qu'elles laissent ainsi une trop grande marge d'appréciation aux autorités en charge de la régulation.

définies et consacrées dans une Constitution économique⁴²⁹. Il a ainsi été longtemps considéré que, le droit de la concurrence, ayant pour but d'assurer le bon fonctionnement du marché, le contrôle de son respect devait principalement être accordé aux autorités publiques⁴³⁰. En droit allemand, il a même pu être considéré que la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles ne relevait pas de litiges entre personnes privées devant le juge judiciaire, car les auteurs d'infractions ne cherchaient pas à porter préjudice aux victimes, mais à se répartir le marché : la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ne faisait naître aucun droit subjectif dans le chef des personnes privées⁴³¹. En revanche, cette position n'a jamais véritablement été en vigueur en droit positif français. Certes, à l'image des dispositions communautaires, le système de répression des violations des règles de concurrence excluait *a priori* toute idée de dommage personnel et de réparation individuelle : l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a confié le contrôle du respect de ces règles (garantes du bon fonctionnement du marché et de l'ordre économique en général) à une autorité publique (le Conseil de la concurrence devenu Autorité de la concurrence) sans référence aucune à l'action des particuliers. Il n'en demeure pas moins qu'en droit français, rien n'a véritablement empêché la reconnaissance de l'application de la responsabilité civile en la matière. Bien que rares, quelques actions en réparation de dommage concurrentiel ont été constatées, dès le début des années 1980, devant le juge français⁴³².

⁴²⁹ La clarté des règles de concurrence, limitant au maximum la marge d'appréciation de l'autorité en charge de la mise en œuvre, est l'un des fondements de l'ordolibéralisme. Sur la notion de Constitution économique, V. not. : L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977 ; le numéro spécial « La Constitution économique européenne revisitée », *RIDE*, 2011, pp. 200 et s. et notamment les contributions : K. TUORI « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », J. DREXL, « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral ». F. MARTUCCI, « La Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », in F. MARTUCCI, C. MONGOUACHON, (dir.), *La Constitution économique*, colloque en hommage à Guy CARCASSONNE, 2015 ; D. J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe », préc.

⁴³⁰ Sur la base de l'ancien article 83 TCE (103 TFUE), le règlement 17/62 adopté par le Conseil le 6 février 1962 a placé entre les mains de la Commission la responsabilité de la mise en œuvre de la politique de concurrence. Le rôle des autorités nationales de concurrence et des juges nationaux s'inscrivaient en creux de la compétence de la Commission.

⁴³¹ Pour une présentation de cette approche aujourd'hui abandonnée : W. WURMNEST, « A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany ? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition », *German Law Rev.*, 2005, vol. 5, pp. 1173 et s., spéc. 1179-1180, note 34 pour les références citées.

⁴³² V. les références citées par D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *R.T.D. com.*, 1998, pp. 763 et s. Et notamment l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 oct. 1997 dans lequel elle énonce clairement que « l'action en réparation du préjudice subi du fait des pratiques anticoncurrentielles répond aux caractéristiques de l'action quasi-délictuelle de droit commun et suppose par conséquent... la preuve de pratiques fautives, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre le dommage et la faute ». Cette solution a d'ailleurs été reconnue par la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 1982 dans lequel elle admettait la réparation du préjudice causé par une entente dans le secteur de la vente de légumes à Saint-Malo (Cass. com. 1^{er} mars 1982, n° 80-15.834 Bull. civ. n° 76, p. 69 ; JCP éd. CI. 1982, n° 10648). Selon certains auteurs,

155. À l'échelle de l'Union européenne, il ne fait désormais plus de doute que l'ordre public concurrentiel peut créer des droits dans les chefs des personnes privées qui peuvent en demander le respect devant le juge national⁴³³. La recherche de l'intérêt général à travers la protection du bon fonctionnement du marché auquel s'attachent les règles de concurrence n'est pas exclusive de la protection des intérêts particuliers. Cette conception a été consacrée par la Cour de justice⁴³⁴, sur la base de la primauté et l'effet direct⁴³⁵, puis confirmée par l'ensemble des initiatives de la Commission depuis le début des années 2000 qui ont abouti à la directive 2014/104 du 26 novembre 2014⁴³⁶. Transposée dans tous les États membres⁴³⁷, elle a fait l'objet d'une littérature abondante⁴³⁸, peu surprenante au regard du long processus d'élaboration qu'elle a connu. À ce stade de la démonstration, il convient justement de revenir sur les

on trouverait même des traces d'un contentieux civil des ententes dès le XIXe siècle (L. PFISTER, « Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIXe siècle », *RDC* 2012, vol. 2, pp. 349 et s., cité par, R. AMARO, J.-F. LABORDE, (dir.), *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Recueil de décisions commentées*, Concurrences, 2021, 2^{ème} éd., p. 1).

⁴³³ Le rôle du juge national dans la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles a été renforcé par la modernisation des règles introduite par le règlement 1/2003 (spéc. article 6), et notamment par l'abandon de la compétence exclusive de la Commission pour appliquer le mécanisme d'exemption de 101 § 3 TFUE. Sur ce point : G. CANIVET, C. CHAMPALAUNE, « La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national » in Fr. BRUNET et G. CANIVET (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 477 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, 2001.

⁴³⁴ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, préc. ; 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc., spéc. pt 62. Pour une analyse de l'arrêt : Cf. *supra*. Chapitre 2, § 274 et s.

⁴³⁵ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, pt. 3 ; CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, pt 3 ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc., pts 15 et 16. Plus précisément au sujet des articles 85 et 86 du TCE (devenus 101 et 102 TFUE) : CJCE, 30 janv. 1974, *BRT Sabam*, aff. 127/73 ; 28 févr. 1991, *Stergios Delimitis*, aff. C-234/89, pt. 45 ; 18 mars 1997, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. C-282/95, pt. 39.

⁴³⁶ Dir. 2014/104/UE du 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE n° L 349/1 du 5 déc. 2014.

⁴³⁷ En droit français, la directive a été transposée par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, JO 10 mars 2017 et le décret n° 2017-305 du même jour. Les nouvelles dispositions, créant un fondement autonome au droit commun pour les actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle, ont été insérées dans un nouveau titre du livre IV du Code de commerce. Les règles sur les conditions de la responsabilité ouvrent le titre VIII (art. L.481-1 à L.481-14).

⁴³⁸ D. BOSCO, « Directive « Damages » : il reste tant à faire... », *Contrats, conc., consom* 2015, repère 5 ; M. CHAGNY, (dir.), « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir », colloque tenu à Paris le 13 mai 2014, *Concurrences*, 3-2014 ; M. CHAGNY, « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles. Changements en vue en droit français de la concurrence, ... de la procédure et de la responsabilité civile ? », *D.* 2013, p. 2532 et s. ; A. CHONE-GRIMALDI, « Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE », *Concurrences*, 3-2015 ; J. GRANGEON, « La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du *private enforcement* dans l'Union ? », *RLDA* 2015/101, n° 5478 ; L. HAASBEEK, « La Directive sur les actions en dommages et intérêts pour violations au droit de la concurrence », *Contrats, conc., consom.* 2015, dossier 5 ; L. IDOT, « Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDC* 2013, p. 1381 et s. ; B.-J. RODGER, « State of play of antitrust damages in the EU and overview of the proposed reform », in J. DERENNE, É. MORGAN DE RIVERY, N. PETIT, *Antitrust damages in EU law and policy*, GCLC Annual Conferences Series, 2014, p. 29 et s. ; R. SAINT-ESTEBEN, « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », *AJCA* 2014, p. 258 et s.

évolutions des propositions législatives⁴³⁹. Dans le cadre de l'étude comparative, il est assez surprenant de constater que, dans l'Union, la logique objective de contribution à la réalisation du droit de la concurrence a d'abord prévalu⁴⁴⁰.

156. Les finalités initiales accordées à l'action. Dans le cadre de la réflexion engagée depuis 2003, la Commission a initialement peu dissimulé les finalités poursuivies derrière le développement des actions privées à la suite d'une pratique anticoncurrentielle. S'inspirant fortement du modèle américain, son ambition clairement affichée vise à renforcer sa propre politique répressive par l'action des personnes privées : dans le Livre vert de 2005, il s'agit de faire de leur action un instrument supplémentaire au service de l'effectivité des règles de concurrence⁴⁴¹. Pour cela, les instruments juridiques envisagés sont quasi identiques à ceux en vigueur en droit américain, comme en témoigne les propositions d'introduire des dommages et intérêts extracompensatoires⁴⁴², des actions de groupes⁴⁴³, des procédures de divulgation de preuves proches du mécanisme américain de *discovery*⁴⁴⁴, ou encore une règle type *one-way cost* consistant à mettre à la charge du demandeur ses seuls frais de procès, mais jamais ceux du défendeur⁴⁴⁵. À l'époque, la Commission justifie ce choix de renforcer les actions civiles par une volonté de démocratisation du droit de la concurrence, estimant qu'« *(e)n ayant la possibilité d'introduire effectivement une demande d'indemnisation, chaque citoyen européen, que ce soit une entreprise ou un consommateur, deviendra plus proche des règles de concurrence et pourra participer plus activement à leur application* »⁴⁴⁶. En d'autres termes, les actions privées sont perçues, à ce stade du processus législatif, comme un instrument au service, certes, de la réparation des dommages, mais aussi de l'efficacité du droit des pratiques

⁴³⁹ Le titre 2 se chargera de l'étude des règles substantielles et procédurales. Cf. *infra*. § 302 et s.

⁴⁴⁰ Au contraire, on a souligné que le législateur américain avait pour sa part largement mis en avant la logique subjective du droit d'action : Cf. *supra* §108 et s.

⁴⁴¹ La Commission présente les actions privées « *en tant qu'élément du système d'application du droit communautaire des ententes* » en ce qu'elles partagent avec l'action des autorités publiques les objectifs de « *prévenir les pratiques anticoncurrentielles qui sont interdites par le droit des ententes et protéger les entreprises et les consommateurs de ces pratiques et des dommages qu'elles peuvent leur causer* ». Dans la continuité de la jurisprudence *Courage* sur laquelle nous reviendrons, la Commission énonce clairement que « *(l)es actions en dommages et intérêts pour infraction au droit des ententes répondent à un double objectif : indemniser ceux qui ont subi une perte à la suite d'un comportement anticoncurrentiel, ce qui contribuera, dans une mesure non négligeable, à maintenir une concurrence effective dans la Communauté* » (Comm. C.E., Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, COM (2005) 672 final, 19 déc. 2005).

⁴⁴² Options 15 et 16.

⁴⁴³ Option 25.

⁴⁴⁴ Option 3.

⁴⁴⁵ Option 27.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 3.

anticoncurrentielles, à l'égal des actions des autorités de concurrence. L'analogie avec le modèle américain est donc largement autorisée.

157. Le retournement au profit de la seule finalité subjective. Pour autant, le Livre blanc opère, trois années plus tard, un changement radical. La position de la Commission avait été qualifiée de trop ambitieuse, suscitant de vives critiques dans une partie de la doctrine. Des auteurs ont vu dans le double objectif de réparation des dommages et de mise en œuvre efficace du droit de la concurrence une référence trop explicite au modèle américain et à ses mécanismes procéduraux⁴⁴⁷. Ainsi, si l'existence d'un double objectif n'a pas totalement disparu, l'objectif de réparation a été renforcé au fur et à mesure du processus législatif.

158. Dans le Livre blanc, la Commission revient largement sur ses propositions et considère que « *l'indemnisation intégrale des victimes est, de loin, le premier principe directeur* »⁴⁴⁸. La fonction plus objective a disparu au profit d'un renforcement clair de la fonction réparatrice du droit d'agir. L'action a désormais pour principale finalité la satisfaction des intérêts subjectifs de la victime par le biais de la réparation de son préjudice. À la différence du Livre vert, il n'est plus question d'assurer l'efficacité du droit des pratiques anticoncurrentielles⁴⁴⁹ en chargeant les victimes de protéger le bon fonctionnement du marché, en complément des autorités de concurrence.

159. La doctrine s'accorde pour voir dans ce changement de ton une démarche politique de la Commission, consistant à adopter une conception plus compatible avec la conception civiliste de l'action en responsabilité civile des États membres, en réponse aux critiques qu'avait suscitées le Livre Vert⁴⁵⁰. Néanmoins, la dimension objective restait présente dans l'esprit de

⁴⁴⁷ L. IDOT, « Le Livre vert de la Commission relatif aux actions en dommages et intérêts pour ententes et abus de position dominante... et maintenant ? », *Revue Europe*, juill. 2006, n° 7, alerte 32 (« *une hostilité [...] vis-à-vis de toute éventuelle importation d'institutions procédurales américaines, qu'il s'agisse des class actions, de la discovery, ou encore de punitive damages, et des inquiétudes quant à l'articulation d'éventuelles actions privées avec les programmes de clémence* ») ; F. CENGİZ, « Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages Against the Violations of Competition Law: What Can the EC Learn from the US? », *Social Science Research Network*, nov. 2007, disponible en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1462234>, accès : 20/7/2011. « *If the Commission decides to take the path of harmonisation of national standards, it will have to face a strong resistance from the national level. [...] Consequently, harmonisation of national standards in this field in the near future does not seem very realistic* ».

⁴⁴⁸ Comm. C.E., *Livre blanc sur les actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, (COM 2008) 165 final, 2 avr. 2008, p. 3.

⁴⁴⁹ Le terme d'efficacité n'est plus qu'utilisé en référence à l'efficacité « du recours » ou « l'efficacité des mécanismes d'indemnisation ». Dans le même sens, l'aspect dissuasif est abordé à seulement deux reprises.

⁴⁵⁰ Not. R. AMARO, th. préc., p. 49 ; M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement : A normative and practical approach », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol 8(1), pp. 59 et s., spéc. pp. 64-65 ; C. NORALL, A. SEABRA FERREIRA, *European Commission Publishes White Paper on Damage Actions*

la Commission. Dans le cadre des travaux préparatoires du Livre Blanc, celle-ci énonçait que « *(l)e droit des victimes d'une infraction au droit de la concurrence d'intenter une action en dommages et intérêts doit donc être considéré comme étant également d'intérêt public. La garantie de ce droit doit donc être considérée comme de la plus haute importance* »⁴⁵¹. Pourtant, plus aucune trace explicite de cette conception n'apparaît dans la version définitive. La dimension objective semble avoir été volontairement sacrifiée, ou disons dissimulée, au profit de la prévalence de l'intérêt du justiciable à obtenir réparation. Apparaissant plus compatible avec « *la culture et les traditions juridiques européennes* », cette conception marque la fin apparente de l'inspiration du modèle américain au profit d'un retour à la fonction traditionnelle de justice corrective en vigueur dans la majorité des États membres. Dénuées de toute vertu répressive, les actions privées se retrouvent dépourvues de tout rôle dans la protection du fonctionnement du marché. Pour reprendre les propos de Rafael AMARO, « *leur rôle normatif est alors relégué à une forme d'externalité positive ou d'effet incident qu'il n'est pas souhaitable d'encourager* »⁴⁵².

160. La position de la directive. La proposition de directive vient quelque peu troubler les choses. Deux objectifs sont encore clairement énoncés, mais il s'agit cette fois d'« *optimiser l'interaction entre la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique et celle à l'initiative de la sphère privée* », et de « *garantir l'exercice effectif du droit à réparation intégrale des victimes* »⁴⁵³. L'absence de référence expresse à l'efficacité de la mise en œuvre des règles semble être actée, mais l'indemnisation n'apparaît plus en première position. Le législateur vient toutefois définitivement consacrer la domination de la dimension subjective dans la directive. Si cette dernière apporte dans l'ensemble peu de changement, l'article 3 consacrant un droit à réparation intégrale du dommage concurrentiel a connu une modification

For Breach of the EU Antitrust rules, le 9 avr. 2008, par sur www.mondaq.com; G. SPROUL, *Fostering A Competition Culture, Not a Litigation Culture- The European Commission's Damages White Paper*, le 23 avr. 2008 ; Sur les critiques suscitées par le Livre vert : ICC, 'ICC Comments on the Commission Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules' <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/icc.pdf>; also CBI, 'EC Commission Green Paper on Damages Actions – CBI Response' <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/cbi.pdf>

⁴⁵¹ *Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, SEC (2008) 404, para 313. Travail préparatoire disponible uniquement en anglais. (« *(t)he right of victims of a competition law infringement to bring an action for damages must thus be seen as being also in the public interest. Guaranteeing that right should therefore be considered of the utmost importance* »)

⁴⁵² R. AMARO, th. préc., p. 48.

⁴⁵³ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM (2013) 404 final, 11 juin 2013, p. 3.

sémantique. Alors que la proposition de directive consacrait le droit de toute personne de « *demander réparation intégrale de ce préjudice* »⁴⁵⁴, la directive apporte une précision en énonçant un droit « *de demander et d'obtenir réparation intégrale* »⁴⁵⁵. En apparence anodin, cet ajout atteste qu'il ne s'agit plus seulement de garantir l'accès au juge de la réparation, mais de s'assurer de l'indemnisation des victimes de dommages concurrentiels à l'issue de leur action. En d'autres termes, la directive vient non seulement confirmer, mais également renforcer la logique purement indemnitaire retenue depuis le Livre blanc.

161. Ce renforcement – finalement assez contraint – de la dimension subjective de l'action en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle apparaît peu étonnant au regard de la portée accordée au modèle individualiste du procès dans la tradition civiliste. Pour autant, le domaine ici étudié apparaît symptomatique des limites de ce dernier.

B) La difficile catégorisation du contentieux des actions privées : expression de l'affaiblissement du modèle individualiste

162. Confusions institutionnelles et doctrinales. Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles n'a pas échappé à la catégorisation traditionnelle des contentieux. L'on oppose par habitude le contentieux mené par les autorités publiques, visant à la sanction des infractions qui perturbent l'ordre public concurrentiel, au contentieux mené par les victimes privées qui souhaitent voir réparer l'atteinte à leurs intérêts individuels à la suite d'une telle infraction. Ces deux types de contentieux sont communément désignés par les expressions « contentieux objectif » et « contentieux subjectif »⁴⁵⁶ ou « mise en œuvre dans/par/ou à l'initiative de la sphère publique » ou « mise en œuvre dans/par ou à l'initiative de la sphère privée » en référence aux *public* et *private enforcement* américains⁴⁵⁷. De cette distinction théorique traditionnelle, les acteurs institutionnels comme les observateurs ont pu tirer des enseignements contradictoires dans le cadre des incitations européennes au développement des actions privées.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, Article 2, p. 36.

⁴⁵⁵ Article 3 al 1, Dir. PE et Cons. UE 2014/104/UE, 26 nov. 2014, *relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, préc.

⁴⁵⁶ Sur l'origine de cette distinction des contentieux, cf. *supra* A), §130.

⁴⁵⁷ Ces hésitations témoignent de la difficulté de traduction : D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1058.

163. Pour une partie d'entre eux, cette distinction traditionnelle s'applique au contentieux de la concurrence. Dans l'arrêt *Automatec* de 1992, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) soulignait que « (à) la différence du juge civil, dont la vocation est de sauvegarder les droits subjectifs des personnes privées dans leurs relations réciproques, une autorité administrative doit agir dans l'intérêt public »⁴⁵⁸. Dans le même sens, bien qu'évoquant le consommateur comme « un véritable acteur et allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles »⁴⁵⁹, le Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence) rappelait également dans son avis du 21 septembre 2006 qu'« il convient de garder à l'esprit la distinction entre l'action répressive et régulatrice menée à l'initiative des autorités publiques de concurrence et l'action privée à vocation réparatrice, engagée par les victimes de pratiques anticoncurrentielles devant les tribunaux »⁴⁶⁰.

164. Certains avocats généraux maintiennent également cette distinction. L'avocat général MENDOZZI relève, dans le cadre d'une affaire relative aux aides d'États, que le *private enforcement* « obéit à une logique indemnitaire de protection des intérêts privés, qui se distingue de celle guidant l'application des règles de concurrence par la Commission, orientée vers la poursuite de l'intérêt général au maintien d'une structure concurrentielle des marchés »⁴⁶¹. Dans l'affaire *Donau* de 2013, l'avocat général JÄÄSKINEN considère également qu'« (à) la différence de la situation qui prévaut aux États-Unis, cette notion [de mise en œuvre dite "privée" des règles de concurrence] n'est peut-être pas la plus appropriée en l'occurrence compte tenu du fait que, en droit de la concurrence de l'UE, les aménagements tels que la "pre-trial discovery", les actions de groupe ("class actions"), et les dommages-intérêts punitifs n'existent pas »⁴⁶². Il en conclut ainsi que, selon lui, « les victimes de restrictions de concurrence dans l'Union européenne recherchent uniquement, à la différence peut-être de leurs homologues américains, la protection juridique d'un droit de recours tiré du droit privé plutôt qu'à mettre en œuvre une politique publique »⁴⁶³.

⁴⁵⁸ TPICE, 18 sept. 1992, *Automatec Srl c. Commission*, aff. T-24/90, pt 85.

⁴⁵⁹ Avis rendu par le Conseil de la concurrence le 21 sept. 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, p. 9 n°29. Est notamment reconnu le caractère dissuasif des actions privées.

⁴⁶⁰ *Ibid.* p. 2, n°3.

⁴⁶¹ Ccl. MENDOZZI sur CJUE, 21 déc. 2016, *Commission européenne contre Aer Lingus Ltd et Ryanair Designated Activity Company*, aff. jtes C-164/15 P et C-165/15 P, pt 82.

⁴⁶² Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, 6 juin 2013, *Bundewettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et a.*, aff. C-536/11, spéc. pt. 48

⁴⁶³ *Ibid.*

165. Pourtant, cette analyse est loin de faire l'unanimité. Dès 2005, Guillaume CERUTTI soulignait dans son intervention au colloque de la Cour de cassation que « *(l)es victimes potentielles ou actuelles sont, en réalité, les meilleures vigies du marché. L'action civile leur permet de rechercher leur indemnisation tout en concourant à un meilleur fonctionnement du marché* »⁴⁶⁴. Dans le même sens et contrairement à l'avocat général MENGOLZI – et à sa propre position tenue deux ans plus tôt – l'avocat général JÄÄSKINEN souligne dans l'affaire *Cartel Damage Claims* de 2015 que « *la reconnaissance, en droit de l'Union, d'un droit à la réparation de tous les préjudices subis par les victimes des entraves illicites à la libre concurrence, non pas seulement dans l'intérêt desdites victimes, mais surtout pour préserver les intérêts généraux liés à cette liberté* »⁴⁶⁵.

166. Une partie de la doctrine note que, si la distinction contentieux objectif/subjectif permet de distinguer deux cadres procéduraux incontestablement distincts, elle opère, en revanche, une distinction plus contestable des intérêts protégés⁴⁶⁶. L'idée selon laquelle la Commission, et de manière plus générale les autorités publiques, protègent l'intérêt général et les tribunaux protègent les droits individuels des personnes privées apparaît aux yeux de certains observateurs comme une distinction trop « *black and white* »⁴⁶⁷. D'ailleurs, comme l'a démontré Assimakis KOMNINOS, bien que saisi dans le cadre d'un litige interindividuel, le juge est néanmoins amené à prendre en compte la protection de l'intérêt public⁴⁶⁸. En témoignant non seulement son obligation de soulever d'office le moyen tiré d'une violation de l'ordre public⁴⁶⁹ mais aussi le soutien qu'il peut trouver auprès des autorités de concurrence dans leur

⁴⁶⁴ Intervention de G. CERRUTI in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, colloque 17 oct. 2005, Cour de cassation (disponible sur le site de la Cour de cassation).

⁴⁶⁵ Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contre Akzo Nobel NV et autres*, aff. C-352/13, pt 124.

⁴⁶⁶ D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1059.

⁴⁶⁷ J. BOURGEOIS, « EC Competition Law and Member State Courts », *Fordham International Law Journal*, vol. 17, 1993, p. 341.

⁴⁶⁸ A. P. KOMNINOS, « Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari », 16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, juin 2011.

⁴⁶⁹ G. CANIVET, « The Responsibility of the Judiciary in the Implementation of Competition Policy », in OECD, *Judicial Enforcement of Competition Law*, 1997, p. 24.

rôle d'*amicus curiae* dans le procès civil⁴⁷⁰. Il souligne, comme d'autres⁴⁷¹, que cette distinction des rôles en fonction de l'intérêt protégé exprime « *un certain malentendu* »⁴⁷².

167. Dans la littérature en langue anglaise, on retrouve chez certains auteurs les mêmes arguments que ceux en vigueur aux États-Unis : les actions en réparation constituent un choix pragmatique pour la mise en œuvre des règles de concurrence. Plus précisément, la finalité réparatrice pour les victimes peut être efficacement instrumentalisée au profit d'une finalité répressive et dissuasive en adéquation avec l'action des autorités publiques⁴⁷³. En ce sens, « *les actions privées peuvent également jouer un rôle important dans l'engagement des citoyens en faveur des objectifs d'intérêt public servis par la réglementation* »⁴⁷⁴.

168. Au sein de la doctrine française, on trouve aussi quelques traces de la dimension plus objective de l'action⁴⁷⁵. Des auteurs ont considéré que la protection des intérêts subjectifs peut être assimilée à la préservation de l'ordre public dans le cadre des sanctions civiles. D'une part, la nullité civile constitue « *l'un des moyens offerts aux opérateurs pour faire respecter leurs droits subjectifs tout en participant au rétablissement de la concurrence* »⁴⁷⁶. Les auteurs poursuivent en énonçant que « *la nullité permet sans doute de protéger leurs droits subjectifs (...) mais l'exercice de ces droits subjectifs est aussi un moyen de rétablir l'ordre public concurrentiel. Les droits individuels des opérateurs sont ici mis au service de la protection du marché* ». D'autre part, les actions en réparation « *contribuent à la police du marché et leur*

⁴⁷⁰ E.-J. MESTMACKER, « The Modernisation of EC Antitrust Policy : Constitutional Challenge or Administrative Convenience? » in Cl.-D. EHLERMANN, I. ATANASIU (dir.), *European Competition Law Annual 2000: The modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, p. 233.

⁴⁷¹ E.-J. MESTMACKER, « The EC Commission's modernization of competition policy: A challenge to the Community's constitutional order », 1 EBOR (2000) 401, 423: l'auteur reproche à la Commission d'entretenir la distinction des rôles des autorités publiques qui agissent dans l'intérêt général et des juridictions nationales qui protègent les intérêts particuliers.

⁴⁷² A. P. KOMNINOS, « Relationship between Public and Private Enforcement », préc., p. 143 (« *In my view, there is some misunderstanding as to the interests protected by competition law in the contexts of public and private enforcement. Some authors distinguish between public enforcement, which pursues the public interest of protecting the competition norms through administrative or criminal sanctions, and private enforcement, which pursues the private interest of competitors and consumers. The European Commission has also, in the past, followed a similar approach, with statements which seem to ignore the public interest nature of civil claims. Such distinctions, however, do not do justice to the role of civil courts when they enforce competition law in the context of private disputes between economic operators* »).

⁴⁷³ K. YEUNG, « Privatising Competition Regulation », OJLS, 1998, vol 18, pp. 581-615.

⁴⁷⁴ S. DRAKE, M. SMITH (dir.), *New directions in the effective enforcement of EU law and policy*, préc., p. 15.

⁴⁷⁵ M.-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J., 2008, spéc. pp. 572 (« *soyons cependant réalistes : l'intérêt des plaignants n'est pas seul visé. C'est en fait l'efficacité de la politique de concurrence qui est poursuivie. L'action des particuliers est envisagée comme un facteur d'intensification de la concurrence sur le marché intérieur* »).

⁴⁷⁶ C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF droit, 2002, pp. 971-975.

aboutissement, lorsqu'elles sont fondées, peut représenter une sanction efficace des comportements interdits »⁴⁷⁷. Ils remarquent qu'« [i]l apparaît ainsi que l'action en réparation du préjudice prend une dimension nouvelle. D'abord, elle est le mode d'expression du droit subjectif des entreprises au respect par les opérateurs des règles du droit du marché. Ensuite, elle présente un aspect d'intérêt général en ce qu'elle peut contribuer à la sanction et donc au respect de ses règles »⁴⁷⁸. Dans une perspective plus générale, différents travaux ont également mis en lumière la finalité normative de la responsabilité civile au regard de son rôle de sanction et prévention, notamment en droit des affaires⁴⁷⁹. Alors que l'admission de la responsabilité en ce domaine ne fait plus aucun doute, le rôle normatif qu'on pourrait lui attribuer – transformant le demandeur en « agent de la légalité » – apparaît largement négligé dans la littérature interne⁴⁸⁰. On regrettera cette focalisation de la doctrine française la plus contemporaine sur l'aspect indemnitaire de l'action privée tant l'aspect plus objectif de l'action est précisément essentiel pour parler de régime *private enforcement*⁴⁸¹. À titre provisoire, ces analyses contradictoires sont néanmoins instructives en ce qu'elles constituent le reflet d'un affaiblissement du modèle individualiste.

169. Portée de ces controverses. Le modèle traditionnel du procès civil – réduisant l'action à la seule défense de l'intérêt personnel du requérant – apparaît en effet mis à mal, et ce à deux égards au moins.

D'abord, le domaine concurrentiel contribue dès ce stade de l'étude à remettre en cause la place majeure donnée à l'intérêt personnel dans l'initiation du procès. Traduction juridique du poids de la doctrine individualiste, cette conception a été prise en compte par la Cour de justice elle-même qui a rappelé en 1995 dans l'arrêt *Van Schijndel* que « le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties (...) met en œuvre des conceptions partagées par la plupart

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.* Dans le même sens : V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : Compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence*, *Concurrences*, n°2-2007, pp. 25 et s. (« rien ne s'oppose à ce que les victimes concourent à l'ordre public concurrentiel »).

⁴⁷⁹ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1995, spéc. n° 39 et s. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, tome 250 ; F. POLLAUD-DULIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.*, 1997. 349, spéc. p. 357 et 358.

⁴⁸⁰ Si les auteurs le reconnaissent (R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p.), il est rarement mis en avant. Il suffit pour s'en convaincre de voir l'ensemble des intitulés des travaux (colloques, publications...) faisant largement référence au caractère « indemnitaire » du *private enforcement*. Sur la position différente de la doctrine européenne : cf. *infra* Chapitre 2, section 2, spéc. §271 et s.

⁴⁸¹ Cf. *infra* Chapitre 2.

des États membres quant aux relations entre l'État et l'individu »⁴⁸². Pour autant, force est de constater qu'il existe des hypothèses où l'intérêt personnel ne suffit pas. Dès le début de la réflexion relative aux actions privées à la suite d'une pratique anticoncurrentielle, les institutions européennes ont précisément relevé l'inaction des victimes qui ont pourtant subi un préjudice⁴⁸³ : alors même qu'elles auraient juridiquement un intérêt à agir, celles-ci ne trouvent pas d'intérêt à engager une action pour un faible préjudice.

Ensuite, le champ de l'étude est le témoin de l'insuffisance de cette distinction traditionnelle des rôles en fonction de l'intérêt protégé dans la tradition civiliste. Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles se révèle réfractaire à une catégorisation particulière (« contentieux objectif ou subjectif ») en ce qu'il apparaît tout à la fois subjectif et objectif⁴⁸⁴, étayant la remise en cause de ces catégories traditionnelles dans une perspective générale. La doctrine administrativiste elle-même a eu l'occasion d'interroger la pertinence de la distinction contentieux objectif et subjectif⁴⁸⁵. Aussi, la *summa divisio* « droit public - droit privé » – qualifiée de « redoutable clivage » (« *mighty cleavage* »⁴⁸⁶) par des observateurs anglais – est le reflet d'une dichotomie entre l'État et l'individu qui n'est plus adaptée.

170. Certes, tant l'originalité que l'actualité du phénomène peuvent être relativisées. D'une part, la « métamorphose profonde » du droit judiciaire civil a été de longue date identifiée et annoncée par la doctrine, notamment comparatiste⁴⁸⁷. Dès la fin des années 1970, il a été souligné que la réalité se révèle plus complexe que cette dichotomie traditionnelle. En témoigne l'émergence de groupes, de collectivités qui viennent s'intégrer entre l'individu et l'État. Il en découle des droits qui ne sont ni « privés » ni « publics » au profit de la reconnaissance de considérations « méta-individuelles »⁴⁸⁸. D'autre part, le développement, dès le milieu du

⁴⁸² CJCE, 14 déc. 1995, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93, spéc. pt 21.

⁴⁸³ V. sur ce point l'ensemble des travaux préparatoires antérieurs à l'adoption de la directive (Livre Vert, Livre Blanc, paquet « private enforcement » etc.)

⁴⁸⁴ Le caractère réfractaire à cette catégorisation n'est d'ailleurs pas propre au contentieux des pratiques anticoncurrentielles V. en ce sens J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, préc., spéc. p. 45 et références citées.

⁴⁸⁵ F. MELLERAY, « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A*, 2005, n° 30, 1296, n°15.

⁴⁸⁶ J.-H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford Univ. Press, 2ème éd., 1985, cité par M. CAPPELLETTI, « Vindicating the Public Interest Through The Courts: a comparativist's contribution », *Buff. L. Rev.*, 1976, vol. 25, p. 643, spéc. p. 649.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ En dehors de notre objet d'étude, les droits de l'environnement, de la santé et de la consommation en constituent des illustrations. V. sur ce point : M. CAPPELLETTI « La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », *RIDC*, n°3-1975, pp. 571-597, spéc. n°3 p. 573. (« la protection juridictionnelle — la « justice » — à son tour sera invoquée non plus seulement contre des violations de caractère

XXe siècle, des habilitations à agir était un signe précurseur de l'affaiblissement de la doctrine individualiste en droit positif⁴⁸⁹. Nicolas CAYROL note d'ailleurs sur ce point que « *(l)es conséquences juridiques de cette évolution en droit privé ne sont pas encore toutes bien perçues parce que celle-ci entraîne une modification profonde de la nature du contentieux* »⁴⁹⁰. Remarquant que le contentieux traditionnel est de type personnel, « *celui provoqué par les habilitations à agir est pour le moins un contentieux collectif, voire un contentieux objectif* »⁴⁹¹. Il en conclut que « *(l)a physionomie générale du procès change alors nécessairement puisque son résultat intéresse même des personnes qui n'y sont pas parties, ou bien n'intéresse personne en particulier parce qu'il intéresse tout le monde* »⁴⁹².

171. Pour autant, le champ de l'étude traduit une concrétisation de ce phénomène en droit positif ou réaffirme, a minima, sa pertinence. Bien que la loi Hamon ait restreint ses potentialités répressives en matière de concurrence et consommation⁴⁹³, l'action de groupe est par principe l'illustration des limites de la finalité subjective tant elle répond à un objectif dissuasif plutôt qu'à un objectif de réparation individuelle⁴⁹⁴. En outre, le droit de la concurrence met en exergue les insuffisances de la seule finalité réparatrice de l'action en ce qu'elle ne permet pas de corriger pleinement l'atteinte causée. La faute se révélant souvent en ce domaine « lucrative »⁴⁹⁵, il apparaît de plus en plus nécessaire de renforcer les fonctions répressive et dissuasive de l'action⁴⁹⁶. Pour ce faire – et bien qu'ils aient du mal à faire leur apparition en droit positif – des mécanismes tels que les dommages et intérêts punitifs ou le recours à

individuel, mais aussi et de plus en plus souvent de caractère essentiellement collectif, en ce sens qu'elles concernent notamment des groupements, des classes, des collectivités »).

⁴⁸⁹ Exception à la règle de principe selon laquelle l'action est recevable que s'il existe un intérêt direct et personnel à agir, l'habilitation permet à une personne d'être entendue par un juge alors même que les prétentions ne la concernent pas directement. Si elle est habilitée, elle ne peut se voir opposer une fin de non-recevoir (V. : N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n° 447). Pour une présentation des différentes qualités à agir consacrées en droit français V. : C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., pp. 171 et s.

⁴⁹⁰ N. CAYROL, *Action en justice*, préc., n°449.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Pour une critique de la loi Hamon cf. *infra* les développements relatifs à l'action de groupe. V. également pour une promotion du rôle confiscatoire de cet instrument procédural : G. De MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020, spéc., pp. 438 et s.

⁴⁹⁴ Cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 2, § 400 et s. V. sur ce point C. PRIETO, « Actions de groupe parmi les recours collectifs, impulsions et démonstrations en droit européen de la concurrence », D. 2012. 1831 ou encore G. VINÉY, « L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs », *RLDC*, déc. 2006, p. 60 (dans l'action collective « *ce qui est recherché, ce n'est pas la compensation exacte du dommage subi par chaque victime, mais d'abord la restitution par l'auteur de l'activité illicite du profit qu'il en a tiré* »).

⁴⁹⁵ Sur cette question, voir la thèse de G. De MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, préc.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

l'amende civile font l'objet de vives réflexions, comme en témoigne la réforme du droit français de la responsabilité civile⁴⁹⁷.

172. En définitive, l'étude a montré que, contrairement aux systèmes de *common law*, la place du collectif dans la conception du procès est historiquement réduite, voire inexistante. Toutefois, ce modèle du procès civil, enfermé dans l'unique défense de l'intérêt personnel, est largement remis en cause comme en témoigne, notamment, le domaine relatif aux pratiques anticoncurrentielles.

⁴⁹⁷ G. CERQUEIRA, V. MONTEILLET, (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2021. Sur ce point : cf. *infra* Titre 2, § 384 ; 393 et s.

Conclusion du Chapitre 1

173. Il découle de cette première étape de l'analyse comparative que la finalité subjective est inhérente à l'action privée. Tant dans la tradition de *common law* que dans la tradition civiliste, l'action en justice est, par définition, intentée lorsqu'un intérêt particulier est en jeu et dans le but d'accorder une satisfaction individuelle au requérant. Toutefois, la portée accordée à cette finalité subjective se révèle largement différente au sein desdites traditions.

174. L'étude historique a permis de montrer que le concept de *private enforcement* trouve son origine dans les fondements théoriques et idéologiques propres à la tradition de *common law*. À travers l'action, l'intérêt subjectif du requérant est instrumentalisé au profit d'une forme de régulation de l'ordre social. À l'inverse, la conception de l'action dans la tradition civiliste révèle l'inaptitude de celle-ci à appréhender le concept de *private enforcement*. Enfermé dans la seule défense de l'intérêt personnel, le modèle individualiste du procès civil empêche tout lien avec une mise en œuvre des règles objectives dans l'intérêt général.

175. Toutefois, aussi intéressant qu'il soit, ce détour par les fondements historiques de l'action se révèle insuffisant pour saisir pleinement le concept de *private enforcement*. D'une part, le domaine concurrentiel a permis de mettre en lumière les limites de la conception traditionnelle de l'action dans la tradition civiliste. Les évolutions en cours sont plus particulièrement le reflet d'un affaiblissement de la logique purement subjective de l'action en responsabilité civile. D'autre part, l'instrumentalisation originelle de l'action dans la conception de *common law* revient finalement à ne percevoir le rôle normatif de celle-ci que de manière « médiate » : la contribution du particulier au respect des règles et donc à la réalisation du droit ne serait qu'une conséquence, certes bénéfique, mais incidente de son action. Il en résulterait, à l'image de présupposés économiques libéraux, une harmonie quasi spontanée entre la recherche de l'intérêt individuel et la poursuite de l'intérêt général.

176. Or, le concept de *private enforcement* tel qu'il s'est développé aux États-Unis ne s'épuise pas dans cette finalité subjective. Dans la démarche américaine, une finalité plus objective s'entremêle à celle traditionnelle. Le rôle normatif de l'action se retrouve « intégré » au recours intenté par le particulier. La dimension nouvelle de l'action va être rendue possible par son appréhension au niveau de l'échelon fédéral et au niveau de l'Union.

CHAPITRE 2 – UNE FINALITE OBJECTIVE INTEGREE A L’ACTION PRIVEE

177. L’étude de la construction et des évolutions de la théorie de l’action dans la tradition civiliste a permis de révéler les zones d’ombre voire les ambiguïtés qui entourent la place majeure traditionnellement accordée à l’intérêt personnel. Dans la perspective comparative qui est la nôtre, il découle plus précisément de cette première analyse que la finalité subjective est insuffisante pour saisir la portée du droit d’action accordé aux personnes privées dans le cadre d’un régime dit de *private enforcement*.

178. De par sa source – fédérale ou européenne – le droit d’agir permet un dépassement de la conception propre à sa tradition juridique et s’autonomise au sein des ordres juridiques. L’absence de reconnaissance formelle du *private enforcement* en droit positif ne signifie pas pour autant un défaut de prise en compte par les droits américain et européen du rôle des particuliers dans la réalisation du droit. Au contraire, cette deuxième étape de la comparaison met au jour un rapprochement possible entre les systèmes. En droit américain, et notamment dans le discours de la Cour suprême, l’impératif objectif de mise en œuvre des règles par l’action des personnes privées est clairement assumé : le requérant endosse un rôle de véritable « Procureur » et devient un instrument au service de la mise en œuvre du droit fédéral. Au sein de l’Union, les principes fondateurs (primauté, effet direct) sur lesquels repose l’ordre juridique constituent des ressources essentielles pour un renouvellement de l’appréhension du rôle du particulier dans la mise en œuvre du droit. Contrairement à la conception traditionnelle de l’action au sein des États membres, le requérant endosse, depuis l’effet direct, un rôle de « vigie » du droit communautaire⁴⁹⁸. Pour autant, encore faut-il préciser que dans l’Union, le principe d’autonomie procédurale contribue à retenir la construction d’une véritable procédure civile européenne. Plus précisément, le domaine de l’étude montre que le droit de l’Union n’a pas bouleversé la conception du droit d’agir dans le cadre d’une action en responsabilité civile telle qu’en vigueur dans les États membres de tradition civiliste.

179. Ainsi, le contentieux de la concurrence est le révélateur d’une différence, au moins de degrés, dans l’appréhension et la portée du rôle objectif accordé aux particuliers. De longue date consacré, le modèle du « Procureur privé » en matière *antitrust* consacre la reconnaissance de la portée normative de l’action civile en réparation (*treble damage*) ou en cessation

⁴⁹⁸ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos / Administration fiscale néerlandaise*, préc.

(*injonction*). Si le modèle est alors abouti aux États-Unis (*Section 1*), il paraît en revanche plus retenu dans l'Union (*Section 2*).

SECTION 1 – L’action privée comme instrument de réalisation du droit fédéral : le modèle abouti du *Private Attorney General*

180. Le modèle de *Private Attorney General* (ci-après « Procureur privé ») n’apparaît expressément dans aucune source formelle aux États-Unis. Pour autant, cette indifférence affichée des textes à l’égard du modèle dissimule mal les intentions du Congrès quant au rôle qu’il entend faire jouer aux particuliers par la consécration d’un droit d’action dans une loi fédérale. En adoptant la *Section 4* du *Clayton Act*, le législateur a fait le choix de déléguer la mise en œuvre des règles *antitrust* aux justiciables privés pour qu’ils agissent devant les tribunaux. Étant donné que le Congrès aurait aussi pu se contenter de renforcer les moyens des agences fédérales chargées de faire appliquer le *Sherman Act*, ce choix n’est pas neutre⁴⁹⁹. Il est en effet clairement établi aux États-Unis que la consécration d’un droit d’action apparaît comme le résultat d’une volonté politique consistant à compter sur les actions en justice des particuliers pour assurer la réalisation des politiques publiques contenues dans une loi fédérale. L’étude comparative ne manquera pas de mettre en lumière le rapprochement avec la doctrine de l’effet direct. Cela étant dit, contrairement à la logique originelle en droit de l’Union, cette logique instrumentale vise moins à contraindre les États à respecter le droit fédéral qu’à obliger les particuliers à se conformer aux règles afin d’en assurer l’effectivité.

181. Cette démarche est ainsi communément désignée par le modèle du « Procureur privé », dont il convient de comprendre les origines et la portée. Parce que ce modèle est loin d’être propre au domaine *antitrust*, il nous faut dans un premier temps revenir sur ses fondements en droit américain (§1). Une fois cette première étape réalisée, l’étude des enjeux de sa consécration – tant dans une perspective générale que particulière à travers l’exemple du champ de l’étude – pourra être menée (§2).

§ 1 – Les fondements du modèle objectif de « Procureur privé » en droit américain

182. Comprendre les origines et la portée du modèle de « Procureur privé » aux États-Unis revient au préalable à s’interroger sur les raisons qui poussent le législateur à consacrer un droit d’action afin de déléguer la mise en œuvre de la loi aux personnes privées. Après avoir intéressé

⁴⁹⁹ Dans une approche générale, ce choix du législateur de déléguer la mise en œuvre des règles aux parties privées et aux tribunaux plutôt que de prévoir une mise en œuvre publique est au cœur des travaux du professeur Sean FARHANG sur lesquels nous reviendrons (S. FARHANG, *The Litigation State : Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, Princeton University Press, 2010).

la doctrine américaine de nombreuses disciplines⁵⁰⁰, cette question a fait l'objet d'une attention renouvelée de la part des juristes⁵⁰¹ depuis une dizaine d'années⁵⁰². Tous s'accordent pour reconnaître que ce choix ne se conçoit aux États-Unis qu'à travers un ensemble de facteurs. Le recours au juge aux États-Unis s'inscrit d'abord dans un contexte culturel et politique particulier, qui diffère de la tradition européenne. Sans revenir sur l'influence des traditions juridiques⁵⁰³, les pays du continent européen ne partagent traditionnellement pas la culture contentieuse américaine et le rôle attribué au recours en justice. Aussi, afin d'expliquer le choix du Congrès consistant à déléguer la mise en œuvre des règles aux personnes privées par l'intermédiaire d'un droit d'action, des explications liées à la culture juridique américaine sont indispensables (A), mais doivent nécessairement être complétées par une étude des facteurs institutionnels liés à la structure fédérale américaine (B).

A) Les fondements culturels : l'insuffisance de l'*American Way of Law*

183. Présentation des facteurs culturels. La préférence du Congrès pour une application décentralisée du droit qu'il édicte serait, à première vue, la transposition concrète d'une forme de « culture du procès » aux États-Unis⁵⁰⁴. Outre l'influence de la tradition de *common law* déjà

⁵⁰⁰ En sciences sociales de manière générale (sciences politiques, sociologie) v. not. : C. R. EPP, *The Rights Revolution : Lawyers, Activists, and Supreme Courts Comparative Perspective*, University of Chicago Press, 1998 ; L. M. FRIEDMAN, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, 1994 ; M. P. FIORINA, « Legislative Choice of Regulatory Forms : Legal Processor Administrative Process? », *Pub. Choice*, 1982, vol. 39, pp. 33 et s. ; R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: the American Way of Law*, Harvard University Press, 2001.

⁵⁰¹ Et plus particulièrement des juristes spécialisés en matière d'*administrative law*. L'*administrative law* aux États-Unis correspond à l'étude de l'organisation ainsi que du rôle politique des commissions ou agences, fédérales ou d'État.

⁵⁰² V. not. : M. H. LEMOS, « The Consequences of Congress's Choice of Delegate: Judicial and Agency Interpretations of Title VII », *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, pp. 308-359 ; M. C. STEPHENSON, « Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts », *Harv. L. Rev.*, 2006, vol. 119, pp. 1035-1070 ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *Wm. & Mary L. Rev.*, 2012, vol. 53, pp. 1137-1217. Et surtout les articles et ouvrages et S. B. BURBANK, S. FARHANG, « Private enforcement », *Lewis & Clark L. Rev.*, 2013, vol.17, pp. 637-722 ; « Federal Court Rulemaking and Litigation Reform: An Institutional Approach », *Nev. L. J.*, 2015, vol. 15, pp. 1559 et s. ; « Litigation Reform: An Institutional Approach », *U. Pa. L. Rev.*, 2014, vol. 162, pp. 1543 et s. ; « The Subterranean Counterrevolution: The Supreme Court, the Media, and Litigation Retrenchment », *DePaul L. Rev.*, 2015, vol. 65, pp. 293 et s. ; « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », in P. GOTTFELD et B. HESS, (dir.), *Procedural Justice*, préc., pp. 197-318 ; S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation Private Lawsuits in the U.S.*, Princeton University Press, 2010.

⁵⁰³ Cf. *supra* Chapitre 1.

⁵⁰⁴ V. not. : S. M. LIPSET, *American Exceptionalism : A Double-Edged Sword*, Norton, 1996, p. 270. Analysant les racines culturelles de l'*American exceptionalism*, le sociologue spécialisé en science politique observe que les États-Unis sont une société « *profoundly rooted in law* » avec une « *potent orientation toward individual rights* » et enfin que « *the American eagerness for legal settlements to disputes* ». Dans la doctrine juridique, v. not. : S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., pp. 645, 647 et 680 (« *there is certainly a historic willingness of Americans, self-reliant and insistent on their rights, to take their grievances to*

évoquée⁵⁰⁵, les américains auraient développé une appétence particulière pour le recours en justice. À cet égard, certains auteurs notent que les représentations traditionnelles « *d'américains individualistes, très attachés à leurs droits et particulièrement procéduriers constituent les principaux éléments qui dominent traditionnellement le débat relatif au rôle du procès aux États-Unis* »⁵⁰⁶. D'autres, plus critiques, parlent même de « maladie nationale » (« *national disease* ») qui empêcherait les américains « *de tolérer plus de cinq minutes la frustration de ne pas tenter une action* »⁵⁰⁷. Ces caractéristiques culturelles trouveraient elles-mêmes leur origine dans les circonstances historiques de la formation des États-Unis⁵⁰⁸, qui ont profondément ancré dans la culture politique et juridique américaine, les notions de « *self-reliance* » et « *self-gouvernement* », la croyance en un libre marché ou encore la méfiance vis-à-vis d'un gouvernement central⁵⁰⁹.

184. Cela étant, ces éléments culturels s'avèrent insuffisants pour expliquer la portée du modèle de « Procureur privé ». Des études menées dans d'autres sciences sociales ont précisément démontré que cette conception traditionnelle de l'américain individualiste, attaché à la lutte pour ses droits individuels, renferme, certes, une part de vérité, mais relève également du cliché.

185. Les apports des travaux de Robert A. KAGAN. Le professeur américain Robert KAGAN a proposé, dans son ouvrage *Adversarial Legalism : The American Way of Law*⁵¹⁰, une explication du rôle prédominant des actions privées pour mettre en œuvre le droit fédéral en partant précisément de ces éléments culturels. Dans le cadre d'une analyse critique de

court » ou encore « *These attitudes include self-reliance, belief in the virtues of free market capitalism impatience with the status quo, and distrust of government, particularly "big government"* »).

⁵⁰⁵ Cf. *supra* chapitre 1 section 1.

⁵⁰⁶ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H.-M. KRITZER, « Private enforcement », préc., p. 646. V. dans le même sens : A. KING, « Ideas, Institutions and the Policies of Governments: A Comparative Analysis: Part III », *Brit. J. Pol. Sci.*, 1973, vol. 3, pp. 409, 418 (« *a society profoundly rooted in law (...) with a potent orientation toward individual rights (...) fostering the American eagerness for legal settlements to disputes and excessive litigiousness* »).

⁵⁰⁷ J. S. AUERBACH, « A Plague of Lawyers », *Harper's*, 1976, pp. 37, 42 ; « Bayless Manning, Hyperlexis: Our National Disease », *Nw. U. L. Rev.*, 1977, vol. 71, p. 767 ; S. B. BURBANK, S. FARHANG, H.-M. KRITZER, « Private enforcement », préc., p. 680.

⁵⁰⁸ Les colonies américaines sont le résultat d'initiatives privées, et non d'une véritable politique colonisatrice menée par la couronne d'Angleterre, à la différence des colonisations espagnole ou française. Les personnes privées, installées sur le territoire américain, ont ainsi pu s'organiser et s'administrer librement v. pour les éléments de contexte : E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, PUF, 2001, version en ligne, p. 4.

⁵⁰⁹ Not. sur les raisons historiques de la méfiance vis-à-vis d'un gouvernement central fort et la primauté de l'individu dans la société, V. A. KASPI, *Les Américains, Naissance et essor des États-Unis, 1607-1945*, Éd. du Seuil, 1986. Pour la doctrine juridique : E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, préc., p. 4 ; S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., p. 644. Il est d'ailleurs communément admis que ces caractéristiques culturelles sont à l'origine même du choix de la structure fédérale.

⁵¹⁰ R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: The American way of law*, Harvard University Press, 2nd ed, 2019, p. xi.

l'*American way of law*, Robert KAGAN énonce que ce cadre culturel, et plus spécifiquement la méfiance vis-à-vis d'un gouvernement central, participe du concept d'« *adversarial legalism* »⁵¹¹.

186. Dans son premier aspect, ce concept vise à désigner le mode particulier de résolution des litiges aux États-Unis. Participant d'une forme d'« *exceptionnalisme juridique américain* »⁵¹², le système juridique américain présente des caractéristiques inconnues des autres systèmes. Selon l'auteur, les études comparatives ont notamment montré que « *dans aucune autre démocratie le procès n'est si souvent utilisé* »⁵¹³. À la différence de l'Europe, les États-Unis pratiquent en effet une méthode dite « participative » dans laquelle les avocats, la menace du procès, et les actions en justice occupent une place centrale dans la société. Les règles y sont plus détaillées et plus complexes, les peines plus sévères et le procès est principalement entre les mains des parties et de leurs avocats⁵¹⁴. Contrairement aux systèmes juridiques européens de tradition romano-germanique dans lesquels le juge exerce bien plus de pouvoirs et maîtrise le déroulement du procès⁵¹⁵, le système juridique américain prévoit un niveau élevé d'autorité et d'autonomie aux justiciables dans le procès civil. Qualifié de « *lawyer dominated* » par opposition à l'approche européenne « *judge dominated* »⁵¹⁶, le système américain offre alors ainsi un cadre propice à une mise en œuvre du droit par les personnes privées.

187. L'auteur note que cette décentralisation de la mise en œuvre des règles par le recours au procès apparaît d'ailleurs comme la seule culturellement acceptée⁵¹⁷. Un système juridique au cœur de la société et géré par les avocats dans le cadre du procès constitue, selon l'idéologie américaine, une garantie contre la corruption, l'arbitraire, et semble le plus à même de protéger

⁵¹¹ Dans un article en langue française, l'auteur définit lui-même ce concept par l'expression « *légalisme contradictoire* » (R. A. KAGAN, « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 471-495).

⁵¹² *Ibid.* p. 6. L'auteur parle d'« *American Legal Exceptionalism* ».

⁵¹³ *Ibid.* p.7 (« *in no other democracy is litigation so often employed* »).

⁵¹⁴ Robert KAGAN considère que l'ensemble de ces caractéristiques du système américain contribue précisément à son « *unique legal "style"* ». R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: The American way of law*, préc., pp. 3-7.

⁵¹⁵ K. ZWIEGERT, H. KÖTZ (trad. T. WEIR), *An introduction to comparative law*, 3rd ed., Clarendon Press Oxford, 1998, pp. 281-83 ; O. G. CHASE, « American "Exceptionalism" and Comparative Procedure », *American J. of Comp. L.*, 2002, vol. 50, spéc. p. 296.

⁵¹⁶ R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: The American way of law*, préc., pp. 3, 7, 11-12, 105-106.

⁵¹⁷ C'est d'ailleurs ici tout le paradoxe mis en évidence par le concept d'« *adversarial legalism* ». Si cette conception américaine du procès et de son rôle apparaît culturellement la meilleure, l'ensemble des acteurs (politiques, juridiques mais aussi des citoyens) ne cesse d'en contester ses excès. V. not. R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: The American way of law*, préc., p. 14.

les droits fondamentaux des individus⁵¹⁸. Dans le même sens, d'autres remarquent que la mise en œuvre du droit par les individus relève ainsi, dans une perspective plus générale, d'une certaine conception de la démocratie⁵¹⁹. La possibilité pour chaque individu de défendre ses droits par l'action en justice contribue à une « *forme de participation active et directe du citoyen dans l'entreprise de "self-gouvernement", constitutive d'une facette précieuse et importante de la vie démocratique* »⁵²⁰.

188. Ce cadre culturel aurait pu suffire à expliquer le rôle des actions privées dans la mise en œuvre des règles fédérales, notamment en matière *antitrust*. Par leur droit d'action consacré à la *Section 4* du *Clayton Act*, les personnes privées peuvent se charger elles-mêmes de leur respect par le biais d'actions civiles. De plus, la libre concurrence étant proclamée et largement acceptée aux États-Unis, les acteurs économiques que sont les concurrents et les consommateurs seraient alors particulièrement sensibles au respect des règles *antitrust*⁵²¹.

189. Toutefois, Robert KAGAN constate que ces éléments culturels sont en réalité insuffisants pour expliquer à eux seuls le recours et la place du *private enforcement* aux États-Unis. Appuyés sur des études empiriques, ses travaux ont révélé que paradoxalement « *beaucoup et peut-être la plupart des américains sont réticents à agir en justice* »⁵²². L'auteur met en évidence que le concept d'« *adversarial legalism aux États-Unis ne résulte pas d'une tendance profondément enracinée des américains à ester en justice* »⁵²³. En résumé, le recours aux actions privées ne s'épuise pas entièrement dans ces éléments culturels relatifs au système juridique.

⁵¹⁸ R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: The American way of law*, préc p. 3 et 14 (« *Many, perhaps most, American lawyers, judges, legal scholars, and politicians see adversarial litigation as a vital tool for righting wrongs, curtailing governmental and corporate arbitrariness, and achieving a just society* »).

⁵¹⁹ Ce point a largement été souligné par la doctrine en science politique : « *Finally, private enforcement regimes contribute to participatory and democratic self-government* » (M. M. FEELEY, E. L. RUBIN, *Judicial policy making and the modern state: How the Courts Reformed America's Prisons*, 1998, pp. 330-335). V. également: S. E. LAWRENCE, « *Justice, Democracy, Litigation, and Political Participation* », *Soc. Sci. Q.*, 1991, vol. 72, pp. 464-472 ; F. KAHN ZEMANS, « *Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System* », *Am. Pol. Sci. Rev.*, 1983, vol. 77, pp. 690-703, spéc. p. 695.

⁵²⁰ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H.M. KRITZER, « *Private enforcement* », préc., p. 666 (« *a form of active and direct citizen participation in the enterprise of self-government, constituting a valuable and important facet of democratic life* »).

⁵²¹ Cette idée est répandue. La diffusion d'une culture de concurrence aurait été l'un des objectifs de la consécration d'un droit d'action. Sur ce point v. not. C. PRIETO, « *Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement* », préc., spéc. p. 51.

⁵²² R. A. KAGAN, *Adversarial legalism: The American way of law*, préc., p. 34 (« *many, perhaps more Americans are reluctant to sue* »).

⁵²³ *Ibid.* (« *adversarial legalism in the United States does not arise from a deep-rooted American propensity to bring lawsuits* »).

190. Dans son second aspect, l'« *adversarial legalism* » exprime – plus qu'une simple méthode de résolution des litiges – un mode de gouvernance profondément intégré dans une structure politique⁵²⁴. Rappelant qu'au-delà du contexte culturel, « *les racines plus profondes de l'adversarial legalism découlent plus largement des traditions politiques, comportementales ou encore des arrangements structurels américains* »⁵²⁵, Robert KAGAN définit ce système de gouvernance par cette méthode de mise en œuvre des politiques publiques à travers l'action des personnes privées. À la culture juridique américaine s'ajoute ainsi un cadre structurel dans lequel « *l'autorité est fragmentée* » et « *le contrôle hiérarchique relativement faible* »⁵²⁶. La méthode comparative permet, une nouvelle fois, d'opposer cette conception à un autre mode de gouvernance, plus connue en Europe, dans lequel le rôle central du juge dans le système juridique s'accompagne d'un fort appareil administratif. Il énonce ainsi qu'aux États-Unis, les avocats, les droits individuels, les juges et les procès sont « *l'équivalent fonctionnel des grandes administrations centrales qui dominent la gouvernance dans les "activist welfare states" à forte fiscalité* »⁵²⁷. Les actions entre personnes privées au service de la mise en œuvre du droit fédéral participent de l'idée d'une organisation de la société décentralisée dans laquelle les institutions comptent sur celles-ci plutôt que sur un appareil bureaucratique dans le cadre d'une administration centralisée.

191. En définitive, sans nier le caractère procédurier et l'attachement des citoyens américains à leurs droits individuels, ces seuls éléments ne peuvent, en revanche, suffire pour éclairer les origines et la portée du rôle accordé aux personnes privées par l'intermédiaire du droit d'action⁵²⁸. Dans la continuité de l'analyse de Robert KAGAN, une partie de la doctrine juridique considère, elle aussi, que l'argument culturel contribue à une part de mythe qui « *simplifie à*

⁵²⁴ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 15. (« *the deeper roots of adversarial legalism, therefore, derive from broader American political traditions, attitudes, structural arrangements* »).

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 9 (« *[o]rganizationally, adversarial legalism typically is associated with and is embedded in decisionmaking institutions in which hierarchical control is relatively weak* »).

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 16. (« *the functional equivalent of the large central bureaucraties that dominate governance in high-tax, activist welfare states* »). Cela rejoint d'ailleurs l'opinion d'une partie de la littérature française qui a fait le lien entre la conception de la démocratie aux États-Unis et l'expression « *d'un certain mode de régulation de la société* » à travers cette fonction régulatrice du droit. Cette dernière remplace d'une certaine manière l'État administratif en accordant à l'individu un rôle premier (L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat : sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985).

⁵²⁸ Soulignant l'insuffisance des facteurs culturels pour expliquer le rôle des actions privées aux États-Unis, Thomas BURKE a par exemple rejeté cette approche au profit de l'approche institutionnelle : « *It is the comparison of institutional arrangements that arouses my interest. My focus, then, is on the litigiousness of American laws rather than on the purported litigiousness of the American people* » (T. F. BURKE, *Lawyers, lawsuits, and legal rights: the battle over litigation in American Society*, University of California Press, 2004, p. 4).

outrance »⁵²⁹ le choix du recours aux actions privées⁵³⁰. Dès lors que la consécration d'un droit d'action est le produit d'une volonté du législateur, l'analyse doit ensuite s'orienter vers l'examen de la réalité du fonctionnement du système juridique.

B) Les fondements institutionnels : clé de voute du *private enforcement*

192. Le choix du système d'*enforcement* reflète la stratégie du Congrès pour mettre en œuvre ses politiques publiques. Il est d'abord communément admis que l'insuffisance des ressources de l'administration fédérale, tant humaines que financières, invite le Congrès à recourir aux actions privées afin d'assurer plus efficacement la mise en œuvre des règles fédérales⁵³¹. Et ceci s'inscrit parfaitement dans la logique instrumentale de l'action en justice propre à la tradition de *common law*, consistant à exploiter les intérêts privés afin d'assurer plus efficacement la régulation de l'ordre social⁵³². Néanmoins, une telle analyse, au même titre que les motifs culturels, simplifie les motivations du Congrès : son choix de recourir prioritairement aux actions privées se fonde aussi sur des préoccupations plus institutionnelles liées à la structure fédérale américaine.

193. Celle-ci implique tout d'abord des rapports verticaux entre le gouvernement fédéral et les États fédérés. Analysé au sein de ce rapport dual, le droit d'action intégré dans une loi fédérale apparaît alors comme un instrument permettant d'en assurer l'effectivité, sans passer par les États fédérés (1). Si cette démarche – au cœur de la logique fédérale – n'est pas sans rappeler celle de la Cour de justice de l'Union européenne⁵³³, elle doit nécessairement être complétée dans le cadre de l'étude du système fédéral américain, siège d'un affrontement entre les

⁵²⁹ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., p. 647 (« *cultural explanations of adversarial legalism oversimplify* »).

⁵³⁰ V. not. : S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc. ; S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc. ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *Wm. & Mary L. Rev.*, 2012, vol. 53, pp. 1137-1217, spéc. p. 1151 <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss4/3>.

⁵³¹ Cet argument selon lequel le législateur doute de la capacité du gouvernement à assurer efficacement la mise en œuvre des règles qu'il édicte est classique en matière *antitrust* : Cf. *supra*, spéc. § 114. Mais il a également été souligné dans d'autres domaines. Pour un exemple en matière de lutte contre les discriminations: « *the federal government would be unable to handle all the cases involving [public accommodations and employment] discrimination.* », in M. F. DERFNER, « One Giant Step: The Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976 », *St. Louis U. L. J.*, 1977, vol. 21, pp. 441-451.

⁵³² Cf. *supra* Chapitre 1, section 1, §82 et s. L'histoire de la construction américaine et l'héritage de la *common law* marquent un attrait pour une approche pragmatique du droit et de sa mise en œuvre. Ainsi, le *private enforcement* est ainsi perçu comme un moyen de multiplier les ressources tout en permettant de réduire le coût des dépenses gouvernementales liées à la vérification de la bonne application des règles. Il repose également sur l'idée que les informations nécessaires se situent au niveau des personnes privées qui sont ainsi plus à même de détecter les infractions. V. not. S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement », préc., p. 666.

⁵³³ Cf. *infra*, §182 et s.

pouvoirs exécutif et législatif⁵³⁴. Afin de faire exécuter les lois fédérales, le Congrès ne recourt pas seulement aux institutions étatiques, mais doit aussi mobiliser l'administration fédérale⁵³⁵. Dans ce contexte, le droit d'action doit donc plutôt être saisi dans le cadre des rapports horizontaux au sein même de l'organisation constitutionnelle fédérale. Les relations entre ses différentes branches constitutives, et plus particulièrement entre les pouvoirs législatif et exécutif, constituent la principale explication du choix du Congrès consistant à compter sur les actions privées plutôt que sur celles de l'administration : l'action privée devient un moyen de contourner une administration fédérale potentiellement divergente (2).

1) Les relations verticales entre le gouvernement fédéral et les États fédérés : l'action privée comme dépassement des États

194. Rapport entre le droit d'action et la structure fédérale. Il ressort des considérations historiques que l'individu émerge dès l'origine de la fédération au sein des rapports verticaux entre les États fédérés et le gouvernement fédéral. Le choix de la structure fédérale est le parfait reflet de cette volonté de « se gouverner soi-même » qui remonte à la période coloniale⁵³⁶. Dans ce contexte, les États-Unis ne connaissent pas « l'État », au sens français du terme, mais conçoivent le pouvoir gouvernemental selon trois niveaux : le gouvernement local, le gouvernement de l'État et enfin le gouvernement fédéral (*local, state, federal government*). Le choix de la structure fédérale dans la Constitution de 1787 a ainsi impliqué une répartition stricte des compétences, selon laquelle il revient prioritairement aux États fédérés d'assurer l'élaboration des règles qui régissent la vie quotidienne des citoyens⁵³⁷. La majorité des règles juridiques trouve ainsi traditionnellement sa source dans les lois votées par les États fédérés, pour les problèmes systémiques qui n'ont pas pu être résolus, en amont, par la *common law*⁵³⁸.

⁵³⁴ Ce second facteur explicatif a été mis en lumière par une partie de la doctrine américaine récente. Cf. *infra*, §202 : l'analyse de S. FARHANG (*The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc.).

⁵³⁵ La Cour suprême a précisément interdit au Congrès de recourir au service de police des États pour faire exécuter les lois fédérales (*Printz v. United States*) E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, préc., p. 44.

⁵³⁶ Comme le souligne Elizabeth ZOLLER : « (t)el qu'il est compris aux États-Unis, le fédéralisme est d'abord une culture, un état d'esprit, une manière pour le citoyen de se penser dans l'État et de penser l'État autour de lui le fédéralisme est synonyme de liberté » et poursuit en rappelant qu'il implique que « l'Américain se gouverne lui-même au niveau local dans sa communauté, en accord avec ses semblables, et que, s'il faut qu'il soit aussi gouverné par une autorité supérieure, ce doit être toujours à titre supplétif, secondaire, accessoire » (E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, préc. p. 26).

⁵³⁷ Le Xème Amendement de la Constitution des États-Unis énonce que « les pouvoirs que la Constitution ne délègue pas aux États-Unis, et qu'elle n'interdit pas aux États d'exercer, sont réservés à chacun des États respectivement, ou au peuple » (traduction R. DAVID et a., *Grands systèmes*, préc., 12^{ème} éd., p. 333).

⁵³⁸ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., spéc., p. 643.

Le gouvernement fédéral ne bénéficie, lui, que d'une compétence d'attribution, définie à l'Article I de la Constitution⁵³⁹.

195. Pour autant, si James MADISON prévoyait que les pouvoirs du gouvernement fédéral resteraient ainsi « *définis et limités* »⁵⁴⁰, ils ont été largement étendus par la jurisprudence de la Cour suprême⁵⁴¹. Dans ce contexte, les États ont, certes, conservé leur pouvoir de légiférer dans leurs domaines de compétence traditionnelle⁵⁴², mais l'extension du pouvoir législatif fédéral a contribué à l'accroissement de la législation fédérale à partir de la fin du XIXe siècle et plus encore au milieu du XXe siècle⁵⁴³. Or, les observateurs américains remarquent que cette période a été marquée, certes, par la multiplication de lois fédérales, mais aussi par l'intégration quasi systématique d'un droit d'action ouvert aux personnes privées au sein de celles-ci⁵⁴⁴. Le Congrès a explicitement rejeté le recours aux autorités publiques au profit des actions privées, et cela dans de nombreux domaines législatifs⁵⁴⁵.

⁵³⁹ Selon l'Article I, le pouvoir législatif du Congrès ne peut en principe s'exercer que dans le cadre des pouvoirs explicitement énumérés au sein dudit article. Ils sont également régis par le XII, XIV, XVème Amendement. Ces derniers ont été adoptés à la suite de la guerre de Sécession et sont communément désignés « Reconstruction Amendments ». Sur ce point v. P. S. KARLAN, « Disarming the Private Attorney General », *U. Ill. L. Rev.*, 2003, vol. 1, pp. 183-210 : l'auteur souligne qu'en raison du caractère restrictif des « Reconstruction Amendments », les parlementaires se fondent généralement sur l'Article I et, plus particulièrement, la Clause de commerce de la section 8 (Le XIVème amendement concerne uniquement les États fédérés ; or le Congrès vise souvent à réguler aussi bien les comportements des acteurs publics que des acteurs privés. Le XII, s'il vise les deux types de comportement, il a un champ d'application trop restrictif (esclavage, servitude).

⁵⁴⁰ E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, préc., p. 45 « “définis et limités” aux lois nécessaires pour assurer la cohérence des relations extérieures de l'Union et l'harmonie des relations entre États »

⁵⁴¹ Cf. *supra*. Dans un premier temps, cette extension s'est faite au travers de la théorie dit des « pouvoirs impliqués », sous la présidence de John MARSHALL (cf. *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4Wheat) 316 1919. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010. C'est ensuite principalement son interprétation extensive de la Clause de commerce (article I Section 8 (3) à l'époque de la crise du *New Deal* qui a largement étendu le pouvoir fédéral.

⁵⁴² Les États ont des compétences étendues pour réglementer un grand nombre de domaines (ex : droit des obligations, droit des biens, de la famille, ou des sociétés (E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, préc., spéc. p. 46).

⁵⁴³ Les observateurs ont unanimement souligné l'augmentation de la réglementation fédérale, au cours de périodes historiques spécifiques. Ils en identifient quatre : après la guerre civile de 1860, au cours de l'ère progressiste entre le XIXe et XXe siècle, lors grande dépression des années 1930, et, enfin, suite à l'émergence du mouvement des droits civiques dans les années 1960). V. sur ce point : S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement », préc., p. 644 ; S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc., p. 11.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ L'exemple le plus commenté dans la littérature américaine est celui en matière de discrimination (le *Civil Rights Act* de 1964 consacre dans son Titre VII un droit d'action aux personnes privées). V. sur ce point S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc. ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. pp. 1148-1150. Mais le Congrès a également consacré un droit d'action dans d'autres domaines : en matière de sécurité (*Securities Exchange Act*, 15 U.S.C. (1976); de communication (*Communications Act*, 47 U.S.C. (1976); en droit du travail (*Fair Labor Standards Act*, 29 U.S.C. (1981); en droit des brevets (*The Patent Laws*, 35 U.S.C. (1976); de corruption (*The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations ("RICO" statute)*, 18 U.S.C. (1976); ou encore en droit de la consommation ou de l'environnement (*Consumer Product Safety Act*, 15 U.S.C. (2006) et *The*

196. Ce choix s'explique, à première vue, dans le cadre des rapports verticaux qu'entretiennent le gouvernement fédéral et les États fédérés. Il faut brièvement rappeler qu'en transformant l'individu en sujet de droit, la structure fédérale est dotée du pouvoir de l'atteindre directement sans passer par les États⁵⁴⁶. La logique fédérale repose sur l'idée « *de parier sur l'individu pour faire obéir les États* »⁵⁴⁷. Étant donné que « *le gouvernement fédéral n'atteint que les individus sans contraindre les États* »⁵⁴⁸, le juge devient l'acteur intermédiaire essentiel dans le fédéralisme américain, en ce qu'il permet d'assurer au gouvernement fédéral de se faire obéir des individus, mais aussi des États⁵⁴⁹. Dans ce contexte, la consécration d'un droit d'action s'inscrit *a priori* parfaitement dans cette logique fédérale. Les justiciables, soucieux de faire valoir leurs droits tirés du droit fédéral, peuvent saisir les juridictions fédérales qui en assureront ainsi l'effectivité. Plus particulièrement, en donnant une faculté d'action aux particuliers, le Congrès crée un outil d'application du droit fédéral sans l'intermédiaire des États : lorsqu'ils s'adressent au juge, les particuliers agissent, certes, pour défendre leur intérêt personnel, mais le juge est par-là même placé au service de la réalisation des objectifs de politique publique contenus dans la loi fédérale, indépendamment des États fédérés.

197. Portée. Cette contribution de l'action des personnes privées à l'effectivité du droit fédéral appelle deux remarques à ce stade de notre démonstration.

198. D'une part, cette logique n'est pas sans rappeler la doctrine de l'effet direct à l'échelle de l'Union européenne, consistant à faire reposer l'effectivité des règles sur « *la vigilance des*

Endangered Species Act, 16 U.S.C. (1976) et *Submerged Lands Act*, 43 U.S.C. 1981 et *The Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. créent un droit d'action aux personnes privées et autorisent les justiciables à se voir rembourser les frais d'avocat et le coût de l'expertise). Cités par : J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », *Md. L. Rev.*, 1983, vol. 42, p. 215, spéc. p. 216.

⁵⁴⁶ Cette conception trouve son origine dès la Convention de Philadelphie. Comme le soulignaient James MADISON, Alexander HAMILTON et John JAY dans leur série d'articles sur la Constitution des États-Unis, « *(c) le gouvernement est complet, doté qu'il est d'un législatif, d'un exécutif et d'un judiciaire. Il peut donc exercer ses pouvoirs directement sur les citoyens ; il peut, en particulier, établir et recouvrer directement des impôts, sans dépendre d'États de plus ou moins bonne volonté et sur lesquels il n'aurait eu aucun moyen de contrainte* » (A. HAMILTON, J. JAY, G. MADISON, *Le Fédéraliste*, préf. A. TUNC, 1957, p. 18).

⁵⁴⁷ E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », préc., p. 115. Elizabeth ZOLLER souligne qu'il a pu s'agir « *d'imposer un droit supérieur à l'État en passant au-dessus de lui et en s'adressant directement à l'individu placé sous sa juridiction, soit pour lui imposer des devoirs (...), soit pour lui conférer des droits* ». Elle rappelle également que George MASON formulait déjà l'idée que, au regard de l'incapacité de la Confédération à atteindre et punir les États qui ne respecteraient pas son droit, « *il fallait s'orienter vers la formation d'un gouvernement suprême qui pourrait agir directement sur les individus* ». *Ibid.* p. 116

⁵⁴⁸ *Ibid.* p. 135.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits »⁵⁵⁰. À cet égard, Joseph WEILER souligne précisément que l'effet direct a fait des particuliers les « *gardiens du respect de la légalité du droit de l'Union* » de manière similaire à la structure fédérale américaine, qui a transformé les individus en principaux acteurs de l'application du *Bill of right* et du droit fédéral en général⁵⁵¹. En invoquant leur droit, les personnes privées deviennent les premiers acteurs de la mise en œuvre du droit fédéral dans l'ensemble des États fédérés.

199. D'autre part, cette portée objective du droit d'action est le témoin de l'autonomisation de celui-ci vis-à-vis des *torts* qui relèvent pour leur part du *common law*. L'action prend ainsi une dimension nouvelle une fois appréhendée à l'échelon fédéral : la structure fédérale a su se réapproprier la conception de l'action privée en la rendant autonome vis-à-vis du système de responsabilité civile traditionnelle, tant au regard de sa source et de ses attributs que de sa signification. Pour le domaine qui nous intéresse, la source fédérale du droit d'action, tel que celui consacré dans le *Clayton Act*, témoigne d'une compétence du Congrès et non d'un fondement jurisprudentiel comme en matière de *tort*. Nous verrons que cette autonomisation vis-à-vis des *torts* a été explicitement développée par le juge américain, notamment en matière *antitrust*⁵⁵².

200. Pour autant, cette logique verticale peine à convaincre pleinement pour expliquer le recours aux actions privées. L'explication de la consécration d'un droit d'action pour « éviter » les États est insuffisante puisque, contrairement à la structure de l'Union européenne, le gouvernement fédéral bénéficie précisément d'autorités administratives pour faire appliquer le droit qu'il édicte. Le Congrès peut en effet confier la mise en œuvre des règles aux agences fédérales afin de vérifier leur bonne application au sein des États. C'est pourquoi, pour expliquer le choix du Congrès de prévoir un droit d'action au sein de la loi fédérale, au lieu d'en confier la mise en œuvre aux agences fédérales, il faut, dans un second temps, se pencher sur les tensions dans les relations horizontales au sein même de l'échelon fédéral.

⁵⁵⁰ Cf. *infra* Section 2, CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc.

⁵⁵¹ J. H. H. WEILER, « The Transformation of Europe », *Yale L. J.*, 1991, vol. 100, pp. 2403-2483, spéc. p. 2414.

⁵⁵² Cf. *infra*, le paragraphe suivant et spéc. §224 et s. Sur ce point : S. WEBER WALLER, « The Incoherence of Punishment in Antitrust », *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, vol. 78, pp. 207-238 ; A. KAY ESQUIBEL, « Protecting Competition: The Role of Compensation and Deterrence for Improved Antitrust Enforcement », *Fla. L. Rev.*, 1989, vol. 41, pp. 153-177.

2) Les relations horizontales au sein de l'échelon fédéral : l'action privée comme contournement de l'organisation constitutionnelle fédérale

201. Le principe de séparation des pouvoirs et ses enjeux. Au-delà du rapport vertical entre les États et le gouvernement fédéral, le choix de l'action privée serait plus précisément une solution aux rapports horizontaux au sein de l'échelon fédéral. Pour le comprendre, il faut sommairement rappeler que l'organisation constitutionnelle fédérale se compose de trois branches : législative, exécutive et judiciaire. Si le Congrès élabore les lois, il revient en principe au pouvoir exécutif, confié au président des États-Unis de « *veiller à ce que les lois soient fidèlement exécutées* »⁵⁵³. Il s'appuie, pour cela, sur l'administration fédérale, composée de différentes autorités administratives : les agences⁵⁵⁴. Or, ce cadre institutionnel soulève des enjeux importants pour la mise en œuvre concrète des lois fédérales. Celle-ci peut en effet s'avérer complexe dans un système où les pouvoirs sont séparés, mais interdépendants comme aux États-Unis⁵⁵⁵ : nommée par le Président, mais chargée de la mise en œuvre des politiques publiques souhaitées par le Congrès, l'administration fédérale se retrouve potentiellement au service de plusieurs acteurs institutionnels aux intentions contradictoires⁵⁵⁶.

202. Les apports des travaux de Sean FARHANG. C'est dans ce contexte que nous souscrivons aux analyses du professeur Sean FARHANG qui conçoivent l'action comme un véritable instrument politique⁵⁵⁷. Dans son ouvrage *The Litigation State : Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S*⁵⁵⁸, il voit dans le choix d'accorder aux personnes privées une faculté d'action le signe d'un conflit idéologique entre le Congrès et le Président des États-Unis pour

⁵⁵³ Article II de la Constitution.

⁵⁵⁴ On peut préciser succinctement qu'il en existe deux types. D'une part, les agences « exécutives » (*executive agencies*) qui sont sous le contrôle du pouvoir présidentiel et plus particulièrement d'un membre de l'administration présidentielle, lui-même responsable devant le président. D'autre part, les agences « indépendantes » (*independent agencies*) qui sont, elles, immunisées contre toute possibilité d'interférence partisane. Le président nomme les membres de l'organe collégial avec l'avis et le consentement du Sénat. Toutefois, leurs mandats ne sont pas de même durée que ceux du Président ou des membres du Congrès de sorte que les nominations ne coïncident pas avec les élections. (V. not. : E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, préc., spéc. p. 35.

⁵⁵⁵ Cela constitue une caractéristique du régime présidentiel, v. O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2019, pp. 1339-1342. Plus précisément sur le cas américain, v. S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc., spéc. pp. 76-78 ; S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement », préc., p. 646.

⁵⁵⁶ T. F. BURKE, *Lawyers, lawsuits, and legal rights: The Battle over Litigation in American Society*, préc., pp. 13-14.

⁵⁵⁷ Cette thèse est au cœur de l'ensemble de ses travaux et plus particulièrement de son ouvrage *The Litigation State* publié en 2010 (S. FARHANG, *The Litigation State : Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc., p.7).

⁵⁵⁸ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc.

le contrôle de l'administration fédérale⁵⁵⁹. Sur la base d'une étude empirique, il note que cette polarisation idéologique entre l'exécutif et le législatif est la cause de l'explosion des procès et du rôle des parties privées, avocats et juges dans la vie publique américaine dans les années 1960⁵⁶⁰. Les disparités entre ces deux pouvoirs étant particulièrement marquées à cette période⁵⁶¹, il énonce que le droit d'action est apparu comme un moyen pour le Congrès de « contourner »⁵⁶² une administration fédérale à l'opinion politique potentiellement divergente. La consécration d'un droit d'action est ainsi le reflet des préoccupations du parti majoritaire au Congrès, préférant confier directement aux personnes privées plutôt qu'à l'administration fédérale la tâche de mise en œuvre des règles.

203. Il s'inscrit ainsi en opposition avec une grande partie des auteurs en science politique qui avait tendance à voir dans le recours à l'action privée une manifestation de la faiblesse des pouvoirs publics aux États-Unis⁵⁶³. Au contraire, l'action privée est « *un pouvoir public exercé par l'intermédiaire de la société* »⁵⁶⁴. Il rappelle à cet égard les propos du Sénateur ABOUREZK concernant le droit d'action intégré dans le Titre VII du *Civil Right Act* de 1964 en matière de discrimination au travail. Selon lui, cette disposition visait expressément à organiser « *l'enrôlement de citoyens privés comme agents de la force publique* »⁵⁶⁵.

204. Certes, il y avait déjà des traces de cette conception dans les travaux d'une partie de la doctrine administrativiste américaine⁵⁶⁶. En outre, certains avaient déjà considéré qu'en

⁵⁵⁹ *Ibid.* pp. 76-78.

⁵⁶⁰ Par exemple en matière de discriminations, il remarque qu'à cette période, 2% des actions étaient intentées par le gouvernement fédéral contre 98% par les personnes privées (p. 3). Il a largement développé sa thèse dans d'autres travaux en collaboration avec S. BURBANK. V. not. sur les résultats des études empiriques S. BURBANK, S. FARHANG, « Litigation Reform: An institutional Approach », *University of Pennsylvania Law Review*, 2014, pp. 1543-1618.

⁵⁶¹ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc.

⁵⁶² *Ibid.* « *creates incentives for Congress to bypass the bureaucratic and provide for enforcement via private litigation* » p. 5. Dans le même sens : T. F. BURKE, *Lawyers, Lawsuits, and Legal Rights: the Battle over Litigation in American Society*, préc., p. 7 (« *Through litigious policies, (they) seek to surmount the fragmented, decentralized structure of American government* »).

⁵⁶³ S. FARHANG considère que les analyses sociologiques ou les études en science politique ont échoué à saisir le *private enforcement* comme forme d'intervention des pouvoirs publics (« *a form of deliberate and effective state intervention* »). S'appuyant sur les travaux de WEBER sur l'État moderne, la littérature américaine a en effet expliqué le *private enforcement* uniquement à travers l'opposition des « *weak states* » et des « *strong states* » par rapport à ce modèle « *weberien* », (S. FARHANG, *The Litigation State*, préc., spéc. p. 7).

⁵⁶⁴ S. FARHANG, *The Litigation State*, préc., p. 9 (« *a state power exercised through society* »).

⁵⁶⁵ Statement of Senator James ABOUREZK (D-SD), in *Support of the Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976*, *Congressional Records*, 94th Cong., 2nd sess., September 29, 1976 (« *enlisting private citizens as law enforcement official* »), cité par S. FARHANG, *The Litigation State*, préc., pp. 4 et 9.

⁵⁶⁶ Le professeur STEPHENSON avait déjà mis en lumière les enjeux de cette rivalité pour le contrôle de la mise en œuvre des règles en énonçant deux théories. Selon la « *slack minimization theory* », « *legislators prefer delegation to an agency rather than a court when the ideological distance between legislator and agency is smaller than that*

choisissant un régime de *private enforcement*, le législateur vise à garantir la stabilité de la loi – et notamment son interprétation – même en cas de changement de majorité⁵⁶⁷. Mais son analyse a contribué à appréhender plus précisément le droit d'action dans le cadre institutionnel de séparation des pouvoirs. Comme le résume Maria GLOVER, « *le système américain de séparation des pouvoirs a produit une forte dépendance à l'égard des mécanismes de régulation ex post qui sont répartis entre un ensemble diffus d'acteurs institutionnels, y compris des plaideurs privés* »⁵⁶⁸.

205. En définitive, l'étude a montré que le contexte institutionnel a des conséquences importantes dans le choix du législateur américain de mobiliser les acteurs privés au détriment des acteurs publics dans la réalisation des objectifs législatifs. Plus précisément, ce cadre structurel constitue le fondement de cette privatisation de la mise en œuvre des règles par la voie de l'action en justice. À peine dissimulé dans la démarche du législateur, ce rôle attribué aux personnes privées a été pleinement consacré dans le discours des institutions juridiques relatif au modèle du « Procureur privé ».

§ 2 – La consécration du modèle objectif de « Procureur privé » en droit américain

206. Si le modèle du « Procureur privé » repose sur les fondements structurels identifiés ci-dessus, il se devait d'être fondé au plan juridique. L'absence de disposition formelle n'a pas empêché sa consécration au niveau jurisprudentiel et doctrinal. Le juge comme les auteurs ont largement contribué à donner corps à la dimension objective du modèle : l'action intentée sur la base d'une disposition fédérale a vocation à transformer le particulier en acteur du respect de la légalité à l'image d'un véritable procureur. Parce qu'il n'est pas spécifique au droit *antitrust*, ce modèle doit, dans un premier temps, être analysé dans le cadre d'une approche générale à travers un retour sur les évolutions de sa construction théorique et juridique (A). Cette première

between legislator and court ». Selon la « *blame deflection theory* » les délégations aux tribunaux sont préférables à celles effectuées au profit des agences fédérales puisque ces dernières sont soumises au contrôle du Congrès et peuvent ainsi prendre les mesures pour lesquelles le Congrès a été élu (M.-C. STEPHENSON, « Legislative Allocation of Delegated Power : Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts », *Harv. L. Rev.*, 2006, vol. 119, pp. 1035-1070, spéc. pp. 1043-1044).

⁵⁶⁷ A. C. BARRETT, « Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals », *Geo. Wash. L. Rev.*, 2005, vol. 73, pp. 317-352, spéc. 327-28 (« *A majority of the circuits has explicitly adopted the superstrong presumption against overruling statutory precedents* »; J. T. MOLOT, « Reexamining Marbury in the Administrative State: A Structural and Institutional Defense of Judicial Power over Statutory Interpretation », *NW. U. L. Rev.*, 2002, vol. 96, pp. 1239-1338, spéc. p. 1247 (« *[J]udges ... are subject to strong institutional norms that render judicial interpretation more stable and consistent over time than interpretation by successive political administrations* »).

⁵⁶⁸ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *préc.*, p. 1153 (« *the American system of separation of powers has produced a heavy dependence on ex post mechanisms of regulation that are spread among a diffuse set of institutional actors, including private litigants* »).

étape permettra, dans un second temps, de mieux saisir en quoi le cadre concurrentiel, objet de notre étude, en constitue une parfaite transposition (B).

A) La consécration du modèle dans le cadre général

207. Le modèle du « Procureur privé » a été explicitement « révélé » par le juge qui lui a donné son expression terminologique et des manifestations concrètes (1). De manière simultanée, la doctrine a contribué à renforcer son assise conceptuelle en consolidant sa signification objective (2).

1) Le modèle « révélé » par le juge

208. La consécration du modèle dans le cadre vertical. L'expression de *Private Attorney General* a été pour la première fois utilisée par le Juge Jerome FRANK en 1943 dans l'arrêt *Associated Industries of New York State v. Ickes* de la Seconde Circuit Court⁵⁶⁹. Dans cette affaire, la requérante est une association à but non lucratif regroupant des sociétés et entreprises commerciales de l'État de New York, consommatrices de charbon. Afin d'en réglementer la vente et la distribution entre les États, le Congrès a adopté en 1937 le *Bituminous Coal Act*⁵⁷⁰, prévoyant notamment d'établir un prix minimum du charbon. Si la charge du respect de cette réglementation⁵⁷¹ a été confiée à une autorité fédérale, une disposition autorise également toute personne lésée par une mesure prise par cette autorité à introduire un recours par une requête auprès d'une cour d'appel fédérale (*U.S Circuit Court of Appeals*)⁵⁷². En l'espèce, la requérante conteste une mesure qui a, selon elle, eu pour effet d'augmenter de 20 centimes par tonne le prix minimum, notamment sur le marché de l'État de New York. La question principale est ainsi de savoir si l'association a un intérêt à agir (*standing*) pour contester la mesure prise par la Commission.

209. Selon le défendeur, suivi par l'opinion dissidente, la requérante n'a pas d'intérêt à agir, car elle n'est pas « une personne lésée » au sens du *Bituminous Act*. Pour autant, le juge Frank, chargé de rédiger l'opinion majoritaire, souligne que l'association agit « au nom des

⁵⁶⁹ *Associated. Industries of New York State, Inc. v. Ickes*, 134 F.2d 694 (2d. Cir. 1943).

⁵⁷⁰ *Bituminous Coal Act*, 1937, 15 U.S.C.A. § 828.

⁵⁷¹ « *The National Bituminous Coal Commission* » devenue par la suite « *The Bituminous Coal Division* ». Celle-ci agit sous l'autorité du ministère de l'Intérieur. Le défendeur Monsieur *Ickes* était le Secretary of the Department of Interior.

⁵⁷² Section 6 (b) du *Bituminous Coal Act*

consommateurs »⁵⁷³ et qu'il est nécessaire d'interpréter la réglementation en cause « d'une manière qui ne nuirait pas à la protection des consommateurs »⁵⁷⁴. En ce sens, il considère que si le Congrès peut autoriser l'*Attorney General* à agir au nom de l'intérêt public, il peut aussi – par l'élaboration des lois fédérales – autoriser les personnes privées « à faire valoir l'intérêt général. Ces personnes ainsi autorisées sont, pour ainsi dire, des *Procureurs Privés* »⁵⁷⁵.

210. Cette solution a consacré le rôle des particuliers dans la mise en œuvre des règles fédérales⁵⁷⁶. Le juge FRANK, reconnu comme l'un des fondateurs du mouvement réaliste, prônait en cela une approche largement instrumentale du droit, dans l'ère post *New Deal* : il entendait que les requérants privés puissent utilement mobiliser les règles, non seulement pour leur intérêt personnel, mais aussi pour en assurer l'effectivité dans l'intérêt public⁵⁷⁷. Un auteur nuance néanmoins la « découverte » de ce modèle à cette époque en soulignant que les institutions juridiques au service du « Procureur privé », à savoir les *class actions* ou les mécanismes de financement des coûts de procédure, étaient établies en droit américain dès le *Sherman Act* de 1890. Il concède néanmoins que, par cette « heureuse formulation », le juge FRANK a contribué à lui « conférer une légitimité intellectuelle »⁵⁷⁸.

⁵⁷³ *Associated. Industries of New York State, Inc. v. Ickes*, préc. pt. 706. (« here the petitioner, on behalf of consumers, complains that the respondents' orders adversely affect consumers and no official is assailing those orders on their behalf »).

⁵⁷⁴ *Ibid.* pt 705 (« And Congress has usually reinforced that policy legislatively, as manifested in the Anti-Trust laws, except in unusual circumstances, such as those which induced the passage of the Act here before us; since such a statute is patently an exception, it should surely be construed, if possible, in such a way as not to blot out all protection to consumers »).

⁵⁷⁵ *Ibid.* pt 704 (« While Congress can constitutionally authorize no one, in the absence of an actual justiciable controversy, to bring a suit for the judicial determination either of the constitutionality of a statute or the scope of powers conferred by a statute upon government officers, it can constitutionally authorize one of its own officials, such as the Attorney-General, to bring a proceeding to prevent another official from acting in violation of his statutory powers; for then an actual controversy exists, and the Attorney-General can properly be vested with authority, in such a controversy, to vindicate the interest of the public or the government. Instead of designating the Attorney-General, or some other public officer, to bring such proceedings, Congress can constitutionally enact a statute conferring on any non-official person, or on a designated group of non-official persons, authority to bring a suit to prevent action by an officer in violation of his statutory powers; for then, in like manner, there is an actual controversy, and there is nothing constitutionally prohibiting Congress from empowering any person, official or not, to institute a proceeding involving such a controversy, even if the sole purpose is to vindicate the public interest. Such persons, so authorised, are, so to speak, private Attorney-Generals »).

⁵⁷⁶ C'est en ce sens que la majorité des auteurs a saisi l'expression du juge FRANK : K. ROACH, M. J. TREBILOCK, « Private Enforcement of Competition Laws », *Osgoode Hall L. J.*, 1996, vol. 34, pp. 462-508, spéc. p. 477 ; J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General : Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », *Md. L. Rev.*, 1983, vol. 42, pp. 215- 288. Dans le même sens : R. B. STEWART, « The Reformation of American Administrative Law », *Harv. L. Rev.*, 1975, vol. 88, pp. 1667-1813, spéc. p. 1730-31.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., p. 217 (« Of course, Judge Frank did not discover the infant private attorney general adrift in the bulrushes; the key institutions of the class action and the contingent fee already were well established, and

211. La transposition du modèle dans les relations horizontales. Ce modèle est apparu dans le cadre d'un litige opposant un citoyen au gouvernement fédéral. Il ne visait pas, à l'origine, à satisfaire une demande de réparation d'un préjudice, mais cherchait à éviter que les autorités n'agissent en violation de leur pouvoir réglementaire⁵⁷⁹. Toutefois, bien que conçu dans un cadre vertical, il s'est par la suite principalement développé dans un cadre horizontal, sous l'égide de la Cour suprême. C'est dans ce contexte que ce modèle, et, par là, le concept même de *private enforcement* ne se comprendra plus que dans le cadre de litiges privés. À travers ce processus d'horizontalisation du modèle de « Procureur privé », la Cour cherche désormais moins à contraindre les autorités publiques qu'à obliger les personnes privées entre elles à se conformer aux règles fédérales.

212. Le développement du « Procureur privé » dans le champ des droits civiques. Dans un premier temps, c'est dans le contexte du mouvement des droits civiques que la Cour suprême a mobilisé le modèle⁵⁸⁰. Dans l'affaire *Newman v. Piggie Park Enterprises*⁵⁸¹, l'un des premiers arrêts interprétant le *Civil Right Act* de 1964⁵⁸², le propriétaire d'une chaîne de restaurants, chef de la *National Association for the Preservation of White People*, a refusé l'entrée aux hommes et femmes issus de la communauté afro-américaine. Suite cette interdiction, Anne NEWMAN décide d'intenter une action contre la chaîne afin d'obtenir une injonction à l'égard de la violation de ses droits (*injunctive relief*), sur le fondement du Titre II du *Civil Rights Act*⁵⁸³. Dans son arrêt, la Cour suprême souligne que « lorsque le *Civil Rights Act* a été adopté en 1964, il était évident que son application allait être difficile et que la Nation devrait en partie compter sur les actions privées comme moyen de s'assurer de son respect »⁵⁸⁴. Elle poursuit ainsi en énonçant que le recours en injonction « est ainsi “privé” dans sa forme seulement (...) Si le

the very archetype of such litigation - the private antitrust treble damages action - dates back to the Progressive Era. Nevertheless, his felicitous phrase conferred an intellectual legitimacy »).

⁵⁷⁹ Il s'agissait d'un différend découlant de la décision administrative contestée. Les auteurs parlent d'« *administrative law dispute* » (J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., p. 215).

⁵⁸⁰ Not. suite au célèbre arrêt : *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁸¹ *Newman v. Piggie Park Enterprises*, 390 U.S. 400 (1968)

⁵⁸² *Civil Rights Act of 1964*. Cet acte est relatif à l'interdiction de toute forme de discrimination dans les logements publics, dans l'administration et l'emploi.

⁵⁸³ Sur le fond, le Titre II du *Civil Right Act* de 1964 interdit toute forme de discrimination du fait de la race, de la couleur, de la religion ou l'origine nationale dans les lieux accueillant du public tels que les hôtels ou les restaurants. D'un point de vue procédural, il prévoit que l'autorité publique, comme tout individu qui souhaite faire prévaloir ses droits, peut intenter une action pour demander la cessation de l'atteinte (*injunctive relief*).

⁵⁸⁴ *Newman v. Piggie Park Enterprises*, préc., (« (w)hen the *Civil Rights Act of 1964* was passed, it was evident that enforcement would prove difficult and that the Nation would have to rely in part upon private litigation as a means of securing broad compliance with the law »).

requérant obtient une injonction, il n'en bénéficie pas seulement pour lui, mais aussi en tant que "Procureur privé" faisant valoir une politique que le Congrès a considérée comme de la plus haute importance »⁵⁸⁵. En définitive, au regard de l'insuffisance du contrôle du respect des règles par l'*Attorney General*, le droit d'action prévu par le *Civil Right Act* permettait au Congrès d'habiliter le requérant privé à poursuivre « un objectif plus large d'égalité de traitement pour le grand public »⁵⁸⁶. Dans son rapport de 1976, la *House Committee on the Judiciary*⁵⁸⁷ relevait en ce sens que « la mise en œuvre efficace des règles fédérales relatives aux droits civiques dépend largement des efforts des citoyens. Bien que certaines agences américaines aient des compétences en la matière, leur autorité et leurs moyens sont limités. Dans les nombreuses hypothèses dans lesquelles les règles sont violées, il est nécessaire que le citoyen intente une action en justice pour corriger l'illégalité »⁵⁸⁸.

213. Toujours en matière de droits civiques, la Cour a étendu, dans un arrêt de 1986, cette dimension objective de l'action privée dans le cadre d'une action en réparation⁵⁸⁹. Elle note que si l'accès au juge est refusé au requérant, la politique publique que le Congrès cherche à faire valoir par l'intermédiaire du droit d'action n'est pas mise en œuvre et, par conséquent, « la Nation toute entière, pas seulement le requérant individuel, souffre »⁵⁹⁰. Par la suite, le recours à ce modèle a dépassé dans le champ des droits civiques⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ *Newman v. Piggie Park Enterprises*, préc., pt. 401–02 (« a (public accommodations) suit is thus private in form only. (...) If he obtains an injunction, he does so not for himself alone but also as a 'private attorney general,' vindicating a policy that Congress considered of the highest priority »).

⁵⁸⁶ P. S. KARLAN, « Disarming the Private Attorney General », *U. Ill. L. Rev.*, 2003, vol. 1, pp. 183-210, spéc., p. 186 (« a broader purpose of obtaining equal treatment for the public at large »).

⁵⁸⁷ En substance, il s'agit d'un comité rattaché à la Chambre des représentants. Il a notamment pour mission de superviser les réformes des lois et des règlements.

⁵⁸⁸ H. R. RLP. No. 1558, 94th Cong., 2d Sess. at 1 (1976), cité par B. W. GARTH, I. H. NAGEL, S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », préc., p. 362 (« The effective enforcement of Federal civil rights statutes depends largely on the efforts of private citizens. Although some agencies of the United States have civil rights responsibilities, their authority and resources are limited. In many instances where these laws are violated, it is necessary for the citizen to initiate court action to correct the illegality »).

⁵⁸⁹ *City of Riverside v. Rivera*, 477 U.S. 561 (1986).

⁵⁹⁰ *Ibid.* pt. 575 (« when his day in court is denied him, the congressional policy which a civil rights plaintiff seeks to assert and vindicate goes unvindicated; and the entire Nation, not just the individual citizen, suffers »).

⁵⁹¹ Ce constat est peu surprenant tant la stratégie consistant à recourir aux « Procureurs privés » pour mettre en œuvre le *Civil Right Act* s'est avérée efficace : des études empiriques ont montré que 2% des actions en matière de discrimination au travail ont été intentées par le gouvernement fédéral contre 98% par les personnes privées. V. en ce sens : S. FARHANG, « The Political Development of Job Discrimination Litigation, 1963-1976 », *Stud. Am. Pol. Dev.*, 2009, vol. 23, pp. 24.

214. L'extension du modèle à d'autres domaines. S'inscrivant dans la lignée des juridictions fédérales inférieures⁵⁹², la Cour suprême a étendu le modèle du « Procureur privé » à tous les domaines dans lesquels un droit d'action était prévu. Plus particulièrement pour le champ qui nous intéresse, *Justice O'CONNOR* a énoncé dans un arrêt de 1987⁵⁹³ que « *(l)a législation sur les organisations influencées par le racket et la corruption (RICO) et le Clayton Act sont toutes deux conçues pour remédier au préjudice économique en prévoyant le recouvrement de trois fois les dommages-intérêts, les frais et les honoraires d'avocat* »⁵⁹⁴. Il poursuit en soulignant ainsi que « *(l)es deux lois font peser la pression des “procureurs généraux privés” sur un problème national grave pour lequel les ressources du ministère public sont jugées insuffisantes ; le mécanisme choisi pour atteindre l'objectif dans la loi Clayton et la RICO est la carotte des dommages-intérêts triplés* »⁵⁹⁵.

215. Aussi, dans son opinion dissidente, *Justice BRENNAN* a remarqué que « *pour la plupart des demandes de droit privé, l'intérêt public consiste principalement à fournir un forum neutre et facilement accessible pour résoudre le litige, et le choix d'un demandeur de transiger sur une demande ou d'y renoncer complètement sur la base de son calcul privé selon lequel ce qu'il a à gagner ne justifie pas le coût de la poursuite de sa demande, ne suscite guère d'intérêt public* »⁵⁹⁶. Toutefois, il poursuit en énonçant qu'en revanche en prévoyant des mécanismes de pris en charge des coûts du procès « *le Congrès a estimé que le public dans son ensemble a*

⁵⁹² Les cours fédérales inférieures ont en quelque sorte précédé la Cour suprême. Par exemple, dans une affaire de 1982 relative à la loi fédérale concernant les crédits à la consommation (« *the Truth in Lending Act* », ci-après TILA), la 5^{ème} *Circuit Court* énonçait que les « *dommages et intérêts sont prévus par le TILA afin d'encourager les “procureurs privés” à aider pour la mise en œuvre de la loi* » (« *statutory damages are available under the Truth-in-Lending Act (TILA) to encourage “private attorneys general” to assist in the enforcement of that statute* ») ; *Davis v. Werne*, 673 F.2d 866, 869 (5th Cir. 1982), jurisprudence citée par J. M. GLOVER, « *The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law* », préc., spéc., p. 1151. En outre, les juridictions inférieures ont de longue date reconnu le rôle du particulier pour assurer la mise en œuvre effective des règles fédérales : v. les jurisprudences citées par J. C. COFFEE, « *Rescuing the Private Attorney General : Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working* », préc., spéc. p. 216).

⁵⁹³ *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff Associates, Inc.*, 483 U.S. 143 (1987).

⁵⁹⁴ *Ibid.* (« *Both RICO and the Clayton Act are designed to remedy economic injury by providing for the recovery of treble damages, costs, and attorney's fees* »).

⁵⁹⁵ *Ibid.* (« *Both statutes bring to bear the pressure of “private attorneys general” on a serious national problem for which public prosecutorial resources are deemed inadequate; the mechanism chosen to reach the objective in both the Clayton Act and RICO is the carrot of treble damages* »).

⁵⁹⁶ *Hensley v. Eckerhart*, 1983, pt. 444 (« *(f)or most private-law claims, the public interest lies primarily in providing a neutral, easily available forum for resolving the dispute, and a plaintiff's choice to compromise a claim or to forgo it altogether based on his private calculation that what he stands to gain does not justify the cost of pursuing his claim, is of little public concern* »), cité par : S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)* », préc., p. 5.

intérêt à ce que les droits conférés par les lois énumérées dans le § 1988 soient respectés, au-delà de la valeur d'un recours en matière de droits civils pour un plaignant particulier »⁵⁹⁷.

216. Synthèse. En résumé, la Cour suprême et les juridictions fédérales dans leur ensemble ont contribué à consolider le modèle du *Private Attorney* en lui conférant des manifestations concrètes. Pour les juges, il est pleinement admis qu'en prévoyant un droit d'action dans une loi fédérale, le Congrès permet au requérant non seulement d'obtenir la satisfaction de son intérêt particulier, mais aussi de défendre l'intérêt public. L'objectif poursuivi derrière la figure du *Private Attorney* est ainsi de dissuader les comportements illégaux en complétant l'action des autorités publiques dont les ressources sont limitées⁵⁹⁸, et ce dans des domaines « *que le Congrès a considérés comme revêtant une priorité majeure* »⁵⁹⁹. Par la synthèse qu'il réalise entre l'intérêt privé et l'intérêt général, ce modèle de « Procureur Privé » a originellement suscité l'adhésion de l'ensemble des courants politiques et idéologiques, ironiquement pour des considérations antagonistes. Des observateurs remarquent, en effet, que si les libéraux ont vu dans celui-ci « *un antidote contre une administration conservatrice réticente à la mise en œuvre de certaines politiques* », les conservateurs en ont souligné les vertus au regard de sa fonction de « *privatisation de la mise en œuvre des règles, conformément aux idéaux de l'efficacité économique* »⁶⁰⁰. Outre ce soutien des institutions politiques, c'est principalement la doctrine américaine qui a, elle aussi, sur la base du cadre législatif et prétorien, contribué à renforcer l'édifice théorique du modèle du *Private Attorney General*. En adéquation avec la conception exprimée par le juge, les auteurs américains ont mis en avant la signification objective du modèle : il est unanimement admis aux États-Unis que le particulier transformé en « Procureur privé » se transforme en acteur du respect de la légalité.

⁵⁹⁷ Ibid. (« But, in enacting § 1988 [the fee-shifting provision], Congress determined that the public as a whole has an interest in the vindication of the rights conferred by the statutes enumerated in § 1988, over and above the value of a civil rights remedy to a particular plaintiff »).

⁵⁹⁸ Cf supra l'arrêt *Agency Holding Corp.*, préc. (« [RICO and the Clayton Act] bring to bear the pressure of "private attorneys general" on a serious national problem for which public prosecutorial resources are deemed inadequate »).

⁵⁹⁹ Cf supra l'arrêt *Newman v. Piggie Park Enters.*, 390 U.S. 400 (1968). (« that Congress considered of the highest priority »).

⁶⁰⁰ B. W. GARTH, I. H. NAGEL, S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », *S. Cal. L. Rev.*, 1988, vol. 61, p. 353 (« Conceptually, the idea enjoys bipartisan support, but for widely different reasons. Liberals promote the private attorney general, in part, as an antidote to what they view as a conservative administration's reluctance to aggressively enforce various regulatory laws. Conservatives find virtue in the private attorney general concept because of its function in "privatizing" law enforcement pursuant to the ideals of economic efficiency »).

2) La signification du modèle consolidé par la doctrine

217. Le modèle du « Procureur privé » a fait l'objet de nombreuses interprétations doctrinales, pour le moins éclectiques et évolutives au cours de son développement. Il convient cependant de les présenter dans le cadre de la présente démonstration tant elles ont toutes contribué à mettre en avant la logique objective qui sous-tend ledit modèle.

218. L'appréhension originelle. Dans un premier temps, la doctrine a salué avec une emphase particulière l'apparition de ce nouveau modèle. L'action du « Procureur privé » a été perçue comme un moyen d'amener les tribunaux à promouvoir des idéaux politiques⁶⁰¹. Les observateurs ont considéré que ce modèle est l'expression parfaite de la tradition juridique libérale dans laquelle le procès devient un mécanisme de défense des intérêts sociaux et de promotion des droits civils et politiques⁶⁰². D'ailleurs, dès 1949 soit peu de temps après la formulation du juge FRANK autorisant les personnes privées à « *vindicate the public interest* », le *Yale Law Journal* consacrait un numéro à l'émergence d'« *actions collectives dans la lutte pour les libertés civiques* »⁶⁰³. Cette application dans le champ des droits civiques a été approuvée, vingt ans plus tard, quand, faisant expressément référence à ce numéro, la Cour énonce, dans son opinion majoritaire d'un arrêt de 1963, que « *les groupes qui ne sont pas en mesure d'atteindre leurs objectifs par le vote se retournent fréquemment vers les tribunaux* »⁶⁰⁴ et poursuit en relevant que le procès devient ainsi « *une forme d'expression politique* »⁶⁰⁵. En définitive, cette première perception du « Procureur privé » repose sur une logique de cercle vertueux selon laquelle le requérant concourt, par la poursuite de son intérêt personnel, à la promotion d'intérêts publics en œuvrant à l'accomplissement des évolutions sociales progressistes approuvées par le Congrès. Grâce à son développement, le « Procureur privé » aurait ainsi vocation à défendre les droits des minorités et des consommateurs⁶⁰⁶, ou encore

⁶⁰¹ Cette conception est désignée par certains observateurs comme la tradition de « *social advocacy* » (B. W. GARTH, I. H. NAGEL, S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », préc., p. 357).

⁶⁰² *Ibid.*, spéc. pp. 357 et s.

⁶⁰³ V. en ce sens : COMMENT, « Private Attorneys-General Group Action in the Fight for Civil Liberties », *Yale L. J.*, 1949, vol. 58, pp. 574-598.

⁶⁰⁴ *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963) « [g]roups which find themselves unable to achieve their objectives through the ballot frequently turn to the courts ». Ces groupes rendant possible « *the distinctive contribution of a minority group to the ideas and beliefs of our society* », pt 431.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, pt. 429 (« *a form of political expression* »).

⁶⁰⁶ B. W. GARTH, I. H. NAGEL, S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », préc., spéc. pp. 358.

l'environnement⁶⁰⁷. Si cette conception n'est, certes, pas totalement révolue aux États-Unis, elle s'est progressivement affaiblie⁶⁰⁸. L'enthousiasme initial de la doctrine, étroitement lié à celui de la Cour suprême, a été nuancé par la suite au travers des analyses se voulant plus neutres axiologiquement⁶⁰⁹.

219. Le rôle complémentaire. La doctrine juridique majoritaire a, ensuite, adopté une analyse fonctionnelle, consistant à percevoir le « Procureur privé » comme un complément de l'action publique pour la mise en œuvre effective des règles⁶¹⁰. Emboîtant le pas à la Cour suprême⁶¹¹, la majorité des auteurs a considéré que les actions privées permettent d'assurer la détection des infractions qui auraient échappé à l'attention des autorités publiques. Plus encore, même dans l'hypothèse où ces dernières auraient agi, l'action du « *Procureur privé* » permet de compléter la sanction et de renforcer l'effet dissuasif, en s'assurant que les potentiels contrevenants se conforment aux règles⁶¹². Ce modèle repose ainsi sur l'idée qu'en raison de leurs intérêts

⁶⁰⁷ Pour la littérature en matière de droit de l'environnement, v. not. les références citées par P. H. BUCY, « Private Justice », *S. Cal. L. Rev.*, 2002, vol. 76, pp. 1-160, spéc. p. 4 ; M. S. GREVE, « The Private Enforcement of Environmental Law », *Tul. L. Rev.*, 1990, vol. 65, p. 339 (« *private law enforcement as a means of attaining public objectives* ») ; D. R. HODAS, « Enforcement of Environmental Law in a Triangular Federal System », *Md. L. Rev.*, 1995, vol. 54, p. 1561 (« *citizen suits as private attorneys general [are needed to] safeguard the enforcement system* »).

⁶⁰⁸ Deux raisons principales tendent à l'expliquer. D'une part, le modèle de « Procureur privé » reposait à cette époque sur une vision largement idéalisée, l'invitant à faire des promesses qu'il ne pourrait pas tenir une fois confronté aux évolutions concrètes de la réalité sociale. D'autre part, il a, d'une certaine manière, été victime de son succès à la suite de son expansion notamment dans le champ économique. Si l'expression « Procureur privé » donne une connotation positive à ce modèle, il a ensuite été qualifié par ses détracteurs de « *bounty hunter* », à savoir littéralement « *chasseur de primes* ». Cette expression est communément utilisée par les auteurs pour décrire l'attitude des avocats qui incitent le plus grand nombre de clients à agir afin d'en tirer un bénéfice financier personnel. V. not sur ce point : J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., p. 220 ; B. W. GARTH, I. H. NAGEL, S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », préc.

⁶⁰⁹ Par exemple, pour certains, ce modèle serait, dans son acception plus juridique, un moyen d'assurer un égal accès à la justice garanti par la Constitution, notamment sur la base de la clause du *Due Process* (v. sur ce point les références citées par COMMENT, « Court Awarded Attorney's. Fees and Equal Access to the Courts », *U. Pa. L. Rev.*, 1974, vol. 122, p. 655). Plus précisément, des auteurs ont établi un lien entre ce modèle théorique et la prise en compte concrète des frais de procédure qu'il implique : outre son droit d'action, le « procureur privé » bénéficie traditionnellement de mécanismes relatifs à l'aménagement des coûts du procès (*contingent fee*, *one-way cost*, mais aussi les *class actions*) permettant de garantir un accès à la justice et, par voie de conséquence, la mise en œuvre effective des règles (v. sur ce point : COMMENT, Court Awarded Attorney's. Fees and Equal Access to the Courts, préc., spéc. pp. 655 et s. ; B. W. GARTH, I. H. NAGEL, S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », préc., spéc. pp. 359-60 ou encore J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., p. 216).

⁶¹⁰ Parmi une littérature abondante, v. les références citées par J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., p. 1142.

⁶¹¹ Dans le discours de la Cour suprême, les « Procureurs privés » ont été peu à peu définis comme « *an evolutionary response to the existence of injuries unremedied by the regulatory action of the government* » (*Deposit Guaranty National Bank v. Roper*, 445 U.S. 326, 339, 1980).

⁶¹² En ce sens v. not. J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., spéc. pp. 224-25. Il énonce que même dans les cas où le requérant privé

idéologiques⁶¹³, mais surtout financiers⁶¹⁴, les requérants vont être incités à agir afin de revendiquer des intérêts au cœur d'une politique publique consacrée dans le cadre d'une loi fédérale⁶¹⁵. En résumé, la théorie doctrinale classique du « Procureur privé » revient à considérer que « *le rôle du contentieux privé n'est pas simplement d'obtenir une indemnisation pour les victimes, mais est au moins autant de générer une dissuasion principalement en multipliant les ressources totales engagées pour la détection et la poursuite du comportement interdit* »⁶¹⁶.

220. Les apports de la doctrine contemporaine. Sans fondamentalement remettre en cause ce rôle complémentaire, une partie – encore minoritaire – de la doctrine contemporaine tend à le nuancer. Dans la continuité des développements précédents relatifs à l'approche plus institutionnelle du recours au *private enforcement*⁶¹⁷, des auteurs conçoivent le modèle du « Procureur privé » moins comme un simple complément (*ad hoc*) de l'action publique que comme un acteur à part entière au sein de la structure institutionnelle⁶¹⁸. Du point de vue de la science politique, Sean FARHANG conçoit le *private enforcement* comme une composante essentielle de l'« *American regulatory state capacity* »⁶¹⁹. Ce concept complexe à analyser – *a fortiori* avec le prisme de la traduction – repose sur la définition de « *regulation* » de

agit à la suite de l'autorité publique, son action n'est pas dépourvu d'intérêt puisque « *[a]bsent these private actions, the monetary penalties for antitrust and securities fraud plainly would be insufficient to deter* » et poursuit en énonçant que « *it often may be more efficient for public agencies to concentrate on detection (an area where they have the comparative advantage because of their superior investigative resources) and leave the actual litigation of the case to private enforcers, who are frequently more experienced in litigation tactics* ».

⁶¹³ L. JAFFE, « The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff », *U. Pa. L. Rev.*, 1968, vol. 116, pp. 1033-1047 ; A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, pp. 1281-1316 ; O. M. FISS, « Foreword: The Forms of Justice », *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 93, pp. 1-58.

⁶¹⁴ W. M. LANDES, R. A. POSNER, « The Private Enforcement of Law », *J. Legal Stud.*, 1975, vol. 4, p. 15 ; A. M. POLINSKY, « Private versus Public Enforcement of Fines », *J. Legal Stud.*, 1980, vol. 9, p. 107 ; W. F. SCHWARTZ, « An Overview of the Economics of Antitrust Litigation », *Geo. L. J.*, 1980, vol. 68, p. 1075.

⁶¹⁵ Comme nous le verrons plus particulièrement à partir de l'exemple *antitrust*, les économistes se sont largement saisis de cette question et ont cherché, à partir des années 1970, à procéder à l'évaluation de ce modèle. Pour les travaux les plus connus sur lesquels nous reviendrons (paragraphe 2) : K. G. ELZINGA, W. BREIT, *The Antitrust Penalties: a Study in Law and Economics*, Yale University Press, 1977 ; R. POSNER, W. LANDES, « The Private Enforcement of Law », préc. ; A. M. POLINSKY, « Private Versus Public Enforcement of Fines », préc. ; M. J. SCHWARTZ, D. J. B. MITCHELL, « An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal Injury Litigation », *Stan. L. Rev.*, 1970, vol. 22, pp. 1125-1162 ; M. J. SCHWARTZ, « An Overview of the Economics of Antitrust Enforcement », *Geo. L. J.*, 1980, vol. 68, p. 1075-1102.

⁶¹⁶ J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., spéc. p. 218 (« *the conventional theory of the private attorney general stresses that the role of private litigation is not simply to secure compensation for victims but is at least equally to generate deterrence* »).

⁶¹⁷ Cf. *supra* §192.

⁶¹⁸ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc. ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc.

⁶¹⁹ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc.

Christopher FOREMAN, pour qui « *tout effort gouvernemental visant à contrôler le comportement d'autres entités, y compris des petites entreprises, des niveaux de gouvernement subordonnés ou encore des particuliers* »⁶²⁰. L'« *American regulatory state capacity* » est ainsi, selon Sean FARHANG, la capacité effective du gouvernement fédéral à mettre en œuvre ses choix politiques par le contrôle des comportements d'un ensemble d'entités telles que les autorités publiques, les entreprises, mais aussi les individus⁶²¹. Transformés en véritables instruments politiques, ces derniers viennent ainsi compenser l'absence (apparente !) d'intervention publique aux États-Unis. Selon lui, si la poursuite d'un intérêt personnel peut la distinguer d'un « *state official* », la personne privée – en tant qu'instrument de l'intervention publique au service de la réalisation d'objectifs publics – lui permet d'endosser un rôle de « co-régulateur ».

221. Dans la continuité de cette analyse, l'approche a été reprise par une partie de la doctrine juridique. Pour Maria GLOVER, « *la régulation privée par voie contentieuse fait partie intégrante de la structure de l'État administratif moderne* »⁶²² et poursuit en énonçant que « *[l]a régulation des actes répréhensibles commis par des parties privées n'est pas simplement un complément ad hoc de "droit privé" à la mise en œuvre publique orchestrée par les régulateurs. Il s'agit souvent d'une caractéristique institutionnelle de notre droit public* »⁶²³. Dans le même sens, Stephen BURBANK conclut sur ce point que le recours aux actions privées permet de « *limiter le besoin d'une intervention directe et visible de la puissance publique dans l'économie et la société en général* »⁶²⁴.

222. Synthèse. En définitive, le modèle du Procureur privé repose sur l'idée d'une contribution du particulier à la mise en œuvre du droit fédéral. Toutefois, l'on comprend à la suite de l'étude que le particulier ne va évidemment pas agir spontanément afin d'assurer la mise en œuvre des

⁶²⁰ C. H. FOREMANN, « Regulatory Agencies », in N. J. SMELSER, P. B. BALTES (dir.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Amsterdam, 2001, p. 129 (« *any governmental effort to control behaviour by other entities including small business firms, subordinate levels of government, or individuals* »). Pour le professeur GLOVER l'« *American regulatory system (...) relies on a diffuse set of regulators, including private parties, rather than on a centralized bureaucracy for the effectuation of its substantive aims* » (J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc. p. 1137).

⁶²¹ S. FARHANG, *The Litigation State*, préc. (« *private litigants and their attorneys represent a core dimension of the American regulatory state's infrastructural power* »).

⁶²² J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc. pp. 1137 et 1176 (« *private regulation through litigation is integral to the structure of the modern administrative state* » ; « *is integral to our larger system of public regulation* »).

⁶²³ *Ibid.* p. 1141 (« *regulation of wrong doing by private parties is not merely an ad hoc, "private law" supplement to public enforcement by regulators. It is often an institutional feature of our public law* »).

⁶²⁴ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement », préc., p. 666.

règles fédérales. Au contraire, ses motivations résultent bien d'un intérêt personnel et non d'une conscience aigüe de l'intérêt général⁶²⁵. Ainsi, cette dimension objective du droit d'action de la victime privée est le reflet d'une instrumentalisation de ses intérêts égoïstes par l'ensemble des institutions politiques et juridiques. Le droit d'action consacré dans le *Clayton Act* en constitue une illustration sectorielle : l'action privée est érigée en instrument pour contraindre les opérateurs économiques à respecter les obligations que les règles *antitrust* leur imposent, transformant ainsi la victime en « Procureur privé ».

B) La consécration du modèle dans le cadre particulier du droit *antitrust*

223. Si le législateur américain a largement mis en avant la dimension subjective du recours ouvert aux victimes d'une pratique *antitrust*⁶²⁶, il est resté relativement discret sur la dimension objective de l'action privée⁶²⁷. Au regard des développements précédents, l'importance accordée à l'intérêt individuel dans le discours du législateur semble pourtant devoir être relativisée. En prévoyant un droit d'agir, des dommages et intérêts triples et un mécanisme de remboursement de frais d'avocat, le Congrès autorise également les parties privées à mettre en œuvre la loi fédérale au même titre que les autorités publiques, à savoir le *Department of Justice* (« DOJ »)⁶²⁸ et la *Federal Trade Commission* (« FTC »)⁶²⁹. Moins frileuse, la Cour suprême n'a pour sa part jamais fait mystère de la dimension objective du droit d'action dans sa jurisprudence. Elle a en effet largement établi que, par sa capacité d'agir, le requérant obtient, certes, une satisfaction individuelle, mais permet surtout d'assurer l'effectivité des règles *antitrust*, en application du modèle du « Procureur privé ». L'exemple du droit *antitrust* constitue l'illustration que, par ce modèle, le juge fédéral a contribué au processus

⁶²⁵ P. H. BUCY, « Private Justice », *S. Cal. L. Rev.*, 2002, vol. 76, pp. 15-16 : l'auteur souligne que la majorité des actions privées à l'initiative des victimes d'un préjudice personnel ont été intentées « *with almost no mention of vindicating the public's rights, supplementing public regulatory efforts, or other similar expressions of serving the common good* ».

⁶²⁶ Cf. *supra* Chapitre 1, section 1, paragraphe 2.

⁶²⁷ Cf. *supra* l'étude des travaux préparatoires en matière *antitrust* dans lesquels le législateur ne fait qu'une seule référence à une fonction plus punitive de l'action.

⁶²⁸ L'*Antitrust division* du DOJ peut intenter des actions civiles et criminelles contre les contrevenants aux règles *antitrust*. En revanche, aucune action privée n'est possible devant le DOJ. Les sanctions des entreprises ou des individus peuvent consister en des amendes ou des peines de prison pour ces derniers. Les actions respectives de la FTC et du DOJ ne conduisent pas à la réparation des consommateurs mais peuvent agir comme déclencheur d'une action civile en réparation.

⁶²⁹ Jouant elle-aussi le rôle de « *competition enforcer* », elle peut émettre des injonctions et dispose d'un pouvoir de rendre des décisions sur des problèmes concurrentiels de façon plus générale. En revanche, à la différence du DOJ, elle n'a pas le pouvoir d'imposer des sanctions pénales ou amendes civiles. De plus, aucun recours n'est possible devant elle pour les actions privées. Les individus ou entités peuvent seulement lui signaler leurs préoccupations mais la décision de poursuivre ou non revient à la Commission.

d'autonomisation du droit d'action en matière *antitrust* vis-à-vis du mécanisme traditionnel de responsabilité civile (*torts*) (1). Bien qu'établie, cette démarche consistant à compter sur les personnes privées pour assurer le respect de la légalité n'est pas sans présenter certaines limites. Reposant sur un subtil équilibre entre intérêt subjectif et intérêt objectif, le modèle du « Procureur privé » en matière *antitrust* doit être apprécié dès ce stade de la démonstration (2).

1) L'autonomisation du droit d'action vis-à-vis des torts

224. Le caractère unique de cette décentralisation dans la mise en œuvre des règles *antitrust* aux États-Unis est unanimement admis, tant chez les observateurs européens⁶³⁰ qu'américains⁶³¹. Ces derniers ont largement souligné le rôle normatif accordé aux personnes privées, consistant à les transformer en véritables procureurs chargés de mettre en œuvre le droit *antitrust* afin de servir l'intérêt public⁶³². Les actions privées sur le fondement du *Clayton Act* sont, pour la doctrine américaine, révélatrices d'un objectif plus large que la seule volonté de garantir la réparation des victimes⁶³³.

225. Cette thèse, au cœur de notre démonstration, interroge le lien que cette action consacrée en matière *antitrust* entretient vis-à-vis de l'action en responsabilité traditionnelle (*torts*), et il faut ainsi se demander si le système américain lui accorde une finalité spécifique, distincte de celle traditionnellement accordée à l'action en responsabilité. Cette interrogation se justifie particulièrement dans le cadre de l'étude comparée puisque l'on verra que, dans l'Union européenne, l'action intentée à la suite d'une pratique anticoncurrentielle se fonde sur les mécanismes traditionnels de responsabilité civile en vigueur dans les droits nationaux des États membres.

⁶³⁰ A. LEVASSEUR, *Le droit américain*, préc., p. 276 : « aucun autre pays ne permet à des particuliers de se transformer, à ce point, en instrument de mise en vigueur du droit de la concurrence ».

⁶³¹ E. GELLHORN, W. E. KOVACIC, S. CALKINS, *Antitrust Law and Economics In a Nutshell*, préc., p. 526 (« (t)he federal antitrust statutes decentralize the power to prosecute violations to a degree unequaled by any other system of federal economic regulation »). D. A. CRANE, « Optimizing private antitrust enforcement », *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, p. 675 (« the United States is unique in the world insofar as private enforcement of the antitrust laws »).

⁶³² V. not. : E. GELLHORN, W. E. KOVACIC, S. CALKINS, *Antitrust Law and Economics In a Nutshell*, préc., p. 543 (« Antitrust is one of the several federal statutory regimes that give private parties the power to prosecute »). J. O. VON KALINOWSKI, P. SULLIVAN, M. MCGUIRL, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, préc., pp. 160-163 ; E. MACINTYRE, « The Role of Private Litigant in Antitrust Enforcement », préc. : l'auteur parle de « quasi-public role of the treble damages litigant ».

⁶³³ Not. : *Antitrust Class Actions Handbook*, ABA Section of Antitrust Law, ABA Publishing, 2010, p. 3 (« private antitrust actions seeking treble damages serve important purposes beyond mere compensation for injury ; they are intended to promote both public and private interests »).

226. Aux États-Unis, le lien avec les *torts* a également été reconnu. Plus précisément, la doctrine américaine s'accorde pour reconnaître les similitudes vis-à-vis du système des *torts* tant celui-ci intègre également une idée de répression et de dissuasion⁶³⁴. En cela, l'action en responsabilité et l'action en matière *antitrust* partageraient une finalité identique : outre la satisfaction individuelle, le requérant se voit accorder un rôle de sanction et d'intimidation. Mais une fois admise, cette similitude impliquerait alors de reconnaître à toute action un rôle normatif, transformant – par voie de conséquence – tout requérant en « agent de la légalité ».

227. Une telle vision est loin d'emporter notre conviction en ce qu'elle nous semble précisément dénaturer la spécificité du modèle de « Procureur privé ». Deux considérations militent en faveur une distinction.

228. En premier lieu, la doctrine a, de longue date, perçu dans le modèle de « Procureur privé » la preuve d'une transformation de la nature du contentieux civil fédéral. Ce point a principalement été développé par les partisans du courant réaliste tels que Roscoe POUND et Abram CHAYES qui remarquent un dépassement de la conception traditionnelle du procès en *common law*⁶³⁵. Si, on l'a vu, cette dernière a su de longue date instrumentaliser les conflits privés au service de l'ordre social, cette dimension objective n'apparaît en quelque sort qu'incidente : traditionnellement, le procès ne vise qu'à la résolution d'un litige entre personnes « privées » à propos de droits « privés ». Or, selon eux, le contentieux civil fédéral ne peut être réduit à cette vision profondément individualiste du procès. Il est, au contraire, le reflet d'une conception plus collective dans lequel sont en jeu des intérêts publics d'ordre constitutionnel ou législatif⁶³⁶.

229. En second lieu, et surtout, le juge lui-même a pris soin de distinguer explicitement l'action du « Procureur privé » de celle du requérant que l'on pourrait qualifier « d'ordinaire ». La Cour suprême énonce clairement en 1986 qu'« *à la différence des plaignants dans le cadre d'une action en responsabilité traditionnelle (tort), le requérant vise ici à faire valoir d'importants*

⁶³⁴ V. not. Restatement (Second) Of Torts § 901 (1982) ; R. D. BLAIR, C. D. SCHAFER, « Antitrust Law and Evolutionary Models of Legal Change », *U. Fla. L. Rev.*, 1988, vol. 40 pp. 379-410, spéc. pp. 385-87 ; A. KAY ESQUIBEL, « Protecting Competition: The Role of Compensation and Deterrence for Improved Antitrust Enforcement », *Fla. L. Rev.*, 1989, vol. 41, p. 153.

⁶³⁵ R. POUND, « Do We Need a Philosophy of Law? », préc., spéc. p. 346 ; A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », préc., spéc. p. 1284 (« *the traditional model is clearly invalid as a description of much current civil litigation in the federal district court. Perhaps the dominating characteristic of modern federal litigation is that lawsuits do not arise out of disputes between private parties about private rights. Instead, the object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies* »).

⁶³⁶ R. POUND, « Do We Need a Philosophy of Law? », préc., spéc. p. 346 ; A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », préc., p. 1281.

droits civiques et constitutionnels qui ne sauraient être évalués seulement en termes financiers... Quel que soit le type de recours (réparation ou injonction), le demandeur qui gagne le procès garantit d'importants bienfaits pour la société »⁶³⁷. Les juridictions inférieures ont également eu l'occasion de souligner la différence de l'action du *Clayton Act* avec la responsabilité civile traditionnelle (*tort*). La même année, la *District Court* de l'Illinois a, énoncé que « l'action privée ouverte par le *Clayton Act* n'était pas simplement une substitution au droit de la responsabilité civile de l'État (*tort*), mais plutôt une incitation envers les plaignants, animés par l'idée d'obtenir des dommages et intérêts triples, d'aider à faire valoir l'intérêt public résidant dans la libre concurrence tout en remédiant à leurs propres pertes »⁶³⁸. En d'autres termes, il ressort du discours du juge une volonté explicite d'autonomiser l'action sur le fondement du droit fédéral de celle en responsabilité civile ouverte au sein des États. La première bénéficierait d'une véritable dimension normative alors que la seconde ferait appel à des rapports purement privés, sans lien direct avec l'intérêt général⁶³⁹.

230. C'est dans ce contexte que la logique objective, caractéristique du modèle du Procureur privé, a été transposée au domaine *antitrust*. La jurisprudence est ancienne⁶⁴⁰, mais il convient néanmoins d'y revenir tant elle manifeste la volonté du juge fédéral de consolider le modèle du Procureur privé afin d'assurer la mise en œuvre effective des règles *antitrust*.

231. La Cour a, pour la première fois, déclaré dans son arrêt *Lawlor* qu'il existe « un intérêt public à la mise en œuvre vigilante des règles *antitrust* à travers l'instrumentalisation de l'action en dommages et intérêts triples »⁶⁴¹. Selon elle, en élaborant des règles de concurrence, le Congrès était convaincu que « l'action privée est l'une des armes les plus sûres pour assurer

⁶³⁷ *City of Riverside v. Rivera*, préc. (« Unlike most private tort litigants, (he/she) seeks to vindicate important civil and constitutional rights that cannot be valued solely in monetary terms. Regardless of the form of relief he actually obtains, a successful civil rights plaintiff often secures important social benefits »).

⁶³⁸ *Wellwoods Development Co. v. City of Aurora*, 631 F.Supp. 221 (1986) (« Private cause of action created by *Clayton Act* was not simply displacement of state tort law but rather incentive to plaintiffs, spurred on by prospect of treble damages, to help vindicate public interest in free competition while remedying their own losses »).

⁶³⁹ Comme indiqué dans les développements relatifs à la conception instrumentale de l'action, le lien avec la mise en œuvre du droit dans l'intérêt général est reconnu mais incident. Cf. *supra* chapitre 1, section 1.

⁶⁴⁰ On ne sera pas surpris de l'ancienneté de la jurisprudence évoquée : la Cour suprême n'est pas le dernier degré de juridiction mais choisit les affaires qu'elle décide d'entendre. C'est à cette période, au milieu du XXe siècle, qu'elle s'est saisie des affaires pour préciser le sens des règles *antitrust*.

⁶⁴¹ *Charles Lawlor and Mitchell Pantzer, Co-Partners v. International Parts Corp. et al*, 88 S. Ct. 1981 (1955) (« there is a public interest in vigilant enforcement of the antitrust laws through the instrumentality of the private treble-damage action »). Comme on le remarquera dans les développements relatifs au droit d'action en droit de l'Union, la formule n'est pas sans rappeler celle qu'utilisera la Cour de justice. Cf. *infra*, section 2.

une mise en œuvre efficace des règles antitrust »⁶⁴². Quelques années plus tard, la Cour est interrogée sur la question de savoir si le requérant peut se voir refuser son action en dommages et intérêts triple (« *treble damages* ») au motif qu'il a participé à l'infraction⁶⁴³. Le juge BLACK, qui délivre l'opinion de la Cour, énonce que la doctrine de *common law* « *in pari delicto* » ne peut être utilisée comme moyen de défense par le défendeur au motif que « *l'action privée sert d'importants objectifs publics* »⁶⁴⁴. Il poursuit en soulignant que ces actions permettent de prévenir et dissuader les potentielles violations⁶⁴⁵.

232. À côté de ce rôle de dissuasion, la Cour suprême a adopté par la suite une jurisprudence constante sur le rôle de l'action privée dans la punition des auteurs d'infraction⁶⁴⁶ accordant ainsi aux victimes un rôle de véritable procureur. C'est dans l'arrêt *Hawaii* de 1972 qu'elle énonce pour la première fois explicitement qu'« *en offrant aux potentiels plaignants la perspective d'une indemnisation trois fois supérieure à leur dommage, le Congrès a encouragé ceux-ci à agir comme des "Procureurs privés"* »⁶⁴⁷. Considéré comme un élément essentiel de la mise en œuvre du droit *antitrust* en ce qu'il complète l'action des autorités fédérales dont les moyens sont limités⁶⁴⁸, le droit d'action est ainsi teinté d'une forte dimension objective. La Haute juridiction établit donc explicitement une hiérarchie différente de celle du législateur entre les objectifs du *private enforcement*.

233. Sans nier la dimension subjective de l'action par la nécessaire réparation des victimes⁶⁴⁹, la Cour suprême a souligné dans l'arrêt *Zenith* de 1969 que « *l'objectif poursuivi derrière l'attribution d'un recours en dommage et intérêt triple ou en injonction n'était pas seulement*

⁶⁴² *Minnesota Mining & Mfg. Co. v. New Jersey Wood Finishing Co.*, 381 U.S. 311 (1965) (« *private antitrust litigation is one of the surest weapons for effective antitrust enforcement* »).

⁶⁴³ *Perma Life Mufflers v. International Parts Corp.* 392 U.S. 134 (1968).

⁶⁴⁴ *Ibid.* (« *private suit serves important public purposes* »).

⁶⁴⁵ *Ibid.* « *the purposes of the antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behavior in violation of the antitrust laws* ».

⁶⁴⁶ V. not. in *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 429 U.S. 477 (1977) ; *Hawaii v. Stanford Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972) (« *Private treble damages actions play an important role in penalizing wrongdoers and deterring wrongdoing* »).

⁶⁴⁷ *Hawaii v. Standard Oil Co.*, préc. (« *(B)y offering potential litigants the prospect of a recovery in three times the amount of their damages, Congress encouraged these persons to serve as "private attorneys general"* »).

⁶⁴⁸ *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.* 456 U.S. 556 (1982) (« *Congress created the treble damages remedy precisely for the purpose of encouraging private challenges to antitrust violations [...] private suits provide a significant supplement to the limited resources available to the Department of Justice for enforcing the antitrust laws and deterring violations* »). Dans le même sens *V. Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977) ; *Tex. Indus., Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981) (faisant référence à l'objectif de dissuasion comme « *one of the important purposes of the treble-damages action under § 4 of the Clayton Act* »).

⁶⁴⁹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, préc. (« *compensation and deterrence are the twin goals of § 4 of the Clayton Act* »).

de fournir une réparation individuelle, mais était surtout de servir l'objectif supérieur de mise en œuvre des règles antitrust »⁶⁵⁰. Elle poursuivra dans l'affaire *Blue Shield* en 1982 en énonçant que « le Congrès a cherché à créer un mécanisme de private enforcement capable de dissuader les contrevenants et de les priver des bénéfices de leurs comportement illégaux ainsi que d'assurer une large réparation aux victimes de violations des règles antitrust »⁶⁵¹.

234. Cette conception ne se retrouve d'ailleurs pas qu'au niveau de l'opinion de la Cour Suprême : elle est partagée par les cours inférieures qui s'en sont largement fait l'écho. Dès 1955, la 9^e *Circuit Court* a ainsi mis en avant la prédominance de la dimension objective de l'action sur la réparation individuelle en énonçant que « [l] 'action en [treble damages] n'était pas simplement destinée à offrir une réparation individuelle, mais d'aider à la réalisation des objectifs à visée générale de la loi fédérale [statute] »⁶⁵². En application de la jurisprudence *Lawlor*, les cours fédérales ont aussi largement fait référence à cette instrumentalisation de l'action privée au profit de l'intérêt général⁶⁵³. Rappelant que les actions privées fournissent un moyen complémentaire aux ressources limitées entre les mains du *Department of Justice* pour mettre en œuvre et dissuader les violations⁶⁵⁴, les cours ont, elles aussi, utilisé la figure du

⁶⁵⁰ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 130-31 (1969) ; voir aussi *Perma Life Mufflers v. International Parts Corp.*, préc. (« the purpose of giving private parties treble damages and injunctive remedies was not merely to provide private relief but was to serve as well the high purpose of enforcing the antitrust laws »).

⁶⁵¹ *Blue Shield of Va. v. Mc Cready*, 457 U.S. 465 (1982) (« Congress sought to create a private enforcement mechanism that would deter violators and deprive them of the fruits of their illegal actions and would provide ample compensation to the victims of antitrust violations »).

⁶⁵² *Karseal Corporation v. Richfield Oil Corporation*, 221 F. 2d 358, 365 (9th Cir. 1955) (« The treble damage action was intended not merely to redress injury to an individual through the prohibited practices, but to aid in achieving the broad social object of the statute ». Dans le même sens *U.S. v. Standard Ultramarine & Color Co*, 137 F. Supp. 167 (1955) (« It sought to encourage individuals to aid in the policing. And to help achieve the broad objectives of the Act the treble damage action was authorized in favor of those who had been injured by the condemned conduct. Its purpose was not only the redress of private wrong but also the protection of the public interest. And 'Congress intended to use private self-interest as a means of enforcement* * * when it gave to any injured party a private cause of action »).

⁶⁵³ *Jewel Tea Co. v. Local Unions Nos.* 274 F.2d 217 (1960) (« Private suits are merely a vehicle intended to further enforce to antitrust laws for the benefit of the real party in interest, the public ») ; *Olympic Refining Co. v. Carter*, 332 F.2d 260 (1964) (« Private treble-damage actions are an important component of the public interest in 'vigilant enforcement of the antitrust laws.' ») ; *Silvercup Bakers, Inc. v. Fink Baking Corp.*, 273 F. Supp. 159 (1967) (« Suits of this kind are designed to further broad public interests transcending the private objectives of the parties ») ; *Judice's Sunshine Pontiac, Inc. v. General Motors Corp.*, 418 F.Supp. 1212 (1976) (« It cannot be gainsaid that private enforcement of the antitrust laws is deemed to be in the public interest ») ; *MCI Commun Corp v. American Tel & Tel Co.* 708 F. 2d 1081. 1197 (7th Cir.), 464 U.S. 891 (1983) (« Private antitrust actions are a vital means of enforcing the antitrust laws. because damage judgments against persons who violate the antitrust laws serve to deter others from violating the law. Thus, a private civil action protects the public as well as the particular business injured by the forbidden practices »).

⁶⁵⁴ *In re Pittsburgh & Lake Erie R. Co. Securities and...*, 387 F.Supp. 906 (1974) (« Section 4 of the Clayton Act was designed to supply ancillary force of private investigators to supplement the Department of Justice in law enforcement ») ; *Ostofe v. H.S. Crocker Co.*, 670 F.2d 1378, 1383 (9th Cir. 1982), 460 U.S. 1007 (1983) (« Private treble damages actions under Section 4 constitutes a bulwark of antitrust enforcement by insuring that the private action will be ever-present threat to deter any one contemplating business behavior in violation of the antitrust

« Procureur privé »⁶⁵⁵. En 1983, la première *Circuit court* présentait par exemple ce rôle de la manière suivante : « un recours sur le fondement des règles antitrust n'est pas simplement une affaire privée. Le Sherman Act est conçu pour promouvoir l'intérêt national dans le cadre d'une économie compétitive ; ainsi le plaignant qui fait valoir ses droits sur le fondement de cette loi a été comparé à un procureur privé qui protège l'intérêt public »⁶⁵⁶.

235. En définitive, le juge américain a explicitement mis en avant la dimension objective du « Procureur privé », dont l'action a vocation à dissuader et sanctionner les contrevenants au même titre que les autorités publiques en charge de la mise en œuvre des règles *antitrust*. Ce rôle complémentaire des personnes privées a d'ailleurs été clairement reconnu non seulement par ces dernières⁶⁵⁷, mais aussi par les membres du Congrès eux-mêmes. À cet égard, un député de la chambre des représentants énonçait en 1958 devant le Congrès qu'« [i]l est établi depuis de nombreuses années que le gouvernement seul n'est pas capable de fournir les moyens nécessaires pour la mise en œuvre des règles. L'aide de tous les citoyens est requise »⁶⁵⁸. Mais c'est principalement auprès de la doctrine que le juge a pu trouver un soutien à l'édification de

laws ») ; *Los Angeles Memorial Coliseum Common v. National Football League*, 791 F.2d 1356, 1380 (9th Cir. 1986), celt. denied. 484 U.S. 826 (1987) (« *The private antitrust action is an important and effective method of combating unlawful and destructive business practices. The private suitor complements the Government in enforcing the antitrust laws. The treble damage provision was designed to foster and stimulate the interest of private persons in maintaining a free and competitive economy* »). La Huitième *Circuit Court* a caractérisé l'action privée en matière *antitrust* de « *vital pan of the antitrust enforcement scheme* » (*In re Midwest Milk Monopolization Litigation*, 730 F.2d 528, 532 n.5, 8th Cir. 1984).

⁶⁵⁵ *Waldron v. Cities Service Co.*, 361 F.2d 671 (1966) (« *We are not unmindful that private anti-trust suits to some extent cast the plaintiff in the role of a "private attorney general" and that such suits are favored* » ; *Data Digests, Inc. v. Standard & Poor's Corp.*, 57 F.R.D. 42 (1972) (« *The plaintiffs here can play their role "as private attorneys general" in protecting the public interest in the enforcement of the antitrust laws by proceeding to trial. The reward of treble damages and substantial fees in the event of recovery is intended to encourage such actions in the public interest* »).

⁶⁵⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 723 F.2d 155 (1st Cir. 1983) (citant *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 826-27 (2d Cir. 1968) (« *A claim under the antitrust laws is not merely a private matter. The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public's interest* »). Pour les suites de l'affaire devant la Cour suprême : 473 U.S. 614, (1985), cf. *infra*, §698

⁶⁵⁷ E. MACINTYRE, « The Role of Private litigant in Antitrust Enforcement », préc. p. 847 : v. en ce sens les propos de Everette MACINTYRE, ancien membre de la FTC : « *The Federal Trade Commission recognizes that private antitrust actions supplement its own activities in the antitrust sphere* ». Il rappelle également deux anciens *Assistant Attorney General* en charge de la division *antitrust* (Lee LOEVINGER et Robert A BICKS) remarquaient que le recours aux actions privées pour assurer la mise en œuvre des règles est « plus souhaité et effectif » (*Congress should enact a straightforward and unequivocal declaration of policy stating that primary reliance for antitrust enforcement is upon private action* ». Statement of Lee Loevinger, Hearings Before a Subcommittee of the Select Committee on Small Business United States Senate on the Role of Private Antitrust Enforcement in Protecting Small Business. 85th Cong. 2d Sess., 1958, p. 7).

⁶⁵⁸ Statement of Rep. Wright PATMAN Before the Antitrust Subcommittee of the Committee on the Judiciary, House of Representatives on H. R. 10243, August 6, 1958, cité par E. MACINTYRE, « The Role of Private litigant in Antitrust Enforcement », préc. p. 850.

son modèle. Pour autant, si son édifice théorique a été largement consolidé, les auteurs ont mis en lumière les limites de ce modèle en matière *antitrust*.

2) L'appréciation délicate de la démarche objective du « Procureur privé » dans le champ antitrust

236. Il ressort de l'étude menée jusqu'à présent que la portée objective du modèle de « Procureur privé » est non seulement reconnue, mais orchestrée par l'ensemble des institutions juridiques et politiques. Dans ce contexte, il est ainsi peu surprenant de constater que les avantages d'une telle démarche ont été largement soulignés en doctrine dans le champ de l'*antitrust*.

237. D'abord, l'idée du particulier transformé en agent du respect du droit *antitrust* serait la garantie d'une protection démocratique : la mise en œuvre du droit par les individus eux-mêmes permet de s'assurer de la conservation de l'intégrité du système en s'affranchissant du jeu des influences politiques⁶⁵⁹. Ensuite, et surtout, le modèle du « Procureur privé » a été perçu comme une garantie pour une mise en œuvre plus efficace des règles *antitrust*. La question de l'utilisation optimale des actions privées a fait l'objet d'une littérature abondante au sein de l'analyse économique du droit à partir des années 1970. Gary BECKER et George STIGLER ont estimé que les actions des personnes transformées en procureurs privés peuvent utilement combler les lacunes des autorités publiques dans la détection des pratiques et assurer une plus grande dissuasion⁶⁶⁰. Dans le même sens, William LANDES et Richard POSNER ont perçu les actions du « Procureur privé » comme un instrument essentiel pour compléter les actions publiques⁶⁶¹. Ils ont largement souligné dans leurs travaux l'efficacité des actions privées, tant

⁶⁵⁹ S. CALKINS, « Corporate Compliance and the Antitrust Agencies' Bi-Modal Penalties », *Law & Contemp. Problems*, 1997, vol. 60, p. 127, spéc. pp. 161 et s., disponible en ligne <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol60/iss3/9>. L'auteur remarque que l'*antitrust* est devenu une forme et un moyen de régulation de l'économie. En cela, il est doté d'une dimension politique susceptible d'affecter la mise en œuvre des règles. Les agences *antitrust* (FTC, DOJ) elles-mêmes ayant délaissé leur slogan « *We are just law enforcers* » qui était pourtant une façon de garantir une neutralité de leurs décisions vis-à-vis des considérations politiques (« *Private litigation is a valuable antidote to concerns arising from the increasingly regulatory nature of antitrust and trade regulation. Private litigation contributes strongly to the certainty and predictability of antitrust law. Time and again we have seen courts be unwilling to allow a perceived treble damage windfall to turn on some vague admonition. Standards of conduct that would be acceptable in Europe, where a single agency can exercise prosecutorial discretion, would be unimaginable here* »).

⁶⁶⁰ G. BECKER, G. STIGLER, « Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers », *J. Legal Stud.*, 1974, vol. 3, pp. 1-18. Cette analyse fait suite aux travaux de Becker relatifs à la nécessité de prévoir des sanctions sévères pour compenser les insuffisances des autorités publiques dans la détection des pratiques. G. BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *J. Pol. Econ.*, 1968, vol. 76, pp. 169-217.

⁶⁶¹ R. POSNER, W. LANDES, « The Private Enforcement of Law », préc.,

dans l'indemnisation des victimes que dans son effet dissuasif⁶⁶². Véritable plaidoyer en faveur du *private enforcement*, leurs écrits se fondent principalement sur des études empiriques⁶⁶³ qu'ils utilisent afin, d'une part, d'en appeler à sa promotion⁶⁶⁴ et d'autre part, de répondre directement aux critiques formulées contre le système de *private enforcement*⁶⁶⁵. De manière générale, la prédominance de ce dernier constitue, selon ses partisans, la preuve du succès du droit d'action dans son rôle de mise en œuvre desdites règles⁶⁶⁶. Enfin, les auteurs évoquent souvent la réparation qu'il garantit aux victimes ; le haut niveau de protection qu'il permet d'assurer sans augmenter les moyens publics et en mobilisant l'aide des parties les plus proches des informations concernant l'infraction ; mais aussi la garantie qu'il constitue contre les potentielles négligences d'intervention des autorités publiques⁶⁶⁷.

238. Il n'en demeure pas moins qu'en doctrine, ces analyses enthousiastes sont loin de faire l'unanimité, et que la démarche du « Procureur privé » a ses détracteurs qui en pointent les effets pervers. Une partie de la littérature américaine a tout d'abord soutenu que le droit d'action en « *treble damages* » génère un nombre excessif d'actions privées⁶⁶⁸. Edward CAVANAGH indique que les actions privées sont plus particulièrement à l'origine de nombreuses poursuites abusives⁶⁶⁹. S'interrogeant sur l'utilité de l'action en *treble damages* comme outil de mise en œuvre des règles *antitrust*⁶⁷⁰, celui-ci énonce également que les actions privées assurent des

⁶⁶² R. H. LANDE, J. P. DAVIS, « Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal enforcement of US Antitrust Law », *Byu L. Rev.*, 2011, vol. 2, pp. 315-389.

⁶⁶³ R. H. LANDE, J. P. DAVIS, « Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases », *University of San Francisco L. Rev.*, 2008, vol. 42, pp. 879-915. Pour une synthèse de ces deux articles v. R. H. LANDE, « Introduction: Benefits of private enforcement », in A. A. FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc. pp. 1 et s.

⁶⁶⁴ R. H. LANDE, « Five myths about Antitrust Damages », *University of San Francisco L. Rev.*, 2006, vol. 40, pp. 651-674.

⁶⁶⁵ R. H. LANDE, J. P. DAVIS, « Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement », *Georgia L. Rev.*, 2013, vol. 48, pp. 1-81.

⁶⁶⁶ H. BUXBAUM, « The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation » préc., p. 23 (« *antitrust enforcement in general continues to depend heavily on the contribution of private actors* »).

⁶⁶⁷ E. GELLHORN, W.E. KOVACIC, S. CALKINS, *Antitrust Law and Economics In a Nutshell*, préc. p. 543 ; G. BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », préc., p. 169.

⁶⁶⁸ W. BREIT, K. ELZINGA, *The Antitrust Penalties: A Study in Law And Economics*, Yale University Press, 1977 ; W. BREIT, K. ELZINGA, « Private Antitrust Enforcement: The New Learning », *J.I. & Econ.*, 1985, vol. 28, pp. 405-443 ; H. BUTLER, « Restricted Distribution Contracts and the Opportunistic Pursuit of Treble Damages », *Wash. L. Rev.*, 1983, vol. 59, pp. 27-60 ; W. M. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, pp. 652-678.

⁶⁶⁹ E. D. CAVANAGH, « Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come ? », *Tul. L. Rev.*, 1987, vol. 61, pp. 777-848.

⁶⁷⁰ S'il montrera à plusieurs reprises dans ses articles les limites du système américain de mise en œuvre des règles *antitrust*, il souligne que l'exemple américain ne peut toutefois être rejeté dans son intégralité. Il doit être analysé

honoraires lucratifs aux avocats des victimes, mais profitent en réalité peu à ces dernières⁶⁷¹. Certains poursuivent en énonçant que ce droit d'action permet aux entreprises d'utiliser les tribunaux pour tenter d'entraver les comportements même bénéfiques des concurrents⁶⁷². Les actions privées seraient ainsi un outil de « chantage juridique » (« *legal blackmail* ») dans lequel les avocats des victimes contraindraient le défendeur à transiger moins sur le fondement d'un « *merituous claim* » que sur la crainte du coût du procès et du jugement onéreux⁶⁷³. Enfin, si elles réduisent le besoin d'interventions publiques, les actions privées peuvent aussi augmenter les dépenses sociales en raison des coûts des poursuites et de la défense⁶⁷⁴. L'ensemble de ces raisons a ainsi pu pousser certains auteurs à demander l'encadrement ou la restriction du *private enforcement*⁶⁷⁵ voire même, pour d'autres, son abolition⁶⁷⁶.

239. Que retenir de cet état des lieux des positionnements doctrinaux ? Précisons d'abord qu'il serait de notre point de vue peu pertinent de se ranger dans le camp des partisans ou détracteurs du modèle du « Procureur privé » tant leurs conceptions sont loin d'être axiologiquement neutres⁶⁷⁷. Se prononcer de manière péremptoire sur le caractère démocratique ou sur l'efficacité économique dudit modèle dépasserait, d'une part, le rôle du chercheur en droit et n'apporterait, d'autre part, que peu à la présente démonstration. Les futurs développements se chargeront pour leur part d'évaluer dans une perspective juridique la portée et le résultat de cette démarche objective. Pour autant, l'on peut déjà noter que l'exemple du droit *antitrust* témoigne de la difficulté théorique qui sous-tend le modèle de « Procureur privé ». Ce dernier

et adapté en fonction de ses avantages et inconvénients, in E. D. CAVANAGH, « The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience », *Loyola U. Chicago Law J.*, 2010, vol. 41, pp. 629-649.

⁶⁷¹ E. D. CAVANAGH, « Antitrust Remedies Revisited », *Or. L. Rev.*, 2005, vol. 84, pp. 147-225, spéc. p. 214.

⁶⁷² E. A. SNYDER, T. E. KAUPER, « Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff », *Mich. L. Rev.*, 1991, vol. 90, pp. 551-603.

⁶⁷³ J. H. BEISNER, C. E. BORDEN, « Expanding Private Causes of Action : Lessons from the US Litigation Experience », *U.S. Chamber Institute of Legal Reform*, cité par R.H. LANDE, « Introduction : Benefits of private enforcement », in A. A FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc. p. 2.

⁶⁷⁴ R. A. KAGAN, « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », préc., spéc. p. 475. Plus spécifiquement en matière *antitrust* : K. G. ELZINGA, W. C. WOOD, « The Cost of the Legal System in Private Antitrust Enforcement », in L. J. WHITE, (dir.), *Private Antitrust Litigation: New evidence, new learning*, MIT Press, 1988.

⁶⁷⁵ H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard Univ. Press, 2005.

⁶⁷⁶ K. G. ELZINGA, W. BREIT, « Private Antitrust Enforcement: The New Learning », *J. L. & Econ.*, 1985, vol. 28, pp. 405-440 ; K. G. ELZINGA, W. BREIT, « Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages », *J. L. & Econ.*, 1974, vol. 17, p. 329-356 ; A. D. AUSTIN, « Negative Effects of Treble Damage Actions: Reflections on the New Antitrust Strategy », *Duke L. J.*, 1978, pp. 1353-1374.

⁶⁷⁷ L'appréciation du concept de *private enforcement* dépend souvent d'un positionnement idéologique. On montrera notamment dans les futurs développements comment la conception de l'École de Chicago a influencé le juge dans le traitement des actions privées (Cf *infra*. Partie 2, spéc. §654 et s.).

repose sur un subtil équilibre entre intérêt privé et intérêt public, et c'est la persistance d'un intérêt personnel qui distingue précisément son action d'une action populaire. Les victimes des règles *antitrust* ne sont pas des agents désintéressés du respect de la légalité et le rôle normatif du « Procureur privé » est plutôt le résultat d'une instrumentalisation de ses intérêts subjectifs. Le domaine du droit *antitrust* constituera l'illustration que cette instrumentalisation – subtilement orchestrée par les institutions politiques et juridiques – peut se faire au détriment non seulement des victimes, mais aussi de la régulation de l'ordre concurrentiel en général⁶⁷⁸. Le besoin d'effectivité de la règle objective se trouve déterminé par le juge qui en déduit un accès au prétoire plus ou moins ouvert. Plus précisément, il lui revient le soin de déterminer les modalités d'accès au prétoire en fonction de son appréhension du besoin de régulation, principalement guidée par ses positionnements idéologiques.

240. Conclusion de la section 1. En définitive, la portée objective du modèle de « Procureur privé » apparaît unanimement admise aux États-Unis, même si son évaluation est contrastée. L'action privée intentée sur le fondement d'une disposition fédérale est placée au service de la réalisation de la législation. Appréhendé dans une perspective générale comme particulière au domaine *antitrust*, le modèle du « Procureur privé » a fait l'objet d'une concrétisation jurisprudentielle et d'une théorisation doctrinale dense. Ce modèle trouve son homologue en droit de l'Union dans la figure de vigie, dont la portée apparaît toutefois plus « retenue ».

⁶⁷⁸ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, spéc. §654 et s.

SECTION 2 – L'action privée comme instrument de réalisation du droit de l'Union : la figure retenue de *vigie*

241. Alors même qu'elle dispose d'un appareil judiciaire et administratif complet, la structure fédérale américaine n'empêche pas – voire, au contraire, favorise – un recours direct aux personnes privées afin d'assurer la mise en œuvre effective des règles adoptées à l'échelon fédéral. Au sein de l'Union européenne, le rôle des particuliers dans l'effectivité du droit est apparu d'autant plus essentiel, étant donné le caractère incomplet de la structure communautaire. La spécificité de son ordre juridique et l'articulation de son droit avec les droits nationaux⁶⁷⁹ ont constitué dès l'origine des enjeux fondamentaux pour le bon fonctionnement du système juridique de l'Union et la consolidation du processus d'intégration. Consciente des carences des textes, la Cour de justice a été amenée à adopter une jurisprudence constructive en vue de garantir la réalisation des objectifs du traité. Loin de laisser la mise en œuvre du droit entre les seules mains des dirigeants politiques, la Cour a ainsi consacré le rôle des particuliers par la reconnaissance de l'effet direct des règles communautaires. Bien que la doctrine de l'effet direct puisse être perçue comme un moyen de favoriser les droits des individus, elle a surtout contribué à transformer les particuliers en véritable « vigie » du droit de l'Union. Par son action, le particulier se voit attribuer un rôle normatif au service de l'effectivité des règles. Cette dimension objective de l'action est parfaitement établie dans le cadre des litiges verticaux opposant le requérant à son État (§1).

242. En revanche, contrairement à ce qui a été observé aux États-Unis pour le modèle du « Procureur privé »⁶⁸⁰, la figure de vigie n'a pas connu un processus d'horizontalisation aussi immédiat dans l'Union. Peu surprenant, ce constat est le reflet « *de l'imperfection, de l'institutionnalisation incomplète du droit de l'Union* »⁶⁸¹ : les droits individuels que le droit de l'Union engendre dans le cadre des rapports horizontaux sont placés sous la vigilance des autorités nationales qui ont la charge d'en assurer le respect, sous la forme de rapports régis par le droit interne. La portée à attribuer aux rapports entre particuliers dans le cadre de litiges privés relevant du droit communautaire interroge. En témoignent d'une part, la faible

⁶⁷⁹ C. HAGUENEAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, 1995 ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, spéc. p. 16).

⁶⁸⁰ Cf *supra*, section 1 sur son origine « verticale » dans l'arrêt *Associated Industries of New York State v. Ickes* (à savoir apparue dans le cadre d'un litige opposant un citoyen à un État) puis sur sa rapide consolidation dans le cadre des litiges horizontaux (c'est-à-dire opposant des personnes privées).

⁶⁸¹ L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2010, pp. 842-860, spéc. p. 843.

production doctrinale relative à la reconnaissance de la dimension objective de l'action des particuliers dans le cadre des litiges horizontaux et d'autre part, l'impression d'un embarras de la doctrine à propos du rôle des acteurs privés en droit de la concurrence⁶⁸². À travers l'exemple du contentieux de la concurrence, nous verrons néanmoins que la Cour a progressivement transposé la portée objective de la figure de « vigie » dans le cadre des rapports horizontaux (§2).

§ 1 – La construction établie de la figure objective dans les rapports verticaux

243. En considérant dans l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963⁶⁸³ que l'article 12 du traité est apte à produire un effet direct, la Cour de justice consacre la spécificité du rôle de l'individu dans la mise en œuvre des normes communautaires. Lorsqu'elle énonce que « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres* »⁶⁸⁴, la Cour pose, sans l'énoncer, les bases du *private enforcement* en matière verticale. Bien qu'en contradiction avec l'approche civiliste traditionnelle⁶⁸⁵, cette assimilation de l'intérêt subjectif du requérant et de l'intérêt objectif de la Communauté apparaît néanmoins peu surprenante au regard de la démarche fonctionnelle de l'ordre juridique de l'Union⁶⁸⁶. La nature économique du droit du traité imposait dès l'origine d'accorder aux opérateurs économiques la possibilité de revendiquer le respect des droits directement entrés dans leur patrimoine juridique. Principalement développé à l'origine dans le cadre des rapports entre États membres et particuliers, l'effet direct devait permettre d'assurer la construction du marché commun en éradiquant les législations nationales susceptibles de l'entraver. Dans ce contexte, il est communément admis que la capacité d'agir donnée aux particuliers vise moins à la protection des droits subjectifs individuels qu'à imposer aux États le respect des obligations qui découlent du traité⁶⁸⁷. En ce sens, l'effet direct dispose d'une dimension intrinsèquement objective, en transformant l'action en justice des particuliers en instrument de préservation de l'ordre juridique communautaire (A).

⁶⁸² Cf. *supra*, Chapitre 1, spéc. §162 et s.

⁶⁸³ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos / Administration fiscale néerlandaise*, préc.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, pt 25.

⁶⁸⁵ Cf. *supra*, Chapitre 1, section 2, §119 et s.

⁶⁸⁶ V. sur ce point la thèse de J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, préc.

⁶⁸⁷ L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », préc.

244. Toutefois, les évolutions de la construction européenne et le dépassement de la nature seulement économique des traités ont conduit les institutions juridiques à renforcer la protection des droits fondamentaux, contribuant ainsi au développement d'un « droit au juge » comme droit fondamental⁶⁸⁸. Cette autonomisation apparente de l'action vis-à-vis de l'effet direct au profit d'un véritable « *droit à une protection juridictionnelle effective* » semble être *a priori* l'expression d'une déconnexion de l'action privée avec la logique objective de sauvegarde de l'ordre juridique de l'Union au profit d'une logique plus subjective de protection des intérêts privés. Pourtant, cette distance vis-à-vis de la logique instrumentale de l'effet direct doit, selon nous, être relativisée : le droit au juge n'apparaît jamais vraiment déconnecté des intérêts objectifs de l'Union (B).

A) Un fondement originel : l'effet direct comme consécration de la dimension objective de l'action privée

245. En consacrant, en dehors de dispositions expresses du traité⁶⁸⁹, la possibilité pour les particuliers de se prévaloir des droits qu'ils tirent directement du droit communautaire devant leur juge national, la Cour de justice fait explicitement de l'action des particuliers un contrôle parallèle aux procédures de constatation de manquement menées par la Commission ou les États membres⁶⁹⁰. Complété un an plus tard par le principe de primauté⁶⁹¹, l'effet direct a été perçu de manière explicite par la Cour comme un point de départ⁶⁹² devant permettre la pleine application des règles communautaires à travers leur invocation devant le juge national par les particuliers.

246. La théorie de l'effet direct consacrée dans l'arrêt *Van Gend en Loos* a fait l'objet de nombreuses études générales⁶⁹³. Si le propos est ainsi trop connu pour qu'on y insiste

⁶⁸⁸ Cf. *supra*. Chapitre 1, section 2, §145.

⁶⁸⁹ La seule référence de l'effet direct dans les traités est relative au règlement dont l'article 288 TFUE précise qu'il est « *directement applicable dans tout État membre* ».

⁶⁹⁰ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, préc., p. 25.

⁶⁹¹ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, préc.

⁶⁹² CJCE, 26 févr. 1991, *Commission c. Italie*, aff. C-120/88, pt 10 (« *la faculté offerte aux justiciables d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions directement applicables du traité ne constitue qu'une garantie minimale et ne suffit pas à assurer à elle seule l'application pleine et complète du traité* »). Dans le même sens v. également : CJCE, *Commission/Espagne*, aff. C-119/89, pt. 9 ; *Commission/Grèce*, aff. C-159/89, pt 10.

⁶⁹³ P. PESCATORE, « The Doctrine of "Direct Effect" : An Infant Disease of Community Law », *E. L. Rev.*, 1983, vol. 81, pp. 155-177, spéc. p. 155 ; A. DASHWOOD, « The Principle of Direct Effect in European Community Law » *JCMS*, 1978, vol. 16, pp. 229-245 ; J. H. H. WEILER, « The Community System : The Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, pp. 267-306 ; A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (dir.), *50ème Anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, Actes du colloque du 13 mai 2013, Cour de justice de l'Union européenne (disp. en ligne).

longuement, il nous semble néanmoins utile d'en rappeler certains aspects pour les besoins de la démonstration. En premier lieu, la signification communément accordée à la doctrine de l'effet direct est en parfaite adéquation avec la thèse défendue dans la présente étude : au-delà de la satisfaction individuelle, l'effet direct permet aux particuliers de se voir attribuer un véritable rôle normatif. L'originalité de la démarche consistant à faire des particuliers des vigies de l'effectivité du droit de l'Union a été largement défendue (1). Présentée comme une spécificité de la démarche fonctionnelle de l'Union, cette figure de vigie n'est pourtant pas si atypique tant elle rappelle celle de « Procureur privé » abordée précédemment. En second lieu, nous verrons que la présente étude comparative contribue à relativiser l'originalité de la logique objective qui la sous-tend (2).

1) Une originalité défendue en droit de l'Union

247. Une reconnaissance doctrinale unanime. En doctrine, il a été reconnu très tôt que les particuliers visent, par la revendication de leurs droits, à satisfaire non seulement leurs intérêts subjectifs, mais aussi ceux de la Communauté. Parmi une littérature abondante, nous présenterons les principales réflexions doctrinales qui en attestent.

248. Dès 1964, il est apparu évident que, dans la démarche de la Cour, il s'agit d'« *user de tous les moyens juridiques que le Traité lui offre pour imposer aux États une attitude communautaire* »⁶⁹⁴. Tous se sont ensuite largement accordés pour reconnaître que la stratégie de *Van Gend en Loos* a consisté à renforcer l'effectivité des règles communautaires en transformant les obligations objectives des États en droits individuels⁶⁹⁵. Pour Loïc AZOULAI, « *donner des facultés d'action aux particuliers, c'est créer de nouveaux moyens de contraindre les États* »⁶⁹⁶. Il poursuit en énonçant que « *la capacité d'agir des individus intéressés en faveur de la réalisation du marché commun est de loin supérieure à celle des gouvernements des États membres* »⁶⁹⁷. En ce sens, les auteurs ont eu de cesse, à l'image des institutions juridiques

⁶⁹⁴ J. AMPHOUX, « Note sur l'arrêt *Van Gend en Loos* », *RGDIP*, 1964, pp. 110-157, spéc. p. 120.

⁶⁹⁵ T. EILMANSBERGER, « The Relationship Between Right and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link », *CML Rev.*, 2004, vol. 41, spéc. p. 1204 ; C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE (dir.) *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, 2000, p. 2 ; N. REICH, « Rights Without Duties ? Reflections on the State of Liability Law in the Multilevel Governance System of the Community: Is There a Need for a More Coherent Approach in European Private Law ? », *EUI Working Paper*, Law 2009/10, p. 6. Plus récemment sur le particulier « agent de la légalité » : L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT, *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing, 2016.

⁶⁹⁶ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », préc., p. 34.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

américaines, de souligner le rôle complémentaire des individus avec celui de la Commission dans la mise en œuvre des règles⁶⁹⁸. Outre la poursuite de son intérêt personnel, le particulier concourt, au même titre que des autorités publiques, à l'intérêt de l'Union en s'assurant de l'effectivité de son droit dans les États membres⁶⁹⁹.

249. Certes, en conférant des droits directement aux individus, la doctrine de l'effet direct les transforme en véritable sujet de droit de l'Union⁷⁰⁰. Élément clé du processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique⁷⁰¹, cet aspect attaché à l'effet direct tend à lui accorder une dimension plus subjective en le plaçant au service de l'effectivité des droits garantis aux particuliers. Sur ce point, la question de la nature des droits conférés par les dispositions d'effet direct a ainsi suscité des débats doctrinaux afin de déterminer si leur action visait la protection de droits subjectifs. Certains ont préféré parler de « droits publics subjectifs » puisque l'individu les revendique contre l'État⁷⁰². Selon eux, la logique subjective

⁶⁹⁸ Sur la thèse de l'individu transformé en agent de contrôle, V. également, P. PESCATORE, « The doctrine of direct effect : an infant disease of Community law », *E. L. Rev.*, 1983, vol. 8, p. 155 ; M. DOUGAN, *National Remedies before the Court of Justice*, Hart Publishing, 2004, p. 76 (« the vast potential resources of the general European population (are) enlisted to supplement the Commission in its effort to secure the uniform and effective application of (EU) law »).

⁶⁹⁹ P. CRAIG, « One Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law », *OJLS*, 1992, pp. 453-479, spéc. p. 455. L'auteur rappelle les raisons qui ont poussé la Cour à la consécration de l'effet direct des règles du traité (« *Private actions, rendered possible by the concept of direct effect, complement the enforcement role of the Commission by sanctioning claims brought by individuals in their own capacity (...) direct effect creates a large number of "private attorney-generals", who operate not only to vindicate their own private rights, but also to ensure that the norms of the EEC treaty are correctly applied by the Member States* »). Dans le même sens : T. EILMANSBERGER, « The Relationship Between Right and Remedies in EC Law : In Search of the Missing Link », préc. ; E. CARPANO, « Les personnes physiques en droit européen, analyse comparée du droit européen des droits de l'homme et du droit communautaire », *ADE*, vol III, 2005, spéc. p. 18 (« *mais la consécration très large de l'effet direct en droit communautaire n'a pas seulement pour objet de permettre au juge national de reconnaître à un individu les droits qui sont contenus dans la norme communautaire. Elle remplit également une fonction précise, à savoir celle de garantir l'efficacité de l'application du droit communautaire* ») ; J. H. H. WEILER, « Van Gend en Loos : The individual as subject and object and the dilemma of European Legitimacy », *IJCL*, 2014, vol. 12, pp. 94-103.

⁷⁰⁰ V. not. sur ce point: J. H. H. WEILER, « Subjectifying and objectifying the individual », préc., p. 14. L'auteur a aussi développé la thèse de l'individu comme sujet et objet de droit (J. H. H. WEILER, « Van Gend en Loos : The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy », préc., p. 20). Plus récemment : J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, préc. Et sur les controverses relatives à la définition de sujet de droit : A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Sujet de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1452-1456, spéc. p. 1453.

⁷⁰¹ Sur ce point, v. les développements de J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, préc., pp. 134 et s. De manière générale sur cette notion : G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, 2011.

⁷⁰² N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, 2003. Il définit les droits publics subjectifs de la manière suivante : « *un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger - reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir - , dans un but personnel socialement légitime, un certain comportement de la part des personnes publiques, ce qui constitue l'objet de leur obligation, afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a expressément ou implicitement considéré comme licite* ».

est au cœur de cette notion puisque l'individu poursuit son intérêt personnel⁷⁰³. Pour d'autres, au contraire, la notion de droit subjectif peut être retenue en ce qu'elle n'apparaît pas incompatible avec toute considération plus objective d'effectivité des règles⁷⁰⁴, comme en témoignent les droits fondamentaux⁷⁰⁵. Pour leur part, Pierre PESCATORE et Léontin-Jean CONSTANTINESCO, ont défendu, en application de la théorie italienne, que l'effet direct protège indifféremment un droit subjectif ou intérêt légitime⁷⁰⁶.

250. Pour autant, si elle est encore défendue⁷⁰⁷, cette analyse subjectiviste est loin de faire l'unanimité en doctrine. Selon Loïc AZOULAI, lorsque la Cour déclare que « *l'objectif du traité [CEE] est d'instituer un marché commun qui concerne non seulement les États contractants, mais aussi leurs ressortissants* »⁷⁰⁸, celle-ci érige moins de véritables droits subjectifs que des « *droits du marché* » mis au service du renforcement de l'effectivité des obligations étatiques et, par-là, du projet politique d'intégration⁷⁰⁹. D'autres estiment qu'au regard de l'objectif poursuivi par la Cour en 1964, les libertés de circulation « *ne sont conçues que dans la perspective de la constitution d'une Communauté économique et ne sont que les moyens de la*

⁷⁰³ *Ibid.* Dans le même sens, Helmut MAURER définit la notion de droit public subjectif comme « *le pouvoir juridique conféré par le droit public à un individu d'exiger de l'État, en vue de poursuivre la satisfaction de ses propres intérêts, un comportement déterminé* » (H. MAURER, *Droit administratif allemand*, trad. M. FROMONT, LGDJ, 1995, p. 156).

⁷⁰⁴ Bien qu'elles ne soient pas définies comme de véritables droits subjectifs, certaines dispositions de droit de l'Union semblent pouvoir être « *interprétées de manière à donner des droits subjectifs aux citoyens, qui, eux, renforcent la mise en œuvre de ces normes en formulant des requêtes devant les juridictions nationales* » (M. RUFFERT, « *Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine* », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, 2011, pp. 149-159, spéc. p. 155).

⁷⁰⁵ La Cour de justice a elle-même considéré que les droits fondamentaux ne sont pas consacrés uniquement en vue de la protection de l'individu mais bénéficient d'une dimension plus collective. Elle énonce plus précisément qu'ils « *doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société* » (CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, pt 18). Sur la dimension objective du contentieux des droits fondamentaux : J. ARLETTAZ, J. BONNET, (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Acte du colloque du 12 déc. 2014, Pedone, 2015.

⁷⁰⁶ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes, Étude des sources du droit communautaire*, Réimpression de l'ouvrage publié aux Presses universitaires de Liège en 1975, Bruylant, 2006, spéc. p. 213 (« *non seulement dans des cas où des "droits subjectifs" au sens propre du terme sont en jeu, mais chaque fois que les justiciables ont intérêt à invoquer les règles du droit communautaire devant une juridiction nationale* ») ; L.- J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, préc., p. 20.

⁷⁰⁷ Édouard DUBOUT considère en ce sens que « *l'individu européen naît de l'octroi de droits subjectifs et de la capacité qui en découle à réaliser les objectifs de l'Union européenne* » et poursuit en énonçant que la construction européenne « *ne consiste pas seulement à instituer un système de production commune de droit objectif, mais aussi, et peut-être avant tout, à investir les individus de droits subjectifs les autorisant à puiser directement dans la construction de l'unité européenne des arguments afin de faire valoir leurs intérêts à l'encontre des décisions limitant leur autonomie* » (É. DUBOUT, « *L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus* », in C. BLUMANN, (Mél.), *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2015, pp. 135-150, spéc. pp. 135 et 137).

⁷⁰⁸ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc.

⁷⁰⁹ L. AZOULAI, « *Sur un sens de la distinction public/ privé dans le droit de l'Union européenne* », préc., p. 843.

réalisation de l'objectif économique »⁷¹⁰. En ce sens, Olivier PEIFFERT considère que l'omission de référence « aux droits subjectifs » dans l'arrêt *Van Gend en Loos* serait volontaire et estime par conséquent que « *la thèse de l'exclusion des droits subjectifs semble plus satisfaisante que celle de l'inclusion* »⁷¹¹. Si la Cour de justice mobilise la notion de droit subjectif, on peine à en systématiser l'utilisation et le sens qu'elle lui attribue⁷¹².

251. Sans nier la dimension subjective, nous souscrivons dans le cadre de la présente démonstration à l'appréhension plus objective, consistant à transformer le particulier en « véritable acteur de l'intégration »⁷¹³. Si, contrairement à ce qu'on observe dans la littérature américaine, l'emploi de l'expression « procureurs privés » ou « policiers privés » du droit communautaire est resté résiduel⁷¹⁴, les auteurs pointent unanimement la portée objective de l'action privée rendue possible par l'effet direct en reconnaissant que « *la revendication des droits de l'individu en vertu du droit de l'UE, qui poursuit ses intérêts privés, est utilisée dans l'intérêt public pour faire respecter le droit de l'UE par l'État membre* »⁷¹⁵. Dans le même sens, d'autres énoncent que les particuliers, « *quand ils revendiquent leurs droits, n'agissent pas seulement dans leur intérêt individuel, mais aussi, par ce qu'il est convenu d'appeler la subjectivation fonctionnelle, contribuent à faire respecter les obligations établies dans l'intérêt général* »⁷¹⁶. En ce sens, Catherine WARIN poursuit en énonçant que la reconnaissance de droits

⁷¹⁰ J.-F. RENUCCI, « Le développement d'un système de protection des droits de l'homme », in J. RIDEAU, (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, pp. 65-76, spéc. p. 70.

⁷¹¹ O. PEIFFERT, « Un possible malentendu en droit de l'Union européenne : le « droit subjectif » comme condition de l'effet direct », *RTD eur.*, 2017, pp. 665-695, spéc. p. 674.

⁷¹² Pour un résumé de la conception de la nature des droits conférés selon la Cour de justice V. : J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, préc. pp. 197-203.

⁷¹³ E. CARPANO, « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ADE*, 2018, pp. 45-84.

⁷¹⁴ Rare voire inexistante dans la doctrine francophone, l'expression est plus souvent utilisée dans la littérature anglophone (« *private attorney* », « *private policemen* »). V. en ce sens : C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE (dir.) *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, 2000, p. 2 ; S. DRAKE, « Scope of the Courage and the principle of "Individual liability" », *E. L. Rev.* 2006, pp. 841-864, spéc. p. 842 ; P. CRAIG, « Once Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law », préc., p. 455 ; J. H. H. WEILER, « The Community System: The Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, p. 273 ; « Décoder l'ADN politique et juridique de l'intégration européenne », *RUE*, 2012, pp. 569-583 ; « Cain and Abel – Convergence and Divergence in International Trade Law », in J. H. H. WEILER, *The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade ?*, Oxford University Press, 2000.

⁷¹⁵ S. BARDUTZKY, E. FAHEY, « The Subjects and Objects of EU Law : Exploring a Research Platform », *Report*, The City Law School, Londres, 2017, p. 7 (« *the vindication of the individual's rights under EU law, which pursues his private interests, is utilized for the public interest of upholding EU law in relation to the Member State* »).

⁷¹⁶ H. HOFMANN, C. WARIN, « Identifying Individual Rights in EU Law », *Law Working Paper Series, Faculty of Law, Economics and Finance*, Université du Luxembourg, n°4, 2017, p. 8 (« *when enforcing their rights, do not only act in their individual interest but also, by what has become known as functional subjectivation contribute to enforcing obligations established in the general good* »).

par le biais de la doctrine de l'effet direct « *permet à un nombre potentiellement infini d'individus d'œuvrer à la réalisation du droit de Union* »⁷¹⁷. Dans sa thèse soutenue en 2018, Julie RONDU résume parfaitement le débat en ayant recours à l'expression de « *subjectivation fonctionnelle* » pour décrire cet entremêlement entre l'intérêt subjectif et l'intérêt objectif de l'Union, l'un et l'autre étant intrinsèquement imbriqués⁷¹⁸.

252. Le succès reconnu de l'objectivation du contentieux. La doctrine européenne s'accorde également pour reconnaître le succès contentieux de cette « *objectivation du particulier* »⁷¹⁹ rendue possible par l'effet direct. Deux raisons principales ont de longue date été identifiées.

253. D'une part, et sans revenir sur les critères de l'effet direct⁷²⁰, l'ampleur des dispositions reconnues d'effet direct en matière verticale par la Cour a permis aux particuliers d'opposer de nombreux droits aux États en les invoquant directement devant les juridictions nationales. Dans la continuité de l'arrêt *Van Gend en Loos* au sujet des entraves tarifaires à la libre circulation des marchandises, la Cour a étendu la reconnaissance de l'effet direct aux autres volets de cette liberté⁷²¹ puis à l'ensemble des libertés de circulation⁷²². Il apparaît ainsi peu surprenant de constater que les particuliers ont largement saisi l'opportunité offerte par l'effet direct de contester une législation nationale qu'ils estimaient contraire aux règles du traité⁷²³. Si, pour

⁷¹⁷ C. WARIN, *Individual rights under Union law. A study on the relation between rights, obligations and interests in the case law of the Court of Justice*, préc., p. 75.

⁷¹⁸ Selon elle, la subjectivation fonctionnelle implique « *que les individus qui invoquent les droits qu'ils tirent du droit de l'Union poursuivent certes leurs intérêts particuliers, mais se transforment également en acteurs de l'intégration, œuvrant à l'accomplissement par les États membres de leurs obligations* » et que « *l'approche objective visant à faire respecter le droit de l'Union, et l'approche subjective visant à protéger les individus peuvent se cumuler* » (J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, préc. p. 141 et 167).

⁷¹⁹ J. H. H., WEILER, « *Van Gend en Loos: The individual as Subject and Object and The Dilemma of European Legitimacy* », préc., spéc. p. 102 (« *giving direct effect in the context of European governance, objectifies the individual or re-objectifies him or her* »).

⁷²⁰ V. not. sur les conditions nécessaires pour qu'une norme soit reconnu d'effet direct : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., 2001, spéc. p. 389. ; M. BLANQUET, « *Effet direct du droit communautaire* », *Rép. de droit eur.*, 2008, p. 30.

⁷²¹ À savoir les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli et Volpi*, aff. 74/76, pt. 13) et l'interdictions des impositions intérieures discriminatoires (CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke*, aff. C-57/65, pt. 302).

⁷²² En matière de libre prestation de service (CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, pt. 18) ; de libre circulation des travailleurs (CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, pt. 7.) ; et de libre circulation et de séjour du citoyen de l'Union (CJCE, 17 sept. 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, pt. 84). De manière générale sur ce point v. not.: B. DE WITTE, « *The Continuous Significance of Van Gend en Loos* », in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO, (dir.), *The Past and Future of EU Law: the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, préc., pp. 9-15.

⁷²³ L. AZOULAI, « *L'ordre concurrentiel et le droit communautaire* », préc., pp. 286-287 (« *De fait, les particuliers ont fait grand usage des garanties juridictionnelles des règles du marché. L'intégration européenne est en grande partie le résultat du développement du "contentieux économique communautaire". Car derrière les actions et*

Edouard DUBOUT, cette reconnaissance large de l'effet direct aux libertés fondamentales participe à un mouvement de subjectivisation⁷²⁴, elle témoigne aussi pour d'autres de « l'importance, dans la mise en œuvre du droit européen, de l'action en justice d'individus investis d'une possibilité de contester, devant le juge interne, les violations du droit européen par les États membres »⁷²⁵. D'ailleurs, outre les dispositions du droit primaire, la Cour a également reconnu l'effet direct des normes de droit dérivé. Si le cas des règlements a suscité peu de difficultés « en raison de sa nature et sa fonction au sein des sources du droit communautaire »⁷²⁶, la question était plus délicate au sujet des directives puisqu'elles laissent par définition le choix des moyens de mise en œuvre aux États membres. Pour autant, en reconnaissant dès 1974 que celles-ci peuvent bénéficier d'un effet direct après l'expiration du délai de transposition⁷²⁷, la Cour de justice a adopté une interprétation extensive afin précisément d'assurer son effet utile au même titre que l'ensemble du droit de l'Union⁷²⁸. Il est communément admis que l'effet direct vertical ascendant des directives s'analyse, certes, comme un moyen de garantir efficacement les droits qu'elles créent au profit des particuliers, mais aussi surtout comme une sanction du non-respect par l'État de son obligation de transposition⁷²⁹. En définitive, par sa reconnaissance large de l'effet direct en matière verticale, la Cour vise à s'assurer qu'un maximum d'individus sera au service de l'effectivité du droit de l'Union⁷³⁰.

intérêts des opérateurs économiques s'est toujours trouvé l'intérêt de la Communauté »). Pour un exemple en matière de taxes d'effet équivalant : E. CARPANO, « L'interdiction des taxes d'effet équivalant à des droits de douane : bilan jurisprudentiel », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, pp. 216-224.

⁷²⁴ É. DUBOUT, « Les mutations du champ d'application des libertés de circulation : la triple inconstance », in J.-Cl. MASCLÉ (Mél.), *La Constitution, l'Europe et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 542-570, spéc. p. 544.

⁷²⁵ J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen - Union européenne Conseil de l'Europe*, PUF, 2^{ème} éd., 2011, p. 133.

⁷²⁶ V. not. CJCE, 6 oct. 1970, *Grad*, aff. 9/70, Rec. p. 825, pt. 5 ; CJCE, 14 déc. 1971, *Politi*, aff. 43/71, pt 9 (le règlement, « en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire (...) produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger »).

⁷²⁷ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337, pt 12.

⁷²⁸ Certains considèrent en ce sens que cette reconnaissance de l'effet direct au profit des directives constitue l'extension la plus radicale de la solution *Van Gend en Loos* (E. STEIN, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », préc., p. 20).

⁷²⁹ D. SIMON, *La directive européenne*, Dalloz, 1997, p. 60.

⁷³⁰ C. WARIN, *Individual rights under Union law. A study on the relation between rights, obligations and interests in the case law of the Court of Justice*, préc., p. 455 (« [i]t is in the Union's best interest that as many individuals as possible engage in the mechanism of functional subjectivation and contribute to the enforcement of the rights and obligations laid down by Union law. The effectiveness rationale thus underpins the generosity with which the Court admitted an increasingly broad array of interests as triggers for individual rights, no matter whether the provisions that are claimed by individuals are expressly intended to protect them »). Dans le même sens et sur

254. D'autre part, d'un point de vue processuel, le mécanisme du renvoi préjudiciel a largement contribué à l'effectivité de cette logique objective en s'inscrivant comme complément du recours en manquement, engagé par la Commission, à l'encontre des États⁷³¹. Au regard de l'examen de la compatibilité entre le droit de l'Union et le droit national qu'il garantit, Pierre PESCATORE a considéré que le mécanisme de renvoi préjudiciel constitue « *the infringement procedure for the European citizen* »⁷³². Il permet de s'assurer efficacement de la conformité du droit national avec le droit de l'Union par le recours des particuliers devant les juridictions nationales, qui peuvent directement contraindre leurs États au respect des règles. À l'initiative même du « dialogue » entre le juge national et le juge de l'Union, le particulier contribue ainsi à surveiller le respect des règles par les États membres⁷³³. En définitive, par la possibilité accordée aux particuliers d'agir directement devant les juridictions nationales, la doctrine de l'effet direct « *demeure un instrument puissant par lequel le droit de l'UE pénètre le droit national* »⁷³⁴.

255. Les critiques de la dimension objective. Cette reconnaissance établie de la dimension objective, intrinsèque à l'effet direct, ne signifie pas pour autant une adhésion unanime des auteurs à la figure de « vigie ». Son appréciation doctrinale a, plus précisément, évolué au fil du temps. Après avoir pu compter sur le soutien des premiers auteurs, cette promotion du particulier comme agent de réalisation du projet d'intégration a, ensuite, suscité les critiques d'autres qui en ont révélé les soubassements idéologiques. Certains considèrent que le

l'apport de l'action des particuliers pour l'intégration européenne : R. DEHOUSSE, « L'Europe par le droit : Plaidoyer pour une approche contextuelle », L'Harmattan, 2000/1, pp. 63-83.

⁷³¹ R. LECOURT, « Quel eut été le droit communautaire sans les arrêts de 1963 et 1964 », in J. BOULOIS (Mél.), *L'Europe et le droit*, 1991, p. 349. L'auteur souligne que les renvois préjudiciels, qui ont vocation à s'assurer du respect par les États membres de leurs obligations communautaires, représentent près de 80% du contentieux devant la Cour de justice.

⁷³² P. PESCATORE, « Van Gend en Loos, 3 February 1963 - A View from Within », in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO, (dir.), *The Past and Future of EU Law: the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, pp. 3-8. V. également : B. DE WITTE, « The Impact of *Van Gend en Loos* on Judicial Protection at European and National Level: Three Types of Preliminary Questions », in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, (dir.), *50ème Anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, Actes du colloque du 13 mai 2013, préc., pp. 93-101.

⁷³³ J. H. H. WEILER, « Subjectifying and objectifying the individual », in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, (dir.), *CJUE, 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, actes du colloque tenu à Luxembourg, préc., pp. 11-22, p. 13. (« *Legally, Direct Effect construes mutual obligations among Member States as rights owed by States to individuals which national courts must protect. As a socio-legal phenomenon, Direct Effect harnesses the private economic, political and social interests of the individual in vindicating those rights to the public interest of ensuring the rule of law at the transnational level* »).

⁷³⁴ S. ROBIN-OLIVIER, « The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, Problems, Projections », in H. RUIZ-FABRI, G. F. SINCLAIR, A. ROSEN, (dir.), *Revisiting Van Gend en Loos*, Société de législation comparée, 2014, pp. 29-58, spéc. p. 30 (« *remains a powerful instrument through which EU law penetrates national legal systems* »).

particulier serait moins un sujet qu'un objet du droit de l'Union⁷³⁵. Plus particulièrement, la prise en compte de l'individu en tant que sujet du droit de l'Union servirait moins ses intérêts individuels que ceux de l'Union, le transformant ainsi en véritable « relais du pouvoir »⁷³⁶ contre l'État. Aussi, dans une perspective économique, cette figure objective de l'individu serait le reflet de la position néolibérale de l'Union qui aurait tendance à considérer comme « l'agent idéal », l'individu mobile qui bénéficie d'une valeur économique, au mépris de celui dont les intérêts ne coïncident pas avec ceux de l'Union⁷³⁷. Plus encore, l'orientation économique de la figure de « vigie » contribuerait, dans la démarche libérale de la Cour, à valoriser ses intérêts économiques en opposition à des choix de politique publique nationaux plus sociaux qu'économiques⁷³⁸.

256. Deux enseignements peuvent être déduits de cette évolution dans la perception doctrinale de la figure de « vigie ». Dans une perspective générale, elle suit celle qu'a connue le champ des études européennes : l'enthousiasme perceptible des juristes des premières heures envers la figure de « vigie » reflète leur adhésion avérée au projet européen⁷³⁹ alors que les critiques des juristes contemporains reflètent, pour leur part, le courant critique qui parcourt de manière large le champ des études européennes⁷⁴⁰. Dans la perspective plus spécifique à l'étude comparative, les critiques envers la figure de la vigie ne sont pas sans rappeler celles que connaît le modèle

⁷³⁵ S. BARDUTZKY, E. FAHEY, « The Subjects and Objects of EU Law: Exploring a Research platform », préc., p. 10.

⁷³⁶ *Ibid.* Cette thèse de l'individu comme « relai » du pouvoir a particulièrement été mise en lumière par Michel FOUCAULT. Selon lui, « l'individu n'est pas le vis-à-vis du pouvoir » mais aussi « un relai » puisque « le pouvoir transite par l'individu qu'il a constitué » (M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France, 1976, Gallimard /Seuil, 1997, p. 27. V. également : C. WARIN, *Individual rights under Union law. A study on the relation between rights, obligations and interests in the case law of the Court of Justice*, préc., spéc., p. 10.

⁷³⁷ C. WARIN, *Individual rights under Union law. A study on the relation between rights, obligations and interests in the case law of the Court of Justice*, préc., spéc., pp. 10 et 56 ; M. DANI, « The subjectification of the citizen in European public law », *EUI Working Paper Law*, 2015, p. 7 (disp. en ligne).

⁷³⁸ Certes, Miguel Poiaras MADURO a soutenu que l'intérêt de l'Union est censé garantir un intérêt général plus large visant à dépasser les égoïsmes nationaux. Il énonce ainsi que la Cour promeut les droits et intérêts « of the larger European political community (the majority) against the « selfish » or autonomous (...) decisions of national polities (the minorities) » (M. POIARES MADURO, *We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution, A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 1998, 208 p., p. 11). Pour autant, d'autres auteurs ont souligné que l'intérêt de l'Union demeure moins tourné vers les questions sociales qu'économique. Les premières relevant encore principalement du niveau étatique. V. sur ce point : C. JOERGES, F. RÖDL, « The “Social Market Economy” as Europe's Social Model ? », *EUI Working Paper Law*, 2004 (disp. en ligne) ; F. W. SHARPF, « Democratic Policy in Europe », *ELJ*, 1996, pp. 136-155 ; F. W. SCHARPF, « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », *JCMS*, 2002, pp. 645-670 ; C. JOERGES, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *RIDE*, 2006, pp. 245-284.

⁷³⁹ Sur leur rôle essentiel dans la construction européenne et dans l'affirmation de son droit : A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2013.

⁷⁴⁰ Sur ce point v. : L. AZOULAI, « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne*, 2015/4, pp. 82-98.

de « Procureur privé » aux États-Unis. Compter sur les particuliers pour assurer un rôle normatif est le reflet d'une instrumentalisation mise en œuvre par les institutions politiques et juridiques qui n'est pas neutre. Sans remettre fondamentalement en cause les spécificités du développement de la figure de vigie dans l'ordre juridique de l'Union, l'originalité de la démarche européenne peut être relativisée.

2) Une originalité relativisée par l'étude comparative

257. Dans le cadre de notre démonstration, l'intérêt doctrinal de l'affaire *Van Gend en Loos* tient dans l'association, à première vue originale, entre l'effet direct et le rôle accru des particuliers dans la mise en œuvre du droit. Le professeur Loïc AZOULAI a parfaitement mis en lumière la dimension instrumentale des droits et libertés économiques dans l'ordre juridique communautaire, employés aux fins de créer « *une sorte d'alliance objective entre la protection des droits individuels et la promotion de l'intégration* »⁷⁴¹. Aussi, Robert LECOURT, l'un des juges de la Cour au moment de l'arrêt *Van Gend en Loos*, affirmait lui-même que « *lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître les droits qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté* »⁷⁴².

258. Pour autant, l'originalité de cette « révélation » de la figure de « vigie » doit être nuancée dans le cadre de l'étude comparative, et ce à deux égards au moins.

D'une part, cette figure s'inscrit dans une logique connue de la structure fédérale, capable d'atteindre directement l'individu sans passer par les États⁷⁴³. D'autre part, l'originalité même de la formule choisie par la Cour de justice selon laquelle « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace* », peut également être nuancée. Le vocable apparaît extrêmement proche de celui employé par la Cour suprême dix ans plus tôt, dans l'arrêt *Lawlor* évoqué précédemment, dans lequel elle énonçait qu'il existe

⁷⁴¹ L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire » in A. PIROVANO (Mél.), *L'ordre concurrentiel*, préc., pp. 277-309. L'auteur souligne également que « *(d)ans l'ordre juridique communautaire, octroyer une liberté et lui conférer le rang de liberté fondamentale ne signifie pas seulement accorder un statut de protection individuelle, cela veut dire d'abord assurer l'effectivité de l'objectif d'intégration. Par-là l'ordre juridique communautaire appelle la participation de ses sujets "vigilants" à la réalisation des interdictions édictées par le traité* », p. 285.

⁷⁴² R. LECOURT, *L'Europe des juges*, réimp. 1976, Bruylant, 2008, p. 260.

⁷⁴³ Cf. *supra*. É. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », préc., p. 115. ; J. H. H. WEILER, « The transformation of Europe », préc., p. 20.

« un intérêt public à la mise en œuvre vigilante des règles antitrust »⁷⁴⁴. Certes, le propos ne se superpose pas parfaitement. La spécificité de l'objectif d'intégration, tacitement exprimé dans *Van Gend en Loos*, ne coïncide pas avec l'objectif particulier recherché derrière cette « instrumentalisation de l'action en dommages et intérêts triples »⁷⁴⁵ en matière *antitrust*. De plus, contrairement à la Cour suprême, la Cour de justice n'est jamais allée jusqu'à utiliser explicitement l'expression de « Procureurs privés »⁷⁴⁶. Néanmoins, ces dissemblances n'empêchent pas une finalité identique, perceptible dans la manière même avec laquelle la doctrine décrit le phénomène. Comme rappelé ci-dessus, les auteurs ont largement contribué à la consécration du rôle objectif des personnes privées dans la réalisation du droit de l'Union, au travers de l'effet direct. Il peut être remarqué, à titre subsidiaire, des ressemblances dans la construction de cette figure objective de « vigie ». Celle-ci a, en effet, suivi le même processus que son homologue américain de « procureur privé » : d'abord « révélée » par la Cour de justice, la figure de « vigie » a parallèlement pu compter sur le soutien appuyé de la doctrine⁷⁴⁷.

259. De l'« *Adversarial legalism* » à l'« *Eurolegalism* ». Le constat d'une convergence ne s'épuise pas dans la manière dont la jurisprudence et la doctrine appréhendent le rôle objectif du particulier. Des études en sciences politiques ont plus particulièrement mis en lumière les ressemblances dans la manière de concevoir le rôle de l'action privée dans la mise en œuvre du droit aux États-Unis et dans l'Union européenne. Faisant expressément référence aux travaux de Robert KAGAN⁷⁴⁸, David KELEMEN a vu dans la logique de l'Union – et plus particulièrement dans la démarche de la Cour de justice – la promotion d'une décentralisation proche de celle identifiée aux États-Unis. Le concept d'« *adversarial legalism* » trouverait, selon lui, son équivalent dans l'Union avec celui d'« *Eurolegalism* », qui mettrait en œuvre le droit de manière décentralisée par un « *empowerment* » des acteurs privés faisant valoir leurs droits. Alors que des concepts tels que ceux de « *regulation through litigation* » ou de « Procureur privé » « étaient considérés comme des phénomènes typiquement américains, anathème des modes de régulation européens »⁷⁴⁹, ils semblent désormais intégrés au mode de régulation

⁷⁴⁴ Charles Lawlor et al, préc.

⁷⁴⁵ Ibid.

⁷⁴⁶ Cf. *infra* §208. Sur cette forme d'omission volontaire dans l'affaire *Courage* (A. KOMNINOS, « Civil Antitrust Remedies Between Community and National Law », in C. BARNARD, O. ODUDU, (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, 2009, pp. 363-382, spéc. p. 382).

⁷⁴⁷ Cf *supra*, §217.

⁷⁴⁸ Pour une présentation de ces travaux : Cf *supra*, §185 et s.

⁷⁴⁹ R. D. KELEMEN, « Suing for Europe: Adversarial Legalism and European Governance », *Comp. Pol. Stud.*, 2006, vol. 39, p. 101 ; « The impact of the Court of Justice on the European Law Enforcement Architecture », in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, (dir.), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global*

européen. Les traités européens ont, selon lui, contribué à « *saper les styles nationaux de régulation connus dans les États membres* »⁷⁵⁰. Les facteurs de cette transformation dans la conception de l'*enforcement* dans l'Union seraient précisément proches de ceux identifiés au sein de la structure fédérale américaine. En substance, le libéralisme économique, la fragmentation politique ainsi que la faiblesse de l'appareil administratif seraient autant d'éléments qui inviteraient le législateur à compter sur les tribunaux pour mettre en œuvre les normes qu'il édicte. Enfin, à l'image de la conception américaine, la construction d'une « *European judiciary* » serait une solution pragmatique à la réalisation des normes de l'Union en ne nécessitant pas la mobilisation de ressources publiques⁷⁵¹.

260. En définitive, l'étude a montré que la doctrine de l'effet direct constitue le soubassement théorique du *private enforcement* en matière verticale dans l'Union. Dans une démarche similaire à celle connue aux États-Unis, l'instrumentalisation de l'action des particuliers qu'implique l'effet direct a eu vocation à transformer le particulier en gardien de l'effectivité des règles objectives de l'Union. Pour autant, l'efficacité même de cette stratégie d'objectivation aurait pu être mise en échec par l'organisation des systèmes judiciaires et l'aménagement des voies de droit au niveau national. Tout en reconnaissant le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale⁷⁵², la Cour a par la suite cherché à renforcer le cadre normatif de cette contribution de l'action privée au travers du développement d'un véritable « droit au juge ». Cette consécration s'inscrit incontestablement dans les évolutions de la construction européenne, notamment en matière de droits fondamentaux. Néanmoins, sans négliger l'importance de ce « *droit à une protection juridictionnelle effective* » pour la protection des droits individuels que les particuliers tirent du droit de l'Union⁷⁵³, ce fondement paraît ici surabondant en ce qu'il s'inscrit, dans l'ordre juridique de l'Union, dans la continuité de la stratégie de l'effet direct au service de la dimension objective.

Perspective, Hart Publishing, 2016 (« *were seen as distinctly American phenomena, anathema to European modes of regulation* »).

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.* Sur les limites de la convergence V. précisément la comparaison de Robert KAGAN : « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », préc. ; « American and European ways of law : six entrenched differences », *Institute of European Studies*, paper 060407, 2006, p. 11.

⁷⁵² Sur ce principe : Cf. *infra*, §263 et s.

⁷⁵³ V. not. à propos du mandat d'arrêt européen : CJUE, 5 avr. 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU ; CJUE, Gde. Ch., 25 juill. 2018, *LM.*, aff. C-216/18 PPU et la jurisprudence postérieure.

B) Un fondement surabondant : le droit au juge au service de la dimension objective de l'action privée

261. À l'échelle de l'Union, la reconnaissance d'un droit au juge⁷⁵⁴ apparaît synonyme d'une action des particuliers *a priori* déconnectée de la préservation de l'ordre juridique de l'Union, au profit d'une dimension plus subjective de sauvegarde des droits des particuliers. Pourtant, l'intérêt subjectif du requérant à faire entendre sa cause par un tribunal semble une nouvelle fois s'entremêler avec les impératifs d'application uniforme et d'effectivité du droit de l'Union. La consécration d'un véritable « *droit à une protection juridictionnelle effective* » est apparue pour la Cour comme un nouveau mécanisme au service du renforcement de la situation du particulier dans le système de contrôle juridictionnel garantissant l'effectivité du droit de l'Union.

262. Cette dimension objective du droit au juge était d'ailleurs en germe dès l'origine. Si la Cour semblait marquer l'importance de la « *protection juridictionnelle directe des droits individuels* »⁷⁵⁵ dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, elle l'assimilait néanmoins à la doctrine de l'effet direct. À cet égard, un auteur estime que « *la protection des droits individuels n'était certainement pas au sommet des priorités de la Cour à ce moment-là. Le droit "objectif" occupait cette place* »⁷⁵⁶. Néanmoins, le succès de la démarche objective, rendu possible par la reconnaissance de l'effet direct, allait dépendre de l'efficacité de la protection juridictionnelle des particuliers dans l'ordre juridique national⁷⁵⁷. Dans ce contexte, le droit au juge a, dans un premier temps, servi à encadrer voire dépasser l'autonomie procédurale des États membres (1). Sans rentrer dans le détail au risque de dépasser le champ de l'étude, nous verrons dans un second temps que la jurisprudence la plus récente de la Cour témoigne de la persistance de la logique objective du droit au juge : la protection juridictionnelle effective des justiciables est placée au service du contrôle systémique de l'État de droit de l'Union (2).

⁷⁵⁴ Sur sa consécration dans l'arrêt CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, préc. : Cf. *supra*, §149. L'expression « droit au juge » est officiellement dénommée « droit à une protection juridictionnelle effective » ou « droit à un recours effectif ».

⁷⁵⁵ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc., pt 25.

⁷⁵⁶ T. EILMANSBERGER, « The Relationship Between Right and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link », préc., spéc. p. 1204. (« *The protection of individual rights was probably not at the top of the Court's agenda at that time anyway. 'Objective' community law occupied that place* »).

⁷⁵⁷ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD Civ.* 1993, n°1, p. 33 et s. cité par F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », préc., spéc. p. 145 dans lequel il rappelle qu'en France le droit au juge naturel est dominé par le principe d'égalité devant la loi.

1) Le droit à une protection juridictionnelle effective comme outil originel d'encadrement
puis de dépassement de l'autonomie procédurale

263. Dans la démarche de la Cour, la consécration d'un droit au juge ne peut être déconnectée des obligations incombant aux États membres. Si les traités ont, dès l'origine, prévu un contrôle juridictionnel complet pour les institutions de l'Union⁷⁵⁸, ils ne contenaient pas de dispositions expresses relatives aux sanctions des obligations pesant sur les États par les particuliers⁷⁵⁹. Il apparaissait ainsi nécessaire de renforcer la situation du justiciable dans le contrôle juridictionnel « *en lui permettant d'utiliser au mieux tous les mécanismes qui étaient aussi prévus pour la protection de ses droits* »⁷⁶⁰ afin, selon l'expression du Président MERTENS DE WILMARS, de s'assurer de « *l'effet utile de l'effet direct du droit communautaire* »⁷⁶¹. La pratique et la jurisprudence de la Cour témoignent ainsi de ce renforcement de la place du justiciable à travers la consécration de son droit à une protection juridictionnelle effective.

264. La doctrine s'accorde pour reconnaître la difficulté de mesurer la portée de ce droit, développé de manière *ad hoc* par la Cour de justice⁷⁶² avant sa consécration dans la Charte. Si les auteurs⁷⁶³ ou les avocats généraux⁷⁶⁴ ont tenté de mesurer les différents aspects que peut

⁷⁵⁸ CJCE, 23 avr. 1986, *Les Verts/ Parlement*, 294/83, pt 23 ; CJCE, 25 juill. 2002, *UPA c/ Conseil*, aff. C-50/00, pt 40.

⁷⁵⁹ Seuls la Commission et les États membres peuvent intenter un recours en manquement, régi par les articles 258 et s. TFUE. Autrement, il n'existe aucun recours ouvert aux particuliers qui souhaiteraient dénoncer la conduite d'un État devant la juridiction de l'Union.

⁷⁶⁰ G. TESAURO, « La responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire », *RMUE*, 1996, p. 16.

⁷⁶¹ J. MERTENS DE WILMARS, « L'effectivité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *Cah. dr. eur.*, 1981, pp. 379-409, spéc. p. 381.

⁷⁶² F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », préc. p. 146.

⁷⁶³ Les termes mêmes utilisés par la Cour varient selon les arrêts : CJCE, 10 avr. 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, « une protection juridictionnelle effective et efficace » ; CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich*, Aff. jtes. C 6/90- 9/90 « efficacité » ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93 « protection effective des droits ». Sur les contributions des auteurs : R. CARANTA, « Judicial Protection Against Member States : A New Jus Commune Takes Shape », *CML Rev.*, 1995, vol. 32, pp. 703-726 ; D. CURTINS, « Directives : The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights », *CML Rev.*, 1990, vol. 27, pp. 709-739 ; H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, pp. 619 et s. ; G. TESAURO, « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and National Courts », *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 1-17 ; E. SZYSZCZAK, « Making Europe More Relevant to its Citizens: Effective Judicial Process », *E. L. Rev.* 1996, p. 351-364. Pour une approche générale v. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », préc., spéc. p. 141 et s.

⁷⁶⁴ A. G. VAN GERVEN, « Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies? », *CML Rev.*, 1995, vol. 32, pp. 679-702 ; Ccl. ALBER sur CJCE, 4 déc. 2003, *Evans* aff. C-63/01, pt. 76 ; Ccl. LEGER sur CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, pt. 35 (« l'obligation pour l'État de réparer les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire participe à garantir la pleine efficacité du droit communautaire au moyen d'une protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent de l'ordre juridique communautaire. Bien plus, le

revêtir la notion d'effectivité, nous nous concentrons, pour les besoins de la démonstration, sur leur systématisation de la jurisprudence de la Cour au travers de l'identification de trois générations de contentieux⁷⁶⁵.

265. Les contentieux de « première » et « seconde génération ». Après avoir établi les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union et notamment la reconnaissance de l'effet direct⁷⁶⁶, la Cour s'est engagée dans un contentieux dit de « seconde génération »⁷⁶⁷ revenant à encadrer voire limiter l'autonomie procédurale des États membres. La stratégie *Van Gend en Loos*, visant à garantir la bonne application du droit communautaire par la reconnaissance de son effet direct, se serait avérée insuffisante si les voies de recours nationales avaient pu faire obstacle à l'action des particuliers. Affirmé par la Cour dans les arrêts *Rewe* et *Comet*⁷⁶⁸ puis conceptualisé par la doctrine⁷⁶⁹, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale révèle l'application décentralisée du droit de l'Union dans les États membres dont ces derniers ont en charge l'exécution matérielle⁷⁷⁰. Le traité n'ayant pas eu l'intention de créer de nouvelles voies de droit au sein des ordres juridiques nationaux, ces droits individuels à la « structure objective »⁷⁷¹ que les particuliers tirent de l'effet direct sont amenés à être mis en œuvre par les juges nationaux selon les voies de recours et modalités procédurales des États membres⁷⁷². Pour autant, la Cour a précisé qu'en l'absence de réglementation communautaire, les États et, plus particulièrement, les juridictions nationales, doivent assurer une protection

principe de la responsabilité de l'État constitue le prolongement nécessaire du principe général de protection juridictionnelle effective ou du « droit au juge », dont l'importance a été régulièrement soulignée par la Cour et dont la portée a été constamment étendue au fil de sa jurisprudence »).

⁷⁶⁵ Pour une présentation générale et détaillée : T. EILMANSBERGER, « The Relationship Between Right and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link », préc.

⁷⁶⁶ Cf. *supra* §245 et s. Cette étape a été qualifiée de contentieux de « première génération ».

⁷⁶⁷ Sur la première utilisation de l'expression « seconde génération » v. J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales », préc.

⁷⁶⁸ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76.

⁷⁶⁹ Concernant cette expression en doctrine voir : J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864 et s. ; B. LE BAUT, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, thèse Lyon 3, 1996. Principe qui a connu une consécration explicite par la Cour de justice dans l'arrêt CJCE, 29 janvier 2009, *Migrationsverket*, aff. C-19/08, pt. 47 puis Gde. Ch. 7 décembre 2010, *VEBIC*, aff. C- 439/08, pts. 63-64 dans lesquels elle se réfère expressément au principe de l'autonomie procédurale des États membres.

⁷⁷⁰ Article 291 (1) TFUE : « Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ».

⁷⁷¹ L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/ privé dans le droit de l'Union européenne », préc., p. 843.

⁷⁷² CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 ; 10 juill. 1980, *Mireco*, aff. 826/79.

effective aux droits tirés de l'effet direct⁷⁷³ en veillant, d'une part, à ce que les modalités procédurales ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et, d'autre part, à ce qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)⁷⁷⁴. Ce contentieux de « seconde génération » a ainsi consisté à imposer aux juridictions nationales d'appliquer les types d'action déjà prévus en droit interne afin de garantir l'exercice effectif des droits individuels⁷⁷⁵.

266. Le contentieux de « troisième génération ». Le contentieux de « troisième génération »⁷⁷⁶ s'extrait du contexte national existant pour imposer des moyens de protection spécifiques aux États membres. La protection effective des droits individuels apparaît ici largement entremêlée avec l'objectif plus large d'efficacité du droit de l'Union, comme en témoignent les concrétisations pratiques du droit au juge dans la jurisprudence de la Cour.

S'inscrivant dans la continuité de l'arrêt *Simmenthal*⁷⁷⁷, la Cour énonce dans l'arrêt *Factortame I*⁷⁷⁸ que le juge doit écarter l'application d'une règle procédurale qui empêcherait le juge national d'ordonner des mesures provisoires. L'intérêt individuel de se voir accorder des mesures provisoires est largement relativisé au profit de la nécessité de garantir la pleine efficacité du droit communautaire. Mais la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire constitue, selon nous, le point culminant de cette prédominance de la justification objective du droit au juge. Dans l'arrêt *Francovich* de 1991⁷⁷⁹, la Cour justifie la

⁷⁷³ CJCE, 19 déc. 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, spéc. p. 675 et 676 ; CJCE, 9 juill. 1985, *Bozzetti*, aff. 179/84, pt 17 ; CJCE, 18 janv. 1996, *SEIM*, aff. C-446/93, pt 32 ; CJCE, 17 sept. 1997, *Dorsh Consult Ingenieurgesellschaft*, aff. C-54/96, pt. 40.

⁷⁷⁴ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, préc. pt. 5 ; *Comet*, préc., pts 13 à 16, Puis principes réaffirmés par la suite : CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, pt. 12 ; CJCE, 20 sept. 2001, *Courage et Crehan*, préc. ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc. ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, pt. 43.

⁷⁷⁵ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », préc., spéc. p. 145.

⁷⁷⁶ V. également sur le contentieux dit de « troisième génération » : D. CURTIN, K. MORTELMANS, « Application and Enforcement of Community Law by Member States : Actors in Search of a Third Generation Script », in *Essays in Honour of H. G. Schermers*, vol. II, Nijhoff Publishers, 1994, pp. 423-466, spéc. p. 433.

⁷⁷⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

⁷⁷⁸ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame I*, aff. C-213/89, pts 20-21. Pour une confirmation plus récente : CJUE, 15 janv. 2013, aff. C-416/10, *Krizan et al.*, pt 107.

⁷⁷⁹ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90. La question de la responsabilité des États membres a donné lieu à une littérature abondante après l'arrêt *Francovich*. V. not. F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTD eur.*, 1992, pp. 27-50 ; N. EMILIOU, « State Liability Under Community Law : Shedding More Light on the Francovich Principle ? », *E. L. Rev.*, 1996, vol. 21, pp. 399-411 ; A. BARAV, « State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts », *Yearbook of European Law*, 1996, pp. 87-128 ; M. WATHELET, S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *Cah. dr. eur.* 1997, pp. 13-66.

consécration d'un véritable « droit à réparation » en s'appuyant, d'une part, sur l'effet direct et l'obligation pour les juges nationaux d'assurer le plein effet des règles communautaires et, d'autre part, sur l'obligation de coopération loyale prévue à l'ancien article 5 CEE. Elle énonce alors que « *la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre* »⁷⁸⁰. Certes, le droit à réparation consacré par la Cour permet au particulier d'obtenir satisfaction de son intérêt individuel. Pour autant, ce dernier apparaît secondaire – ou incident – dans le discours de la Cour par rapport à l'impératif objectif d'efficacité des règles⁷⁸¹. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononçait l'avocat général MISCHO en estimant que l'obligation de réparation avait pour avantage d'inciter fortement les États membres à respecter leurs obligations, notamment en matière de transposition des directives⁷⁸². Le droit à la protection juridictionnelle effective semble saisi de manière instrumentale par la Cour, comme le résume très justement Giuseppe TESAURO : « *(e)n définitive, la situation du particulier a été utilisée pour consolider la Communauté de droit, en réalisant l'effectivité du système grâce aussi à l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits conférés aux particuliers* »⁷⁸³.

267. Bilan. La consécration progressive du droit à une protection juridictionnelle effective s'inscrit dans le cadre juridique complexe relatif au système de contrôle juridictionnel confié aux juges nationaux et censé garantir l'application uniforme et effective du droit de l'Union. Ce contexte témoigne des limites de la logique purement subjective du droit au juge dans l'ordre juridique de l'Union⁷⁸⁴. Plus précisément, la dimension subjective ne peut pas être déconnectée des problématiques spécifiques liées à l'articulation du droit de l'Union avec celui des États membres et à l'objectif de bon fonctionnement du système juridique au service de la consolidation du processus d'intégration. En ce sens, le droit au juge s'inscrit dans la même

⁷⁸⁰ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich*, pt 33.

⁷⁸¹ T. EILMANSBERGER, « The Relationship Between Right and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link », préc., spéc. p. 1207 (« *most of these cases, even though in effect strengthening individual rights protection to a certain (...) degree, primarily focus on securing direct and supreme applicability of EC law through improving their susceptibility to being invoked* »).

⁷⁸² Cel. MISCHO sur CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich*, préc., pt. 92. Cette solution a été confirmée dans l'arrêt CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, préc. à propos de la responsabilité du fait des lois. La Cour énonce que la condition imposée par le droit allemand en cas de violation par le législateur fait obstacle à l'obligation du juge national « *d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire en garantissant une protection effective des droits des particuliers* » pt. 72.

⁷⁸³ G. TESAURO, « La responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire », préc., p. 16.

⁷⁸⁴ Cf. *supra*, §145 et spéc. §151.

stratégie que l'effet direct, à savoir une instrumentalisation des droits individuels au profit de l'efficacité des règles communautaires. La Cour a fait reposer les obligations imposées aux États membres sur l'obligation d'une protection efficace des particuliers victimes d'une violation du droit de l'Union⁷⁸⁵. Cette logique objective originelle semble avoir perduré dans la jurisprudence post Lisbonne. Plus précisément, la jurisprudence de la Cour la plus récente témoigne du rôle objectif du droit à une protection juridictionnelle pour la préservation de l'État de droit dans l'Union.

2) Le droit à une protection juridictionnelle comme outil récent de contrôle systémique du respect de l'État de droit

268. La réponse juridictionnelle que la Cour a récemment apportée à la crise de l'État de droit illustre parfaitement la logique objective qui sous-tend le droit à une protection juridictionnelle effective. Sa lecture combinée des articles 19 §1 alinéa 2 TUE et 47 de la Charte témoigne plus précisément de cet entremêlement entre la recherche de protection d'un droit fondamental et la poursuite de l'intégration par le droit⁷⁸⁶.

269. Face à l'inefficacité de l'article 7 TUE, le recours au droit à une protection juridictionnelle effective est apparu aux yeux de la Cour comme l'outil le plus pertinent pour condamner les politiques illibérales menées par la Hongrie et la Pologne. L'arrêt de 2018 *Association des juges portugais*⁷⁸⁷ a constitué le point de départ de cette jurisprudence en utilisant pour la première fois l'article 19, §1, alinéa 2 TUE comme base juridique autonome pour évaluer la conformité d'une norme de droit national au droit de l'Union. Par la suite, il ressort plus spécifiquement

⁷⁸⁵ Elle s'est pour cela fondée aussi bien sur l'effet utile des règles communautaires, le principe de coopération ou de loyauté de l'ancien article 10 CE, ou encore l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cette complexité a pu s'expliquer par l'absence de disposition particulière dans les traités laissant à la Cour un pouvoir « *quasi discrétionnaire* » dans la détermination de l'étendue de la protection juridictionnelle par le juge national (F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », préc., p. 146). Des auteurs s'exprimaient néanmoins en faveur d'un cadre normatif plus abouti et cohérent (S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2005), p. 172 (« (...) *the national courts' Community law mission is in urgent need of obtaining a more solid theoretical underpinning and, in terms of positive law, an explicit basis, preferably in both Community and national law* »). Si le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe avait pour ambition de fournir le cadre du fonctionnement de l'Union européenne pour les cinquante prochaines années, il ne contenait pas de propositions visant à codifier les caractéristiques essentielles de la mise en œuvre du droit de l'Union telles que l'effet direct, la responsabilité de l'État, ou les principes d'effectivité et d'équivalence.

⁷⁸⁶ Dans le même sens : E. MUIR, « La plus-value de la Charte : À la croisée de plusieurs systèmes juridiques », *Cah. Dr. Eur.*, 2021, spéc. pp. 66-67 (« *l'article 47 se trouve à la croisée des chemins entre le narratif sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union et celui relatif à l'intégration européenne par le droit* »). Pour une synthèse et une critique de la jurisprudence récente : Ccl. Michal BOBEK du 23 sept. 2020, *AX c/ Statul Român*, aff. C-397/19. V. également : L. BADET, « À propos de l'article 19 du TUE, pierre angulaire de l'action de l'Union européenne pour la sauvegarde de l'État de droit », *Cah. dr. eur.*, 2020, pp. 57-106.

⁷⁸⁷ CJUE, 27 févr. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16.

des arrêts rendus dans le contexte juridico-politique de la réforme du système judiciaire polonais que l'article 19 §1, alinéa 2 TUE, lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte, permet à la Cour de procéder à un contrôle objectif. Certes, ces affaires dépassent le cadre de l'action privée *stricto sensu* étant donné qu'il ne s'agit pas ici d'invocation par les particuliers eux-mêmes de leur droit à une protection juridictionnelle, mais de l'invocation d'un risque pour l'indépendance des juges. Pour autant, ce point révèle la logique objective sous-jacente : derrière la protection juridictionnelle effective des justiciables se joue, de manière à peine dissimulée, l'enjeu de la protection des valeurs de l'Union et notamment celle de l'État de droit⁷⁸⁸.

270. Bilan. En définitive, il découle de cette première étape de l'étude qu'il est largement admis que la Cour de justice a consacré le rôle normatif des particuliers à travers cette figure de « vigie du droit communautaire » telle qu'issue de l'arrêt *Van Gend en Loos*. Le contentieux de la concurrence, objet de notre étude, est l'occasion de remarquer que la Cour poursuit, dans un cadre horizontal, la stratégie établie de l'effet direct consistant en l'instrumentalisation des droits individuels au profit des règles objectives, et cela comme nous le verrons, dans la quasi-ignorance de la problématique de l'accès au juge.

§ 2 – La transposition progressive de la figure objective dans les rapports horizontaux : l'exemple du droit de la concurrence

271. L'application horizontale des dispositions du traité a été consacrée dès l'arrêt *Van Gend en Loos* lorsque la Cour de justice fait du droit communautaire « *une source immédiate de droits et obligations pour (...) des particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire* »⁷⁸⁹. Cette assertion implique dès l'origine que le droit communautaire peut gouverner les rapports entre particuliers et être ainsi susceptible de créer des droits dont ils peuvent demander le respect devant les juridictions nationales. Plus particulièrement dans le champ de notre étude, il n'est guère surprenant de constater que la Cour n'a eu aucun mal à déclarer, dans l'arrêt *SABAM* du 30 janvier 1974, que les règles de concurrence du traité

⁷⁸⁸ CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18, spéc. pt. 47 ; CJUE, gr. ch., 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18 et C-563/18, *Europe* n° 5, Mai 2020, comm. 140.

⁷⁸⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc., pt 15.

« engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder »⁷⁹⁰.

272. Si la reconnaissance de ces droits est établie, il n'en demeure pas moins que ces derniers sont pour leur part déconnectés de toutes obligations étatiques. Ainsi, leur nature « privée » pourrait *a priori* faire obstacle à la transposition de la trajectoire identifiée en matière verticale consistant à faire de l'action des particuliers un instrument de mise en œuvre du droit objectif. À cette considération générale s'ajoute, plus spécifiquement au champ de l'étude, la conception traditionnelle de la responsabilité civile qui conçoit l'action en réparation comme un litige opposant deux personnes privées et dont la seule vocation est la satisfaction individuelle du requérant. Ces deux considérations peuvent expliquer les réticences de la doctrine à reconnaître pleinement la dimension objective des actions intentées à la suite d'une pratique anticoncurrentielle⁷⁹¹. Pourtant, à l'évidence, rien ne s'oppose, en droit de l'Union, à transposer la figure de « vigie » aux litiges horizontaux. Au contraire, le champ de l'étude est une remarquable illustration d'un domaine dans lequel les règles consistent à « *projeter des obligations sur l'ensemble des opérateurs économiques* »⁷⁹², de sorte que les droits que les particuliers tirent du droit de l'Union « *ont essentiellement une fonction de protection des obligations qui pèsent sur les opérateurs économiques* »⁷⁹³. Dans la lignée de la Cour suprême américaine, la Cour perçoit, dès l'arrêt de principe sur la question⁷⁹⁴, les sanctions civiles – et notamment l'action en réparation – comme un moyen de renforcer l'application du droit de la concurrence. Elle transpose ainsi la logique objective de l'effet direct en se fondant explicitement sur l'effet direct des articles 101 et 102 TFUE dans les relations entre particuliers pour justifier la consécration d'un droit à réparation du requérant (A). En outre, et bien qu'on ait pu démontrer la dimension objective du droit au juge dans l'Union, la Cour n'a, jusqu'à présent, pas pris la peine de faire un détour par ce fondement. La quasi-ignorance de la problématique du droit à une protection juridictionnelle dans le contentieux concurrentiel apparaît comme une confirmation que la Cour entend moins privilégier la logique subjective qu'objective en matière d'actions privées de concurrence (B).

⁷⁹⁰ CJCE, 30 janv. 1974, BRT *Sabam*, aff. 127/73, pt 16 ; *Delimitis*, 28 fév. 1991, aff. C-234/89 à propos des articles 85§1 et 86 TCE.

⁷⁹¹ Cf *supra* Chapitre 1, section 2, paragraphe 2, B) sur le sentiment d'embarras des auteurs vis-à-vis de la portée à accorder à l'action en réparation.

⁷⁹² L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », préc., spéc. p. 843.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, préc.

A) L'effet direct comme fondement prédominant à la reconnaissance du droit à réparation

273. Bien qu'*a priori* la question des actions en dommage et intérêt en matière de concurrence aurait pu relever du seul juge national appliquant sa loi nationale de responsabilité civile, la Cour de justice s'en est saisie dans l'affaire *Courage* de 2001. La consécration européenne d'un droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles afin de garantir l'effectivité des règles de concurrence est toutefois peu surprenante. D'abord prévisible au sein même de l'ordre juridique de l'Union (1), la solution de la Cour apparaît, dans le cadre de la présente étude comparée, largement inspirée de la position de la Cour suprême américaine (2).

1) Une solution prévisible en droit de l'Union

274. La jurisprudence *Courage*. Cette affaire constitue l'étape décisive du développement jurisprudentiel des actions privées dans l'Union. Parmi les différents apports de cette solution⁷⁹⁵, nous nous limiterons à celui qui retient notre attention dans le cadre de la présente démonstration : le rôle attribué à l'individu dans la mise en œuvre effective des règles objectives de concurrence, par la reconnaissance de l'effet direct. Revenons-en d'abord brièvement aux faits. Le litige à l'origine de l'affaire était contractuel et opposait un distributeur de bière et un brasseur : le premier arguait de la nullité du contrat en droit de la concurrence pour se défendre d'une assignation en paiement de différentes livraisons et réclamer des dommages et intérêts au second. Saisie à titre préjudiciel par la *Court of Appeal* de Londres, la Cour de justice était interrogée sur la compatibilité avec le droit communautaire de la législation anglaise, et plus spécifiquement la doctrine de *common law* « *in pari delicto* » (ou « *nemo auditur* ») qui empêche une partie à un accord illicite de réclamer des dommages et intérêts à son cocontractant.

275. La Cour prend tout d'abord le soin de rappeler la spécificité de l'ordre juridique de l'Union et, notamment, ses caractéristiques essentielles au travers de la doctrine de l'effet direct et de la primauté. Elle poursuit en rappelant, d'une part, sa jurisprudence antérieure relative au caractère fondamental des règles de concurrence pour le fonctionnement du marché intérieur (*Eco Suisse*) et d'autre part, l'effet direct des articles 85 et 86 (*BRT SABAM*). À ce stade du

⁷⁹⁵ Not. sur les conséquences procédurales, l'eupéanisation voire la colonisation du champ de compétence nationale en droit privé : V. C. JOERGES, A. FURRER et O. GERSTENBERG, *Challenges of European Integration to Private Law*, The Collected Courses of the Academy of European Law, vol. VII, Book 1, 1996, Kluwer Law International, 1999, p. 281.

raisonnement, la Cour conclut que « *tout particulier est en droit de se prévaloir en justice* »⁷⁹⁶ d'une violation des règles de concurrence.

276. En formulant un droit de demander réparation, la Cour s'inscrit ensuite dans sa jurisprudence traditionnelle visant à garantir la pleine efficacité des normes par la protection des droits que le particulier tire du droit de l'Union⁷⁹⁷. Elle rappelle, comme dans l'affaire *Francovich*, que le principe d'efficacité des normes communautaires implique aussi bien une dimension subjective – la protection des droits individuels – qu'une dimension objective – l'effet utile des normes de l'Union. Mais elle ajoute également qu'« *(u)n tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté* »⁷⁹⁸. Dans sa jurisprudence postérieure, la Cour n'a eu de cesse de rappeler cette dimension instrumentale du droit de demander réparation aux fins de renforcer le caractère dissuasif des règles de concurrence, en contribuant ainsi au maintien d'une concurrence effective dans l'Union⁷⁹⁹.

277. Portée. L'arrêt *Courage* peut faire l'objet de nombreuses lectures. Certains ont adopté une lecture restrictive en ne voulant voir dans cette solution qu'une application mesurée de la jurisprudence traditionnelle relative à l'encadrement de l'autonomie procédurale (assimilable en substance au contentieux de « seconde génération »)⁸⁰⁰. Une autre partie des observateurs a, en revanche, souligné l'originalité de cet ajout qui n'existait pas dans l'affaire *Francovich*. Selon eux, la Cour exprime alors explicitement l'approche instrumentale et fonctionnelle

⁷⁹⁶ *Ibid.* pt. 24.

⁷⁹⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc., pt 16 ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, préc., pt 19 ; CJCE 19 nov. 1991, *Francovich, Bonifaci, e.a. c/ Italie*, préc.

⁷⁹⁸ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, préc., pt 27.

⁷⁹⁹ Ce paragraphe est en effet retranscrit à l'identique dans tous les arrêts sur la question : CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc., pt 91 ; CJUE, 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis*, aff. C-199/11, pt 42 ; CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer*, aff. C-360/09, pt 29 ; CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie e.a.*, aff. C-536/11, pt 23 ; CJUE, 5 juin 2014, *Kone e.a c/ ÖBB-Infrakstruktur AG*, aff. C-557/12, pt 23. Jusqu'à sa jurisprudence la plus récente : CJUE, 14 mars 2019, *Skanska*, aff. C-724/17, pt 44 ; CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich e. a.*, aff. C-435/18, pt. 24 ; CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal*, aff. C-882/19, pt 35.

⁸⁰⁰ V. not. les notes de L. IDOT (*Europe*, 2001/11, comm. 330) et S. POILLOT-PERUZZETTO (*Contrats conc. consom.*, 2002/1, comm. 14). Ce serait également le cas des observateurs allemands (sur ce point et les références citées : A. P. KOMNINOS, « New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v Crehan* and the Community Right to Damages », préc. p. 457).

qu'elle entend donner à l'action en réparation⁸⁰¹ : l'exercice des droits individuels de la victime est perçu comme un moyen de servir l'ordre public concurrentiel en ce qu'il accentue la dissuasion, et ainsi, l'effet utile des règles de concurrence⁸⁰². Si l'on ne peut contredire cette interprétation de l'arrêt *Courage* – puisque l'ensemble des développements se charge de l'étayer – il convient néanmoins de nuancer une nouvelle fois son caractère novateur.

278. En premier lieu, l'affaire *Courage* constitue une transposition parfaite de la logique identifiée en matière verticale. Face à l'insuffisance du recours en manquement à l'initiative de la Commission, l'effet direct – lié au mécanisme du renvoi préjudiciel – a été perçu comme un autre moyen pour contraindre les États au respect du droit de l'Union par la crainte des recours individuels⁸⁰³. Dans le cadre de litiges horizontaux, tels que ceux opposant une victime à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle, la motivation de la Cour se trouve alors parfaitement identique : par la crainte des recours en réparation, la Cour cherche à contraindre les opérateurs privés à respecter les règles de concurrence et par là-même à garantir leur effectivité. En ce sens, le particulier qui engage une action contre une autre personne privée se voit attribuer le même rôle que celui reconnu en matière verticale.

279. En second lieu, des éléments propres à l'ordre juridique de l'Union contenaient des traces de cette portée objective en matière horizontale. D'une part, avant même les développements récents visant à inciter les actions privées, la Commission a souligné l'intérêt de la Communauté au développement des actions en nullité, cessation, mais aussi réparation. Elle énonce dès 1983 dans son XIII^e rapport sur la politique de concurrence qu'« *il est souhaitable que l'application judiciaire des articles 85 et 86 comprenne également l'octroi de dommages et intérêts aux personnes qui subissent un préjudice, puisque cela rendrait le droit communautaire plus efficace* »⁸⁰⁴ et poursuit dans son XV^e rapport de 1986 qu'elle est « *convaincue que l'application par les tribunaux nationaux favoriserait le fonctionnement harmonieux du*

⁸⁰¹ A. P. KOMNINOS, « New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v Crehan* and the Community Right to Damages », préc. p. 457. Dans le même sens : S. DRAKE, « Scope of the *Courage* and the principle of "Individual liability" », *E. L. Rev.* 2006, pp. 841-864; N. REICH, « The "Courage" Doctrine : Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries? », *CML Rev.*, 2005, pp. 38-39.

⁸⁰² *Ibid.* V. également : M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement : A normative and practical approach », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8, spéc. pp. 62-69.

⁸⁰³ Cf. *supra*, paragraphe 1. Sur ce point, Robert LECOURT énonçait précisément que cette « *crainte des recours individuels est en somme, le commencement de la sagesse communautaire* » (R. LECOURT, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », préc., p. 352.

⁸⁰⁴ Com (CE), *Thirteenth Report on Competition Policy*, Brussels, Luxembourg, 1984, p. 136 (« *The Commission believes it desirable that the judicial enforcement of Article 85 and 86 should also include the award of damages to injured parties, because this would render Community law more effective* »).

système des règles de concurrence et que tous les agents économiques en Europe y trouveraient leur compte »⁸⁰⁵. Si elle adoptera une position plus ambiguë par la suite⁸⁰⁶, la Commission a perçu très tôt, dans l'application des règles de concurrence devant le juge national, un moyen de protection des droits individuels, certes, mais aussi, de manière plus générale, un instrument permettant de garantir le respect des règles de concurrence. Ce faisant, et sans remettre en cause l'apport de la solution *Courage*, la Commission avait déjà consacré la dimension objective horizontale en opérant une synthèse entre l'approche générale du rôle accru des particuliers par la doctrine de l'effet direct et son approche particulière en matière de mise en œuvre des règles de concurrence⁸⁰⁷. D'autre part, c'est également déjà en ce sens que l'avocat général VAN GERVEN se prononçait, dès l'affaire *Banks* de 1994. En proposant une transposition de la solution *Francoovich* à la question de la responsabilité des particuliers pour violation du droit de l'Union, il estimait qu'« *une telle règle d'indemnisation revêt un rôle important dans le cadre du renforcement du caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence* »⁸⁰⁸. En outre, il poursuivait en citant expressément l'exemple américain : « *Par ailleurs, aux États-Unis, les actions en dommages et intérêts intentées par des particuliers ont depuis longtemps prouvé leur utilité aux fins du respect des règles fédérales antitrust* »⁸⁰⁹. Ces propos témoignent clairement de l'influence du droit américain sur la Cour de justice.

2) Une solution influencée par le droit américain

280. Convergences des discours. Dans l'affaire *Courage*, l'expérience américaine a été une source potentielle d'inspiration⁸¹⁰. Peu soulevé en doctrine, un rapprochement peut plus particulièrement être établi avec l'arrêt *Perma Life*⁸¹¹ de la Cour suprême de 1968. Au-delà de la similitude dans les faits à l'origine de l'affaire, les solutions mêmes des deux cours peuvent être rapprochées. Afin d'écarter la règle *nemo auditur* (ou *in pari delicto*), les juridictions utilisent des propos qui se superposent ici parfaitement. Le paragraphe ajouté par la Cour de justice⁸¹² fait largement écho aux développements de la Cour suprême qui estime dans l'arrêt

⁸⁰⁵ Com (CE), *Fifteenth Report on Competition Policy*, Brussels, Luxembourg, 1986, p. 53 (version française).

⁸⁰⁶ Cf. *supra*.

⁸⁰⁷ M. IOANNIDOU, *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford University Press, 2015, p. 53.

⁸⁰⁸ Ccl. VAN GERVEN sur CJCE, 13 avril 1994, *Banks c. British Coal*. aff. C-128/92, pt 44.

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ Cf *supra* paragraphe 1, 1) 2) : le rapprochement opéré entre les arrêts *Van Gend en Loos* et *Lawlor*.

⁸¹¹ Cf *supra*, section 1 (*Perma Life Mufflers v. International Parts Corp.*, préc.)

⁸¹² Cf *supra*, 1) (« (u)n tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre

Perma que « les objectifs des règles antitrust sont plus à même d'être défendus en s'assurant que l'action privée sera une menace permanente pour décourager toute personne envisageant d'adopter une conduite commerciale contraire aux règles antitrust » et poursuit en énonçant que « la loi encourage son action pour promouvoir substantiellement les politiques publiques en faveur de la concurrence »⁸¹³.

281. La retenue de la Cour de justice sur le recours à l'expression « Procureur privé ». Si la juridiction de renvoi dans l'affaire *Courage* faisait expressément référence à l'affaire *Perma Life*, la Cour de justice n'a, de manière guère surprenante pensera-t-on, pas mentionner ses sources d'inspiration, pas plus qu'elle n'a fait référence à la figure de « Procureur privé ». Sur ce point, Assimakis KOMNINOS remarque qu'un discours plus assumé visant à consacrer un rôle de *Private Attorney General* ne pouvait en revanche être prononcé⁸¹⁴ du fait de la prise en compte de la dimension classiquement réparatrice de la responsabilité civile dans les droits nationaux. Pour reprendre la formulation d'un auteur américain, « (p)our ceux qui pensent que les dommages causés aux particuliers relèvent à juste titre de la responsabilité privée, les dommages causés au grand public ne sont correctement portés que par les autorités publiques.... l'expression "procureur général privé" n'est pas seulement un oxymore ; c'est pratiquement une impossibilité logique »⁸¹⁵. Dans ce contexte, on comprend que la Cour ait certainement voulu éviter de bousculer trop frontalement les traditions juridiques nationales.

282. Limite de la « retenue » : Cela étant, les évolutions jurisprudentielles les plus récentes invitent à nuancer cette retenue initiale. Si elle rappelle ses formulations traditionnelles depuis

ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté »).

⁸¹³ *Perma Life Mufflers v. International Parts Corp.*, préc (« the purposes of the antitrust laws are best served by insuring that the private action will be an ever-present threat to deter anyone contemplating business behavior in violation of the antitrust laws (...) (t)he law encourages his suit to further the overriding public policy in favor of competition »).

⁸¹⁴ A. KOMNINOS, « Civil Antitrust Remedies Between Community and National Law », in C. BARNARD, O. ODUDU, (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, préc., spec. p. 382 ; « New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v Crehan* and the Community Right to Damages », *CML Rev.*, 2002, vol. 39, p. 469.

⁸¹⁵ B. BOYER, E. MEIDINGER, « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », *Buff. L. Rev.*, 1985, vol. 34, pp. 833-964, spéc. p. 940 (« For those who believe that "wrongs to individuals are properly within the domain of private liability, wrongs to the general public are properly brought only by public officials... the phrase 'private attorney general' is not just an oxymoron; it is virtually a logical impossibility »).

l'arrêt *Courage*, la Cour de justice a pris le soin de rajouter deux paragraphes supplémentaires et inédits dans l'affaire *Sumal* du 6 octobre 2021⁸¹⁶.

« En effet, au-delà de la réparation même du préjudice allégué, l'ouverture d'un tel droit concourt à l'objectif de dissuasion qui est au cœur de l'action de la Commission, laquelle a le devoir de poursuivre une politique générale visant à appliquer en matière de concurrence les principes fixés par le traité FUE et à orienter en ce sens le comportement des entreprises (...). Cette ouverture est ainsi de nature non seulement à remédier au dommage direct qu'allègue avoir subi la personne en question, mais également aux dommages indirects portés à la structure et au fonctionnement du marché, qui n'a pu déployer sa pleine efficacité économique, notamment au profit des consommateurs concernés.

*Il découle de ce qui précède que, au même titre que la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union par les autorités publiques (public enforcement), les actions en dommages et intérêts pour violation de ces règles (private enforcement) font partie intégrante du système de mise en œuvre desdites règles, qui vise à réprimer les comportements anticoncurrentiels des entreprises et à dissuader celles-ci de se livrer à de tels comportements »*⁸¹⁷.

283. Portée. De cette convergence des discours, deux enseignements peuvent être dégagés dans le cadre de l'étude comparée.

D'une part, à l'image de la Cour suprême, la Cour de justice privilégie ainsi l'approche objective de l'action. L'ordre des objectifs poursuivis par la consécration du droit à réparation a, en effet, son importance tant il marque une priorisation de la finalité objective sur la finalité subjective. Sur ce point, Josef DREXL note que *« (d)ans cette perspective, la raison la plus importante pour reconnaître les demandes de dommages et intérêts privées n'est pas d'indemniser les victimes pour le préjudice qui leur a été causé, mais de renforcer l'application et le respect du droit européen de la concurrence en tant que tel »*⁸¹⁸. L'instrumentalisation de l'intérêt subjectif de la victime permet de la faire agir au profit de l'intérêt général⁸¹⁹.

⁸¹⁶ CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal*, préc.

⁸¹⁷ *Ibid.*, pts 36-37.

⁸¹⁸ J. DREXL, « The interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law », in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, (dir.), *The Transformation of Enforcement*, préc., spéc. p.157 (« *This coincides with the traditional role attributed to the recognition of individual rights according to the principle of full effectiveness of European Law. Rights of the individual follow an utilitarian rationale. The individual is vested with rights in the public interest, namely to enhance the respect of EU Law. From this perspective, the most important reason for recognising private damages claims is not to compensate victims for the harm that was done to them, but to strengthen enforcement and the respect of EU competition law as such* »).

⁸¹⁹ M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement: A normative and practical approach », préc., spéc. p. 64.

D'autre part, il découle de cette convergence le même processus d'autonomisation de l'action privée en matière de concurrence vis-à-vis de la responsabilité civile traditionnelle⁸²⁰. Bien que l'action soit intentée dans le cadre national, selon les règles procédurales de l'État membre, la Cour de justice marque, dès 2001, une différence entre la finalité traditionnelle de la responsabilité civile et la finalité de l'action en réparation sur le fondement des règles de concurrence européennes. Certes, la portée de cette autonomisation se voit aujourd'hui largement réduite par l'adoption de la directive qui a pris soin de conserver largement la logique subjective de l'action en réparation⁸²¹. Pour autant, dans la démarche de la Cour, cette distinction entre les deux actions s'explique par le fait que le développement du *private enforcement* dans l'Union est aussi guidé par des considérations relatives à la politique de concurrence de manière générale⁸²².

284. En définitive, par le recours à l'effet direct, la Cour de justice a confirmé la transposition de la figure de « vigie » dans le cadre de litiges horizontaux en considérant que le droit à réparation se justifie par l'effet utile des règles de concurrence. Sans l'énoncer clairement, elle opère en cela un rapprochement avec le modèle américain de « Procureur privé ». Dans la continuité de ce premier constat, son refus d'appréhender la problématique des actions privées sous l'angle du droit au juge, dans sa jurisprudence postérieure, constitue une confirmation de la prédominance de la logique objective.

B) Le droit au juge comme fondement inopérant à la consolidation du droit à réparation

285. Dès l'arrêt *Courage*, la Cour a classiquement précisé qu'en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités d'exercice du droit de demander réparation du préjudice résultant d'une entente ou d'une pratique interdite par l'article 101 TFUE, pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés. À la suite du traité de Lisbonne, des appels ont été lancés en faveur d'une utilisation du droit à une protection juridictionnelle effective dans

⁸²⁰ Sur la distinction opérée aux États-Unis entre l'action *antitrust* et l'action en responsabilité (*torts*) : Cf *supra*, §224 et s.

⁸²¹ Cf. *infra* Titre 2, §369 et s.

⁸²² J. DREXL, « The interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law », in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, (dir.), *The Transformation of Enforcement*, préc., spéc. p.157 (« while damage claims, from a perspective of traditional private law, are designed to compensate private parties for harm that was caused to them by others, private enforcement in economic terms receives a both preventive and public-law connotation as a means to create additional incentives to deter undertakings from infringing competition law in the first place).

l'appréciation des règles nationales censées assurer la mise en œuvre du droit à réparation⁸²³. Il était plus précisément question de rattacher les principes d'effectivité et d'équivalence au cadre des deux innovations de Lisbonne, à savoir l'article 47 de la Charte et l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2 du TUE. Cette proposition aurait pu être confortée par l'adoption du droit dérivé. La directive 2014/104 contient une référence, certes furtive, auxdites dispositions⁸²⁴. Pourtant, ni l'article 47 de la Charte (1), ni l'article 19, § 1, alinéa 2 TUE (2) n'ont été jusqu'à présent, pour la Cour, des fondements pertinents à la consolidation du droit à réparation.

1) Le cas de l'article 47 de la Charte

286. Certains avocats généraux ont tenté d'inscrire les problématiques liées aux actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles dans le champ du droit au recours effectif tel que consacré à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

287. L'avocat général MAZAK a d'abord proposé dans ses conclusions sur l'affaire *Pfleiderer*⁸²⁵ d'appréhender la question de l'accès aux documents de clémence dans le cadre d'une action civile en dommages et intérêts sous l'angle du droit à un recours effectif et à un procès équitable. Considérant que le refus d'accéder auxdits documents pouvait s'opposer à ce droit garanti par l'article 47, il suggérait une mise en balance entre la nécessité d'assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE et la possibilité du requérant de faire valoir son droit à un recours effectif. Dans la démarche de l'avocat général, l'article 47 de la Charte était ainsi perçu comme une source supplémentaire de droits fondamentaux. Cependant, la Cour ne reprend pas le raisonnement de son avocat général. Pour préconiser une mise en balance par les juridictions nationales des intérêts justifiant la communication des éléments détenus dans le cadre de la clémence, elle n'estime pas nécessaire de procéder à l'examen de la question sous l'angle du droit à une protection juridictionnelle effective. Après avoir rappelé sa jurisprudence *Courage* relative à l'effet utile des règles de concurrence, elle se contente d'une référence classique au respect des principes d'effectivité et d'équivalence, sans même les mentionner explicitement⁸²⁶.

⁸²³ Cf. *infra* la position de certains auteurs et avocats généraux.

⁸²⁴ V. le considérant n°4 de la Dir. 2014/104/UE du 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE n° L 349/1 du 5 déc. 2014.

⁸²⁵ Ccl. MAZAK sur CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, préc.

⁸²⁶ CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, préc., pt 30.

Aussi, l'avocate générale KOKOTT a fait référence à l'article 19 § 1, alinéa 2 TUE lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte dans ses conclusions sur l'affaire *Kone*⁸²⁷. Elle reprend plus précisément l'arrêt *Alassini*⁸²⁸ de 2010 dans lequel la Cour s'était prononcée sur la pertinence de l'article 47 dans un litige civil entre particuliers. Dans son arrêt *Kone*, la Cour ne fait pourtant aucune référence à cet article ni à sa jurisprudence de 2010. Le même constat s'applique pour la jurisprudence postérieure⁸²⁹. Le message semble être passé : aucune référence explicite ne sera plus faite audit article dans les conclusions des avocats généraux⁸³⁰.

288. Cette relative ignorance de l'article 47 de la Charte dans le contentieux de la concurrence appelle deux séries d'observations.

En premier lieu, et dans une perspective plus générale, ceci interroge sur l'apport substantiel de la reconnaissance d'un droit à un tribunal effectif dans la Charte. *A priori*, cet article offre non seulement aux justiciables une protection plus étendue que celle de l'article 13 de la Conv. EDH, mais constitue aussi un nouveau fondement de droit primaire pour contester une législation nationale qui empêcherait d'assurer le respect des droits qu'il tire du droit de l'Union⁸³¹. Toutefois, deux éléments viennent en nuancer la portée. D'une part, l'article 47 voit nécessairement son champ d'application limité au contexte d'une affaire relevant de la « mise en œuvre du droit de l'Union »⁸³², notion aux contours relativement flous⁸³³. D'autre part, et dans l'hypothèse même où son application n'est pas remise en cause, la Cour énonce précisément que cet article constitue une réaffirmation d'un principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États et qui est déjà consacré par

⁸²⁷ Ccl. KOKOTT sur CJUE, 5 juin 2014, *Kone e.a c/ ÖBB-Infrastruktur AG*, préc.

⁸²⁸ CJUE, 18 mars 2010, *Alassini e.a.*, aff. C-317/08 à C-320/08, pt 61.

⁸²⁹ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, préc. ; CJUE, 14 mars 2019, *Skanska*, préc. ; CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a.*, préc.

⁸³⁰ On peut toutefois noter que, dans ses conclusions sur l'affaire *Cogeco*, l'avocate générale KOKOTT – sans viser expressément ni l'article 47 ni la protection juridictionnelle effective – fait référence à la « protection juridique » garantie par la directive en matière de délai de prescription.

⁸³¹ L'article 6 §1 TUE dispose que la Charte a la même valeur que les traités.

⁸³² Cf. le champ d'application de la Charte tel que précisé à l'article 51, paragraphe 1.

⁸³³ Sur cette notion v. not. F. PICOD, « Article 51. Champ d'application », in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2019, pp. 1224-1248, spéc. pp. 1230-1239.

les articles 6 et 13 de la CEDH⁸³⁴. En revanche, la jurisprudence de la Cour est restée silencieuse quant à son lien ou ses apports vis-à-vis des principes d'effectivité et d'équivalence⁸³⁵.

En second lieu, et surtout, en préférant traiter l'ensemble de ces questions sur le fondement de sa jurisprudence constante relative à l'effet utile des règles de concurrence plutôt que sur l'article 47 de la Charte, la Cour confirme selon nous la prédominance de la logique objective dans l'action du particulier. Bien que, comme on l'a vu, le droit au juge dans l'Union puisse être doté d'une dimension objective⁸³⁶, la Cour évite toute ambiguïté en se fondant uniquement sur la portée normative de l'effet direct, transformant classiquement le requérant en vigie des règles. Il ne fait pas de doute, compte tenu des conditions d'application de la Charte que l'article 47 pourrait être mobilisé dans le contexte du contentieux de la concurrence. Dans ce contexte, son ignorance par la Cour témoigne du fait qu'elle n'entend pas en faire une problématique de droit fondamental. Le même constat peut être fait vis-à-vis de l'article 19 § 1 alinéa 2 TUE.

2) Le cas de l'article 19 §1 alinéa 2 TUE

289. En matière de contentieux privé de la concurrence, d'autres avocats généraux ont également tenté de se fonder sur le nouvel article 19 §1 alinéa 2 TUE. C'est notamment le cas de l'avocat général JÄÄSKINEN qui considère, dans ses conclusions sur l'affaire *Donau Chemie*, que le standard de la protection juridictionnelle effective doit être repensé à la lumière du nouvel article 19 § 1 TUE. Il énonce plus précisément qu'« à la lumière de cette disposition du traité, la norme de la protection juridictionnelle effective pour les droits tirés du droit de l'UE semble être plus exigeante que la formule classique qui se réfère à l'impossibilité pratique ou à la difficulté excessive. Selon moi, cela signifie que les voies de recours nationales doivent être

⁸³⁴ Cf. *supra* : CJUE, 18 mars 2010, *Alassini e.a.*, préc. En ce sens, et bien qu'ils constatent que les justiciables ont largement saisi cette opportunité offerte par l'article 47 de la Charte, des auteurs remarquent également que la jurisprudence relative à l'article 47 apparaît comme une réaffirmation du principe bien établi du droit à un recours effectif : S. DRAKE, « More effective private enforcement of EU law post-Lisbon: aligning regulatory goals and constitutional values », in S. DRAKE, M. SMITH, dir., *New Directions in the Effective Enforcement of EU Law and Policy*, Edward Elgard, 2016, spéc. pp. 31-35. De manière générale sur la confrontation du modèle du procès équitable en droit de l'UE et de la CEDH : v. Colloque de l'Institut européen des droits de l'homme, Université de Montpellier I, *Le droits à un procès équitable au sens de l'UE*, 5 et 6 nov. 2010 ; J.-P. JACQUE, « La Charte et la CJUE - Un premier bilan sur l'interprétation des dispositions horizontales de la Charte », in J.-Fr. FLAUSS (Mél.), préc., pp. 403-428.

⁸³⁵ L'avocat général BOT (Ccl. BOT sur CJUE, 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12) et l'avocat général JÄÄSKINEN (Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, 17 sept. 2014, *Liivimaa*, aff. C-562-12) ont pu considérer que les principes d'effectivité et d'équivalence devaient être rattachés au cadre de l'article 47 de la Charte.

⁸³⁶ Cf *supra*, §261 et s.

accessibles, rapides et d'un rapport coût/efficacité raisonnable »⁸³⁷. Deux remarques peuvent être faites à ce stade.

290. D'abord, par cette proposition, l'avocat général JÄÄSKINEN va plus loin que ses homologues à la Cour qui, dans d'autres domaines, ont également tenté de mobiliser cette disposition issue du traité de Lisbonne. Plusieurs avocats généraux se sont en effet prononcés sur son rôle vis-à-vis de l'encadrement de l'autonomie procédurale et notamment des principes d'effectivité et d'équivalence. Les avocats généraux MAZAK et WAHL ont respectivement estimé que l'article 19 §1 TUE impose les mêmes obligations que celles développées par la Cour avant le traité de Lisbonne ou vient simplement renforcer le principe d'effectivité consacré dans les arrêts *Rewe* et *Comet*⁸³⁸. Pour sa part, l'avocat général WATHELET a considéré que l'article 19 § 1 formalise l'obligation d'accorder un recours effectif et en complète les principes d'effectivité et d'équivalence⁸³⁹. La relecture du droit au juge à l'aune de l'article 19 TUE proposée par l'avocat général JÄÄSKINEN apparaît dans ce contexte comme la proposition la plus ambitieuse.

291. Ensuite, en invitant la Cour à appréhender la problématique des actions privées sous l'angle de l'article 19 §1 alinéa 2 TUE, l'avocat général tend à mettre l'accent sur la dimension subjective du droit au recours. Il ajoute d'ailleurs expressément au point suivant que « *(s)elon (lui), les victimes de restrictions de concurrence dans l'Union européenne recherchent uniquement, à la différence peut-être de leurs homologues américains, la protection juridique d'un droit de recours tiré du droit privé plutôt qu'à mettre en œuvre une politique publique* »⁸⁴⁰. Pour autant, cette analyse se heurte à deux obstacles principaux. D'une part, elle tend à méconnaître la logique objective qui sous-tend originellement le droit au juge⁸⁴¹. D'autre part, et plus fondamentalement, sa position se trouve invalidée par la Cour qui ne fait pour sa part

⁸³⁷ Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et a.*, préc., pt 47.

⁸³⁸ Ccl. MAZAK sur CJUE, 15 déc. 2011, *Banca*, aff. C-427/10, pt. 16 ; Ccl. WAHL sur CJUE, ord. 7 fév. 2014, *Macinsky*, C- 482/12, note de bas de page n°26.

⁸³⁹ Ccl. WATHELET sur CJUE, 12 déc. 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, aff. C-362/12, spéc. pt 34.

⁸⁴⁰ *Ibid.* pt. 48. Il nuancera ce propos en énonçant un an plus tard dans ses conclusions sur l'affaire CDC que les « *arrêts Courage et Crehan et Manfredi e.a., précités, qui ont consacré la reconnaissance, en droit de l'Union, d'un droit à la réparation de tous les préjudices subis par les victimes des entraves illicites à la libre concurrence, non pas seulement dans l'intérêt desdites victimes, mais surtout pour préserver les intérêts généraux liés à cette liberté. La jurisprudence postérieure à ces deux arrêts a encore renforcé cette approche, en encourageant la mise en œuvre privée desdites règles de concurrence (communément appelée « private enforcement* ») notamment grâce à la levée des obstacles pouvant découler de dispositions nationales » (Ccl. JÄÄSKINEN sur CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide c. Akzo Nobel et a.*, préc., pt 124).

⁸⁴¹ Cf *supra*, §261 et s.

aucune référence à l'article 19 § 1 alinéa 2 TUE. Elle rappelle au contraire, dès ses observations préliminaires, sa jurisprudence relative à l'effet direct des articles 101 et 102 TFUE et notamment la formule de l'arrêt *Courage* qui considère que le droit de demander réparation « renforce le caractère opérationnel des règles de l'Union relatives à la concurrence, dans la mesure où il est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, en contribuant ainsi au maintien d'une concurrence effective dans l'Union européenne »⁸⁴².

292. Pour conclure sur ce point, on notera que cette ignorance de la Cour s'inscrit dans un contexte plus large que celui du contentieux de la concurrence. Dans la continuité des positions défendues par certains avocats généraux, des auteurs ont tenté de voir dans cette consécration explicite de l'article 19 TUE autre chose qu'une simple confirmation de la jurisprudence établie relative au droit à une protection juridictionnelle comme principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et consacré aux articles 6 et 13 de la Conv. EDH et 47 de la Charte⁸⁴³. Ils ont voulu y voir une volonté de renforcer le principe d'effectivité⁸⁴⁴, en rendant notamment le lien plus évident entre l'attribution des droits et la nécessité d'un recours effectif⁸⁴⁵. Toutefois, la jurisprudence de la Cour est apparue relativement décevante vis-à-vis de l'objectif de clarification recherché par les auteurs⁸⁴⁶, qui ont alors pu s'interroger sur la portée exacte de cette disposition⁸⁴⁷. Un tel constat pourrait relativiser l'intérêt de cette nouvelle disposition, mais la jurisprudence la plus récente relative à l'article 19 § 1 alinéa 2 TUE en révèle pourtant toute la nécessité. La systématisation du recours audit article s'articule actuellement autour de son utilisation par la Cour comme rempart de l'indépendance de la justice, élément essentiel de la notion d'État de droit⁸⁴⁸.

293. Conclusion de la section 2. En conclusion, l'effet direct a consacré le rôle normatif de l'action du particulier. Par la demande de protection de ses droits individuels qu'il tire du droit

⁸⁴² CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et a.*, préc., pt 23.

⁸⁴³ CJCE, *Unibet*, 13 mars 2007, préc., pt 37.

⁸⁴⁴ A.-M. VAN DEN BOSSCHE, « Private Enforcement, Procedural Autonomy and Article 19 (1) TEU: Two's Company, Three's a Crowd », *Yearbook of European Law*, 2014, pp. 41-83.

⁸⁴⁵ S. DRAKE, M. SMITH, (dir.), *New directions in the effective enforcement of EU law and policy*, préc., pp. 28-30.

⁸⁴⁶ Soit la Cour ne fait aucune référence audit fondement, soit son utilisation apparaît si aléatoire qu'elle en empêche une véritable systématisation. V. en ce sens les jurisprudences citées par S. DRAKE, « More effective private enforcement of EU Law post-Lisbon : Aligning Regulatory Goals and Constitutional Values », in S. DRAKE, M. SMITH (dir.), *New Directions in the Effective Enforcement of EU Law and Policy*, préc., spéc. p. 29 et 34-35.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ Cf. *supra*, §268 et s.

de l'Union, le requérant participe à l'effectivité de celui-ci et, de manière plus large encore, au processus d'intégration. Cette démarche, présente dès les origines, n'a pas été remise en cause par les évolutions de la construction européenne, et notamment par la reconnaissance d'un droit au juge. Au contraire, ces évolutions ont consolidé la subtile alliance entre protection subjective et objective sur laquelle repose le droit de l'Union. Dans les rapports verticaux, la double finalité de l'action du particulier, laissant percevoir des similitudes avec le droit américain, n'est pas contestée. En revanche, le cas des litiges privés intéressant le droit de l'Union invite en apparence à plus de retenue. Pourtant, le domaine de l'étude a selon nous été l'illustration de la transposition de ce rôle objectif dans le cadre de rapports horizontaux. Certes, la Commission a pris le soin d'opérer un changement de perspective radical après les propositions du Livre vert en scandant la priorité de l'objectif indemnitaire. Mais cette façade textuelle paraît plutôt politique. Car, dans la démarche de la Cour, la portée de l'action du particulier est identique à celle établie en matière verticale : l'action privée doit permettre de renforcer l'effectivité du droit de la concurrence grâce à l'invocation par les victimes de leur droit à réparation. L'absence de référence au droit au juge a renforcé la dimension objective de l'action. En définitive, le droit d'agir, consacré dans un instrument de droit dérivé tel que la directive 2014/104, n'en perd pas sa nature européenne et s'insère en cela dans la cohérence et la logique du système européen. Son appréhension par le droit de l'Union, d'essence fonctionnelle et téléologique, permet de transformer l'action privée en instrument d'effectivité des règles de concurrence, à l'image du droit américain.

Conclusion du Chapitre 2

294. Alors que la finalité subjective est apparue inhérente à la conception même de l'action en justice, l'hypothèse d'une finalité objective qui s'y ajouterait peut surprendre. Pourtant, l'originalité d'une telle assertion devient relative, une fois l'action appréhendée au niveau de la structure fédérale américaine ou de celle de l'Union européenne.

295. Aux États-Unis, les spécificités institutionnelles de la structure fédérale ont contribué à ériger l'action privée en instrument de mise en œuvre du droit fédéral. Transformé en véritable « Procureur privé » par le juge et la doctrine, le particulier qui agit en justice se voit de longue date attribuer un rôle normatif : par son action, il participe au respect des règles fédérales en général et des règles *antitrust* en particulier. Dans une logique à première vue parfaitement identique, la Cour de justice a trouvé dans les spécificités de l'ordre juridique de l'Union les outils permettant de transformer l'action des particuliers en instrument de mise en œuvre du droit de l'Union. Plus précisément, la doctrine de l'effet direct a, dès l'origine, érigé le particulier en « vigie » du droit communautaire : par l'invocation des droits qu'il tire du droit de l'Union, il concourt à l'effectivité de celui-ci dans l'ensemble des ordres juridiques nationaux et participe ainsi à la réalisation des objectifs de l'intégration.

296. L'étude comparative a ainsi mis en lumière à plusieurs reprises des similitudes entre les deux systèmes, contribuant à relativiser l'originalité de la démarche adoptée dans l'Union par la Cour de justice. Plus précisément, il ressort de l'analyse que ce rôle normatif accordé aux particuliers repose moins sur les motivations individuelles du requérant ou sur des considérations culturelles générales que sur une instrumentalisation de ses intérêts personnels par les institutions juridiques et politiques. Aux États-Unis comme dans l'Union, la finalité objective de l'action résulte d'une construction subtile du législateur et du juge.

297. Certes, à côté des éléments de convergence, la comparaison met classiquement en avant des éléments de divergence. Dans le cadre de notre étude, le modèle américain est apparu plus abouti que son homologue européen. Fort d'une solide assise théorique et d'une longue expérience, le modèle du « Procureur privé » – initialement consacré dans un cadre vertical – a été rapidement décliné dans le cadre horizontal aux États-Unis : il n'y a pas eu d'obstacle à ce que l'action civile, opposant par définition deux particuliers, puisse jouer un rôle normatif consistant à détecter, dissuader et sanctionner les infractions commises par d'autres personnes privées. En revanche, le caractère incomplet de la structure communautaire a historiquement contribué à *retenir* le modèle de « vigie ». Il était plus délicat de transposer la logique objective

identifiée dans le cadre vertical compte tenu de la conception purement subjective de l'action civile dans les États membres. Pour autant, l'exemple du contentieux de la concurrence a été l'illustration que la Cour de justice a, dès la consécration du droit à réparation, transposé la dimension objective de l'effet direct à l'action en réparation.

298. Loin de s'estomper, ce constat de divergences entre le droit américain et le droit de l'Union s'intensifie au moment de l'examen de la mise en œuvre de cette dualité fonctionnelle, caractéristique du *private enforcement*.

CONCLUSION DU TITRE 1

299. L'étude des fondements du *private enforcement* a permis de mettre en lumière une construction propre de l'action privée au sein des ordres juridiques. Si elle a été historiquement placée au service d'une approche pragmatique de régulation des comportements dans la tradition de *common law*, l'action a, au contraire, été appréhendée par les juristes civilistes comme une modalité de pure satisfaction individuelle. En d'autres termes, bien que les deux traditions reconnaissent la finalité subjective de l'action, elles ne lui attribuent pas pour autant la même portée.

300. Toutefois, une fois saisie par l'ordre juridique fédéral ou européen, l'action en justice des particuliers prend une dimension nouvelle et particulière. L'analyse a montré que l'intérêt subjectif de la victime, à savoir la réparation de son préjudice, tend à s'entremêler avec un impératif objectif de mise en œuvre des règles. Par le biais de l'étude de la construction du modèle du « Procureur privé » aux États-Unis ou de la figure de « vigie » dans l'Union, une signification convergente a ainsi pu être identifiée. Le domaine du droit de la concurrence en est une illustration flagrante puisque les deux systèmes s'accordent pour reconnaître que le droit d'action des victimes s'inscrit dans un processus plus large d'application ou de mise en œuvre effective des règles de concurrence. Cette finalité objective accordée à l'action apparaît, tant aux États-Unis que dans l'Union, comme un choix du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Le droit d'agir est ainsi apparu porteur d'une dimension subjective (outil de réparation) et objective (outil de mise en œuvre), la première apparaissant largement instrumentalisée dans le discours des institutions juridiques.

301. Ces deux finalités de l'action privée sont précisément ce qui caractérise le concept de *private enforcement*. Une fois admise dans son principe, encore faut-il examiner comment cette dualité fonctionnelle se manifeste concrètement dans le cadre de la mise en œuvre de l'action des personnes privées. Or, si la première étape de l'analyse comparative a pu amener à conclure à une certaine convergence, le second titre de cette première partie va se charger de montrer que les modalités d'exercice de l'action privée diffèrent largement aux États-Unis et dans l'Union européenne. Articuler les deux fonctions du *private enforcement* n'est pas sans poser de difficultés : aux États-Unis comme dans l'Union, cette dualité fonctionnelle apparaît perturbatrice.

TITRE 2 – UNE DUALITE FONCTIONNELLE PERTURBATRICE

302. L'entreprise d'identification du concept de *private enforcement* se poursuit par l'étude des modalités concrètes de sa mise en œuvre. Une fois accepté que celui-ci repose, aux États-Unis comme dans l'Union, sur une dualité fonctionnelle, bon nombre de questions persistent quant aux modalités d'exercice de l'action du particulier, qui poursuit son intérêt individuel tout en étant transformé en « Procureur privé » ou « vigie » du droit objectif.

303. Aux États-Unis, la doctrine américaine parle de « régime de *private enforcement* » pour désigner l'ensemble des règles que le législateur fédéral prévoit, après avoir consacré un droit d'action⁸⁴⁹. Il s'agit en substance de déterminer les personnes qui ont intérêt à agir, la partie qui supportera les coûts du litige, les dommages et intérêts disponibles pour les plaignants qui auront gain de cause, qui, d'un juge ou d'un jury, aura la charge de l'évaluation du dommage ou encore les règles de responsabilité et de preuve qui devront s'appliquer. Pris dans leur ensemble, ces éléments déterminent « *à quel point les actions privées vont être mobilisées* »⁸⁵⁰.

304. Censées être au service du rôle normatif attribué au particulier, ces règles viennent potentiellement perturber le cadre substantiel et procédural de la responsabilité civile (*law of tort*), entendu – aux États-Unis comme dans l'Union – comme un contentieux opposant deux personnes privées qui luttent pour des intérêts privés. À la lumière du contentieux de la concurrence, cette deuxième étape de la comparaison a vocation à étudier la manière dont les deux droits, américain et européen, aménagent le rôle normatif du particulier voire, plus précisément, comment ils orchestrent l'instrumentalisation de ses intérêts subjectifs au profit de l'intérêt objectif du respect de la légalité.

305. Cette analyse doit se faire en deux temps. La combinaison de l'étude des règles procédurales (*Chapitre 1*) puis substantielles (*Chapitre 2*) permettra d'appréhender les régimes de *private enforcement* en droit américain et en droit européen⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc.

⁸⁵⁰ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc., spéc. pp. 1-2 (« *for how much or how little private enforcement litigation will actually be mobilized* »).

⁸⁵¹ L'expression « droit européen » vise ici le droit de l'Union et sa réception dans le droit des États membres. À titre principal, on s'attachera à l'examen de la réception du droit dérivé (directive 2014/104) et de la jurisprudence de la Cour de justice en droit français.

306. Force est de préciser que cette distinction sera nécessairement imparfaite. La délimitation entre les règles procédurales et les règles substantielles n'est pas évidente, les deux corps de règles étant étroitement liés⁸⁵². Dans le contexte de l'étude, cette tâche apparaît d'autant plus difficile que la directive 2014/104, si elle suggère la distinction, ne qualifie pas ce qui relève de la catégorie des règles de fond ou des règles procédurales⁸⁵³. Si l'on prévient le lecteur qu'il y aura sûrement des incohérences⁸⁵⁴, la distinction s'est néanmoins imposée pour ses vertus explicatives et pédagogiques. En substance, les règles procédurales incluront l'examen des instruments tels que les *class actions*, les modes de financement de l'action, ou les modalités d'accès aux preuves...); les règles substantielles feront référence aux règles relatives aux conditions de fond de l'action (faute, préjudice, lien de causalité).

Chapitre 1 – Dimension de droit procédural

Chapitre 2 – Dimension de droit substantiel

⁸⁵² C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., spéc., p. 27 (« l'idée que la procédure serait radicalement dissociable du droit substantiel et lui serait purement secondaire ne peut plus être soutenue »). V. également dans le même sens : E. CLAUDEL, « Feu le principe d'autonomie procédurale ? », *Concurrences*, n° 1-2015, pp. 5-7.

⁸⁵³ Cette absence de définition est d'autant plus préjudiciable qu'il en découle pourtant des conséquences importantes d'application de loi dans le temps : les règles de fond ne peuvent être rétroactives en application de l'article 22 §1 de la directive 2014/104 alors que les règles procédurales visées à l'article 22 §2 peuvent trouver à s'appliquer dès le 26 décembre 2014. Sur ces questions : Ccl. RANTOS présentées le 28 oct. 2021 sur CJUE, (pendante), *Volvo* aff. C- 267/20.

⁸⁵⁴ En droit américain, l'étude des conditions de l'action (faute, préjudice, lien de causalité) impliquera l'examen du *standing*, et donc de l'intérêt à agir, notion relevant classiquement du domaine procédural. En droit français, en matière de prescription, si le délai lui-même ou les causes de sa suspension relève du fond, la catégorisation est moins évidente s'agissant du point de départ du délai. Nous traiterons de cette question dans le cadre de l'étude du « fond » avec l'arrêt *Cogeco*.

CHAPITRE 1 – DIMENSION DE DROIT PROCEDURAL

307. Accorder au particulier un rôle de « Procureur privé » ou de « vigie » invite, dans un premier temps, à étudier les règles procédurales qui encadrent son action. L'idée de faire participer le particulier – intéressé par définition à la sauvegarde de ses droits individuels – à la mise en œuvre du droit fédéral ou du droit de l'Union interroge, en effet, quant aux outils que les deux systèmes mettent à la disposition de cette dualité fonctionnelle.

308. La satisfaction de l'intérêt individuel est nécessairement au cœur des préoccupations procédurales du système juridique. Parce que l'action en justice a vocation à assurer la réalisation des droits substantiels, les règles procédurales qui l'entourent doivent, elles aussi, être placées au service de l'effectivité du droit revendiqué concrètement par le requérant. Appliqué au domaine de l'étude, le cadre procédural doit assurer le droit à réparation de la victime qui a subi un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Dans ce contexte, l'accès aux preuves, le financement des coûts du procès, le type de réparation ou encore la possibilité d'agir collectivement sont autant d'éléments qui sont nécessairement pris en compte.

309. Pour autant, l'objet de ce chapitre est de démontrer que, dans le cadre d'un régime dit de *private enforcement*, la portée de ces instruments procéduraux ne se réduit pas à cette finalité subjective : ceux-ci sont également placés au service de la réalisation du Droit, et plus spécifiquement des règles de concurrence. Le *private enforcement* repose en ce sens sur une objectivation contentieuse⁸⁵⁵, entendue de manière large comme un dépassement de la seule logique subjective du recours au profit d'un accroissement de la logique objective. D'un point de vue procédural, la contribution à la mise en œuvre du droit n'est plus supposée être incidente : elle est intégrée au sein même des mécanismes procéduraux. Cette hypothèse de recherche s'applique, à notre sens, aux deux systèmes juridiques étudiés. Néanmoins, l'étude comparative est l'occasion de mettre en lumière les limites de l'apparente convergence : l'objectivation procédurale, observable notamment dans le contentieux *antitrust* aux États-Unis et dans l'Union, connaît une différence de degré.

310. En droit américain, l'objectivation procédurale consiste non seulement à réguler, mais aussi à dépasser les intérêts individuels dans le cadre d'un litige *a priori* bien circonscrit.

⁸⁵⁵ Ce néologisme d'origine doctrinal a été notamment utilisé pour décrire une tendance observable dans le contentieux des droits fondamentaux. V. en ce sens : J. ARLETTAZ, J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du Droit ?*, préc. Et plus précisément la contribution de L. MAURIN, « Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux ? », préc., pp. 43-57.

Ce mouvement dépasse la spécificité du concept du *private enforcement* en ce qu'il résulte plus précisément du cadre procédural américain dans son ensemble⁸⁵⁶. Le modèle de « Procureur privé » a en effet, dès l'origine, pu compter sur les règles fédérales de procédure civile. À cet égard, un observateur a remarqué qu'il n'a pas fallu attendre la consécration jurisprudentielle du modèle pour voir que les instruments procéduraux sont par définition placés au service de la fonction normative de l'action privée⁸⁵⁷. L'objectivation procédurale apparaît en cela intégrée en droit américain (*Section 1*).

311. À l'échelle de l'Union, le mouvement d'objectivation est loin d'être aussi avancé. Les dispositions procédurales consacrées dans les instruments de droit dérivé, et notamment la directive 2014/104⁸⁵⁸, semblent plus révélatrices d'une volonté d'ordonner les contentieux subjectifs que de véritablement les dépasser. Ce constat se comprend lui aussi aisément lorsqu'on se rappelle la conception traditionnelle de la procédure civile au sein des États membres : contrairement au droit procédural américain, les droits procéduraux nationaux ne connaissent pas cette dimension plus normative du procès civil⁸⁵⁹. Certes, le champ de l'étude constitue une illustration de la nécessité d'adapter les règles procédurales au nom d'impératifs plus objectifs tels que l'unité et l'effectivité des règles à l'échelle de l'Union ou encore la bonne administration de la justice à travers un regroupement dans l'accès au prétoire⁸⁶⁰. Pour autant, il ressort des nouvelles dispositions en matière de concurrence que la finalité reste l'effectivité du droit à réparation. En ce sens, les instruments procéduraux visent, au mieux, à réguler les contentieux subjectifs : l'objectivation procédurale paraît ainsi inexploitée (*Section 2*).

⁸⁵⁶ Cadre procédural qui trouve lui-même son origine dans la conception de l'action dans la tradition de *common law*. Cf. *supra*, §80 et s.

⁸⁵⁷ J. C. COFFEE, « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », *Md. L. Rev.*, 1983, vol. 42, p. 217. L'auteur remarque que les instruments procéduraux étaient bien établis avant même la découverte par les juges du concept de *Private Attorney*, mais reconnaît néanmoins que ces derniers ont largement contribué à lui donner une légitimité conceptuelle (« *Nevertheless, (Judge Frank) felicitous phrase conferred an intellectual legitimacy* »).

⁸⁵⁸ Dir. 2014/104/UE du 26 nov. 2014, préc.

⁸⁵⁹ Cf. *supra* §119 et s.

⁸⁶⁰ V. sur cette définition de l'objectivation procédurale : L. MAURIN, « Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux ? », préc., pp. 43-57.

SECTION 1 – Une objectivation procédurale intégrée en droit américain

312. Au-delà du champ spécifique *antitrust*, les règles de procédure civile américaine sont révélatrices de la nature particulière du contentieux fédéral. Indifférent à la philosophie individualiste du procès⁸⁶¹, le cadre procédural fédéral a été particulièrement propice au développement du modèle de « Procureur privé ». Si les règles fédérales de procédure civile visent à garantir l'accès au juge et donc la satisfaction de l'intérêt particulier du requérant, leur finalité ne s'épuise pas dans cette considération subjective. Au nom de considérations méta-individuelles, et plus précisément l'application effective des règles édictées par le Congrès, il s'agit déjà d'ordonner, mais aussi, et surtout, de dépasser les intérêts individuels en question. Cette objectivation procédurale du contentieux, notamment *antitrust*, se manifeste à deux égards. D'une part, le modèle procédural américain dans son ensemble est révélateur du choix des pouvoirs publics de placer les intérêts subjectifs du requérant au service de la mise en œuvre des règles (§1). D'autre part, le modèle de *class action* constitue le paroxysme du dépassement des intérêts subjectifs par la voie procédurale (§2).

§ 1 – Le modèle procédural fédéral, témoin d'une instrumentalisation des intérêts subjectifs

313. Aux États-Unis, il est largement établi que l'effectivité du modèle de « Procureur privé » serait remise en cause si les personnes qui s'estiment victimes n'agissent pas en justice. Dans ce contexte, l'ensemble des instruments procéduraux – traditionnels ou spécifiques au droit *antitrust* – sont placés au service de la dimension normative de l'action, symbolisée par le modèle de « Procureur privé ». D'abord, les incitations économiques au déclenchement de l'action reflètent le degré de sollicitation que le législateur souhaite assurer afin de mobiliser les personnes privées (A). Ensuite, l'ensemble des instruments qui régissent le déroulement de l'action, et plus particulièrement les règles d'accès aux preuves, participe de cette transformation des actions privées en élément central de la politique de dissuasion, détection et répression des infractions (B).

⁸⁶¹ Cf. *contra* dans les pays de tradition civiliste (cf *supra*, §120 et s.).

A) Les incitations économiques au déclenchement de l'action : facteurs de mobilisation des personnes privées

314. Si diverses motivations peuvent inciter un justiciable à agir⁸⁶², il est largement admis que la crainte de pertes financières constitue un obstacle important à l'action⁸⁶³. Le législateur américain, au travers des règles de procédure civile, a ainsi précisément œuvré à renforcer les incitations économiques en faveur de la mobilisation des personnes privées. Deux mesures principales visent ainsi à lever les obstacles financiers auxquels doit faire face le requérant. D'une part, les dispositions générales ou spécifiques de recouvrement des frais de procédure contribuent à minimiser le risque pour les requérants (1). D'autre part, la perspective d'une réparation dont le montant correspond, par exemple en matière *antitrust*, au triple du préjudice (« *treble damages* ») constitue une autre puissante incitation à l'action (2).

1) La facilitation du financement de l'action privée

315. Présentation du cadre général, le principe. Les coûts d'accès à la justice peuvent avoir un profond effet dissuasif pour le justiciable. Ce premier constat est, *a priori*, d'autant plus alarmant aux États-Unis que le principe général en procédure civile relatif à la prise en charge des coûts de procédure (tant devant les cours fédérales que celles des États fédérés) est peu incitatif pour la victime : chaque partie doit supporter ses propres coûts de procédure, quel que soit le résultat⁸⁶⁴. Communément désignée « *American Rule* », cette règle normale en procédure civile américaine s'oppose à celle dite « *English Rule* », plus répandue⁸⁶⁵, selon laquelle le perdant assume les frais, y compris d'avocat, de la partie adverse au procès⁸⁶⁶. Néanmoins, cette

⁸⁶² Des travaux en sciences politiques ont mis en évidence que l'individu peut se mobiliser dans le cadre d'une action en justice notamment pour des motifs d'ordre politique (comme forme de participation politique). Sur ce point v. : S. LAWRENCE, « Participation through Mobilization of the Law: Institutions Providing Indigents with Access to the Civil Courts », *Polity*, 1991, pp. 423-442 ; F. K. ZEMANS, « Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System », *American Political Science Rev.*, 1983, vol. 77, pp. 690-703. Références citées par S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc., spéc. pp. 45.

⁸⁶³ V. not. A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., spéc. p. 9.

⁸⁶⁴ Plus précisément, le principe prévoit que le perdant paye les frais de procédure du gagnant, mais uniquement les frais dits « accessoires » (coût de la reproduction des pièces et les indemnités de témoins). En revanche, les honoraires d'avocat sont à la charge de chaque partie, peu importe le résultat du procès.

⁸⁶⁵ Désignée par un auteur américain de « Most-of-the-World Rule » (H. M. KRITZER, « The English Rule : Searching for Winners in a Loser Pays System », *ABA Journal*, 1992, vol. 78, pp. 54-58), cette règle est notamment plus proche de notre tradition juridique en France, où la règle générale prévoit que le perdant assume les frais raisonnables auxquels son adversaire a été exposé.

⁸⁶⁶ V. sur ce point et pour une présentation de ces règles v. S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc., spéc. pp. 24 et 49.

règle connaît, en droit procédural américain, des exceptions, qui témoignent, dans le cadre de notre démonstration, d'une volonté des institutions juridiques d'inciter les personnes privées à agir.

316. Exceptions juridictionnelles. Le juge peut y contrevenir en ordonnant à une partie, requérante ou défenderesse, de payer les frais de l'adversaire pour sanctionner sa mauvaise foi dans la conduite de la procédure. Parallèlement aux évolutions des *Federal Rules of Civil Procedure* (ci-après *FRCP*) – et notamment à la réforme de la *class action* en 1966 – la portée de cette exception prétorienne a été étendue : les cours ont eu tendance à inverser la charge du coût du procès en faveur du requérant lorsque son action était reconnue comme œuvrant pour le bien commun, en application du principe de « Procureur privé »⁸⁶⁷. Cependant, la Cour suprême a mis un terme à cette pratique en 1975⁸⁶⁸, considérant que toute nouvelle exception à la règle générale devait être adoptée par le Congrès. En l'absence de disposition explicite à ce sujet dans un *Statute*, le coût du procès reste à la charge du requérant et, plus particulièrement, la question de la rémunération de l'avocat relève de la convention qu'il conclut avec son client et qui en fixe le montant⁸⁶⁹. Toutefois, conscient qu'en l'absence d'aide juridictionnelle fédérale publique⁸⁷⁰ les frais de procédure peuvent emporter l'inertie des victimes les plus défavorisées, le législateur a apporté des dérogations à la règle traditionnelle relative aux modalités de prise en charge du coût du procès.

317. Exceptions législatives. Ainsi, les règles de procédure civile aménagent en effet deux exceptions visant spécifiquement à surmonter l'effet dissuasif pour le justiciable des coûts du procès. D'abord, la pratique générale des *contingency fees* consiste à faire dépendre la rémunération des honoraires d'avocat du succès de la procédure. Partiellement reconnue dans les États européens⁸⁷¹, cette pratique, fondée sur une avance des frais judiciaires contre

⁸⁶⁷ *Ibid.* pour les références jurisprudentielles citées.

⁸⁶⁸ *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240 (1975)

⁸⁶⁹ Avec un contrôle minimal du juge pour éviter les abus.

⁸⁷⁰ Les pouvoirs publics peuvent, exceptionnellement, soutenir des recours civils par l'attribution d'aides publiques financières. Toutefois, il n'y a pas, aux États-Unis, d'aide juridictionnelle institutionnalisée en matière civile : les aides fédérales en matière de *class action* sont par exemple expressément interdites. V. sur ces questions : G. K. HADFIELD, « Higher Demand, Lower Supply? A Comparative Assessment of the Legal Resource Landscape for Ordinary Americans », *Fordham Urban L. J.*, 2010, vol. 37, pp. 129-156.

⁸⁷¹ En France, Espagne, Italie et Portugal, la prohibition des pactes de *quota litis* empêche ce type de financement. En revanche, les honoraires de résultat sont autorisés sous différentes formes au Royaume-Uni (*conditional fees*), en Belgique, en Grèce, en Hongrie ou encore aux Pays Bas. Pour une étude comparative générale V. not. C. HODGES, S. VOGENAUER, M. TULIBACKA, « Costs and Funding of Civil Litigation : A Comparative Study », *Oxford Legal Studies Research Paper* n° 55-2009, 2009, disp. en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1511714>, p. 83, Annexe VI.

rémunération de la prise de risque, est très répandue aux États-Unis⁸⁷². Schématiquement, la convention conclue entre le cabinet d'avocats et le client prévoit que le premier avance les frais judiciaires en échange d'une rétrocession de l'indemnisation obtenue⁸⁷³. Ensuite, cette règle générale se trouve complétée par la règle spéciale initialement consacrée en droit *antitrust* dite *one-way cost*. Introduite dans le *Clayton Act*, celle-ci consiste à permettre à la victime demanderesse de recouvrer les frais de procédure en cas de victoire. En revanche, en cas d'échec, le défendeur vainqueur ne peut prétendre au remboursement de ses frais. Il faut également préciser ici que cette règle spéciale de *one-way fee shifting* n'est plus exclusivement limitée au contentieux *antitrust*, mais a été étendue dans de nombreuses réglementations à partir des années 1960, notamment en matière de droits civiques et de droit des consommateurs⁸⁷⁴.

318. Analyse. Ces solutions américaines de financement des frais de procédure constituent une concrétisation du droit fondamental d'accès à la justice⁸⁷⁵. En faisant peser le risque financier sur l'avocat ou le défendeur, ces exceptions à la règle traditionnelle permettent aux justiciables les plus démunis de faire valoir leurs droits en justice en dépassant l'effet dissuasif des coûts de procédure. Pour autant, les fondements de cette prise en compte de la situation individuelle des requérants ne doivent pas être surévalués. Si elles participent, certainement, d'une vision plus pragmatique des droits procéduraux fondamentaux aux États-Unis, ces mesures s'inscrivent surtout dans une politique d'encouragement des actions privées, dûment orchestrée par les institutions juridiques et politiques : la règle spéciale en matière *antitrust* témoigne particulièrement de la crainte du législateur d'une inertie des victimes⁸⁷⁶. Ces mesures, volontairement incitatives, sont ainsi le reflet de l'instrumentalisation des personnes privées dès lors que celle-ci est au service de la mise en œuvre des règles : en minimisant les risques par la facilitation du financement du procès, le législateur libère l'accès aux tribunaux et cherche à

⁸⁷² Des études empiriques ont été menées sur ce point : v. H. KRITZER, *The Justice Broker: Lawyers and Ordinary Litigation*, Oxford University Press, 1990 ; *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States*, Stanford University Press, 2004.

⁸⁷³ La rétrocession peut varier en fonction de l'aboutissement de la procédure : si les dommages et intérêts sont obtenus dans le cadre d'une transaction, la rétrocession correspond à 1/3 de ceux-ci. En revanche, elle peut atteindre les 40% si les dommages et intérêts sont obtenus par jugement et 50% si ce dernier est confirmé en appel. V. Sur ce point W. EMONS, N. GAROUPA, « The Economics of US-style Contingent fees and UK-style Conditional Fees », May 2004, University of Bern, Department "Volkswirtschaft", 14 p.

⁸⁷⁴ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.*, préc.

⁸⁷⁵ C'est en tout cas la vision traditionnelle des observateurs européens sur ces instruments procéduraux du modèle américain : v. plus particulièrement : C. PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de *private enforcement* », préc., spéc. pp. 55-56.

⁸⁷⁶ Il est reconnu que le coût de l'expertise, notamment nécessaire dans l'établissement de la preuve et l'évaluation du dommage, représente un risque important pour les victimes, pouvant les dissuader à agir. V. not. sur ce point : J. PEYSNER, « Costs and Financing in Private Third-Party Competition Damages Actions », *Comp. L. Rev.*, 2006, vol. 3, pp. 97 et s., spéc. p. 98.

mobiliser les justiciables⁸⁷⁷. En ce sens, les aides au financement de l'action privée sont directement placées au service de la mise en œuvre effective de la politique publique contenue dans la loi fédérale⁸⁷⁸. La Cour suprême ne dit pas autre chose lorsqu'elle voit précisément dans ces mécanismes de financement des actions « *une application du concept de Private Attorney par le Congrès* »⁸⁷⁹, traduisant en cela la volonté du législateur « *de compter largement sur le private enforcement pour mettre en œuvre des politiques publiques et (...) encourager les actions privées* »⁸⁸⁰. En définitive, ces solutions visent, certes, à garantir le caractère effectif d'un droit fondamental d'accès au juge, mais surtout à s'assurer de la mobilisation des personnes privées dans le contrôle du respect des règles édictées par le législateur.

319. Succès de la démarche. Au vu de l'expérience américaine, force est d'ailleurs de constater le succès de cette stratégie, tant en matière *antitrust* qu'au regard du *private enforcement* en général. Sur la base d'études empiriques, des auteurs ont en effet remarqué une corrélation entre l'essor des actions privées dans les années 1960 et la prolifération des moyens de financements de celles-ci⁸⁸¹. Si la pratique des *contingent fees* comme la règle du *one-way cost* ont participé à la prédominance des actions privées dans le domaine *antitrust*⁸⁸², cette période a également connu l'émergence d'autres mécanismes, tels que des programmes de financements gouvernementaux (*legal service programs*), ou des fonds privés dans le cadre d'organisations

⁸⁷⁷ La suppression, ou au moins la diminution, des barrières à l'accès aux tribunaux a précisément constitué la première motivation du législateur lors de la réforme des FRCP de 1938. V. sur ce point S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc., spéc. p. 13.

⁸⁷⁸ Sur ce point, v. les articles de R. V. PERCIVAL, G. P. MILLER, « The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation », *Law Contemp. Probs*, 1984, vol. 47, p. 233 ; F. K. ZEMANS, « Fee Shifting and the Implementation of Public Policy », *47 Law Contemp. Probs*, pp. 187-210, p. 187.

⁸⁷⁹ *Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Soc'y*, 1975, pt 263 (« *plaintiffs' fee shifts are congressional utilization of the private-attorney-general concept (...)* »).

⁸⁸⁰ *Ibid.* (« *under some, if not most, of the statutes providing for the allowance of reasonable fees, Congress has opted to rely heavily on private enforcement to implement public policy and to allow counsel fees so as to encourage private litigation* »).

⁸⁸¹ V. particulièrement sur ce point les travaux de S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc. Dans le même sens, v. : S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc., p. 23 (« *increasing congressional resort to attorney fee-shifting provisions to stimulate private enforcement starting in the late 1960s emboldened a number of plaintiffs' attorneys to seek to extend the common fund exception to the American Rule (...) when an individual plaintiff had created a common benefit and thus might be thought to qualify as a private attorney general* »).

⁸⁸² V. not. J. PEYSNER, « Costs and Financing in Private Third-Party Competition Damages Actions », préc., spéc. p.101. Sur leur efficacité par rapport au honoraires fixés sur une base honoraire pure et simple v. W. EMONS, N. GAROUPA, « The Economics of US-style Contingent fees and UK-style Conditional Fees », préc.

à but non lucratif⁸⁸³, qui ont été répandus dans le domaine des droits civiques⁸⁸⁴ ou en matière environnementale⁸⁸⁵. En définitive, la facilitation du financement de l'action permet de soulager les requérants de la charge financière du procès tout en s'assurant de la mobilisation de ceux qui n'auraient pas agi toutes choses égales par ailleurs. D'ailleurs, cette stratégie incitative, qui découle d'un choix politique, ne s'épuise pas dans la prise en compte du coût de l'action en amont : elle trouve une autre illustration dans la perspective d'une réparation « majorée ».

2) La perspective de la réparation : l'exemple des treble damages

320. Le cadre général, le pouvoir du Congrès. Outre la facilitation des financements du procès, l'attractivité de la réparation joue un rôle essentiel dans la mobilisation des personnes privées. Selon la logique américaine, ces dernières, comme leurs avocats, seront peu incitées à agir en justice si la perspective de la réparation est purement compensatoire, d'autant plus dans le cadre de petits préjudices. Certes, le principe général qui s'applique en matière de responsabilité civile traditionnelle (*torts*) énonce que la réparation doit refléter le dommage réel subi par la victime. Pour autant, contrairement à la tradition civiliste, le droit américain ne connaît pas formellement le principe de réparation intégrale. Ici encore, les modalités de la réparation en matière civile peuvent être spécifiquement aménagées par le législateur (fédéral ou fédéré) en cas de violation d'une règle qu'il édicte. Disposant d'une grande latitude, le Congrès peut prévoir des dispositions assurant à la victime une indemnisation qui dépasse le préjudice effectivement subi par le requérant. Réduisant ainsi à néant la marge de manœuvre du juge – tant sur la décision d'attribution de dommages et intérêts que sur le montant de ces derniers – cette compétence du Congrès sur le choix de la réparation lui offre différentes possibilités.

321. Le choix des *statutory damages*. D'abord, le Congrès peut expressément prévoir des *statutory damages* qui correspondent à une somme spécifique accordée soit en lieu et place de la réparation du préjudice subi, soit en supplément de celle-ci. Cette modalité, visant expressément à encourager l'action lorsque le montant du préjudice est trop faible ou difficile

⁸⁸³ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States », préc., spéc. pp. 13 et 24.

⁸⁸⁴ V. sur ce point: S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, préc. ; R. BELTON, « Comparative Review of Public and Private Enforcement of Title VII of the Civil Rights Act of 1964 », *Vanderbilt L. Rev.*, 1978, vol. 31, pp. 905-961.

⁸⁸⁵ B. H. THOMPSON, « The Continuing Innovation of Citizen Enforcement », *University of Illinois L. Rev.*, 2000, pp. 185-236.

à établir, a été par exemple utilisée en matière de protection des consommateurs ou de propriété intellectuelle⁸⁸⁶.

322. Le choix des *punitive damages*. Ensuite, le législateur peut aménager des dispositions accordant des dommages et intérêts punitifs. Si leur introduction dans les pays de tradition romano-germanique demeure difficile⁸⁸⁷, leur reconnaissance en droit américain apparaît peu surprenante. Trouvant leurs origines en Angleterre à la fin du XVIII^e siècle⁸⁸⁸, les « *punitive damages* » sont communément pratiqués dans les pays de *common law* sous des formes variées⁸⁸⁹. Sans s'engager dans une étude comparée globale qui dépasserait le cadre de notre étude, ils sont largement développés en droit américain fédéral dans de nombreux domaines⁸⁹⁰. Les dommages et intérêts punitifs peuvent être accordés sans référence au montant réel du préjudice, et pouvant aller bien au-delà. Si leur montant est laissé à la discrétion des tribunaux et plus particulièrement du jury⁸⁹¹, il demeure néanmoins encadré par la *Due Process Clause* de la Constitution⁸⁹².

323. Le choix des *treble damages*. Enfin, le législateur peut expressément autoriser l'attribution de dommages et intérêts doubles, ou triples qui consistent, comme leur nom l'indique, à multiplier le montant réel de l'indemnisation de la victime par deux ou trois. S'ils représentent une spécificité américaine, il convient néanmoins rapidement de nuancer leur originalité. Ayant

⁸⁸⁶ E. SCHWARTZ, C. SILVERMAN, « Common-Sense Construction of Consumer Protection Acts », *Kansas L. Rev.*, 2005, vol. 54, pp. 1-72 ; S. B. SCHEUERMAN, « Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Actions », *Missouri L. Rev.*, 2009, vol. 74, pp. 103-152.

⁸⁸⁷ Not. au regard de la fonction essentiellement réparatrice de la responsabilité civile. Cf. *supra*, §119 et s.

⁸⁸⁸ Cf. *supra* §97. Les *punitive damages* ont été pour la première fois consacrés dans une décision de 1763 en Angleterre (*Wilkes v. Wood*, préc.). Plus généralement sur leur racine de *common law* : F. H. LAWSON, H. TEFF, *Remedies of English law*, Butterworths, 2^{ème} éd., 1980, p. 133 ; B. CHAPMAN, M. TREBILCOCK, « Punitive Damages: Divergence in Search of Rationale », *Ala. L. Rev.*, 1989, vol. 40, pp. 741-829., spéc. pp. 745-750 ; NOTE, « Exemplary Damages in the Law of Torts », *Harv. L. Rev.*, 1957, vol. 70, pp. 517 et s., spéc. pp. 518-520.

⁸⁸⁹ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 8. V. également : J. Y. GOTANDA, « Punitive Damages : A Comparative Analysis », *Colum. J. Transnational L.*, 2004, vol. 42, pp. 391-444.

⁸⁹⁰ En matière de discrimination, le législateur avait initialement fait le choix, dans le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, de limiter le montant de la réparation au dernier salaire. Toutefois, cette disposition a été modifiée, lors de l'amendement du Titre VII du *Civil Rights Act* en 1991 : souhaitant inciter les personnes victimes de discrimination à agir, le législateur a choisi d'accorder des dommages et intérêts compensatoires ainsi que des dommages et intérêts punitifs. Pour d'autres exemples de *Statutes* prévoyant des dommages et intérêts punitifs : v. les références citées par J. Y. GOTANDA, « Punitive Damages : A Comparative Analysis », préc., spéc. p. 424.

⁸⁹¹ *Missouri Pac. R. Co. v. Humes*, 115 U.S. 512, 521 (1885) (énonçant sur la détermination du montant des dommages et intérêts punitifs que « [t]he discretion of the jury in such cases is not controlled by any very definite rules; yet the wisdom of allowing such additional damages to be given is attested by the long continuance of the practice »).

⁸⁹² La contrôle de la Cour suprême se limite à vérifier que le montant n'est pas manifestement déraisonnable. V. not. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 123 S. Ct. 1513 (2003).

fait leur première apparition dans le *Sherman Act* de 1890, cette disposition spécifique trouve son origine dans l'acte du Parlement anglais de 1623⁸⁹³, qui prévoyait déjà des *treble damages* en cas de monopole illégal afin d'inciter la victime à agir⁸⁹⁴. Ce choix permet à la victime d'une pratique *antitrust* de récupérer jusqu'à trois fois le montant du préjudice effectivement subi. Pour autant, en dépit de cet exemple historique, les dommages et intérêts doubles ou triples demeurent inconnus des autres pays de tradition de *common law*. Ils se sont en revanche développés dans d'autres domaines aux États-Unis, notamment en matière de discrimination au travail⁸⁹⁵, de lutte contre la corruption⁸⁹⁶ ou de préjudice environnemental⁸⁹⁷.

324. Portée. Ce qui apparaît, selon notre conception civiliste, comme des dérogations au principe de la réparation intégrale, est peu surprenant en droit américain. Il est clairement établi que ces majorations de la réparation visent à punir et dissuader les (actuels ou potentiels) contrevenants⁸⁹⁸. Contrairement à la conception européenne, les liens entre justice civile et justice pénale sont tenus aux États-Unis. La finalité réparatrice n'est pas l'unique objectif de la justice civile : les juridictions civiles peuvent jouer un rôle répressif alors même que l'action a été intentée par un justiciable et non les pouvoirs publics. En ce sens, l'attribution de dommages et intérêts punitifs ou triples (*treble damages*) ne sert pas seulement la réparation du requérant victime. Ils s'inscrivent dans une perspective qui revient à « recruter des requérants privés dans le travail de détection, punition et ainsi dissuasion »⁸⁹⁹. La jurisprudence se fait d'ailleurs largement l'écho de cette conception.

325. À l'image des aménagements des frais de procédure, la majoration de l'indemnisation est considérée par la Cour suprême comme une « *prime qui encourage les actions privées* »⁹⁰⁰.

⁸⁹³ Cf. *supra*. Chapitre 1.

⁸⁹⁴ C. A. JONES, « Exporting Antitrust Courtrooms to the World : Private Enforcement in a Global Market », *Loyola Consumer L. Rev.*, 2004, vol.16, p. 409.

⁸⁹⁵ Notamment dans le *Equal Pay Act* de 1963, le Congrès a prévu d'accorder une réparation égale au double du salaire illégalement retenu

⁸⁹⁶ *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act* (RICO), 18 U.S.C. § 1964(c) (1994)

⁸⁹⁷ *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA), 42 U.S.C. § 9607 (c)(3) (1994).

⁸⁹⁸ Sur les finalités des « punitives damages » : *Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001); v. également C. R. SUNSTEIN et a., « Assessing Punitive Damages », *Yale L. J.*, 1998, vol. 197, pp. 2071-2074 ; A. J. SEBOK, « What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today », *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, vol. 78, p.163.

⁸⁹⁹ P. AREEDA, « Antitrust Violations Without Damages Recovery », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, p. 1127 citant les jurisprudences *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, préc. ; *Lehrman v. Gulf Oil Corp.*, 500 F. 2nd 659, 667 (5th Cir. 1974) cert. denied, 420 U. S. 929 (1975).

⁹⁰⁰ *Smith v. Wade* 461 U.S. 30 (1983) (« *punitive damages are justified as a 'bounty' that encourages private lawsuits seeking to assert legal rights* »). V. également *United States v. Snapp*, 595 F.2d 926 (4th Cir. 1978) ; *TVT Records v. Island Def Jam Music Group* 2003).

Dans le même sens, cette majoration de la réparation fournit, selon elle, « *une incitation à agir en justice* » qui a été « *conçue pour combler un vide sur le plan des poursuites* »⁹⁰¹. D'autres juridictions fédérales inférieures ont également vu dans ce mécanisme un moyen de « *récompenser les individus qui servent de procureur privé...* »⁹⁰² et donc œuvrent pour l'intérêt général. Plus particulièrement en matière *antitrust*, la Cour suprême a rappelé que, au terme d'une jurisprudence constante, l'action en *treble damages* vise le double objectif de réparation et dissuasion⁹⁰³, allant jusqu'à désigner ce type de réparation, selon les termes du juge O'CONNOR, de « *carotte* »⁹⁰⁴ en vue d'atteindre les objectifs poursuivis dans le *Sherman et Clayton Act*. En définitive, outre la fonction compensatoire classique – à savoir le rétablissement d'une justice corrective – la perspective d'une réparation « majorée » vise à inciter les personnes victimes à agir en vue de les investir d'un rôle répressif destiné à s'assurer du respect des règles objectives.

326. Pour conclure, si l'on concède que ces différents mécanismes juridiques de financements de l'action et d'indemnisation témoignent d'une prise en compte de la situation individuelle du justiciable, l'étude a montré que leur finalité purement subjective doit être écartée. Ces incitations, orchestrées par les règles de procédure civile relatives au déclenchement de l'action, sont surtout le reflet d'une démarche volontariste (ou stratégique) du législateur consistant à mobiliser les personnes privées à agir. Mais ce processus d'instrumentalisation des intérêts subjectifs des justiciables se manifeste d'autant plus dans le déroulement de l'action : le justiciable est invité à participer à la détection des infractions en le dotant d'outils juridiques similaires à ceux traditionnellement accordés en Europe aux pouvoirs publics.

⁹⁰¹ « *incentive to litigate (...) that is designed to fill prosecutorial gaps* » (*Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co.* 473 U.S. 479, 1985) : à propos du *RICO Act*.

⁹⁰² *Jackson v. Johns-Manville Sales Corp.* 781 F.2d 394 (5th Cir. 1986) (« *damages enhancement operate to reward individuals who serve as 'private attorneys general' in bringing wrongdoers to account* ») ; *Perrone v. Gen. Motors Acceptance Corp.* 232 F.3d 433 (5th Cir. 2000) (« *The caselaw confirms that statutory damages may be imposed as a means to encourage private attorneys general to police disclosure compliance even where no actual damages exist* ») et autres références citées dans ces arrêts.

⁹⁰³ *Atlantic. Richfield Co. v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990) ; *California v. ARC Am. Corp.*, 490 U.S. 93 (1989) ; *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp. Inc.*, préc. ; *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979) ; *Illinois Brick Co. v. Illinois*, préc. ; *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, préc. ; *Perma-Life Mufflers*, préc.

⁹⁰⁴ *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff Associates, Inc.*, préc. (« *the mechanism chosen to reach the objective in both the Clayton Act and RICO is the carrot of treble damages* »).

A) Les outils juridiques nécessaires au déroulement de l'action privée : facteurs de participation des personnes privées

327. Il va sans dire que le procès s'articule autour de la divulgation des preuves et le demandeur doit apporter les éléments nécessaires au soutien de ses prétentions. Tout aussi établi est le constat de la difficulté d'accéder aux preuves. Plus particulièrement en matière *antitrust*, l'asymétrie d'information entre la victime et le contrevenant ainsi que la nature économique de la preuve constituent des obstacles connus pour le requérant⁹⁰⁵. Sur ce point, le droit américain est doté des différents mécanismes qui relèvent soit des règles générales de procédure civile, soit des règles spécifiques en matière *antitrust*.

328. D'une part, la procédure de *discovery* est le reflet d'une instruction judiciaire traditionnellement menée par les parties, chargées de détecter la violation de la règle⁹⁰⁶. Si elle permet aux parties d'accéder aux preuves potentiellement détenues par l'adversaire afin d'assurer l'effectivité de leurs droits, elle est aussi un nouvel instrument placé au service du rôle objectif de l'individu dans le système judiciaire américain : son étendue témoignant d'une recherche des institutions politiques et juridiques de compter sur les acteurs privés pour assurer une partie de la détection et de la sanction des infractions (1). À ce cadre général s'ajoutent, d'autre part, des règles spéciales en matière *antitrust*. Sur ce point – et alors même que la présente démonstration s'attache à démontrer que le domaine de l'étude est l'illustration de cette fonction normative de l'action privée – les règles spécifiques en matière de preuve en constituent paradoxalement une atténuation. En permettant au demandeur d'utiliser une décision d'une autorité fédérale (*DOJ/FTC*), il s'agit moins de favoriser la détection des infractions que d'assurer, *a priori*, la réparation de la victime (2).

1) La procédure de discovery, outil traditionnel d'objectivation contentieuse

329. **Présentation générale.** La procédure de *discovery* n'est pas propre au contentieux *antitrust*, mais s'inscrit au contraire dans les règles générales de procédure civile fédérale (*FRCP*). Elle correspond à la phase d'investigation préalable au procès dans laquelle les parties sont autorisées à demander, à l'autre ou à un tiers, des informations utiles à la résolution du

⁹⁰⁵ A. A. FOER, R. M. STUTZ (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., spéc. p. 181.

⁹⁰⁶ Contrairement au système inquisitoire dans le modèle européen, le juge n'intervient en effet qu'afin d'arbitrer les conflits entre les parties ou de sanctionner le non-respect des règles entre elles.

litige⁹⁰⁷. Il est communément admis que les règles fédérales de procédure civile consacrent un large accès à la preuve en accordant à chaque partie le droit d'exiger toutes les informations pertinentes que l'adversaire peut avoir en sa possession, que celles-ci leur soient favorables ou, au contraire, défavorables⁹⁰⁸. Cet instrument d'obtention des preuves, spécifique au modèle américain, ayant déjà fait l'objet d'études par les observateurs européens⁹⁰⁹, on reviendra rapidement sur les modalités et l'étendue de la *discovery* (a) afin de montrer en quoi elle est le signe d'une objectivation contentieuse établie aux États-Unis (b).

a) *Les modalités et l'étendue de l'obtention des preuves*

330. Champ large des productions demandées. Régies par les règles 26 à 37 des *FRCP*⁹¹⁰, les productions pouvant faire l'objet d'une *discovery* ont un champ très large. Selon les *FRCP*, les parties peuvent demander tout type de documents écrits⁹¹¹ – notamment par le biais d'interrogatoires (*written interrogatories*)⁹¹² – et incluant depuis 2006 des documents électroniques (*documents electronically stored information*)⁹¹³. En n'exigeant pas des

⁹⁰⁷ Les *FRCP* (P. 26 (a) (1), (2) (3) distinguent les *initial disclosures*, *expert disclosures* et *pretrial disclosures* (pour lesquelles les parties sont tenues de divulguer les informations sans requête particulière) des autres demandes qui exigent de la part des parties une requête formelle. Nous nous attarderons à présenter plus particulièrement ces dernières.

⁹⁰⁸ A. B. SPENCER, *Civil Procedure. A Contemporary Approach*, 3rd ed., 2011, spéc. pp. 611-612.

⁹⁰⁹ V. not. sur ce point : M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, 2012, spéc. pp. 327-342 ; C. PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », préc., pp. 50-63.

⁹¹⁰ *FRCP*. 26- 37. L'ensemble du système fédéral d'administration de la preuve repose sur l'idée que les parties doivent moins s'empêcher ou se piéger lors du procès que se garantir, du moins en théorie, un échange complet et volontaire d'informations. La phase de *discovery* s'inscrit dans l'objectif préliminaire des *FRCP* visant à garantir une procédure rapide, juste et efficace (*FRCP*. 1). Elle en constitue la « pierre angulaire » selon certains auteurs : v. sur ce point : A. A. FOER, R. M. STUTZ, dir., *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., spéc. p. 181 ; C. A. WRIGHT, A. R. MILLER, R. L. MARCUS, *Federal Practice and Procedure*, 3rd ed., 2010; A. B. SPENCER, *Civil Procedure. A Contemporary Approach*, 3rd ed., 2011, spéc. p. 612.

⁹¹¹ *FRCP*. 34. Toute partie peut notifier à l'autre une requête en production de documents. Le champ est particulièrement large, puisqu'il inclut tout type de document qui est en la possession de l'autre partie.

⁹¹² *FRCP*. P. 33. Il s'agit de questions écrites auxquelles l'autre partie doit répondre sous peine de faux témoignage. Le nombre de formulaires est limité (25 maximum sauf si l'autre partie ne s'oppose pas à un nombre supérieur) et une partie peut s'opposer à une demande, s'il la considère trop ambiguë, large. Dans le cadre des « *contention interrogatories* », une partie peut demander tous les éléments, en possession de l'autre partie, au soutien ou au contraire à la défaveur de ses prétentions. Dans le même sens, le requérant peut demander tous les documents au soutien des prétentions de l'adversaire.

⁹¹³ *FRCP*. 34. (1970 & 2006 Amendment). Pour autant, la *e-discovery* toujours en cours d'évolution, fait l'objet de nombreux commentaires auxquels nous renvoyons : v. not. The Sedona Conf. Working Group on Elec. Doc. Retention & Prod., *The Sedona Glossary: for E-Discovery & Digital Information Management*, 33 (Conor CROWLEY & Sherry HARRIS, dir. 2nd éd. 2007). District Court of Maryland, *Suggested Protocol for Discovery of Electronically Stored Information*, disp. <http://www.mdd.uscourts.gov/news/news/esiprotocol.pdf>; D. L. BASSETT, « Reasonableness in E-Discovery », *Campbell L. Rev.*, 2010, vol. 32, pp. 435-452 ; J. L. CARROLL, « Proportionality in Discovery: A Cautionary Tale. Emerging Issues in Electronic Discovery », *Campbell L. Rev.*, 2010, vol. 32, p. 455.

requérants de mentionner précisément les documents demandés, les règles de procédure accordent aux parties des moyens d'action importants dès le début de la procédure. Le champ d'action est considérablement étendu par la possibilité de la partie de se rendre dans les locaux ou au domicile de l'adversaire afin de se procurer le document demandé. Plus particulièrement en matière *antitrust*, les documents nécessaires étant majoritairement entre les mains de l'autre partie, cet instrument constitue souvent une source précieuse d'éléments de preuve, dans l'établissement de la responsabilité ou l'estimation du dommage⁹¹⁴. Mais le champ de la *discovery* ne s'épuise pas dans la production de documents écrits. Les parties peuvent également demander des expertises⁹¹⁵ et des *Requests for admissions* qui consistent pour le demandeur à solliciter de l'autre partie qu'elle admette ou qu'elle réfute telle ou telle allégation⁹¹⁶. Enfin, le système fédéral américain donne la possibilité aux parties de procéder elles-mêmes et sans autorisation préalable du juge aux interrogatoires et dépositions des témoins et parties (*depositions*)⁹¹⁷.

⁹¹⁴ A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., p. 192.

⁹¹⁵ FRCP. 26 (a)(2); (A). Les parties peuvent recourir à des experts pour les assister dans la préparation de leur cas ou pour témoigner lors du procès. Les *FRCP* reconnaissent différents types d'experts. En premier lieu, des experts dénommés « *testifying expert* » ont la charge de fournir un rapport comprenant leur opinion qui doit faire l'objet d'un échange entre les parties. En matière *antitrust*, les experts sont traditionnellement issus du monde académique (professeurs), d'entreprises de consulting ou de l'industrie concernée. Sur le fondement de leurs connaissances économiques, statistiques ou économétriques, ils tentent, sur la base des informations obtenues par la *discovery*, de bâtir des modèles de projections. En second lieu, outre les personnes officiellement reconnues en qualité d'expert, les règles de procédure civile admettent sous certaines conditions le témoignage de consultants (« *non-testifying consultants* ») ou d'employés. Les règles 701 et 702 des *Federal Rule of Evidence (FRE)* définissent *a priori* assez largement la notion d'« *expert testimony* ». Ce dernier présente ses éléments sous la forme d'un rapport écrit et signé qui doit contenir les faits et données justifiant son opinion ainsi que ses qualifications et l'ensemble des affaires dans lesquelles il a été amené à témoigner. Le rôle de l'expert apparaît essentiel en matière *antitrust* : l'expérience américaine révèle que les parties nécessitent leur assistance afin d'établir aussi bien l'existence de la pratique que le lien de causalité ou encore l'évaluation du dommage. Dans le cadre de l'examen des évolutions sur ce sujet dans l'Union, et plus particulièrement du Projet de document d'orientation de la Commission, l'American Bar Association énonçait que l'évaluation du dommage serait inefficace et peu fiable sans procédure de *discovery* (American Bar Association, *Comments on the European Commission's draft guidance paper on quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the Treaty on the functioning of the European Union*, disp. sur le site de la Commission, oct. 2011, p. 3). V. également de manière générale sur ce point : A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., p. 202.

⁹¹⁶ FRCP. 36

⁹¹⁷ FRCP. 27-32. Cette faculté offerte aux parties constitue une différence majeure avec les systèmes d'obtention des preuves dans la tradition romano-germanique, dans laquelle seuls le juge ou les pouvoirs publics peuvent procéder à ce type d'interrogatoires. Durant l'examen, la personne interrogée doit répondre aux questions posées sans consulter son conseil ou avocat et, contrairement aux *interrogatoires* ou *request for admission*, l'examineur est autorisé à poser des questions supplémentaires à la suite des réponses formulées. Les propos recueillis au cours de la *deposition* sont conservés afin d'être utilisés dans l'hypothèse où la personne interrogée fournirait des informations contradictoires lors du procès ou de futures dépositions ou en cas d'absence au procès. Pour autant, si elles peuvent, en principe, être mises en œuvre sans autorisation préalable du tribunal, les *depositions* sont encadrées. Afin de garantir une procédure équitable et juste au regard du respect du *Fair Trial*, la Règle 28 prévoit en ce sens plusieurs conditions. En premier lieu, lorsque la *deposition* a lieu sur le territoire des États-Unis, celle-

331. L'étendue de la *discovery* : le contrôle du juge et des parties via les *protective orders*.

Si les règles de la *discovery* prévoient, par principe, un large accès aux éléments de preuve, elles posent également certaines limites. Le juge a sur ce point un rôle de gardien du bon fonctionnement de la justice et doit, en cela, arbitrer entre les parties. D'abord, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la demande de divulgation⁹¹⁸. Bien que les moyens d'accès aux preuves détenues par l'autre partie soient étendus, la divulgation de certaines informations – dont le coût ou le poids pour l'adversaire apparaît disproportionné par rapport à l'objet du litige – peut être refusée⁹¹⁹. Il en va de même lorsque la partie demanderesse a déjà eu de multiples opportunités au cours de la procédure de demander ces éléments d'informations⁹²⁰, ou bien encore si le coût et l'ampleur de la *discovery* proposée dépassent les bénéfices et buts recherchés⁹²¹. Ensuite, la demande de limitation peut également venir d'une partie. La personne peut demander au juge de rendre une demande de protection (*protective order*) si, de bonne foi, elle estime que certaines informations demandées doivent être protégées⁹²². Dans ce cadre, le juge a la possibilité d'apporter différentes solutions à la demande de protection : interdire la divulgation, spécifier les modalités de divulgation, prescrire une autre méthode que celle choisie par la partie ou encore exiger que toute information commerciale sensible ou couverte par le secret des affaires ne soit pas révélée ou

ci doit être réalisée en présence d'une personne assermentée dépendante de la Cour et être enregistrée dans son intégralité. Toute objection formulée par la partie interrogée doit apparaître sur la retranscription. En second lieu, une *deposition* ne peut en principe excéder sept heures et le nombre de *depositions* sans autorisation du juge doit être limité. Enfin, si les *depositions* représentent un instrument utile de divulgation des preuves, elles répondent de manière générale à un lourd formalisme visant à en encadrer les excès. A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., p. 198.

⁹¹⁸ A. B. SPENCER, *Civil Procedure. A Contemporary Approach*, 3rd ed., 2011, spéc. p. 621.

⁹¹⁹ FRCP. 26 (b) (2) (C) (i). Dans certaines hypothèses prévues par les textes, cette faculté se transforme en obligation dans différents cas énoncés par la Règle 26 (b) (2) (C). D'abord, le juge est tenu de limiter la fréquence ou le champ de la *discovery* dans l'hypothèse où l'information recherchée au travers de la procédure de *discovery* apparaît déraisonnable, cumulative ou duplicative, ou si les éléments demandés peuvent être obtenus par une autre source entraînant moins d'inconvénients, nécessitant moins d'efforts et surtout se révélant moins couteuse.

⁹²⁰ FRCP 26 (b) (2) (C) (ii).

⁹²¹ Le juge examine pour cela les nécessités de l'affaire, le montant du litige, les ressources des parties, l'importance des questions posées par le litige et l'importance de la *Discovery* dans la résolution de l'affaire (FRCP. 26 (b)(2)(C) iii).

⁹²² FRCP. 26 (c). Elle peut invoquer plusieurs motifs d'objection à la mesure de *discovery*, tels que le désagrément, les pressions ou les charges ou dépenses indument supportées (« *to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense* »). V. sur ce point l'arrêt *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20. 36-37 (1984), dans lequel le tribunal a estimé que l'objection est recevable afin de protéger le demandeur de dévoiler la liste des membres et des dons au bénéfice d'une organisation religieuse en ce que la divulgation constituerait un désagrément, une gêne et une oppression illégitime. Cité par A. B. SPENCER, *Civil Procedure. A Contemporary Approach*, préc., spéc. p. 619.

seulement dans des circonstances précises⁹²³. Une fois le cadre général de la *discovery* présenté, il convient de s'intéresser à sa portée.

b) La portée de la procédure de discovery

332. Dans le cadre de la présente démonstration, la procédure de *discovery* revêt deux aspects qui témoignent parfaitement de l'instrumentalisation procédurale des intérêts individuels du requérant, au service d'un intérêt plus objectif.

333. Dans son premier aspect, la procédure de *discovery* a vocation à permettre à chaque partie de trouver des informations pertinentes pour obtenir gain de cause dans la perspective du procès. L'ensemble des dispositions des Règles 26 à 37 traduit en cela l'approche pragmatique du *common law* largement orientée vers le procès⁹²⁴. Un auteur remarque en ce sens que, dès l'origine, l'*Advisory Committee*, en charge de l'élaboration des règles fédérales de procédure civile de 1938, en collaboration avec la Cour suprême, avait pour objectif d'assurer aux citoyens l'accès aux tribunaux⁹²⁵. Il s'agissait, d'une part, de simplifier le plus possible les éléments requis dans la plainte et, d'autre part, de faciliter l'accès aux preuves par un système large de *discovery*⁹²⁶. D'ailleurs, si ce droit d'accès à la justice a initialement façonné le système de divulgation des preuves, la procédure de *discovery* a également vocation à réunir le plus grand nombre d'informations qui permettront prioritairement de trouver une solution à l'amiable au litige. Le recours au juge est souvent perçu comme un substitut : si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord, les éléments issus de la *discovery* permettront d'apporter au juge ou au jury une vision proche de la « vérité »⁹²⁷.

334. Dans son second aspect, le système américain d'accès aux preuves révèle, au-delà de son aspect interindividuel, le rôle du justiciable dans le système judiciaire. Moins perçu comme une simple victime, il est transformé en véritable procureur privé chargé de s'assurer du respect des règles par son action. En ce sens, l'intérêt de la victime d'accéder à la justice s'entremêle avec

⁹²³ FRCP. 26 (c) (1). Il dispose sur ce point d'un large pouvoir discrétionnaire, v. sur ce point : A. B. SPENCER, *Civil Procedure. A Contemporary Approach*, préc., spéc. p. 620.

⁹²⁴ *Idem* avec la *disclosure* en droit anglais. Sur ce point : C. PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », préc., spéc., p. 53.

⁹²⁵ S. N. SUBRIN, « How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective », *University of Pennsylvania L. Rev.*, 1987, vol. 135, pp. 909-1002.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ En ce sens, la *discovery* est communément présenté comme un moyen tendant à favoriser le règlement amiable des litiges. Sur ce point, v. not. en langue française : M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, préc., version en ligne, p. 270.

celui du Congrès d'assurer l'effectivité de la législation fédérale qu'il adopte. Dans une perspective historique, les mêmes auteurs ont également souligné que les membres de l'*Advisory Committee* étaient conscients de la volonté du Congrès de renforcer la mise en œuvre des lois fédérales, et notamment des règles *antitrust*, en pleine période du *New Deal*⁹²⁸. Ce large accès à la preuve, par le biais de la procédure de *discovery*, avait ainsi vocation à s'inscrire au service de la politique de dissuasion et de répression des pratiques par les personnes privées. À l'image d'une autorité publique, le justiciable est capable d'aller chercher la preuve de l'infraction, ce qui, dans la conception de notre système continental pétri par la distinction du rôle de l'individu et des pouvoirs publics, s'apparenterait à des prérogatives de puissance publique. Le contentieux *antitrust* en constitue en cela un exemple topique. Lorsque le *DOJ* ou la *FTC* mettent en œuvre le *Sherman Act*, cela constitue l'archétype de l'action publique. Ces agences fédérales vont engager une enquête, imposer des injonctions, et potentiellement infliger des sanctions aux entreprises qui méconnaissent les règles *antitrust*. Mais, au regard des règles de procédure civile américaine et, plus particulièrement de la *discovery*, il en va de même lorsque la victime privée actionne son droit d'agir sur le fondement de la *Section 4* du *Clayton Act*. Ce mécanisme d'accès aux preuves lui permet (principalement par le biais de ses avocats) d'avoir les mêmes pouvoirs que les agences fédérales : l'obtention de témoignage sous serment ou de transmission de documents⁹²⁹.

335. Par son double aspect, la *discovery* se situe ainsi au cœur du système de *private enforcement*. L'effectivité du système procédural fédéral se mesure, d'une part, à sa capacité à garantir au justiciable un accès aux preuves suffisant pour assurer sa satisfaction individuelle lors du procès et, d'autre part, à celle du gouvernement à compter sur les actions privées pour la mise en œuvre effective des règles⁹³⁰. Sur ce point, les juges eux-mêmes ont souligné le lien entre la procédure de *discovery* et la politique d'*enforcement*⁹³¹.

336. Paul CARRINGTON relève par exemple que « *la discovery a été un instrument essentiel dans ce passage d'une régulation administrative à une régulation privée* »⁹³². En réponse aux

⁹²⁸ S. N. SUBRIN, « How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective », préc. Dans le même sens : S. B. BURBANK, S. N. SUBRIN, « Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial », *Harv. Civil Rights - Civil Liberties L. Rev.*, 2011, vol. 46, pp. 399-414.

⁹²⁹ A. A. FOER, R. M. STUTZ, dir., *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc.,

⁹³⁰ Cette thèse se situe au cœur des travaux de S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », préc., p. 27.

⁹³¹ *Ibid.* p. 29.

⁹³² P. D. CARRINGTON, « Renovating Discovery », *Alabama L. Rev.*, 1997, vol. 49, pp. 51-78, p. 54 (« *discovery has been an essential instrument in that shift from bureaucratic to private regulation* »).

critiques relatives à son coût⁹³³, il note plus particulièrement qu'« *il faut garder clairement à l'esprit que la discovery est l'alternative américaine à l'État administratif* »⁹³⁴. Il poursuit en énonçant que « (g)râce aux règles 26-37 et à leurs analogues dans le droit des États, nous avons privatisé une grande partie de l'application de la loi, en particulier dans des domaines tels que la réglementation antitrust et commerciale, la protection des consommateurs, la réglementation des valeurs mobilières, les droits civils et la propriété intellectuelle. Les plaideurs privés font aux États-Unis une grande partie de ce qui est fait dans d'autres États occidentaux par des agents publics travaillant au sein d'une bureaucratie administrative »⁹³⁵. Dans le même sens, le juge Patrick HIGGINBOTHAM lui-même – d'ailleurs membre de l'*Advisory Committee on Civil Rules* – a souligné ce lien entre la *discovery* et la capacité du gouvernement à mettre en œuvre ses législations (*statutes*). Il rappelle en effet à cet égard que « (l)e Congrès a choisi d'utiliser les poursuites privées, les avocats généraux privés comme mécanisme d'application des lois antitrust, des lois sur les valeurs mobilières, du droit de l'environnement, des droits civils, etc. En général, le plaignant dans ces procès doit découvrir des preuves auprès du défendeur ». Il en déduit que « le calibrage de la *discovery* est le calibrage du niveau d'application de la politique sociale fixée par le Congrès »⁹³⁶. En définitive, la procédure de *discovery* s'inscrit pleinement dans le processus d'objectivation procédurale, objet de nos présents développements. Celle-ci illustre, en effet, un dépassement

⁹³³ Si la procédure de *discovery* peut être saluée pour son efficacité au regard de sa contribution au succès du *private enforcement*, elle est également largement dénoncée pour ses excès. Les critiques de la doctrine américaine se sont notamment focalisées sur son coût mais aussi sa lourdeur, ses dérives. D'ailleurs, on peut préciser ici que, comme les futurs développements se chargeront de le montrer, ces critiques ont largement influencé les restrictions de l'accès aux preuves (cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, spéc. §656 et s.). Pour les critiques de la doctrine européenne : I. LUC, « Un bilan de l'activité de la Cour suprême américaine en droit de la concurrence pour l'année 2007 », *RLC*, 2007, pp. 87 et s. ; J. S. MARTIN, « La culture de litige à la recherche de la vérité et le dossier Microsoft », *RLC*, 2007, pp. 151 et s., spéc., pp. 154 et 155 ; M. DUMARCAY, La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles, préc., p. 468, n° 373 ; C. PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de *private enforcement* », préc., p. 54, n° 10. Sur les critiques de sa version britannique : L. IDOT, « Regards sur les droits étrangers », in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles, 29 avr. 2004, *LPA*, n° 14, 20 janv. 2005.

⁹³⁴ P. D. CARRINGTON, « Renovating Discovery », préc.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 54 (« *We should keep clearly in mind that discovery is the American alternative to the administrative state. We have by means of Rules 26-37, and by their analogues in state law, privatized a great deal of our law enforcement, especially in such fields as antitrust and trade regulation, consumer protection, securities regulation, civil rights, and intellectual property. Private litigants do in America much of what is done in other industrial states by public officers working within an administrative bureaucracy. Every day, hundreds of American lawyers caution their clients that an unlawful course of conduct will be accomplished by serious risk of exposure at the hands of some hundreds of thousands of lawyers, each armed with a subpoena power by which misdeeds can be uncovered. Unless corresponding new powers are conferred on public officers, constricting discovery would diminish disincentives for lawless behavior across a wide spectrum of forbidden conduct* »).

⁹³⁶ P. HIGGINBOTHAM, « Foreword », *Alabama L. Rev.*, 1997, vol. 49, pp. 1-6 (« *Congress has elected to use the private suit, private attorneys-general as an enforcement mechanism for the antitrust laws, the securities laws, environmental law, civil rights, and more. In the main, the plaintiff in these suits must discover evidence from the defendant. Calibration of discovery is calibration of the level of enforcement of the social policy set by Congress* »).

de la seule logique individuelle consistant à récolter des éléments déterminants pour obtenir satisfaction. Ce mode d'accès aux preuves est aussi, et surtout, placé au service d'un intérêt plus collectif : en accordant aux parties privées un large accès aux preuves, les institutions politiques et juridiques s'assurent du respect de la mise en œuvre des règles au même titre que l'action des autorités publiques.

2) Les règles spécifiques en matière antitrust, reflet d'une objectivation contentieuse atténuée

337. L'action du « Procureur privé » ne doit pas faire oublier le rôle des autorités publiques dans la mise en œuvre des règles dans l'intérêt général⁹³⁷. Plus particulièrement en matière *antitrust*, le *DOJ* ainsi que la *FTC* ont la responsabilité de détecter et sanctionner les violations aux règles *antitrust*. Dans le cadre de ce *public enforcement*, les informations obtenues et détenues par les autorités fédérales font l'objet d'une divulgation fortement encadrée⁹³⁸. Cela étant, les règles relatives aux interactions entre les deux systèmes de mise en œuvre du droit *antitrust* (*public* et *private enforcement*) constituent, à ce stade de l'étude, une atténuation au mouvement d'objectivation procédurale qu'il convient de signaler.

338. La règle dite de la *prima facie evidence*. En témoigne d'une part, la règle spécifique désignée sous le terme de *prima facie evidence*. La *Section 5 (a)* du *Clayton Act*⁹³⁹ donne la possibilité au demandeur d'utiliser un jugement ou décret (*decree*) définitif, rendu dans le cadre d'une procédure civile ou criminelle menée par une autorité fédérale, comme *prima facie evidence* contre le défenseur. Bien que limitée par le législateur lui-même⁹⁴⁰, cette règle revient en effet à relativiser le rôle de détection des infractions par le particulier, transformé en « Procureur privé ». L'infraction ayant déjà été détectée par une autorité fédérale, l'idée ici est

⁹³⁷ Cf. *infra* Chapitre 5.

⁹³⁸ FED. R. CRIM. P. 6(e) qui interdit la divulgation des certaines informations au jury. Par exemple : 5 U.S.C. § 552 (b) (7) (« *records and information compiled for law enforcement purposes, but only to the extent that the production of such law enforcement records or information (A) could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings or (D) could reasonably be expected to disclose the identity of a confidential source, including a state, local or foreign agency or authority or any private institution which furnished information on a confidential basis, and, in the case of a record or information compiled by criminal law enforcement authority in the course of a criminal investigation or by an agency conducting a lawful national security intelligence investigation, information furnished by a confidential source* »).

⁹³⁹ 15 U.S. C. § 16 (a).

⁹⁴⁰ Le Congrès a considérablement limité la portée de cette disposition en ajoutant deux exceptions. Aucune « *prima facie evidence* » n'est recevable, d'une part, dans l'hypothèse de « *consent judgments or decrees entered before any testimony* » et, d'autre part, selon la *Section 5(a)* « *no collateral estoppel effect shall be given to findings of the Federal Trade Commission under the antitrust laws or under Section 5 of the FTC Act* ». Sur ce point v. not. : L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 841.

d'en faciliter l'établissement de la preuve, dans le but de garantir la satisfaction individuelle du requérant lors d'un procès. Par cette règle, le Congrès a reconnu et, d'une certaine manière, encouragé les actions dites *follow-on*⁹⁴¹, c'est-à-dire qui suivent l'action des autorités fédérales.

339. Les preuves obtenues dans le cadre des programmes de clémence⁹⁴². D'autre part, les modalités d'accès aux preuves obtenues dans le cadre de l'*amnesty program* visent également à assurer à la victime une réparation, plutôt qu'à renforcer son rôle normatif. Dans le cadre de l'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*⁹⁴³ (ci-après *ACPERA*), adopté par le Congrès en 2004, les entreprises contrevenantes au droit *antitrust* peuvent bénéficier d'un programme de clémence. Au-delà de l'encadrement de la réparation due par le cartelliste coopératif⁹⁴⁴, l'ACPERA impose aux juridictions de vérifier si les entreprises qui ont bénéficié de cette limitation de sanction ont coopéré avec les requérants dans le cadre du procès civil en leur fournissant les documents et un accès aux potentiels témoins⁹⁴⁵. Ici encore, l'idée est plus de favoriser la satisfaction individuelle : la participation à la détection de l'infraction au nom de la mise en œuvre effective des règles revenant, dans cette hypothèse, moins à la victime qu'au contrevenant lui-même.

En dépit des quelques atténuations en matière *antitrust*, les règles générales de procédure civile sont, en définitive, le reflet d'une instrumentalisation des intérêts individuels au profit de la réalisation des règles fédérales. Si ce cadre procédural général illustre en cela pleinement le mouvement d'objectivation procédurale, ainsi en va-t-il également – et de manière d'autant plus saillante – lorsque l'on s'intéresse au modèle de la *class action*.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² Sur la procédure de clémence dans une perspective comparative : J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence – Étude comparative des droits américains et européens*, PUAM., 2008.

⁹⁴³ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, Pub. L. No. 108-237, 118 Stat. 665 (2004).

⁹⁴⁴ Cf *infra* Partie 2, Titre 1, spéc. § 585 et s. Il est ainsi prévu qu'en contrepartie de leur aide à la détection de l'infraction, elles ne s'exposeront, en cas d'action privée, qu'à la réparation du dommage effectivement subi par les victimes (et non au *treble damages*) ainsi que les frais d'avocat et les coûts de la procédure (*attorney's fee, costs and interest*).

⁹⁴⁵ *Ibid.*

§ 2 – Le modèle de *class action*, méthode aboutie de dépassement des intérêts subjectifs

340. Le concept de *private enforcement* trouve certainement, aux États-Unis, sa plus parfaite traduction procédurale dans la procédure de *class action*. Se définissant traditionnellement comme un mécanisme autorisant un ou plusieurs représentants à intenter une action au nom de toutes les personnes concernées par une même situation⁹⁴⁶, la *class action* est communément saluée pour son rôle de justice sociale : elle permet de garantir l'accès effectif des citoyens à la justice et de minimiser les coûts de procédure⁹⁴⁷. Mais, la portée de cet outil procédural ne s'épuise pas dans cette prise en compte des intérêts subjectifs des requérants. D'abord, la *class action* présente un intérêt plus objectif en ce qu'elle contribue à la régulation de l'accès au prétoire et garantit, par le regroupement des intérêts individuels, la bonne administration de la justice. Aussi, et peut-être plus encore, cet instrument procédural entend dépasser les intérêts individuels par le renforcement de la détection et la punition des comportements dans un intérêt plus collectif⁹⁴⁸. La place des *class actions* aux États-Unis est ainsi le reflet d'un choix de politique publique consistant à compter prioritairement sur les actions privées pour mettre en œuvre le droit fédéral. Or, ce choix constitue, à ce stade de notre démonstration, une autre manifestation du processus d'objectivation procédurale, qui se révèle tant dans la notion même de *class action* (A) que dans son aménagement pratique (B).

A) La notion de *class action*

341. Qualifiée de « *machine de destruction* »⁹⁴⁹, de « *monstre de Frankenstein* »⁹⁵⁰ ou de « *forme de chantage légalisé* »⁹⁵¹ par ses détracteurs, la *class action* est, au contraire, pour ses

⁹⁴⁶ W. B. RUBENSTEIN A. CONTE, H. B. NEWBERG, *Newberg on Class Actions*, 5th ed. 2013, § 1:1.

⁹⁴⁷ R. MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2004, spéc. pp.- 61-62 ; S. ISSACHAROFF, « Group Litigation of Consumer claims: Lessons from the US Experience », *Tex Int L. J.*, 1999, vol. 34, pp. 135-150, spéc. pp. 144-145 ; C. G. LANG, « Class actions and the US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Law Value Claims », *W. Comp.*, 2001, vol. 24, p. 286.

⁹⁴⁸ V. les futurs développements. O. W. FISS, « The Political Theory of the Class Action », *Wash. & Lee L. Rev.*, 1996, vol. 53, pp. 21-31.

⁹⁴⁹ W. SIMON, « Class Actions – Useful Tool or Engine of Destruction », *F.R.D.*, 1973, vol. 55, p. 375 (« *engine of destruction* »)

⁹⁵⁰ Cette expression a été pour la première fois utilisée par le *Chief Judge* LUMBARD dans son opinion dissidente dans l'affaire *Eisen v. Carlisle et Jacquelin*, 391. F. 2d 555, 572 (2d Cir. 1968). Elle a ensuite été largement reprise dans la littérature à propos des *class actions*. V. not. pour une critique de cette utilisation en la matière : A. R. MILLER, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem" », *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 92, pp. 664-694.

⁹⁵¹ M. HANDLER, « The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits – The Twenty-Third Annual Antitrust Review », *Colum. L. Rev.*, 1971, vol. 71, pp. 1-36, p. 9 (« *a form of legalized blackmail* »).

plus fervents défenseurs l'« *outil procédural le plus juste de l'histoire* »⁹⁵². Si peu d'instruments juridiques peuvent se targuer d'avoir suscité autant d'intérêt⁹⁵³, rares également sont ceux qui ont fait l'objet d'aussi peu d'études générales. Déjà en 1976, la *Harvard Law Review Association*, dans un numéro intitulé « *Development in the law : Class Actions* »⁹⁵⁴, en faisait précisément le constat⁹⁵⁵. Les auteurs notent que ces considérations, ouvertement partisans, renseignent peu sur les soubassements théoriques de la *class action*. En s'appuyant sur ses évolutions historiques, les auteurs ont ainsi proposé trois théories générales.

342. En substance, les deux premières (« *The Community of Interest Theory* » et « *The Consent Theory* ») sont le reflet de la conception de la *class action* telle qu'exprimée au XIX^e siècle en Angleterre et lors de son importation aux États-Unis en 1938. Ces théories consistent à assimiler artificiellement la *class action* à une action ordinaire. L'originalité de cet instrument procédural tiendrait seulement au fait qu'il exprime une unité d'intérêts, formulée soit de manière objective dans une communauté d'intérêts (« *Community of Interest Theory* ») soit subjective par le consentement des membres de la *class* (« *Consent Theory* »). Néanmoins, en réduisant la *class action* à un rôle purement pragmatique consistant à regrouper les demandes individuelles en vue de faciliter le recours des individus, ces théories apparaissent insuffisantes pour décrire le développement croissant des *class actions* aux États-Unis. La troisième théorie dite « *Substantive Theory* » a une vocation plus large que cette simple considération pragmatique. Elle correspond à la conception de la *class action* telle qu'elle s'est développée à la suite de la modernisation des règles de procédure civile de 1966. Contrairement aux deux précédentes, elle tend à mettre en évidence la relation entre la procédure de *class action* et la règle substantielle (*substantive law*) qui a vocation à être mise en œuvre. Selon cette dernière théorie, l'action collective vise ainsi, par l'accès au prétoire, à garantir la réalisation des politiques publiques exprimées dans la règle fédérale. Bien qu'imparfaite, la « *Substantive theory* »

⁹⁵² A. L. POMERANTZ, « New Developments in Class Actions – Has Their Death Knell Been Sounded? », *Bus. Law. Rev.*, 1970, vol. 25, n° 3, p. 1259 (« *one of the most socially useful remedies in history* »).

⁹⁵³ La *class action* a fait l'objet d'une littérature abondante. Selon la professeure GLOVER, elle est certainement « l'instrument juridique le plus commenté » par la doctrine américaine. J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *WM. & Mary L. Rev.*, 2012, vol. 53, pp. 1137-1217, spéc. p. 1162 et littérature citée.

⁹⁵⁴ « Developments in the Law- Class Actions », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, n° 7.

⁹⁵⁵ À notre connaissance, si beaucoup d'études ont évidemment depuis pris pour objet la thématique de la *class action*, aucune n'a véritablement procédé à une forme de théorisation générale de la *class action*.

apparaît, aux yeux de ses partisans, comme la seule en mesure de fournir un cadre théorique susceptible de saisir pleinement les évolutions contemporaines de la *class action*⁹⁵⁶.

343. En résumé, si le troisième courant suscite la conviction, en ce qu'il permet de dépasser la seule approche pragmatique de la *class action*, ces différences théoriques ne nous semblent pas, pour autant, irrémédiablement contradictoires. Dit autrement, l'approche pragmatique de la *class action* ne s'oppose pas à son acception instrumentale. Ces deux perceptions, au contraire, donnent corps à l'hypothèse ici défendue : les évolutions historiques et théoriques de la conception de la *class action* témoignent au fond d'un phénomène d'objectivation procédurale. Cette objectivation procédurale inhérente à la *class action* se décline, selon nous, en deux aspects. D'une part, la régulation contentieuse des intérêts subjectifs s'opère au nom d'un impératif objectif à savoir la bonne administration de la justice (1). D'autre part, en ce qu'elle permet la réalisation des politiques publiques exprimées dans la règle fédérale, la *class action* autorise une fusion des intérêts subjectifs et objectifs au cœur du concept de *private enforcement* (2).

1) La régulation des litiges individuels au nom de la bonne administration de la justice

344. Dans son premier aspect, et dans le prolongement des « *Community of Interest* » et « *Consent theory* », la logique objective dont témoigne la *class action* apparaît relativement évidente. Par son principe même de traitement collectif des atteintes individuelles, elle vise à réguler les litiges subjectifs au nom d'une considération « méta-individuelle » de bonne administration de la justice.

345. Cette première justification des *class actions* s'appuie sur l'exégèse historique, par un retour à la tradition de *common law* et aux différents travaux préparatoires des *FRCP* aux États-Unis⁹⁵⁷. Issue de l'*Equity*⁹⁵⁸, cet instrument procédural avait simplement vocation en Angleterre à regrouper les litiges lorsque les requérants, aux prises avec un problème commun,

⁹⁵⁶ *Ibid.*, spéc. p. 1330.

⁹⁵⁷ Pour une présentation exhaustive des origines et du processus d'élaboration des *class actions* aux États-Unis : v. D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., spéc. pp. 28-37.

⁹⁵⁸ Si la doctrine s'accorde sur ses racines dans la tradition de *common law*, elle reste divisée quant à ses origines précises : certains voient la naissance de la *class action* aux XVII^e siècle en Angleterre (Z. CHAFEE, *Some Problems of Equity*, University of Michigan Press, 1950), d'autres considèrent qu'il faut remonter à l'époque médiévale (S. C. YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, Yale University Press, 1987, spéc. pp. 8-36). Pour un aperçu historique général, v. : C. A. WRIGHT, A. R. MILLER, M. KAY KANE, R. L. MARCUS, *Federal Practice & Procedure*, 2011, §1751-1753.

étaient trop nombreux⁹⁵⁹. Ensuite, c'est précisément cette même approche qui a justifié sa transposition aux États-Unis dès 1938 et sa révision lors de la modernisation des *FRCP* 1966⁹⁶⁰. Si la version de 1938 contenait des conditions souvent difficiles à mettre en œuvre en pratique⁹⁶¹, la modernisation des *FRCP* de 1966 a cherché à adopter une approche plus fonctionnelle des exigences de la certification afin de faciliter les recours⁹⁶². Pour autant, les aménagements n'étaient guidés, selon les termes du professeur MILLER, « *par peu, sinon aucune, idée révolutionnaire* »⁹⁶³. Selon la majorité des observateurs, les membres du comité chargé de la révision de la Règle 23 étaient ainsi animés par la même approche pragmatique consistant d'une part, à éviter le nombre de recours identiques et d'autre part, à fournir un moyen d'action aux citoyens qui autrement n'auraient pas pu agir⁹⁶⁴. En définitive, les amendements apportés à la Règle 23 des *FRCP*, et plus particulièrement la création de l'*opt-out*, ont ainsi été perçus à cette époque comme un bon moyen au service de l'administration de la justice⁹⁶⁵.

346. Cette approche apparaît peu surprenante en ce qu'elle traduit parfaitement les considérations pragmatiques, mais aussi idéologiques de la tradition de *common law*⁹⁶⁶. Par le regroupement des litiges similaires, l'objectif est, certes, d'offrir un « remède » aux victimes afin qu'elles obtiennent une satisfaction individuelle, mais aussi de fluidifier l'accès aux prétoires en évitant la multiplication de demandes similaires⁹⁶⁷. En outre, cet instrument est

⁹⁵⁹ Z. CHAFEE, *Some Problems of Equity*, préc., spéc. pp. 200-203.

⁹⁶⁰ Les observateurs reconnaissent unanimement que, de 1938 à 1966, les révisions de la Règle 23 ont été guidées par une approche pragmatique, sans réelle réflexion sur les fonctions de la *class action* et les conséquences des réformes : V. not. A. CHAYES, « Development of the Law, Class Action », préc., pp. 1322, 1323).

⁹⁶¹ Sur les difficultés à appliquer les conditions de « true », « hybrid » and « spurious classes » : R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », *Wash. U. L. Rev.*, 2013, vol. 90, pp. 729-831, spéc. p. 736 (« *Modern Rule 23, which originated in 1966, was a bold and well-intentioned attempt to encourage more frequent use of class actions (...) the new categories [were] described functionally rather than conceptually* »).

⁹⁶² W. W. SCHWARZER, « Structuring Multiclaime Litigation: Should Rule 23 Be Revised? », *Mich. L. Rev.*, 1996, vol. 94, pp. 1250-1266, spéc. p. 1252 (pour les références citées).

⁹⁶³ Arthur MILLER était, au moment de la révision, l'assistant du Rapporteur Benjamin KAPLAN (A. R. MILLER, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem" », préc., spéc., p. 669).

⁹⁶⁴ Les auteurs cités ci-dessus se basent sur les témoignages du Professeur Benjamin KAPLAN, membre de l'*Advisory Committee* de 1966 : v. sur ce point : FED. R. Civ. P. 23 Advisory Committee's note (Proposed Amendments 1966); B. KAPLAN, « Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (1) », *Harv. L. Rev.*, 1967, vol. 81, pp. 356 et s., spéc. p. 386 ; B. KAPLAN, « A Prefatory Note », *B.C. Indus. & COM. L. Rev.*, 1969, vol. 10, pp. 497-500, spéc. 497.

⁹⁶⁵ R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », *Wash. U. L. Rev.*, 2013, vol. 90, pp. 729-831, spéc. p. 732.

⁹⁶⁶ Cf. *supra*, Titre 1, Chapitre 1, spéc. §80 et s.

⁹⁶⁷ Selon Z. CHAFEE, le regroupement de demandes similaires a constitué la justification centrale de la consécration des *class actions* (Z. CHAFEE, *Some Problems of Equity*, préc., p. 280). Cette justification a trouvé un écho particulier par la suite avec l'émergence des *class actions* en matière de consommation : H. KALVEN, M. ROSENFELD, « The Contemporary Function of the Class Suit », *U. Chi. L. Rev.*, 1941, vol. 8, pp. 684-721.

perçu par les observateurs comme une extension logique du positionnement libéral selon lequel, en poursuivant son intérêt personnel, le requérant contribue au bien commun⁹⁶⁸. À cet égard, un auteur estime qu'en matière de *class action* « cet intérêt personnel est renforcé par la motivation idéologique du porteur de l'action à servir une cause qui a une signification sociale »⁹⁶⁹. Autrement dit, par la représentation, le requérant poursuit son intérêt personnel, mais contribue par là à promouvoir celui des membres de la *class* et plus globalement l'intérêt général de la société. Mais, en définitive, la satisfaction du bien collectif n'est finalement qu'une conséquence médiate de celle de l'intérêt personnel. Or, cette conception, qui repose sur une logique de cercle vertueux, est loin d'emporter la conviction, car elle nous semble dénaturer la singularité du modèle du « Procureur privé » aux États-Unis.

347. Dans ce contexte, cette première approche paraît insuffisante pour saisir la portée théorique de la *class action*, telle qu'elle s'est développée aux États-Unis à la suite de la modernisation des règles de 1966. En tout cas, elle n'explique pas pourquoi les *class actions* ne se développent pleinement qu'après cette modernisation⁹⁷⁰. Sans doute cet accroissement visible trouve-t-il sa justification théorique dans le contexte idéologique propre au système américain : outre la régulation contentieuse par le regroupement des litiges interindividuels, la *class action* a visé aux États-Unis à mobiliser les parties privées en vue d'assurer l'effectivité des règles fédérales adoptées par le Congrès. C'est là le deuxième aspect de l'objectivation procédurale : la *class action* n'a pas seulement vocation à regrouper les initiatives individuelles, mais vise également à mettre celle-ci au service de la réalisation des règles objectives.

2) La réalisation des règles objectives par les contentieux individuels

348. La « *Substantive Theory* » a contribué à mettre en lumière le lien entre la procédure d'action de groupe et la règle substantielle ayant vocation à être mise en œuvre. En ce sens, au-delà du regroupement des litiges individuels, la *class action* vise à participer à la réalisation des

⁹⁶⁸ O. W. FISS, « The Political Theory of the Class Action », préc. (« *the citizen furthers the public interest by pursuing private ends* »). Dans le même sens : A. HOMBURGER, « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », *Buffalo L. Rev.*, 1974, vol. 23, pp. 343-410, spéc. p. 348.

⁹⁶⁹ A. HOMBURGER, « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », préc. p. 348 (« *that self interest is reinforced by the champion's ideological motivation to serve a cause which has social significance* »).

⁹⁷⁰ Sur les évolutions des *class actions* v. données statistiques : S. B. BURBANK, S. FARHANG, « Class Actions and the Counterrevolution Against Federal Litigation », *Faculty Scholarship*, 2017, spéc., p. 1502. Et plus particulièrement en matière *antitrust* : S. CALKINS, « An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions », *Ariz. L. Rev.*, 1997, vol. 39, pp. 413-451.

objectifs publics contenus dans la règle fédérale⁹⁷¹. À ce stade de la démonstration et dans le prolongement de cette approche, l'objectivation procédurale se révèle ainsi, dans son second aspect, à travers cette dimension objective accordée à la *class action*. Si la finalité régulatrice ne transparaît pas explicitement des travaux préparatoires des règles de procédure civile⁹⁷², il est pourtant largement établi aux États-Unis que les *class actions* ont joué un rôle majeur dans la mise en œuvre des règles fédérales dans de nombreuses matières⁹⁷³ et, plus particulièrement, en matière *antitrust*⁹⁷⁴.

349. Ce constat apparaît une nouvelle fois peu étonnant au regard du contexte général américain⁹⁷⁵. La *class action* repose sur l'idée que le préjudice particulier est trop faible pour justifier la mise en œuvre d'une action, mais que l'addition de l'ensemble des préjudices constitue un dommage certain pour la société⁹⁷⁶. Or, si la tradition civiliste compte

⁹⁷¹ A. CHAYES, « Developments in the Law- Class Actions », préc., pp. 1353 et s.

⁹⁷² Cette fonction régulatrice a d'ailleurs été expressément contestée par certains membres de l'*Advisory Committee* en charge de la révision de 1966 : v. not. l'opinion de William T. COLEMAN : « *I respectfully submit that back in 1966, regulatory enforcement was not an intended purpose of Rule 23(b)(3). If there is interest in deputizing all attorneys everywhere to enforce our laws, that's a matter that should be decided by Congress, not through the class action provisions in the Federal Rules of Civil Procedure. The courts' tolerance for this vigilante-style use of class actions is a root cause of the abuses that must be corrected* ». (Administrative Office of the U.S. Courts, 4 Working Papers of the Advisory Committee on Civil Rules on Proposed Amendments to Rule 23 xii (1997) at 456). Ou encore celle de John FRANK : « *the class action rule, wholly without regard to its original purpose, has become something of a device for social administration, which should never have been the product of the rules at all. These are matters which should be handled by the Congress and by the administrative agencies, and not by attempted efforts to govern various parts of the economy by lawsuits* » (Testimony of John Frank before the Subcommittee on the Courts and Intellectual Property, House Judiciary Committee 12 (Mar. 5, 1998), cité par D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., p. 70. V. contra la position de Benjamin KAPLAN et de la doctrine en général (not. H. KALVEN, M. ROSENFELD, « The Contemporary Function of the Class Suit », préc., spéc., pp. 684-686).

⁹⁷³ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spec. p. 1163 (« *The class action device has evolved as a central mechanism of enforcement for a broad range of laws, including those governing products liability, securities fraud, consumer fraud, and antitrust violations (...) allegations of smoking-related injuries* »). Dans le même sens: A. R. MILLER, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem" », préc., spéc. pp. 673- 675 ; H. KALVEN, M. ROSENFELD, « The Contemporary Function of the Class Suit », préc., spéc. p. 686; D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, préc., spéc., p. 71.

⁹⁷⁴ V. not. : W. RUBENSTEIN, A. CONTE, H. B. NEWBERG, *Newberg on Class Actions*, préc., § 18.01, at 18-3 (« *It may be that a class action lawsuit is the most fair and efficient means of enforcing the law where antitrust violations have been continuous, widespread, and detrimental to as yet unidentified consumers. Sometimes a class-action lawsuit is the only way in which consumers would know of their rights at all, let alone have a forum for their vindication* », citant l'arrêt *Coleman v. Cannon Oil Co.*, 141 F.R.D. 516, 520 (M.D. Ala.1992)). Dans le même sens: S. W. WALLER, O. POPAL, « The Fall and Rise of the Antitrust Class Action », disp. SSRN., spéc. p. 3.

⁹⁷⁵ Cf *supra*, Titre 1, Chapitre 2, §180-240.

⁹⁷⁶ O. W. FISS, « The Political Theory of the Class Action », préc.

principalement sur les autorités publiques dans de telles hypothèses, le système américain fait le choix d'investir les particuliers d'agir collectivement⁹⁷⁷.

350. Dans son article « *The Political Theory of the Class Action* »⁹⁷⁸, le professeur FISS estime que ce choix traduit d'abord une certaine méfiance vis-à-vis de l'action des autorités publiques aux États-Unis⁹⁷⁹. Il rappelle également que la *class action* se fonde sur cette alliance entre intérêts subjectifs et objectifs et donne d'ailleurs précisément pour exemple le droit *antitrust* : si une victime d'une pratique interdite poursuit, certes, son intérêt personnel en demandant la cessation de ladite pratique, elle permet également de « *mettre le comportement de l'infracteur en conformité avec la législation antitrust* »⁹⁸⁰. Ainsi, il est, selon lui, « *inutile de dissocier le but privé ou public de l'action intentée par un citoyen* »⁹⁸¹. Il résume ainsi que « *l'initiative est privée, mais la fonction est la même que celle engagée par une autorité publique* »⁹⁸².

351. Dès lors, la *class action* est l'illustration la plus manifeste du dépassement de la conception du procès en *common law*, consistant à opposer deux sujets individuels à propos d'intérêts personnels dans le cadre d'un litige bien circonscrit⁹⁸³. De nombreux litiges tendent à « *transcender l'intérêt des parties effectivement présentes devant la Cour* »⁹⁸⁴, reflétant ainsi une vision plus collective du procès. La *class action* a émergé au moment où l'économie de marché a exposé l'ensemble de la société à des risques généralisés, engendrant des préjudices

⁹⁷⁷ Deborah HENSLER résume ce point : « *In theory, individual consumers and small businesses should be able to rely on public agencies charged with enforcing statutory law, such as the Securities and Exchange Commission (SEC), Federal Trade Commission (FTC), and state attorneys general, to take action against businesses that violate legal rules* 23. *But, in practice, public agencies lack sufficient financial resources to monitor and detect all wrongdoing or to prosecute all legal violations* » (D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., p. 69).

⁹⁷⁸ O. W. FISS, « *The Political Theory of the Class Action* », préc.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, spéc. p. 22 (« *this reluctance may reflect the characteristic American distrust of government power and the desire to preserve a place for the ingenious and imaginative citizen* »).

⁹⁸⁰ *Ibid.* (« *bring the brokers's behaviour into accord with the antitrust law* »)

⁹⁸¹ *Ibid.* (« *no need to disentangle the private and public purposes of a citizen-initiated lawsuit* »).

⁹⁸² *Ibid.* p. 23 (« *The power of initiation is vested in the individual citizen, but the function of the suit is the same as one brought by the attorney general, namely to vindicate the public interest* »).

⁹⁸³ Sur ce point, v. de manière générale : A. CHAYES, « *The Role of the Judge in Public Law Litigation* », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, n°7, pp. 1281-1316 ; « *Developments in the Law- Class Actions* », préc. ; HAZARD, « *The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law* », *F.R.D.*, 1973, vol. 58, p. 299, spéc. pp. 308-10 ; A. HOMBURGER, « *Private Suits in the Public Interest in the United States of America* », préc. ; M. CAPPELLETTI, « *Vindicating the Public Interest Through The Courts: a comparativist's contribution* », *Buff. L. Rev.*, 1976, vol. 25, pp. 643-690, spéc. p. 647. V. également A. R. MILLER, « *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the Class Action Problem* », préc., spéc. p. 668. (« *it is becoming increasingly obvious that the traditional notion of civil litigation as merely bilateral private dispute resolution is outmoded* »).

⁹⁸⁴ A. HOMBURGER, « *Private Suits in the Public Interest in the United States of America* », préc., p. 1.

de masse⁹⁸⁵. En ce sens, l'observateur européen Mario CAPPELLETTI note que le modèle traditionnel du procès est affaibli par l'émergence de considérations « *méta-individuelles* »⁹⁸⁶. Il considère que la *class action* est une parfaite réponse procédurale à ce qu'il identifie comme un phénomène de « *massification* », selon lequel « *les activités et les relations humaines revêtent un caractère collectif, plutôt que simplement individuel* »⁹⁸⁷. D'autres notent également en ce sens que le rôle du juge en matière de *class action* tend également à révéler la dimension plus objective de l'action, en raison de l'intérêt général en jeu⁹⁸⁸. Dans les systèmes de *common law* de manière générale et aux États-Unis, plus particulièrement, le modèle accusatoire relaie par principe le juge au rôle de simple arbitre⁹⁸⁹. Or, contrairement à une action individuelle, la *class action* se caractérise par le rôle actif du juge, notamment au stade de la phase préalable de *certification* de la *class*⁹⁹⁰.

352. En résumé, il est communément admis qu'en permettant à un ou plusieurs citoyens de poursuivre au nom d'un nombre de personnes dans la même situation, la *class action* concourt, de manière plus générale, à l'intérêt public⁹⁹¹. Au regard du contexte américain, la *class action* constitue une autre manifestation concrète du concept de « Procureur privé » : par son initiative, le requérant représentatif ne vise pas simplement la défense de ses seuls droits⁹⁹². Le professeur Benjamin KAPLAN, membre du comité de révision des *FRCP*, soulignait que le principe d'adhérer à une *class action* est, pour un requérant qui n'aurait pas eu d'incitation à agir en justice au regard du faible montant du préjudice, « l'équivalent » d'une plainte portée devant

⁹⁸⁵ W. RUBENSTEIN, A. CONTE, H. B. NEWBERG, *Newberg on Class Actions*, préc., spéc. § 1.6, p. 26 ; D. ROSENBERG, « The Regulatory Advantages of Class actions », in W. K. VISCUSI (dir.), *Regulation Through Litigation*, AEI Brookings, 2002, spéc. pp. 246-247.

⁹⁸⁶ M. CAPPELLETTI, « Vindicating the Public Interest Through The Courts: a comparativist's contribution », préc., spéc. pp. 648 et s.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 646 (« *human actions and relationships assume a collective, rather than a merely individual character* »). Dans le même sens v. A. ANDREANGELI, *Private Enforcement of Antitrust. Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and the US*, Edgar Elgar 2014, spéc. p. 75.

⁹⁸⁸ A. HOMBURGER, « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », préc., p. 349.

⁹⁸⁹ D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., note n°1, p. 9.

⁹⁹⁰ Sur ce point : Cf. *infra*, §679 et s. De manière générale sur le rôle du juge dans l'action de groupe en droit comparé : C. HERVAS HERMIDA, *La notion d'action de groupe : étude de droit comparé*, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2013.

⁹⁹¹ A. ANDREANGELI, *Private Enforcement of Antitrust. Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and the US*, Edgar Elgar 2014, spéc. p. 75 (« *class action can perform a public interest function*»). Dans le même sens, v. not. O. W. FISS, « The Political Theory of the Class Action », préc.

⁹⁹² M. CAPPELLETTI, « Vindicating the Public Interest Through The Courts: a comparativist's contribution », préc., spéc. p. 668: (« *The class suitor is typically a "private attorney general," in that his initiative is not limited to the defense of "his own" rights* »).

une autorité publique afin de l'inciter à mener une enquête⁹⁹³. Par la suite, les auteurs ont largement mis en avant qu'en favorisant l'accès à la justice, les actions collectives complètent l'action des autorités publiques⁹⁹⁴, apparaissant en cela comme une réponse au problème découlant des ressources limitées de ces dernières pour mettre en œuvre des règles dans l'intérêt public⁹⁹⁵.

353. De manière peu surprenante, cette approche a d'ailleurs trouvé un parfait écho dans le discours du juge. D'abord, en matière de *mass tort*⁹⁹⁶, la Cour suprême ne dit pas autre chose lorsqu'elle énonce, dans l'arrêt *Roper*, que « *le regroupement d'actions individuelles au sein d'une action collective est une réponse évolutive à l'existence de préjudices qui n'ont pas été corrigés par l'action des pouvoirs publics* »⁹⁹⁷. D'ailleurs, en ce domaine, la doctrine américaine énonce que la fonction dissuasive des *class actions* dépasse incontestablement leur fonction réparatrice, que le préjudice individuel des membres de la *class* soit faible⁹⁹⁸ ou élevé⁹⁹⁹. Certains vont même jusqu'à énoncer que la fonction réparatrice relève d'une « croyance », composante du « *récit romantique à propos de la Règle 23* »¹⁰⁰⁰. Mais cette

⁹⁹³ B. KAPLAN, « Continuing Work of the Civil Committee :1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure », préc., spéc. pp. 397-398.

⁹⁹⁴ V. not. D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., pp. 71-72 ; D. R. HENSLER, T. D. ROWE, « Beyond "It Just Ain't Worth It": Alternative Strategies for Damage Class Action Reform », *Law and Contemporary Problems*, 2001, vol. 64, p. 137 : ils estiment que les actions privées et plus particulièrement celles intentées sous la forme de *class actions* « *supplement regulatory enforcement by administrative agencies that are underfunded, susceptible to capture ... or politically constrained* »).

⁹⁹⁵ H. KALVEN, M. ROSENFELD, « The Contemporary Function of the Class Suit », préc., spéc. p. 686 ; D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., spéc., p. 71

⁹⁹⁶ La notion de « *mass tort* » se définit sommairement comme les actions en responsabilité pour les préjudices de masse. Il s'agit principalement aux États-Unis des actions intentées par des consommateurs ou employés exposés à des substances toxiques, et qui s'estiment victimes des produits fabriqués par les entreprises pharmaceutiques. Sur la multiplication de ce type de *class action* v. D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc. spéc., p. 23.

⁹⁹⁷ *Deposit Guarantee National Bank v. Roper*, préc. (« *[t]he aggregation of individual claims in the context of a classwide suit is an evolutionary response to the existence of injuries unremedied by the regulatory action of government* ») cité par A. ANDREANGELI, *Private Enforcement of Antitrust. Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and the US*, préc., p. 72 et 76.

⁹⁹⁸ B. FITZPATRICK, « Do Class Action Attorneys Make Too Little? », *U. Pa. L. Rev.*, 2011, vol. 58, pp. 2043-2083, spéc. p. 2047 : l'auteur énonce que les *class actions* qui concernent des « petits préjudices » (« *small-stakes class actions* ») ne visent aucune fonction réparatrice mais seulement dissuasive ; M. GILLES, G. FRIEDMAN, « Exploding the Class Action Agency Costs Myth: the Social Utility of Entrepreneurial Lawyers », *U. Pa. L. Rev.*, 2006, vol. 155, pp. 103-164, spéc. p. 105 (le principal objectif est la dissuasion). Dans le même sens : D. R. HENSLER, « Happy 50th Anniversary, Rule 23: Shouldn't We Know You Better after All This Time », *U. Pa. L. Rev.*, 2017, vol. 165, pp. 1599-1623, spéc. p. 1611.

⁹⁹⁹ D. ROSENBERG, « Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss », *Va. L. Rev.*, 2002, vol. 88, p. 1871 ; « Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases », *N.Y.U. L. Rev.*, 1996, vol. 71, p. 210 (concluding that deterrence is the strongest, if not only justification for these large tort law claims).

¹⁰⁰⁰ L. S. MULLENIX, « Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action », *Emory L. J.*, 2014, vol. 64, pp. 399-449, spéc., p. 409 (« *identifying the compensatory function of class actions as a component of the romantic narrative about Rule 23* »).

finalité objective de la *class action* apparaît plus manifeste encore en matière de droits consacrés à l'échelon fédéral (*statutory rights*). Dès ses premières applications en matière de discrimination, la *class action* a contribué à assurer l'effectivité du *Civil Right Act*¹⁰⁰¹. En permettant à des citoyens d'utiliser collectivement le système judiciaire auquel ils n'auraient autrement pas pu avoir recours, la *class action* a été saluée dans les années 1960 et 1970 pour son rôle dans la déségrégation au sein des établissements scolaires, l'amélioration des conditions de vie en prison et, de manière plus générale, dans la promotion des droits sociaux¹⁰⁰². Son prisme s'étant, par la suite, étendu à de nombreux domaines de politiques publiques déjà évoqués (consommation, sécurité, environnement...), la réforme des *class actions*, à travers la modernisation des *FRCP* de 1966, est intervenue au moment précis où l'action des personnes privées était préférée à celle des acteurs publics¹⁰⁰³. Le gouvernement fédéral a, à cette période, encouragé le recours aux *class actions*, en ce qu'elles garantissaient une incitation supplémentaire pour les entreprises à se conformer aux règles¹⁰⁰⁴. En ce sens, outre la bonne administration de la justice, elle a également été perçue comme une solution face à l'incapacité des pouvoirs publics à assurer la sanction de l'ensemble des violations¹⁰⁰⁵.

354. Plus particulièrement en matière *antitrust*, dans sa jurisprudence *Hawaii* et *Zenith*¹⁰⁰⁶, la Cour suprême a largement rappelé que les *class actions* sont un instrument efficace au service du renforcement de l'effectivité des actions privées des citoyens¹⁰⁰⁷, dans le double objectif de satisfaction individuelle pour le préjudice subi par la violation et de mise en œuvre des règles *antitrust*¹⁰⁰⁸. Cet instrument procédural sert ainsi l'ensemble des citoyens en décourageant les comportements anti-compétitifs¹⁰⁰⁹. Dans le même sens, les tribunaux inférieurs, et notamment

¹⁰⁰¹ A. R. MILLER, « Class Actions and Employment Discrimination under Title VII of the Civil Rights Act of 1964 », *Miss. L. J.*, 1972, vol. 43, p. 275 ; A. R. MILLER, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem" », préc., spéc., pp. 670-671. L'auteur note que suite à l'adoption du *Civil Right Act* de 1964 et le *Voting Rights Act* de 1965 « a wave of discrimination class action suits have flooded the federal courts ».

¹⁰⁰² V. not. D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, préc., spéc. p. 4.

¹⁰⁰³ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., p. 1163.

¹⁰⁰⁴ D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, préc., spéc. p. 4.

¹⁰⁰⁵ *Ibid* (« The system was coming to rely more on private enforcement of a number of laws, and the practice accordingly developed in response to the inability of centralized government institutions to comprehensively address a number of widespread wrongs »).

¹⁰⁰⁶ Sur ces affaires : Cf. *supra*, §232-233 et *infra* §447.

¹⁰⁰⁷ *Hawaii v. Standard Oil Co.*, préc., pt 266.

¹⁰⁰⁸ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Inc.*, préc., pts 130-131.

¹⁰⁰⁹ *Perma Life Mufflers.*, préc. et *State of Illinois v. Harper and Row Publishers, Inc.*, 301 F. Supp. 484, 489 (N. D. Ill. 1969), pts 493-494 (« Upholding the national class action will facilitate private antitrust litigation and will discourage future conspiracy violations »).

la *District Court* de l'Alabama, ont également estimé que l'action collective reste le « *moyen le plus juste et efficient pour mettre en œuvre la loi* »¹⁰¹⁰, à côté de l'action des autorités publiques¹⁰¹¹. En résumé, outre l'objectif d'indemnisation des victimes, il est communément admis que les *class actions* jouent un rôle plus objectif de dissuasion et de détection des pratiques *antitrust*¹⁰¹².

355. Conclusion. La promotion de la *class action* comme outil au service de la satisfaction individuelle des requérants, mais aussi de la réalisation des règles objectives ne semble pas poser de difficultés théoriques dans le contexte américain. L'étude a, en effet, montré que cette finalité instrumentale s'inscrit parfaitement dans la conception générale du système de régulation américain, consistant à compter sur les actions privées pour mettre en œuvre les règles. Toutefois, cette alliance entre intérêts subjectifs et intérêt objectif, au cœur même du concept de *private enforcement*, n'est pas exempte de difficultés d'ordre pratique. La plus grande difficulté soulevée par la procédure de *class action* est certainement le risque de déséquilibre entre les intérêts subjectifs des citoyens à obtenir réparation et l'intérêt objectif à mettre en œuvre les règles, un déséquilibre qui se jouerait possiblement, sinon mécaniquement, au profit des premiers. Il a été largement énoncé que la modernisation des règles de 1966 a entraîné, de manière générale, des réparations excessives faisant courir un risque pour les entreprises, mais aussi pour la mise en œuvre efficace des règles¹⁰¹³. Plus particulièrement en matière *antitrust*, la mobilisation des règles dans l'intérêt purement individuel des requérants d'obtenir réparation a pu, selon certains observateurs, nuire à la concurrence plutôt que la protéger¹⁰¹⁴.

356. Ces enjeux pratiques ont précisément été au cœur des évolutions textuelles de la *class action*. Chaque réforme est le reflet de la prise en compte par le législateur de deux exigences :

¹⁰¹⁰ *Coleman v. Cannon Oil*, 141 FRD 516 (MD Ala, 1992), pt 520.

¹⁰¹¹ *US v. Borden Co.* 347 US 514 pt 518.

¹⁰¹² H. E. KOHN, A. M. KAPLAN, « The Antitrust Class Suit : A Manageable Instrument for Social Justice », *Antitrust L. J.*, 1972, vol. 41, pp. 292-300, spéc. p. 293. Selon eux, l'objectif de dissuasion est la principale justification des *class actions* en matière *antitrust*.

¹⁰¹³ Pour une présentation de ce point v. D. R. HENSLER, *Class Actions Dilemmas*, préc. Elle limite toutefois l'importance de cette croissance des *class actions* (spéc. pp. 62 et s). Dans le même sens : A. R. MILLER, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem », préc.

¹⁰¹⁴ M. K. BLOCK, J. G. SIDAK, « The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then ? », *Geo. L. J.*, 1980, vol. 68, pp. 1131-1139 ; E. A. SNYDER, T. E. KAUPER, « Misuse of the Antitrust Laws : The Competitor Plaintiff », *Mich. L. Rev.*, 1991, vol. 90, pp. 551-603 ; W. J. BAUMOL, J. A. ORDOVER, « Use of Antitrust to Subvert Competition », *J. L. & Eco.*, 1985, vol. 28, pp. 247-265 ; W. S. CANNON, « The Administration's Antitrust Remedies Reform Proposal: Its Derivation and Implications », *Antitrust L. J.*, 1986, vol. 55, pp. 103-122.

d'une part, garantir un accès aux tribunaux dans une société qui compte principalement sur les actions privées dans la mise en œuvre des règles et, d'autre part, assurer l'effectivité des normes et politiques publiques (« *regulatory policies* ») en évitant des recours abusifs potentiels¹⁰¹⁵. Le cadre textuel délimitant les *class actions* révèle ainsi ce dilemme : comment mobiliser les personnes privées à agir¹⁰¹⁶, tout en assurant la mise en œuvre effective des règles ? Bien qu'elle présume un examen plutôt descriptif, l'étude du fonctionnement des *class actions* apparaît, par conséquent, essentielle à ce stade de la démonstration en ce qu'elle permet de mesurer les manifestations et les enjeux concrets de cette objectivation procédurale.

B) L'exercice de la *class action*

357. L'examen théorique de la *class action* a permis de montrer que celle-ci repose sur une objectivation procédurale consistant non seulement à réguler les intérêts subjectifs, mais aussi à les fusionner avec l'impératif objectif de mise en œuvre des règles. L'étude des aménagements textuels est le témoin que ce mouvement se traduit concrètement dans les conditions et modalités d'exercice de la *class action* (1). Pour autant, l'objectivation procédurale au cœur de ce mécanisme procédural n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés qu'il convient d'aborder dès ce stade de la démonstration (2).

1) Les aménagements textuels

358. Délimitation. À titre préalable, il importe de limiter le champ de l'étude à plusieurs égards. En premier lieu, le choix est fait de nous limiter à l'examen des exigences de la Règle 23¹⁰¹⁷ qui gouvernent les *class actions* devant les cours fédérales. Certes, la plupart des États fédérés ont également adopté leurs propres règles¹⁰¹⁸. Pour autant, deux raisons principales nous

¹⁰¹⁵ S. FARHANG, S. B. BURBANK, « Class Actions and the Counterrevolution Against Federal Litigation », *U. Pa. L. Rev.*, 2017, vol. 165, pp. 1495-1530, spéc., p. 1502.

¹⁰¹⁶ Sur cette problématique voir le « paradoxe d'Olson » (M. OLSON, *Logique de l'action collective*, PUF, 1978 ; *The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965). Mancur Olson est un économiste américain qui a réalisé sa thèse à Harvard sous la direction du théoricien des jeux Thomas Schelling. Il y développe l'idée, en apparence paradoxale, qu'un ensemble de personnes liées par un intérêt commun et ayant les moyens de poursuivre cet intérêt ne le feront pas toujours spontanément. Autrement dit, l'action individuelle ne se généralise pas simplement en action collective, il faut pour cela une organisation et des institutions. Pour un rappel de cette théorie des « *latent groups* » v. A. ANDREANGELI, *Private Enforcement of Antitrust. Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and the US*, préc., spéc. pp. 34 et s.

¹⁰¹⁷ FRCP. 23.

¹⁰¹⁸ N. M. PACE, « Class actions in the United States of America: an overview of the process and the empirical literature », *RAND Institute for Civil Justice*, Santa Monica, California, U.S.A, p. 2, in *The Globalization of class actions*, Conférence internationale, Oxford University, 13 & 14 déc. 2007 ; W. D. TORCHIANA, « Expérience nationale : Les États-Unis », in *Les Recours collectifs : Etude comparée*, Journée d'études du 27 janv. 2006,

poussent à en écarter l'examen. D'une part, s'il existe des divergences entre les législations des États, les conditions des *class actions* ont été largement élaborées sur le modèle général de la Règle 23¹⁰¹⁹. D'autre part, l'adoption en 2005 du *Class action Fairness Act*¹⁰²⁰ par le Congrès a eu pour conséquence de transférer la plupart du contentieux des *class actions* devant les cours fédérales¹⁰²¹. En second lieu, on écartera, à ce stade, l'étude de la recevabilité de l'action. À l'image de toute action en justice, le requérant représentatif doit établir son intérêt à agir et le bien-fondé de sa demande. Cet examen de recevabilité étant commun à toutes les actions, il s'agira, à ce stade, de concentrer la démonstration sur la certification, phase spécifique à la procédure de *class action*.

359. Les conditions de la représentativité, la phase de certification. Afin d'être autorisée, la *class action* doit satisfaire les différentes conditions énoncées à la Règle 23 des *FRCP*. Dans un premier temps, la Règle 23 (a) prévoit quatre conditions communes à toute action collective. Les deux premières, dites conditions de *numerosity* et *commonality*, visent à regrouper les demandes multiples et similaires. La condition de *numerosity* consiste à s'assurer que le recours à la *class action* est ouvert aux seuls litiges pour lesquels le nombre de requérants rendrait impraticable la jonction des demandes individuelles¹⁰²². La condition de *commonality* implique que la *class* doit concerner des personnes qui se trouvent dans une situation posant des questions de droit ou de fait similaires¹⁰²³. Les deux autres conditions (*typicality* et *adequacy of representation*) portent sur la capacité du demandeur représentatif à représenter de manière adéquate les autres membres. Il s'agit, d'abord, de s'assurer que les requêtes du ou des demandeurs représentatifs sont « typiques » de celles des membres du groupe représenté¹⁰²⁴. Cette condition consiste à s'assurer que le demandeur représentatif n'a pas d'intérêts divergents par rapport à ceux de la *class* qui pourraient le conduire à sacrifier les intérêts de ces derniers

Société de législation comparée, Colloques, vol. 5, pp. 30 et s. ; J. NANNES, « Le private enforcement : l'expérience américaine », *Conc. & conso.*, n° 153, juin 2007, Numéro spécial, pp. 27-30.

¹⁰¹⁹ T. D. ROWE, Jr., « State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences from – and Lessons for – Federal Rule 23 », *W. St. U. L. Rev.*, 2008, vol. 35, pp. 101-102.

¹⁰²⁰ *Class Action Fairness Act* of 2005, 28 U.S.C. § 1711 (2006).

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *FRCP*. 23 (a) 1 (« (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable [...] »). Le texte ne précisant pas expressément le nombre de personnes nécessaires pour satisfaire cette exigence, la solution est principalement laissée à l'appréciation casuistique des tribunaux. La Cour suprême a pu énoncer que cette condition « imposes no absolute limitations as to either maximum or minimum plaintiffs' numbers » (*General Tel. Co. of the Northwest Inc. EEOC*, 446 US 318 pt 330).

¹⁰²³ *FRCP*. 23 (a) (2)

¹⁰²⁴ *FRCP*. 23 (a) (3) (« the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class »).

au profit de son intérêt individuel. Ensuite, la Règle 23 (a) (4) prévoit que la partie représentative devra, de manière équitable et adéquate, protéger les intérêts de l'ensemble des victimes¹⁰²⁵. Cette exigence tend à empiéter sur celle décrite précédemment, puisque l'existence d'intérêts divergents entre le demandeur représentatif et les membres de la *class* sont souvent une raison de représentation inadéquate¹⁰²⁶. Pour autant, cette condition consiste schématiquement pour le juge à vérifier que le demandeur comme son cabinet d'avocats ont les compétences et l'aptitude pour défendre les intérêts de la *class*¹⁰²⁷.

360. Dans un second temps, la Règle 23 (b) des *FRCP* prévoit des conditions spécifiques pour les demandes indemnitaires. La plupart des *class actions* en matière *antitrust* se fondent sur la Règle 23 (b) (3) qui prévoit deux types de conditions. D'une part, le requérant doit démontrer qu'il existe des questions, de fait ou de droit, communes aux membres de la *class* qui prévalent sur les questions d'ordre individuel (condition de *predominance*). D'autre part, la *class* doit constituer la méthode la plus juste et la plus efficace pour trancher le litige. Le requérant représentatif a la charge d'établir que la « supériorité » de la méthode de la *class action* sur les autres recours (condition de *superiority*).

361. L'exercice de l'action, le choix de l'*opt-out*. À l'issue de la certification, et dans l'hypothèse où celle-ci est accordée, le juge rend une ordonnance de certification et publie une notice qui vise à informer les demandeurs de l'existence de la *class action* en cours¹⁰²⁸. Le système américain se distingue par le choix de la procédure dite *opt-out*. Ce système d'*opt-out*, vivement critiqué en Europe¹⁰²⁹, implique que les personnes sont automatiquement incluses à l'action si elles ne se manifestent pas pendant le délai indiqué sur la notice. Autrement dit, seules les personnes qui ont exercé leur faculté de retrait avant le prononcé du jugement ont la possibilité d'agir individuellement en justice.

¹⁰²⁵ *FRCP*. 23 (a) (4).

¹⁰²⁶ *Amchem Prods. V. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) (« *Adequacy of representation tends to merge with typicality analysis* »).

¹⁰²⁷ En substance, l'examen du juge porte sur les ressources financières du requérant, la qualification et l'expérience du cabinet d'avocats, notamment au regard de la technicité de la procédure de *discovery* et enfin l'absence de contradiction entre ses intérêts personnels et ceux de la *class* afin d'éviter des potentiels conflits d'intérêts.

¹⁰²⁸ Les modalités de la publicité sont encadrées par le juge (voie de presse, niveau local ou régional ou national etc.) ainsi que la détermination du contenu (nature, définition de la *class*, prétention des demandeurs, moyens de défense, etc.). Sur ce point : M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, préc. p. 122.

¹⁰²⁹ Cf. *infra*, §398 et s.

362. Portée. L'étude du processus d'élaboration des *class actions* a déjà pu mettre en évidence l'absence de véritable consensus quant à la portée précise attribuée à ce mécanisme procédural aux États-Unis¹⁰³⁰. La Règle 23, et plus particulièrement la Règle 23 (b) (3) relative aux actions en réparation, vise-t-elle simplement à permettre aux juridictions de réguler les contentieux en cas de demandes similaires ? Ou, de manière plus fondamentale, représente-t-elle un moyen d'habiliter les personnes privées qui n'auraient pas pu agir à poursuivre un but social plus large, consistant à compléter la mise en œuvre publique par la détection et la dissuasion de pratiques illégales ? Ces questionnements sont précisément au cœur de l'ensemble des controverses et des révisions de règles de la procédure de *class action*¹⁰³¹. Sans prétendre les trancher, on se bornera dans le prolongement de nos développements précédents et à la suite du Professeur HENSLER¹⁰³², à souligner que ces deux portées ne sont pas antinomiques. Dans le cadre de notre démonstration, les dispositions textuelles traduisent en effet parfaitement la dynamique d'objectivation procédurale, et cela aussi bien au stade de sa recevabilité que des modalités de son exercice. D'une part, la phase de certification permet au législateur américain de réguler l'accès au prétoire en s'assurant que les intérêts individuels du demandeur représentatif s'alignent sur ceux de la *class*. D'autre part, et de manière plus explicite encore, le système d'*opt-out*, adopté au moment de la réforme de 1966, témoigne du dépassement des seuls intérêts individuels dans le cadre de la *class action*. En permettant d'intégrer des victimes dans l'action, alors même qu'elles ignorent son existence et sans qu'elles soient nécessairement identifiées, le système d'*opt-out* vise à renforcer la dissuasion, à l'attention de ceux qui provoquent les préjudices¹⁰³³.

363. En définitive, les modalités d'exercice de la *class action* visent, certes, à garantir l'indemnisation du préjudice subi¹⁰³⁴, mais aussi à les dépasser pour les fusionner avec l'impératif, plus objectif, d'effectivité de l'application des règles *antitrust*¹⁰³⁵. Toutefois, cette

¹⁰³⁰ Cf. *supra*, §341 et s.

¹⁰³¹ D. R. HENSLER, *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, préc., p. 49.

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ Ce point est évidemment contesté tant par les patriciens que par la doctrine : selon les entreprises, ce système engendre des recours abusifs et contribue seulement à enrichir les avocats des victimes. Au contraire, pour les partisans et notamment les consommateurs, il rend possible leur participation au contrôle de la mise en œuvre des règles en tant que *Private Attorney General*. Pour un résumé général des critiques, v. D. R. HENSLER, *Class Actions Dilemmas*, préc., spéc. p. 50.

¹⁰³⁴ R. MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective*, préc., spéc. pp. 61-62 ; S. ISSACHAROFF, « Group Litigation of Consumer claims: Lessons from the US Experience », préc., spéc. pp. 144-145 ; C. G. LANG, « Class actions and the US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Law Value Claims », préc., spéc. p. 286.

¹⁰³⁵ V. en ce sens : *Hawaii v. Standard Oil Co.*, préc.

dynamique, caractéristique du mouvement d'objectivation procédurale, n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés.

2) Les difficultés sous-jacentes

364. Cette objectivation procédurale repose, en théorie, sur un subtil équilibre entre la satisfaction des intérêts individuels et son dépassement au profit de l'impératif plus objectif de mise en œuvre effective des règles. Pour autant, deux éléments témoignent, dès ce stade de la démonstration, des difficultés qu'elle soulève lors de sa traduction concrète dans la pratique.

365. Les initiatives du législateur au profit d'une restriction des intérêts individuels. En premier lieu, les évolutions législatives de la *class action* sont le signe d'une restriction de la prise en compte de l'intérêt subjectif. Dès sa création aux États-Unis, la *class action* a fait craindre le fardeau qu'elle est susceptible de faire supporter aux tribunaux et aux entreprises¹⁰³⁶. Son expansion a, par la suite, pu révéler ses divers excès¹⁰³⁷, plus particulièrement en termes de montant de la réparation¹⁰³⁸. Ces critiques ont trouvé un écho particulier auprès du législateur. Le Congrès a, en effet, plusieurs fois amendé les règles de la *class action* dans l'objectif quasi explicite d'encadrer voire diminuer le montant des réparations¹⁰³⁹. D'abord, au regard des excès observés au niveau des juridictions fédérales inférieures qui ont eu tendance à accorder largement réparation aux membres de la *class*¹⁰⁴⁰, le Congrès a adopté en 2005 le *Class Action Fairness Act (CAFA)*¹⁰⁴¹. En transférant la compétence du contentieux des *class actions* aux juridictions fédérales, le *CAFA* a contribué à encadrer, mais aussi à renforcer les exigences pour le requérant en vue de la certification¹⁰⁴². Ensuite, plus récemment, le *Fairness*

¹⁰³⁶ Cette crainte est apparue dès la promulgation de la *class action*. V. J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. p. 1164. Et de manière générale pour les critiques récurrentes : D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., spéc. p. 4.

¹⁰³⁷ Notamment au regard des honoraires d'avocats : T. EISENBERG, G. MILLER, « Attorney fees in Class Action settlements: an empirical study », *J. of Empirical Legal Studies*, 2004, n° 1, p. 27.

¹⁰³⁸ La majorité des critiques s'est en effet focalisé sur l'application libérale des critères de la certification par les tribunaux. Sur ce point v. : D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc. p. 15.

¹⁰³⁹ V. not. D. R. HENSLER et al., *Class Actions Dilemmas*, préc., spéc. p. 5.

¹⁰⁴⁰ R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », *Wash. U. L. Rev.*, 2013, vol. 90, pp. 729 et s., spéc., p. 743.

¹⁰⁴¹ *Class Action Fairness Act of 2005*, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4.

¹⁰⁴² R. A. NAGAREDA, « Aggregation and Its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA », *Colum. L. Rev.*, 2006, vol. 106, pp. 1872-1923, spéc. 1912-1913 ; S. SHERRY, « Commentary, Overruling Erie: Nationwide Class Actions and National Common Law », *U. Pa. L. Rev.*, 2008, vol. 156, pp. 2135-2142, spéc. p. 2138 (« [In enacting] CAFA, Congress intentionally and explicitly sought to ... place[] cases involving the national economy into the federal courts. ») ; T. BARRINGTON WOLFF, « Federal Jurisdiction and Due Process in the Era of the Nationwide Class Action », *U. Pa. L. Rev.*, 2008, vol. 156, pp. 2035-2133, spéc. p. 2111 (« The unavoidable import of CAFA ... is that class actions of national scope and importance should be decided in a federal tribunal. »).

in *Class Action Litigation Act* adopté en 2017 a visé à rendre plus difficile la certification de *class action* en matière d'actions en indemnisation (*money damage class action*) au motif qu'elles seraient abusives¹⁰⁴³. En ce sens, l'objectivation procédurale n'a plus réellement consisté à assurer un équilibre, mais a été synonyme d'une réduction de la fonction réparatrice de la *class action*, au nom de la mise en œuvre effective des règles.

366. Les illustrations contentieuses. En second lieu, et de manière plus fondamentale, la contribution des *class actions* à la mise en œuvre des règles fédérales a, de longue date, pu être relativisée au regard de son articulation avec les actions des autorités publiques. Certes, des affaires considérées comme emblématiques en matière *antitrust* ont été, pour certains, des illustrations pratiques de la pertinence et de l'efficacité de cette objectivation procédurale : les *class actions* avaient permis tant de satisfaire l'intérêt individuel des victimes que d'assurer, dans une perspective plus globale, la détection et la sanction de pratiques illicites¹⁰⁴⁴. Pour autant, les limites de la *class action* comme outil de réalisation des règles fédérales, et plus particulièrement *antitrust*, sont désormais communément admises. Le rôle des *class actions* dans la détection des pratiques illicites peut être relativisé tant elles ont le plus souvent eu tendance à suivre l'action des autorités publiques (*follow-on actions*)¹⁰⁴⁵. Des études empiriques ont, en effet, de longue date mis en évidence que la plupart des *class actions* dépendent des investigations effectuées par les agences fédérales¹⁰⁴⁶. Désigné par l'expression « *piggybacking* »¹⁰⁴⁷, ce phénomène a conduit un auteur à énoncer que « *(l)es partisans des*

¹⁰⁴³ Sur ce point v. D. R. HENSLER, « Happy 50th Anniversary, Rule 23: Shouldn't We Know You Better after All This Time », préc., spéc. p. 1601 et références citées à propos des débats au Congrès.

¹⁰⁴⁴ Les deux arrêts étaient relatifs à des ententes sur le marché d'actions *In Re NASDAQ Market Makers Antitrust Litig.*, 169 F.R.D. 493, 517 (S.D.N.Y. 1996) et celui du médicament (*In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig.*, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 71,449 (N.D. Ill. June 21, 1996). Outre leur intérêt relatif à la réparation accordée aux victimes (les défendeurs ont dû les indemniser à hauteur de 408 millions de dollars), elles illustrent surtout le rôle de détection des *class actions* intentées par les personnes privées. Dans ces affaires, les cours ont en effet certifié les *class actions* alors même qu'elles ne font pas suite à une investigation conduite par les autorités fédérales : au contraire, ces actions privées ont été à l'origine de l'action de la division *Antitrust* du DOJ les mois suivants l'action devant les tribunaux.

¹⁰⁴⁵ E. D. CAVANAGH, « Attorneys' Fees in Antitrust Litigation: Making the System Fairer », *Fordham L. Rev.*, 1988, vol 57, pp. 51-73 (« *Private enforcement, although in theory independent from government enforcement, is in practice strongly dependent on government prosecutions* »).

¹⁰⁴⁶ B. W. GARTH, I. H. NAGEL & S. J. PLAYER, « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », *S. Cal. L. Rev.*, 1988, vol. 61. Étude empirique qui révèle que la plupart des *class actions* dans le district de Californie entre 79 et 84 dépendent des investigations effectuées par les agences fédérales. Dans le même sens C. COFFEE, Jr., « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », *Md. L. Rev.*, 1983, vol. 42, pp. 215- 288, spéc. pp. 220-22 (« *the available empirical evidence does not provide much support for the thesis that the private attorney general significantly supplements public law enforcement by increasing the probability of detection.... [A] recurring pattern is evident under which the private attorney general simply piggybacks on the efforts of public agencies* »).

¹⁰⁴⁷ C. COFFEE, Jr., « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », préc., p. 222.

recours collectifs ont reconnu, avec un regret apparent, que l'image du procureur général privé, qui parcourt le territoire à la recherche de contrevenants, ne correspond pas à la réalité »¹⁰⁴⁸. Si un auteur a plus récemment noté la difficulté de mesurer précisément le rôle normatif des *class actions*¹⁰⁴⁹, on se bornera, à ce stade de la démonstration, à percevoir dans ce constat le reflet des difficultés soulevées par l'objectivation procédurale¹⁰⁵⁰.

367. Conclusion de la section 1. En définitive, le cadre procédural américain dans son entièreté constitue le socle sur lequel a pu se développer le concept de *private enforcement*. Ce dernier repose sur ce qu'on a identifié comme un mouvement d'objectivation procédurale consistant à fusionner les intérêts individuels avec l'impératif objectif de mise en œuvre effective des règles par des outils de procédure civile fédérale, mais, plus encore, par le modèle abouti de *class action*. Dans ce contexte, le droit américain permet et garantit, du moins *a priori*¹⁰⁵¹, l'effectivité de la démarche consistant à compter sur les particuliers pour mettre en œuvre le droit fédéral. Le « Procureur privé » dispose, en effet, des instruments nécessaires pour satisfaire son intérêt individuel tout en contribuant à la réalisation des règles fédérales. Plus encore, le champ de l'étude a montré que les instruments à sa disposition ont été renforcés dans le but explicite d'assurer un niveau d'incitation suffisamment élevé. Il n'en va, en revanche, pas de même pour son équivalent européen, identifié sous la figure de « vigie ». Si l'on perçoit des bribes d'un tel mouvement à l'échelle de l'Union, l'objectivation procédurale apparaît toutefois encore inexploitée.

¹⁰⁴⁸ S. CALKINS, « An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions », *Ariz. L. Rev.*, 1997, vol. 39, pp. 413-451, spéc. p. 443.

¹⁰⁴⁹ D. R. HENSLER, « Happy 50th Anniversary, Rule 23: Shouldn't We Know You Better after All This Time », préc., pp. 1614 et s. (« *Assessing how well class actions meet their (often contested) deterrence goal is most difficult of all. To properly assess Rule 23's contribution to enforcement-its "private attorney general" role-requires many informations* »). J. C. COFFEE, à l'origine de l'expression « piggyback », a lui-même nuancé ce phénomène par la suite (« *Understanding the Plaintiff's Attorney: The implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions* », *Columbia L. Rev.*, 1986, vol. 86, p. 669).

¹⁰⁵⁰ Sur le rôle du juge dans la restriction : Cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, §654-705.

¹⁰⁵¹ La partie 2 de ce travail en relativisera la portée. Cf. *infra* sur la neutralisation de ces règles §654-705

SECTION 2 – Une objectivation procédurale inexploitée en droit de l’Union

368. La thèse défendue dans ce présent chapitre consiste à affirmer que le *private enforcement* repose sur une objectivation procédurale, impliquant un dépassement de la seule logique subjective du recours, au profit d’un accroissement de la logique objective au sein des mécanismes procéduraux. Alors que le cadre fédéral américain en a été une parfaite illustration, les évolutions procédurales encadrant l’action privée dans l’Union reflètent pour leur part l’ambiguïté de la démarche européenne en faveur du développement du *private enforcement*. Si la fonction normative de l’action privée a trouvé, en droit de l’Union, une consécration théorique à travers le modèle de « vigie »¹⁰⁵², celui-ci peine à trouver une véritable concrétisation pratique. Contrairement aux instruments procéduraux américains, les règles procédurales contenues dans la directive 2014/104 sont en effet le reflet de la prédominance de la finalité subjective du recours, au détriment de sa finalité plus objective. Dans le cadre des actions en réparation menées individuellement, les dispositions procédurales sont placées au service de l’effectivité du droit à réparation et non du rôle de détection et de sanction¹⁰⁵³. Les modalités d’accès aux preuves, comme l’exclusion des dommages et intérêts punitifs, témoignent de l’ignorance de la dimension plus normative de l’action privée (§I). Certes, le cadre procédural relatif à l’action privée dans l’Union ne s’épuise pas dans les dispositions de la directive spécifique au domaine concurrentiel. Les évolutions en matière de recours collectifs, au niveau national comme de l’Union, contribuent à mettre à mal le modèle standard du procès, enfermé dans la défense d’un intérêt individuel, pour introduire une dimension plus collective¹⁰⁵⁴. Pour autant, l’objectivation procédurale consiste alors au mieux en une régulation des contentieux subjectifs au profit d’un intérêt plus objectif de bonne administration de la justice. Car, compte tenu des réserves du législateur national comme européen vis-à-vis de cet

¹⁰⁵² Cf. *supra*, §241 et s.

¹⁰⁵³ Il convient de préciser qu’une diversité d’actions privées sont ouvertes aux victimes de pratiques anticoncurrentielles : S. AMRANI-MEKKI, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence : le point de vue d’un processualiste », in L. IDOT (dir.), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, colloque tenu à l’Institut de droit comparé de Paris II le 13 juin 2008*, *Concurrences* n° 2-2009, p. 11 s.). En droit français, les actions individuelles sont principalement menées sur le fondement des dispositions du CPC. Pour une typologie des actions privées de droit commun (action au fond et en référé) v. R. AMARO, « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel », fasc. 316, 2021, § 21 et s.

¹⁰⁵⁴ Ce point est communément admis. V. not. : E. SERVERIN, « Une enquête juridique sur la place du collectif dans la justice contemporaine », in I. OMARJEE, L. SINOPOLI, *Les actions en justice au-delà de l’intérêt personnel*, préc., pp. 6.

instrument procédural, la contribution des actions collectives à la mise en œuvre du droit objectif de la concurrence demeure limitée (§2).

§ 1 – Les aménagements en matière d’actions individuelles, témoin de l’ignorance de la finalité objective de l’action privée

369. Bien que les institutions européennes aient pu reconnaître à plusieurs occasions la finalité normative de l’action privée en matière concurrentielle¹⁰⁵⁵, celle-ci ne transparaît pas concrètement dans les dispositions procédurales de la directive 2014/104 relative aux actions individuelles. À l’inverse des dispositifs américains, l’approche répressive et dissuasive des actions privées menées individuellement a été finalement écartée¹⁰⁵⁶. Deux éléments permettent de s’en convaincre. Les aménagements relatifs à l’accès aux preuves et ceux relatifs aux modalités de la réparation témoignent respectivement de l’exclusion du rôle de détection (A) et de sanction (B) de l’action privée.

A) L’exclusion du rôle de détection dans l’aménagement de l’accès aux preuves

370. Trop éloignée de la culture juridique européenne, la *discovery* est inconnue des arsenaux juridiques des États membres de l’Union. Si la question de l’adoption d’une telle procédure avait pu susciter l’intérêt des institutions européennes¹⁰⁵⁷, les solutions relatives à la divulgation des preuves, consacrées dans la directive, sont finalement bien plus nuancées. Plus particulièrement dans le cadre de la comparaison, celles-ci témoignent d’une différence nette entre les deux systèmes juridiques étudiés. Contrairement à la procédure de *discovery* américaine, il s’agit moins de renforcer le rôle de détection des infractions par les particuliers que de garantir l’effectivité du droit à réparation. En adéquation avec les mécanismes existants

¹⁰⁵⁵ V. not. le Livre Vert (Comm. CE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM 2005, 672 final). Sur ce point : cf. *supra* Titre 1, Chapitre 2, §154 et s.

¹⁰⁵⁶ Pour une critique de ce positionnement adopté à partir de la proposition de directive de la Commission : H. W. MICKLITZ, « Collective Private Enforcement in Antitrust Law – What is Going Wrong in the Debate », in J. BASEDOW, J. P. TERHECHTE, L. TICHY, (dir.), *Private Enforcement of Competition Law*, Nomos, 2011, p. 101 s., spéc. p. 114 à 117 ; J. G. DELATRE, « Beyond the White Paper : Rethinking the Commission’s Proposal on Private Antitrust Litigation », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8, p. 29 -58, spéc. p. 31 et 32 ; R. AMARO, « Plurality is the key : collective redress, consensual settlements and other incentive devices », in J. DERENNE, E. MORGAN DE RIVERY, N. PETIT, *Antitrust damages in EU law and policy : GCLC Annual Conferences Series*, 2014, p. 81 s.

¹⁰⁵⁷ Le rapport *Ashurst* proposait le recours à la *discovery*. Proposition reprise dans le Livre Vert puis le Livre Blanc. Tout en proposant d’introduire un degré élevé de divulgation *inter partes* sur le modèle américain, la Commission invitait à en limiter la portée afin d’éviter les dérives de la *discovery*.

dans les droits nationaux¹⁰⁵⁸, l'objectif principal a été de renforcer les dispositifs de divulgation *inter partes* existants, afin principalement de faciliter la position du demandeur dans l'accès à la preuve, « *clé qui permet d'ouvrir la porte de la réparation* »¹⁰⁵⁹ (1). Plus encore, les restrictions relatives à l'accès aux documents détenus par les autorités de concurrence sont le reflet de la prédominance des actions publiques dans leur rôle de détection des pratiques illicites (2).

1) La facilitation des preuves détenues par l'autre partie

371. Une démarche générale de facilitation, les avancées de la directive 2014/104. Le régime général de divulgation *inter partes* témoigne d'une volonté de renforcer l'effectivité du droit à réparation en garantissant au demandeur un accès aux preuves facilité. L'article 5 de la directive 2014/104 invite, en effet, les États à prévoir un dispositif d'injonction judiciaire, permettant aux juridictions nationales d'ordonner, au défendeur ou à un tiers, de produire des preuves pertinentes¹⁰⁶⁰. Bien que relatives¹⁰⁶¹, trois innovations principales, témoignant d'une facilitation de l'accès aux preuves pour la victime, sont à relever.

372. En premier lieu, l'article 5 paragraphe 2 de la directive rend possibles les demandes de « *catégories pertinentes* » de preuves et non plus de preuves spécifiques. Cette référence constitue incontestablement un progrès souhaitable au regard des difficultés posées par l'exigence des demandes de preuves spécifiques en matière de concurrence¹⁰⁶². En effet, alors que la plupart des États membres imposaient jusqu'à présent au requérant de spécifier chaque pièce dont il voulait obtenir l'accès¹⁰⁶³, il était souvent difficile pour celui-ci de déterminer

¹⁰⁵⁸ Cf. *infra*. Il est rapidement apparu que la transposition de ces dispositions n'allait pas rencontrer d'obstacles particuliers tant les mécanismes existants dans les droits des États membres avaient déjà permis de faciliter l'accès aux preuves détenues par l'autre partie. Les observateurs européens ont unanimement pointé les ressources des droits des États membres : M. LECLERC, th. préc. ; R. AMARO, th. préc., p. 346 ; G. DECOCQ, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in F. CHABAS (Mél.), *Leçons du Droit Civil*, Bruylant, Paris, 2011, pp. 197-233, spéc. p. 214, n°9 ; P. RINCAZAUX, « L'accès aux preuves dans le procès civil », in L. IDOT (dir.), *Le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, préc., pp. 41 et s.

¹⁰⁵⁹ C. ARENS, « Discours d'ouverture », *LPA* 4 sept. 2016, n° 176, p. 5.

¹⁰⁶⁰ Bien qu'il s'agisse de renforcer le droit à la preuve, le système d'accès aux éléments probatoires demeure placé sous le contrôle strict du juge. Son contrôle sur ce mécanisme d'injonction consiste à s'assurer du sérieux de la demande, de la probabilité de la possession de la preuve par le destinataire de l'injonction et enfin de la préservation du secret professionnel et des informations confidentielles

¹⁰⁶¹ Cf. *infra* sur les limites de leur originalité.

¹⁰⁶² O. FREGET, « La question de la preuve », in *Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne*, colloque tenu le jeudi 25 sept. 2014, *RLC*, 2015 / 42, p. 176.

¹⁰⁶³ Parl. Eur., *Collective Redress in Antitrust*, rapp. Disp. En ligne sur le site du Parlement, juin 2012, p. 74 ; E. D. CAVANAGH, « The Private Antitrust Remedy : Lessons From the American Experience », préc., p. 647.

précisément sa demande au regard de son ignorance des preuves existantes¹⁰⁶⁴. En deuxième lieu, la directive renforce l'exigence du contradictoire en exigeant des États membres qu'ils « *veillent à ce que les personnes à qui une demande de production de preuves est adressée aient la possibilité d'être entendues avant qu'une juridiction nationale n'ordonne la production d'informations* »¹⁰⁶⁵. En troisième lieu, l'article 8 de la directive prévoit un système de sanctions dans l'hypothèse où les parties ne respectent pas un ordre du juge relatif à la divulgation de preuves. L'introduction de ce mécanisme dissuasif, en cas de non-respect de la demande de production de pièces, apparaît bienvenue au regard des lacunes des droits nationaux sur ce point¹⁰⁶⁶. La nature des comportements sanctionnés¹⁰⁶⁷ ainsi que celle des sanctions possibles sont étendues. L'ensemble du dispositif permet ainsi d'éviter que la possibilité d'accès aux preuves se trouve anéantie, en l'absence de conséquence négative pour la partie qui se n'exécuterait pas¹⁰⁶⁸. Si cette facilitation de l'accès aux preuves vise à garantir l'effectivité du droit à réparation de la victime, le législateur européen n'en a pas pour autant perdu de vue les enjeux vis-à-vis du défendeur, notamment dans le cadre du secret des affaires.

373. Les limites intéressant les actions civiles dans la directive « secret d'affaires »¹⁰⁶⁹.

Malgré la volonté affichée de faciliter la tâche de la victime, son droit à indemnisation ne doit pas pour autant impliquer un accès absolu aux preuves détenues par l'autre partie. La protection

¹⁰⁶⁴ En droit français v. M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 446 et 467, n° 371 et 372. Sur le changement important apporté au droit français de la preuve sur ce point : Rapp. les propos de F. JENNY in *La réparation des dommages concurrentiels dans les systèmes juridiques étrangers, Concurrences*, n°3-2014.

¹⁰⁶⁵ Article 5, pt 7 de la directive 2014/104.

¹⁰⁶⁶ Not. en droit italien où aucune sanction n'était prévue en cas de non-respect de divulgation v. : S. PIETRINI, « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », préc. En droit français, les articles 11 al 2, et 139 du CPC prévoient la faculté d'assortir l'injonction d'une astreinte. Toutefois, la sanction concerne uniquement le refus de se conformer à l'injonction. Ainsi, Muriel CHAGNY énonçait que « *si le droit français n'est pas dépourvu de sanctions, il conviendrait néanmoins d'étendre celles-ci aux différentes hypothèses visées par la directive et la possibilité déjà reconnu au juge de 'tirer toute conséquence' dans les seuls cas de résistance à une mesure d'instruction aux différentes hypothèses appréhendées dans le texte européen* » (M. CHAGNY, « Quelle(s) réforme(s) et adaptation(s) du droit français ? Approche critique et prospective », in *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe*, préc. pp. 60, 61, n° 209 et 210). Pourtant, ni l'ordonnance, ni le décret de transposition n'apportent de modification sur ce point.

¹⁰⁶⁷ V. article 8 §1 de la directive 2014/104.

¹⁰⁶⁸ Sur les limites de ce mécanisme et la proposition de transposition des solutions américaines sur ce point : G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, préc., spéc. pp. 352-360.

¹⁰⁶⁹ Dir. (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE n° L 157/1 du 16 juin 2016. L'étude du (long) processus d'élaboration de cette directive ainsi que la présentation du régime spécial instauré dépasserait le cadre de l'étude, c'est pourquoi nous nous limiterons à en présenter les mesures générales intéressant celle-ci : à savoir celles relatives aux procédures de recherche de preuve dans le cadre des instances civiles ou commerciales.

du secret des affaires en constitue l'atténuation principale orchestrée par le législateur européen. Désormais transposée en droit français¹⁰⁷⁰, la directive 2016/943 a en effet consacré un régime général de protection du secret des affaires¹⁰⁷¹ qui a pour effet de restreindre le droit à la preuve, notamment en matière d'action privée en réparation du préjudice concurrentiel. En droit français, les articles 153 et suivants du code de commerce français (qui transposent la directive) prévoient désormais que le juge civil ou commercial dispose, dans le cadre de toute instance, de mécanismes de restrictions procédurales aux fins de protéger le secret d'affaires. La première consiste à limiter l'accès aux documents confidentiels à certaines personnes, que ce soit dans le cadre d'une procédure au fond ou *in futurum*. Le juge peut ainsi prendre connaissance, seul, d'une pièce, ordonner une expertise et solliciter l'avis d'une personne habilitée à représenter chacune des parties pour déterminer si la pièce nécessite les mesures de protection prévues par le code de commerce¹⁰⁷². Il peut également restreindre l'accès pour chacune des parties à une personne physique et une personne habilitée à la représenter¹⁰⁷³. Afin d'assurer la protection des documents dont il est invoqué qu'ils relèvent du secret d'affaires, le juge peut placer ces pièces sous séquestre provisoire¹⁰⁷⁴. La deuxième consiste à permettre au juge de limiter l'accès quant au contenu des documents confidentiels et limiter ainsi la communication ou la production d'une pièce à certains de ses éléments seulement et en ordonner la communication d'un résumé¹⁰⁷⁵. À ces deux restrictions s'ajoutent, d'une part, la possibilité pour le juge de décider que l'audience sera tenue hors la présence du public¹⁰⁷⁶ et d'adapter la motivation et la publicité de la décision en tenant compte des intérêts des parties à voir protéger leur secret d'affaires¹⁰⁷⁷ et d'autre part, une obligation de confidentialité procédurale mise à la charge de toute personne ayant eu accès à une pièce (ou son contenu) considérée par le juge comme étant

¹⁰⁷⁰ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 ; Décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires, JORF n° 0288.

¹⁰⁷¹ Sa première innovation réside dans la consécration d'une première définition du secret d'affaires. L'article 2 de la directive, transposé par le législateur français à l'article L. 151-1 du Code de commerce, définit le secret d'affaire comme toute information qui réunit les conditions suivantes « *a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, b) elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles, b)elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes, c)elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes* ».

¹⁰⁷² Art. L. 153-1, 1° C. Com.

¹⁰⁷³ Art. L. 153-1, 2° C. Com.

¹⁰⁷⁴ Art. R. 153-1 C. Com.

¹⁰⁷⁵ Art. L. 153-1, 2° et R. 153-3 C. Com.

¹⁰⁷⁶ Art. L. 153-1, 3° C. Com.

¹⁰⁷⁷ Art. L. 153-1, 4° C. Com.

couverte par le secret, y compris les personnes morales et leurs représentants¹⁰⁷⁸. Sur cette question, ces éléments ont récemment trouvé un écho particulier dans du droit souple puisque la Commission a proposé dans une communication de juillet 2020, des mécanismes au service de l'encadrement de la divulgation d'éléments susceptibles de contenir des informations confidentielles dans une action en réparation¹⁰⁷⁹.

374. Une originalité à nuancer. Qu'il s'agisse tant des dispositions relatives au régime général que de l'atténuation avec le nécessaire respect du secret des affaires, leur originalité est à nuancer. Les principes de l'article 5 de la directive 2014/104, qui mettent en place un système d'accès aux preuves sous le contrôle strict du juge, apparaissent en conformité avec ceux en vigueur, notamment en droit français¹⁰⁸⁰, mais aussi en droit allemand¹⁰⁸¹ ou italien¹⁰⁸². Certes, des évolutions du droit existant étaient nécessaires au regard de la notion nouvelle de « catégories de pièces », de l'exigence renforcée du contradictoire ou encore du secret des affaires¹⁰⁸³. Pour autant, la pratique du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris témoigne là aussi des limites de l'innovation. Qualifiant eux-mêmes leur démarche de « pragmatique »¹⁰⁸⁴, les juges spécialisés ont déjà adopté (avant même les consécutions

¹⁰⁷⁸ Art. L. 153-2 ; Dir. UE 2016/943, préc., art. 9.

¹⁰⁷⁹ Comm. relative à la protection des informations confidentielles par les juridictions nationales dans les procédures de mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sur l'initiative de la sphère privée, 2020/C 242/01

¹⁰⁸⁰ L'exemple du droit français montre que ces nouvelles dispositions s'insèrent assez bien dans le régime de droit commun. L'article L. 483-1 alinéa 1 renvoie expressément aux dispositions du CPC. Les règles de procédure civile classique et notamment les articles 132, 138 et 145 du CPC prévoient des modalités similaires de divulgation *inter partes*. Sur ce point v. not. : R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 142-143 ; T. d'ALES, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », préc.

¹⁰⁸¹ En droit allemand : le paragraphe 142, alinéa 1er, du CPC (Zivilprozessordnung – ZPO) permet déjà au juge civil d'enjoindre à une partie ou à un tiers qui détiendrait des preuves pertinentes évoquées par une autre partie de les produire au tribunal. V. sur ce point F. BIEN, « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », in A. CHONE-GRIMALDI et al., « Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE », *Concurrences*, n° 3-2015, pp. 13 et s.

¹⁰⁸² Le CPC italien prévoit des outils procéduraux similaires à ceux du droit français : l'ordre de divulgation sur requête d'une partie et l'ordre de divulgation demandé d'office par le juge est possible sur le fondement des articles 210 et 213 du code de procédure civile. Pour les apports de la directive sur ce point, v. S. PIETRINI, « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », in A. CHONE-GRIMALDI et al., « Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE », préc., pp. 17-20.

¹⁰⁸³ V. not. D. BOSCO, « L'accès aux preuves dans le cadre des actions mises en œuvre dans la sphère privée », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 76.

¹⁰⁸⁴ Colloque CA Paris 29 mars 2019, « Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », disp. en ligne sur le site de la revue *Concurrences*, spéc. p. 32.

textuelles) une démarche tendant à faciliter le droit à la preuve afin d'assurer l'effectivité du droit à réparation de la victime tout en préservant un équilibre avec les droits des défendeurs¹⁰⁸⁵.

375. En définitive, ces nouvelles dispositions de la directive n'impliquent pas de changement de la philosophie de l'accès aux preuves au sein des États membres de l'Union. Le constat que celles-ci n'entrent pas en confrontation avec les règles traditionnelles de procédure civile au sein des États membres, mais s'insèrent, au contraire, assez bien dans le régime de droit commun suffit pour s'en convaincre. En ce sens, le rôle de ces dispositions n'est pas de transformer les parties privées en agent de détection de l'illégalité à l'image de la *discovery* américaine. Il s'agit plutôt de compter sur le juge pour préserver un équilibre entre différents intérêts subjectifs : celui du demandeur à obtenir les preuves nécessaires pour sa réparation individuelle et celui du défendeur à voir protéger le secret de ses affaires. Contrairement aux États-Unis, il a ainsi été considéré qu'il n'est pas utile de donner aux parties privées un accès aux preuves trop étendu, étant donné que les autorités publiques ont prioritairement la charge de détecter les pratiques interdites. Cette ignorance du rôle de détection au profit du seul rôle réparateur dans les outils d'accès aux preuves transparaît d'autant plus dans les choix relatifs à l'accès au dossier des autorités de concurrence. Témoignant en creux de la préférence européenne pour le *public enforcement* et plus précisément d'une volonté d'en assurer l'efficacité, les restrictions en ce domaine contribuent à réaffirmer la préemption des actions publiques dans la détection des pratiques dans l'intérêt général.

2) Les restrictions de l'accès aux dossiers des autorités de concurrence

376. Les aménagements apportés au régime général de divulgation renseignent sur la volonté des institutions de renforcer le droit d'accès à la preuve, afin d'assurer principalement l'effectivité du droit à réparation. Cette prédominance accordée à la finalité subjective se poursuit avec le dispositif propre aux dossiers des autorités de concurrence prévu par la

¹⁰⁸⁵ Sur la base des possibilités offertes par les règles de procédure civile (et notamment de la procédure de l'article 145 CPC), ils ont développé plusieurs pratiques innovantes s'inscrivant dans la logique des directives européennes et des textes de transposition. La pratique dite des « *data rooms* » ou encore la procédure de « mise sous séquestre provisoire » en constituent deux illustrations. La première consiste, dans l'objectif de protéger le secret des affaires, à accorder un accès aux preuves réservé aux avocats dans le cadre de réunions organisées par le Tribunal. La seconde permet de séquestrer les pièces saisies dans le cadre de l'article 145 CPC afin d'organiser dans un second temps une audience dédiée à la levée de ce séquestre. Cette pratique permet ainsi de préserver le secret des correspondances entre un avocat et son client, la vie privée et le secret des affaires. Elle est précisément amenée à se généraliser au regard de sa consécration officielle dans le cadre des nouvelles dispositions relatives à la protection du secret d'affaire présentées plus haut (cf. *supra* §373). V. sur ce point le témoignage de Geneviève RIGOLOT, Présidente de la chambre de la concurrence au Tribunal de commerce de Paris : G. RIGOLOT « Communication des pièces et secret d'affaires. Pratiques du Tribunal de commerce de Paris en matière de recherche de preuve », *Concurrences* n°3-2019, pp. 29-31.

directive 2014/104. L'accès restrictif aux documents des autorités nationales de concurrence (ci-après ANC) témoigne de la portée limitée que les institutions de l'Union souhaitent donner au rôle normatif de « vigie ». Il constitue plus précisément l'expression d'un « contentieux privé » subordonné à l'efficacité de l'action publique, qui reste gardienne de la détection et la sanction des pratiques dans l'intérêt général. L'encadrement général de l'accès aux preuves détenues par l'autorité publique (a), comme la restriction du test de proportionnalité opérée par la directive 2014/104 en matière de clémence (b) en constituent les manifestations.

a) Les règles générales d'accès aux preuves détenues par les autorités publiques

377. L'accès aux pièces de la Commission. L'accès aux pièces détenues par la Commission est régi par un fondement général et un fondement spécifique en droit de la concurrence. Le premier correspond au règlement 1049/2001¹⁰⁸⁶ (dit « règlement Transparence ») qui prévoit dans son article 2 que tout citoyen ou toute personne physique ou morale a un droit d'accès aux documents des institutions¹⁰⁸⁷. Le second correspond aux règlements spécifiques au droit de la concurrence à savoir le règlement 1/2003 et 773/2004 modifié par le règlement 622/2008¹⁰⁸⁸. Le règlement 1/2003 s'applique lorsque le demandeur est partie à un procès civil. Sur le fondement de son article 15, celui-ci peut demander au juge d'accéder aux pièces figurant dans le dossier de la Commission. Le règlement 773/2004 permet au demandeur, qui a été plaignant dans un contentieux préalable devant la Commission, de demander accès à certains éléments du dossier.

378. L'accès aux pièces de l'Autorité de la concurrence. À côté des règles de l'article 5 de la directive 2014/104, son article 6 prévoit des dispositions spéciales s'agissant des pièces détenues par une autorité de la concurrence. En substance, cette disposition prévoit d'une part, les principes applicables à la demande de production de pièces devant le juge national et d'autre part, des règles propres à certaines catégories de pièces. Pour les premiers, la directive encadre l'appréciation du contrôle de proportionnalité par le juge et rappelle que ce dernier ne peut ordonner la production de preuves que si « *aucune des parties ou aucun tiers ne peut*

¹⁰⁸⁶ Règl. (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOUE 31.5.2001, L 145/43.

¹⁰⁸⁷ Cf. Art. 2. L'article 4 dudit règlement pose toutefois quelques exceptions : l'accès peut être refusé lorsque la divulgation porte atteinte 1) aux intérêts commerciaux d'une personne, 2) à des procédures juridictionnelles et des avis juridiques 3) à des objectifs des activités d'inspection, d'enquête, d'audit.

¹⁰⁸⁸ Règl. (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4 janv. 2013 ; Comm. CE, règl (CE), n° 773/2004, 7 avr. 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 CE et 82 CE : JOUE n° L 123, 27 avr. 2004, p. 18.

raisonnablement fournir lesdites preuves »¹⁰⁸⁹. Pour les secondes, la directive introduit – comme mentionné plus haut¹⁰⁹⁰ – une distinction en fonction des « catégories de preuves ». Pour les pièces qui ne relèvent d’aucune catégorie, c’est-à-dire dont les informations ne font l’objet d’aucune indication spécifique, la demande de communication peut avoir lieu « à tout moment ». Une autre catégorie regroupe les pièces qui ne peuvent être communiquées qu’à la clôture de la procédure devant l’autorité de concurrence. Enfin, la dernière catégorie correspond aux informations qui ne pourront jamais être transmises. Il s’agit des propositions de transaction et des déclarations effectuées en vue de la clémence. Sur ce dernier point, les exceptions des articles 6 et 7 de la directive 2014/104 viennent considérablement réduire voire exclure le test de proportionnalité en matière d’accès aux pièces contenues dans le dossier de clémence.

b) Les règles spécifiques en matière de clémence

379. La solution nuancée de la jurisprudence antérieure : la nécessaire mise en balance des intérêts. Confrontée pour la première fois en 2011 à la question spécifique de l’accès aux documents de clémence dans le cadre de procédures nationales, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Pfleiderer*¹⁰⁹¹ l’exigence contradictoire en la matière résultant de la nécessité d’une part, de préserver l’efficacité des programmes de clémence et d’autre part, d’assurer l’effectivité du droit à réparation des victimes. Ainsi, afin d’éviter de dissuader les entreprises d’utiliser les programmes de clémence ou de rendre impossible les demandes en dommages et intérêts, la Cour a laissé aux États membres le choix de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé à la suite d’une mise en balance des intérêts à protéger. Dans le prolongement de cet arrêt, la Cour s’est prononcée à nouveau sur cette question dans l’arrêt *Donau Chemie*¹⁰⁹² de juin 2013. La loi autrichienne subordonnait la transmission des documents de clémence à l’accord des entreprises concernées, ce qui constituait un risque de rejet systématique rendant excessivement difficile l’exercice du droit à réparation que les victimes tirent du droit de l’Union. Après avoir rappelé l’encadrement de l’autonomie procédurale par le principe d’équivalence et d’effectivité, la Cour impose une mise en balance

¹⁰⁸⁹ Art. 6 § 10 de la directive 2014/104.

¹⁰⁹⁰ Cf. *supra*.

¹⁰⁹¹ CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer c/ Bundeskartellamt*, préc., *Contrats, conc. consom.* 2011/8, comm. 198, note G. DECOCQ, *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 177, note A. LACRESSE ; *Europe* 2011, comm. 308, obs. L. IDOT. – Adde M. ROSEAU et F. MASMI-DAZI, « L’arrêt *Pfleiderer* ou la mise en balance des intérêts protégés par la clémence avec le droit des victimes à réparation », *RLC*, 2012/30, p. 146 s. V. également : L. IDOT, F. ZIVY, « L’accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : État des lieux deux ans après l’arrêt *Pfleiderer* », *Concurrences*, 2013, n° 3, p. 34.

¹⁰⁹² CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie*, préc.

des intérêts en présence et exclut toute solution rigide, comme celle en cause dans l'espèce. Elle rappelle que la nécessaire protection de l'efficacité des programmes de clémence ne peut justifier une exclusion générale. Il revient, en somme, au juge national de procéder au cas par cas et celui-ci ne peut refuser l'accès qu'aux documents qui représentent un risque pour l'efficacité du programme de clémence. De ce point de vue, la directive 2014/104 a procédé à un durcissement de cette solution prétorienne.

380. De la « sanctuarisation »¹⁰⁹³ de la clémence en droit français à la « protection absolue » en droit de l'Union. Les observateurs français avaient déjà souligné l'anticipation du droit français en consacrant, avant la directive, le choix de la « sanctuarisation » des dossiers de clémence, traduisant la préférence du législateur français pour le *public enforcement*¹⁰⁹⁴. La loi « Lurel »¹⁰⁹⁵ avait, en effet, ajouté un nouvel alinéa 2 à l'article L. 462-3 du code de commerce qui exclut explicitement du champ des informations pouvant faire l'objet d'une demande au juge les pièces figurant dans le dossier de clémence¹⁰⁹⁶. Ainsi, si l'autorité a la faculté de divulguer les documents obtenus dans le cadre d'une procédure contentieuse ordinaire, elle a l'interdiction de divulguer les pièces du dossier de clémence. Cette solution s'inscrit désormais parfaitement en conformité avec le droit de l'UE qui prévoit deux cas où l'exclusion se veut radicale. L'article 6 § 6) a) et b) de la directive 2014/104 énonce en ce sens que « *[l]es États membres veillent à ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions nationales ne puissent à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de produire les preuves relevant des catégories suivantes : a) les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence b) propositions de transaction* ».

¹⁰⁹³ J. PHILIPPE, M. TRABUCCHI, F. GORDON, « La réforme du programme modèle européen de la clémence. Avancées et prochains défis des programmes de clémence au sein du Réseau européen de la concurrence », *RLC.*, 2013/35, pp. 120 et s., spéc. p. 123, cité par R. AMARO, th., préc., p. 356.

¹⁰⁹⁴ M. CHAGNY, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la Concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *D.* 2013, p. 851 ; E. CLAUDEL, « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer- 2^{ème} volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », *RTD Com.*, 2013, p. 512 ; M. COMERT, S. NASSER EI DINE-POMAR, « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrat conc. conso.*, mars 2013, ét. 4, spéc. n° 22 et s.

¹⁰⁹⁵ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

¹⁰⁹⁶ « *L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance* »

381. Portée. Si les solutions dans la directive s'inscrivent en conformité avec la position stricte déjà en vigueur notamment en droit français¹⁰⁹⁷, elles témoignent incontestablement d'un positionnement plus rigide que celui exprimé d'une part, dès 2011, par la Cour de justice dans les arrêts *Pfleiderer* et *Donau Chemie* et, d'autre part, plus récemment par la Cour de cassation française¹⁰⁹⁸. Dans le cadre de notre démonstration, cette restriction de l'accès aux documents de clémence apparaît toutefois peu surprenante. Le considérant 5 de la directive 2014/104 était assez annonciateur en énonçant que « *les actions en dommages et intérêts ne sont qu'un élément parmi d'autres d'un système efficace de répression des infractions au droit de la concurrence* ». Cette restriction marque plus précisément la subordination des actions privées à celles des autorités publiques, qui ont prioritairement en charge la détection et la sanction des infractions. Dans ce contexte, il ne fallait pas que les actions privées remettent en cause l'efficacité du programme de clémence¹⁰⁹⁹. En d'autres termes, si une dimension plus objective peut théoriquement être reconnue à l'action privée au même titre que l'action publique, c'est à condition que la première n'entrave pas, en pratique, l'efficacité de la seconde. L'ignorance de la fonction normative de l'action privée dans les dispositifs procéduraux se poursuit dans le rejet d'accorder aux règles une tonalité plus répressive, notamment par le biais des dommages et intérêts punitifs similaires à ceux du droit américain.

B) L'exclusion du rôle de sanction dans la réparation

382. Sur le plan de la réparation, la prédominance de la finalité subjective de l'action privée au détriment de sa finalité plus objective est d'autant plus évidente. Elle trouve en effet sa plus manifeste expression dans la consécration officielle du principe de la réparation intégrale dans

¹⁰⁹⁷ M. CHAGNY, « L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'autorité de la concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », préc., spéc., p. 854 ; S. PIETRINI, « Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche européenne », *Contrats conc. consom.*, 2013/5, dossier 10, n° 17-19.

¹⁰⁹⁸ Cass Com., 8 juill 2020, *Renault Trucks*, n° 19-25.065. Dans cet arrêt de principe, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour motivation insuffisante dans la façon d'apprécier la proportionnalité entre l'effectivité du droit à réparation et le caractère confidentiel de certains éléments de preuve. Si la Cour d'appel s'était focalisée sur la réparation de la victime, il lui a été reproché de ne pas avoir vérifié si les documents en cause n'étaient pas liés à une procédure de clémence et donc incommunicables à ce titre. Rafael AMARO avait eu l'occasion de s'interroger sur la conventionnalité de cet accès restreint avec l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (R. AMARO, « La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français », in A. CHONE-GRIMALDI et al., *Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE, Concurrences*, 2015, n° 3, p. 22.). Cet arrêt semble sur ce point témoigner d'un retour du principe de proportionnalité dans l'examen de l'accès aux preuves qui s'inscrit, en revanche, en contrariété avec cette liste noire établie par les textes, mais apparaît plus conforme à l'article 6 CEDH. V. égal sur ce point la note du même auteur : R. AMARO, B. THOMAS, M. IDRI, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (juin 2020- mars 2021) », *Concurrences*, 2021, n° 2, pp. 244-258.

¹⁰⁹⁹ Pour plus de détails sur cette problématique : Cf *infra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, §562 et s.

la directive 2014/104 (1). Loin de le remettre en cause, des atténuations potentielles semblent toutefois révélatrices des insuffisances de la finalité purement subjective attribuée à l'action privée (2).

1) La consécration officielle du principe de réparation intégrale

383. En adéquation avec le droit de la responsabilité civile des États membres, la directive a explicitement rejeté la dimension répressive des dommages et intérêts punitifs au profit de la consécration des dommages et intérêts simplement compensatoires (a). Aussi, l'évaluation du préjudice demeure gouvernée par le principe de la réparation. Sans provoquer de bouleversements majeurs au sein des droits nationaux¹¹⁰⁰, les évolutions relatives à la détermination du montant du préjudice s'inscrivent en ce sens dans la continuité de cette recherche de réparation du seul préjudice subi par la victime (b).

a) Un principe consacré, le rejet des dommages et intérêts punitifs

384. L'émergence des préjudices de masse et la nécessité de renforcer l'effectivité des actions civiles ont conduit, aussi bien les institutions européennes¹¹⁰¹ que nationales¹¹⁰², à envisager l'adoption de dommages et intérêts punitifs. Mais, compte tenu de la distorsion qu'il implique entre la valeur du préjudice subi et le montant de la réparation allouée, ce type de réparation a été définitivement écarté au profit du principe de la réparation intégrale. Évoqué à plusieurs reprises par la Cour de justice¹¹⁰³ et le Parlement¹¹⁰⁴, ce principe a trouvé une consécration

¹¹⁰⁰ Les règles européennes relatives à l'évaluation des chefs de préjudice réparable n'ont pas vocation à modifier la démarche actuellement suivie par le juge, notamment le juge français. V. sur ce point : S. CARVAL, M. CHAGNY, A.-S. CHONE-GRIMALDI, C. MONNIER, J.-F. TROPEANO, « L'évaluation des préjudices concurrentiels », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc. pp. 192, spéc. pp. 159 et s.

¹¹⁰¹ Ils ont été envisagés dans le Livre vert, supprimé à partir du Livre blanc (Comm. CE, Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final, p. 7, question E (Options 14 à 16) ; Comm. 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, p. 2-4). S'ils n'ont pas été condamnés par la CJCE dans l'arrêt *Manfredi*, celle-ci les a largement encadrés (CJCE, 13 juil. 2006, *Manfredi*, préc.).

¹¹⁰² Sur les propositions d'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français : P. CATALA, (dir.), *Avant projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (article 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport remis à M Pascal CLEMENT, Garde de Sceaux, sept. 2005 ; Rapp. Information n° 558 (2008-2009) du Sénat « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires » de MM Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE, au nom du groupe de travail sur la responsabilité civile, créé au sein de la Commission des lois.

¹¹⁰³ CJCE, 13 juil. 2006, *Manfredi*, préc., pt. 95 (« la réparation peut porter sur le dommage réel (*damnum emergens*) et le manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que sur le paiement d'intérêt »).

¹¹⁰⁴ Résolution du Parlement européen du 25 avr. 2007, sur le Livre vert intitulé *Action en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, (2006/2207 (INI)), not. Au pt. 17 « l'indemnisation reconnue aux requérants devrait avoir un caractère compensatoire et ne pas

explicite dans l'article 3 de la directive 2014/104 à travers l'exclusion ferme des dommages et intérêts extracompensatoires¹¹⁰⁵.

385. Certes, cette solution étonne *a priori* peu tant les fondements de ce rejet sont bien connus : au-delà de la crainte à peine dissimulée des dérives américaines, la finalité traditionnellement réparatrice de la responsabilité civile dans les États membres de tradition romano-germanique d'une part¹¹⁰⁶, et la distinction tout aussi établie entre répression pour la matière pénale et réparation en matière civile¹¹⁰⁷ d'autre part, constituent, de longue date, une incompatibilité profonde avec le mécanisme de dommages et intérêts à caractère répressif. Aussi, ce choix semble assez cohérent compte tenu de la place que le système européen de mise en œuvre des règles de concurrence souhaite accorder aux actions publiques. Dans le cadre de l'approche comparative, il faut se rappeler que la consécration des dommages et intérêts punitifs aux États-Unis trouve, à l'origine, sa justification dans l'absence – relative – d'autorités publiques en charge de l'intérêt général¹¹⁰⁸.

386. Pour autant, le contexte doctrinal aurait pu jouer en faveur de la reconnaissance de la dimension plus normative de l'action privée, et donc, d'un dépassement de la seule finalité compensatoire de la réparation. La problématique des fonctions de la responsabilité civile et plus particulièrement celle de la nature répressive de la réparation a suscité beaucoup de débats au sein de la doctrine française¹¹⁰⁹. Une grande partie des observateurs a mis en lumière le rôle

dépassement la perte subie (« *damnum emergens* ») et le manque à gagner (« *lucrum cessans* ») effectifs » et rappelle au même point qu'il se fonde sur le principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause. Position réaffirmée dans Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154 (INI)*, not. pt 16.

¹¹⁰⁵ L'article 3 vise de manière générale « les dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types » (Dir. 2014/104, préc.).

¹¹⁰⁶ Ph. PIERRE et F. LEDUC, (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Étude comparative des droits nationaux*, Larcier, 2012. Sur l'argument de la culture juridique, v. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 3^{ème} éd., 2014, n° 14. Sur la formule consacrée en France, selon laquelle « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » : Civ. 2, 28 octobre 1954, *Bull. civ.*, II, n°328, cité par P. JOURDAIN, B. DUBUISSON, (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé*, Larcier, 2015, spéc. p. 215.

¹¹⁰⁷ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Litec, 2014, n° 6 et s. (cf. références citées) ; J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 608.

¹¹⁰⁸ Cf *supra*, §97 / 192.

¹¹⁰⁹ Pour les critiques relatives à l'atténuation de la distinction civile/pénale, notamment perçue comme une « régression juridique » : J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. et assur.* 2013, dossier 23. Cf. *contra* : C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD. civ.*, 1999, p. 561 ; Ch. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003, chron. 2247. Plus particulièrement sur les hostilités vis-à-vis des dommages et intérêts punitifs : Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Bilan prospectif : colloque*

normatif de la responsabilité civile, ne se limitant plus seulement à un effet réparateur, mais contribuant à condamner les manquements à des règles de conduite dans une finalité de peine privée¹¹¹⁰. De plus en plus d'auteurs soulignent le caractère opportun de l'introduction des dommages et intérêts punitifs, comme l'instrument le plus efficace au service du renforcement de cette dernière¹¹¹¹. D'aucuns soulignent plus particulièrement leur pertinence en cas de faute lucrative ou grave¹¹¹². D'autres ont justifié leur intérêt au regard de l'insuffisance des sanctions administratives prononcées par les autorités publiques, afin d'assurer un effet dissuasif suffisant¹¹¹³. À défaut de s'inscrire le sillage de ses propositions doctrinales, le législateur européen a conservé le principe selon lequel le juge est tenu de calculer les dommages et intérêts dans le but de réparer « *tout le dommage, mais rien que le dommage* ». Compte tenu des difficultés rencontrées sur ce point, les institutions européennes ont simplement apporté des précisions quant à l'évaluation du dommage en matière de concurrence.

b) *Un principe aménagé : l'évaluation du dommage*

387. Le régime juridique de l'évaluation. Au regard des difficultés spécifiques à évaluer le dommage concurrentiel¹¹¹⁴, on a pu se demander si les juridictions du fond pouvaient ne retenir

Chambéry, 7 et 8 déc. 2000 : *Resp. civ. et assur.* 2001, n° spéc. 6 bis, p. 62 ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir », colloque Chambéry préc., p. 68, spéc. p. 69, n° 6 ; *Adde* les doutes exprimés par Ph. BRUN, colloque Chambéry préc., Rapport introductif, p. 4, spéc. p. 8, n° 35 ; *Adde* R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles* : colloque université de Paris I, 29 avr. 2004, *LPA* 20 janv. 2005, p. 53.

¹¹¹⁰ B. STARK, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, t. 250 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, t. 442.

¹¹¹¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013, n° 6-7 et 6-8 ; P. JOURDAIN, « Rapport introductif au colloque Paris V », in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? » *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 3. Plus particulièrement en droit de la concurrence : M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. - Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G.*, 2006, N° 25, I ; S. CARVAL, « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : Le point de vue d'un civiliste », *Concurrences*, 2014, n° 2, p. 52.

¹¹¹² R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *LPA*, 20 janv. 2005, n° 14, p. 53 ; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2944. Et plus récemment : G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, *Concurrences*, 2020.

¹¹¹³ J. M. CONNOR, « About Cartel Overcharges : Kroes is correct », *Concurrences*, 2010, n° 1 ; F. ROSATI et C. EHMER, « Science, myth and fines : Do cartel typically raise prices by 25% », *Concurrences*, 2009, n° 4 ; E. COMBES et C. MONNIER, « Les amendes contre les cartels : la Commission européenne en fait-elle trop ? », *Concurrences*, 2009, n° 4, pp. 41-50 ; « Le calcul des amendes en matière de cartel : une approche économique », *Concurrences*, 2007, n° 3, pp. 39-45 ; « Cartel Profiles in the European Union », *Concurrences*, 2007, n° 3, pp. 181-189 ; F. JENNY, E. COMBES, J. M. CONNOR, P. BUCCIROSSI et G. SPAGNOLO, « L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique », *Concurrences*, 2006, n° 4 pp. 10-30.

¹¹¹⁴ Une des difficultés principales consiste dans l'exigence de certitude du dommage. Des auteurs ont appelé à un assouplissement de cette exigence : v. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Etude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, préc., pp. 459 et s.

qu'une évaluation approximative sans contrevenir au principe de réparation intégrale. Alors que les solutions nationales divergent¹¹¹⁵, la directive 2014/104 a fait explicitement référence à la possibilité de la simple « estimation » du dommage¹¹¹⁶. Par le recours à cette terminologie, celle-ci a fait un pas vers la prise en compte des modes de raisonnement économique dans la quantification du dommage¹¹¹⁷.

388. La quantification économique des dommages. L'expertise économique s'avère essentielle pour évaluer le plus précisément le dommage subi par la victime¹¹¹⁸. Dans son guide pratique de 2013, la Commission pose les jalons permettant de développer le recours aux analyses ou scénarios contrefactuel(lles)¹¹¹⁹. Les différents types de méthodes (comparatives¹¹²⁰ ou non comparatives¹¹²¹), les analyses financières et économétriques sont présentés afin de donner des indications sur la façon dont le marché se serait comporté en l'absence d'infraction au droit de la concurrence. À l'échelon national, ces indications ont trouvé un écho dans le guide pratique pour l'évaluation du préjudice élaboré par la Cour d'appel de Paris contenant 12 fiches méthodologiques¹¹²².

¹¹¹⁵ Contrairement au droit allemand et plus précisément l'article § 287 du Code de procédure allemand, le droit français ne fait pas expressément référence au terme « d'estimation ». Sur ce point : M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. p. 162.

¹¹¹⁶ L'article 17 de la directive 2014/104 qui énonce que le juge peut « estimer » le montant du préjudice sans que « ni la charge de la preuve ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne rendent l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement difficile ou impossible ». Le législateur français a pour sa part choisi le verbe « évaluer » ce que regrettent certains observateurs. V. not. M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. p. 162.

¹¹¹⁷ Au regard de l'intérêt limité d'une présentation exhaustive de l'ensemble des méthodes pour la démonstration, nous nous contenterons de rappeler les principaux documents qui ont apporté des indications relatives à l'évaluation du préjudice. V. le document de la Commission sur l'orientation de la quantification du préjudice de juin 2011 (pts. 28 à 103) ; AFEC, *Observations formulées sur le projet de document d'orientation*, préc., p. 4.

¹¹¹⁸ Sur cette question, l'article 17§3 de la directive rappelle l'aide dont peuvent bénéficier les juridictions nationales. En droit français, des mécanismes d'intervention de l'Autorité de la concurrence sont également prévus : la victime peut demander au juge qu'il sollicite l'assistance de ladite autorité afin d'« obtenir des orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation » C. com., art. R. 481-1). Pour une critique de cette intervention, alors même que l'Autorité a déjà sanctionné la pratique : Th. d'ALES, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union Européenne », *JCP E* 2014, p. 1306.

¹¹¹⁹ La Commission elle-même définit ces analyses comme « une comparaison entre la situation réelle de la partie lésée et celle dans laquelle elle aurait été en l'absence d'infraction » (Comm ; eur. *Projet de document d'orientation sur la quantification du préjudice*, préc., pt. 10).

¹¹²⁰ Les méthodes comparatives visent à s'appuyer sur une comparaison dans un temps déterminé sur un même marché, ou avec d'autres marchés géographiques ou d'autres produits.

¹¹²¹ Les méthodes non comparatives se fondent sur des modèles économiques de comportement sur les marchés

¹¹²² Fiches méthodologiques de la CA de Paris sur la réparation du préjudice économique (fiches 11 a et b pour le préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle). Ces fiches ont récemment été mises à jour et complétées (v. la version du 1^{er} mars 2021, éd. 2020). Pour sa part, le Conseil d'État a lui aussi apporté des précisions sur

389. Au-delà de leur technicité de mise en œuvre¹¹²³, ces méthodes traduisent pleinement la permanence de la finalité purement compensatoire de l'action privée. En témoigne leur réception par la pratique. Les praticiens saluent, en effet, ces indications en ce qu'elles permettent une individualisation la plus fine possible de la réparation du préjudice¹¹²⁴. En s'éloignant des modes de réparation forfaitaires, ces méthodes d'évaluation sont clairement placées au service de la réparation intégrale : l'objectif est de se rapprocher au plus près du préjudice effectivement subi et non d'accorder à la réparation un rôle sanctionnateur. Pourtant, bien qu'il ne soit pas remis en cause fondamentalement, ce principe connaît des atténuations potentielles qui sont le signe des limites de la finalité purement subjective de l'action privée.

2) *Les atténuations potentielles du principe de réparation intégrale*

390. Bien qu'officiellement réaffirmé, le principe de réparation intégrale connaît néanmoins des atténuations. D'une part, la pratique fait apparaître une fonction punitive officieuse (a). D'autre part, et surtout, des réflexions législatives laissent présager une atténuation de la finalité purement compensatoire de l'action privée à travers l'émergence du procédé de l'amende civile (b).

a) *Les atténuations issues de la pratique judiciaire : l'hypothèse d'une fonction punitive officieuse*

391. Un constat reconnu. Il est de moins en moins subversif d'énoncer qu'au regard de la pratique judiciaire, certains types de dommages tendent à mettre en lumière une fonction plus punitive que réparatrice¹¹²⁵. Ce point n'est pas nouveau. L'exemple du dommage moral

l'évaluation du dommage en considérant dans un arrêt du 27 mars 2020 que l'ampleur du préjudice subi par une personne publique au titre d'un surcoût lié à des pratiques anticoncurrentielles doit être mesurée en se fondant sur la comparaison entre les marchés passés au cours de l'entente et une estimation des prix qui auraient dû être pratiqués sans cette entente. La chute des prix postérieure à son démantèlement et les facteurs exogènes susceptibles d'avoir eu une incidence sur l'entente sont des éléments pouvant être déterminants. (CE, 27 mars 2020, n° 420491).

¹¹²³ La présentation des détails techniques dépasserait l'objet la présente démonstration. Sur ces questions : M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. pp. 164 et s. ; Colloque CA Paris 29 mars 2021, « Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », *Concurrences*, rapp. de synthèse disp. en ligne.

¹¹²⁴ Sur ce point, v. les observations des juges du Tribunal de commerce de Paris et de R. AMARO in Colloque CA Paris 29 mars 2021, « Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », préc.

¹¹²⁵ S. HOCQUET-BERG, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêts. Rapport français », in P. JOURDAIN, B. DUBUISSON, (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etude de droit comparé*, préc.,

(préjudice d'angoisse, d'anxiété)¹¹²⁶, ou encore des contentieux en matière d'atteinte à la vie privée¹¹²⁷, à l'environnement¹¹²⁸ ou de concurrence déloyale¹¹²⁹ en constituent autant d'illustrations. Les observateurs s'accordent largement pour reconnaître que cette pratique est de manière générale le signe d'un détournement possible de l'interdiction officielle des dommages et intérêts punitifs par les juges du fond¹¹³⁰. En contrariété avec le principe de la réparation intégrale, cette tendance revient concrètement à allouer à la victime une réparation qui excède le montant du préjudice effectivement subi.

392. Un constat transposable en matière d'actions privées *antitrust* ? Ce constat peut *a priori* trouver une transposition dans le domaine particulier du droit de la concurrence. À cet égard, d'aucuns n'ont pas hésité à souligner qu'« (à) l'avenir, il est possible, par la grâce d'une jurisprudence permissive de la Cour de cassation, les juges du fond essaient de tourner la lettre de l'article 3 de la directive en usant des mêmes expédients. La peine privée ayant en France comme ailleurs une vocation naturelle à suppléer l'absence de répression "officielle", des dommages et intérêts "clandestinement" punitifs pourraient trouver terre d'élection dans le contentieux autonome (*stand alone*) »¹¹³¹. Pour autant, cette hypothèse doit selon nous être nuancée à ce jour compte tenu de l'état du contentieux récent en matière de pratiques anticoncurrentielles. La pratique du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris semble s'inscrire de manière générale dans une volonté d'assurer au plus près la réparation des

¹¹²⁶ P. JOURDAIN, « Rapport introductif au colloque Paris V », préc., n°232 : « chacun sait (...) que des sanctions punitives se cachent fréquemment derrière les condamnations indemnitaires. Parfois notre droit les autorise officiellement, comme lorsqu'il régleme la clause pénale. Mais le plus souvent, c'est à travers la réparation du dommage moral que le juge cherche la punition d'un coupable ». Dans le même sens, dommage moral comme application de la théorie de la peine privée : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 2 Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Armand Colin, 2011, n° 136, 147, 148 et 370. Pour des limites à cette analyse : H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations, théorie générale, Leçons de droit civil*, 9^{ème} éd. Par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 419.

¹¹²⁷ Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, n° 94-14. 798, *Bull. Civ. I*, n° 378, JCP G, 1997, II not J. RAVANAS, obs. G. VINEY, D. 1997, p. 403.

¹¹²⁸ J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », préc., n°16.

¹¹²⁹ G. VINEY, Texte de l'intervention « L'appréciation du préjudice », in cycle de conférences « Droit, Économie, Justice », 21 juin 2004, Éditions droit in-situ, disp. sur le site de la Cour de cassation ; M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006, pp. 340 à 343 ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Etude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, préc., p. 458 et jurisprudence citée.

¹¹³⁰ S. HOCQUET-BERG, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêts. Rapport français », in P. JOURDAIN, B. DUBUISSON, (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etude de droit comparé*, préc., spéc. pp. 221. L'auteure rappelle que l'absence de contrôle de la Cour de cassation sur le montant des indemnités allouées par les juges du fond peut leur permettre de s'écarter du principe de la réparation intégrale au profit d'une fonction plus punitive.

¹¹³¹ A. CHONE-GRIMALDI et al., « Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE », *Concurrences*, 2015, n°3, pp. 21-22.

victimes et non de donner aux dommages et intérêts un caractère sanctionnateur¹¹³². Autrement dit, la piste juridictionnelle d'un aménagement du principe de réparation intégrale au nom d'un renforcement de la fonction normative de l'action privée peut être écartée, du moins en droit français. L'affaiblissement de la seule logique compensatoire au profit de la dimension plus objective de l'action privée se trouve plutôt du côté de la consécration législative de l'amende civile.

b) Les atténuations législatives attendues en droit français : l'amende civile ?

393. État des lieux en droit français. L'introduction du mécanisme de l'amende civile permettrait incontestablement de dépasser la seule fonction réparatrice de l'action privée au profit de la reconnaissance de sa fonction plus objective. Il s'agit en effet de condamner l'auteur de l'infraction non seulement à réparer le dommage subi par la victime, mais également à verser une somme prenant la forme d'une amende confiscatoire du profit illicitement retiré par la violation de la loi. Si le droit de l'Union ne s'est pas prononcé sur ce point, le droit national français constitue un exemple intéressant à deux égards.

394. D'une part, l'amende civile n'est pas un procédé inconnu du droit français puisqu'elle existe déjà en matière de pratique restrictive de concurrence. L'article L 442-4 du Code de commerce¹¹³³ prévoit, en effet, que le juge peut prononcer, à la demande du ministre chargé de l'économie ou du ministère public, une amende civile dont le plafond ne pourra dépasser 5 millions d'euros. Sa vocation confiscatoire et punitive est alors évidente : l'amende versée au Trésor public a vocation à s'ajouter aux dommages et intérêts compensatoires accordés à la victime.

395. D'autre part, le projet de réforme du droit de la responsabilité de mars 2017 a d'abord envisagé sa consécration, pour le cas où l'auteur du dommage a « *délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie* »¹¹³⁴. Le montant de l'amende serait affecté

¹¹³² Sur ce point, cf. les témoignages de la présidente de la Chambre de droit de la concurrence au Tribunal de Paris N. DOSTERT in Colloque CA Paris, 29 mars 2018, « Les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et en Europe », Conférence tenue à Paris le 29 mars 2018, Disp. sur la revue *Concurrences*.

¹¹³³ Anciennement L 442-6 du C. Com., modifié par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

¹¹³⁴ Art. 1266-1, Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017 (« *En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile* »). Pour les réactions de la doctrine sur ce point, v. not. : J. PROROK, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive

au financement d'un fonds d'indemnisation, en lien avec la nature du dommage subi par la victime ou, à défaut, au Trésor public. Ce mécanisme aurait témoigné d'une prise en compte par le législateur français du caractère lucratif de l'infraction au droit de la concurrence et, par-là, des insuffisances de la finalité purement subjective de l'action en responsabilité civile. À cet égard, il a été fait remarquer que « *(l)a responsabilité civile qui, dans sa seule fonction "réparatrice", génère des incitations à l'illicite, produit, dans sa fonction "normative", des incitations à la conformité* »¹¹³⁵. S'inscrivant pleinement dans le cadre de notre démonstration, cette évolution aurait pu constituer un renforcement, voire une reconnaissance officielle, de la fonction plus normative de l'action privée. Sans remettre en cause le principe de réparation intégrale – les victimes ne recevant que le montant du préjudice effectivement subi – l'amende civile accorde une dimension sanctionnatrice à la réparation. Ce procédé aurait permis de dépasser les craintes suscitées par le modèle américain (enrichissement injustifié de la victime...), tout en favorisant le développement du rôle des personnes privées dans la mise en œuvre du droit.

396. Cependant, ce mécanisme a été finalement abandonné dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile déposée par des sénateurs le 29 juillet 2020¹¹³⁶. La fonction normative de la responsabilité semble alors une nouvelle fois rejetée¹¹³⁷.

397. En définitive, le cadre procédural de l'action privée menée individuellement est le reflet de la prédominance accordée à sa finalité subjective. De ce point de vue, les dispositifs procéduraux consacrés dans la directive 2014/104 ne traduisent pas pleinement le modèle de « vigie » consacré au niveau de l'Union, du moins par la Cour de justice. Le rôle normatif de l'action privée a, en effet, été largement négligé au profit d'une prédominance de l'effectivité du droit à réparation de la victime. Pourtant, les atténuations et évolutions attendues au stade

générale », *RTD civ.* 2018, p. 327 ; E. DREYER, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile : Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2017, p. 1136 ; E. JUEN, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français. Présentation d'un régime », *RTD civ.*, 2017, p. 565.

¹¹³⁵ G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020, p. 25

¹¹³⁶ Proposition de loi (Sénat) n° 678 du 20 juill. 2020 portant réforme de la responsabilité civile. Disp. en ligne : <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>. Pour une présentation générale : G. CERQUEIRA, V. MONTEILLET, (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2021

¹¹³⁷ L'amende civile ne constitue pas le seul abandon de la nouvelle proposition. Les reculs ont été critiqués en doctrine : A. DENIZOT, « Pour une vraie réforme de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2020, p. 958 ; M. BACACHE, « Responsabilité civile : une réforme a minima ? », *JCP G*, 14 sept. 2020, n°38, p. 1007 ; P. JANUEL, « Réforme du droit de la responsabilité civile : annonce d'une proposition de loi sénatoriale », *D.*, 2020, p. 1519 ; C. BERNFELD, F. BIBAL, « Encore un effort Messieurs les Sénateurs ! », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 32, p. 43 ; J.-B. PREVOST, « À propos de la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 32, p. 44 ; L. BLOCH, « Le déconfinement de la réforme du droit de la responsabilité civile : proposition de loi du 29 juillet 2020 », *RCA*, oct. 2020, n° 10, Alerte 20.

de la réparation du préjudice sont le reflet des limites ou de l'inadaptation de la dimension purement subjective de l'action. La consécration progressive, au niveau national comme européen, du mécanisme d'action collective en constitue le paroxysme. Reflet d'un dépassement de la seule logique compensatoire, cet instrument procédural constitue *a priori* la traduction du mouvement d'objectivation procédurale, compte tenu de l'accroissement de la logique objective qu'il sous-tend. Pour autant, sa conception retenue au niveau des États membres et de l'Union en réduit largement la portée normative.

§ 2 – Les modèles d'actions collectives, méthodes limitées de régulation des intérêts subjectifs

398. L'action collective constitue le mécanisme procédural emblématique du *private enforcement*¹¹³⁸. Au-delà de sa fonction réparatrice, il lui est largement reconnu une fonction plus normative par son effet de dissuasion et de sanction à l'égard d'agissements illicites. Plus particulièrement en matière concurrentielle, ce mécanisme permet ainsi, théoriquement, d'assurer aussi bien l'effectivité des droits des victimes que la régulation du marché. À cet égard, l'influence du droit américain sur l'émergence de recours collectifs en Europe apparaît difficilement contestable : l'ancienneté de la *class action* américaine a conduit à son observation attentive de ce côté de l'Atlantique¹¹³⁹. Cela étant, cette procédure a été perçue à la fois comme un modèle de référence et un modèle à éviter. De ce paradoxe sont nés des systèmes de recours collectifs prenant différentes formes dans les États européens¹¹⁴⁰. À titre

¹¹³⁸ Cf. *supra*, § 340 et s. sur sa conception en droit américain.

¹¹³⁹ Outre les nombreuses références dans les travaux institutionnels, en témoignent les études doctrinales sur le sujet. V. not. : B. ALLARD, *L'action de groupe, étude franco-américaine des actions collectives en défense des intérêts individuels d'autrui*, Paris, V, 2016, M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen : Propos illustrés par le droit de la concurrence*, Larcier, 2012 ; A. ANDREANGELLI, « Collective Redress in EU Competition Law : An Open Question with Many Possible Solutions », *World comp.*, 2012/3, pp. 529 et s ; J. FUYUNO, P. KIRCH, K. C. MCCANN, « US Antitrust Class Action Procedures : What European Competition Lawyers Need To Know, in Vers une action de groupe... à la française », *Concurrences*, 2008, n° 2, pp. 39 et s ; C. G. LANG, « Class Actions and the US Antitrust Laws : Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Law-Value Claims », *World comp.*, 2001/2, pp. 285 et s. ; S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc..

¹¹⁴⁰ Cf. *supra*, la note précédente. Si les formes sont diverses, les recours collectifs dans l'Union ont une caractéristique commune. Contrairement au droit américain, qui a fait de la *class action* une action processuelle de droit commun, la plupart des États (cf. *contra* l'exemple du droit anglais) l'ont adopté de manière sectorielle. À titre d'illustration, le législateur français, après l'avoir initialement introduite par le biais du droit de la consommation et de la concurrence, a étendu l'action de groupe à d'autres domaines : en matière de santé (loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, dite « Touraine », article L. 1143-1 et suivants du Code de santé publique) puis de manière plus générale la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, étend, l'action de groupe aux discriminations (C. trav., art. L. 1134-6 et s.), aux questions environnementales (C. env. art. L. 142-3-1), à la santé et à la protection des données personnelles (non codifié, L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016). Sur ce point : cf. *infra*, le dernier chapitre de la thèse : §912 et s.

d'illustration, l'étude se limitera principalement au système retenu en droit français et à celui envisagé à l'échelle de l'Union par le biais du droit de la consommation. Si la nécessité du mécanisme est désormais reconnue, l'action de groupe « à la française » comme le « modèle européen de recours collectif »¹¹⁴¹ se sont largement éloignés, non seulement du point de vue des modalités concrètes de mise en œuvre, mais aussi de la philosophie générale du modèle américain. Or, ces deux éléments, loin d'être indépendants, sont consubstantiellement liés : le rejet de mécanismes jugés excessifs révèle, en creux, une conception différente du rôle accordé à l'action de groupe dans le système juridique.

399. Si la *class action* américaine a été conçue comme un véritable outil de dépassement des intérêts subjectifs au service de la mise en œuvre effective des règles fédérales¹¹⁴², le processus d'objectivation ne va pas aussi loin à l'échelle de l'Union. Certes, l'émergence progressive de mécanismes de recours collectifs dans les pays de tradition civiliste constitue une illustration manifeste de l'affaiblissement du modèle individualiste de l'action en justice¹¹⁴³. Par définition, le modèle de l'action de groupe remet en effet en cause la conception de l'action en justice enfermée dans la seule défense de l'intérêt personnel au profit de l'identification d'intérêts collectifs. Pour autant, le législateur – national comme européen – est réticent à reconnaître une véritable fonction normative à l'action de groupe. Pour un observateur, les choix relatifs aux modalités pratiques de sa mise en œuvre reviennent à consacrer de « *belles voitures sans moteur* »¹¹⁴⁴. Contrairement au modèle américain, la finalité première demeure subjective : il s'agit d'assurer, par le traitement groupé des litiges, la réparation d'atteintes individuelles. En ce sens, si un mouvement d'objectivation peut être observé, celui-ci se traduit au mieux – tant dans le modèle français (A) que dans celui envisagé à l'échelle de l'Union (B) – par un processus d'ordonnancement des contentieux subjectifs visant à réguler l'accès à la justice¹¹⁴⁵.

¹¹⁴¹ L'idée de « modèle européen de recours collectif » est revendiquée par les institutions : Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), spéc., p. 22.

¹¹⁴² Cf *supra*, §340 et s.

¹¹⁴³ Le développement de « préjudices de masse » remet en cause la circonscription de l'action à un litige interindividuel au sujet de droits purement personnels.

¹¹⁴⁴ F. VALGUARNERA, « Legal Tradition as an Obstacle: Europe's Difficult journey to Class Action », *Globaljurist (Advances)*, 2010, 10 (2), p. 42 : (« *the experience of countries that have introduced class action litigation without attending to the incentive structure that drives litigation-creating beautiful cars without engines* »).

¹¹⁴⁵ V. sur cette définition du mouvement d'objectivation : L. MARIN, « Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits fondamentaux ? », in J. ARLETTAZ, J. BONNET, (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, préc., p. 46.

A) L'illustration du modèle français de l'action de groupe

400. Fruit d'une longue réflexion¹¹⁴⁶, la loi Hamon du 17 mars 2014¹¹⁴⁷ a consacré l'action de groupe « à la française »¹¹⁴⁸. S'appuyant sur les expériences étrangères existantes¹¹⁴⁹, de nombreux auteurs ont longtemps appelé de leurs vœux l'introduction en droit français de ce mécanisme procédural, seul capable à leurs yeux d'assurer tant la protection des droits

¹¹⁴⁶ En substance, une première forme de recours collectif en droit français peut être identifiée à l'article 46 de la loi du 27 décembre 1973 dite loi « Royer » (L. n° 73-1193, 27 déc. 1973, d'orientation du commerce et de l'artisanat : JO 28 déc. 1973). Toutefois, la Cour de cassation en a largement réduit la portée en cantonnant ce texte aux actions en réparation intentées par une association suite à un dommage causé par une infraction pénale (Cass. 1re civ., 16 janv. 1985 : JCP G 1985, II, 20484, note CALAIS-AULOY ; *RTD civ.*, 1986, p. 139, obs. J. HEMARD et B. BOULOC). Si une proposition doctrinale a été formulée en 1984 (J. CALAIS-AULOY, *Vers un nouveau droit de la consommation*, La Documentation française, 1984, p. 90), l'instauration de l'action de groupe a été véritablement discutée en 2005 avec la proposition du Président Chirac. Il proposait de faire adopter une loi autorisant les groupes de consommateurs et leurs associations à intenter des actions collectives. Par la suite, malgré le rapport Cerrutti du 16 décembre 2005 (G. CERUTTI et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, 2005) et une proposition de loi déposée en 2006 (Proposition de loi du 26 avril 2006, n°3055, introduit par Luc CHATEL), le travail législatif n'a jamais abouti. De manière détaillée sur les origines de l'action de groupe « à la française », v. not. S. BEN HADJ YAHIA, « Action de groupe », *Rép. Dalloz*, Juin 2015, n°1-13.

¹¹⁴⁷ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO*, 18 mars 2014, p. 5400. Après la validation du Conseil constitutionnel (Cons. Constit., décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *JO* 18 mars 2014, p. 5450), ce mécanisme procédural est entré en vigueur suite à l'adoption du décret relatif à l'action de groupe en matière de consommation (Décret n° 2014-1081 du 24 sept. 2014, *JO* 26 sept. 2014, p. 15643). Sur ce point, v. J. JULIEN « Publication du décret d'application relatif à l'action de groupe », *JCP E*, 2014, act 704 ; S. AMRANI-MEKKI, « Décret sur l'action de groupe – la procédure... enfin ! », *JCP G*, 2014, p. 1030. Il a également été présenté dans une circulaire ministérielle (Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, BOMJ n° 2014-10 du 31 oct. 2014, mise en ligne sur Legifrance le 5/11/2014).

¹¹⁴⁸ Nous faisons le choix de nous limiter dans le cadre de la présente étude à l'action de groupe. Pour une présentation des autres types d'actions en droit de la consommation et leurs limites (action en représentation en représentation conjointe et action en cessation prévues respectivement aux articles L. 622-1 et L 622-1 C. consom.) v. not. : R. AMARO, « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel », *préc.*, pp. 20-21).

¹¹⁴⁹ Outre l'exemple emblématique du droit américain présenté précédemment (cf. *supra*), l'action de groupe était déjà connue dans de nombreux systèmes étrangers sous différentes formes (F. FERRAND, « Action de groupe : l'outil de droit comparé », *RLDC*, nov. 2006, p. 65). Le Québec s'est doté d'un mécanisme de recours collectif depuis une loi du 8 juin 1978 (R. MARTIN, « Le recours collectif au Québec et prospective pour la France », *JCP*, 1996, I. 3255 ; N. J. MAZEN, « Le recours collectif. Réalité québécoise et projet français », *RID comp.* 1987 ; P.-C. LAFOND, « Le recours collectif et le juge québécois. De l'inquiétude à la sérénité », *LPA*, 10 juin 2005, pp. 11 et s.). Des recours collectifs existaient également au Brésil et en Argentine (M.-J. AZAR BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Paris I, Dalloz, 2011). À titre d'illustration, diverses formes d'actions de groupe existaient également déjà dans les pays européens. En droit anglais, la loi de 2000 relative à la procédure civile a offert la possibilité d'engager une procédure dite « Group Litigation » (Rule 10-10). L'Italie a introduit une action de groupe dans la loi du 23 juillet 2009 intégrant l'article 140 bis de la consommation en matière de pratiques commerciales incorrectes (F. LAFFAILLE, « « Class action » de droit italien : condamnation d'une entreprise pharmaceutique », *D.*, 2013, Entretien 2456 ; BARCAROLI, PATETTA, « Action de groupe : alors que la France recule, l'Italie avance... », *RLDC*, 2010, n°70, p. 63 ; E. BELINGUIER-RAIZ, « Regards comparatistes sur la class action italienne, pour préparer l'accueil de l'action en groupe en France », *Gaz. Pal.*, 1er mars 2014, p. 15). Enfin, l'Espagne, les Pays-Bas et le Portugal connaissent également des mécanismes de recours collectifs (V. not sur ces éléments de droit comparé : D. MAINGUY, (dir.), *L'action de groupe en droit français : après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *préc.*, *spéc.*, pp. 32 et s.).

subjectifs que la réalisation du droit objectif¹¹⁵⁰. Cette dimension objective se manifeste plus particulièrement à travers son rôle de détection, dissuasion et prévention des comportements illicites¹¹⁵¹. Daniel MAINGUY relève en ce sens que « *dans une économie de marché, cette possibilité permet de rendre effectif le droit de la consommation et le droit économique de manière plus générale* »¹¹⁵². Bien que la crainte des dérives américaines ait hanté le processus d'élaboration de l'action de groupe, on trouve des traces de cette alliance subjective et objective dans l'esprit général du mécanisme consacré par le législateur (1). Cela étant, les modalités pratiques de son exercice témoignent pour leur part du caractère limité du mouvement d'objectivation, compte tenu des limites intrinsèques du mécanisme (2).

¹¹⁵⁰ V. not. L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. VINEY, 1997, LGDJ ; F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *R.T.D. civ.*, 1985, pp. 247 et s. ; J. BORE, LANDERS, DELHOMME, CALAIS-AULOY et al., « Pour mieux réparer les préjudices collectifs. Une « class action » à la française ? », *Gaz. Pal.*, 28 sept. 2001 ; G. PATETTA et al., « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA*, 10 juin 2005, p. 115 ; D. MAINGUY, (dir.), « L'introduction en droit français des class actions », *LPA*, 22 déc. 2005, n° 254, pp. 6 et s. ; « À propos de l'introduction de la class action en droit français », *D.*, 2005. Chron. 1282 ; F. PICOD, « Le charme discret de la class action », *D.*, 2005. Chron. 657 ; S. GUINCHARD, « Une class action à la française ? », *D.*, 2005. Chron. 2180 ; T. LE BARS, « Introduction en droit français d'une procédure d'action collective. Quand la régulation se fait judiciaire », *Bull. Joly*, 2005, p. 811 ; L. BORE, « Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau code de procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile [1975-2005]*, 2006, Economica, pp. 131 et s. ; L. CADIET, S. AMRANI MEKKI et M.-L. NIBOYET, « Les actions de groupe », *RLDC*, 2006, n° 32 et 33 ; E. COMBE, « Vers une action de groupe... à la française », *Concurrences*, 2/2008, p. 19 ; J. LEMONTEY, N. MICHON, « Les class actions américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p. 535 ; A. FIEVEE, J. GROJEAN, « L'action de groupe ou l'introduction d'une nouvelle voie de droit », *CCC*, 2010, n° 13 ; C. PRIETO, *Cohérence européenne des recours collectifs*, Société de législation comparée, 2011, coll. Trans Europe Experts, Société de législation comparée ; « Actions de groupe parmi les recours collectifs, impulsions et démonstrations en droit européen de la concurrence », *D.*, 2012, p. 1831. Références citées par N. CAYROL, « Action en justice », préc., spéc., p. 62.

¹¹⁵¹ Sur son caractère dissuasif : A. BAZOT, « Le droit de la concurrence constitue-t-il une réponse adaptée aux besoins des consommateurs ? », in *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergence ?* cycle de conférences de la Cour de cassation tenu à Paris le 3 juill. 2006, *RLC*, 2006/9, pp. 150 et s., spéc. p. 151 ; B. HAMON, « L'action de groupe à la française comme outil de dissuasion et de répression des pratiques anticoncurrentielles », *New Frontiers of Antitrust*, 21 févr. 2014, mai 2014, *RDLC*, 2014, n° 2, art. n° 66167 ; J. LORY, « Le rôle du juge civil dans la libre concurrence », in L. GRARD, B. SAINTOURENS, (dir.), *La libre concurrence face aux juges*, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, pp. 97 et s. spéc. p. 113 ; T. RUSSELL, « Exporting Class actions to the European Union », *Boston U. Int. L. J.*, vol. 28, 2010, pp. 145-148. Sur son rôle d'« assainissement des pratiques » : R.-C. MADER-SAUSSAYE, « Pour l'effectivité des droits des consommateurs », n° 5-8, p. 31. Et plus particulièrement sur la fonction régulatrice des actions de groupe en droit de la consommation : R. VAN DEN BERGH, L. VISSCHER, « The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law », *Erasmus Law Review*, 2008, vol. 1, p. 5.

¹¹⁵² D. MAINGUY, (dir.), *L'action de groupe en droit français : après la loi Hamon du 17 mars 2014*, LGDJ, 2014, 146 p., spéc., p. 23. Il poursuit en énonçant que cela contribue à assurer une forme de « *démocratie économique* ».

1) L'esprit général du modèle : reflet de la dualité fonctionnelle

401. Dans la continuité de l'avis du Conseil de la concurrence de 2006¹¹⁵³ et surtout de la jurisprudence de la Cour de justice¹¹⁵⁴, l'étude d'impact du projet de loi relatif à la consommation de 2013 reconnaît en creux la fonction normative de l'action de groupe. Dans l'examen des enjeux, les auteurs de l'étude soulignent en ce sens que « *l'action de groupe contribuerait à renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle, en faisant du consommateur/victime un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment les cartels qui sont les plus dommageables* »¹¹⁵⁵ et poursuivent en énonçant qu'« *au-delà de sa fonction première de réparation, l'action de groupe peut constituer un instrument supplémentaire de dissuasion, dans la mesure où elle augmente substantiellement le risque financier pour l'auteur de l'infraction* »¹¹⁵⁶. Ils concluent qu'« *(e)n définitive, les actions de groupe, (...) pourraient tout à la fois participer de la réhabilitation de la place dévolue aux victimes (...) et concourir à la préservation de l'ordre public concurrentiel* »¹¹⁵⁷.

402. Dans ce contexte, ce nouvel outil procédural, largement commenté¹¹⁵⁸, apparaît *a priori* comme la consécration de l'affaiblissement du modèle individualiste de l'action, propre à la

¹¹⁵³ Il rappelait en ce sens que « *les actions privées en général, et les mécanismes d'actions de groupe en particulier, peuvent contribuer à renforcer la dissuasion en faisant de la victime, et plus particulièrement du consommateur, un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles* » (Conseil de la Concurrence, Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, n° 26 et 29).

¹¹⁵⁴ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, préc. ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc.

¹¹⁵⁵ Étude d'impact, pt 4, disp. en ligne <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1015-ci.asp>

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ Parmi une littérature abondante : S. AMRANI-MEKKI, « Décret sur l'action de groupe - La procédure... enfin ! », *JCP*, 2014, p. 1030 ; « Action de groupe : mode d'emploi », *Procédures*, 2014, Étude 16 ; M. J. AZAR-BAUD, « L'action de groupe au service des consommateurs », *LPA*, 2014, n° 128, p. 29 ; « Ce que l'action de groupe va changer », *Revue de l'Union internationale de juristes*, juill. 2014 ; « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.*, 2013, p. 1487 ; « L'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2013, pp. 16-25 ; « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », Actes du colloque, Effectivité et efficacité du droit de la consommation, La Rochelle, 9-10 oct. 2014, in *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 105 s. ; C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.*, 2014, p. 879 ; M. BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.*, 2014, p. 450 ; V. LASSERRE et P. LE MORE, « Premières observations sur la mise en œuvre de l'action de groupe en matière de consommation », *CCC*, 2014, Étude 11 ; V. REBEYROL, « La nouvelle action de groupe », *D.*, 2014, p. 940 ; V. égal. dossier « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *RDC*, 2015, p. 391. Et plus particulièrement les contributions sur son impact en droit de la concurrence : P. ARHEL, « Action de groupe des autres dispositions « concurrence » de la loi « consommation » », *JCP E*, 2014, act. 184 ; M. BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.*, 2014, p. 450 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action de groupe à la française, voie prometteuse ou (trop) Limitée ? » in M. CHAGNY (dir.), « La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir », colloque tenu à Paris le 13 mai 2014, *Concurrence*, n° 3-2014, pp. 51 et s. ;

tradition juridique continentale : il ne s'agit plus seulement de satisfaire des intérêts personnels dans le cadre de litiges interindividuels, mais de concourir, par l'action collective, à l'effectivité des règles objectives et plus particulièrement du droit de la consommation et de la concurrence¹¹⁵⁹.

403. Pour autant, outre ces quelques références à la fonction normative de l'action, les solutions effectivement retenues dans le dispositif français témoignent en réalité d'une approche beaucoup plus timorée. Loin d'avoir poussé aussi loin la dynamique objective, l'action de groupe s'inscrit, au mieux, dans un mouvement d'objectivation procédurale par une forme d'ordonnancement des contentieux subjectifs face à des préjudices de masse. Dit autrement, l'action de groupe française, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2014, maintient en réalité largement la finalité subjective, par la réparation¹¹⁶⁰, au détriment de considérations plus objectives, comme en témoignent les modalités de mise en œuvre de l'action.

2) Les modalités de l'action de groupe, témoin d'une objectivation procédurale limitée

404. Le cadre général. La procédure ordinaire se déroule en plusieurs phases¹¹⁶¹. Lors de la première, l'association agréée intente l'action pour le compte du groupe de consommateurs qui se trouvent dans une situation identique ou similaire et qui subissent des préjudices individuels du fait d'un même professionnel. Précisons ici que l'article L. 631-1 du Code de la consommation prévoit un champ d'application réduit puisque seuls les « *préjudices*

A.-S. CHONE-GRIMALDI et L. RASCHEL, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et assur.*, 2014, étude 4, n° 5 ; E. CLAUDEL, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.*, 2014, pp. 339 et s. ; L. FRANÇOIS-MARTIN et I. DAULOUEDE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats, conc. consom.*, 2014/5, dossier 5 ; K. HAERI et B. JAVAUX, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G*, 2014, p. 375 ; C. MARECHAL, « Le volet "concurrence" de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc. consom.* ; D. MAINGUY et M. DEPINCE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E*, 2014, p. 1144.

¹¹⁵⁹ L'article L. 623-1 du Code de la consommation précise que l'action de groupe, permet l'indemnisation de préjudices subis par des consommateurs soit « 1° (à) l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services », soit « 2° lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Nous nous concentrerons dans le cadre de notre démonstration à cette deuxième catégorie de litiges.

¹¹⁶⁰ Sur les limites de son rôle de détection et dissuasion, v. not. F. BRUNET, A. DUPUIS, E. PAROCHE, « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », *D.*, 2014, p. 1600.

¹¹⁶¹ Pour le détail du dispositif instauré par la loi Hamon V. not. : B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *Rép. Proc. Civ.*, févr. 2021. La loi a également prévu une procédure d'action de groupe simplifiée dans le cas où les membres du groupe sont clairement identifiés (art. L. 623-14 à -17 du code de la conso.) et un mécanisme de médiation collective en lieu et place de l'action de groupe. V. sur ce point : S. PIETRINI, L. NICOLAS-VULLIERME, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. pp. 331 et s.

patrimoniaux résultants des dommages matériels subis par les consommateurs »¹¹⁶² peuvent être réparés. Sont ainsi exclus les autres types de préjudices subis par les consommateurs (préjudices moraux ou corporels), mais aussi les préjudices subis par les personnes morales. Le TGI vérifie alors les conditions de recevabilité de droit commun et celles spécifiques à l'action de groupe¹¹⁶³. La deuxième phase correspond à l'examen au fond. Cette phase s'achève par le jugement sur la responsabilité du professionnel. Sur ce point, une disposition spéciale prévoit qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, la responsabilité du professionnel ne peut être établie que sur le fondement d'une décision définitive d'une autorité ou juridiction nationale ou de l'Union constatant l'infraction¹¹⁶⁴. Les actions collectives initiées en droit de la concurrence se limitent donc aux hypothèses de « *follow on* », nécessitant d'attendre une décision devenue définitive d'une autorité de concurrence. Contrairement à une action de groupe ordinaire, le TGI se prononce ainsi uniquement sur les modalités de la réparation et non sur le manquement du professionnel¹¹⁶⁵. La troisième phase est non contentieuse et se compose en deux temps. Il est d'abord prévu des mesures de publicité afin de porter l'existence de la décision à la connaissance des consommateurs¹¹⁶⁶. Ensuite, un délai pour que les consommateurs adhèrent au groupe est déterminé. En opposition au système américain de l'*opt-out*, le système retenu est celui de l'*opt-in*, c'est-à-dire que l'adhésion au groupe ne peut résulter que d'une manifestation expresse de volonté¹¹⁶⁷. La quatrième et dernière phase consiste en la liquidation du préjudice¹¹⁶⁸.

405. Des insuffisances établies. Les insuffisances du mécanisme français de l'action de groupe ont largement été soulignées par la doctrine¹¹⁶⁹. Les principales d'entre elles, inhérentes tant au régime général qu'à celui spécifique au droit de la concurrence, intéressent notre démonstration,

¹¹⁶² L. 631-1 C. consom.

¹¹⁶³ En substance, l'assignation doit contenir de manière traditionnelle les informations exigées aux articles 56 et 752 du code de procédure civile et de manière plus spécifique à l'action de groupe une copie de l'arrêté d'agrément de l'association demanderesse (cf. art. R-623-3).

¹¹⁶⁴ Art. L. 623-24 C. consom.

¹¹⁶⁵ Le Code de la consommation précise la manière dont le juge doit fixer les critères de la réparation (v. Art. L.623-5 : 6).

¹¹⁶⁶ Il revient au juge de fixer les modalités d'information des consommateurs (art. L. 623-7 C. consom.)

¹¹⁶⁷ Art. 623-8 C. consom. Le consommateur qui ne se manifeste pas dans le délai imparti n'est plus recevable à demander une réparation dans le cadre de l'action de groupe (Art. R. 623-19).

¹¹⁶⁸ Sur la procédure d'indemnisation V. les modalités prévues aux articles R. 623-23 et s. du C. consom.

¹¹⁶⁹ Parmi une littérature abondante sur l'intérêt limité de l'action de groupe : M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action de groupe à la française, voie prometteuse ou (trop) limitée ? », *Concurrences*, n° 191 à 198, préc., pp. 56-58 ; S. PIETRINI, « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2013, n° 246, pp. 21 et s. ; L. NICOLAS-VULLIERME, S. PIETRINI, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », in *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 299-336 ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, pp. 219 et s.

en ce qu'elles témoignent conjointement d'une volonté limitée de transformer l'action de groupe en véritable instrument entre les mains des particuliers au service de l'effectivité de règles de consommation et de concurrence.

406. En premier lieu, les dispositions du régime général conduisent à exclure l'initiative tant du consommateur que de l'entreprise concurrente, victime d'une pratique anticoncurrentielle, au profit du monopole accordé aux seules associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées¹¹⁷⁰. S'inscrivant en contrariété avec les préconisations européennes¹¹⁷¹, cette double limitation a été vivement critiquée en doctrine¹¹⁷². D'une part, la restriction du champ d'application aux consommateurs apparaît peu pertinente au regard du constat établi suivant lequel les entreprises représentent une part non négligeable, voire principale, des victimes de pratiques anticoncurrentielles¹¹⁷³. D'autre part, si ce parti pris en faveur du monopole accordé aux associations a pu être justifié¹¹⁷⁴, les ressources limitées des associations font douter de leur capacité à défendre au mieux les demandeurs.

¹¹⁷⁰ Art. L.623-1 C. consom.

¹¹⁷¹ Sans contraindre les États, les institutions européennes ont invité à une ouverture du prétoire à un ensemble d'acteurs (V. not. Recommandation de la Commission et le champ d'application large de la directive 2014/104). S'agissant plus particulièrement de la qualité à agir, la Commission a adopté une approche plus extensive des personnes pouvant introduire un recours collectif. En substance, la Recommandation de la Commission fait référence à des « entités » - terme volontairement plus large - qui seraient à même de défendre les intérêts des victimes sous certaines conditions. La Recommandation présente une liste d'exigences minimales à remplir, telles que le caractère non lucratif de l'entité, le rapport direct de ses objectifs avec les droits conférés par le droit de l'Union, et des ressources financières et humaines suffisantes pour assurer la défense des demandeurs. En outre, elle énonce que les entités peuvent être préexistantes ou agréées au cas par cas par les autorités ou juridictions nationales de l'Etat membre (Recommandation, spéc. §4 et considérant 18).

¹¹⁷² M.-J. AZAR- BAUD, S. CARVAL, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.*, 2015, p. 2136 et s. ; R. AMARO et A. BIARD, « Collective redress in France. Toolbox and Experience », in C. HODGES and S. VOET, *Collective Redress in Europe. Empirical Evidence*, Rapport des universités d'Oxford et de KU Leuven, déc. 2016, publié en ligne www.law.ox.ac.uk/events/empirical-evidence-collective-redress-europe; A. GUEGAN-LECUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations » et M. BEHAR-TOUCHAIS, « Brèves remarques sur la mise en œuvre du droit à indemnisation, dans les dispositions relatives à l'action de groupe, du projet de réforme du droit de la consommation », in *Sur la voie de l'action de groupe*, *Gaz. Pal.* 16 mai 2013, n° 136, pp. 23 et s. et 44 ; B. LASSERRE, « Intervention à la table ronde n° 3 : Le dommage », in *Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne*, colloque tenu le jeudi 25 sept. 2014, *RLC*, 2015/42, pp. 183 et s., spéc. p. 184.

¹¹⁷³ V. not. sur ce point M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action de groupe en droit de la concurrence (ou la patience de Pénélope) », *Banque et droit* 2014, Hors-série, n°9, p. 38 ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc.

¹¹⁷⁴ Parmi les arguments connus, ont été soulevés d'une part, les supposées difficultés constitutionnelles liées au principe « nul ne plaide par procureur » et d'autre part, les risques de demandes abusives en comparaison avec le système américain de class action. C'est pour cette dernière raison que la loi a dénié cette faculté aux avocats. Pour une présentation ces arguments et leurs limites : v. not. : F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.*, 1985, p. 247 ; S. AMRANI MEKKI, « Action de groupe, mode d'emploi », *Procédures* 2014, étude 16.

407. En outre, le choix de l'*opt-in* réduit nécessairement la portée plus normative de l'action de groupe caractérisé par un effet de sanction et de dissuasion à l'égard d'agissements illicites¹¹⁷⁵. En permettant d'introduire une *class action* alors même que les membres du groupe ne sont pas forcément identifiés, le système de l'*opt-out* aux États-Unis permet, certes, à ceux qui, pour de diverses raisons, n'ont pas eu connaissance de l'action d'être inclus et protégés à titre de membres potentiels, mais il renforce surtout la portée dissuasive et sanctionnatrice du mécanisme pour le défendeur à l'action. Sur ce point, Daniel MAINGUY rappelle qu'il existe deux conceptions de l'action de groupe : elle peut être conçue soit comme un mécanisme d'indemnisation d'un ensemble de préjudices, soit comme un outil de sanction d'un comportement illégal par l'action de citoyens, éventuellement réduits aux consommateurs¹¹⁷⁶. En préférant le système de l'*opt-in*, la loi Hamon a visiblement adopté la première conception, au détriment de la seconde.

408. En second lieu, les dispositifs spécifiques au droit de la concurrence réduisent d'autant plus la portée normative de l'action de groupe. D'abord, en matière d'application dans le temps, la loi prévoit un effet plus limité qu'en droit de la consommation : l'action de groupe en matière de concurrence ne bénéficie pas d'une application immédiate, mais ne s'applique qu'aux manquements qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive à la date de sa publication¹¹⁷⁷. En outre, s'agissant de la détermination du délai pour agir, le texte prévoit en effet que l'association dispose d'un délai de 5 ans pour agir, à compter de la date à laquelle la décision n'est plus susceptible de recours¹¹⁷⁸. Or, si les développements précédents ont déjà pu montrer les enjeux du champ d'application temporel pour l'effectivité de la politique de mise

¹¹⁷⁵ « Une telle frilosité étonne car si l'ambition affichée des pouvoirs publics est bien de rehausser le rôle dissuasif des actions civiles et de s'assurer de la cessation de l'illicite, on voit mal pourquoi il faudrait s'en tenir à l'*opt-in* ». C'est en ces termes que R. AMARO a plaidé dans sa thèse pour la consécration de l'*opt-out* (R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 223-226).

¹¹⁷⁶ D. MAINGUY, (dir.), *L'action de groupe en droit français : après la loi Hamon du 17 mars 2014*, préc., spéc., pp. 15.

¹¹⁷⁷ Cf. sur ce point Article 2, III de la loi du 17 mars 2014 et la décision du Conseil constitutionnel (DC, n°2014-690 DC, 13 mars 2014, cons. 26). En outre, la circulaire du 26 septembre 2014 énonce explicitement que « une décision de l'autorité de la concurrence constatant une pratique anticoncurrentielle, qui n'était plus susceptible de recours au 18 mars 2014, ne pourra pas donner lieu à une action de groupe pour la réparation des préjudices qu'elle aura pu causer ». Pour des critiques de cette application limitée : M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action de groupe à la française, voie prometteuse ou (trop) Limitée ? », préc., n°197 ; J.-L. FOURGOUX, « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », in *Sur la voie de l'action de groupe*, colloque du 26 avr. 2013 tenu à Paris et organisé (ss dir.) scientifique de l'IRJS de l'université de Paris I (et a.) : *Gaz. Pal.* 16 mai 2013, n° 136, p. 46 s. ; R.-C. MADER, « Action de groupe : un champ d'application circonscrit », in *Sur la voie de l'action de groupe*, préc., p. 13 s.

¹¹⁷⁸ Art. L. 623-25 C. consom.

en œuvre du droit de la concurrence¹¹⁷⁹, les dispositions de la loi Hamon confirment les limites du rôle des actions de groupe. Ensuite, le législateur a fait le choix non pas simplement de privilégier, comme en matière d'actions individuelles, mais de consacrer les actions consécutives, par l'interdiction de se prononcer sur la responsabilité du professionnel¹¹⁸⁰. Le juge, saisi avant une décision définitive d'une autorité publique compétente, peut simplement sursoir à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure constatant le manquement aux règles de concurrence. En revanche, l'action de groupe est exclue en l'absence de déclenchement ou de poursuite de l'action publique dans les hypothèses de décision d'irrecevabilité, de rejet au motif que les « *faits invoqués ne sont pas suffisamment probants* », ou de décision de non-lieu¹¹⁸¹. Certes, dans l'hypothèse d'une décision définitive, l'association demanderesse bénéficie d'une présomption irréfragable¹¹⁸², comme en matière d'actions individuelles. Pour autant, l'intérêt de cette présomption est limité à deux égards. D'une part, l'ordonnance de transposition de la directive 2014/104 en a largement réduit le domaine de la présomption en écartant les décisions rendues par les autorités des autres États membres¹¹⁸³. D'autre part, il peut exister des hypothèses où le juge détient l'ensemble des preuves nécessaires pour établir le manquement : l'exigence d'une décision définitive de condamnation constitue, dans ce cas, une barrière au développement des actions autonomes, pouvant s'avérer potentiellement préjudiciable pour la poursuite d'infractions¹¹⁸⁴.

409. En définitive, il découle tant du régime général que des dispositifs spécifiques au droit de la concurrence que l'action de groupe « à la française » issue de la loi Hamon tend moins à transformer les particuliers en véritables garants de l'application effective du droit de la concurrence qu'à préserver la prédominance du rôle des actions publiques dans la détection et la poursuite des infractions. Le traitement collectif des atteintes au droit de la consommation et de la concurrence vise au mieux un seul intérêt plus objectif : la bonne administration de la justice par la fluidification de l'accès au prétoire. Pour autant, le dispositif procédural apparaît

¹¹⁷⁹ Cf. *supra* CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, aff. C-637/17.

¹¹⁸⁰ Cf. *supra*. Art. L 623-24 du C. consom.

¹¹⁸¹ Cf. respectivement les articles L. 462-8, al 2 et L. 464-6 et 6-1 du C. Com.

¹¹⁸² Art. L 623-24 al 2 du C. consom.

¹¹⁸³ Cf. *supra*, art. L 481-2 al 2 du Code de commerce qui énonce qu'elles constituent « un moyen de preuve de la commission de cette pratique ».

¹¹⁸⁴ S'agissant de cette articulation avec le contentieux devant l'Autorité de la concurrence, J.-L. FOURGOUX notait en ce sens que « *le plus souvent, les faits sanctionnés par les autorités de la concurrence seront anciens et déjà prescrits pour le consommateur lorsque la décision sera adoptée* » (J.-L. FOURGOUX, « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », préc., pp. 46 et s. V. égal. R.-C. MADER, « Action de groupe un champ d'application circonscrit », préc., pp. 13 et s).

décevant à deux niveaux. D'un point de vue théorique d'abord, en ce qu'il constitue une occasion manquée de renforcer le rôle des actions privées dans la mise en œuvre des règles, sans pour autant transposer à l'identique les mécanismes américains et impliquer nécessairement un bouleversement de notre système juridique¹¹⁸⁵. Nous rejoignons l'analyse d'autres auteurs qui ont montré que des solutions plus efficaces, notamment un mécanisme combiné d'*opt-in* et *opt-out*¹¹⁸⁶ ou l'ouverture des actions de groupe en *stand alone*, étaient possibles à la condition de vaincre certaines résistances bien souvent infondées¹¹⁸⁷. D'un point de vue empirique ensuite, tant l'état du contentieux confirme l'échec, largement anticipé, de l'action de groupe à la française¹¹⁸⁸. Si l'on retient uniquement la finalité subjective de l'action de groupe, il semble que l'on puisse douter de son rôle dans le renforcement de la réparation des victimes¹¹⁸⁹. En d'autres termes, le succès limité de l'action en matière de concurrence remet en cause non seulement l'effectivité de la protection individuelle des justiciables, mais aussi son rôle dans la « régulation » des contentieux subjectifs : l'absence de recours fait, par définition, obstacle à tout besoin de régulation.

410. Loin d'être propre au mécanisme français¹¹⁹⁰, ce constat regrettable a récemment conduit le législateur français à envisager des pistes d'amélioration qui ont abouti à une proposition de

¹¹⁸⁵ Sur ces éléments, v. le dernier titre de la thèse.

¹¹⁸⁶ Pour un dispositif mixte à l'image de celui existant au Danemark ou en Norvège : V. not. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 223-230 et références doctrinales citées sur l'intérêt de l'*opt-out*.

¹¹⁸⁷ V. C. PRIETO, C. SI BOUAZZA, « Rapport spécial en droit de la concurrence », préc., p. 34. Plus particulièrement si le principe « nul ne plaide par procureur » est souvent brandi par les opposants à l'action de groupe, il apparaît pour d'autres largement dépassé voire surabondant (v. S. AMRANI-MEKKI, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence », préc., p. 16, n° 14 ; F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », préc., pp. 251-261, n° 4 à 13). Pour une illustration d'une approche renouvelée de certains principes en vigueur en droit français : références citées par R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., spéc. p. 219, notes 840 et 841.

¹¹⁸⁸ Le 10 juin 2020 un rapport d'information a été présenté à la commission des lois et a dressé un bilan décevant des actions de groupe à la française (M.-J. AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives », *JCP E*, 2018, p. 1637. V. égal. P. METAIS et E. VALETTE, « Class action à la française : une promesse séduisante, une application décevante », *JCP*, 2018, p. 558 ; A. BIARD, « Sale temps pour l'action de groupe... La nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse », *RLDC*, mars 2018, n° 157, p. 21).

¹¹⁸⁹ Les données disponibles à ce jour montrent qu'aucune action de groupe n'a, pour le moment, concerné le droit de la concurrence. L'institut national de la consommation remarquait que sur neuf actions de groupe au 26 décembre 2016, aucune n'était relative au droit de la concurrence (P. LE MORE, « Plaidoyer pour une vraie réforme de l'action de groupe en droit de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2017, alerte 29). Dans le même sens, L. NICOLAS-VULLIERME, S. PIETRINI, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », préc., p. 302.

¹¹⁹⁰ Pour une approche critique des partis pris faits en matière de recours collectifs par les États membres : M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement : A normative and practical approach », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8(1), pp. 59 et s., spéc. p. 76 et 77.

la loi intitulée « *Pour un nouveau régime de l'action de groupe* » le 15 septembre 2020¹¹⁹¹. Cela étant dit, ces évolutions au niveau national auront vocation à être mises en perspective avec la transposition de la nouvelle directive européenne récemment adoptée¹¹⁹². À l'évidence, la directive 2020/1828 ne présente pas des pistes d'objectivation contentieuse notables, mais s'inscrit, au contraire, dans la lignée de la conception française, en mettant prioritairement en avant la finalité réparatrice de l'action collective.

B) L'illustration du « modèle européen » de recours collectif en matière de protection des consommateurs

411. Contexte. Le projet de parvenir à un mécanisme harmonisé de recours collectif en vue de la protection des intérêts collectifs des consommateurs dans l'Union a fait l'objet d'une longue réflexion¹¹⁹³. Après plusieurs consultations publiques en 2011¹¹⁹⁴ et la recommandation de la Commission de 2013¹¹⁹⁵, celle-ci a relancé le processus en 2018 en procédant à un état des lieux des recours collectifs dans les États membres¹¹⁹⁶. Malgré certaines évolutions, elle note les insuffisances et les divergences entre les dispositifs nationaux, celles-ci représentant un enjeu majeur à l'échelle de l'Union au regard de la multiplication d'infractions transnationales et du risque de *forum shopping*¹¹⁹⁷. C'est dans ce contexte qu'elle a proposé, dans le cadre de son programme « *Nouvelle donne pour les consommateurs* », d'établir les fondements d'un « *recours collectif à l'europpéenne* »¹¹⁹⁸. En juin 2020, les négociateurs du Parlement et les

¹¹⁹¹ Disp. en ligne : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3329_proposition-loi.pdf. Cette proposition fait suite à la création par l'Assemblée nationale d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe qui a donné lieu au rapport d'information n° 3085, « Pour une action de groupe générale, efficace et accessible » du 11 juin 2020).

¹¹⁹² Dir. (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du conseil du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JOUE n° L 409 du 4 déc. 2020.

¹¹⁹³ Ce projet a été pour la première fois mentionné en décembre 1984 dans un Mémoire sur l'accès des consommateurs à la justice de la Commission européenne COM (84) 692.

¹¹⁹⁴ Document de travail de la Commission publié le 4 févr. 2011, SEC (2011) 173 final.

¹¹⁹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », 11 juin 2013, COM/2013/0401 final.

¹¹⁹⁶ Dans son rapport d'avril 2018, la Commission constate dans son rapport que seuls 19 États membres disposent de mécanismes de recours collectif en réparation. Il s'agissait notamment d'évaluer la mise en œuvre de sa Recommandation de 2013 (Comm. UE, Recomm., 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union : JOUE n° L 201, 26 juill. 2013, p. 60).

¹¹⁹⁷ Sur ce point, cf. *infra* Partie 2, Titre 1, §600 et s.

¹¹⁹⁸ Elle a notamment proposé d'abroger la directive de 2009 relative aux actions en cessation (Dir. 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs JO L 110 du 1.5.2009, p. 30).

ministres de l'Union ont approuvé la directive, qui a été définitivement adoptée le 25 novembre 2020¹¹⁹⁹.

412. Limites du champ d'application matériel. Précisons d'emblée à ce stade de l'étude que, si le champ matériel de la directive 2020/1828 est relativement large¹²⁰⁰, le domaine de la concurrence en a été exclu. Si cette exclusion paraît surprenante – étant donné que l'un des objectifs de la directive est de lutter contre les distorsions de concurrence qui affecte le bon fonctionnement du marché commun¹²⁰¹ – cela n'empêche pas l'examen de la directive 2020/1828 à ce stade de la démonstration¹²⁰², car sa philosophie générale et ses modalités de mise en œuvre témoignent d'un processus d'objectivation contentieuse encore une fois limité, sinon inexistant.

413. Une philosophie indemnitaire. La directive ne procède visiblement pas à un véritable changement de paradigme. Dès 2011, la Commission justifiait d'ailleurs expressément la prudence de sa position en invoquant « la tradition juridique européenne » qui imposait de rejeter une forme de recours collectif trop proche de la *class action* américaine¹²⁰³. Plus récemment, les propos du rapporteur de la Commission des affaires juridiques, Geoffroy DIDIER vont dans le même sens. Lors de l'adoption de la position du Parlement pour les négociations le 26 mars 2019, celui-ci a déclaré que « (l)'objectif *n'est pas de punir qui que ce soit, mais simplement d'indemniser les victimes d'un préjudice. Le texte veille par ailleurs à éviter tous les dangers et dérives des "class actions" à l'américaine* ». L'on comprend dès lors que le ton est donné : contrairement à son homologue américain, le modèle européen n'a pas vocation à renforcer la portée normative de l'action, mais plutôt de maintenir sa finalité subjective.

414. Une avancée relative. Il en découle que la directive n'implique pas une « révolution » pour sa transposition, notamment vis-à-vis du modèle français de l'action de groupe¹²⁰⁴. Au

¹¹⁹⁹ Dir. 2020/1828/UE du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, préc.

¹²⁰⁰ Cf. la liste des infractions au droit de l'Union énumérées à l'annexe I. Les actions représentatives sont ouvertes dans des domaines variés – tels que la protection des données, les services financiers, le voyage, le tourisme, la télécommunication, les droits de passagers aériens et ferroviaires ou encore l'environnement et la santé – dès lors qu'une infraction a été susceptible de nuire à l'intérêt collectif des consommateurs

¹²⁰¹ Pour une approche critique des limites du mécanisme et not. de son champ matériel : M. AZAR-BAUD, « La directive européenne sur les actions représentatives : un texte mi-figue, mi-raisin », *JCP E*, 2020, p. 1542.

¹²⁰² Cf. *infra*. Nous y reviendrons dans le cadre du dernier chapitre de la thèse, spéc. §925 et s.

¹²⁰³ Document de travail de la Commission publiée le 4 févr. 2011 (SEC (2011) 173 final, n° 21, p. 11.

¹²⁰⁴ Cf. le considérant 11 de la directive qui énonce lui-même que les États membres peuvent choisir un schéma procédural différent tel que celui de l'action de groupe française. Sur ce point v. égal. : M. GOSSELIN,

contraire, un certain nombre de dispositions apparaissent similaires à celles connues en droit français. L'article 7 de la directive 2020/1828 énonce classiquement que la constitution du groupe représenté précède le jugement sur la responsabilité. Aussi, le législateur européen prévoit également que la qualité à agir doit être accordée à des « entités qualifiées », telles que les organisations de consommateurs et certains organismes publics, qui devront être désignées par les États membres. De plus, des dispositions relatives à la publicité des actions intentées ou envisagées sont prévues afin de permettre à l'entité de fournir des informations suffisantes sur les consommateurs concernés à la juridiction saisie¹²⁰⁵.

415. Deux dispositions auraient pu apparaître comme des évolutions intéressantes. D'abord, des développements spécifiques sont accordés au financement de l'action¹²⁰⁶ et au mécanisme du « perdant payeur », à savoir la partie perdante paie les frais de la partie gagnante dans l'objectif d'éviter les recours abusifs. Aussi, la directive semble ouvrir la voie au mécanisme de l'*opt-out*, inconnu en droit français et dans la plupart des droits nationaux de l'Union¹²⁰⁷. En matière d'action collective en réparation, il permet de recourir à une simple présomption de consentement à l'adhésion au groupe sans qu'il soit nécessaire que les consommateurs lésés se manifestent afin d'être indemnisés. Pour autant, ces évolutions sont loin de renforcer tant l'incitation des actions que la dissuasion d'agissements illicites. D'harmonisation minimale, la directive ne contraint pas les États à revoir leurs règles relatives aux frais de justice ou au principe du « perdant payeur », pas plus qu'elle n'impose des modes de financements publics. Contrairement à l'article 6, 3 de la proposition de la Commission d'avril 2018 – qui énonçait que le consentement exprès de consommateurs n'était pas requis dans les affaires portant sur de petites sommes ou relatives à des consommateurs facilement identifiables et ayant subi des préjudices comparables – la directive adoptée ne l'impose finalement pas¹²⁰⁸. Plus encore, dans les droits nationaux qui prévoient déjà l'option d'*opt-out*, les États membres devront limiter sa portée territoriale et imposer un *opt-in* pour les consommateurs d'autres États membres¹²⁰⁹. L'on comprend dès lors que cette nouvelle directive est loin de renforcer la protection des consommateurs et par-là, l'effectivité des règles européennes. Une fois encore, les craintes et

L. VICHNIEVSKY, Rapport conclusif à la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, n° 3085, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020, p. 32).

¹²⁰⁵ Art. 13-14 de la directive 2020/1828.

¹²⁰⁶ Art. 10-20 de la directive 2020/1828.

¹²⁰⁷ Il est reconnu au Portugal et aux Pays-Bas.

¹²⁰⁸ Art. 9§2 de la directive 2020/1828. L'*opt-out* est exclu en matière d'action en cessation (Art. 8).

¹²⁰⁹ Art. 9§3 de la directive 2020/1828.

excès supposés du mécanisme américain ont conduit à une approche minimaliste des recours collectifs¹²¹⁰.

416. Conclusion de la section 2. En définitive, force est de constater que les dispositions procédurales consacrées dans les instruments européens comme nationaux sont loin de traduire un processus d'objectivation procédurale similaire à celui observable aux États-Unis. Les modalités d'accès aux preuves comme celles de la réparation sont le reflet du rejet d'accorder aux particuliers un véritable rôle de détection et de sanction. C'est un doux euphémisme d'affirmer que les dispositifs consacrés en matière de recours collectif peinent à faire ressurgir la finalité plus normative du mécanisme, pourtant reconnue d'un point de vue conceptuel. Deux éléments sont à l'origine de la prédominance de la dimension indemnitaire : le poids des traditions juridiques nationales et la crainte des mécanismes américains.

¹²¹⁰ Pour un constat similaire : M. AZAR-BAUD, « La directive européenne sur les actions représentatives : un texte mi-figue, mi-raisin », préc.

Conclusion du Chapitre 1

417. Le présupposé sur lequel reposait la démonstration de ce chapitre consistait à prétendre que le concept de *private enforcement* repose sur une objectivation procédurale dont les contours et la portée varient toutefois en fonction des systèmes étudiés.

418. Cette hypothèse se basait sur l'observation du modèle américain, détenant – s'il est besoin de le rappeler – la paternité dudit concept. Aux États-Unis, le mouvement d'objectivation a été poussé à son paroxysme. Les règles de procédure civile fédérale témoignent, certes, d'une régulation de l'accès au prétoire, mais également d'un véritable dépassement des intérêts individuels des plaideurs. Loin d'être spécifiques au domaine *antitrust*, les instruments tels que ceux relatifs à la prise en charge des coûts du procès, les *treble damages*, la *discovery* ou encore la procédure de *class action* sont directement placés au service du rôle normatif des personnes privées : ils permettent à ces dernières de les mobiliser d'abord, puis de leur accorder ensuite des moyens de détection et de sanction. Le champ de l'étude a été l'occasion d'étayer la démonstration : les outils spécifiquement accordés aux victimes dans le cadre de litige *antitrust* illustrant la volonté du législateur de renforcer encore un peu plus leur rôle normatif.

419. Les évolutions procédurales dans l'Union auraient pu, en revanche, être susceptibles de faire douter de la pertinence de l'hypothèse ici défendue. Pour le domaine qui nous occupe, les dispositions de la directive 2014/104 sont le témoin d'une objectivation procédurale mesurée, voire inexistante. En matière d'action individuelle, les règles de preuve comme les modalités de la réparation sont autant le reflet de la prédominance accordée au *public enforcement*, que celui de la défiance vis-vis du *private enforcement*. Par les encadrements stricts de l'accès aux preuves, le rôle de détection est réduit *a minima*. Par le rejet des dommages et intérêts punitifs au profit du maintien de la finalité purement réparatrice de l'action en responsabilité, le rôle de sanction est quasi inexistant. En matière d'actions collectives, le bilan est tout aussi relatif. Les dispositifs nationaux, et plus précisément le mécanisme français, comme celui de l'Union, ne semblent qu'esquisser un mouvement de remise en cause du modèle purement individualiste. Car, force est de constater que l'objectivation contentieuse est bien plus limitée qu'en droit américain. Au mieux, elle se réduit à une recherche de fluidification de l'accès au prétoire par un regroupement des intérêts subjectifs.

420. Dans une perspective plus générale, l'analyse du cadre procédural permet de mettre en lumière la conception différente du rôle des actions privées. En droit américain, les règles

fédérales de procédure civile sont propices à une contribution de l'action privée à la réalisation du droit fédéral. Le modèle du « Procureur privé » bénéficie ainsi d'une véritable concrétisation. En revanche, dans l'Union, le cadre harmonisé en matière de concurrence témoigne des réticences à concevoir les particuliers comme de véritables agents de la légalité. La figure de « vigie » se trouve alors limitée en pratique. Le constat de ces divergences se poursuit d'ailleurs à l'étude du cadre substantiel.

CHAPITRE 2 – DIMENSION DE DROIT SUBSTANTIEL

421. Au-delà de ses enjeux procéduraux, le modèle de « Procureur privé » ou de « vigie » invite, dans un second temps, à s'intéresser aux règles substantielles qui encadrent son action. Il s'agit d'examiner la manière dont le rôle normatif, accordé au requérant, se traduit sur les conditions de fond de son action. Si celui-ci est investi d'une mission d'intérêt général consistant à détecter et sanctionner les atteintes à la légalité, il n'en demeure pas moins, qu'aux États-Unis comme dans l'Union, ce rôle est orchestré autour d'un intérêt personnel à agir pour la réparation d'un préjudice individuel issu d'une pratique illicite.

422. En droit américain, l'action du particulier devant une juridiction fédérale est, de manière générale, subordonnée à l'établissement du *standing*¹²¹¹, exigence résultant de l'Article III de la Constitution américaine¹²¹². Il découle de cet article que le requérant doit prouver son préjudice personnel et réel (*actual injury*) ainsi que le lien de causalité (*causation*) entre celui-ci et la conduite supposée illégale du défendeur¹²¹³. Dans le champ particulier du droit *antitrust*, les *Sections* 4 et 16 du *Clayton Act*¹²¹⁴ énoncent que « toute personne »¹²¹⁵ qui a subi un dommage à la suite d'une violation des règles *antitrust* peut agir pour réclamer trois fois le montant de son préjudice ou la cessation d'une pratique sur le fondement de ces dispositions. Les termes larges de cette disposition rappellent, à première vue, l'exigence du *standing* de l'Article III et accordent *a priori* un droit d'action à toute personne, physique ou morale, qui prouve qu'elle a subi un préjudice à « *ses biens ou sa propriété* »¹²¹⁶ ou qu'elle est « *menacée d'une perte ou d'un préjudice* » en raison d'une violation des règles *antitrust*. Le droit de l'Union, pour sa part, ne définit pas de manière générale les conditions exigées pour l'intérêt à

¹²¹¹ *Dictionnaire juridique, Law Dictionary, français/anglais*, Dalloz, 2004, V. « intérêt à agir ».

¹²¹² Const. américaine art. III.

¹²¹³ *America West Airlines v. Burnley*, 838 F.2d 1343 (D.C. Circ. 1988) dans lequel la Cour énonçait que pour établir le *standing* de l'Article III, un requérant doit prouver : (1) *a personal injury* ; (2) *fairly traceable to the defendant* ; (3) *likely to be redressed by the remedy sought*.

¹²¹⁴ 15 U.S.C. §15(a) et 15 U.S.C. §26

¹²¹⁵ En principe, toute personne qui a la capacité d'agir répond à ce critère. Il peut ainsi s'agir d'individus comme d'entreprises ou associations. Si l'État fédéral n'a pas été reconnu comme « personne » au sens des *Sections* 4 ou 16 du *Clayton Act*, les États fédérés peuvent agir sur ces fondements afin d'obtenir réparation des dommages qu'ils ont subis ou de demander une cessation (*injunctive relief*). De plus, la *Section* 4C les autorise à agir pour des dommages subis par des personnes physiques qui résident sur leur territoire. En revanche, les entreprises dissoutes ou dont une autorisation a expiré ne sont plus des personnes capables d'intenter une action.

¹²¹⁶ Le terme « bien » englobe largement « *commercial interests or enterprises* » (*Hawaii v. Standard Oil Co.*, préc.). Le terme « propriété » comprend tous les intérêts légaux protégés par la propriété. Dans l'affaire *Reiter v. Sonotone Corp* de 1979, la Cour suprême énonçait par exemple que des consommateurs qui paient un prix supérieur pour des produits à usage personnel sont lésés dans leur « propriété » selon la *Section* 4. En plus de prouver le dommage qu'il a souffert, le requérant devra prouver l'*antitrust injury* (cf. *infra*, §431).

agir devant les juridictions civiles des États membres¹²¹⁷. En revanche, en ce qui concerne, plus précisément, le champ de l'étude, la directive 2014/104 a harmonisé les conditions de l'action privée en réparation des dommages résultant d'une pratique anticoncurrentielle. Les termes de l'article 3 de la directive 2014/104¹²¹⁸ font largement écho à ceux du *Clayton Act*. L'action est ouverte à « toute personne » qui réunit la preuve du traditionnel triptyque de la responsabilité civile : faute, préjudice, lien de causalité.

423. Cette présentation succincte du cadre substantiel qui entoure l'action privée suite à une violation du droit de la concurrence pourrait, une nouvelle fois, laisser présager une convergence entre le droit américain et le droit de l'Union. Il en ressort, en outre, que les conditions nécessaires à l'action du Procureur privé ne sont, à première vue, pas différentes de celles du requérant « ordinaire » dans le cadre d'une action classique en responsabilité civile. Pour autant, cette première lecture du cadre substantiel est trompeuse une fois que l'on s'immerge dans le contentieux et, notamment, le contentieux privé *antitrust*.

424. Aux États-Unis, le juge a poussé loin le mouvement d'objectivation contentieuse sur lequel repose par définition le *private enforcement*¹²¹⁹. Les évolutions jurisprudentielles relatives à la détermination des conditions de l'action témoignent, en effet, d'un accroissement de la logique objective dans le contentieux *antitrust*. Ce constat se manifeste plus particulièrement par un resserrement des conditions d'accès au juge de la réparation. L'intérêt subjectif des particuliers, et par là, la fonction réparatrice du contentieux privé *antitrust* tend, de plus en plus, à céder devant l'impératif objectif de mise en œuvre effective – voire d'application efficace¹²²⁰ – des règles du *Sherman* et *Clayton Act*. Cette restriction de l'intérêt subjectif, assumée par la Cour suprême, a conduit à un processus d'objectivation substantielle dont on esquissera les contours et les manifestations dans la première section (*Section I*).

425. Dans l'Union, au contraire, la tendance n'est pas à la restriction, mais bien à la promotion de l'intérêt subjectif des victimes. En ce sens, l'aménagement des conditions de l'action privée à la suite d'un préjudice concurrentiel procède d'une technique différente de celle observable

¹²¹⁷ Cela relève de la compétence des États membres dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale. En droit français par exemple, la définition de l'intérêt à agir découle de l'article 31 du Code de procédure civile.

¹²¹⁸ Cf. art. 3, paragraphe 1 de la directive 2014/104 : « Les États membres veillent à ce que toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice ».

¹²¹⁹ Cf *supra*, §312-368.

¹²²⁰ Cf. *infra*, § 427 et s. On verra que la relecture du *standing* par le juge a été largement insufflée par les partisans de l'École de Chicago, favorables à une restriction des actions sur la base de l'analyse économique des règles et, en creux, d'une conception idéologique.

aux États-Unis. Engagées dans une recherche de développement des actions privées, les institutions de l'Union poursuivent le processus, déjà bien amorcé, de subjectivisation. S'il ne fait pas l'objet de définition au sein des dictionnaires juridiques, ce phénomène est néanmoins connu au sein de la doctrine en droit privé¹²²¹ comme en droit public¹²²² et se trouve amplifié par le droit européen et le droit de l'Union en particulier. Il consiste, en substance, en l'octroi de droits (pouvant être assimilé à des droits subjectifs) aux individus et par la prise en compte de leurs situations subjectives et leurs intérêts propres¹²²³.

426. Dans le champ de l'étude, les dispositions substantielles de la directive 2014/104 en constituent le reflet. Face à la difficulté de réunir les conditions de la responsabilité, le but a été explicitement de lui faciliter la tâche dans le cadre de son action en réparation. La subjectivisation a en ce sens été privilégiée (*Section 2*).

SECTION 1 – Une objectivation substantielle assumée en droit américain

427. Les évolutions jurisprudentielles dans l'appréciation des conditions de l'action aux États-Unis témoignent d'un primat accordé à la logique objective de mise en œuvre des règles et cela, au détriment de la protection des intérêts subjectifs du requérant. Après avoir largement ouvert son prétoire au moment du mouvement des droits civiques, la Cour suprême a procédé à une restriction nette de son l'accès. En matière *antitrust*, cela s'est plus particulièrement traduit par un encadrement des personnes habilitées à exercer une action. Contrairement aux textes constitutionnel (Article III) ou législatif (*Section 4 et 16 du Clayton Act*) qui invitent « toute personne » qui réunit les conditions de fond nécessaires à agir, la jurisprudence de la Cour a adopté une appréciation stricte de l'intérêt à agir. Il en découle, plus précisément, que le seul intérêt personnel à obtenir réparation n'est plus suffisant. Cette relecture de la lettre même des textes est, toutefois, moins surprenante lorsqu'elle est

¹²²¹ Ce néologisme désigne traditionnellement le phénomène d'inflation des droits subjectifs, souvent amplifié par le droit européen de manière générale et le droit européen des droits de l'homme en particulier. Ce phénomène – auquel il est souvent reproché une déconstruction du Droit (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, préc., spéc. p. 121) – se manifeste concrètement par la multiplication des « droit à » (v. not. E. JAULNEAU, *La subjectivisation du droit, étude de droit privé*, thèse, Université d'Orléans, 2007).

¹²²² En droit administratif, v. not. : N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz, 2003 ; P. DELVOLLE, « Propos introductifs : Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés, Les droits publics subjectifs des administrés*, Colloques & débats, LexisNexis, 2011, pp. 3-19, p. 6. Selon lui, ce processus « désigne la prise en considération, non plus de droits, mais de situations subjectives, tenant à la personne des intéressés. L'hypothèse peut être très large puisque la notion est indéfinie ».

¹²²³ Pour la définition – sur laquelle on reviendra (cf. *infra* §472 et s.) – de cette expression en droit de l'Union européenne, v. de manière générale : J. RONDU, *L'individu en droit de l'Union européenne*, préc.

analysée dans son contexte. Les grands arrêts de la Cour suprême relatifs aux conditions de l'action privée sur le fondement du *Clayton Act* ont été rendus dans les années 1980, au moment de l'apogée de l'analyse économique, insufflée par l'École de Chicago : ses partisans étaient peu enclins à voir les comportements d'entreprises systématiquement et facilement remis en cause, y compris par la voie contentieuse. Sous l'influence directe de ce courant néoclassique, la Cour suprême (à majorité conservatrice) a rendu plus difficile la reconnaissance du droit à réparation¹²²⁴. Elle a notamment procédé à un durcissement des conditions de l'action privée témoignant, dans le cadre de notre démonstration, d'un mouvement d'objectivation qui se manifeste, selon nous, à deux égards.

428. D'une part, la consécration prétorienne de l'exigence de l'« *antitrust injury* » témoigne d'une redéfinition du dommage réparable, impliquant pour le requérant un durcissement de la preuve : certes, le préjudice ne peut pas simplement résulter d'une atteinte au public en général¹²²⁵, mais la seule preuve de son caractère individuel devient insuffisante. Selon cette exigence, le préjudice individuel doit être en rapport avec les objectifs des règles *antitrust*, à savoir la protection de la concurrence (§1). D'autre part, le juge fédéral a restreint le *standing* à proprement parler par le biais de la causalité. La mise en place d'un ensemble de tests témoigne d'une volonté de garantir une action aux seuls requérants les plus à même de mettre en œuvre les règles (*efficient enforcers* ou *proper plaintiff*)¹²²⁶ en exigeant la démonstration d'un intérêt légitime (§2).

§ 1 – La consécration prétorienne de l'*antitrust injury* ou l'insuffisance du préjudice personnel

429. Pendant longtemps, le rôle du « Procureur privé » en matière *antitrust* s'est exercé selon les conditions de l'action qui découlent de la *Section 4*. Plus précisément, les juridictions ont adopté une appréciation large de celles-ci dans le but d'assurer une promotion des actions

¹²²⁴ Les auteurs comprennent unanimement ses fluctuations au regard de la majorité à la Cour suprême, V. not. E. FOX, « The Efficiency paradox », in R. PITOFKY, *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, Oxford Univ. Press, 2008, spéc. p. 77-88. Et en langue française : F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit *antitrust* des États-Unis », *RLC* 2015/ 43, n° 2770F.

¹²²⁵ *HPC Biologicals, Inc. v. UnitedHealthcare of Louisiana, Inc.*, 194 So. 3d 784, 2016-1, 79657 (La. Ct. App. 1st Cir. 2016) La Cour rejette l'action d'HPC au motif que celui-ci « *is not harmed by such an injury as it is not the patient or a consumer* ».

¹²²⁶ La Cour suprême et les cours fédérales emploient indistinctement les deux expressions. V. par exemple *Todorov v. DCH Healthcare Authority*, 921 F.2d 1438, (11th Cir.1991) (« *Antitrust standing is best understood in a general sense as a search for the proper plaintiff to enforce the antitrust laws [...in order to establish] whether the plaintiff is an efficient enforcer of the antitrust laws* »).

privées. La fonction subjective de l'action a eu vocation à coïncider spontanément avec celle, plus objective, de mise en œuvre des règles *antitrust* dans l'intérêt général. Logique au cœur du concept même de *private enforcement*, elle doit être comprise dans le contexte particulier du milieu du XXe siècle. La volonté explicite des institutions de promouvoir les actions privées s'est produite dans un contexte de sous-développement du *public enforcement*. Le modèle de « Procureur privé » a trouvé alors tout son intérêt : face à la relative inaction des acteurs publics, il était primordial que les victimes privées s'assurent elles-mêmes de la bonne application du droit *antitrust*. En d'autres termes, même en cherchant prioritairement la réparation de son préjudice individuel, le requérant participait au respect des règles *antitrust*.

430. Il peut alors apparaître surprenant de constater le renversement de tendance opéré à partir des années 1980. La Cour suprême, suivie par les cours fédérales, a progressivement adopté, au fil de sa jurisprudence, une interprétation bien plus restrictive de la lettre même des *Sections 4* et *16* et, par conséquent, de l'exigence constitutionnelle du *standing*. Par l'introduction de l'exigence de la preuve de l'*antitrust injury*, la Cour suprême opère dans l'arrêt *Brunswick* de 1977 une relecture du préjudice réparable sur le fondement du *Clayton Act* : dans le cadre d'une action privée, le requérant ne doit pas simplement apporter la preuve de son préjudice personnel, mais aussi – et peut-être surtout – la preuve de celui porté à la concurrence. Il convient de revenir sur l'affaire dont la solution n'a jamais été remise en cause depuis lors (A), avant de voir que sa signification doit être lue à la lumière des fluctuations doctrinales relatives aux objectifs des règles *antitrust*, sous l'influence de l'École de Chicago (B).

A) Les origines de la doctrine de l'*antitrust injury*

431. Retour sur la jurisprudence traditionnelle. Le mouvement de promotion du modèle de *Private Attorney*, engagé par la Cour suprême depuis les années 1960, l'avait conduite à ouvrir largement l'accès au prétoire des victimes pour demander réparation. Considérés comme porteurs d'une véritable mission d'intérêt général, ces « Procureurs privés » devaient bénéficier d'une grande capacité d'action. Dans ce contexte, la définition de la qualité à agir des personnes privées en matière *antitrust* était ainsi calquée sur celle, traditionnelle, du *standing* et ne justifiait en cela aucune restriction particulière, comme l'illustre la jurisprudence traditionnelle

de la Cour suprême. Dans les affaires *Arnold Schwinn*¹²²⁷ et *Utah Pie*¹²²⁸ rendues dix ans avant l'arrêt *Brunswick*, la Cour a validé les appréciations très interventionnistes des cours inférieures relatives tant à la qualification des pratiques qu'à la qualité à agir des plaignants. Après avoir sévèrement condamné les pratiques en cause par la reconnaissance d'illicéités *per se*, elle a en effet autorisé les victimes à agir en dommage et intérêt triple, considérant que leur préjudice était bien réparable. Dans le même sens, elle rappelait, dans son arrêt *Hawaii* rendu en 1972, les objectifs poursuivis par la consécration d'un droit d'action et l'interprétation littérale qu'elle entendait faire du droit d'action de la *Section 4* : « (t)oute violation des lois antitrust est une atteinte au système de libre entreprise défini par le Congrès », et poursuivait en énonçant que « le Congrès a choisi de permettre à toutes les personnes de poursuivre les auteurs de violations pour recouvrer trois fois le montant de leurs dommages subis, chaque fois qu'ils sont affectés dans leur activité professionnelle ou leur propriété par une violation antitrust »¹²²⁹. Garante d'une complémentarité avec le *public enforcement*, cette appréciation large des termes du *Clayton Act* avait vocation à favoriser les actions privées « *stand alone* » en donnant plein effet à leur rôle de détection et de sanction des pratiques. Cela s'est d'ailleurs directement traduit dans les chiffres : les données empiriques disponibles notent, en effet, une explosion des actions civiles entre 1967-1977¹²³⁰.

432. Le revirement de l'affaire *Brunswick*¹²³¹. L'arrêt *Brunswick* de 1977 marque incontestablement un coup d'arrêt à cette tendance. À l'origine de l'affaire, des propriétaires de salles de bowling accusent *Brunswick*, l'un des plus gros fabricants et distributeurs d'équipement de bowling, de violer la *Section 7* du *Clayton Act* en achetant des salles concurrentes des requérants, en difficultés financières. Ils allèguent que, sans leur acquisition par *Brunswick*, ces entreprises auraient fait faillite. Selon les requérants, leur disparition du

¹²²⁷ *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967). Dans cette affaire, la Cour a remis en cause le mode d'organisation des circuits de distribution de la société américaine de fabrication de bicyclettes fondée en 1895, destiné à lutter contre les exigences de la grande distribution (« *Schwinn Plan* »). Elle a en effet considéré comme illégales par nature (*per se*) les restrictions territoriales verticales sur le fondement de la *Section 1* du *Sherman Act*.

¹²²⁸ *Utah Pie Co. v. Cont'l Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967). La Cour a sanctionné comme une « *restraint of trade* », le fait qu'une firme d'envergure nationale vienne mettre en cause, par des pratiques de prix agressives, une position dominante d'une entreprise locale en lui accordant des dommages-intérêts triples du préjudice subi en pertes de marché. Sur ces deux affaires, v. not. : F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit *antitrust* des États-Unis », préc.

¹²²⁹ *Hawaii v. Standard Oil Co. of California*, préc., pt 262.

¹²³⁰ Sur ce point v. not. : D. A CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, préc., spéc. p. 54.

¹²³¹ *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 429 U.S. 477 (1977).

marché leur aurait ainsi permis de faire plus de profits, notamment en récupérant des clients. Leur préjudice résulterait ainsi de ces pertes.

433. La solution de la 3^e *Circuit court* s'inscrivait en conformité avec la position antérieure de la Cour suprême. Elle avait, en l'espèce, établi que le comportement de *Brunswick* risquait de réduire la concurrence et que le requérant pouvait alors bénéficier de dommages et intérêts¹²³².

434. Choissant d'élever le conflit devant elle¹²³³, la Cour suprême revient sur son approche classique en resserrant considérablement les conditions de l'action et, plus particulièrement, celles relatives à la preuve du caractère réparable du préjudice. Sans se prononcer d'un point de vue substantiel sur la question de savoir si les acquisitions en question étaient de nature à réduire la concurrence sur le fondement de la *Section 7*, la Cour a réexaminé la question sous l'angle de l'intérêt à agir. Ses interrogations ont plus particulièrement porté sur l'interprétation de l'expression « en raison de » (« *by reason on anything forbidden in the antitrust law* ») telle qu'énoncée à la *Section 4*. Selon elle, la problématique n'était pas de savoir si les acquisitions de *Brunswick* violaient la *Section 7* ou si le requérant subissait un quelconque préjudice, mais de savoir si ce dernier était, par nature, le résultat d'une pratique susceptible de porter atteinte à la concurrence. En définitive, la Cour suprême a rejeté la demande des requérants en considérant que le préjudice invoqué ne résulte d'aucune restriction de la concurrence, mais de la concurrence elle-même. Le préjudice du requérant aurait été le même, peu importe la taille ou le pouvoir du nouvel entrant sur le marché. Selon elle, leur préjudice est le résultat du « maintien de la concurrence » (*from the maintenance of competition*) et « non de la perte de concurrence » (*from loss of competition*)¹²³⁴. S'exprimant pour la Cour, le juge MARSHALL déclare, dans une formule restait célèbre en droit *antitrust*, que « (l)es plaignants doivent prouver l'existence d'un préjudice antitrust, c'est-à-dire un préjudice du type de celui que les lois antitrust visaient à prévenir et qui découle de ce qui rend les actes des défendeurs illégaux. Le préjudice doit refléter l'effet anticoncurrentiel de la violation ou des actes anticoncurrentiels rendus possibles par la violation »¹²³⁵.

¹²³² *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 523 F.2d 262, (3d Cir. 1975).

¹²³³ Pour rappel, la Cour suprême n'est pas le dernier degré de juridiction aux États-Unis. Elle a en ce sens la capacité de choisir les affaires qu'elle décide d'entendre.

¹²³⁴ *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* préc., pt 488.

¹²³⁵ *Ibid.* pt 489 (« (p)laintiffs must prove antitrust injury, which is to say injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation »).

435. Par cet arrêt, la Cour suprême marque un véritable tournant dans son appréciation des conditions de l'action privée, plus particulièrement par le biais du préjudice réparable. Contrairement à sa position défendue jusque-là, elle établit une différenciation entre l'exigence constitutionnelle du *standing* et celle spécifique en matière d'action *antitrust*. D'aucuns ont en effet remarqué qu'il ne faisait aucun doute que les requérants satisfaisaient l'exigence constitutionnelle en ce qu'ils subissaient un dommage et que ce dernier résultait des acquisitions potentiellement illégales¹²³⁶. Or, la Cour suprême exige pour la première fois du requérant qu'il établisse la preuve d'un préjudice particulier en rapport avec les objectifs des règles *antitrust*. À contre-courant de sa position antérieure, la Cour rejette ainsi l'argument selon lequel toute violation des règles *antitrust* implique l'attribution de dommages et intérêts. Plus précisément, cette nouvelle exigence relative à la preuve du préjudice témoigne d'une diminution de la prise en compte de l'atteinte subjective de la victime, au profit d'une appréhension plus objective du préjudice réparable : ce qui intéresse est moins l'atteinte individuelle que l'atteinte à la concurrence. En d'autres termes, dans le cadre de l'action civile, le requérant ne défend pas uniquement son droit à réparation dû pour son préjudice individuel, mais le droit *antitrust* à travers la démonstration d'une atteinte en lien avec les objectifs de concurrence.

436. Approche comparée. Il convient de mentionner, dès ce stade de l'étude comparative, que cette position s'inscrit radicalement à l'opposé de celle récemment retenue par son homologue européen. Dans l'affaire *Otis* de 2019¹²³⁷, la Cour de justice, suivant son avocat général, a, 42 ans après la Cour suprême, considéré que, dans le cadre d'une action civile, « *il n'est pas nécessaire (...) que le préjudice subi par la personne concernée présente, en outre, un lien spécifique avec "l'objectif de protection" poursuivi par l'article 101 TFUE* »¹²³⁸. Ce premier constat marque la différence entre les deux systèmes dans la manière d'apprécier l'équilibre entre les deux fonctions attribuées au *private enforcement*. Face aux difficultés d'assurer conjointement la finalité subjective et la finalité objective, chaque système tend à privilégier l'une au détriment de l'autre. Si le droit de l'Union tente, du moins en apparence, d'assurer la prédominance de la logique subjective sur la logique objective¹²³⁹, cette solution de la Cour suprême est le reflet d'un positionnement précisément inverse. La relecture du préjudice

¹²³⁶ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Academic Publishing, 3rd ed., 2016, p. 794.

¹²³⁷ CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./Land Oberösterreich e. a.*, préc.

¹²³⁸ *Ibid.* pt 31. Pour une présentation plus détaillée : cf. *infra*, §514 et s.

¹²³⁹ Cf. *infra*, §472 et s.

réparable vise à assurer le primat de l'intérêt objectif de mise en œuvre des règles sur l'intérêt subjectif de réparation individuelle.

437. Afin de comprendre la signification de cette solution, il faut la replacer dans son contexte. Moins basé sur des considérations proprement juridiques, ce revirement est le reflet du tournant opéré par la Cour suprême en faveur d'une nouvelle orientation doctrinale, s'agissant des objectifs du droit *antitrust*. Cette solution est une illustration de sa distance vis-à-vis du courant structuraliste d'Harvard au profit des thèses de l'École de Chicago.

B) La signification de la doctrine de l'*antitrust injury*

438. L'École de Harvard v/l'École de Chicago. L'observation statique de cette évolution jurisprudentielle peut, *a priori*, apparaître surprenante, en ce qu'elle rend ce tournant difficilement saisissable. En revanche, ce dernier se comprend plus clairement lorsqu'il est mis en relation avec l'évolution des courants de pensée qui a eu lieu, à cette période, aux États-Unis. La question des objectifs assignés au droit *antitrust* a donné naissance à diverses interprétations, principalement liées aux partis pris idéologiques qui se sont organisés autour de deux principales écoles de pensée aux États-Unis en droit de la concurrence¹²⁴⁰.

439. L'École de Harvard, d'abord, est née d'une contestation de la pensée classique selon laquelle un modèle de concurrence pure et parfaite était possible. Loin d'être conforme à la réalité¹²⁴¹, cette approche aurait, selon les théoriciens de cette école, eu tendance à négliger les effets – potentiellement positifs – des concentrations sur la répartition des ressources dans l'économie¹²⁴². Ils défendent l'idée selon laquelle la structure d'un marché détermine le comportement des acteurs économiques et ainsi leur performance et prônent ainsi une politique de concurrence forte, notamment à l'égard des grandes entreprises. Reprochant à la vision structuraliste de Harvard de protéger davantage les concurrents que le marché, l'École de Chicago a ensuite considéré que le pouvoir de marché dépend moins de la structure du marché que de la performance des opérateurs¹²⁴³. Ses théoriciens prônent en cela une approche

¹²⁴⁰ Ils ont largement débattu les intentions du législateur au moment de l'élaboration du *Sherman Act*. V. not. en ce sens : H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy : the Law of Competition and its Practice*, West, Hornbook Series, 2005, « Chapter 2 : History and Ideology in Antitrust Policy », p. 51.

¹²⁴¹ Les travaux d'Edward MASON et de Joe BAIN ont marqué la thèse structuraliste. Joe BAIN a notamment plaidé pour une approche plus réaliste, à l'origine de la branche de la microéconomie dénommée, comme son ouvrage paru en 1959 (J. BAIN, *Industrial organization*, Wiley, 1959).

¹²⁴² V. sur cette question : D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, préc., p. 120 ; D. J. GERBER « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », préc., spéc. p. 111.

¹²⁴³ D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, préc., p. 142.

pragmatique des comportements consistant à évaluer leur capacité à renforcer le processus de marché : loin d'être néfaste en soi, le pouvoir de marché est le seul à même d'améliorer l'efficacité économique et le bien-être social¹²⁴⁴. En ce sens, l'intervention publique doit être résiduelle¹²⁴⁵ et la mise en œuvre du droit *antitrust* est, selon ses partisans, moins nécessaire que perturbatrice.

440. La préférence annoncée de la Cour pour les préceptes de Chicago. Par l'arrêt *Brunswick*, la Cour suprême confirme sa préférence pour l'approche de Chicago. Moins révélatrice d'un revirement jurisprudentiel, cette affaire se comprend ainsi plutôt comme un revirement doctrinal, imposé, comme l'ont remarqué les auteurs, par une majorité conservatrice à la Cour suprême à cette période¹²⁴⁶. À la fin des années 1970, l'influence des théories prônées par l'École de Chicago est forte et d'ailleurs parfaitement assumée par la Cour elle-même qui n'hésite pas à citer expressément ses partisans¹²⁴⁷. Cette réorientation doctrinale de la Cour suprême – consistant à délaisser les enseignements de Harvard au profit de ceux de Chicago – était, certes, annoncée. Dès l'arrêt *Brown Shoe* de 1962¹²⁴⁸, la Cour a énoncé la formule selon laquelle « *les règles antitrust protègent la concurrence pas les concurrents* »¹²⁴⁹. Mais c'est principalement à partir de la fin des années 1970 que la Cour l'a appréciée dans la même ligne

¹²⁴⁴ R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978, pp. 9 et 90-91 ; R. POSNER, « The Chicago School of Antitrust Analysis », *U. Pa. L. Rev.*, 1997, vol 127, p. 92 ; *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd ed., 2001. V. sur l'ensemble de cette question : D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, préc., pp. 142-151 ; C. PRIETO, « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », préc., spéc. pt 5. Parmi une littérature abondante sur l'objectif de protection du consommateur du droit *antitrust* : A. A. FOER, « The Goals of Antitrust : Thoughts On Consumer Welfare in the U.S. », in P. MARSDEN, (dir.), *Handbook of Research in trans-atlantic Antitrust*, pp. 566-593. Sur les limites de l'objectif du bien-être du consommateur : G. J. WERDEN, « Monopsony and the Sherman Act : Consumer Welfare in a New Light », *Antitrust L. J.*, 2007, vol. 74, p. 707, spéc. p. 735 : l'objectif devrait plutôt être selon lui de « *protect(ing) the people by protecting the competitive process* ».

¹²⁴⁵ Cette opinion a été principalement défendue par STIGLER et BORK.

¹²⁴⁶ E. FOX, « The Efficiency paradox », in R. PITOFKY, *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, préc., spéc. p. 77-88.

¹²⁴⁷ En 1977, la Cour reprend explicitement les arguments avancés par l'École de Chicago dans l'affaire *Sylvania* (*Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 1977). Deux ans plus tard, dans l'affaire *Reiter* de 1979 (*Reiter v. Sonotone Corp.* préc.), la Cour fait cette fois expressément référence à l'ouvrage R. BORK, (*The Antitrust Paradox*, préc.) et énonce que « *Congress designed the Sherman Act as a "consumer welfare prescription"* ».

¹²⁴⁸ *Brown Shoe v. United States*, 370 U.S. 294 (1962). Arrêt important de l'ère WARREN, il faut toutefois préciser ici qu'à cette période, la référence à cet objectif de concurrence n'était pas véritablement fondée sur une connivence avec les préceptes de l'École de Chicago. Au contraire, la Cour suprême marque dans cette affaire son appréciation rigoureuse du droit *antitrust* en adéquation avec l'approche structuraliste de Harvard. Elle a considéré en l'espèce que la protection des petites entreprises prévaut également dans le domaine des concentrations verticales.

¹²⁴⁹ *Brown Shoe v. United States*, préc. (« *the legislative history illuminates congressional concern with the protection of competition, not competitors* »).

que les partisans de Chicago¹²⁵⁰. Elle a considéré que les règles *antitrust* doivent moins protéger les intérêts des concurrents sur le marché qu'assurer que la perte de ces derniers ne nuise au bien-être du consommateur à travers la hausse des prix, un rendement limité, ou des choix réduits¹²⁵¹. Plus particulièrement, l'influence de l'École de Chicago s'est traduite, à partir de la fin des années 1970, par l'infléchissement de l'illicéité *per se* au profit d'une analyse placée sous l'empire de la règle de raison.

441. La transposition procédurale des préceptes de Chicago. L'affaire *Brunswick* prolonge cette préférence pour le courant de Chicago dans le cadre des actions privées¹²⁵², témoignant d'une corrélation entre les évolutions des objectifs du droit *antitrust* et le système de mise en œuvre des règles. En considérant que les règles *antitrust* protègent la concurrence et non les concurrents, il en résulte que le requérant ne doit pas seulement prouver son préjudice individuel, mais établir que celui-ci est le résultat d'un comportement qui diminue la concurrence, au détriment du bien-être des consommateurs en général¹²⁵³.

442. Dans ce contexte, certains auteurs ont pu soulever que l'issue aurait pu être différente pour le requérant (d'autres moyens auraient peut-être pu lui donner gain de cause). Notamment, s'il alléguait que les acquisitions en cause donnaient à l'entité un pouvoir sur le marché capable de supprimer la concurrence – par exemple par des comportements stratégiques visant à bloquer l'accès du requérant à des consommateurs ou des fournisseurs – alors l'exigence de l'*antitrust injury*, telle qu'entendue par la Cour dans cet arrêt, aurait été remplie¹²⁵⁴. Pour autant, pour la majorité des observateurs, cette approche de l'*antitrust injury* est le signe d'un alignement de

¹²⁵⁰ V. par exemple pour l'abandon de la « *rule of reason* » en matière de restriction verticale non afférentes à des prix : *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, préc. Cet abandon a été réaffirmé par la suite dans l'arrêt *Broadcast Music Inc (BMI) v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1 (1979). Pour des réflexions doctrinales sur ce point : R. POSNER, « The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision », *U. Chi. L. Rev.*, 1977, vol. 45, p. 1 ; E. M. FOX et D. A. CRANE, (dir.), *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, spéc. p. 205.

¹²⁵¹ Cette conception, consacrée dans l'arrêt *Reiter* de 1979, a été largement reprise par la suite par les cours inférieures. V. not. : *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F. 3d 297, 308 (2007) (« *The primary goal of antitrust law is to maximize the consumer welfare by promoting competition among firms* »). Pour les critiques doctrinales de cette approche, v. not. : A. A. FOER, « The Goals of Antitrust : Thoughts On Consumer Welfare in the U.S. », in P. MARSDEN, (dir.), *Handbook of Research in trans-atlantic Antitrust*, pp. 566-593 ; G. J. WERDEN, « Monopsony and the Sherman Act : Consumer Welfare in a New Light », *Antitrust L. J.*, 2007, vol. 74, p. 707, spéc. p. 735 : l'objectif devrait plutôt être selon lui de « *protect(ing) the people by protecting the competitive process* ».

¹²⁵² L'adage « *le droit antitrust protège la concurrence pas les concurrents* » est explicitement repris au point 488 de l'arrêt *Brunswick*.

¹²⁵³ Conception largement reprise par les cours fédérales. V. not. : *Capital Imaging Assocs., PC v. Mohawk Valley Med. Assos., Inc.*, 996 F. 2d 537 (2d Cir. 1993) (« *Antitrust Laws ensure competition in general (...) is not narrowly focused to protect individual competitors* »).

¹²⁵⁴ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc.

la Cour sur les objectifs économiques du droit *antitrust*¹²⁵⁵, et plus particulièrement les orientations de Chicago. Selon eux, le lien entre l'évolution des buts assignés au droit *antitrust* et la conception du rôle de l'action privée en réparation est évident : ce durcissement des conditions de l'action – par l'exigence d'un préjudice en adéquation avec les objectifs du droit *antitrust* – est le résultat d'un « *New Economic Thinking* » néoclassique qu'ils ont parfois qualifié « *d'analyse économique conservatrice* »¹²⁵⁶. L'arrêt *Brunswick* est intervenu au moment où un grand nombre d'inquiétudes s'exprimaient vis-à-vis du nombre d'actions privées. Il leur apparaît ainsi clair que la nécessité de prouver l'*antitrust injury* constitue un obstacle à ces dernières rendant plus difficile le droit à réparation¹²⁵⁷. Par-là, la Cour souhaitait éviter que les requérants agissent dans l'intention de supprimer les acquisitions en question, qui auraient pourtant pu avoir des effets bénéfiques pour la concurrence¹²⁵⁸.

443. En d'autres termes, la Cour a traduit juridiquement les craintes exprimées par l'École de Chicago vis-à-vis des actions privées. Peu favorables aux actions *stand alone*, les théoriciens de Chicago considèrent que certaines règles ne peuvent être mises en œuvre devant les tribunaux¹²⁵⁹. Alors même qu'ils prônent une intervention publique résiduelle face à un marché capable de se réguler spontanément, ils considèrent – paradoxalement – que si une mise en œuvre du droit *antitrust* est nécessaire, elle doit se faire dans le cadre du *public enforcement*. Cette préférence pour les acteurs publics dans la détermination des pratiques illicites s'explique par leur capacité à faire une analyse « efficiente » des comportements susceptibles de gêner le marché¹²⁶⁰.

444. En définitive, cette consécration de la doctrine de l'*antitrust injury* par la Cour suprême témoigne d'une volonté d'encadrement des actions privées, en adéquation avec les orientations

¹²⁵⁵ W. H. PAGE note en ce sens que « (*o*)ne of the most significant developments in antitrust in the past decade has been the increasing harmonization of the private action with an economic approach through the concepts of antitrust injury and standing » (« The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust injury, and Evidentiary Sufficiency », *Va. L. Rev.*, 1989, vol. 75, pp. 1221 et s., spéc. p. 1270).

¹²⁵⁶ Sur ce point v. l'ouvrage : R. PITOFSKY et a., *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, préc.

¹²⁵⁷ R. D. BLAIR, J. L. HARRISON, « Rethinking Antitrust Injury », *Vand. L. Rev.*, 1989, vol. 42, p. 1539.

¹²⁵⁸ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc.

¹²⁵⁹ W. H. PAGE, « The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust injury, and Evidentiary Sufficiency », *Va. L. Rev.*, 1989, vol. 75, pp. 1221 et s., spéc., p. 1269.

¹²⁶⁰ A. A. FISHER et R. H. LANDE ont par exemple défendu ce point en matière de « *merger case* » dont l'analyse apparaît trop complexe et fastidieuse pour les tribunaux (A. A. FISHER, R. H. LANDE, « Efficiency Considerations in Merger Enforcement », *Calif. L. Rev.*, 1983, vol. 71, p. 1580, spéc., p. 1575).

de l'École de Chicago. Étendue aux autres dispositions du *Sherman Act*¹²⁶¹ ainsi qu'aux actions en cessation sur le fondement de la *Section 16*¹²⁶², cette appréciation du préjudice réparable contribue à réduire la dimension subjective de l'action privée : la preuve du préjudice personnel est désormais insuffisante pour établir l'intérêt à agir. Dans un contexte d'actions principalement engagées en *stand alone*, on exige du requérant qu'il établisse plus strictement l'atteinte au droit *antitrust* et donc à la concurrence elle-même. Plus particulièrement dans le cadre de notre démonstration, ce mouvement témoigne d'un phénomène d'objectivation du contentieux, tant il revient à considérer que l'accès au juge n'est justifié que s'il sert les intérêts de l'ordre concurrentiel dans son ensemble. Cette réorientation doctrinale de la Cour contrevient à la logique théorique sur laquelle repose le concept de *private enforcement* : l'intérêt subjectif du « Procureur privé » ne s'articule, finalement, pas forcément avec l'intérêt objectif de mise en œuvre des règles. Dans la démarche de la Cour suprême, il est justifié de malmenier l'intérêt subjectif du requérant – en refusant la réparation de son préjudice individuel – au motif que celui-ci ne coïncide pas suffisamment avec l'intérêt objectif de l'ordre concurrentiel, tel qu'elle le conçoit. Jamais remise en cause depuis, cette doctrine de l'*antitrust injury* a toutefois été « absorbée » par une redéfinition de l'exigence de l'*antitrust standing*. Ce mouvement d'objectivation s'est, en effet, poursuivi dans la jurisprudence postérieure de la Cour suprême qui procède à une redéfinition des personnes habilitées à agir en tant que « Procureur privé ». Dans l'esprit de la Cour, l'idée devient moins d'empêcher totalement les actions privées que de ne privilégier que celles intentées par des « *requérants appropriés* ».

§ 2 – La redéfinition prétorienne de l'*antitrust standing* ou l'exigence d'un intérêt légitime

445. Dans son second aspect, le processus d'objectivation, observable dans le contentieux *antitrust* américain, se traduit non par une restriction générale de la prise en compte des intérêts subjectifs, mais par une distinction au sein même de ces intérêts. Le resserrement des conditions de l'action – induit par une prédominance de la logique objective – vise en quelque sorte à « faire le tri » entre les intérêts subjectifs qui méritent d'être satisfaits et les autres. Il en découle en cela une ouverture du prétoire aux seuls « Procureurs privés » qui justifient d'un « intérêt

¹²⁶¹ Si cet arrêt concerne la *Section 7*, l'exigence de l'*antitrust injury* a d'ailleurs été étendue aux *Sections 1* et *2* du *Sherman Act*. V. les jurisprudences citées par L. ALTMAN, M. POLLACK, (dir.), *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, 4th ed., 2018, spéc. § 4:48 (disp. sur Westlaw).

¹²⁶² *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.* 479 U.S. 104 (1986). Sur le fondement de la *Section 16*, un requérant peut agir s'il prouve qu'il est confronté à la « menace d'une perte ou d'un dommage » en raison d'une violation des règles *antitrust*. Si le texte même n'indique pas non plus la preuve de l'*antitrust injury*, la Cour a préféré adopter une interprétation similaire, considérant que les deux recours sont complémentaires.

légitime ». Pour ce faire, la Cour suprême a procédé à une redéfinition de l'*antitrust standing*. Désormais, ce dernier implique que le requérant doit non seulement faire la preuve de l'*antitrust injury* mais aussi démontrer qu'il est le requérant le plus légitime à poursuivre le comportement illicite¹²⁶³. La Cour l'a clairement exprimé dans l'affaire *Cargill* de 1986 en relevant que « *la démonstration de l'antitrust injury est nécessaire, mais pas toujours suffisante, puisqu'une partie peut avoir subi un antitrust injury mais ne pas être le requérant approprié sur le fondement de la Section 4 pour d'autres raisons* »¹²⁶⁴. Si l'on peut ainsi rapprocher l'exigence de l'*antitrust standing* de l'établissement du lien de causalité, l'appréciation stricte de ce dernier a été un moyen pour la Cour de se lancer dans la recherche, pour le moins délicate, du « *requérant approprié* » (A). Son rejet établi de l'action des acheteurs indirects s'inscrit en application de ce principe (B).

A) Le resserrement du lien de causalité au service d'une détermination délicate du « requérant approprié »

446. L'appréciation traditionnelle du lien de causalité. L'établissement du lien de causalité entre la pratique et le préjudice constitue une exigence classique dans le cadre d'une action privée. En l'absence d'instruction particulière de la Cour suprême ou du législateur, il est revenu aux cours fédérales de déterminer les contours de l'exigence du lien de causalité. Elles se sont d'abord appuyées sur les concepts connus en *common law*, et plus particulièrement en matière de *tort*¹²⁶⁵. C'est sur la base de ces concepts que, dès les années 1950, les cours ont refusé le *standing* aux requérants qui s'estimaient victimes d'une pratique *antitrust*, mais dont le préjudice apparaissait trop éloigné¹²⁶⁶. Elles énonçaient, par exemple, que le préjudice devait

¹²⁶³ W. PAGE résume les choses ainsi : si l'*antitrust injury* concerne la nature du préjudice réparable, l'*antitrust standing* se concentre sur la proximité du requérant avec le préjudice allégué (W. H. PAGE, « Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury », *U. Chi. L. Rev.*, 1980, vol. 47, p. 467 ; « The Scope of Liability for Antitrust Violations », *Stan. L. Rev.*, 1985, vol. 37, pp. 1445-1512).

¹²⁶⁴ « *a showing of antitrust injury is necessary but not always sufficient.... because a party may have suffered antitrust injury but may not be a proper plaintiff..., for other reasons* » (*Cargill*, 479 U.S.).

¹²⁶⁵ Not. les notions de « *proximate cause* », « *directness of injury* » ou « *certainty of damages* ». V. sur ce point W. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. 1971, pp. 236-37 et 244-46.

¹²⁶⁶ Par exemple un fournisseur, un propriétaire, un créancier, un franchiseur, un employé ou encore un actionnaire : v. les jurisprudences citées par L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, (dir.), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 800. Pour une critique de cette tendance : D. BERGER, R. BERNSTEIN, « An Analytical Framework for Antitrust Standing », préc.

être direct et non indirect¹²⁶⁷ ou que la violation *antitrust* devait être la « cause immédiate » (« *proximate cause* ») du préjudice¹²⁶⁸.

447. La Cour suprême s'est prononcée sur la question particulière de la causalité en 1969. Dans l'arrêt *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.* de 1969¹²⁶⁹, elle a exigé du requérant qu'il établisse la preuve que la violation des règles *antitrust* soit la « *material cause* » de son préjudice. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Hawaii v. Standard Oil Co. Of California* de 1972, elle énonce ainsi que « *(l)es juridictions inférieures ont été pratiquement unanimes à conclure que le Congrès n'avait pas l'intention de faire en sorte que la loi antitrust offre un recours en dommages et intérêts pour tous les préjudices qui pourraient éventuellement être liés à une violation de la législation antitrust* »¹²⁷⁰. Si la Cour reconnaît explicitement que l'exigence d'établir la causalité est plus stricte que celle qui découle de l'Article III, elle n'est toutefois guère venue clarifier la conception du lien de causalité énoncée dans l'affaire *Zenith*.

448. Pour autant, l'appréciation de la causalité n'a pas échappé aux évolutions opérées par la Cour suprême à la fin des années 1970. Il faut noter ici que, la même année que l'arrêt *Brunswick*, la Cour rend l'arrêt *Illinois*¹²⁷¹ dans lequel elle refuse l'intérêt à agir des acheteurs indirects. On comprend dès lors qu'elle entend procéder à la même relecture de la causalité dans le cadre de l'action *antitrust* que celle opérée pour le préjudice réparable. Plus particulièrement, son analyse de la proximité du requérant avec le préjudice allégué va avoir vocation à n'accorder une action qu'aux seuls requérants considérés – selon une formule qui fera florès – comme « *les plus à même de mettre en œuvre efficacement les règles antitrust* » (« *the most likely to effectively enforce the antitrust laws* »). Or, si les acheteurs indirects se sont vus expressément refuser la qualité à agir, les acheteurs directs¹²⁷² ont bénéficié, *a contrario*, du statut de requérants privilégiés¹²⁷³. Pour autant, la détermination de l'*efficient*

¹²⁶⁷ *Loeb v. Eastman Kodak Co.*, 183 Fed. 704 (3d Circ. 1910).

¹²⁶⁸ *Highland Supply Corp. v. Reynolds Metals Co.* (8th Circ. 1964).

¹²⁶⁹ *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, préc.

¹²⁷⁰ *Hawaii v. Standard Oil Co. Of California*, préc. (« *lower courts have been virtually unanimous in concluding that Congress did not intend the antitrust law to provide a remedy in damages for all injuries that might conceivably be traced to an antitrust violation* »).

¹²⁷¹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Cf. *infra*.

¹²⁷² À savoir, ceux qui ont acheté un produit, dont le prix a été artificiellement gonflé en raison d'un comportement *antitrust*, directement auprès de l'auteur du monopole ou du membre du cartel.

¹²⁷³ La doctrine a unanimement interprété la jurisprudence *Illinois* comme la reconnaissance des acheteurs directs comme requérants privilégiés. V. not. sur ce point : E. L. CRAMER et D. C. SIMONS, « Parties entitled to pursue a claim » in. A. A. FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, p. 64 (« *One group of claimants has almost universally been recognized to have antitrust standing for both injunctive relief and money damages (...): direct purchaser* »).

enforcer apparaît, en réalité, plus délicate comme en témoignent les arrêts de principe de la Cour suprême sur cette question. Après avoir présenté l'évolution jurisprudentielle (1), on en tirera les principaux enseignements dans le cadre de notre démonstration (2).

1) L'évolution jurisprudentielle relative au « requérant approprié »

449. L'arrêt *Blue Shield of Virginia v. McCready* de 1982¹²⁷⁴. Dans cette affaire, un titulaire d'une assurance maladie (*McCready*) qui avait eu recours à un psychologue poursuivait sa compagnie d'assurance pour une entente supposée avec des psychologues consistant à exclure de la couverture les services psychologiques. Le défendeur contestait le *standing* du requérant au motif que *McCready* n'était pas un « acheteur direct ». Pour autant, la Cour a considéré que pour déterminer le *standing*, il faut examiner « le lien matériel et économique entre la violation alléguée et le préjudice du demandeur »¹²⁷⁵. Elle rejette l'argument du défendeur selon lequel le préjudice de *McCready* était trop « fortuit » et « incident » (« *too fortuitous and too incidental* ») par rapport à la violation alléguée. Au contraire, la Cour considère que le requérant a bien un intérêt à agir en l'espèce puisque refuser le remboursement aux souscripteurs de l'assurance était le moyen pour *Blue Shield* d'atteindre son but illégal¹²⁷⁶. Son intérêt à agir était comparable à celui d'un consommateur¹²⁷⁷ dont le préjudice personnel est étroitement lié à celui causé au marché par les contrevenants¹²⁷⁸. Par cette solution, la Cour suprême a d'abord semblé montrer qu'elle n'entendait pas limiter l'action aux seuls acheteurs directs. Pourtant, elle a finalement largement restreint la conception du *standing*, un an plus tard, dans l'arrêt de principe sur la question.

450. L'arrêt *Associated General Contractors* de 1983¹²⁷⁹. Dans cette affaire, la Cour énonce qu'une organisation syndicale n'a pas d'intérêt à agir (*standing*) pour attaquer un boycott, certes illégal, de l'association interentreprises défenderesse qui contraignait ses membres à ne pas traiter avec certaines entreprises syndiquées. La Cour constate, tout d'abord, que le syndicat n'est pas une « personne » au sens de la *Section 4* puisqu'il ne correspond ni à un consommateur ni à un concurrent sur le marché affecté. Elle poursuit son raisonnement en deux temps. En premier lieu, en référence à l'exigence de l'*antitrust injury*, la Cour remarque que la nature du

¹²⁷⁴ *Blue Shield of Virginia v. McCready*, préc.

¹²⁷⁵ *Ibid.* pt 478 (« *the physical and economic nexus between the alleged violation and the harm of the plaintiff* »).

¹²⁷⁶ *Ibid.* pts 478-79.

¹²⁷⁷ *Ibid.* pt 480.

¹²⁷⁸ *Ibid.* pt 483-484.

¹²⁷⁹ *Associated General Contractors, Inc. V. California State Council of Carpenters*, 459 U. S. 519 (1983).

préjudice était peu claire, car il était difficile d'établir si « *les intérêts (du syndicat) seraient servis ou desservis par l'amélioration de la concurrence sur le marché* »¹²⁸⁰. En second lieu, à propos du *standing* à proprement parlé, la Cour observe que le lien de causalité entre le préjudice supposé du syndicat et la restriction du défendeur était vague, indirect et spéculatif. Plus particulièrement, la Cour suprême pose dans cet arrêt cinq critères pour établir la causalité et donc le *standing* : (1) le lien de causalité entre la violation et le préjudice allégué¹²⁸¹ (2), la nature du préjudice invoqué et son rapport avec les objectifs des règles *antitrust* notamment en matière de protection du bien-être du consommateur¹²⁸² (3), le caractère potentiellement spéculatif du préjudice allégué¹²⁸³ (4), le risque de réparation multiple (« *duplicative recovery* ») et enfin (5) l'existence d'une victime plus directe¹²⁸⁴. En l'espèce, elle considère que le syndicat requérant n'est pas parvenu à prouver son intérêt à agir, car il ne démontre pas un lien direct entre le préjudice allégué et la limitation de la concurrence.

En contradiction avec l'arrêt *McCready* rendu un an plus tôt, cette solution laisse entendre qu'en l'espèce les entreprises soumises au boycott apparaissaient plus directement touchées et auraient donc été les « *requérants les plus appropriés* ». Si l'on a pu penser, à la suite de cet arrêt, que seuls les consommateurs ou les concurrents ont potentiellement un intérêt à agir¹²⁸⁵, des interrogations ont finalement jailli quant à la détermination de l'intérêt à agir d'un concurrent¹²⁸⁶.

¹²⁸⁰ *Ibid* pt 539 (« *whether the union's interests would be served or disserved by enhanced competition in the market* »). Elle poursuit : « *A union's primary goal is to enhance the earnings and improve the working conditions of its membership; that goal is not necessarily served, and indeed may actually be harmed, by uninhibited competition among employers striving to reduce costs in order to obtain a competitive advantage over their rivals (...) a union in its capacity as bargaining representative, will frequently not be part of the class the Sherman Act was designed to protect* ».

¹²⁸¹ *Ibid*. pt 537. Paradoxalement, la Cour ne précise pas la teneur du lien de causalité mais continue de se référer au concept général de « *proximate cause* » établi en matière de *tort*. Celui-ci consiste globalement à vérifier si la violation constitue le facteur déterminant du préjudice du requérant et si ce dernier était prévisible au regard de la conduite du contrevenant. V. not. sur ce point E. L. CRAMER et D. C. SIMONS, « Parties entitled to pursue a claim » in. A. A. FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, p. 71.

¹²⁸² *Ibid*. pt 538 « *the nature of the plaintiff's alleged injury is linked with the antitrust laws' purpose of assuring customers the benefits of price competition and (...) protecting the economic freedom of participants in the relevant market* ».

¹²⁸³ *Ibid*. pt 542.

¹²⁸⁴ *Ibid*. (« *a more immediate victims of coercion by defendants* »).

¹²⁸⁵ E. T. SULLIVAN, J. F. HARRISON, (dir.), *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, LexisNexis Law School Publishing, 6th ed., 2014, p. 55.

¹²⁸⁶ Il était déjà question d'un concurrent dans l'affaire *Brunswick*. Toutefois, il s'agissait d'un « *merger case* ». La Cour étend ici sa jurisprudence dans l'hypothèse de l'action d'un concurrent qui conteste « *resale price maintenance schemes that were illegal per se* ».

451. L'arrêt *Atlantic Richfield Co. V. USA Petroleum Co* de 1990¹²⁸⁷. En l'espèce, un concurrent (un vendeur de gaz indépendant) de l'entreprise *Atlantic Richfield* invoque un préjudice en raison d'un accord vertical de fixation de prix maximal conclu entre *Atlantic Richfield* et ses distributeurs, à l'époque des interdictions *per se* de la Section 1 du *Sherman Act*. Cet accord limite, selon le requérant, la capacité des distributeurs d'augmenter les prix de vente au détail du carburant. Il estime qu'en l'absence d'un tel accord, les distributeurs d'*Atlantic Richfield* auraient pu augmenter leurs prix, limitant ainsi la pression concurrentielle sur les propres revendeurs du requérant.

452. La Cour reconnaît que la fixation de prix maximal constitue une interdiction *per se* puisque cela empêche la concurrence à l'instar des prix minimums. Cependant, elle estime d'une part que la capacité du requérant à concurrencer en tant qu'opérateur indépendant n'est pas remise en cause par ledit comportement et, d'autre part, qu'il n'est pas un consommateur directement affecté par ce dernier. Si elle reconnaît que le requérant a probablement subi une perte de ses ventes en raison des prix considérablement réduits, elle considère que cela correspond à « l'essence même de la concurrence » et non à une violation *antitrust*¹²⁸⁸. La Cour rappelle ainsi que l'exigence de l'*antitrust injury* implique qu'un concurrent ne peut pas se contenter d'apporter la preuve qu'il a personnellement subi une perte de profit ou de clientèle, mais qu'il doit avoir été victime d'une pratique qui réduit la concurrence : son préjudice doit être en lien avec l'objectif des règles *antitrust*. Elle précise enfin que le simple fait que la pratique constitue une interdiction *per se* ne signifie pas que le requérant soit forcément lésé par celle-ci¹²⁸⁹.

453. Cette solution prolonge la jurisprudence *Brunswick*. Non seulement la Cour réaffirme l'insuffisance du préjudice personnel pour justifier l'action en réparation d'un concurrent, mais elle précise également que la preuve de la violation de la règle *antitrust* ne justifie pas pour autant son action. Dans l'affaire *Brunswick*, la Cour suprême ne s'était en effet pas intéressée à la question de savoir si lesdites acquisitions étaient réellement anticoncurrentielles et auraient causé préjudice aux consommateurs. Or, dans l'arrêt *Atlantic* il fait peu de doute que le préjudice du concurrent résulte d'une conduite *antitrust* qui fausse la concurrence puisqu'il s'agit d'une interdiction *per se*. Pour autant, les préjudices liés à ces pratiques de fixation de prix s'inscrivent, selon la Cour, uniquement dans le cadre d'une relation vendeur/acheteur. Elle

¹²⁸⁷ *Atlantic Richfield Co. V. USA Petroleum Co.*, préc.

¹²⁸⁸ *Ibid.* pt 338.

¹²⁸⁹ *Ibid.* pt 344 (« *proof of a per se violation and of antitrust injury are distinct matters that must be show independently* »).

concluait que le concurrent ne bénéficiait pas d'un intérêt légitime (« *proper incentives* ») pour protéger les droits des distributeurs ou consommateurs d'*Atlantic Richfield*¹²⁹⁰, lesquels apparaissaient pour la Cour suprême comme de meilleurs requérants.

2) Les enseignements de la doctrine du « requérant approprié »

454. De cette évolution jurisprudentielle, il faut tout d'abord en souligner les limites quant à la définition des critères nécessaires à l'établissement du *standing* par la Cour suprême. Il suffit pour s'en convaincre de constater les doutes qui ont émergé au niveau des cours fédérales inférieures quant à l'appréciation des cinq critères établis dans l'arrêt *Associated General Contractors*. Ceux-ci sont apparus comme des indications peu éclairantes pour les juridictions inférieures qui ont pu se demander : quel poids accordé à chaque critère ? Ceux-ci sont-ils cumulatifs¹²⁹¹ ? Pour autant, au-delà de cette difficulté technique, la volonté, à peine dissimulée, de la Cour suprême de rendre plus difficile l'établissement du *standing* a trouvé un écho dans la jurisprudence des juridictions fédérales inférieures¹²⁹². À cet égard, un auteur note qu'« (a)vec le temps, les cours d'appel ont commencé à considérer ces facteurs non seulement comme un indicateur de la qualité pour agir, mais aussi comme un élément d'un effort visant à trouver des “efficient enforcers” de la loi antitrust »¹²⁹³. Autrement dit, elles ont utilisé ces critères pour « tester la motivation et la capacité des requérants à mettre en œuvre le droit antitrust »¹²⁹⁴. Dans ce contexte, alors que les concurrents pourraient être considérés comme des requérants privilégiés pour intenter une action en matière *antitrust*¹²⁹⁵, les cours fédérales inférieures se sont progressivement montrées hostiles à leur action. En adéquation avec la

¹²⁹⁰ *Ibid.* (« *a competitor is not injured by the anticompetitive effects of vertical maximum price-fixing and does not have any incentive to vindicate the legitimate interests of a rival's dealer* »).

¹²⁹¹ Par exemple dans l'affaire *In re Lowre Lake Erie Iron Ore Antitrust Litigation*, (998 F. 2D. at 1166) une *Circuit court* reconnaît que le poids accordé à chaque critère varie selon les circonstances de l'affaire ou encore dans l'affaire *Am. Ad. Mgmt.* (190 F. 3d. at 1055) une autre reconnaît qu'aucun des critères n'est réellement décisif, jurisprudences citées par E. L. CRAMER et D. C. SIMONS, « Parties entitled to pursue a claim » in A. A. FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, p. 71.

¹²⁹² Les tribunaux eux-mêmes le reconnaissent explicitement. V. not. : *Arroyo-Melecio v. Puerto Rican Am. Ins. Co.*, 398 F. 3d 56, 72 (1st Cir. 2005): « *(I)n many ways, the standing question is the most difficult issue in a case* »

¹²⁹³ E. L. CRAMER et D. C. SIMONS, « Parties entitled to pursue a claim » in A. A. FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc. p. 71 (« *over time, courts of appeal began to view these factors not only as a gauge of standing, but as a part of an effort to find “efficient enforcers” of the antitrust law* »).

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ E. L. CRAMER, D. C. SIMONS, « Parties entitled to pursue a claim » in A. A. FOER, R. M. STUTZ, *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc. p. 89 (« *the classic group of plaintiffs authorized to bring antitrust suit* »). L'auteur cite un arrêt de la 3^{ème} *Circuit Court* de 2000 dans lequel celle-ci énonce « *(g)enerally only competitors and consumers will suffer antitrust injury* » (*Carpet Group Int'l v. Oriental Rug Imps. Inc.*, 227 F. 3d 62, 77, 3d Cir. 2000).

doctrine de Chicago, elles ont eu tendance à rejeter leur action dans les hypothèses où les comportements du défendeur sont favorables au bien-être du consommateur en général¹²⁹⁶.

455. Aussi, et plus particulièrement dans le cadre de notre démonstration, la recherche du « requérant approprié » témoigne clairement d'un choix jurisprudentiel en faveur d'une restriction dans la prise en compte des intérêts subjectifs. Or, on peut rappeler ici que cette appréciation restrictive du *standing* s'inscrit en contradiction non seulement avec la lettre même des *Sections* 4 et 16 et de l'article III de la Constitution¹²⁹⁷, mais aussi, et surtout, avec les intentions du législateur. Au regard de l'histoire du processus législatif du *Sherman et Clayton Act*, il est relativement clair que le Congrès n'entendait pas limiter l'intérêt à agir, mais souhaitait que toute personne puisse agir en justice¹²⁹⁸. Au-delà de l'influence constatée de l'École de Chicago sur ce point, cette volonté de la Cour suprême de rechercher l'*efficient enforcer* constitue une confirmation de l'accroissement de la logique objective, au détriment de la finalité subjective dans le contentieux *antitrust* : il s'agit moins d'accorder une réparation à toute personne qui s'estime victime qu'à garantir une action au requérant le plus à même de mettre en œuvre efficacement les règles *antitrust*. Cette conception de l'intérêt à agir, sous-jacente dans la construction de l'exigence de l'*antitrust injury*, traduit la volonté de la Cour d'accorder une action aux requérants qui ont une motivation appropriée à l'action (« *proper incentive* »). C'est précisément en application de cette approche que les acheteurs indirects se sont vus explicitement refuser ce statut de « requérant approprié ».

¹²⁹⁶ E. L. CRAMER, D. C. SIMONS, « Parties entitled to pursue a claim », préc. p. 89. Ils citent notamment l'arrêt *Capital Imaging Assocs. de 1993 (Capital Imaging Assocs. P. C. v. Mohawk Valley Med. Assoc., Inc., 996 F. 2d 537, 543, 2d Cir. 1993* : « *Antitrust laws ensure competition in general and is not narrowly focused to protect individual competitors* »).

¹²⁹⁷ Les cours fédérales assument la différence : « *Standing in an antitrust case involves more than the "case or controversy" requirement that drives constitutional standing. ... Antitrust standing is best understood in a general sense as a search for the proper plaintiff to enforce the antitrust laws The federal courts ... have not interpreted section 4 [of the Clayton Act] as expansively as its literal language suggests* » (*Todorov v. DCH Healthcare Authority, 921 F.2d 1438, (11th Cir.1991)* ou encore « *Antitrust standing is distinct from constitutional standing, in which a mere showing of harm in fact will establish the necessary injury. ... In addition to injury in fact to the plaintiff's business or property caused by the antitrust violation, ... antitrust standing for a private plaintiff requires a showing of a special kind of 'antitrust injury,' as well as a showing that the plaintiff is an 'efficient enforcer' to assert a private antitrust claim* » (*Port Dock & Stone Corp. v. Oldcastle Northeast, Inc., 507 F.3d 117, 2007-2 (2d Cir. 2007)*), jurisprudences citées par L. ALTMAN, M. POLLACK, (dir.), *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, préc.

¹²⁹⁸ Cf. *supra*, §107 sur la place de la finalité subjective dans les travaux préparatoires du Congrès. Sur ce point v. not. : D. BERGER, R. BERNSTEIN, « An Analytical Framework for Antitrust Standing », *Yale L. J.*, 1977, vol. 86, pp. 809-883 (« *Both the Senate and the House debates on the Sherman Act recognized the important role of private damage suits in the enforcement of the antitrust laws. As far as can be discerned, however, Congress paid no attention to whether certain classes of plaintiffs would be denied standing to sue under the "by reason of" language of § 7 of the Sherman Act, the predecessor of § 4 of the Clayton Act* »). Il cite les propos du Sénateur MORGAN in 21 CONG. REC. 4098 (1890).

B) Le rejet de l'action des acheteurs indirects en application du principe du « requérant approprié »

456. Depuis l'arrêt *Illinois* de 1977, la règle de l'*indirect purchaser*, selon laquelle seuls les acheteurs directs d'un produit ayant fait l'objet d'un cartel ou d'actes de *monopolization* sont autorisés à agir en dommages et intérêts triples, est largement établie en droit américain *antitrust* (1). Cette exclusion des acheteurs indirects de la catégorie des « requérants privilégiés » s'inscrit clairement dans la tendance identifiée jusqu'à présent en ce qu'elle a eu pour effet de réduire drastiquement les actions en réparation du préjudice subi à la suite d'une pratique *antitrust*. Toutefois, si elle a été la règle depuis plus de 40 ans, cette solution a été nuancée dans la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême. Interrogée suite à une plainte visant à contester un monopole d'*Apple* sur le marché des applications, la haute juridiction a reconnu la qualité à agir des utilisateurs d'iPhone. Or, même si l'on ne saurait présager d'un véritable revirement, cette affaire témoigne en tout cas à la fois d'un infléchissement de la solution *Illinois* (2).

1) Une solution consacrée : les affaires *Hanover* et *Illinois Brick*

457. Présentation de la situation. Une violation des règles *antitrust* crée, dans la majorité des cas, des dommages en chaîne et s'est ainsi posé la question des victimes « acheteurs indirects ». Contrairement aux acheteurs directs qui ont directement contracté avec l'auteur de la pratique *antitrust*, les acheteurs *indirects* en subissent seulement le surcoût. Si le droit de l'Union a fait le choix de consacrer une solution expressément contraire¹²⁹⁹, la Cour suprême a d'une part, rejeté la défense de répercussion des surcoûts du défendeur et d'autre part, restreint la qualité à agir aux acheteurs directs, considérés comme les véritables *efficient enforcers* selon la Cour¹³⁰⁰.

458. L'arrêt *Hanover Shoe*, le refus du « passing-on » comme moyen de défense. La Cour a énoncé très tôt que le « *passing on* » ne constituait pas un moyen de défense dans le cadre d'une action *antitrust*¹³⁰¹ mais a consacré cette solution dans l'arrêt *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp*¹³⁰². Dans cette affaire, un fabricant de chaussures, *Hanover*, avait agi en dommage et intérêt contre le fabricant des équipements (*United Shoe*) en alléguant que la politique de ce dernier, consistant à louer les machines sans les vendre, constituait un monopole

¹²⁹⁹ Cf. art. 13 et 14 de la directive 2014/104. Cf. *infra*, §496 et s.

¹³⁰⁰ *Blue Shield of Va. V. McCready*, préc.

¹³⁰¹ *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. City of Atlanta*, 203 U.S. 390 (1906).

¹³⁰² *Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

interdit par la *Section 2* du *Sherman Act* d'une part, et augmentait son coût de fabrication d'autre part. *United* se défendait en arguant que *Hanover* ne subissait pas de préjudice puisqu'il répercutait les coûts sur les acheteurs en augmentant le prix des chaussures. Les tribunaux inférieurs puis la Cour suprême ont rejeté le moyen de défense.

459. En premier lieu, la Cour suprême soulignait par cette solution les difficultés à déterminer précisément la répercussion. Elle reconnaissait explicitement que la solution était d'abord pragmatique : il s'agissait pour la Cour de simplifier l'établissement de la preuve afin d'éviter aux requérants ainsi qu'aux cours fédérales une analyse économique trop complexe¹³⁰³. En second lieu, la Cour exprimait plus largement un choix politique : le *Clayton Act* visait à faire des *treble damage* un moyen efficace de dissuasion des violations *antitrust* en garantissant un droit d'action au requérant le plus intéressé par la fin de l'atteinte. Or dans cette affaire, les fabricants de chaussures étaient les requérants les plus appropriés puisque les acheteurs semblaient pour leur part trop éloignés de la violation. Après avoir rejeté l'utilisation du *Passing-on* comme moyen de défense dans cette affaire, la Cour a refusé la qualité à agir de la victime indirecte en 1977 dans l'arrêt *Illinois*.

460. La doctrine *Illinois*. Dans l'arrêt *Illinois Brick*¹³⁰⁴, l'État de l'Illinois ainsi que 700 entités gouvernementales locales poursuivaient des producteurs de blocs de béton pour des fixations illégales de prix. Les requérants étaient des victimes indirectes puisque les blocs étaient vendus par les producteurs à ses cocontractants à savoir des entreprises de maçonnerie. Le requérant demandait à la Cour d'adopter une lecture restrictive de l'arrêt *Hanover* en autorisant les victimes indirectes à faire la preuve que le surcoût avait été répercuté sur elles. Pour autant, la Cour a considéré que si l'argument de la répercussion des surcoûts n'est pas recevable comme moyen de défense (*Hanover*), il ne peut réciproquement être invoqué par le requérant. Elle ajoutait dans cette affaire que la reconnaissance de la répercussion des surcoûts pour le requérant poserait un risque de « *multiple liability* » (multiplication des recours) pour le défendeur.

461. Critique de la doctrine *Illinois*. Cette décision a suscité de vives controverses au sein même des institutions juridiques et politiques. Dans son opinion dissidente, le Juge BRENNAN reprochait à cette solution de limiter l'objectif de réparation des victimes¹³⁰⁵. La Chambre des

¹³⁰³ *Ibid.* 492-93 (« (it) would normally prove insurmountable requiring additional long and complicated proceedings involving massive evidence and complicated theories »).

¹³⁰⁴ *Illinois Brick Co v. Illinois*, préc.

¹³⁰⁵ *Illinois Brick Co v. Illinois*, préc. pt 748 (BRENNAN J.).

représentants et le Sénat avaient, pour leur part, fait des propositions afin de remettre en cause cette interdiction d'agir pour les victimes indirectes¹³⁰⁶. Si ces propositions bénéficiaient du soutien des États fédérés et des agences fédérales, elles faisaient, en revanche, l'objet de fortes contestations du côté des acteurs économiques¹³⁰⁷. Aucune loi n'est finalement intervenue, mais beaucoup d'États fédérés ont changé leur législation ou adapté leur jurisprudence afin d'offrir un recours aux victimes indirectes¹³⁰⁸. Chez les auteurs, cette solution a été critiquée dès l'origine¹³⁰⁹. Ils ont, notamment, été divisés sur cette question de la répercussion des surcoûts. Certains ont défendu la solution *Illinois* : notamment, de manière peu surprenante, les représentants de l'École de Chicago¹³¹⁰. D'autres, en revanche, ont été plus nuancés¹³¹¹, voire largement plus critiques¹³¹². La principale critique consistait à souligner que cette impossibilité pour les victimes indirectes d'agir prive une grande majorité de victimes d'agir sur le fondement de la *Section 4* du *Clayton Act*. Dans le cadre de notre démonstration, il apparaît ainsi clairement que ces solutions *Hanover Shoe* et *Illinois* sont le reflet d'un choix déterminé de la Cour suprême : les intérêts subjectifs du requérant et, plus globalement, la fonction compensatoire du *private enforcement* sont sacrifiés sur l'autel des impératifs plus objectifs de confiscation et

¹³⁰⁶ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 806.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ V. sur ce point relative au « *repealer Statutes* » : *Antitrust Modernization Comm., Report and Recommendations* 279 n. 22 (Apr. 2007), cité par A. A. FOER et R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc. p. 84 ou encore l'arrêt *Bunker's Glass Co. v. Lorillard Tobacco Co.*, 75 P.3d 99, 104 (Ariz. 2003) dans lequel la Cour énonçait que les victimes indirectes sont autorisées à agir en réparation sur le fondement du droit *antitrust* d'Arizona et faisait la liste de 25 autres États ayant adopté la même solution.

¹³⁰⁹ A. I. GAVIL, « Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation », *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 69, 2001, p. 860 et s.

¹³¹⁰ W. M. LANDES, R. A. POSNER, « Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick », *U. Chi. L. Rev.*, 1979, vol. 46, p. 602, ; « The Economics of Passing On: A reply to Harris and Sullivan », *U. Pa. L. Rev.*, 1980, vol. 128, p. 1274 ; P. A. VITON, C. M. WINSTON, « Passing On the Monopoly Overcharge: The Welfare Implications », *U. Pa. L. Rev.*, 1981, vol. 129, p. 1516 ; R. COOTER, « Passing On the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory », *U. Pa. L. Rev.*, 1981, vol. 129, p. 1523.

¹³¹¹ H. HOVENKAMP, « The Indirect Purchaser Rule and Cost-Plus Sales », *Harv. L. Rev.*, 1990, vol. 103, p. 1717, spéc. pp. 1723-1731 : l'auteur défendait certains aspects de la règle de la répercussion des surcoûts mais demandait une exception plus large à cette interdiction de principe.

¹³¹² R. HARRIS, L. SULLIVAN, « Passing on the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis », *U. Pa. L. Rev.*, 1979, vol. 128, p. 269, spéc. pp. 303-309 : les auteurs proposaient une critique théorique et empirique de cette solution et supportaient la législation voulant y mettre un terme. Ceux-ci ont également répondu par articles interposés aux défenseurs de cette règle : R. HARRIS, L. SULLIVAN, « Passing On the Monopoly Overcharge : A Respond to Landes and Posner », *U. Pa. L. Rev.*, 1980, vol. 128, p. 1280 ; « More On Passing On : A Reply to Cooter and to Vinton and Winston », *U. Pa. L. Rev.*, 1981, vol. 129, p. 1533.

de punition¹³¹³. Sans pouvoir encore parler d'un véritablement revirement, une affaire récente tend néanmoins à nuancer cette position vieille de plus de 40 ans.

2) Une solution nuancée ? Illustration de l'affaire Apple

462. Les origines de l'affaire Apple. Dans l'arrêt du 13 mai 2019¹³¹⁴, la Cour suprême a, au terme d'un vote à une courte majorité (5 voix contre 4), reconnu la qualité à agir des utilisateurs d'*Apple* pour contester son monopole sur le marché de la vente d'applications. L'affaire a commencé en 2011 lorsque quatre utilisateurs d'*iPhone* ont intenté une action en Californie contre la firme pour abus de position dominante (*monopolization*). Le nœud du litige réside dans le système de fonctionnement de la plateforme de téléchargement d'applications d'*Apple* qui n'autorise les utilisateurs à télécharger et acheter des applications qu'en passant par la boutique *App Store*. Leur prix de vente subit une hausse en raison de la commission de 30 % que les fournisseurs (des développeurs d'applications) paient à *Apple* pour pouvoir les proposer sur ladite plateforme. Or, en effectuant leur achat auprès d'*Apple* et non des développeurs, les utilisateurs subissent le surcoût de la commission. Ils contestent ainsi le prix des applications en alléguant que, s'ils pouvaient les acheter sur d'autres plateformes, le prix serait plus bas.

463. *Apple* a soulevé une fin de non-recevoir (*motion to dismiss*). S'abritant derrière la doctrine *Illinois Brick* qui limite l'action aux acheteurs directs, l'entreprise considère que l'action des consommateurs n'est pas recevable. Selon elle, les utilisateurs achètent auprès des fournisseurs des applications et se trouvent donc être des acheteurs indirects qui ne sont pas habilités à agir. Dans ce contexte, ce sont les fournisseurs et non les consommateurs qui subissent la commission de 30 %.

464. La défense aurait pu être pertinente au regard du test « *Illinois Brick* ». La première *district court* a d'ailleurs donné raison à *Apple* en première instance en rejetant la plainte des requérants. En revanche, la cour d'appel (la Neuvième *Circuit Court*) a infirmé le jugement de première instance en considérant que les requérants sont des acheteurs directs lorsqu'ils se fournissent

¹³¹³ La doctrine américaine s'accorde largement sur ce point, V. not. : A. A. FOER, « The Ideal Model of Private Enforcement of Competition Law », préc., p. 11 ; G. OLSEN, « Passing On Defence », *Comp. Law. Insight*, mai 2005.

¹³¹⁴ *Apple Inc. V. Pepper et al.*, 587 U.S., (2019). Pour des commentaires en anglais : H. HOVENKAMP, « Apple v. Pepper : Ratioanlizing Antitrust's Indirect Purchaser Rule », *Columbia L. Rev.*, 2020, pp. 14-28. Ou encore celui de la *Harvard Law Association* (« Antitrust Trade and Regulation – Antitrust Standing – Apple Inc. V. Pepper » *Harv. L. Rev.*, 2019, vol. 133, pp. 382-391).

sur l'*App Store*¹³¹⁵. La Cour a choisi de répondre à la demande d'*Apple* qui lui demandait de se prononcer pour faire valoir son point de vue.

465. La reconnaissance des utilisateurs d'Iphone comme des « acheteurs directs ». Le juge KAVANAUGH, qui écrit pour la majorité, a pris le soin de préciser le cadre et l'enjeu du litige. Il énonce que la seule question qui se pose, à ce stade du litige, consiste à savoir si les consommateurs ont la qualité à agir en tant que requérants appropriés et, plus particulièrement, s'ils peuvent être considérés comme des acheteurs directs d'*Apple*¹³¹⁶. Répondant par l'affirmative à ces questions, la Cour a confirmé la solution de la cour d'appel en énonçant que les utilisateurs sont bien des acheteurs directs qui ont qualité à agir contre Apple pour un potentiel monopole¹³¹⁷. Au regard du modèle de distribution de la marque, les propriétaires d'*iPhone* ne sont pas des consommateurs au bas de la chaîne de distribution. Pour la Cour, cette solution résulte non seulement du texte de la *Section 4* du *Clayton Act* mais aussi de sa jurisprudence antérieure. Une « lecture large » de la *Section 4* peut inclure l'action de consommateurs qui agissent contre un détaillant se plaçant potentiellement en situation de monopole¹³¹⁸. Plus particulièrement, la majorité considère que la défense d'*Apple* reviendrait à opérer une relecture de la ligne claire posée dans sa jurisprudence *Illinois*. Selon elle, cette dernière implique simplement que les acheteurs indirects, trop éloignés de la violation alléguée, ne sont pas autorisés à agir¹³¹⁹. Or, contrairement à la situation visée dans *Illinois*, les juges ont considéré en l'espèce que la doctrine *Illinois* penche en faveur du requérant puisqu'il n'y a « aucun intermédiaire dans la chaîne de distribution entre Apple et les consommateurs »¹³²⁰. En définitive, la défense d'*Apple* revient ainsi à « élaborer une feuille de route pour éviter les

¹³¹⁵ *Apple iPhone Antitrust Litigation, Pepper v. Apple*, N° 14-15000 (9th Cir. 2017) (« (...) the plaintiffs were direct purchasers of iPhone apps from Apple, rather than the app developers, and therefore had standing to sue under *Illinois Brick* »).

¹³¹⁶ *Apple Inc. V. Pepper et al.*, préc. (« [t]he sole question presented at this early stage of the case is whether these consumers are proper plaintiffs for this kind of antitrust suit [...] whether the consumers were 'direct purchasers' from Apple »).

¹³¹⁷ *Ibid.* La majorité répond qu'il apparaît « undisputed that the iPhone owners bought the apps directly from Apple [...] under *Illinois Brick*, the iPhone owners were direct purchasers who [could] sue Apple for alleged monopolization ».

¹³¹⁸ *Ibid.* (« that broad text readily covers consumers who purchase goods and services at higher-than-competitive prices from an allegedly monopolistic retailer »).

¹³¹⁹ *Ibid.* (« bright-line rule of *Illinois Brick* (means only that) indirect purchasers who are two or more steps removed from the antitrust violator in a distribution chain may not sue »).

¹³²⁰ *Ibid.* (« no intermediary in the distribution chain between Apple and the consumer »).

actions antitrust »¹³²¹ et la Cour se refuse à donner « un feu vert aux détaillants en position de monopole pour qu'ils en abusent »¹³²².

466. Au contraire, dans son opinion dissidente, le juge GORSUCH considère que la jurisprudence *Illinois* aurait dû protéger *Apple* de l'action des consommateurs. Selon lui, la bonne solution consistait en une application stricte et rigoureuse de la solution *Illinois*. Son positionnement apparaît, toutefois, peu surprenant. Nommé en 2017 sur proposition de Donald TRUMP, il exprime la position de la partie conservatrice à la Cour suprême, prônant une approche originaliste des textes, plutôt partisane du monde des affaires. Dans cette affaire, il considère ainsi que la solution de la majorité, en contradiction avec la doctrine *Illinois*¹³²³, soulève des questions d'évaluation du dommage et constitue un risque de réparation multiple¹³²⁴, *Apple* pouvant être poursuivi à la fois par des consommateurs et par des développeurs. Si sa position est peu surprenante, celle du juge KAVANAUGH, en revanche, interpelle : il s'est écarté de sa majorité conservatrice plutôt réticente au *private enforcement*¹³²⁵.

467. Portée. Malgré son fort retentissement¹³²⁶, l'on pourrait d'abord nuancer son caractère novateur. La reconnaissance de la qualité à agir des consommateurs est en soi peu surprenante, car leur statut de « requérants appropriés » n'a jamais été remis en cause¹³²⁷. L'étude de la redéfinition des conditions pour agir dans un sens plus restrictif a principalement visé les concurrents ou les opérateurs économiques se situant sur la même chaîne de distribution. L'infléchissement de la doctrine *Illinois* serait ainsi simplement au service de l'action des requérants qualifiés par principe de « requérants appropriés ».

¹³²¹ *Ibid.* (« provide a roadmap for . . . evad[ing] antitrust claims »).

¹³²² *Ibid.* (« We decline to green-light monopolistic retailers to exploit their market position in that way. We refuse to rubber-stamp such a blatant evasion of statutory text and judicial precedent »).

¹³²³ « (Illinois Brick) held that an antitrust plaintiff can't sue a defendant for overcharging someone else who might (or might not) have passed on all (or some) of the overcharge to him.” Les affirmations du requérant “depend[on just [that] sort of pass-on theory (...)]because plaintiffs effectively seek to recover an alleged overcharge imposed on app developers in the first instance ».

¹³²⁴ « will necessitate a complex inquiry into how Apple's conduct affected third-party pricing decisions (and) raise difficult questions about apportionment of damages . . . along with the risk of duplicative damages awards ».

¹³²⁵ Pour une position plus nuancée compte tenu de l'ambivalence des républicains vis-à-vis des GAFAM : cf. *infra*, §791 et s.

¹³²⁶ Au-delà de son retentissement médiatique, reflet du fort mouvement de contestation qui retranspire l'opinion publique américaine vis-à-vis des GAFAM, cet arrêt a eu un retentissement prévisible dans le monde académique aux États-Unis mais aussi dans l'Union. Pour un commentaire en langue française, v. not. : J.-C. RODA, « États-Unis : La Cour suprême des États-Unis juge que les utilisateurs d'Applications pour téléphones sont des acheteurs directs et ont qualité à agir contre la plateforme qui les distribue (*Apple / Pepper*), 13 mai 2019 », *Concurrences* n° 3-2019, pp. 208-211.

¹³²⁷ Sur la notion : Cf. *supra*, §419 et s.

468. Pour autant, il apparaît clairement que la Cour suprême ne fait pas une application de la règle du précédent, mais procède, au contraire, par *distinguishing*. En cela, elle marque par cet arrêt une évolution intéressant notre démonstration dès ce stade de l'étude ¹³²⁸. Deux enseignements peuvent être déduits de ce raisonnement.

469. D'une part, si cette solution ne bouleverse pas la doctrine du « requérant approprié » pour les consommateurs, elle marque en revanche leur retour comme « Procureurs privés ». Premières victimes des obstacles posés aux *class actions*¹³²⁹, les consommateurs se sont vus progressivement fermer l'accès au prétoire. Par la reconnaissance de la qualité à agir des consommateurs d'*Apple*, l'arrêt de la Cour suprême envoie en effet un signal fort à destination des consommateurs qui sont invités à se regrouper pour cibler les pratiques des plateformes (*Uber, Amazon*) dans le cadre de *class actions*.

470. D'autre part, et de manière plus innovante encore, la Cour suprême ne ferme pas la voie à la reconnaissance d'autres « requérants appropriés », à savoir les autres opérateurs économiques qui gravitent autour de la société Apple. Si l'action des développeurs d'application n'apparaissait déjà pas inenvisageable au regard du présent arrêt de la Cour suprême¹³³⁰, la décision d'une juridiction californienne du 24 août 2020¹³³¹ en constitue une confirmation : celle-ci a accepté la plainte du développeur du jeu vidéo *Fortnite* remettant à son tour en cause le modèle économique d'*Apple*¹³³².

471. Conclusion de la section 1. Pour conclure, l'étude de l'évolution jurisprudentielle relative aux conditions de l'action du particulier est le témoin d'un durcissement des conditions d'accès à la réparation. Après avoir ajouté une exigence supplémentaire à la démonstration du préjudice réparable (*antitrust injury*), la Cour suprême a exigé du plaignant qu'il apporte la preuve d'un intérêt spécifique : un « intérêt *antitrust* à agir » (*antitrust standing*). Loin d'être encore

¹³²⁸ On reviendra sur sa portée dans le dernier titre de la thèse : Cf. *infra*, §789, spéc., §791 et s.

¹³²⁹ Cf. *infra*, §678 et s.

¹³³⁰ Certes, l'arrêt de 2019 ne se prononce pas explicitement sur le cas de la qualité à agir des développeurs d'application. Pour autant, d'aucuns notent que leur reconnaissance en tant qu'« d'acheteurs directs » n'apparaît pas impossible. V. sur ce point : M. HAUSFELD, I. SCHER et M. SPERO, « Applying Amex : When Two-Sided Platforms Become One Market », *Antitrust*, Fall 2018, p. 27 et s.

¹³³¹ U.S. District Court Northern District of California, *Epic Games Inc., vs Apple Inc.*, Case N° 4 : 20cv-05640-YGR, 24 August 2020. Sur ce point : W. CHAIEHLOUJI, « États-Unis : l'U.S. District court du district nord de Californie reçoit la plainte du développeur d'un célèbre jeu vidéo qui accuse l'entreprise hébergeant le jeu dans son magasin d'applications de monopolisation (*Epic games / Apple*) », *Concurrences* n° 4-2020, p. 215.

¹³³² Pour plus de détails et les suites de cette affaire : cf. *infra*, §800.

véritablement remis en cause¹³³³, ce constat a témoigné, dans le cadre de notre démonstration, d'un accroissement de la logique objective au détriment de la fonction réparatrice du contentieux *antitrust*, la restriction des actions privées étant orchestrée au nom d'une certaine conception de la protection de l'ordre concurrentiel. L'étude comparative permet de mettre en lumière une tendance précisément opposée au sein de l'Union : dans un contexte de promotion des actions privées, la protection des intérêts subjectifs des requérants est présentée comme l'élément principal.

¹³³³ Au-delà du contentieux émergent à l'encontre des plateformes qui pourrait laisser présager d'un renouveau dans l'appréhension du préjudice personnel (cf. *infra*, §770 et s.), l'approche restrictive de l'intérêt à agir par la nécessaire preuve d'un *antitrust standing* demeure de mise comme en témoigne une affaire récente (3d Cir. 2017, *In re : Wellbutrin XL Antitrust Litigation Indirect Purchaser Class*, N°. 15-2875). Pour une note : W. CHAIEHLOUJ, « États-Unis : la Cour d'appel du troisième circuit adopte une approche restrictive de l'intérêt antitrust à agir (Wellbutrin XL Antitrust Litigation indirect purchaser class », *Concurrences* n° 1-2018, pp.209-211.

SECTION 2 – Une subjectivisation substantielle privilégiée en droit de l’Union

472. Contrairement au phénomène observable aux États-Unis, la situation subjective est loin d’être négligée dans l’Union. Au contraire, engagées depuis plusieurs décennies dans le développement des actions privées, les institutions cherchent à promouvoir l’intérêt subjectif des victimes de pratiques anticoncurrentielles à obtenir une réparation de leur préjudice. Dès lors, les aménagements de la directive 2014/104 témoignent de la poursuite du mouvement de subjectivisation amorcé depuis l’arrêt *Courage* de 2001. Afin de s’assurer de l’effectivité de la protection de leur droit individuel à réparation, le législateur a cherché à faciliter la tâche du requérant dans la démonstration des conditions de l’action. Sur ce point, les règles substantielles de la directive se sont contentées de consolider les conditions traditionnelles de la responsabilité civile. En adéquation avec les conceptions nationales, la dimension purement subjective de l’action civile a alors été maintenue (§1).

473. Cela étant, on peut relever à la suite du doyen CARBONNIER, qu’indépendamment de là où elle s’illustre, « *la subjectivation est pour le droit, un moyen de s’accomplir plus parfaitement en disposant, autour de la norme, d’innombrables avertisseurs, très sensibles, prêts à se déclencher à la moindre transgression* »¹³³⁴. Ce constat trouve un parfait écho dans le contexte de l’Union en général et dans le champ de l’étude en particulier. Le droit de l’Union emprunte, certes, les « codes » classiques de la responsabilité civile (et notamment le triptyque faute/préjudice/lien de causalité). Mais la prise en charge supranationale des rapports entre particuliers en la matière a pour effet de conférer aux droits et intérêts subjectifs concernés la logique fonctionnelle du droit de l’Union. Afin d’assurer les intérêts objectifs de l’Union, les institutions ont classiquement tendance à utiliser « *la langue des droits subjectifs* »¹³³⁵ et l’action civile en matière de concurrence n’y fait pas exception. S’il est fait appel au droit individuel à réparation et à l’effectivité de sa protection, c’est pour mieux assurer le caractère dissuasif des interdictions des traités et par là, l’effectivité des règles de concurrence. Le second volet de la subjectivisation, qualifiée en doctrine de « fonctionnelle »¹³³⁶, est explicite dans le discours du juge. Saisie par voie préjudicielle de questions d’interprétation tant des dispositions de transposition de la directive que du droit national antérieur¹³³⁷, la Cour de justice aménage

¹³³⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, préc., p. 197.

¹³³⁵ L. AZOULAI, « L’autonomie de l’individu européen et la question du statut », préc., p. 1.

¹³³⁶ V. en ce sens la thèse de J. RONDU, *L’individu en droit de l’Union européenne*, préc.

¹³³⁷ Il convient de souligner que ces éléments (présomption de faute et du préjudice) en tant que règles matérielles n’entrent en vigueur et ne sont applicables qu’aux actions indemnitaires portant sur des faits générateurs de responsabilité postérieurs à l’entrée en vigueur de l’ordonnance. C’est-à-dire elles ne peuvent s’appliquer qu’à des

progressivement les conditions constitutives du droit à réparation, selon une conception propre au droit de l'Union. Or, sans nier les conséquences pour la situation subjective du requérant – qui peut se voir écarter une disposition nationale défavorable pour sa réparation – l'appréciation de la Cour témoigne d'une résurgence de la logique objective de l'action privée. Sa justification de l'examen de compatibilité d'une disposition nationale se fonde, en effet, moins sur des considérations subjectives – liées au droit à réparation – qu'objectives relatives à l'application effective et uniforme du droit de l'Union. En d'autres termes, sa conception des conditions de l'action doit davantage à la recherche d'effectivité de la mise en œuvre du droit de la concurrence – et du rôle de détection et de dissuasion des actions privées – qu'à la logique de protection du droit à réparation. Si cette dimension plus objective s'inscrit, certes, dans la logique du mécanisme de renvoi préjudiciel¹³³⁸, cela témoigne en creux d'une résurgence de l'instrumentalisation de la situation subjective du requérant au profit de la politique de concurrence. L'effectivité de l'action en réparation est, par la voie de la jurisprudence de la Cour, à nouveau placée en priorité au service de celle de la mise en œuvre des règles (§2).

§ 1 – L'établissement facilité des conditions de l'action en réparation par la directive, la prévalence maintenue de la logique subjective

474. Si la Cour de justice a posé quelques principes généraux dans les arrêts *Courage* et *Manfredi*¹³³⁹, les conditions de l'action en réparation des victimes d'infractions ont relevé des règles substantielles des États membres dans les limites des principes d'équivalence et d'effectivité¹³⁴⁰. Loin d'avoir bousculé les règles de fond de la responsabilité civile, le législateur européen a plutôt cherché à adapter les conditions traditionnelles de l'action au contentieux de l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En ce sens, il a été question de faciliter la tâche des requérants dans le but de renforcer l'effectivité du droit à

instances qui vont porter sur des cartels ou abus de position dominante mis en œuvre en mars 2017 et après). Contrairement aux dispositions de nature procédurale qui sont d'application immédiate. Sur l'articulation entre les règles antérieures et le nouveau régime de la directive : cf. *infra* : §502, les précisions et encadrements de la Cour de justice.

¹³³⁸ Cf. *supra*, spéc. §254 et s. Le renvoi préjudiciel, par son principe de coopération entre juge national et juge de l'Union, revêt une dimension principalement objective. En effet, la question préjudicielle vise à résoudre un problème objectif d'interprétation du droit national ou de validité d'une norme du droit de l'Union. V. sur ce point R. TINIERE, « La Cour de justice de l'Union européenne protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union européenne », in J. ARLETTAZ, J. BONNET, (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, préc. pp. 77-91.

¹³³⁹ CJCE, *Courage et Crehan*, préc. pt 29 ; *Manfredi* e.a., pt 62.

¹³⁴⁰ *Ibid.* En droit positif français, les victimes ont ainsi été soumises au régime traditionnel de responsabilité de l'article 1240 du Code civil. On note que les règles nationales s'appliquent encore aux litiges nés avant mars 2017. Sur le champ d'application temporel de la directive, cf. *infra*, §502.

réparation. Cette prédominance accordée à la finalité subjective de l'action transparaît dans le recours à diverses présomptions d'une part, (A) et dans la reconnaissance explicite de l'action des acheteurs indirects, d'autre part (B).

A) Le recours aux preuves par présomption

475. Le recours aux preuves par présomption permet, du moins *a priori*, de dépasser les difficultés probatoires que peuvent rencontrer les victimes pour établir les conditions de l'action en réparation¹³⁴¹. Si nous ne manquerons pas de souligner leurs limites respectives, les présomptions relatives à l'établissement de la faute (1), du dommage (2) et du lien de causalité (3) dans la directive sont le reflet d'une volonté d'alléger la charge probatoire de la victime afin de renforcer l'effectivité de son droit à réparation.

1) L'établissement de la faute

476. Le mécanisme de présomption. L'établissement du fait générateur de la responsabilité constitue la première étape pour la victime qui souhaite obtenir réparation. À cet égard, le législateur européen prévoit que l'existence de la faute est désormais présumée dans plusieurs hypothèses. Si le règlement n°1/2003, et plus particulièrement son article 16, avait déjà établi une présomption de faute après une décision de la Commission empêchant les juridictions nationales d'adopter une décision contraire¹³⁴², il était resté silencieux sur la question des décisions émanant des autorités nationales de concurrence. La directive a comblé ce silence en élargissant le champ de la présomption de faute aux situations où une décision a été rendue par une autorité de concurrence. L'article 9 distingue plus précisément deux hypothèses : la première consiste à déduire une présomption irréfragable s'il existe une décision définitive de l'autorité ou de la juridiction de l'État membre dans lequel l'action privée est intentée ; la seconde reconnaît une preuve *prima facie* si la décision définitive provient d'un autre État membre, qu'il s'agisse d'une autorité de concurrence ou d'une juridiction. En droit français, l'ordonnance reprend explicitement les trois hypothèses¹³⁴³.

¹³⁴¹ Il apparaît inutile de s'attarder sur ces difficultés tant celles-ci ont été relayées aussi bien par la doctrine que par les institutions de l'Union. V. sur ce point : J.-L., LESQUINS, « L'établissement de pratiques anticoncurrentielles lors du procès civil », préc., p. 17 ; S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 439, n° 493. Pour les documents des institutions : V. l'ensemble des documents issus du processus législatif not. Rapport *Ashurst*, Livre vert, Livre Blanc, Comm. eur. *Proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts*, préc., pt 1.2.

¹³⁴² Cf. art. 16 du Règlement 1/2003.

¹³⁴³ Aux termes de l'article L. 481-2 du Code de commerce français, toute infraction constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence est considérée comme établie de manière irréfragable devant les

477. Appréciations. Cet effet des décisions des autorités sur le juge civil a, de manière évidente, le mérite d'uniformiser les droits des États membres. Dès ces premiers documents de travail accompagnant les réflexions relatives à la réparation des dommages concurrentiels, la Commission a pu remarquer des divergences entre les États membres¹³⁴⁴. Plus récemment, elle constatait, dans son document accompagnant la proposition de directive, que dix États membres reconnaissaient déjà l'effet de l'autorité nationale de concurrence sur les juridictions nationales¹³⁴⁵, seize le reniaient ou leur reconnaissaient un effet variable¹³⁴⁶ et seule l'Allemagne consacrait un plein effet tant des autorités nationales qu'européennes sur les juridictions nationales¹³⁴⁷. S'agissant plus particulièrement du droit français, il semblait déjà admettre cette conception moniste de la faute¹³⁴⁸. De plus, la loi Hamon a intégré une autorité du concurrentiel sur le civil en prévoyant dans le Code de la consommation une présomption irréfragable de faute lorsqu'une décision de condamnation est intervenue, celle-ci liant alors le juge¹³⁴⁹.

478. En doctrine, ces mécanismes de présomption ont fait l'objet d'appréciations divergentes. Si certains observateurs ont pu se montrer critiques face à ce mécanisme de présomptions¹³⁵⁰,

juridictions nationales de l'État mais comme simple moyen de preuve (preuve *prima facie*) devant les juridictions des autres États membres. Enfin, l'ordonnance rappelle également que le juge ne peut pas contredire la décision de la Commission.

¹³⁴⁴ Dans son étude relative à la réparation du dommage concurrentiel, la Commission estimait, au moment du Livre Blanc, que les États membres qui prévoyaient la règle d'identité entre faute civile et faute concurrentielle devaient la maintenir au nom de l'effet utile. Pour les autres, elle invitait à limiter la portée de la preuve de l'élément supplémentaire de culpabilité (n° 175). V. not. *Commission Staff Working paper accompanying the white paper on Damages actions for breach of EC antitrust rules*, n° 173 et 175.

¹³⁴⁵ C'était notamment le cas de la Grande Bretagne (article 47 A (9) de l'*Enterprise Act* de 2002 qui énonce que les décisions de l'OFT ont un effet sur le *Competition Appeal Tribunal* puis étendue à toutes les juridictions anglaises par l'arrêt *Enron Coal Services Ltd v English Eelsh & Scottish Railway Ltd* (2011) EWCA Civ 2, pt 46) et de la Hongrie (article 88-B 6 de la loi hongroise de concurrence. V. la version anglaise disp. en ligne sur le site de l'autorité hongroise de concurrence).

¹³⁴⁶ Comm. UE, *Staff Working Document Impact Assessment Report. Damages Actions for breach of the EU antitrust rules (l'étude d'impact)*, 11 juin 2013, SWD (2013), 203 final.

¹³⁴⁷ Cet effet est reconnu depuis 2005 à l'article 33 (4) de la GWB (*Gesets gegen Wettbewerbsbeschrän*).

¹³⁴⁸ Cf. not. la position de la CA de Paris dans son arrêt du 10 juin 2009 relatif à l'affaire de la lysine, RG 07/10478 dans lequel elle énonce que « la réalité d'une faute (civile) résulte de la décision du 7 juin 2000 de la Commission européenne qui a retenu qu'ont été commises entre 1990 et 1995 des pratiques contraires à la loi, de nature anticoncurrentielles, sur le marché de la lysine ». Pour d'autres affaires témoignant de sa position, V. en ce sens R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, p. 389.

¹³⁴⁹ Art. L. 623-24 C. consom.

¹³⁵⁰ E. MORGAN DE RIVERY, « Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur État et à l'étranger ? », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ?*, colloque tenu au Mans le 5 déc. 2006, *Concurrences*, n° 2- 2007, p. 35 et s., spéc. p. 38 ; R. SAINT-ESTEBEN, « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : la voie du silence », *Concurrences*, n° 3-2014, p. 5 ; Th. D'ALES et A. CONSTANS, « Le futur arsenal au bénéfice des victimes de pratiques anticoncurrentielles ou quand l'office du juge n'est plus de juger mais d'indemniser », préc., § 66-71.

reflet d'un « juge mis sous tutelle »¹³⁵¹, une partie de la doctrine française a de longue date défendu cet effet des décisions des autorités de concurrences sur les juridictions¹³⁵². Parmi les nombreux avantages soulevés¹³⁵³, l'on retient que ce mécanisme de présomption a pour mérite de mettre fin aux hésitations quant à l'identité de faute concurrentielle et fait générateur de responsabilité¹³⁵⁴, allégeant par voie de conséquence la charge probatoire des victimes.

479. Dans le cadre de la présente démonstration, ces présomptions traduisent surtout – par cette recherche de facilitation de la tâche des victimes – le choix du législateur européen de favoriser les actions de suivi (*follow on actions*), c'est-à-dire celle intentée à la suite d'une condamnation d'une autorité de la concurrence. L'accent est alors mis sur le rôle de réparation de l'action civile plutôt que sur celui de détection. Contrairement aux États-Unis – où il y a longtemps été favorisé les actions directes (*stand alone actions*) – la mission du « Procureur privé » s'en trouve alors réduite, sinon anéantie. En outre, la conception de la distinction traditionnelle des rôles entre autorités publiques et personnes privées est alors intacte : les premières détectent et sanctionnent les infractions au nom de l'intérêt public alors que les secondes cherchent leur satisfaction individuelle. Sans la remettre en cause fondamentalement, des affaires récentes

¹³⁵¹ Emmanuelle CLAUDEL s'est interrogée sur cet effet liant en remarquant que « la démarche actuelle nous semble présenter quelques effets pervers, car elle obscurcit les missions respectives du juge et de l'autorité en les mettant partiellement au service du même objectif. De gardien des droits subjectifs, le juge devient un auxiliaire de l'action publique, un gardien par ricochet de l'intérêt général. Le risque en est que sa mission de défense des intérêts privés devienne seconde, que l'approche contextuelle inhérente au contentieux objectif prenne le pas sur l'analyse des situations individuelles et que l'enceinte judiciaire devienne une simple chambre d'enregistrement de l'autorité de concurrence. D'un juge aidé, on passerait à un juge mis sous tutelle » (E. CLAUDEL, « Sur l'hypothèse de l'action privée après l'action publique », in M. CHAGNY (dir.), *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir*, colloque tenu à Paris le 13 mai 2014, *Concurrences*, n° 3-2014, spéc. p. 36).

¹³⁵² V. not. A.-S. CHONE, *Les abus de domination*, LGDJ, 2010, p. 312, n° 483 ; J. RIFFAULT-SILK, « La régulation économique : nouvelle économie, nouvelles règles, nouveaux juges ? », *RLC*, 2008/14, pp. 192 et s.

¹³⁵³ On peut notamment noter l'application cohérente et uniforme du droit de la concurrence dans l'Union, l'insécurité juridique que provoquerait une telle remise en cause, les coûts inutiles de cette dernière ou encore la cohérence de cet effet des décisions avec celui déjà prévu par le règlement 1/2003. Ces arguments étaient notamment soulevés dans la proposition de directive dans sa version de juin 2014. Pour plus de détails v. R. AMARO, M.-J. AZAR-BAUD, « Les effets des décisions des autorités de concurrence devant les juridictions nationales : autorité de chose jugée, autorité de la chose décidée, présomption irréfutable, notion sui generis », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. pp. 99-101.

¹³⁵⁴ En France, certains ont pu soutenir que la Cour de cassation aurait implicitement remis en cause cette assimilation dans un arrêt de 2010 (Cass. Com. 23 mars 2010, n° 08-20-427). V. not. A. GIRAUD, P. GALMICHE, « Les actions de suivi en réparation des dommages de concurrence : quel impact des décisions des autorités de concurrence ? », *RLC*, 2014, p. 39. V. *contra* : M. BEHAR-TOUCHAIS, S. CARVAL, « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., p. 45. Pour autant, des doutes émergent plus récemment sur ce point. Notamment, dans son arrêt *Betclac c/ PMU* du 22 février 2018, le TGI de Paris a énoncé que « en tant qu'autorité administrative indépendante, l'Autorité ne peut pas lier une autorité juridictionnelle (art. 64 de la Constitution) ». L'ordonnance du 9 mars 2017 ayant été ratifiée, une QPC pourrait être portée devant le Conseil constitutionnel sur ce point.

interrogeant l'étendue de la présomption peuvent toutefois nuancer la portée de cette première analyse.

480. Les doutes relatifs à la portée de la présomption, le cas des décisions d'engagement.

Parmi les questions relatives à la portée de ces mécanismes¹³⁵⁵, on a pu se demander quelles décisions de l'autorité de la concurrence sont couvertes par les présomptions ? La directive ne dit rien s'agissant des décisions de non-condamnation de l'autorité de la concurrence. Elle semble alors impliquer que la présomption ne bénéficie qu'aux décisions de condamnation « définitives » et non, par exclusion, aux décisions d'irrecevabilité, de rejet au motif que les faits ne sont pas probants ou encore celles qui accordent des mesures conservatoires. Au regard de la jurisprudence récente, des doutes émergent, toutefois, quant aux décisions d'engagement. Dans ces hypothèses, l'Autorité ou la Commission ne se prononce pas sur la culpabilité, mais exprime des préoccupations auxquelles l'entreprise prétendument coupable peut y mettre fin par des engagements qui valent pour l'avenir. Certes, ces décisions ne semblent pas pouvoir bénéficier de la présomption irréfragable. Il faut présenter deux solutions européenne et française sur ce point.

481. La jurisprudence européenne et française. Dans l'arrêt *Gasorba* du 23 novembre 2017¹³⁵⁶, la Cour de justice a précisément dû se prononcer sur les effets à attacher à une décision d'acceptation d'engagement, non reconnue par la directive ou le règlement 1/2003. La Cour relève le caractère décisoire de ce type de décision et rappelle qu'il incombe aux juridictions

¹³⁵⁵ La problématique de l'établissement de la faute ne s'épuise pas dans ces dispositions. On a notamment pu se demander quels éléments de la décision ont un effet sur les juridictions nationales ? Seul le dispositif ? Ou l'effet peut-il s'étendre aux motifs ? Si on fait le choix d'écarter ce point qui nous éloignerait de notre démonstration, on soulignera simplement que arrêts des juridictions française et anglaise témoignent d'ailleurs de cette imprécision et des doutes qui en découlent. V. sur ce point les affaires *JCB Service* (Cass. com., 6 oct. 2015, n° 13-24.854, FS-P+B : Juris-Data n° 2015-022157 : AJCA 2015, p. 526, note R. SAINT-ESTEBEN ; *Concurrences* n° 1-2016, p. 251, note R. AMARO) et *Iiyama Benelux BV c / Schott AG* ([2016] EWHC1207 (Ch) : *Concurrences* n° 4-2016, p. 235, note R. AMARO). Pour la majeure partie des auteurs, la présomption irréfragable ne porte que sur le dispositif : l'autorité de chose jugée ne pouvant s'étendre aux motifs décisores. Cette position s'inscrit d'ailleurs en conformité avec le droit positif français, et notamment l'article L. 623-24 du Code de la consommation, dont on peut déduire que seul le constat de l'infraction lie les juridictions civiles (v. en ce sens : « Les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et en Europe », conférence tenue à Paris le 29 mars 2018, disp. sur la revue *Concurrences*). D'autres se montrent néanmoins plus critiques : tout en reconnaissant le seul effet probatoire du dispositif, ils considèrent néanmoins que certains manquements pourraient être constatés sans faire l'objet de condamnation dans le dispositif et suggèrent en ce sens une extension de l'effet probatoire aux motifs décisifs. Sur ces éléments : R. AMARO, M.-J. AZAR-BAUD, « Les effets des décisions des autorités de concurrence devant les juridictions nationales : autorité de chose jugée, autorité de la chose décidée, présomption irréfragable, notion sui generis », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. pp.-110-111.

¹³⁵⁶ CJUE, 23 nov. 2017, *Gasorba c/ REPSOL*, aff. C-547/16 à propos d'un engagement relatif à une clause d'exclusivité dans un contrat d'approvisionnement de stations-service et d'une action en nullité de contrat et en réparation par le contractant de REPSOL.

nationales de respecter le principe de coopération loyale et l'objectif d'application efficace et uniforme du droit de la concurrence. Elle considère ainsi que l'évaluation préliminaire de la Commission doit être considérée « *comme un indice, voire comme un commencement de preuve, du caractère anticoncurrentiel de l'accord en cause* »¹³⁵⁷. En droit français, cette interprétation a trouvé un écho – quoique plus nuancé dans les termes utilisés – quelques mois plus tard dans l'arrêt *Betclik contre PMU* du TGI de Paris du 22 février 2018¹³⁵⁸. À la suite d'une décision de l'Autorité de la concurrence d'acceptation d'engagement du PMU de séparer sa masse d'enjeux en deux masses, *Betclik* a intenté une action en indemnisation en considérant qu'il pouvait se servir de cette décision pour établir la preuve de l'infraction. Le TGI de Paris a fait droit à la demande et a reconnu que la décision d'engagement est un indice dont le juge peut tenir compte pour en déduire l'abus de position dominante du PMU. Cette solution, d'ailleurs identique à celle retenue en droit allemand¹³⁵⁹, révèle qu'il y a un risque pour l'entreprise de s'exposer aux actions privées : la décision d'engagement pouvant être un point de départ assez déterminant pour fonder la décision du juge. Cette affaire *Betclik* – dont la solution a été confirmée en appel et en cassation¹³⁶⁰ – témoigne de choix contentieux intéressant notre démonstration.

482. Les enseignements de l'affaire *Betclik*. Intervenant dans le contexte de libéralisation du secteur des jeux de hasard, cette affaire marque, dans un premier temps, la contribution des opérateurs privés à la détection des pratiques illicites – non prioritairement devant le juge – mais devant les autorités publiques. Si l'Autorité de la concurrence s'était saisie d'office des conditions d'exercice de la concurrence dans le secteur des jeux en ligne – soulignant le risque

¹³⁵⁷ *Ibid.*, pt 29.

¹³⁵⁸ TGI Paris, 22 févr. 2018, *Betclik c/ PMU*, n° 15/ 09129 ayant pris des engagements devant l'Autorité de la concurrence. Sur ce jugement : F. MARTY, « Abus d'éviction : Le Tribunal de grande instance de Paris prononce un jugement ouvrant droit à un versement de dommages et intérêts de la part d'un opérateur historique dans le domaine des jeux d'argent et de hasard au profit d'un nouvel entrant sur la base d'un abus de position dominante (*Betclik/PMU*), 22 février 2018 », *Concurrences* n° 3-2018, Art. n° 87586, pp. 102-104 ; J.-P. TRAN THIET, E. XUEREF-POVIAC, « Jeux en ligne : L'Autorité de la concurrence obtient de l'opérateur historique des paris hippiques la séparation de ses activités de paris en ligne de celles qui relèvent de son réseau de points de vente physiques sous monopole (*Betclik/PMU*) », *Concurrences* n° 2-2014, Art. n° 66041, pp. 192-193.

¹³⁵⁹ V. sur ce point B.-C. BECKER, « L'effet contraignant des décisions des autorités de concurrence pour les actions privées en droit allemand et en droit européen », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 129-148, spéc. p. 131.

¹³⁶⁰ CA Paris, 12 sept. 2018, pôle 5, ch. 4 ; Cass. Com., 14 oct. 2020, *Betclik c/ GIE Pari Mutuel Urbain (PMU)*, n° 18-24.221. Pour des notes : A. RONZANO, « Faute civile : La Cour de cassation confirme l'existence d'une faute civile imputable à l'opérateur dominant qui n'a pas procédé à la séparation de ses masses d'enjeux en dur et en ligne (*Betclik/PMU*), 14 octobre 2020 », *Concurrences* n° 4-2020, art. n° 97533 ; « Action privée : La Cour de cassation confirme la faute civile imputable à un opérateur dominant qui n'a pas séparé ses masses d'enjeux en points de vente physiques et en ligne (*Betclik / Pari Mutuel Urbain*) », *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 97533.

pour la concurrence que pouvait présenter l'avantage concurrentiel détenu par le groupement PMU – c'est bien la société *Betclic* qui, suite à la publication de cet avis, l'a saisie pour en dénoncer les pratiques abusives. La proposition d'engagement de ce dernier est précisément intervenue lors de cette première étape. Aussi, cette affaire montre que les engagements de l'entreprise contrevenante sont suffisants pour « donner confiance » au requérant dans le cadre, cette fois, d'une action civile. *Betclic* a en effet assigné le groupement PMU avant même que la séparation des masses pour laquelle il s'est engagé ne soit effective. Certes, le jugement du tribunal et l'arrêt de la Cour de cassation – qui ont reconnu l'existence d'une faute anticoncurrentielle constitutive d'une faute civile – s'inscrivent en cela clairement dans le sens du droit à réparation des victimes. Mais la finalité subjective semble ici s'accorder avec le rôle de détection et de sanction assumé par les personnes privées dans le cadre d'un régime de *private enforcement*. Non seulement le requérant a obtenu une satisfaction individuelle, mais il a été à l'origine du déclenchement des poursuites et des sanctions, l'Autorité de la concurrence ayant, peu de temps avant l'arrêt de la Cour de cassation, condamné le groupe au paiement d'une amende de 900 000 euros pour non-respect des engagements.

483. Certes, cette affaire est révélatrice du rôle des parties privées, mais aussi du juge dans la détection et l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des pratiques¹³⁶¹. Mais il ne faudrait pas pour autant en exagérer sa portée. Car, il n'en demeure pas moins que le mécanisme textuel de présomptions de faute de la directive comme l'élargissement de sa portée par la jurisprudence sont le reflet d'un choix consistant à favoriser les actions en « *follow-on* ». Réduisant ainsi le rôle de détection de l'action privée, les règles substantielles relatives à l'établissement de la faute visent surtout à faciliter la réparation suite à une condamnation par une autorité publique. C'est dans la même logique de renforcement de la finalité réparatrice de l'action et d'effectivité de la réparation de la victime que la directive a consacré une présomption d'existence du préjudice.

2) L'établissement du préjudice

484. Approche comparée, remarques générales. Avant de se pencher sur les dispositions de la directive relative à la condition du préjudice, quelques remarques liminaires s'imposent dans le cadre de l'étude comparative. Aux États-Unis, on l'a vu, la définition du préjudice réparable

¹³⁶¹ Pour un bilan du contentieux français (actions autonomes v/ actions de suivi), v. not. : « Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », Conférence CA Paris 28 mars 2019, *Concurrences*, n° 3-2019.

a fait l'objet d'une redéfinition par la Cour suprême : la victime qui agit en justice ne peut se contenter de faire la preuve de son préjudice individuel, mais doit démontrer que celui-ci est le reflet d'une perturbation de l'ordre concurrentiel¹³⁶². Cette exigence prétorienne a été analysée comme le reflet d'un infléchissement de la finalité subjective de l'action en réparation des victimes au profit d'un primat de la finalité plus objective de mise en œuvre efficace des règles *antitrust*¹³⁶³. De cette appréciation du préjudice en droit américain, deux enseignements peuvent être déduits, témoignant dans l'Union du primat de la finalité subjective.

485. D'une part, cette exigence prétorienne témoigne d'une appréciation différente de la distinction « dommage à l'économie » et « préjudice personnel ». Aux États-Unis, une certaine confusion semble régner entre préjudice personnel de la victime et dommage à l'économie. Plus précisément, le système américain de mise en œuvre des règles *antitrust* ne s'embarrasse pas des considérations relatives au risque de double sanction entre dommage à l'économie et préjudice subi par les victimes. D'un point de vue purement juridique, rien n'empêche de manière générale à ce que les montants des réparations se superposent aux amendes des autorités publiques, auxquelles s'ajoutent potentiellement des peines de prison¹³⁶⁴. Un tel constat n'est pas valable de ce côté de l'Atlantique. Bien que critiquée¹³⁶⁵, la distinction entre le dommage causé à l'économie et le dommage personnel qui ouvre un droit à réparation à la personne physique ou morale est encore prégnante, notamment en droit français¹³⁶⁶. Le premier est l'apanage des autorités publiques de régulation, qui sanctionnent l'atteinte au fonctionnement concurrentiel au nom de la préservation de l'ordre public économique par le biais de sanctions pécuniaires de nature répressive et dissuasive. Le second correspond aux dommages et intérêts assurant la réparation individuelle de la victime et donc la défense de droit

¹³⁶² Cf. *supra*, §429 et s.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ Les débats sont moins juridiques qu'économiques : ils reflètent la recherche de l'« optimal deterrence ». Sur ce point v. not. en langue française la contribution de C. PRIETO in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. p. 11.

¹³⁶⁵ Si le débat reste ouvert, l'existence d'une confusion entre le préjudice subi par la victime et le dommage à l'économie est de plus en plus défendue. V. not. L. VOGEL, « Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique », pt 33, in *Les sanctions du droit de la concurrence* (Paris, 31 oct. 2012), févr. 2013, *Concurrences*, n° 1-2013, Art. N°50524 (« du point de vue économique, le dommage à l'économie se confond nécessairement en partie avec le préjudice subi par les victimes de l'infraction, c'est-à-dire, le surpris payé par les utilisateurs ou la privation de satisfaction des entreprises qui ont renoncé à la transaction du fait de l'infraction »). V. dans le même sens : C. PRIETO, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 9- 29.

¹³⁶⁶ Le droit français de la concurrence consacre spécifiquement la notion de dommage à l'économie à l'article L. 464-2 du C. com. En outre, l'Autorité de la concurrence en a fait le thème de son rapport annuel pour l'année 2014 (Autorité de la concurrence, Rapport annuel pour 2014, Documentation française, 2015, p. 27).

subjectif. Sans bénéficier d'une consécration officielle en droit de l'Union¹³⁶⁷, cette distinction est pourtant implicitement confortée par la directive, renforçant en ce sens la dimension subjective de l'action individuelle. En effet, en favorisant particulièrement les actions dites « *follow-on* »¹³⁶⁸, il est considéré que l'atteinte au marché a été sanctionnée par une autorité de concurrence et que la victime cherche à obtenir réparation de son simple préjudice individuel.

486. D'autre part, et surtout, cette exigence prétorienne est tout simplement inconnue dans le cadre de l'action en réparation à l'échelle de l'Union¹³⁶⁹. La directive n'a pas modifié les principes classiques relatifs à la nature et aux caractères. Si l'arrêt *Manfredi* avait déjà identifié le dommage réel et le manque à gagner, l'article 3 alinéa 2 les reprend en rajoutant le paiement d'intérêt¹³⁷⁰. Mais le dommage doit toujours être certain, direct¹³⁷¹ et surtout personnel. Si la directive n'apporte aucun bouleversement sur ce point, son apport principal réside dans la preuve de l'existence du préjudice.

487. Dispositions relatives à l'existence du préjudice. Au regard des obstacles bien connus relatifs à l'établissement du préjudice¹³⁷², la directive a harmonisé les règles dans un sens visant à faciliter la tâche du requérant¹³⁷³. Alors que la charge de la preuve incombe, en principe, au

¹³⁶⁷ Le dommage à l'économie n'est visé dans aucun texte en droit de l'Union. Pour autant, cette distinction se retrouve néanmoins dans le discours de la Commission. Cette dernière a eu l'occasion de distinguer la finalité dissuasive de ses amendes de celle réparatrice de l'action en réparation. V. en ce sens Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE du 13/06/2013, C167/19, pt 1.

¹³⁶⁸ Cf. *supra* (§476 et s.) sur l'établissement facilité du fait générateur de responsabilité, suite à une condamnation des autorités publiques de concurrence.

¹³⁶⁹ Et même rejetée récemment dans l'affaire *Otis II* de 2019 (CJUE, 12 déc. 2019, *Otis II*, préc.) sur laquelle on reviendra : Cf. *infra*, §493 et §514. En substance, la Cour a considéré que « (s)ous peine que les participants à une entente ne soient pas tenus de réparer l'ensemble des dommages qu'ils auraient pu avoir causés, il n'est pas nécessaire, à cet égard, ainsi que M^{me} l'avocate générale l'a fait observer, en substance, au point 84 de ses conclusions, que le préjudice subi par la personne concernée présente, en outre, un lien spécifique avec l'« objectif de protection » poursuivi par l'article 101 TFUE » (pt 31).

¹³⁷⁰ Cf. Art 3 Dir. 2014/104/UE. En droit français, les types de préjudice sont énoncés à l'article L 481-3 du Code de commerce.

¹³⁷¹ Nous renvoyons également ici la question du préjudice des acheteurs indirects relatifs à la répercussion des surcoûts. Cf. *infra*, §496 et s.

¹³⁷² V. not. L. IDOT, « Rapport de synthèse », in *Potentialité et réalité de l'action au civil en matière de concurrence, la réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives*, Cycle Droit et économie de la concurrence, 2005, Cour de cassation 17 octobre 2005, disp. sur le site de la Cour de cassation.

¹³⁷³ La condition du préjudice soulève plusieurs difficultés relatives à la preuve de son existence, à son évaluation et à son lien avec le principe de réparation intégrale. Bien que liées, nous faisons le choix de nous concentrer principalement ici sur les règles générales de la directive relatives à l'identification du préjudice réparable. Pouvant soulever des difficultés d'ordre procédural relatives au lien entre le principe de réparation et le prononcé de dommages et intérêts punitifs, nous renvoyons la problématique de l'évaluation du dommage aux développements relatifs au principe de réparation intégrale (Cf. *supra*, §382 et s.).

demandeur qui s'estime victime, le législateur européen apporte une exception importante à ce principe en consacrant la preuve par présomption. L'article 17 paragraphe 2 établit une présomption de dommage lorsque celui-ci résulte d'une entente. Cette présomption simple, pouvant ainsi être renversée par l'auteur, se justifie, selon le considérant 47, par le caractère secret des ententes qui tend à accroître l'asymétrie d'information. En droit français de la responsabilité civile, ce type de présomption n'est pas nouveau¹³⁷⁴. Néanmoins, si elle a été reprise dans l'article L.481-7 du Code de commerce, elle bénéficie d'un domaine plus limité en ne visant que « *les ententes entre concurrents* ».

488. Appréciation générale. Certes, ces dispositions relatives à la preuve par présomption témoignent, *a priori*, d'une facilitation de l'exercice de l'action. Pour autant, les mécanismes de la directive et de l'ordonnance semblent contenir des limites intrinsèques. On fera deux observations. En premier lieu, la différence sémantique de l'ordonnance réduit considérablement l'intérêt pratique de la présomption. Alors que l'existence d'un préjudice en matière d'entente horizontale pose peu de difficultés, il en va autrement des autres infractions et, notamment, des ententes verticales ou des abus de position dominante¹³⁷⁵. En second lieu, outre cette différence sémantique (qui pourra potentiellement être contestée par un requérant), le mécanisme de présomption de la directive contient lui aussi une insuffisance essentielle : en facilitant la preuve de l'existence du préjudice sans l'étendre à son évaluation, la directive anéantit l'effet même de la présomption. À cet égard, Raphaël AMARO parlait « *de l'art d'adopter une disposition encombrante tout en la neutralisant* »¹³⁷⁶. Sur ce point, le contentieux français constitue une illustration intéressante, bien qu'anticipée¹³⁷⁷, de la distinction entre identification et évaluation du préjudice.

489. Appréciation à la lumière du contentieux national français. Le recours à la preuve par présomption fait l'objet d'une appréhension divergente entre les juridictions des deux ordres.

¹³⁷⁴ Le droit interne français connaît déjà ce type de présomption en matière de concurrence déloyale et de pratiques restrictives : Cass. Com. 1^{er} juill. 2003, n° 01- 13052 (« *il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitution de préjudice, fût-il seulement moral* »), jurisprudence citée par D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1446. V. également : S. CARVAL, « Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? », *Concurrences*, 3-2014, § 10-13.

¹³⁷⁵ R. AMARO, « Actions privées - Actions en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles : la directive 2014/104/UE est transposée ! », préc., p. 4.

¹³⁷⁶ *Ibid.*

¹³⁷⁷ On rappelle qu'en vertu de l'article 22 de la directive 2014/104, les règles substantielles de la directive ne sont pas, contrairement aux règles procédurales, applicables rétroactivement. Le contentieux se fait donc nécessairement attendre. Pour autant, les affaires traitées depuis l'entrée en vigueur de la directive ne sont pas inintéressantes : les juridictions pouvant interpréter les règles nationales à la lumière des dispositions de la directive.

La jurisprudence administrative s'est montrée réceptive à cette volonté de simplification de l'établissement du préjudice. Saisies par des départements victimes d'un cartel, plusieurs cours d'appel administratives ont anticipé l'application de l'ordonnance du 9 mars en présumant l'existence de préjudice, dès lors que la faute est établie et en ne laissant ainsi à la charge des victimes que la charge de l'évaluation de leur préjudice¹³⁷⁸. Si l'analyse de ce contentieux dépasse le cadre de l'étude, il est la preuve du développement croissant du contentieux indemnitaire des personnes publiques, mis en exergue par certains observateurs¹³⁷⁹. Au contraire, la jurisprudence récente de la Cour de cassation témoigne d'une conception plus restrictive de l'exigence du préjudice. Dans un arrêt du 13 septembre 2017, la haute juridiction judiciaire a refusé l'action des requérantes en considérant que l'existence d'un préjudice ne peut être déduite de l'infraction elle-même¹³⁸⁰. Plus particulièrement, elle semble refuser de distinguer la preuve de l'existence du préjudice de celle de son évaluation en considérant que les incertitudes soulevées par les méthodes d'évaluation font obstacle à la preuve même de l'existence du préjudice. Certes, la présomption simple de la directive n'était pas encore applicable. Pour autant, cette solution peut apparaître en contrariété non seulement avec les prévisions de la directive et l'objectif de facilitation de l'action des victimes, mais aussi avec la pratique décisionnelle du tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris. Il ressort du contentieux français que les juges spécialisés des juridictions inférieures n'ont pas attendu les dispositions de la directive pour adopter une démarche visant à renforcer l'efficacité de la réparation¹³⁸¹. Contrairement à la position exprimée par la Cour de cassation en 2017, ils

¹³⁷⁸ V. sur ce point J. ADDA, R. AMARO et J.-F. LABORDE, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA* 2019, pp. 320 et s. CAA, Paris, 22 avr. 2004, *Campenon Bernard*, confirmé par le Conseil d'État (CE, 19 déc. 2007, n° 268918). Ce qui explique peut-être en partie le taux de succès des demandes devant le juge administratif. V. not. : CAA Nantes 4ème ch., 10 mai 2017, n° 16NT01778, *Département du Morbihan c/ Signalisation France* ; CAA Nantes 4ème ch., 10 mai 2017, n° 16NT01778, *Département Côtes d'Armor c/ Signalisation France* ; CAA Nancy, 4ème ch., 21 mars 2017, n° 15NC02367, *Département de la Meuse c/ Signaux Girod* ; CAA Douai, 1ère ch., 15 juin 2017, n° 17DA00538, *Signalisation France c/ Département de l'Eure*. Sur ces arrêts, v. notes de R. AMARO (*Concurrences*, n° 4-217, p. 219). Plus récemment, un autre succès d'une action intentée par un département contre les auteurs du cartel de la signalisation verticale : CAA, Bordeaux, 5ème ch. 19 mars 2019, *Département de la Charente Maritime c/ Stés Laporte Service Route et al.*, n° 17BX01521.

¹³⁷⁹ J. ADDA, R. AMARO et J.-F. LABORDE, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », préc. ; M. KARPENSCHIF, « Pratiques anticoncurrentielles et préjudice des pouvoirs adjudicateurs. De l'intérêt et des difficultés de saisir les juridictions administratives », *JCP A.* 2012, n° 2203 ; B. DELAUNAY, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA* 2016, p. 781 s. ; G. BERLIOZ, M. DURUPTY, « Les juridictions administratives, seuls juges de l'indemnisation de pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics », *AJDA* 2015, pp. 352 et s. ; M. LAHOUEZI, « La réparation du préjudice subi par les acheteurs du fait des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics : le nouveau régime du *private enforcement* », préc.. Cf. *supra*, la délimitation de l'étude dans l'introduction, §15, note 54.

¹³⁸⁰ Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-22837, *EDF c/ Nexans*.

¹³⁸¹ V. sur ce point les témoignages des juges spécialisés in « Les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et en Europe », Conférence tenue à Paris le 29 mars 2018, disp. sur la revue *Concurrences*, pp. 34 et s.

semblent développer une approche plus souple et surtout plus conforme à la présomption de préjudice prévue par la directive. En témoigne une affaire récente de la cour d'appel de Paris. Dans un arrêt *Doux* de 2019¹³⁸², celle-ci rappelle explicitement les deux étapes – existence du préjudice puis évaluation – du raisonnement. Elle souligne que, s'il revient, certes, à la victime d'apporter la preuve des conditions de la responsabilité, l'obligation d'évaluer le préjudice incombe au juge. Ainsi, à partir du moment où le requérant prouve l'existence de son préjudice et fournit les éléments suffisants pour que le juge puisse procéder à son évaluation, il ne peut être débouté s'il échoue à établir le montant exact de son préjudice. Il peut, au contraire, compter sur la nomination d'un expert judiciaire.

490. En définitive, et bien que peu révolutionnaires, les innovations de la directive sur cette question de l'établissement du préjudice visent à leur tour à renforcer la finalité réparatrice de l'action privée. Il ressort plus précisément de l'étude que leur efficacité dépend en réalité moins des textes en eux-mêmes que du développement de la pratique des juridictions. Or, ces dernières semblent également être déterminées à participer à l'effectivité de la réparation des victimes. Cet aspect devrait aussi résumer les évolutions relatives à l'établissement de la causalité.

3) L'établissement du lien de causalité

491. État du droit positif antérieur et propositions doctrinales. Les difficultés relatives à l'établissement du lien de causalité ont, elles aussi, été largement soulignées par la doctrine¹³⁸³. Régie par le droit interne des États membres, l'exigence de la preuve du lien causal a pu aboutir à des solutions préjudiciables pour les victimes¹³⁸⁴. Les auteurs ont souvent regretté la conception trop rigoureuse de la causalité, inadaptée aux spécificités du contentieux

¹³⁸² CA Paris, 6 févr. 2019, *Doux Aliments c/ Timab Industries*, RG 17/04101. En doctrine : A. RONZANO, « Prescription : La Cour d'appel de Paris écarte la prescription et retient l'existence d'un préjudice découlant de la pratique anticoncurrentielle du cartel des phosphates pour l'alimentation animale (*Doux Aliments / Timab Industries*, CFPR), 6 févr. 2019 », *Concurrences* N° 2-2019, Art. N° 89553 ; R. AMARO, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept 2018- Juin 2019) », *Concurrences* n° 3-2019, pp. 230- 246, spéc. p. 243-244.

¹³⁸³ M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, préc. pp. 457- 459, R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, pp. 442- 446. Plus particulièrement sur l'accès aux preuves du lien causal v. not. S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 451-453, n° 504. Sur la problématique des « causalités multiples » : D. SPECTOR, « L'approche économique du préjudice : problèmes et techniques économétriques », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspective*, cycle de conférences à la Cour de cassation tenu à Paris le 17 oct. 2005.

¹³⁸⁴ V. pour une illustration dans la jurisprudence française : Com., 15 mai 2012, n°11-18495, désignée l'affaire *Ajinomoto* qui s'inscrit dans la continuité du contentieux du cartel de la Lysine. La Cour de cassation avait confirmé l'appréciation des juges du fond en estimant que les victimes n'avaient pas établi le lien de causalité alors même que l'entente avait été condamnée par la Commission européenne. Pour une critique de la solution, v. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, pp. 443-444.

économique qui repose principalement sur des probabilités et statistiques¹³⁸⁵. Les propositions d'aménagements visant à dépasser ces difficultés ont été nombreuses¹³⁸⁶. Nous en rappellerons les principales dans la littérature française. Certains ont appelé à assouplir la conception de la causalité en passant d'une « *certitude* » du lien causal à une « *certitude raisonnable* »¹³⁸⁷. D'autres ont estimé qu'il conviendrait d'alléger, voire d'inverser la charge de la preuve, à l'image des évolutions jurisprudentielles en matière de contentieux médical¹³⁸⁸. D'aucuns ont également vu dans la déduction du préjudice en vigueur en matière de concurrence déloyale, une piste à développer en matière anticoncurrentielle¹³⁸⁹. Pour d'autres enfin, il s'agissait de privilégier le recours à la preuve par présomption en favorisant la théorie de l'équivalence des conditions plutôt que la causalité adéquate¹³⁹⁰, plus restrictive¹³⁹¹. Alors même que ces propositions étaient convaincantes, les dispositions de la directive apparaissent relativement décevantes sur ce point.

492. Évolutions de la directive, approche critique. La directive est peu disert sur la problématique de la causalité puisque les aménagements textuels s'épuisent dans ceux relatifs à la répercussion des surcoûts ou au préjudice. Selon l'article 13, l'acheteur direct – c'est-à-dire celui qui se fournit directement auprès des membres d'une entente – bénéficie d'une présomption simple de non-répercussion. Pour sa part, et nous y reviendrons, l'acheteur indirect

¹³⁸⁵ I. SIMIC, N. MONNET, « Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires », *RDAI*, 2006, p. 397 ; R. DE CONINCK, « Estimating private antitrust damages », *Concurrences*, n° 1-2010, pp. 39 et s. L'auteur présente la méthode du « *but for world* » à laquelle fait référence la doctrine et les juges britanniques et qui apparaît comme un ensemble de spéculations théoriques émises par des experts. Cité par R. AMARO, th. préc. p. 444.

¹³⁸⁶ G. DECOCQ, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », in F. CHABAS (mél.), *Leçons du Droit Civil*, Bruylant, 2011, p. 229, n° 20 ; M. DUMARCAY, th. préc., pp. 457 ; M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspective*, cycle de conférences à la Cour de cassation tenu à Paris le 17 oct. 2005, pt IA.

¹³⁸⁷ M. NUSSENBAUM, « Les difficultés de l'expertise en matière de pratiques anticoncurrentielles », préc., pt IA.

¹³⁸⁸ V. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 446 et jurisprudences sur les contentieux de l'Hépatite B et du Distilbène.

¹³⁸⁹ F. DUPUIS-TOUBOL, « Action civile en matière de pratique anticoncurrentielle », pt 2.2 ; M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 461, n° 365 ; L. IDOT, « Rapport de synthèse », préc., n° 24.

¹³⁹⁰ Il s'agit des deux théories connues du droit français afin d'établir le lien de causalité : la théorie de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate. Selon la première, la responsabilité est engagée dès lors que le fait illicite a nécessairement concouru à la réalisation du dommage. Aucune hiérarchie n'est donc établie entre les faits ayant conduit au préjudice. À partir du moment où ils ont conduit à sa production, ils peuvent tous en être considérés comme la cause. La seconde, elle, oblige à opérer un tri parfois difficile entre les événements ayant conduit au dommage. Elle rattache le dommage à la cause qui, dans la suite naturelle des événements, serait de nature à produire le dommage. V. S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2ème année : les obligations*, préc., p. 401.

¹³⁹¹ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc. p. 453. Sur la causalité économique comme plus proche de la théorie de l'équivalence des conditions v. I. SIMIC, N. MONNET, « Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires », préc., p. 397.

bénéficie d'une présomption subordonnée aux trois conditions reprises à l'article L. 481-5 du Code de commerce¹³⁹². Certes, cette inversion de la charge de preuve pour l'acheteur direct s'inscrit dans l'objectif de facilitation des actions des victimes et ses conséquences pratiques pourraient ne pas être négligeables en pratique¹³⁹³. Pour autant, son champ apparaît largement restreint en comparaison avec certaines propositions doctrinales¹³⁹⁴ et l'on peut regretter, de manière plus générale, que la directive ne se prononce pas, d'un point de vue plus large, sur la conception théorique de la causalité. La jurisprudence de la Cour a, pour sa part, apporté des précisions.

493. Position de la Cour de justice, les affaires *Kone* et *Otis II*. Sans remettre en cause la nécessité de la démonstration des trois conditions de la responsabilité civile¹³⁹⁵, la Cour de justice avait, avant l'adoption de la directive, eu l'occasion de se prononcer en faveur d'une conception souple du lien de causalité. Dans l'affaire *Kone*¹³⁹⁶ relative à la question de l'effet d'ombrelle, la Cour a soulevé l'inadéquation d'une disposition du Code civil général autrichien avec l'article 101 TFUE en ce qu'il excluait l'obligation de réparation lorsqu'aucun lien n'existait entre les membres de l'entente et la victime. Ainsi, elle a constaté que la règle de fond du droit autrichien exigeant l'établissement d'un « lien de causalité adéquat » et un « lien d'illicéité » entre le fait générateur et le préjudice était contraire à l'article 101 TFUE en ce qu'elle venait mettre en cause l'effet utile de l'interdiction des ententes : le principe de réparation du dommage, résultant d'une violation des règles de concurrence, n'étant pas susceptible de s'étendre à toute victime dudit dommage. À nouveau saisie par la Cour suprême autrichienne, la Cour de justice a plus récemment affirmé dans l'affaire *Otis II*¹³⁹⁷ que tout préjudice, ayant un lien de causalité avec une infraction à l'article 101 TFUE, doit pouvoir

¹³⁹² Article L. 481-5 du C. com.

¹³⁹³ Certains observateurs perçoivent déjà dans cette inversion de la charge de la preuve une facilitation non négligeable pour la victime : cette inversion s'inscrivant en contrariété avec la position de la Cour de cassation française qui impose jusque-là non seulement la preuve du surcoût subi lors de l'achat à un prix supérieur à celui du marché en l'absence de l'entente mais aussi celle de la non-répercussion de ce surcoût sur ses clients. Or, la preuve de la répercussion est souvent « *délicate et parfois impossible en pratique* ». V. sur ce point : S. CARVAL, « Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles – À propos de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017 », préc., p. 533. Dans le même sens : A. CONSTANS, T. ALES, « L'ordonnance et le décret du 9 mars 2017 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles Au-delà d'une simple transposition de la directive 2014/104 », préc., p. 11.

¹³⁹⁴ V. sur ce point la position de R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., spéc. p. 447 qui prônait une inversion de la charge de la preuve plus étendue.

¹³⁹⁵ CJUE, 6 sept. 2012, *Europese Gemeenschap c/ Otis*, préc., pt 65.

¹³⁹⁶ CJUE, 5 juin 2014, *Kone e.a c/ ÖBB-Infrastruktur AG*, préc. : JCP E 2014, 30, p. 35, note C. MARECHAL ; *Contrats, conc. consom.* 2014/8, p. 27, note G. DECOCQ ; S. CARVAL, « La responsabilité civile des membres d'une entente peut être engagée du fait du dommage causé par un effet d'ombrelle sur les prix », *D.* 2014, p. 1525 s.

¹³⁹⁷ CJUE, 12 déc. 2019, *Otis II*, préc. Cf. *infra*, §514.

donner lieu à réparation, y compris lorsque les personnes n'opèrent pas comme fournisseur ou comme acheteur sur le marché concerné, mais ont accordé des subventions, sous la forme de prêts incitatifs. Elle a considéré qu'il existe bien un lien de causalité entre le préjudice de la personne publique requérante et le cartel, le montant des subventions ayant été plus élevé qu'il ne l'aurait été en l'absence de l'entente. Si la jurisprudence de la Cour de justice témoigne d'une conception souple du lien de causalité, on ne peut dresser le même bilan au sein du contentieux français le plus récent.

494. Illustration dans le contentieux national français. Deux arrêts de la cour d'appel de Paris illustrent l'état actuel de l'exigence de la preuve du lien de causalité en droit français. Cette question a été au cœur de l'arrêt *Arkeos*¹³⁹⁸ opposant plusieurs requérantes à la société EDF. Les premières demandent réparation pour un préjudice subi du fait de plusieurs infractions préalablement sanctionnées par l'Autorité de la concurrence et estiment qu'il existe une présomption réfragable de causalité. Au contraire, EDF conteste le lien de causalité en estimant que celui-ci n'est pas établi avec un degré de certitude nécessaire au regard non seulement de l'entrée tardive des requérantes sur le marché affecté, mais aussi de la mauvaise conjoncture économique. Rappelant l'exigence de la preuve du lien de causalité pour la requérante, la cour d'appel de Paris a donné raison à EDF en considérant que celle-ci n'a pas fourni d'éléments suffisamment sérieux. Leur demande de réparation est rejetée. En revanche, la cour d'appel a adopté une approche bien plus favorable au requérant dans l'arrêt *Doux c/Timad* déjà évoqué¹³⁹⁹. Elle a estimé que le requérant a bien établi le lien de causalité entre son préjudice et le cartel précédemment condamné par la Commission. Il s'appuyait sur un élément du dossier de la Commission démontrant que les cartellistes en question ont décidé, au cours de différentes réunions, d'augmenter les prix¹⁴⁰⁰. Cette jurisprudence récente de la cour d'appel de Paris est riche d'enseignements à deux égards. D'une part, on comprend qu'il n'existe pas de présomption de lien de causalité dans le droit antérieur à la directive¹⁴⁰¹. D'autre part, ces solutions semblent confirmer que les exigences des juges quant à la démonstration du lien de causalité s'avèrent largement imprévisibles en ce qu'elles sont dépendantes des

¹³⁹⁸ CA Paris, ch. 5-4, 6 mars 2019, *SARL Arkeos et al. c/ SA EDF, SASU EDF Énergies Nouvelles Réparties et SASU EDF ENR Solaire*, RG 17/21261 ; *Contrats, conc., consom.* 2019/5, comm. 90, obs. G. DECOCQ ; *L'actu-concurrence*, n° 10/2019, note A. RONZANO.

¹³⁹⁹ CA Paris, ch. 5-4, 6 févr. 2019, *SARL Doux Aliments*, préc.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.* (« cet indice est conforté par la circonstance que les cartels entraînent généralement une hausse des prix ou empêchent une baisse des prix qui se serait produite si l'entente n'avait pas existé »).

¹⁴⁰¹ Cet aspect était déjà prévisible au regard de la position de la Cour de cassation : Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-22837 et 15-23070 ; *L'actu-concurrence*, 16 oct. 2017, note M. CHAGNY ; *Concurrences* n° 1-2018, p. 81, note E. THOMAS ; *Ibid.*, n° 2-2018, p. 226, note R. AMARO.

appréciations d'espèces. Sur ce deuxième point, on peut se demander si les dispositions issues de la directive changeront véritablement quelque chose.

495. En définitive, si l'étude a pu parfois relativiser leur efficacité, les différentes présomptions prévues dans la directive sont le reflet d'une volonté explicite de renforcer l'efficacité de la réparation à l'échelle de l'Union en facilitant la tâche des victimes. Contrairement au phénomène observable dans le contentieux *antitrust* américain, la finalité subjective de l'action privée est, en ce sens, largement préservée. La reconnaissance explicite de l'action des acheteurs indirects en constitue l'autre manifestation.

B) La reconnaissance de l'action des acheteurs indirects

496. Présentation du droit positif. Les développements précédents relatifs au droit américain nous ont déjà permis de présenter la problématique spécifique de l'intérêt à agir des acheteurs indirects¹⁴⁰². Sans qu'il soit ainsi nécessaire d'y revenir en détail, nous nous contenterons de souligner, comme annoncé, que le droit de l'Union a adopté une solution résolument contraire à celle développée par la Cour suprême dans ces arrêts *Hanover* et *Illinois*. Cette contrariété se vérifie sur les deux volets de l'action des acheteurs indirects également identifiés précédemment.

497. D'une part, l'article 13 de la directive 2014/104 a consacré l'admission de la défense de répercussion des surcoûts (communément dénommée *passing-on defense*) en imposant au défendeur la charge de la preuve face aux acheteurs indirects. Si cette position a pu être débattue dans l'Union¹⁴⁰³, elle était établie en droit français¹⁴⁰⁴ et a été transposée à l'article L. 481-5 du Code de commerce¹⁴⁰⁵. D'autre part, l'article 14 de la directive 2014/104 a consacré le maintien de l'intérêt à agir des acheteurs indirects, position déjà établie par les droits nationaux¹⁴⁰⁶ et

¹⁴⁰² Cf. *supra*, section 1, spéc. § 456 et s.

¹⁴⁰³ S. PARLAK, « Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser has Standing after *Manfredi* and the White Paper of the European Commission », *World comp.*, 2010/1, pp. 31 et s.

¹⁴⁰⁴ V. en ce sens : Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15816.

¹⁴⁰⁵ Si le principe de la répercussion était établi, le législateur a dû effectuer un remaniement en matière de charge de la preuve et plus particulièrement de l'article 1315 du Code civil qui pose le principe *Actori incumbit probatio*. L'article L. 481-5 3° du C. com. issu de l'ordonnance de transposition dispose que « (l)e défendeur peut cependant démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect ou qu'il ne l'a été que partiellement par son contractant antérieur ».

¹⁴⁰⁶ En droit français, l'article 31 du Code de procédure civile rend difficile la justification d'une fermeture de l'accès au prétoire si le requérant satisfait aux conditions dudit article. Pour le même constat dans les autres droits nationaux V. A. RENDA, dir, *Making Antitrust damages actions more effective in the EU*, préc., p. 460.

largement confortée par l'effet direct¹⁴⁰⁷. En définitive, et à rebours de la solution américaine, l'auteur d'une infraction peut se prévaloir de la répercussion des surcoûts et l'acheteur indirect peut agir contre lui.

498. Analyse. Si ces dispositions apparaissent ainsi peu surprenantes au regard du droit positif préexistant, elles appellent deux séries d'observations pour notre démonstration.

499. En premier lieu, celles-ci confirment la logique subjective de l'action privée dans l'Union. La fermeture du prétoire aux acheteurs indirects et le rejet de la défense de la répercussion des surcoûts se seraient heurtés à deux obstacles principaux : les principes fondateurs de la responsabilité civile – notamment la prohibition de l'enrichissement sans cause¹⁴⁰⁸ et la réparation intégrale¹⁴⁰⁹ – d'une part, et le principe d'effectivité des droits individuels en droit de l'Union¹⁴¹⁰, d'autre part. Dans ce contexte, l'appréciation de la Cour suprême est apparue largement incompatible avec le droit positif des États membres et de l'Union¹⁴¹¹.

500. En second lieu, et de manière plus globale, ces positions témoignent de la logique générale de la politique de l'Union en faveur d'une promotion des actions privées. Comme nous le soulignons dans l'introduction du chapitre, ces dispositions ne peuvent être déconnectées du contexte largement différent au sein des deux systèmes juridiques. Au risque d'une multiplication des recours et de l'indemnisation aux États-Unis¹⁴¹² s'oppose une inertie largement constatée des victimes dans l'Union. Le législateur a entendu donner toute sa force

¹⁴⁰⁷ E. COMBE, I. SIMIC, F. ROSATI, « La répercussion des surcoûts : Passing-on defense », *Concurrence* n°4-2011, n° 39101.

¹⁴⁰⁸ Selon une jurisprudence établie, la protection des droits garantis par l'ordre juridique de l'Union ne doit pas entraîner un enrichissement sans cause. V. sur ce point CJCE, 4 oct. 1979, *Ireks-Arkady c/ Conseil et Commission*, aff. 238/78, pt 14 ; 27 fevr. 1980, *Just*, aff. 68/79, pt 26 et *Courage*, 20 sept. 2001, préc. pt 30.

¹⁴⁰⁹ Cf. *supra*, §383 et s. Sur cette justification : A.-S. CHONE, th. préc., pp. 317 et 318, n° 488 ; J. NANNES, « Le Private antitrust enforcement : l'expérience américaine », préc., p. 37.

¹⁴¹⁰ CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, préc. ; 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc. Les auteurs s'accordaient sur l'incompatibilité de l'irrecevabilité de l'action des acheteurs indirects ainsi que l'exclusion du *passing-on* avec les principes dégagés par la Cour dans ces arrêts. V. not. : F. CENGIZ, « Antitrust Damages Actions : Lessons From American Indirect Purchaser' Litigation », *ICLQ*, vol 59, 2010, p. 51 ; A. P. KOMNINOS « The EU White Paper for damages actions: A first appraisal », *Concurrences*, n° 2-2008, p. 87, n° 12 ; G. OLSEN, « Passing On Defence », *Comp. Law Insight*, mai 2005.

¹⁴¹¹ Not. la logique américaine, consistant à voir dans les solutions *Hanover* et *Illinois* un effet incitatif pour les acheteurs directs qui se voit espérer un gain plus important en raison de l'impossibilité pour les acheteurs directs d'obtenir réparation, semble être défaite par les mécanismes de droit positif (Cf. not. le risque d'une action *de in rem verso* de l'acheteur indirect contre l'acheteur direct. V. en ce sens R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 195-198). L'auteur résume ainsi : « l'exclusion (de la répercussion des surcoûts) perturberait le droit civil de façon plus sensible que son admission » (p. 198).

¹⁴¹² Cf. *supra*, §458 : aff. *Hanover Shoe* et l'opinion du juge WHITE sur l'affaire dans laquelle il constate que cette solution vise notamment à endiguer la multiplication des recours, inciter les victimes les plus proches de l'infraction.

au droit à réparation du préjudice subi au profit de toute personne lésée par une pratique anticoncurrentielle en lui permettant d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. L'esprit général de la directive est donc moins de limiter le nombre de personnes susceptibles d'agir en réparation que de renforcer l'effet incitatif afin de multiplier le nombre de *private enforcers*. D'ailleurs, il convient de remarquer ici que la directive n'a pas retenu l'exception prévue à l'article 12 §2 de la proposition de directive de la Commission, consistant à interdire la défense du *passing-on* lorsque la victime indirecte, qui a subi la répercussion, ne peut demander réparation. Sans entrer dans les détails de cette hypothèse supprimée de « l'impossibilité juridique »¹⁴¹³, nous souscrivons à la critique de Rafael AMARO qui estime que celle-ci revenait à emprunter, sans l'énoncer, l'objectif des arrêts *Hanover* et *Illinois*, à savoir s'assurer de l'action des acheteurs directs alors même qu'ils n'ont pas subi de dommage. Dit autrement, l'abandon de cette approche témoigne du rejet de la logique confiscatoire au profit d'une conception exclusivement compensatoire de la responsabilité civile¹⁴¹⁴.

501. Conclusion de la section 1. En définitive, les dispositions substantielles de la directive sont le reflet d'un processus de subjectivisation consistant à prendre en considération la situation individuelle de la victime et, plus précisément, son intérêt à obtenir une réparation effective. Sans bouleverser l'ordre établi, la directive a maintenu les conditions traditionnelles de l'action en responsabilité civile, elle-même fondée sur un intérêt personnel à défendre. C'est uniquement dans le but de garantir l'effectivité des droits individuels à indemnisation que la démonstration de la faute, du préjudice et du lien de causalité a été facilitée. Dans ce contexte, et contrairement au phénomène observé aux États-Unis, les règles de fond ne sont pas prioritairement placées au service de la fonction normative de l'action privée. Au contraire, le législateur de l'Union a maintenu la conception de l'action en responsabilité civile comme une action de droit privé dont la finalité est fondamentalement réparatrice. En ce sens, et en adéquation avec la conception traditionnelle, la contribution de l'action à la mise en œuvre des règles n'est, au mieux, qu'incidente¹⁴¹⁵. Cela étant dit, cette première lecture peine à emporter pleinement la conviction, car elle revient à négliger la dualité fonctionnelle de l'action privée sur le fondement du droit européen de la concurrence. Contrairement à la conception nationale

¹⁴¹³ Malgré la difficulté de saisir précisément cette notion, elle correspondrait à l'hypothèse où, en raison de l'inadaptation des règles nationales, la victime indirecte n'arrive pas à prouver son préjudice ou le lien de causalité.

¹⁴¹⁴ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 199.

¹⁴¹⁵ V. en ce sens l'analyse de C. BLOCH à propos de l'action en responsabilité. Selon lui, ce n'est que « par chance » que la portée du trouble illicite personnel coïncide avec celle du fait illicite objectivement envisagé. (C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n° 172).

classique, il est établi que les droits conférés aux particuliers ne visent pas uniquement à protéger « *leur sphère de choix et d'action indépendamment de fins ou d'objectifs prédéterminés* » mais servent « *certaines objectifs, en vue de fins sociales déterminées* »¹⁴¹⁶. Loin de faire exception à ce principe, le champ du droit de la concurrence en constitue une remarquable illustration¹⁴¹⁷. À notre sens, c'est la jurisprudence récente de la Cour qui est le mieux révélatrice de la résurgence de la fonction plus objective de l'action privée au travers de l'exigence d'effectivité.

§ 2 – L'encadrement des conditions de l'action en réparation par l'exigence d'effectivité, la résurgence attendue de l'instrumentalisation subjective

502. À titre liminaire, il convient de souligner que les présomptions de faute, de préjudice et de lien de causalité présentées ci-dessus ne sont applicables qu'aux actions indemnitaires portant sur des faits générateurs de responsabilité postérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions nationales de transposition. Le législateur de l'Union a en effet précisé les règles relatives à l'application dans le temps de la directive. Plus particulièrement, l'article 22 en limite le champ d'application au travers d'une distinction entre règles substantielles et règles procédurales¹⁴¹⁸. Pour les premières, le paragraphe 1 dudit article énonce qu'elles sont soumises à l'interdiction générale d'effet rétroactif. Pour les secondes, le paragraphe 2 énonce qu'elles peuvent être d'application immédiate à partir de l'entrée en vigueur de la directive, à savoir du 26 décembre 2014. L'on comprend dès lors que les actions intentées contre des cartels ou abus de position dominante mis en œuvre ou existants avant mars 2017 relèvent encore des règles substantielles des États membres dans le cadre de l'autonomie procédurale. C'est précisément dans ce

¹⁴¹⁶ Loïc AZOULAI oppose en ce sens les droits formels et les droits fonctionnels. (« L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », préc.)

¹⁴¹⁷ Certains ont pu voir dans les dispositions textuelles elles-mêmes une remise en cause de la nature purement privée du recours en réparation, suite à une pratique anticoncurrentielle. Un auteur italien remarque que « des éléments (de la directive) incitent à s'interroger sur les caractéristiques et finalement sur la nature même du recours qui permet à toute personne de réclamer des dommages et intérêts ». En accord avec d'autres, il remarque plutôt une « hybridation » de ce recours (« *hybridization of Tort, in between the national laws, providing the basics for a claim for compensation, and the influence of EU law* »). Selon lui, la directive « *contribute to shape the private law remedy (Tort) in a way that raises doubts about its very nature (and scope), whether private or more properly public* ». Par exemple, la disposition relative à l'immunité du demandeur à la clémence constitue selon lui la preuve du caractère rhétorique de la protection des droits individuels : l'intérêt général protégé dans le cadre de l'action publique prime sur la protection individuelle. E. CAMILLERI, « Damages claims for anticompetitive conduct after the Directive 2014/104/EU : Is is (still) worth talking about a private law remedy? », *Concurrence* N°3-2019. V. également sur ce point : N. REICH, « Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights », *CMLR*, 2007, vol. 44, n° 3, 705–742, p. 712.

¹⁴¹⁸ Bien qu'il fasse cette distinction, le législateur européen ne précise pas ce qui relève de la catégorie des règles substantielles ou des règles procédurales.

contexte que la Cour est conduite à encadrer les conditions de l'action dans le régime antérieur à la directive.

503. Or, saisie par voie préjudicielle au sujet de la compatibilité de dispositions nationales relatives aux conditions de l'action en réparation, elle rappelle que les règles nationales doivent permettre à toute personne de demander réparation dans l'objectif, certes, d'obtenir réparation, mais aussi d'assurer l'application effective du droit de la concurrence. Dans la démarche de la Cour, et en dépit du caractère subjectif de l'action dans les États membres, l'appréciation des conditions de la responsabilité civile s'opère sur la base de l'exigence d'effectivité. Au regard de la jurisprudence récente de la Cour, il nous semble que l'effectivité revêt deux aspects¹⁴¹⁹. Dans son aspect le plus classique, elle fait référence au principe d'effectivité entendu comme le critère d'appréciation des dispositions nationales dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale (« principe d'effectivité et d'équivalence ») (A). Dans son second aspect, il fait plus globalement référence au principe d'effectivité des règles de concurrence. Poussée par son avocat général, nous verrons que la Cour a, de manière plus ambitieuse, tenté de dépasser le critère classique de l'effectivité afin d'apprécier la compatibilité du droit national directement au regard de l'effectivité des articles 101 et 102 TFUE (B).

A) Le recours au critère d'effectivité comme méthode classique du processus d'instrumentalisation subjective

504. Considération générale. En dehors du cadre de la directive, la détermination des conditions substantielles de la responsabilité civile relève de la compétence des États membres au nom du principe d'autonomie procédurale, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité¹⁴²⁰. Le premier (équivalence) implique que les règles applicables aux recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne. Le second (effectivité) impose que ces règles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union.

¹⁴¹⁹ La Cour utilise indistinctement le terme « principe » d'effectivité pour les deux hypothèses que nous allons distinguer. Pour autant, pour éviter ce qui nous apparaît comme source de confusion, nous faisons le choix de faire la différence entre le « critère » et le « principe » d'effectivité.

¹⁴²⁰ Cf. *supra*, spéc., §267.

505. Spécificité en droit de la concurrence. Si ces principes généraux visent à assurer au particulier une protection de leurs droits subjectifs qu'il tire du droit de l'Union, il faut garder à l'esprit que la Cour a ajouté une spécificité en matière de droit de la concurrence. Dans son arrêt *Koné*, elle a en effet précisé que l'examen des dispositions nationales dans le cadre de l'autonomie procédurale doit aussi s'apprécier au regard de l'application effective des articles 101 et 102 TFUE¹⁴²¹. En sens, nous relèverons ici que le critère classique de l'effectivité est porteur d'une dimension plus objective permettant à la Cour d'apprécier les dispositions nationales en adéquation avec la fonction normative de l'action privée. La jurisprudence récente de la Cour de justice en constitue une confirmation. Dans les affaires *Cogeco* (1) et *Otis* (2), relatives respectivement à la question de la prescription et à celle du lien de causalité, la Cour a considéré que la question de la prescription comme celle du lien de causalité sont des « modalités d'exercice du droit de demander réparation » qui relèvent, certes, de la compétence des États membres, mais doivent être lues en considération de l'application effective du droit de la concurrence.

1) Illustration avec l'affaire Cogeco

506. Les origines de l'affaire Cogeco¹⁴²². Pour mémoire, l'article 10 de la directive 2014/104 a prévu un régime de prescription significativement favorable aux demandeurs. S'agissant de son point de départ, le paragraphe 2 dudit article allonge la liste des conditions pour que coure la prescription¹⁴²³. En outre, les paragraphes 3 et 4 prévoient respectivement un délai minimum de cinq ans et l'interruption ou la suspension (selon le droit interne) de la prescription en cas d'ouverture d'une procédure par une autorité de concurrence. Pour autant, la question de l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions interroge : la directive ne précise pas si ces dispositions relèvent de la catégorie des règles de fond dont l'application ne peut pas être rétroactive au regard de l'article 22 §1 ou des règles procédurales visées à l'article 22 §2 qui, pour leur part, peuvent s'appliquer dès le 26 décembre 2014 en fonction du choix opéré par les États membres. L'affaire *Cogeco* apporte sur ce point des enseignements intéressants.

¹⁴²¹ CJUE, 5 juin 2014, *Kone*, préc., pt 26 (« À cet égard, et spécifiquement dans le domaine du droit de la concurrence, ces règles ne doivent pas porter atteinte à l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE »).

¹⁴²² CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco communications*, préc., *JDE* 2019, n° 260, p. 249-251, note P. de BANDT et C. BINET ; *RJC* 2019/3, p. 231, note G. DECOCQ ; *Europe* 2019/5, p. 34, note L. IDOT ; *RLC* 2019/85, p. 41, note C. NOURISSAT ; *Concurrences* 3/2019, p. 232, note R. AMARO.

¹⁴²³ Le délai ne commence à courir qu'à la triple condition que la victime ait connaissance de sa qualité de victime, qu'elle connaisse l'identité des défendeurs et enfin qu'elle sache que le comportement en cause est une violation du droit de la concurrence.

507. L'arrêt du 29 mars 2019 permet pour la première fois à la Cour de justice de se prononcer sur l'application dans le temps de la directive 2014/104 et, de manière plus générale, sur la conformité de règles de droit interne relatives à la prescription dans le régime antérieur¹⁴²⁴. À l'origine de l'affaire, la société *Cogeco*, fournisseur de service de télévisions payantes au Portugal, a saisi en 2009 l'Autorité de la concurrence portugaise pour de prétendues pratiques anticoncurrentielles de la société Sport TV, et en particulier une politique de prix discriminatoires constitutive, selon elle, d'un abus de position dominante. Ladite autorité de la concurrence a retenu que la chaîne avait abusé de sa position dominante sur le marché en cause et avait en cela violé l'article 102 TFUE ainsi que les dispositions correspondantes en droit portugais. Elle a condamné à une amende la société Sport TV. Toutefois, suite au recours de cette dernière, le Tribunal a reformé la décision de l'autorité de la concurrence au motif que Sport TV n'a pas violé l'article 102 TFUE – car la pratique n'est pas susceptible d'affecter le commerce des États membres – mais s'est rendu coupable d'une infraction d'abus de position dominante, sous forme de pratique de prix discriminatoires, sur le seul fondement du droit portugais. Ayant considéré que l'article 102 ne s'applique pas au comportement de la partie défenderesse, il a procédé à une réduction de l'amende. Le jugement ayant été confirmé en appel, *Cogeco* engage le 27 février 2015 une action civile afin d'obtenir réparation du fait du comportement anticoncurrentiel des défenderesses de 2006 à 2011. L'action du demandeur était-elle ou non prescrite ? Par ordonnance de 2017, la juridiction de renvoi a souhaité s'assurer que les dispositions nationales portugaises étaient conformes aux exigences du droit de l'Union. Elle souligne que les faits ont eu lieu avant la directive 2014/104 et que l'action a été introduite après l'entrée en vigueur de la directive fixée le 26 décembre 2014 mais avant l'expiration du délai de transposition en droit national, fixée pour sa part au 27 décembre 2016. Elle se demande, en renvoyant aux arrêts *Van Duyn* et *Mangold* ainsi qu'à l'obligation de coopération loyale, si la directive génère des effets anticipés. La Cour répond en deux temps.

508. La solution : l'application maximale de la directive. Dans un premier temps, la Cour revient classiquement sur les règles relatives à l'application dans le temps de la directive énoncées plus haut. Sans répondre directement à la question de la nature des règles de

¹⁴²⁴ Il faut noter ici que des juridictions nationales avaient déjà été amenées à se prononcer sur cette question. La Cour suprême fédérale d'Allemagne a jugé en juin 2018 contraire au principe d'effectivité du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice ainsi qu'aux principes régissant les conflits de lois dans le temps l'absence d'effet interruptif de l'action des autorités de concurrence sur le cours de la prescription extinctive (BGH, 12 juin 2018, *Kemmler Beton GmbH c/ Heidelberg AG*, aff. n° KZR 56/16, *Concurrences*, n° 4/2018, p. 226, note. R. AMARO). De son côté, la Cour constitutionnelle belge l'a jugé attentatoire au principe du procès équitable et au principe d'égalité (Cour constitutionnelle Belgique, 10 mars 2016, n°38/2016, aff. *Herman Verboven C/ Honda* ; *Concurrences*, n°4/2016, p. 234, note R. AMARO).

prescription, la Cour énonce que, dans le silence de la directive, les États membres ont la possibilité de rendre inapplicables les dispositions procédurales de transposition pour les actions intentées après le 26 décembre 2014, au plus tard jusqu'à l'expiration du délai de transposition. Or, dans l'affaire en cause, le législateur portugais avait fait le choix de cette option. En ce sens, la Cour conclut logiquement, comme son avocat général, que la directive 2014/104 n'est pas applicable *rationae temporis* : l'action ayant, certes, été intentée après l'entrée en vigueur de la directive, mais pour des faits survenus avant. Mais la Cour ne s'arrête pas là, et c'est là tout l'apport de l'arrêt.

509. Dans un second temps, la Cour relève que l'inapplicabilité de la directive n'empêche pas l'examen du droit national sous le régime antérieur à la directive. Après avoir classiquement rappelé la fonction normative de l'action privée¹⁴²⁵, elle considère que le délai de prescription constitue une modalité d'exercice du droit à réparation qui doit être apprécié au regard des critères d'équivalence et d'effectivité, tels que lus à la lumière de l'application effective de l'article 102 TFUE. En rappelant sa jurisprudence *Kone*, elle souligne explicitement qu'« (à) cet égard, et spécifiquement dans le domaine du droit de la concurrence, ces règles ne doivent pas porter atteinte à l'application effective de l'article 102 TFUE »¹⁴²⁶. Or, en l'espèce, elle considère que le régime de prescription portugais rend pratiquement impossible, voire excessivement difficile, l'exercice du droit de demander réparation, conféré par l'article 102 TFUE¹⁴²⁷. Après avoir pris le soin d'en élargir la portée en énonçant que le délai de prescription a une importance particulière dans le cadre d'action de suivi (*follow-on*) comme en l'espèce, mais également dans le cadre d'actions autonomes (*stand alone*), la Cour en conclut que les juridictions nationales sont contraintes d'écarter l'application des règles nationales au regard de l'effet utile de l'interdiction et de la pleine effectivité de l'article 102 TFUE. En résumé, la Cour conclut à une forme de rétroactivité non assumée de la directive : à défaut d'appliquer expressément l'article 10, elle choisit de donner plein effet à l'esprit de la directive alors même qu'elle l'a jugée inapplicable.

510. Cette application maximale de la directive invite à plusieurs commentaires.

511. Dans le cadre de notre démonstration, cette solution révèle, certes, que l'inapplicabilité *ratione temporis* de la directive n'implique pas pour le justiciable une absence de protection

¹⁴²⁵ CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco*, pt 41.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, pt 44.

¹⁴²⁷ *Ibid.* pts 49 à 55.

dans l'ordre interne. Au contraire, l'arrêt *Cogeco* permet d'assurer, dans le contexte de l'application transitoire de la directive, le développement des actions privées en invitant les juges nationaux à interpréter leurs règles nationales dans le sens le plus favorable aux victimes¹⁴²⁸. Cette approche apparaît d'ailleurs en conformité avec la jurisprudence récente de la cour d'appel de Paris qui tend à faire prévaloir une « application bienveillante » de la directive au profit des justiciables¹⁴²⁹.

512. Mais, la portée de cet arrêt ne se réduit pas, dans le cadre de notre démonstration, à cette protection de la situation subjective du requérant. Si la Cour de justice renvoie au principe d'autonomie procédurale tel qu'encadré par le critère de l'effectivité, c'est pour mieux apprécier le droit interne au regard de l'application effective de l'article 102 TFUE. Elle souligne en effet à cet égard que l'ensemble du régime de prescription du droit national portugais doit « être adaptée aux spécificités du droit de la concurrence et aux objectifs de la mise en œuvre des règles de ce droit par les personnes concernées, afin de ne pas réduire à néant la pleine effectivité de l'article 102 TFUE »¹⁴³⁰. En ce sens, le principe d'effectivité lui permet de faire sa propre appréciation de la conformité du droit interne dans un sens visant d'une part, à favoriser la convergence des législations à l'échelle de l'Union même celles antérieures à la directive et d'autre part, à assurer la fonction normative de l'action privée. Cette mobilisation du critère de l'effectivité est, en effet, une nouvelle fois placée au service du rôle des actions privées dans la défense « du caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union »¹⁴³¹. Cette interprétation maximale des effets de la directive s'inscrit dans le mouvement de décentralisation de l'application du droit de la concurrence : elle permet à la Cour de s'assurer de la mise en œuvre effective et uniforme du droit de la concurrence en réaffirmant le rôle que les juridictions nationales doivent jouer dans son application (même sous le régime antérieur).

¹⁴²⁸ F. MASMI-DAZI, « De l'émergence d'un “antitrust shield” au bénéfice du *private enforcement* européen pour pallier les lacunes du dispositif procédural non harmonisé en matière de prescription », préc.

¹⁴²⁹ Dans l'arrêt *Arkéos* évoqué précédemment, la cour d'appel de Paris a considéré qu'une décision de mesures conservatoires ne pouvait pas servir de point de départ au délai de prescription au regard de son caractère temporaire et qui ne préjuge pas de la décision au fond. En outre, elle remarque s'agissant de la computation des délais, que les dispositions du droit français issues de la loi Hamon relatives aux causes d'interruption de la prescription reviennent à une solution proche de celle qui aurait pu être atteinte par l'application de la directive. V. sur ce point F. MASMI-DAZI, « De l'émergence d'un “antitrust shield” au bénéfice du *private enforcement* européen pour pallier les lacunes du dispositif procédural non harmonisé en matière de prescription », préc. p. 14 ; R. AMARO, « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept 2018- Juin 2019) », préc., pp. 230- 246.

¹⁴³⁰ CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco*, pt 47.

¹⁴³¹ Formule répétée depuis l'arrêt *Courage*, qu'elle reprend dans l'arrêt *Cogeco* (pt 41).

513. En définitive, si l'on comprend à travers cette affaire que la question de la prescription représente un enjeu majeur pour la situation du requérant (elle détermine si son action en réparation est ou non possible), elle constitue aussi une problématique clé en droit de la concurrence. En ce sens, la Cour réaffirme que les dispositions nationales de manière générale, et les règles de prescription en particulier, doivent assurer la pleine application de la politique de concurrence, qu'il s'agisse tant des dispositions de transposition de la directive que du droit commun de la responsabilité dans le régime antérieur.

2) *Illustration avec l'affaire Otis*

514. L'affaire *Otis II*, l'appréciation de la notion de lien de causalité. L'arrêt *Otis* du 12 novembre 2019¹⁴³² constitue la seconde illustration de ce recours au critère d'effectivité comme méthode classique du processus d'instrumentalisation de la situation subjective. À l'origine de l'affaire, un organisme public autrichien – le Land de Haute-Autriche – a intenté une action en réparation contre plusieurs sociétés, actives sur le marché de l'installation et de l'entretien d'ascenseurs et d'escaliers roulants, dont l'entente avait déjà été établie. Si le requérant reconnaissait, certes, qu'il n'avait pas subi de préjudice en tant qu'acheteur des produits concernés par l'entente, il estimait néanmoins que son préjudice résultait de l'augmentation des coûts de construction causée par l'entente. Cette dernière l'aurait conduit à accorder des subventions, sous la forme de prêts incitatifs destinés au financement de projets de construction impactés par l'entente, d'un montant plus élevé qu'il ne l'aurait été en l'absence de cette entente, le privant ainsi de la possibilité d'utiliser ce différentiel à d'autres fins plus lucratives. Toutefois, le droit national limite la réparation des dommages purement patrimoniaux aux seuls dommages dont la norme enfreinte a pour finalité d'empêcher la survenance. Plus concrètement, les conditions nationales de l'action en responsabilité civile reviennent à exclure la réparation des dommages subis aux personnes qui, d'une part, n'opèrent ni comme fournisseur ni comme acheteur sur le marché concerné par l'entente et, d'autre part, ont subi un préjudice qui n'est que la résultante du préjudice subi par un tiers directement concerné. Si la détermination des modalités d'exercice du droit à réparation incombe par principe aux États membres dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, la Cour suprême autrichienne se demande si son droit national rend l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union pratiquement impossible, voire excessivement difficile. Dans ce

¹⁴³² CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich e. a.*, préc.

contexte, elle interroge la Cour de justice par voie préjudicielle sur la compatibilité de son droit national avec le droit de l'Union et plus particulièrement, l'article 101 TFUE.

515. Solution de la Cour. Contrairement à son avocat général, la Cour considère que la question doit être examinée sur le fondement du critère classique d'effectivité et non directement sur le fondement de l'article 101 TFUE¹⁴³³. Elle prend néanmoins le soin de rappeler sa « relecture » de ce critère depuis l'arrêt *Kone* : l'examen des modalités d'exercice du droit à réparation par les droits nationaux doit se faire à la lumière de l'application effective de l'article 101 TFUE. Elle réaffirme la prédominance des considérations objectives dans le cadre de son examen du droit national en énonçant que « *c'est pour assurer cette effectivité du droit de l'Union que la Cour a jugé (...) que les règles nationales doivent reconnaître à toute personne le droit de demander réparation du préjudice subi* »¹⁴³⁴.

516. En application de cette conception établie, elle en tire deux conséquences en l'espèce. D'une part, la Cour relève que la limitation des actions privées aux seuls fournisseurs et acheteurs du marché concerné par l'entente est contraire non seulement à la protection efficace des victimes, mais aussi à la pleine efficacité et à l'effet utile du droit de l'Union¹⁴³⁵. D'autre part, elle réfute l'argument des requérants et de la Commission qui énonçait que le préjudice ne serait pas suffisamment lié à l'objectif de l'interdiction des ententes, à savoir le maintien de la concurrence sur le marché affecté par l'infraction. Elle énonce au contraire, comme son avocat général, qu'« *il n'est pas nécessaire (...) que le préjudice subi par la personne concernée présente, en outre, un lien spécifique avec "l'objectif de protection" poursuivi par l'article 101 TFUE* »¹⁴³⁶.

517. Les enseignements. Deux séries d'enseignements qui intéressent notre démonstration peuvent être tirées de l'appréciation des conditions de la responsabilité à la lumière du critère de l'effectivité dans cet arrêt.

¹⁴³³ L'avocat général KOKOTT rappelait au point 38 de ses conclusions la distinction établie par l'avocat général Wahl dans l'affaire *Skanska* (Cf. *infra*). (« Ainsi que l'avocat général Wahl l'a exposé dans ses conclusions dans l'affaire *Skanska Industrial Solutions e.a.*, la différence entre un examen fondé sur les principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, et un examen directement fondé sur l'article 101 TFUE, d'autre part, est fondamentale pour déterminer la ligne de démarcation entre les questions régies par le droit de l'Union et celles régies par les systèmes juridiques nationaux des États membres »).

¹⁴³⁴ CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich e. a.*, préc., pt 26.

¹⁴³⁵ *Ibid.* pt 27.

¹⁴³⁶ *Ibid.* pt 31.

518. En premier lieu, cette solution révèle que l'application effective de l'article 101 TFUE implique une large ouverture du prétoire. En énonçant qu'un organisme public qui a accordé des prêts incitatifs aux acheteurs de produits cartellisés peut demander réparation du préjudice causé par l'entente, la Cour confirme sa volonté de s'assurer du plus grand nombre d'actions en réparation. Cette position s'inscrit dans la continuité non seulement de son arrêt *Otis* de 2012 dans lequel il était question de demandes en réparation présentées par l'Union elle-même¹⁴³⁷, mais aussi de la directive 2014/104 qui fait figurer des autorités publiques au titre de bénéficiaires du droit à réparation¹⁴³⁸. En outre, cette approche trouve un écho en droit national avec le développement d'une forme de *private enforcement* des personnes publiques observé en France¹⁴³⁹.

519. En second lieu, dans le cadre de l'étude comparative, cette position s'inscrit en contrariété avec celle développée par la Cour suprême aux États-Unis, et cela à double titre. D'une part, il s'agit moins de rechercher l'*efficient enforcer* ou « *le requérant le plus approprié* »¹⁴⁴⁰ que de mobiliser le plus grand nombre d'acteurs « vigilants » devant le juge national. D'autre part, son appréciation du lien de causalité entre le préjudice et le comportement anticoncurrentiel s'inscrit en contrariété avec la jurisprudence américaine de l'*antitrust injury*¹⁴⁴¹. Si la Cour rappelle que tout préjudice ayant un lien avec une infraction à l'article 101 TFUE doit être réparé « *afin d'assurer l'application effective de l'article 101 TFUE et de préserver l'effet utile de cette disposition* »¹⁴⁴², celui-ci demeure personnel et peut être réparé dès lors que le lien de causalité est établi. En d'autres termes, cet arrêt révèle également que la dynamique d'objectivation ne va pas aussi loin qu'aux États-Unis. Car, il fait peu de doute que la Cour suprême aurait rejeté l'action du requérant de l'espèce au profit de la recherche des « requérants plus appropriés ».

520. En définitive, ce premier examen à la lumière du critère d'effectivité permet à la Cour de s'assurer que les dispositions nationales garantissent, certes, la réparation de la victime, mais aussi et surtout l'application effective des règles de concurrence. De manière subsidiaire mais pour le moins plus ambitieuse, la Cour a écarté le recours au critère classique de l'effectivité

¹⁴³⁷ CJUE, 6 nov. 2012, *Otis e. a.*, préc., spéc. pts 43 et 44.

¹⁴³⁸ V. en ce sens considérants 3 et 13 de la directive 2014/104.

¹⁴³⁹ Cf. *supra*, 489 et la délimitation de l'étude dans l'introduction, §15, note 54.

¹⁴⁴⁰ Cf. *supra*, §446.

¹⁴⁴¹ Cf. *supra*, §429.

¹⁴⁴² CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich e. a.*, préc.

dans le cadre de l'autonomie procédurale au profit d'une appréciation directement fondée sur la pleine effectivité des articles 101/102 TFUE.

B) Le recours au principe d'effectivité des articles 101/102 TFUE comme méthode ambitieuse du processus d'instrumentalisation subjective

521. L'affaire *Skanska* (2019). C'est à l'occasion de l'affaire *Skanska*¹⁴⁴³ du 14 mars 2019 que la Cour a, pour la première – et encore unique – fois, dépassé le critère classique de l'effectivité au profit d'une appréciation directement fondée sur la pleine effectivité des règles de concurrence. En l'espèce, la Cour suprême finlandaise a interrogé la Cour par la voie du renvoi préjudiciel, à propos de l'imputation de la responsabilité d'une société absorbante pour les faits d'une société absorbée. Elle demandait, en substance, s'il fallait procéder à une application directe de l'article 101 TFUE et ainsi tenir pour responsables les personnes morales composant « l'entreprise » au sens du droit de la concurrence, ce qui reviendrait à appliquer des règles d'imputabilité identiques devant les ANC et devant les juges nationaux de la réparation. Ou, au contraire, s'il fallait appliquer les règles de droit civil interne. N'ayant encore jamais eu l'occasion de se prononcer sur un régime d'imputation de la responsabilité civile pour entente, la Cour répond positivement à la première question en considérant que les sociétés absorbantes peuvent être tenues responsables des conséquences des infractions aux règles de concurrence commises par les sociétés absorbées¹⁴⁴⁴. De façon inédite, le juge a considéré que « *la question de la détermination de l'entité tenue de réparer le préjudice causé par une infraction à l'article 101 TFUE est directement régie par le droit de l'Union* »¹⁴⁴⁵. Pour comprendre les implications de ce positionnement, il nous faut revenir sur les conclusions éclairantes de l'avocat général.

522. La distinction entre « condition de la responsabilité » et « modalités d'exercice ».

L'avocat général WAHL rappelle tout d'abord que si l'action en responsabilité est considérée, dans la majorité des droits nationaux, comme une action de droit privé à vocation

¹⁴⁴³ CJUE, 14 mars 2019, *Skanska*, préc. ; *Contrats, conc., consom.*, 2019/5, comm. 88, note D. BOSCO ; *Concurrences* n° 3-2019, p. 239, note R. AMARO.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.* pts 37 et 38.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, pt 28

principalement réparatrice¹⁴⁴⁶, elle bénéficie, en droit de l'Union, d'une double fonction¹⁴⁴⁷. Il relève en ce sens qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que le droit de demander réparation « n'a toutefois pas été établi simplement pour assurer la réparation du préjudice causé par un comportement anticoncurrentiel » mais s'est également vu attribuer un rôle dans « la nécessité d'assurer la pleine effectivité du droit de la concurrence de l'Union »¹⁴⁴⁸. Dans ce contexte, et bien que la Cour n'ait, jusqu'à présent, jamais défini clairement les conditions de la responsabilité civile, il considère que leur appréciation doit parfois être directement fondée sur la pleine effectivité de l'article 101 TFUE. Plus particulièrement, il établit une distinction inédite entre « les modalités d'exercice du droit de demander réparation » relevant de la compétence des États au nom de l'autonomie procédurale et les « conditions constitutives du droit de demander des dommages et intérêts » relevant pour leur part directement du droit de l'Union. Si les premières doivent être appréciées au regard du critère classique d'équivalence et d'effectivité, les secondes s'apprécient, selon lui, directement au regard de l'effet utile de l'article 101 TFUE¹⁴⁴⁹. Dans ce cadre, il considère en l'espèce que les règles d'imputation de la responsabilité ne sont pas simplement une « modalité » de mise en œuvre du droit à réparation, mais une « condition constitutive de la responsabilité », directement régie par l'article 101 TFUE¹⁴⁵⁰.

523. Or, les fondements et les implications de cette approche intéressent précisément notre démonstration. Considérer que la détermination des conditions qui sous-tendent la responsabilité civile pour violation du droit de la concurrence relève directement du droit de l'Union n'est pas sans incidence sur l'étendue du contrôle du juge et la portée qu'il entend donner à l'action des particuliers. Cela revient, en effet, à apprécier les dispositions nationales à la lumière de la fonction normative de l'action privée tel qu'elle dérive du droit de l'Union, sans passer par l'appréciation nationale. Loin de s'en cacher, les conclusions de l'avocat général comme la solution de la Cour en sont précisément le reflet.

¹⁴⁴⁶ Ccl. WAHL, sur CJUE, 14 mars 2019, *Skanska*, pt 27 : « cependant, en Europe, les demandes en dommages et intérêts tendent à opérer essentiellement une élimination de tout le dommage (*restitutio ad integrum*). Même si l'obligation de payer des dommages et intérêts peut aussi avoir une fonction dissuasive dans certains contextes, la responsabilité pour ce qui concerne les dommages et intérêts en tant qu'élément dissuasif (ou en tant que sanction) autonome d'un comportement indésirable est sans doute un phénomène moins généralisé dans le paysage juridique européen ».

¹⁴⁴⁷ *Ibid.* pt 28.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.* pt 31.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.* pts 40-41.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.* pt 60.

524. S'appuyant sur l'arrêt *Kone*, l'avocat général considère que celui-ci « *constitue un pas déterminant dans l'affermissement du rôle des actions en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence en tant qu'instrument appelé à dissuader les entreprises de se livrer à des comportements anticoncurrentiels* »¹⁴⁵¹. Il poursuit en établissant un lien direct entre la possibilité de « *se prévaloir d'actions de droit privé effectives* » et « *les chances qu'un plus grand nombre de pratiques anticoncurrentielles soient dévoilées et que les contrevenants soient jugés responsables s'en trouvent augmentées* »¹⁴⁵². C'est, selon lui, pour cela que la détermination des personnes pouvant être tenues à la réparation doit non seulement être régie directement par le droit de l'Union, mais également être interprétée comme devant en l'espèce impliquer la responsabilité de la société absorbante alors même que les faits ont été commis par les sociétés absorbées. Il conclut en estimant qu'une solution inverse « *aurait un effet préjudiciable sur la fonction dissuasive des actions en dommages et intérêts et ainsi sur l'effectivité de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'Union, un objectif auquel la Cour a attaché une importance particulière dans sa jurisprudence* »¹⁴⁵³.

525. Dans sa solution, la Cour reprend le raisonnement de son avocat général et considère que l'appréciation doit se faire principalement au regard de la pleine effectivité du droit de l'Union et non dans le cadre classique de l'autonomie procédurale. D'ailleurs, la juridiction finlandaise avait, sûrement par habitude, pris le soin de demander si, dans le cas où le droit interne devait bien régir les conditions d'imputation de la responsabilité civile aboutissant à la responsabilité de la société absorbante, celui-ci est conforme au principe d'effectivité. Mais pour la Cour, aucun détour n'est nécessaire par l'examen du critère classique de l'effectivité. Comme son avocat général, elle procède à l'évitement de ce critère au profit d'une appréciation directement fondée sur l'effet utile du droit de la concurrence¹⁴⁵⁴. Après avoir rappelé sa jurisprudence traditionnelle sur le rôle des actions privées dans le maintien d'une concurrence effective, elle énonce, en reprenant explicitement l'avocat général, que « *les actions en dommages et intérêts pour violation des règles de concurrence de l'Union font partie intégrante du système de mise en œuvre de ces règles, qui vise à réprimer les comportements anticoncurrentiels des entreprises et à dissuader celles-ci de se livrer à de tels comportements* »¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵¹ *Ibid.* pt 45.

¹⁴⁵² *Ibid.* pt 48.

¹⁴⁵³ *Ibid.* pt 68.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.* pts 43-46.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.* pt 45.

526. Portée et suites. Cette solution marque, dans un premier temps, une forme de redéfinition de la ligne de démarcation entre les compétences respectives du droit de l'Union et des droits nationaux dans la définition des conditions fondamentales de la responsabilité. En considérant que les règles d'imputation sont directement régies par le traité et plus particulièrement par l'article 101 TFUE, l'effet d'exclusion du droit interne est total¹⁴⁵⁶. Comme évoqué précédemment, cet aspect témoigne en creux de la démarche volontariste de la Cour dans l'unification des droits nationaux¹⁴⁵⁷. Mais, plus fondamentalement encore, cette position révèle aussi une volonté d'émanciper les conditions de l'action des logiques classiques de responsabilité civile de droit interne pour leur en substituer celles du droit de la concurrence et plus globalement du droit de l'Union. La modélisation progressive, et toujours plus étendue, d'une prise en charge supranationale des conditions de l'action privée permet en effet d'insuffler la logique fonctionnelle du droit de l'Union, consistant à assurer les objectifs poursuivis par les règles et notamment celles de concurrence. En d'autres termes, la prise en considération de la victime, de ses difficultés et de son intérêt à obtenir une réparation effective de son préjudice est opérée avec le dessein d'assurer l'effectivité du droit de la concurrence, en renforçant le rôle dissuasif et normatif de l'action, et ce, en dépit de son caractère subjectif en droit national.

527. Dans la continuité de cet arrêt, certains avocats généraux se sont fondés sur cette distinction entre simples « *modalités* » appréciées sur le fondement du critère de l'effectivité et véritables « *conditions constitutives* » appréciées sur le principe d'effectivité des règles¹⁴⁵⁸. L'étude de la jurisprudence postérieure¹⁴⁵⁹ a finalement montré qu'elle n'a pas été reprise par la Cour qui a procédé à un retour au critère classique de l'effectivité. Cela étant, ce constat n'entame pas la validité du présent raisonnement comme en témoigne la jurisprudence la plus récente.

528. L'affaire *Sumal* du 6 octobre 2021. Dans la continuité de l'affaire *Skanska*, la Cour a été amenée à préciser les entités juridiques qui peuvent être responsables des dommages causés par une infraction à l'article 101 TFUE. Plus précisément, la juridiction espagnole a procédé à un

¹⁴⁵⁶ Ce point a été remarqué en doctrine. La solution *Skanska* a pu, en ce sens, être qualifiée « d'explosive » (*Contrats, conc., consom.*, 2019/5, comm. 88, note D. BOSCO).

¹⁴⁵⁷ L'avocat général énonce lui-même que « *les conditions constitutives de la responsabilité doivent être uniformes* » (Ccl. Wahl sur CJUE, 14 mars 2019, *Skanska*, préc., pt 67).

¹⁴⁵⁸ La distinction est reprise par l'avocate générale KOKOTT dans l'affaire *Otis II* mais absente des conclusions dans *Cogeco*.

¹⁴⁵⁹ Cf. *supra*, §506 et §514.

renvoi préjudiciel afin de demander à la Cour si le principe d'unité économique permet d'intenter une action en dommages et intérêts à l'encontre de la filiale à la suite d'une décision de la Commission constatant des pratiques anticoncurrentielles de sa société mère. La Cour répond là aussi par la positive en prenant le soin de rappeler que la détermination de l'entité tenue de réparer le préjudice causé par une infraction à l'article 101 TFUE est directement régie par le droit de l'Union selon la solution *Skanska*. Sur le fondement de cette solution, le juge rappelle dès lors que la notion d'entreprise constitue une notion autonome du droit de l'Union qui a vocation à s'appliquer aussi bien dans le contexte du contentieux public que du contentieux privé. Dès lors, la filiale peut être tenue responsable sur la base de la condamnation de la société mère par la Commission à partir du moment où elles font partie de la même unité économique¹⁴⁶⁰.

529. Là encore, la motivation de la solution se trouve parfaitement exprimée dans les conclusions de l'avocat général :

« Comme cela a été reconnu par la Cour, la mise en œuvre du droit de la concurrence, qu'elle soit privée ou publique, constitue un instrument indispensable pour renforcer l'efficacité de la politique de répression des pratiques anticoncurrentielles. De ce point de vue, la première ne poursuit pas uniquement un objectif de réparation tendant à satisfaire des intérêts privés, mais elle a également une fonction dissuasive qui contribue à la poursuite des objectifs d'intérêt général sous-jacents à la protection de la concurrence. L'augmentation des personnes qui peuvent faire valoir la responsabilité pour un préjudice anticoncurrentiel entraîne l'augmentation de l'effet dissuasif à l'égard des violations du droit de la concurrence, ce qui est extrêmement important afin que le droit de la concurrence de l'Union puisse atteindre ses objectifs. D'une manière analogue, plus on élimine des obstacles pratiques à l'exercice d'actions en dommages et intérêts par des personnes lésées par les infractions aux règles de la concurrence, plus cette fonction dissuasive en ressort renforcée.

Or, dans une situation comme celle en cause dans la procédure au principal, le fait de permettre à un particulier d'attirer en justice la filiale avec laquelle il a entretenu directement ou indirectement une relation commerciale, en vue d'obtenir réparation des préjudices subis à cause des effets que le comportement anticoncurrentiel de la société mère a eus sur cette relation, contribue à cette double fonction en ce que cela facilite l'exercice de l'action en réparation dans les cas où la société mère, contrairement à la filiale, est établie dans un autre pays que celui de la personne lésée »¹⁴⁶¹.

¹⁴⁶⁰ Sur l'encadrement des conditions de sa responsabilité cf. pts 51 et s.

¹⁴⁶¹ Ccl. PITRUZZELLA sur CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal*, spéc. pt 67-68.

530. Conclusion de la section 2. En définitive, si la première méthode consistant à recourir au critère classique d'effectivité souligne une démarche moins ambitieuse et certainement plus respectueuse des compétences qui relèvent encore des droits nationaux, les deux méthodes témoignent finalement d'un même but : elles visent à s'assurer que les règles nationales relatives aux conditions de l'action garantissent la fonction normative de l'action privée. Dit autrement, dans la lignée de sa jurisprudence *Courage*, l'intérêt subjectif du requérant est une nouvelle fois mis au service de considérations plus objectives : si l'action vise certes, à assurer la réparation de la victime, elle bénéficie aussi d'un rôle de répression et de dissuasion des infractions au service de l'effectivité du droit de la concurrence. Cette finalité guide l'appréciation du juge de l'Union non seulement des dispositions de transposition de la directive, mais aussi de celle de droit interne sous l'empire du régime antérieur.

Conclusion du chapitre 2

531. Par ce chapitre, il était question d'analyser la concrétisation des modèles de « Procureur privé » et de « vigie » du point de vue des règles substantielles entourant l'action. Nous partions plus particulièrement du constat que l'action est, dans les deux systèmes étudiés, fondée sur une logique de responsabilité civile impliquant notamment pour le requérant la nécessité de faire preuve d'un préjudice personnel. Même aux États-Unis, la construction d'un régime de *private enforcement* n'implique pas la possibilité pour une personne de défendre une atteinte au public, ou plus précisément dans notre étude, à la concurrence en général : le législateur américain a bien fait reposer la démarche sur un intérêt personnel à défendre, et plus précisément sur son instrumentalisation au profit du respect des règles fédérales.

532. Toutefois, deux démarches ont pu être identifiées dans chaque système.

533. Dans la continuité du mouvement identifié en matière procédurale, l'étude a montré que la Cour suprême a intégré la logique objective dans son interprétation des règles substantielles. Pour le dire autrement, elle a traduit la dynamique normative de l'action privée aux conditions à remplir pour le requérant alors même que la définition traditionnelle du *standing* – telle qu'issue de l'article III de la Constitution américaine et du *Clayton Act* – exige simplement la démonstration d'un intérêt personnel. Par-là, le juge suprême a infléchi la logique subjective au profit de la désignation du *proper plaintiff*, à savoir celui qui sera susceptible de mettre en œuvre les règles *antitrust* de manière la plus effective. Si cette démarche d'objectivation s'inscrit dans la logique et la continuité de notre démonstration, il est apparu que cette distance de la Cour suprême vis-à-vis de la lettre du texte est largement teintée de considérations idéologiques : la restriction de la prise en compte du préjudice personnel au profit de la recherche du requérant le plus approprié se justifie, plus spécifiquement dans le domaine de l'étude, par une volonté d'éviter que les comportements d'entreprises soient systématiquement et facilement remis en cause par la voie contentieuse.

534. Dans l'Union, les conditions pour agir telles qu'aménagées dans la directive s'inscrivent dans la droite ligne des celles, traditionnelles, de la responsabilité civile. L'harmonisation par le droit dérivé vise ainsi à assurer l'effectivité du droit à réparation conféré par le droit de l'Union. Afin de favoriser la satisfaction individuelle du requérant, sa tâche se voit facilitée par le recours à des présomptions de faute, de préjudice et de lien de causalité. Pour autant, l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice la plus récente révèle que l'appréciation des conditions de l'action doit être guidée par la nécessité d'assurer plus globalement l'effectivité

du droit de la concurrence. Loin d'être ignorée, la finalité normative de l'action guide ainsi l'examen de la compatibilité de la règle nationale. Car, la Cour prend le soin de rappeler que le droit à réparation dans le domaine du droit de la concurrence assure l'effet utile des interdictions des ententes et abus de position dominante. Dans ce contexte, l'application des normes nationales doit, certes, assurer l'effectivité du droit à réparation, mais dans le but de garantir celle du droit de la concurrence. Cette démarche de la Cour a témoigné dans le cadre de l'étude d'une résurgence de la conception de l'action privée comme devant être placée au service du droit de l'Union.

535. Il en découle alors, dans une perspective plus large, que ces deux mouvements d'objectivation et subjectivation ne sont pas si antinomiques qu'il n'y paraît à première vue. Ils témoignent, certes, d'une appréhension différente du *private enforcement*, mais qui se justifie par plusieurs motifs. D'abord, l'état du développement des actions divergent : à l'ancienneté du modèle américain s'oppose l'émergence récente du *private enforcement* dans l'Union. Ensuite, il existe des différences structurelles et fondamentales entre les systèmes étudiés. À la structure fédérale et au rôle et aux pouvoirs de la Cour suprême dans la détermination de l'intérêt à agir s'opposent le caractère *sui generis* de l'Union et ses compétences limitées en matière procédurale impliquant le respect du principe d'autonomie procédurale et, par-là, celui des traditions juridiques nationales. Pour autant, il n'en demeure pas moins que les deux juges « suprêmes » semblent placer ces deux mouvements au service de la même fin : la réalisation du droit fédéral ou celui de l'Union.

CONCLUSION DU TITRE 2

536. Au terme de cette présentation, l'on constate que le *private enforcement* oppose une difficulté majeure à son appréhension, tenant principalement à l'identification de sa spécificité. Pour démontrer la particularité de ce concept, encore fallait-il montrer qu'il dispose d'un régime qui le distingue d'autres institutions juridiques. Or, parce que certaines de ses facettes sont comparables au mécanisme de la responsabilité civile (*law of tort*), la distinction était loin d'être évidente. À défaut de pouvoir tracer une ligne claire entre les deux, l'étude des règles procédurales et substantielles a permis de montrer le caractère perturbateur des modèles de « Procureur privé » ou de « vigie » dans les deux systèmes étudiés.

537. La comparaison a abouti à deux conclusions.

538. D'un point de vue procédural, il est apparu que le *private enforcement* doit impliquer des instruments susceptibles d'attribuer aux particuliers des moyens de détection, de dissuasion et de sanction, proches de ceux accordés aux autorités publiques. À cet égard, le droit américain a été particulièrement éclairant. Certes, ce concept peut compter de manière générale sur les règles fédérales de procédure civile, à savoir notamment les procédures de *class action* et de *discovery*. Toutefois, le domaine de l'étude a été l'illustration que le *private enforcement* résulte d'un choix du législateur de compter, encore plus fortement, sur les particuliers pour mettre en œuvre les règles. Car, l'ajout de mécanismes spécifiques – tels que la prise en charge du financement des coûts du procès (*one-way cost*) ou l'attribution de *treble damages* – témoigne de l'importance particulière qu'il souhaite accorder au respect de ces règles, et donc, en creux, de la politique publique qu'elle sous-tend. À l'échelle de l'Union, le concept de *private enforcement* n'a pas trouvé le même relai compte tenu des dispositifs nationaux de tradition civiliste. En matière d'action individuelle, les mécanismes consacrés dans la directive 2014/104 ont tendance à exclure la finalité normative de l'action privée en rejetant volontairement les mécanismes américains d'accès aux preuves ou de réparation. Les évolutions nationale et européenne en matière de recours collectifs ont été l'illustration des réserves, sinon du refus, de renforcer le rôle normatif de l'action du particulier.

539. D'un point de vue substantiel, les règles sont, en apparence, comparables à celles connues en matière de responsabilité civile (*tort*) dans les deux systèmes juridiques étudiés. Les conditions de l'action empruntent largement à cette institution juridique, car on retrouve le triptyque classique : faute, préjudice, lien de causalité. Pour autant, replacer le concept au sein même des deux systèmes juridiques étudiés a permis d'en enrichir sa compréhension. Aux

États-Unis, cette comparaison intersystème a permis de révéler une certaine émancipation des conditions de l'action de celles traditionnellement requises. Plus précisément, la logique fonctionnelle au cœur du *private enforcement* a conduit la Cour suprême à opérer une redéfinition des conditions de l'action dans un sens visant à favoriser une mise en œuvre supposément plus effective des règles *antitrust*, et ce, au détriment de la finalité compensatrice de l'action. Dans l'Union, en revanche, la distanciation vis-à-vis de la responsabilité civile a été plus délicate. Les conditions sont apparues largement similaires à celles d'une action en réparation classique, témoignant de la prédominance accordée à la finalité subjective. Seule l'appréciation par la Cour de justice des règles nationales a permis de montrer que celle-ci n'a pas perdu de vue le rôle normatif des actions privées. L'autonomisation des notions de responsabilité civile par le droit de l'Union est placée au service de la réalisation du droit de la concurrence.

540. Plus fondamentalement, le caractère perturbateur du régime de *private enforcement* vis-à-vis du cadre traditionnel procédural ou substantiel a laissé présager des difficultés que soulèvent les modèles théoriques de « Procureur privé » ou de vigie ». Alors qu'ils présupposaient une alliance spontanée entre intérêt subjectif du requérant et intérêt objectif du système juridique à une mise en œuvre effective des règles, l'étude a révélé, en réalité, des déséquilibres. Le cadre juridique américain tend progressivement à favoriser l'intérêt objectif, en refusant l'intérêt à agir de ceux dont l'action serait finalement perçue comme néfaste pour l'ordre concurrentiel. Pour sa part, le droit de l'UE, en dépit des interprétations de la Cour de justice, reste figé sur la dimension subjective de l'action étant donné que les instruments se révèlent incapables de servir véritablement l'intérêt objectif. Les aménagements sont en ce sens révélateurs et annonciateurs des problèmes que posent les modèles théoriques. Puisqu'en somme, les régimes juridiques américain et européen malmènent l'harmonie théorique en faisant prévaloir l'un sur l'autre. Ce premier résultat a vocation à trouver écho dans l'examen des évolutions du concept au stade de sa mise en œuvre.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

541. Une traduction littérale de l'expression *private enforcement* n'était ni possible ni souhaitable. Mais ce postulat était alors un signe annonciateur des difficultés à cerner précisément ce concept. Pour tenter de les dépasser, il nous a semblé que ce dernier s'approche plus facilement par l'étude des fonctions qu'il entend satisfaire. Cette analyse fonctionnelle est apparue d'autant plus pertinente dans le cadre de notre comparaison étant donné que les deux systèmes s'accordent – dans le champ particulier de l'étude – sur les deux fonctions qu'ils attribuent à l'action privée. La première correspond à la fonction réparatrice traditionnelle. La seconde consiste en un renforcement de la détection, la dissuasion et la sanction de pratiques illicites. Ces deux fonctions, qui ont été qualifiées, dans la présente étude, de subjective et d'objective, sont supposées s'allier afin de se servir réciproquement.

542. Une fois celles-ci admises, la quête d'identification du concept nous a amenés à procéder à une analyse des fondements sur lequel il repose, d'une part et de ses modalités concrètes de mise en œuvre, d'autre part.

543. Dans le cadre de l'étude comparée, ces deux étapes ont d'abord permis de mettre en lumière un mouvement de convergence/divergence. Dans un premier temps, il est apparu que le droit américain et le droit de l'Union conçoivent la double finalité de l'action privée. Il transparaît du discours *du* droit comme du discours *sur* le droit que cette dernière a pour but la satisfaction individuelle, mais plus largement l'effectivité des règles, notamment *antitrust*. Dans un second temps, on a, en revanche, pu montrer que ces deux fonctions s'aménagent différemment au sein des deux systèmes étudiés. Le droit américain accorde des moyens dans le but de satisfaire non seulement le rôle compensatoire de l'action privée, mais aussi son rôle normatif. Dans l'Union en revanche, ce dernier se traduit plus timidement dans les dispositions européennes. Reflet du poids de la tradition juridique des États membres, la fonction subjective a été, du moins en apparence, largement privilégiée, et ce au détriment de la fonction objective.

544. Cela étant, notre étude ne visait pas seulement à identifier les éléments de convergence et de divergence par le biais d'une énumération de règles dans les deux systèmes étudiés. C'était là un constat qui s'imposait avec la force de l'évidence et n'aurait que réduit l'intérêt de la démarche comparative. Par le recours au droit comparé, il était surtout question d'apporter des éléments permettant d'apprécier (*et en creux de critiquer*) la démarche des institutions de

l'Union, engagées depuis près de deux décennies dans le développement des actions privées. Si l'analyse des fondements a pu montrer qu'une « greffe » était théoriquement possible, les divergences dans l'aménagement concret du régime ont, en revanche, mis en lumière une part d'incompréhension du concept de ce côté de l'Atlantique. La comparaison a en effet été le révélateur que le juriste du droit d'accueil – à savoir pour notre étude l'européaniste – ne l'utilise et ne le comprend pas de la même façon que celui du pays d'exportation – à savoir le juriste américain. La vision de Pierre LEGRAND nous aurait suggéré de conclure à l'incompréhension mutuelle et irréversible du juriste de *common law* et de *civil law*¹⁴⁶². Moins pessimistes, nous l'avons plutôt perçue comme un défi à relever¹⁴⁶³.

545. Cette première partie de la thèse avait en effet pour ambition d'identifier le concept de *private enforcement*. Pour cela, le modèle américain, qui en détient la paternité, a été un support précieux. L'adoption d'un plan large a d'abord permis de montrer que ce concept s'intègre dans un ensemble plus global. Par une approche contextuelle, il a pu être mis en lumière que le *private enforcement* s'insère dans une culture juridique, certes, mais aussi un cadre institutionnel et procédural qui tend à favoriser une participation active des particuliers dans la détection des pratiques illicites et donc pour le contrôle du respect des règles. Le champ particulier de l'étude a, ensuite, autorisé des effets de zoom qui ont été indispensables pour mettre en lumière la particularité de ce concept. Dans le domaine de l'*antitrust*, le législateur fédéral a volontairement fait le choix de renforcer les moyens déjà accordés aux requérants. Afin de les mobiliser pour les inciter à agir, des instruments spécifiques ont été ajoutés au régime juridique général.

546. Ces développements ont été le révélateur que ce concept dévoile difficilement son autonomie tant il s'agrége à un arsenal juridique existant pour satisfaire ses objectifs, sa particularité se révélant par petites touches. Il a ainsi fallu l'appréhender par exclusion, c'est-à-dire en essayant de montrer ce qu'il n'est pas. Dans un langage de comparatiste, nous cherchions à démontrer que « l'équivalent fonctionnel » du *private enforcement* n'est pas une action en responsabilité civile, mais procède, au contraire, d'un dépassement de la logique et du régime de la responsabilité civile.

547. À l'issue de cette première partie, une définition négative du *private enforcement* apparaîtrait toutefois comme un résultat décevant. Certes, celle-ci a été un préalable nécessaire

¹⁴⁶² P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-Culture*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, pp. 64-65.

¹⁴⁶³ R. SEFTON-GREEN, « Compare and contrast : monstre à deux têtes », *RIDC*, 2002, vol 54, p. 85-95.

à la détermination de sa substance. Compte tenu des traductions communément admises dans la doctrine européenne, il était, selon nous, important de s'inscrire en opposition avec l'assimilation du *private enforcement* à la notion de « contentieux subjectif », trompeuse et réductrice. Pour autant, la démarche d'identification s'en trouverait quelque peu incomplète. Au terme de cette première étape de notre thèse, une définition positive semble ainsi pouvoir être proposée. Plus précisément, il découle de l'étude que ce concept se trouve à la convergence de critères ou paramètres fondamentaux. Le premier est relatif à la source du droit d'action. Par son origine législative, il tend à exprimer une volonté spécifique du législateur. L'échelon fédéral, comme celui de l'Union, a exprimé une recherche de dépassement d'obstacles institutionnels justifiant le recours direct aux particuliers. Le deuxième tient aux instruments procéduraux attachés à ce droit d'action. Plus ils paraissent *exorbitants* ou plus ils dépassent le « droit commun », plus ils sont alors la preuve d'une incitation particulière des institutions à agir. En cela, et plus fondamentalement encore, ils témoignent que l'intérêt subjectif seul ne suffit pas. Puisque, sans incitations particulières, les victimes n'agissent pas. Le troisième, lié aux premiers critères et au cœur de la caractérisation du concept, tient au but, à la finalité attachée à l'action privée. La rapprochant de l'action publique, celle-ci se voit attribuer un rôle normatif, de prévention et de sanction et non uniquement de réparation. Une définition du *private enforcement* peut ainsi être proposée : celui-ci consiste en une privatisation de la mise en œuvre des règles par le biais d'une instrumentalisation des intérêts personnels des particuliers dans l'objectif des institutions juridiques de les placer au service de la réalisation du droit objectif.

548. Une fois l'étape d'identification réalisée, il convient de s'interroger sur la capacité de cette démarche à réaliser les objectifs en vue desquels on l'a mise en place. Si la première partie a déjà esquissé la difficulté à servir conjointement les deux fonctions (chaque système ayant tendance à favoriser l'une ou autre), la seconde a vocation à montrer la façon dont ce concept se met en œuvre concrètement à travers l'examen de ses déclinaisons processuelles. Compter sur les particuliers plutôt que sur des autorités publiques s'inscrit nécessairement dans une démarche mouvante, dépendante non seulement des particuliers eux-mêmes, mais aussi de la volonté des institutions qui en sont les initiatrices. Il s'agit ainsi à ce stade d'examiner les mutations que connaît, ou que pourrait connaître, le cadre processuel du *private enforcement*.

PARTIE 2 – MUTATIONS PROCESSUELLES DU
PRIVATE ENFORCEMENT

549. La première partie a montré que la double finalité attachée au modèle de « Procureur privé » bouscule les dispositifs existants et, plus fondamentalement encore, brouille la ligne de partage entre le rôle des différents acteurs (public-privé) au sein du système juridique. Si des divergences dans l'aménagement de cette dualité fonctionnelle ont été observées, il n'en demeure pas moins que, dans les deux systèmes étudiés, la finalité subjective est assimilée à l'intérêt « privé » du requérant et celle, objective, à l'intérêt « public » des institutions de s'assurer d'une mise en œuvre effective des règles.

550. Chaque esprit *ressent* la différence qui s'opère entre ces deux intérêts censés se servir mutuellement par la figure du « Procureur privé ». Pourtant, faut-il rappeler ici, comme l'ont remarqué Gérard CORNU et Jean FOYER, que la notion d'intérêt « *est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie, qu'on classe, mais qu'on ne définit pas* »¹⁴⁶⁴. Classiquement défini comme « *ce qui importe, ce qui convient* »¹⁴⁶⁵, l'intérêt est une notion parajuridique ou métajuridique qui se situe dans les interstices du droit et du non droit¹⁴⁶⁶ ou entre les faits et le droit¹⁴⁶⁷. Ancré dans la réalité, l'intérêt « *[fait] irruption au creux des règles de droit* »¹⁴⁶⁸ et a « *toujours un but pratique parce qu'il apparaît toujours comme un moyen de satisfaire à un besoin* »¹⁴⁶⁹. Envisagé sous cet angle, l'intérêt poursuit une fonction de régulation ou d'ajustement et peut conduire à aménager, modérer des normes.

551. L'on pressent alors intuitivement que la figure du « Procureur privé » est établie sur des fondations mouvantes et nécessairement instables. D'abord, car la conciliation des intérêts en jeu n'est pas garantie : les intérêts des institutions dépendent des besoins de régulation et ceux-là ne coïncident pas nécessairement avec les intérêts des particuliers. Ensuite, car la frontière même entre ce qui relève du privé et du public n'est pas statique ; elle suit les évolutions de la société¹⁴⁷⁰ et celles-ci modifient le tracé entre ce qui relève de l'intérêt privé et ce qui relève de l'intérêt général. Au regard des évolutions contemporaines qui tendent à

¹⁴⁶⁴ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1958, p. 296.

¹⁴⁶⁵ Dictionnaire *Larousse* en ligne, v ° « Intérêt ».

¹⁴⁶⁶ F. OST (dir.), *Droit et intérêt. Volume 2, Entre droit et non-droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, spéc., p. 9. L'auteur souligne que la logique voudrait que l'intérêt soit consacré sous la forme d'un droit subjectif ou soit rejeté « *dans les limbes du non droit* ».

¹⁴⁶⁷ T. SCHULTZ, *Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt*, *Diritto & questioni pubbliche*, 2003, p. 302.

¹⁴⁶⁸ F. OST (dir.), *Droit et intérêt. Volume 2, Entre droit et non-droit*, préc. p. 13-14 (« *semble avoir partie liée avec la réalité ; une réalité diverse et variable qui, (fait) irruption au creux des règles de droit* ») (nous soulignons).

¹⁴⁶⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 1910 [réimp. 2010], p. 32.

¹⁴⁷⁰ J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique », *Dr. Adm*, 1996, p. 956 (« *la frontière est toujours là, mais son tracé et son rôle bougent sans cesse* »).

globaliser les sujets de préoccupation – que l’on songe aux impératifs sanitaires, environnementaux ou climatiques, lesquels s’affranchissent de la division de l’espace en frontières nationales, de la division du temps en séquences générationnelles et, partant, de la division entre aspirations individuelles et exigences collectives –, force est de constater que les intérêts privés ne se réduisent pas forcément à un intérêt purement individuel.

552. La figure fantasmée du « Procureur privé » dissimule d’importants enjeux qu’il appartient aux systèmes juridiques de concilier.

553. Parler de mutation processuelle¹⁴⁷¹, c’est alors s’interroger sur les mouvements de fond qui animent les règles techniques composant le *private enforcement* et qui sont susceptibles de les faire évoluer. Car, comme l’exprimait Jean RIVERO, « *lorsque les murs bougent, c’est que, dans ses profondeurs, la terre tremble* »¹⁴⁷². À l’évidence, le *private enforcement* s’inscrit dans un contexte évolutif.

554. Le champ particulier de l’étude en est, dans un premier temps, l’illustration paradigmatique. Au travers de sa traduction processuelle, l’exemple du domaine concurrentiel est le reflet de l’inaptitude des deux systèmes à concilier l’intérêt individuel des victimes à obtenir réparation et l’intérêt public dans la mise en œuvre des règles. L’étude comparative révélera en effet que, contrairement à l’idée reçue en Europe, l’efficacité du *private enforcement* aux États-Unis revêt une part de mythe¹⁴⁷³. L’analyse du cadre processuel démontre que le modèle américain ne parvient pas à atteindre ses objectifs théoriquement fixés. À partir des

¹⁴⁷¹ Une précision sémantique s’impose. Le vocabulaire CORNU définit le terme de la manière suivante : « *processuel* : qui se rapporte au procès (...); se dit surtout d’une discipline qui (...) est une science comparative fondée sur le rapprochement des procédures ». Chez les auteurs français, la doctrine du droit « processuel » a, en effet, dans un premier temps consisté à comparer les trois procédures internes (administrative/ civile/ pénale) en exposant leurs techniques procédurales communes ou propres à chacune. Apparue trop restrictive, cette première conception est désormais dépassée. La comparaison des techniques s’est révélée inutile si elle n’est pas perçue comme une première étape pour ensuite donner sens aux mécanismes procéduraux et aux logiques communes qui les sous-tendent. L’approche contemporaine du droit processuel consiste à étudier l’émergence d’un standard commun du procès et non plus à le réduire à une pure technique. Si cela fait référence au « droit du procès », celui-ci est entendu au sens large, à savoir comme pouvant inclure les aspects communs à tous les contentieux y compris disciplinaires ou ceux qui ont lieu devant les autorités administratives indépendantes. En résumé, le nouveau droit processuel est perçu comme la science de la procédure et non le droit de la procédure. Les processualistes sont ceux qui s’intéressent aux *mutations du procès*, principalement sous l’influence des droits fondamentaux. Sur ce point : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, X. LAGARDE et a., (dir.), *Droit processuel, Droit commun du procès*, préc., spéc. pp. 2-13. Pour son utilisation appliquée au domaine de l’étude : E. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », in G. CANIVET, (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, spéc., pp. 285-313.

¹⁴⁷² J. RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête, ou *statu quo* ? », *D.*, 1947, chron., p. 61.

¹⁴⁷³ De manière générale : J. CARBONNIER, « À beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., 1995. Sur le cas plus spécifique du modèle américain en matière de *private enforcement* dans le champ de l’antitrust : v. notre contribution in M. COMBET (dir.), *Droit européen de la consommation*, Bruylant, à paraître.

années 1980, la majorité conservatrice de la Cour suprême a développé une politique jurisprudentielle restrictive, visant souvent à rendre le droit d'agir *a posteriori* ineffectif aux États-Unis¹⁴⁷⁴. Peu remises en cause depuis lors, les critiques relatives aux méfaits des actions privées ont en effet conduit le juge à opérer un rééquilibrage du système de *private enforcement* à travers un renforcement des obstacles procéduraux, rendant l'action des potentielles victimes de plus en plus incertaine. Alors que les études empiriques montrent un certain déclin des actions aux États-Unis¹⁴⁷⁵, la volonté de promotion européenne ne s'est pas accompagnée de pistes innovantes. Au contraire, les faiblesses du cadre processuel tendent à laisser la place à l'instrumentalisation, voire au dévoiement des dispositifs par des initiatives se situant hors du cadre juridique existant. Pourtant initialement recherchée, l'efficacité processuelle du *private enforcement* se trouve ainsi neutralisée aux États-Unis comme dans l'Union (*Titre 1*). Ce résultat révèle, nous le verrons, l'insuffisance de la logique instrumentale, reflet de l'approche utilitariste de l'intérêt général sur laquelle repose le *private enforcement*. Pareil constat nous conduira alors, dans un second temps, à rechercher des perspectives de renouvellement du cadre processuel du *private enforcement* (*Titre 2*).

Titre 1 – Un cadre processuel neutralisé

Titre 2 – Un cadre processuel renouvelé

¹⁴⁷⁴ Sur ce point que l'on développera, v. not. E. FOX, « The Efficiency paradox », in R. PITOFSKY, *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, Oxford University Press, 2008, pp. 77-88.

¹⁴⁷⁵ Les données statistiques sont résumées dans le rapport de l'administration judiciaire *Study of the Antitrust Treble Damage Remedy, Report of the House Judiciary Committee*, 98th Cong., 2nd Sess. 1984 (report prepared by G. GARVEY), pts 10-15. Des chercheurs ont également mené des études empiriques qui ont conduit à l'identification du paroxysme du *private enforcement* en 1978, avant le déclin au début des années 1980. V. en ce sens : S. C. SALOP, L. J. WHITE, « Private Antitrust Litigation : An Introduction and Framework », in L. WHITE (dir.) *Private Antitrust Litigation. New Evidence, New Learning*, MIT Press, 1988, pp. 3-16 ; R. POSNER, « A Statistical Study of Antitrust Enforcement », in F. S. MCCHESENEY, W. F. SHUGHART II, (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust : The Public Choice Perspective*, 1995, p. 79 Table 5.3. De manière générale, pour une présentation des données et des sources de celles-ci v. not. : D. A. CRANE, *The Institutional structure of antitrust enforcement*, préc.

TITRE 1 – UN CADRE PROCESSUEL NEUTRALISE

555. La « neutralisation » se définit comme l'action consistant à « *amoindrir, atténuer voire annuler la force et les effets de quelque chose* »¹⁴⁷⁶ ou encore comme la « *diminution sensible de l'impact, de la force, de la portée d'un projet, d'une politique en le rendant pratiquement inopérant* »¹⁴⁷⁷. Les évolutions du cadre processuel du *private enforcement*, en droit américain comme en droit de l'Union, s'illustrent parfaitement dans cette expression : les instruments juridiques censés être *a priori* au service de la finalité normative de l'action privée se trouvent *a posteriori* diminués, voire anéantis.

556. Pour s'en convaincre, il faut d'abord rappeler quelques éléments de contexte. L'intérêt de l'ensemble des victimes à obtenir une réparation effective et celui des institutions de s'assurer d'un bon niveau de mise en œuvre des règles reposent sur un équilibre délicat. Aux États-Unis, il a été originellement choisi de compter prioritairement sur l'action des personnes privées pour s'assurer de la mise en œuvre des règles, notamment *antitrust*. En ce sens, la multiplication des actions permettait d'assurer un niveau élevé de détection et de sanction, en lieu et place des autorités publiques. Dans l'Union, au contraire, la prédominance traditionnelle de l'action publique pour assurer la régulation de l'ordre concurrentiel a longtemps rendu moins nécessaire l'action complémentaire des personnes privées. Pour autant, les évolutions en place montrent que ce schéma traditionnel, loin d'être immuable, a été largement bouleversé. La montée en puissance de l'action des autorités publiques aux États-Unis et le développement des actions privées dans l'Union contribuent largement à remettre en cause l'équilibre initial de chaque système.

557. Or, ces évolutions de la politique de répression et de réparation, largement fondées sur des postulats économiques et idéologiques, ont des incidences directes sur le cadre processuel de l'action privée. L'ensemble des instruments procéduraux de longue date consacrés en droit américain – tels que la *discovery*, les *class actions*, les *contingent fees* – sont finalement apparus trop incitatifs, voire excessifs, aux yeux d'un courant néoclassique majoritaire à la Cour suprême, peu favorable à l'interventionnisme des requérants privés. Dans l'Union, la volonté de développement des actions en réparation des victimes s'est heurtée à la crainte de voir diminuer l'efficacité du *public enforcement*. Cet impératif de préservation de l'efficacité de

¹⁴⁷⁶ Définition du dictionnaire *Larousse*.

¹⁴⁷⁷ Définition du dictionnaire *L'internaute*.

l'action publique traduit la défiance évidente vis-à-vis du *private enforcement*. Mais il a surtout imposé des dispositifs modérés s'agissant des modalités d'action des personnes privées, amenant certains acteurs à innover hors d'un cadre juridique jugé, pour sa part, trop restrictif.

558. C'est dans ce contexte, pourtant différent, que l'étude comparative révèle, de manière paradoxale, un phénomène commun de neutralisation des dispositifs procéduraux consacrés en droit positif. Ces derniers, censés garantir l'action, voient leur effectivité diminuée sous la force soit d'une politique menée délibérément par les institutions juridiques, soit d'acteurs externes au système juridique. Après avoir étudié les vecteurs du phénomène identifié (*Chapitre 1*), on pourra en dévoiler les manifestations processuelles concrètes (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 – Les vecteurs de la neutralisation

Chapitre 2 – Les manifestations de la neutralisation

CHAPITRE 1 – LES VECTEURS DE LA NEUTRALISATION

559. L'étude des vecteurs de la neutralisation a vocation à appréhender les difficultés communes des systèmes juridiques étudiés à assurer effectivement la pérennité de la dualité fonctionnelle au cœur d'un régime de *private enforcement*. Ne pouvant se réaliser de manière solitaire, les figures de « Procureur privé » et de « vigie » doivent nécessairement s'insérer dans la cohérence et la logique des systèmes de mise en œuvre des règles, notamment des règles de concurrence. Or, les systèmes américain et européen portent, en leur sein même, des éléments propres à rendre les deux finalités difficiles à concilier. Deux vecteurs structurels de ce processus sont, selon nous, identifiables.

560. En premier lieu, la finalité objective, intégrée à l'action privée, doit s'articuler avec l'action publique. L'aspect plus normatif reconnu à l'action privée (dans son rôle de répression des infractions) se trouve nécessairement concurrencé par l'action des autorités publiques en charge de la régulation de l'ordre concurrentiel. Si la question de l'articulation entre le *public* et le *private enforcement* intervient dans des contextes différents¹⁴⁷⁸, elle s'impose néanmoins aux États-Unis comme dans l'Union. D'abord, car les deux systèmes étudiés accordent aux autorités chargées de la régulation des pouvoirs forts¹⁴⁷⁹ qui impliquent une mise en œuvre des règles *antitrust* cohérente et équilibrée avec l'action privée. Ensuite, car ceux-ci conçoivent conjointement le *private enforcement* comme un support au *public enforcement* dans la lutte contre les infractions aux règles de concurrence. Ce rôle complémentaire des actions privées a pu sous-entendre une sorte « d'union des forces ». Autorités publiques et victimes privées peuvent réciproquement s'informer de la détection d'un acte illicite et les victimes assurent une pression supplémentaire sur les opérateurs économiques. Le risque de voir s'ajouter au coût de la sanction administrative, celui de l'action en réparation renforce le caractère dissuasif des règles. Simple en théorie, l'articulation entre les deux contentieux se révèle en réalité délicate (*Section 1*).

561. En second lieu, la finalité subjective, inhérente à l'action privée, invite à prendre en considération un élément *a priori* plus sociologique. L'analyse économique a théorisé le modèle

¹⁴⁷⁸ À la prédominance traditionnelle du *public enforcement* dans l'Union s'oppose celle du *private enforcement* aux États-Unis.

¹⁴⁷⁹ L'expression est faible quand on pense au DOJ aux États-Unis qui a le pouvoir de condamner à des peines de prisons les individus à l'origine de la pratique *antitrust*.

de l'homme rationnel selon lequel l'agent économique agit selon un calcul coût-avantage¹⁴⁸⁰. En somme, si son respect des règles implique un coût plus grand pour un avantage faible, il préférera opter pour la stratégie d'infraction étant donné qu'il retirera un plus grand profit de cette dernière. Bien qu'aujourd'hui remise en cause¹⁴⁸¹, cette thèse peut largement s'appliquer à la personne du plaideur. Le présent travail s'est en effet attaché à démontrer que le concept de *private enforcement*, tel qu'actuellement compris, n'est pas synonyme d'une action militante, mais repose au contraire sur une instrumentalisation de l'intérêt subjectif du requérant. En ce sens, la victime d'une atteinte à une règle de concurrence demeure mue par son intérêt personnel et peut ainsi, elle aussi, être tentée de rechercher le meilleur moyen de le maximiser. Si on lui en laisse l'opportunité, le bénéficiaire du droit d'action va alors chercher le système juridique susceptible de lui fournir soit la meilleure indemnisation, soit la plus grande praticité compte tenu, par exemple, de sa situation géographique ou de la langue parlée¹⁴⁸². Ce processus se traduit alors juridiquement par le phénomène de *forum shopping*, parfois couplé d'un *law shopping*¹⁴⁸³. Loin d'être propre au domaine de l'étude, celui-ci est connu dans le monde¹⁴⁸⁴ et plus particulièrement dans l'Union¹⁴⁸⁵. Défendues par certains¹⁴⁸⁶

¹⁴⁸⁰ Désigné par l'expression *Homo oeconomicus*, ce modèle a connu une extension à travers l'identification d'un *Homo juridicus* qui correspond à l'image de l'agent qui utilise sa connaissance des règles pour échapper à l'application de la loi et réduire le coût financier de l'infraction (C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN, R. THALER, « A Behavioral Approach to Law and Economics », *Stan. L. Rev.*, 1998, vol. 50, pp. 1471-1550).

¹⁴⁸¹ L'économie comportementale tend à contester la thèse de l'agent rationnel au profit de la mise en avant d'un individu plus pro-social voire altruiste et empathique. Sur ce point, v. not. : S. LEVITT, S. DUBNER, « L'homo-oeconomicus est mort. Vive l'homo-altruisticus ! », chapitre 3 (extrait) de *Super freakonomics*, Gallimard, 2010, et les références citées par G. DE MONCUI, *La faute lucrative*, préc., spéc. pp. 31-47.

¹⁴⁸² Sur ce dernier aspect en particulier : v. la thèse de M. BARBA, *La langue en droit international privé*, th. Lyon 3, 2019.

¹⁴⁸³ Les deux phénomènes n'étant pas forcément liés. Sur la délimitation de l'étude, et les raisons de sa focalisation au phénomène de *forum shopping* cf. *infra*, section 2, §600.

¹⁴⁸⁴ La diversité des droits à l'échelle mondiale est une évidence. En revanche, « [c]e qui est nouveau c'est le point de vue et l'opportunité d'en tirer parti », car dans le contexte de mondialisation, le destinataire du droit « n'est plus désormais le sujet d'un ordre juridique prédéterminé dont il subit la contrainte et le cas échéant les sanctions (...) il se trouve au contraire placé devant un paysage fragmenté, une mosaïque d'ordres juridiques, qui correspond en gros à la carte politique du monde, divisée en États (...). L'acteur transnational se trouve (...) à l'égard de cette mosaïque d'ordre juridiques, dans une situation de "forum shopping" (...), c'est-à-dire en situation de faire son marché entre les différents ordres juridiques » (B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J-Y CHEROT et B. FRYDMAN, (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, pp.17-48, spéc. p. 30). Sur ce point V. également : M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit des deux mondialisations », *Arch. Philo. Dr.*, 2003, n° 47, pp. 17-23, spéc. p. 18 ; Ph. MELOT, « Marché ? Vous avez dit marché ? », *Gaz. Pal.*, 2006, p. 6 ; A. OGUS, « Competition between National legal systems : A contribution of economic analysis to Comparative Law », *ICLQ* 1999, vol. 84, pp. 405-418, spéc. pp. 408-409 ; M. SALAH MATOUSSI, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001, pp. 251-302, spéc. p. 283.

¹⁴⁸⁵ La doctrine européeniste n'hésite pas en ce sens à parler de « concurrence normative ». E. CARPANO, M. CHASTAGNARET, et E. MAZUYER, (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruylant, 2016.

¹⁴⁸⁶ J. DAMMANN, H. HANSMANN, « A Global Market for Judicial Services », *Yale L. & Eco. Research Paper*, n° 347. Aussi, la banque mondiale a rendu un hommage à ce phénomène dans son premier rapport (Banque

et dénoncées¹⁴⁸⁷ par d'autres, les stratégies de *forum shopping* sont l'expression d'une poursuite de maximisation de l'intérêt privé, consistant à se tourner vers le for le plus intéressant. Alors même que ce phénomène représente un risque pour l'équilibre et la cohérence globale du *private enforcement* au sein du système qui l'aménage, son appréhension par les institutions juridiques se révèle variable (*Section 2*).

mondiale, *Doing Business 2004. Understanding regulations*, sept. 2003, disp. en ligne ; v. sur ce rapport B. DU MARAIS (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing business*, La documentation Française, 2006).

¹⁴⁸⁷ S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridiction) », in S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER, C. PERES (dir.), *L'efficacité économique du droit*, Economica, 2010, pp. 121 et s., spéc. pp. 128 à 136, n° 19- 45 ; C. KESSEDJIAN, « Le droit entre concurrence et coopération », H. GAUDEMET-TALLON, (Mél.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, préc., pp. 119-132., spéc. pp. 119-126. V. plus récemment sur le domaine de l'étude : R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, préc., pp. 130 et s.

SECTION 1 – L’articulation délicate des actions publiques/privées

562. Qualifier les rapports entre les actions publiques et privées en droit de la concurrence d’« articulation délicate » est un euphémisme¹⁴⁸⁸. Loin d’une coexistence pacifique et complémentaire, les deux contentieux présentent un risque d’interférence réciproque imposant aux institutions juridiques d’en prévoir les rapports.

563. Dans l’Union, la question de l’articulation *public/private enforcement* en droit de la concurrence a été largement anticipée. Plus précisément, une hiérarchie entre les deux s’est rapidement imposée : si les actions privées ont été invitées à s’épanouir à partir des arrêts *Courage et Manfredi*, c’est à la condition qu’elles n’induisent pas un affaiblissement du *public enforcement*. L’idée d’une subordination du *private* sur le *public enforcement* sera largement reprise¹⁴⁸⁹. Dans sa proposition qui a abouti à la directive 2014/104, la Commission a érigé comme objectif principal « *l’optimisation de l’interaction entre la mise en œuvre par la sphère publique et celle à l’initiative de la sphère privée* »¹⁴⁹⁰, et ce, avant même l’objectif de réparation intégrale. Il y a alors eu quelque chose de paradoxal dans la démarche des institutions de l’Union, lesquelles ont ainsi eu tendance à promouvoir le développement des actions privées tout en veillant à conserver la pleine efficacité des actions publiques et, notamment, des programmes de clémence¹⁴⁹¹.

564. Aux États-Unis, l’articulation entre les deux contentieux s’est imposée plus progressivement. Pour mémoire, le législateur américain a fait dès 1914 le choix non pas de renforcer les moyens des autorités fédérales, mais d’ériger les actions privées au rang d’éléments essentiels dans le système général de mise en œuvre du droit *antitrust*¹⁴⁹². Si leur

¹⁴⁸⁸ Pour décrire le risque d’interférence entre les deux contentieux, certains ont préféré le terme plus péjorativement connoté d’« enchevêtrement » (L. IDOT, « Programme de clémence et droit de la concurrence – L’entrée dans la phase III », *RJEP/CJEG*, n° 640, 2007, p. 94).

¹⁴⁸⁹ En droit de l’Union, les institutions juridiques ne cesseront de rappeler que « *les modalités des actions en réparation ne doivent pas entraver indûment la mise en œuvre effective du droit de la concurrence par une autorité de concurrence* ». En droit français, on pense par exemple à la loi Hamon qui prévoit que l’action privée intervient après l’action publique.

¹⁴⁹⁰ Comm. UE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l’Union européenne, p. 3 et s.

¹⁴⁹¹ Ce paradoxe a été souligné en doctrine. V. not. sur ce point : Th. PICOT, « Cupidité et droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 31 déc. 2013, n° 365 (« *il y a là deux objectifs qui ont quelque chose d’assez inconciliable, le développement de l’un ne pouvant qu’affaiblir l’attractivité de l’autre* »).

¹⁴⁹² Selon Donald BAKER, l’absence d’affectation budgétaire au profit du « *public enforcement* » au moment de l’élaboration du *Sherman Act* témoigne de cette volonté du Congrès (« *Revisiting History- What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That Would Recommend to Others ?* », *Loyola Cons. L. Rev.*, 2004, vol. 16, pp. 379-408, spéc. p. 382).

prédominance a largement contribué à la mise en œuvre des règles, le renforcement de la dynamique du *public enforcement*¹⁴⁹³, assuré aux États-Unis par le *DOJ* et la *FTC*¹⁴⁹⁴, a eu pour effet de soulever des interrogations quant au nécessaire équilibre entre les deux actions.

565. Dans les deux systèmes, l'efficacité du *public enforcement* est plus particulièrement garantie par les programmes de clémence (*amnesty program*)¹⁴⁹⁵. En substance, ceux-ci permettent aux entreprises de signaler leurs activités illicites, en échange de quoi elles se voient accorder une immunité totale ou une réduction d'amende qui aurait normalement dû être imposée pour leur participation à de telles pratiques. L'objectif affiché de la clémence est ainsi d'encourager les contrevenants aux règles *antitrust* à révéler les pratiques. Or, les actions privées peuvent venir bousculer l'équilibre et la cohérence de l'action menée par les autorités en charge de la régulation de l'ordre concurrentiel, notamment dans le cadre de la clémence. Pour les besoins de la présente démonstration, on se focalisera plus spécifiquement sur deux instruments américains : la *discovery* et les *treble damages*. Cette délimitation du champ de l'étude se justifie étant donné que ces dispositifs visent à accorder aux personnes privées des privilèges similaires à ceux classiquement accordés aux autorités publiques. À l'inverse, les faiblesses des dispositifs européens de *private enforcement* témoignent en creux d'un choix quasi explicite en faveur du *public enforcement* : le principe de réparation intégrale ou les règles restrictives d'accès aux preuves¹⁴⁹⁶ ne semblent pas à même de bousculer l'efficacité de l'action publique.

566. Sous ce point de vue, les actions privées peuvent représenter une double menace. Par ses mécanismes procéduraux, souvent considérés comme exorbitants, l'exemple américain met plus particulièrement en lumière les enjeux des actions privées pour le *public enforcement* et notamment pour les programmes de clémence. L'accès aux preuves dans le cadre de la procédure de *discovery*, d'une part (§I), et l'octroi de *treble damages* suite à l'investigation

¹⁴⁹³ En témoigne l'augmentation progressive des amendes et peines de prison infligées par la Division *Antitrust* du *DOJ*. Sur ce point, v. not en français : F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », *RLC* 2015/43, n° 2770.

¹⁴⁹⁴ Pour mémoire, si les deux autorités ont la compétence pour mettre en œuvre le *Sherman* et le *Clayton Act* seul le *DOJ* peut engager la responsabilité pénale des individus à l'origine d'un cartel et une procédure de clémence. Précision qu'en principe seul le *DOJ* a la compétence pour mettre en œuvre le *Sherman Act* car la *FTC* exerce *a priori* ses compétences uniquement dans le cadre des *FTC* et *Clayton Act*. Néanmoins, la Cour suprême a procédé une interprétation large de l'article 5 du *FTC Act* comme pouvant inclure l'ensemble des pratiques interdites par le *Sherman Act*.

¹⁴⁹⁵ Sur leur origine aux États-Unis et leurs modalités : v. la thèse de J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence – Étude comparative des droits américains et européens*, PUAM, 2008.

¹⁴⁹⁶ Sur l'exclusion des dommages et intérêts punitifs et la sacralisation des documents obtenus dans le cadre de la clémence : Cf. *supra* §369 et s.

publique, d'autre part (§2), constituent un risque de diminution de l'effet incitatif des programmes de clémence.

§ 1 – L'impact de la *discovery* sur l'efficacité des programmes de clémence

567. La *discovery* donne aux particuliers des moyens exorbitants d'accès aux preuves, reflétant leur rôle dans le respect des règles au même titre que les autorités fédérales¹⁴⁹⁷. C'est alors dans ce contexte que se pose la question de son articulation avec l'action desdites autorités, notamment dans le cadre de demandes de clémence. Loin d'être contesté, son impact est de longue date établi (A). Si ce constat a invité les autorités à prévoir des moyens de le maîtriser, l'impact de la *discovery* a plus récemment été réaffirmé dans les rapports internationaux, laissant percevoir le risque d'une application extraterritoriale de la *discovery* (B).

A) Un impact constaté

568. L'étendue de la *discovery*. Le risque de la *discovery* sur l'efficacité des programmes de clémence a de longue date été identifié aux États-Unis : la perspective de voir divulguer ses confessions peut largement dissuader le potentiel dénonciateur. Cette crainte est directement légitimée par les règles de procédure civile fédérale américaine qui autorisent un plaignant à demander au juge fédéral d'ordonner la divulgation de tout document utile en possession du défendeur¹⁴⁹⁸. Dès lors qu'il apprend l'existence de documents l'intéressant relatifs à une infraction qui a eu des effets aux États-Unis, le requérant peut en faire la demande. Le refus de divulgation des pièces demandées de la part de l'entreprise visée est sanctionné par le droit procédural. Le défendeur s'expose potentiellement au prononcé d'un jugement par défaut, à des poursuites pour offense à la cour (« *contempt of Court* ») ou encore à payer les frais de justice de la partie requérante¹⁴⁹⁹. Si, on l'a vu, le champ de la *discovery* est, en ce sens, extrêmement large¹⁵⁰⁰, il faut préciser ici qu'il n'est prévu aucune limitation relative aux informations obtenues dans le cadre de la clémence, peu importe d'ailleurs qu'elles aient été obtenues par des autorités américaines ou par des autorités européennes¹⁵⁰¹. La Division *Antitrust*, qui aura

¹⁴⁹⁷ Sur les modalités et la portée de la *discovery* : cf. *supra* Partie I, spéc. §329 et s.

¹⁴⁹⁸ *Rule 26 FRCP*, Cf. *supra*, §330.

¹⁴⁹⁹ *Rule 37 FRCP*.

¹⁵⁰⁰ Cf. *supra* §329 et s.

¹⁵⁰¹ Pour une présentation plus détaillée v. : K. NORLANDER, « Discovering Discovery – US Discovery of EC Leniency Statements », *ECLR*, 2004, Issue 10, p. 646.

récolté les informations, n'a aucun pouvoir pour s'opposer à la demande de divulgation adressée au coopérant.

569. Principe et limite de la technique de « *paperless* ». C'est précisément au regard des risques de la procédure de *discovery* pour l'efficacité et l'attractivité de leurs programmes de clémence, que les autorités américaines, puis européennes, ont développé la technique dite de « *paperless* »¹⁵⁰². Celle-ci consiste à inviter le coopérant à faire uniquement des déclarations orales afin d'éviter que des documents, établissant directement la culpabilité des dénonciateurs, ne fassent l'objet d'une demande de divulgation. Initiée aux États-Unis, cette parade a été largement suivie par les autorités de concurrence dans l'Union¹⁵⁰³, précisément au regard du risque de *discovery* américaine. Son avantage est double pour le dénonciateur comme pour l'autorité publique. Pour le premier, celle-ci lui permet d'éviter la divulgation de documents pouvant par la suite être exploités par le biais de la *discovery* dans le cadre d'une action civile. Le coopérant ne communique pas de pièces ou déclarations écrites, mais se contente de fournir aux autorités des déclarations orales ou enregistrements sonores. Ces derniers n'étant, en principe, pas considérés comme des informations *discoverables* au sens des règles de procédure civile américaines (*Rule 26*), l'entreprise dénonciatrice évite ainsi de se constituer un dossier particulièrement incriminant. Pour la seconde, cette technique lui permet de recueillir des informations utiles pour le démantèlement des pratiques, notamment des cartels, sans contribuer à l'anéantissement de l'attractivité de la procédure de clémence. Aux États-Unis, les agents de la Division *Antitrust* utilisent en principe ces simples déclarations orales moins comme véritable moyen de preuve de l'infraction que pour forcer les contrevenants à abdiquer et transiger¹⁵⁰⁴.

570. Pour autant, cette pratique des autorités américaines et européennes, *a priori* astucieuse, n'est pas sans présenter certaines limites¹⁵⁰⁵. Bien que les informations aient été révélées à

¹⁵⁰² V. sur ce point : D. C. Klawiter, « Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience », *Antitrust magazine*, Summer 2000, spéc. p. 15.

¹⁵⁰³ Communication de la Commission du 8 déc. 2006 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/C 298/11, pt. 32 (« À la demande de l'entreprise qui le souhaite, la Commission peut autoriser que les déclarations soient faites oralement à moins que l'entreprise n'ait déjà communiqué le contenu de la déclaration à des tiers. Les déclarations orales des entreprises seront enregistrées et transcrites dans les bureaux de la Commission »). V. également sur ce point : S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 593, n° 635.

¹⁵⁰⁴ V. sur ce point J.-C. Roda, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américain et européens*, préc., p. 268.

¹⁵⁰⁵ W. Baer, T. Frazer, L. Gysele et F. Liss, « International Leniency coordination », *The Antitrust Review of Americas*, 2007, p. 57 ; J. M. Joshua, « The European Cartel Enforcement Regime Post-Modernization : How is it Working? », *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 13, 2006, p. 1264.

l'oral, des observateurs ont révélé, qu'en pratique, certains plaignants ont réussi à intenter des actions devant les juridictions fédérales contre les entreprises pourtant amnistiées¹⁵⁰⁶. En outre, la pratique révèle, notamment en Europe, que les autorités ne se contentent pas de déclarations orales, mais exigent par exemple la signature de procès-verbaux pouvant contenir des informations susceptibles d'être utiles aux requérants et donc utilisées dans le cadre d'une *discovery*¹⁵⁰⁷. En ce sens, en contrariété avec l'objectif principal de la technique de « *paperless* », ces déclarations orales peuvent, dans certains cas, être utilisées comme de véritables moyens de preuve de la pratique pour le demandeur d'une action civile¹⁵⁰⁸.

571. Si ces éléments révèlent l'insuffisance de la technique développée par les autorités, l'efficacité des programmes de clémence est aussi remise en cause par une application toujours plus extensive de la *discovery* de la part des juridictions américaines. Loin d'avoir été encadré, le risque de débordement de cette procédure américaine dans les rapports internationaux a, au contraire, été récemment réaffirmé.

B) Un impact réaffirmé dans le cadre des rapports internationaux

572. L'affaiblissement du principe de courtoisie internationale par les juridictions américaines. Les autorités de concurrence étrangères, et plus particulièrement européennes, ont souvent mis en lumière le risque d'une application extraterritoriale de la *discovery* pour les intérêts du *public enforcement*, et notamment des programmes de clémence européens. Afin de protéger l'efficacité des programmes, elles ont plus particulièrement réclamé une appréciation encadrée des demandes de *discovery* par les juridictions américaines, en adéquation avec le principe de courtoisie internationale¹⁵⁰⁹. Selon ce principe, une nation accepte de reconnaître

¹⁵⁰⁶ D. C. Klawiter, « Corporate Leniency », préc., p. 15 ; v. dans le même sens la déclaration du Directeur général de la DG Concurrence Löwe dans une lettre adressée à l'*Antitrust Modernization Commission* – en charge de proposer des améliorations du droit *antitrust* américain – dans laquelle il remarquait que l'oralité des déclarations ne fait que réduire les risques relatifs à la *discovery* sans les faire disparaître. (DG Competition, *Submission by the Directorate General for Competition of the European Commission*, 6 avr. 2006, p. 10).

¹⁵⁰⁷ J.-C. Roda, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américains et européens*, préc., p. 446.

¹⁵⁰⁸ J. M. Joshua, « The European Cartel Enforcement Regime Post-Modernization : How is it Working? », préc., p. 1263.

¹⁵⁰⁹ En 2012, l'OCDE soulignait à ce sujet que, « [d]epuis plus d'un siècle, le droit public international reconnaît dans le principe de courtoisie un moyen de tempérer les effets de l'affirmation unilatérale de la compétence extraterritoriale. La courtoisie internationale est par conséquent un concept horizontal d'État souverain à État souverain, tel que défini par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hilton c. Guyot* en 1895. Il ne s'agit pas de renoncer à une compétence, mais plutôt de l'exercer en étant conscient de son incidence potentielle sur les efforts déployés par d'autres pays pour faire appliquer leur législation » (Forum mondial sur la concurrence du 5 avril 2012, « Améliorer la concurrence dans les enquêtes sur les ententes », DAF/COMP/GF(2012)6). Sur les différents types de courtoisies internationales, notamment celles connues en droit de l'Union à travers les réseaux d'autorités de concurrence : E. Claudel, « Territorialité vs extraterritorialité : Les affres du champ

une certaine force, sur son territoire, aux actes officiels issus d'une autre nation en dehors de toute obligation juridique, mais au nom d'une considération et d'égards mutuels¹⁵¹⁰. Pour autant, ce principe de courtoisie a fait l'objet d'une prise en compte mouvante par les juridictions américaines selon les périodes¹⁵¹¹. Après avoir favorisé une application territoriale du droit *antitrust*¹⁵¹², elles ont au contraire eu tendance à reconnaître une application extraterritoriale à travers la « doctrine des effets ». Consacrée par l'arrêt *Alcoa*¹⁵¹³ de 1945, cette doctrine signifie que les pratiques étrangères restrictives de concurrence peuvent être soumises au *Sherman Act* dès lors « qu'elles ont l'intention d'affecter le commerce américain et qu'elles le limitent en fait »¹⁵¹⁴. Les critiques virulentes suscitées par cette tendance ont amené les juridictions à trouver un compromis en développant un « *balancing test* ». S'agissant plus particulièrement de la *discovery*, ce test a forcé les cours à procéder à une recherche d'équilibre entre les intérêts nationaux et ceux des autorités étrangères. Mais l'expérience a montré qu'elles ont principalement eu tendance à privilégier les intérêts nationaux sur ceux des autorités étrangères de concurrence¹⁵¹⁵.

573. Réactions et tentatives internationales d'encadrement. Afin de faire face aux risques de divulgation des secrets d'affaires dans le cadre des procédures américaines de *pre-trial discovery*, plusieurs tentatives d'encadrement de l'accès aux preuves, et notamment celles jugées confidentielles, ont très tôt été mises en place. Au plan national d'abord, le législateur français a adopté la loi dite de « blocage » du 26 juillet 1968¹⁵¹⁶ dont l'article 3 prévoit notamment une condamnation pénale (six mois d'emprisonnement et 18 000 euros d'amende) pour toute personne qui communique des renseignements d'ordre économique, commercial,

d'application dans l'espace du droit européen de la concurrence », in E. DUBOUT, F. MARTUCCI, F. PICOD, (dir.), *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, pp. 135-187, spéc. I, pp.160 et s.

¹⁵¹⁰ V. déf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v. « Courtoisie internationale ».

¹⁵¹¹ E. M. FOX, L. A. SULLIVAN, R. PERITZ, *US Antitrust in a Global Context*, préc., pp. 651 et s. ; D. ZAMBRANO, « A Comity of Errors : The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery ? », *Berkeley L. J.*, vol. 34, 2016, p. 157, spéc. p. 159.

¹⁵¹² *American banana co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

¹⁵¹³ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945). On reviendra sur l'application extraterritoriale du droit *antitrust* américain dans les développements de la section 2 (cf. *infra*, §607).

¹⁵¹⁴ *Ibid.* (« *if they intend to affect U.S. trade and do in fact limit it* »).

¹⁵¹⁵ D. ZAMBRANO, « A Comity of Errors : The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery ? », préc., p. 160 et jurisprudences citées.

¹⁵¹⁶ Loi n° 68-678 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères. L'article 1 pose une interdiction générale aux agents et entreprises françaises de communiquer à des autorités publiques étrangères des documents et informations stratégiques susceptible de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public. V. Articles 411-6 à 411-8 du Code pénal.

industriel ou financier à l'étranger¹⁵¹⁷. Plus récemment, l'Allemagne et la Chine ont également officiellement contesté cette application extensive de la *discovery* américaine à l'étranger¹⁵¹⁸. À l'échelle internationale ensuite, la signature de la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale a eu vocation à encadrer ce risque en prévoyant notamment un mécanisme de transmission des commissions rogatoires par le biais d'autorités centrales, d'agents diplomatiques ou consulaires, ou de commissaires désignés à cet effet.

574. Pour autant, la Cour suprême a largement contribué à réduire l'efficacité de ces dispositions dans l'arrêt *Aérospatiale* de 1987¹⁵¹⁹. Si elle prend le soin de préciser qu'il est possible de refuser une demande de *discovery* au nom du respect du principe de courtoisie internationale¹⁵²⁰, c'est néanmoins pour mieux affirmer que celui-ci « *n'est pas une obligation absolue* »¹⁵²¹, validant par conséquent l'application extraterritoriale de la procédure de *discovery*. Elle énonce plus précisément que la convention de la Haye sur l'obtention de preuves n'est pas obligatoire en droit américain. En ce sens, les juridictions américaines peuvent accorder des demandes de *discovery* pour des documents qui se trouvent à l'étranger, sans besoin de demander l'accord du juge de l'État concerné¹⁵²². Pour le dire autrement, la loi de blocage ne prive pas une juridiction américaine du pouvoir d'ordonner, à une partie soumise à sa juridiction, de produire des preuves.

¹⁵¹⁷ Le rapport « Gauvain » de 2019, qui dénonce en substance l'extraterritorialité du droit américain et ses conséquences pour les entreprises européennes, a proposé de moderniser cette loi, qualifiée par les auteurs de « *sabre de bois* » compte tenu de la jurisprudence *Aérospatiale* de la Cour suprême (cf. *infra*, §574). V. sur ce point : « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », rapport établi à la demande du premier ministre, par R. GAUVAIN, C. D'URSO, A. DAMAIS et S. JEMAI, 26 juin 2019.

¹⁵¹⁸ L'Allemagne parle de « *d'intrusion dans sa souveraineté* » et la Banque de Chine a menacé en décembre 2013 les États-Unis de remettre en cause la stabilité des relations bilatérales des deux pays suite à des demandes de *discovery* faites pour des litiges ayant cours dans l'État de New York. V. Sur ce point D. ZAMBRANO, « A Comity of Errors : The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery ? », préc., spéc. p. 159.

¹⁵¹⁹ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court Iowa*, 482 U.S. 522 (1987).

¹⁵²⁰ C'est le « test *Aérospatiale* ». La Cour suprême énonce qu'il faut prendre en compte plusieurs éléments pour refuser de faire droit à une demande de *discovery* : « (1) l'importance pour le litige des documents ou autres renseignements demandés ; (2) le degré de spécificité de la demande ; (3) si l'information provient des États-Unis ; (4) l'existence d'autres moyens d'obtenir l'information ; et (5) la mesure dans laquelle le non-respect de la demande porterait atteinte à des intérêts importants des États-Unis, ou l'exécution de la demande porterait atteinte à des intérêts importants de l'État où se trouve l'information » (traduction de J.-C. RODA, « Le tribunal du district nord de Californie ordonne à la *Federal Trade Commission* de produire des documents contre l'avis de plusieurs autorités étrangères de concurrence (FTC v. *Qualcomm Inc.*) », *Concurrences*, n° 2-2018).

¹⁵²¹ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court Iowa*, spéc. p. 544.

¹⁵²² Sur ce point v. not. N. MEYER-FABRE, « L'obtention des preuves à l'étranger », in *Travaux du comité français de droit international privé*, 2002-2004, Pédone 2005, pp. 199 et s.

575. Les suites jurisprudentielles de l'arrêt *Aérospatiale* n'ont pas été de nature à rassurer les potentiels dénonciateurs et les autorités européennes soucieuses de l'efficacité de leur programme de clémence, au regard de l'extension toujours plus grande du champ de la *discovery* par la Cour suprême¹⁵²³.

576. Des voix se sont alors élevées dans l'Union afin d'exiger une meilleure prise en compte des intérêts des autorités européennes de concurrence par les juridictions américaines. Le directeur général de la DG Concurrence soulignait par exemple dès 2006 le risque de la *discovery* américaine sur les programmes de clémence en Europe dans une lettre envoyée à l'*Antitrust Modernization Commission*. Il énonçait en ces termes que « *tant qu'il existera une incertitude concernant le discovery et la manière dont sont pris en considération les intérêts de la Commission (et des autres autorités), les règles de discovery américaines compromettront et nuiront sans aucun doute à l'efficacité des programmes de clémence de la Commission et de son entreprise de lutte contre les cartels. Indirectement, cette situation risque de porter atteinte à l'action du Département of Justice dans le domaine de la lutte contre les cartels* »¹⁵²⁴. En 2009, la CNIL a eu l'occasion de faire une recommandation soulignant les risques de cette position américaine pour les données personnelles¹⁵²⁵.

577. Il semble que les critiques aient d'abord été entendues. Les juridictions fédérales inférieures, qui disposent d'une grande discrétion dans l'appréciation des demandes de *discovery*, ont pris la mesure de ce risque lié à l'application toujours plus grande dudit mécanisme américain pour les intérêts de la politique de clémence des autorités étrangères, et notamment européennes. En témoigne l'arrêt de 2007 *Rubber Chemicals* du juge fédéral californien¹⁵²⁶. Dans cette affaire, le tribunal a refusé d'accorder au demandeur l'obtention de

¹⁵²³ V. not. l'arrêt *Intel* de 2004 dans lequel la Cour suprême a continué à élargir le champ de la procédure de *discovery* américaine en considérant que les juridictions fédérales américaines peuvent ordonner à une entreprise établie aux États-Unis la divulgation de documents afin d'aider un requérant se trouvant devant la Commission européenne (*Intel v. AMD*, 124 St. Ct 2466, 2004). Pour une présentation v. J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., pp. 443-445 et le commentaire de F. SOUTY, « La Cour suprême des États-Unis et les pratiques concurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empragran* et *Intel v. AMD* », *LPA*, n° 189 du 21 sept. 2004, pp. 3 et s.

¹⁵²⁴ DG Competition, Submission by the Directorate General for Competition of the European Commission, 6 avr. 2006, pp. 9-10.

¹⁵²⁵ Délibération n° 2009-474 du 23 juillet 2009 en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de *discovery*.

¹⁵²⁶ *In re Rubber Chemicals Antitrust Litig.*, 486 F. Supp. 2d 1078, N.D. Cal. 2007 ; sur cette affaire et, plus largement sur la question, v. M. E. STUCKE, « Discovery in Global Economy », in J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT (dir.), *International Antitrust Litigation – Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012, pp. 331 et s. D'autres décisions ont également révélé une prise en compte de l'*international comity* par les juridictions américaines en ce qu'elles ont interdit à certains plaignants l'accès à des documents provenant de dossiers confidentiels des autorités de concurrence européennes. V. not. *In Re Payment Card Interchange Fee and*

documents liés à la demande de clémence d'une entreprise ayant coopéré avec la Commission. Mobilisant le principe de courtoisie internationale, il a considéré que le juge a le pouvoir discrétionnaire de limiter la communication d'informations, notamment s'il estime que la demande de *discovery* pourrait avoir un impact sur la politique de clémence de la Commission européenne. Pour reprendre ses termes, le juge californien considère en l'espèce qu'« *il semble que le bénéfice marginal que le plaignant retirerait de la divulgation [des documents "clémence"] est contrebalancé par l'impact que cette divulgation aurait sur les intérêts de la Commission concernant l'application effective de ses règles de concurrence et sa coopération avec les États-Unis pour appliquer ces règles dans un contexte international* »¹⁵²⁷. Plus récemment, un mouvement jurisprudentiel initié en 2014 a également révélé une extension, a priori atténuée, des demandes de *discovery*. Par trois arrêts, la Cour suprême et plusieurs juridictions fédérales ont réhabilité la courtoisie internationale¹⁵²⁸, témoignant d'une prise en compte de la nécessité de préserver l'efficacité de l'action des autorités de concurrence européennes.

578. Pour autant, la stabilité de cette conception n'est pas certaine comme le révèle la décision *Qualcomm* de la District Court de Californie du 24 août 2017. Particulièrement surprenante au regard de ce contexte jurisprudentiel, la solution intervient à contre-courant de celui-ci au profit d'un apparent retour à la solution *Aérospatiale*.

579. L'affaire *Qualcomm* de 2017¹⁵²⁹, la réaffirmation de la prise en compte limitée des intérêts publics par les juges fédéraux ? L'entreprise américaine Qualcomm, leader du marché mondial de la technologie mobile, a fait l'objet de poursuites de la part des autorités publiques américaine et européenne. En 2017, la *FTC* reproche à Qualcomm d'avoir

Mercant Discount Antitrust Litigation, N° 05-MD-1720, 2010 WL 3420517, (E.D.N.Y Aug., 27, 2010) ; M. SANDERS, E. JORDAN, C. DIMOULIS et al., « Disclosure of leniency materials in follow-on actions : "striking the right balance" between the interest of leniency applicants and private claimants », *ECLR*, 2013, vol. 34, pp. 174 et s., spéc. pp. 178 et 179.

¹⁵²⁷ *In re Rubber Chemicals Antitrust Litig.*, préc. (« *It seems that any marginal benefit that the plaintiff would gain from disclosure is outweighed by the impact that disclosure will have on the Commission's interests in the effective enforcement of its competition laws and its cooperation with the U.S. to enforce those laws internationally* »).

¹⁵²⁸ Trois décisions illustrent particulièrement ce courant : celle de la Cour suprême (*Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746, 2014), de la Second Circuit Court (*Gucci Am., Inc. v. Weixing Li*, 768 F.3d 122, 126 (2d Cir. 2014) et de la cour d'appel de New York (*Motorola Credit Corp. v. Uzan*, 73 F. Supp. 3d 397, 402 (S.D.N.Y. 2014). V. sur ce point : D. ZAMBRANO, « A Comity of Errors : The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery ? », préc., p. 157.

¹⁵²⁹ U.S. District Court of Northern District of California, 24 août 2017, *Federal Trade Commission c/ Qualcomm Incorporated*, aff. n°17-CV-00220-LHK (NC). Pour une note en français : J.-C. RODA, « Le tribunal du district nord de Californie ordonne à la *Federal Trade Commission* de produire des documents contre l'avis de plusieurs autorités étrangères de concurrence (*FTC v. Qualcomm Inc.*) », *Concurrences*, n° 2-2018, pp. 211-212.

illégalement maintenu une position de monopole et refusé d'accorder des licences FRAND¹⁵³⁰. À son tour, la Commission a poursuivi l'entreprise pour cette seconde pratique sur le fondement de l'article 102 TFUE.

580. Dans le cadre de l'action qui lui est opposée devant le juge judiciaire américain¹⁵³¹, *Qualcomm* a formulé une demande de *discovery* devant le juge fédéral de Californie. Il demande plus particulièrement – et c'est là tout l'enjeu du litige – la communication de documents obtenus, à l'origine, par la Commission européenne, mais par la suite obtenus également par la *FTC*. Dans le cadre du volet européen de l'enquête, des tiers ont coopéré avec la Commission en répondant à des questions. Si *Qualcomm* n'a obtenu que la version non confidentielle des réponses de la part de la Commission européenne, il apprend que la *FTC* est également en possession desdites réponses. Considérant que ces dernières pourraient être utiles pour sa défense, il demande alors à l'autorité américaine de les lui fournir sur le fondement de la *Rule 26* des *FRCP* relative à la *discovery*.

581. Consciente des risques soulevés par ce type de demande pour l'efficacité et l'attractivité de la politique de détection des autorités publiques, la *FTC* demande au tribunal de rejeter la demande de *Qualcomm*. Elle a été soutenue dans sa démarche par la Commission européenne et l'autorité de concurrence sud-coréenne intervenantes en tant qu'*amicus curiae*. En substance, les autorités étrangères ont invoqué le principe de courtoisie internationale en s'appuyant sur la jurisprudence récente relative au pouvoir des juridictions de limiter les demandes de divulgation sur ce principe. Au contraire, *Qualcomm* considère que le recours au principe de courtoisie internationale ou à la jurisprudence *Aérospatiale* n'est pas pertinent en l'espèce : les documents faisant l'objet d'une *discovery* ne se situent pas à l'étranger, mais entre les mains de la *FTC*, et donc sur le territoire américain.

582. Le tribunal a donné raison au demandeur. À contre-courant de la tendance jurisprudentielle, la solution du tribunal californien confirme non seulement les inquiétudes relatives à l'application extraterritoriale de la *discovery* américaine dans le cadre des rapports internationaux, mais aussi ses enjeux pour l'efficacité de l'action des autorités publiques. Le tribunal rappelle d'une part, que la jurisprudence *Aérospatiale* est toujours applicable et d'autre

¹⁵³⁰ Acronyme de « Fair, Reasonable And Non-Discriminatory ». En substance, le titulaire d'un brevet doit s'engager irrévocablement à accorder, à tout tiers en faisant la demande, une licence sur le ou les brevets en cause à des conditions dites équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND).

¹⁵³¹ L'originalité du contentieux tient de sa nature « hybride » : l'action civile a été intentée par la *FTC* qui demande la condamnation de *Qualcomm* à des sanctions civiles.

part, que la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger n'est pas applicable en droit américain. Dès lors, les juridictions américaines peuvent continuer de faire des demandes de *discovery*. Il rejette ainsi les moyens de la *FTC* et de la Commission en reniant indirectement la dimension internationale du litige, au profit d'une lecture très « locale » du territoire sur lequel se trouvent les pièces¹⁵³².

583. Certes, cette solution n'est pas issue de la Cour suprême, mais d'une seule juridiction fédérale inférieure qui apparaît encore relativement isolée. Pour autant, cette décision réaffirme le risque que fait peser la grande discrétion des juridictions fédérales pour les intérêts du *public enforcement* européen. En rupture avec la tendance jurisprudentielle précédemment évoquée, le juge californien réaffirme la jurisprudence *Aerospatiale*, témoignant une nouvelle fois d'une part, de l'approche restrictive du principe de courtoisie internationale par les juridictions américaines et d'autre part, du risque de débordement des procédures de *discovery*, notamment électronique, sur le territoire européen. Dès lors qu'un juge américain ordonne la production de preuves pour un contentieux né aux États-Unis, les parties peuvent demander par email l'obtention d'un certain nombre d'éléments de preuves. Or, si le destinataire est un opérateur européen, il se retrouve dans un profond sentiment d'embarras, et cela à double titre. S'il refuse de répondre favorablement à la demande, il risque de se voir d'abord opposer la jurisprudence *Aerospatiale* et puis condamner pour obstruction à la justice¹⁵³³. Mais, en ce qui concerne le droit français, s'il accepte de transmettre les documents, il se place alors en infraction à la loi de blocage de 1968, modifiée par la loi du 16 juillet 1980, et s'expose au risque, avéré, d'être condamné¹⁵³⁴.

584. En définitive, les entreprises françaises et, plus globalement, européennes demeurent ainsi exposées à des demandes de communications d'informations émanant d'autorités américaines. Derrière, c'est aussi toute l'efficacité et l'attractivité de la politique des autorités de concurrence qui est une nouvelle fois menacée. Face au silence regrettable des évolutions législatives récentes à ce sujet, l'encadrement des risques de *discovery* dans le cadre des rapports internationaux dépend finalement encore du volontarisme des juridictions fédérales dans leur

¹⁵³² Pour une critique du raisonnement du tribunal sur ce point : J.-C. RODA, « Le tribunal du district nord de Californie ordonne à la *Federal Trade Commission* de produire des documents contre l'avis de plusieurs autorités étrangères de concurrence (*FTC v. Qualcomm Inc.*) », préc.

¹⁵³³ Cf. *supra*, §574.

¹⁵³⁴ Ce risque est loin d'être illusoire comme en témoigne l'arrêt MAAF de la Cour de cassation (Cass. Crim, 12 déc. 2007) dans lequel elle valide la condamnation d'un avocat à une amende de 10 000 euros pour violation de la loi de blocage.

prise en compte du principe de courtoisie et, par voie de conséquence, des intérêts du *public enforcement* européen via les programmes de clémence.

§ 2 – L’impact des *treble damages* sur l’efficacité des programmes de clémence

585. La question de l’articulation entre actions publiques et actions privées se poursuit au stade de l’indemnisation. Aux États-Unis, si l’entreprise coopérante est immunisée au plan pénal, elle reste tenue aux paiements de l’indemnisation au plan civil. En ce sens, la perspective des *treble damages* a été perçue comme un facteur potentiellement néfaste à l’efficacité des programmes de clémence. Afin d’éviter de dissuader les potentiels dénonciateurs, les autorités américaines ont ainsi mis en place un allègement des indemnités qu’ils peuvent être tenus de verser dans le cadre d’une action civile : c’est le dispositif de *detrebling* (A). L’impact des *treble damages* pour l’efficacité des programmes de clémence et de manière plus générale, pour celle de l’action des autorités publiques, a suscité de vives controverses en doctrine sur lesquelles il convient de revenir (B).

A) Un impact en principe encadré aux États-Unis : le *detrebling*

586. Présentation des enjeux : la règle de la « joint and several liability ». En droit américain, le principe de la condamnation solidaire des auteurs autorise les plaignants à réclamer à chaque défendeur le paiement de l’intégralité des *treble damages*. Sur la base de cette règle de la « *joint and several liability* »¹⁵³⁵, ils peuvent ainsi demander à tous ou à un co-auteur la proportion des dommages et intérêts qu’ils devront verser. Non seulement un des auteurs peut se voir réclamer l’intégralité du paiement – même s’il n’est responsable que d’une partie du dommage – mais le défendeur attaqué pour tout ou partie de l’indemnisation ne peut se retourner contre les autres pour obtenir une contribution au paiement¹⁵³⁶. C’est précisément au regard de ce risque financier que les auteurs d’infraction faisant l’objet d’actions civiles préfèrent la voie de la transaction (« *settlement* ») avec les plaignants. Afin d’éviter de se voir infliger à l’issue du procès le paiement de l’intégralité du montant de l’indemnisation fixé par le juge, ils transigent directement avec les victimes demanderesses qui acceptent un accord plus ou moins avantageux¹⁵³⁷. En définitive, sa collaboration avec la Division *Antitrust* étant sans

¹⁵³⁵ Pour la première introduction de cette règle prétorienne v. : *City of Atlanta v. Chattanooga Foundry & Pipe Works*, 127 F. 23, 25 (6th Cir. 1903), aff, 203 U.S. 390 (1906).

¹⁵³⁶ Pour une critique de cette solution v. F. EASTERBROOK, W. LANDES, R. A. POSNER, « Contribution Among Antitrust Defendants : A Legal and Economic Analysis », *Journal of Law & Eco.*, vol. 23, 1980, pp. 331 et s.

¹⁵³⁷ Le risque de « sous-indemnisation » (« *undercompensation* ») de la transaction en comparaison avec les sommes possibles dans le cadre d’un procès a été mis en lumière en matière de litige de consommation aux

incidence au plan civil, la combinaison des *treble damages* et de cette règle de solidarité peut largement dissuader les entreprises de se manifester.

587. Extension du bénéfice de la clémence pénale au plan civil : le *detrebling*. Pour préserver l'attractivité des programmes de clémence, le législateur, sur recommandation des autorités de concurrence et d'une partie de la doctrine¹⁵³⁸, a ainsi introduit en 2004 une limitation des indemnités dues par l'entreprise coopérante. L'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ci-après ACPERA)¹⁵³⁹ prévoit, en parallèle du renforcement des sanctions pénales prévues par le droit *antitrust*, le dispositif dit de *detrebling* ou « détriplement » des dommages et intérêts. Celui-ci consiste à soulager le bénéficiaire de l'immunité du paiement des *treble damages* en limitant son obligation au versement de dommages et intérêts simples. En outre, le texte prévoit que la règle de la responsabilité solidaire ne s'appliquera pas à lui. Ce double allègement de la sanction civile offert aux contrevenants repentis est toutefois strictement encadré.

588. Les conditions du *detrebling*. Afin de bénéficier de cette « *semi-clémence civile* »¹⁵⁴⁰, l'entreprise dénonciatrice devant la Division *Antitrust* doit répondre à plusieurs conditions. Elle doit d'abord fournir à la victime qui intente une action civile une coopération satisfaisante (*satisfactory cooperation*). Pour cela, elle doit faire un compte-rendu complet (*full account*) de tous les faits dont elle a connaissance et qui sont susceptibles d'être pertinents (*potentially relevant*) au titre de l'action civile. L'entreprise bénéficiaire doit en outre fournir tous les documents en sa possession, sous sa garde ou son contrôle (*possession, custody, or control*) et qui peuvent être pertinents au titre de l'action civile. Si la demande de la victime est raisonnable (*reasonably require*), la personne physique qui coopère doit aussi se rendre disponible, pour tout entretien, déposition ou témoignage en rapport avec l'action civile. Elle doit répondre de manière complète et sincère à toutes les questions posées par la victime dans le cadre

États-Unis : C. R. LESLIE, « De Facto Detrebling: The Rush to Settlement in Antitrust Class Action Litigation », *Ariz. L. Rev.*, 2008, vol. 50, pp. 1009-1053, spéc., p. 1010.

¹⁵³⁸ V. not. pour une approche critique de l'obligation de réparation triplée : F. H. EASTERBROOK, « Detrebling Antitrust Damages », *J. L. & Econ.* 1985, vol. 28, pp. 445-467 ; E. D. CAVANAGH, « Detrebling Antitrust Damages - An Idea Whose Time Has Come? », *TuJ. L. Rev.*, 1987, vol. 61, pp. 777-848.

¹⁵³⁹ *The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, (ACPERA), Pub. L. No. 108-237, art. 201 et s., spéc. art. 212 et 213(a)-(b), (June 22, 2004). Pour une présentation en français de la loi de 2004 : S. YON, « Politique internationale », *Concurrences*, 2004, pp. 102 et s. ; C. PLAIDY, « La réforme de la politique de concurrence aux États-Unis », *Contrats Conc. Conso.*, 2004, Étude pp. 7 et s. ; Mais aussi : J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, préc., pp. 456-459 ; S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 665-670.

¹⁵⁴⁰ Expression de S. YON, « Politique internationale », préc., pp. 102 et s.

d'entretiens, de dépositions, de procès ou de toutes les autres procédures en rapport avec l'action civile, sans jamais tenter de donner de fausses informations ou refuser, de manière intentionnelle, de transmettre des informations pertinentes. Si le coopérant est une personne morale, il doit faire tous les efforts (*best efforts*) pour assurer et faciliter la coopération des personnes physiques qui travaillent en son sein¹⁵⁴¹.

589. Une efficacité discutée. Prévu à l'origine pour une durée expérimentale de 5 ans, ce dispositif a été reconduit en 2010 par le Président OBAMA jusqu'à 2020. Son intérêt pour le dénonciateur est clair : après avoir obtenu une immunité pénale (lui permettant d'éviter des amendes et une potentielle peine de prison s'il est une personne physique), il voit également, par ce dispositif, son risque de paiement de dommages et intérêts sur le plan civil largement réduit. Cette double limitation est en principe favorable à une incitation des contrevenants à collaborer avec la Division *Antitrust*¹⁵⁴². Toutefois, des observateurs ont, dès son introduction en 2004, critiqué l'efficacité de ce dispositif de *detrebling*¹⁵⁴³. D'aucuns ont relevé que l'augmentation du taux de découverte des cartels est demeurée limitée malgré ce mécanisme sur la période 2002-2007¹⁵⁴⁴. D'autres ont regretté le rôle discrétionnaire du juge dans l'appréciation des termes vagues de la loi et notamment de la « *coopération satisfaisante* » exigée pour permettre au dénonciateur de bénéficier du *detrebling* et d'échapper à la règle de solidarité¹⁵⁴⁵.

590. Pour autant, les données montrent, depuis 2008, une augmentation des détections des infractions dont, selon un responsable de la Division *Antitrust*, la majorité (plus de 90 %) a été rendue possible grâce à des investigations orientées par des candidats à la clémence¹⁵⁴⁶. Plus récemment, l'*Assistant Attorney General* Makan DELRAHIM, dans son intervention du 15 avril 2019 relative à l'ACPERA, relève en ces termes que « *des instruments tels que ceux prévoyant*

¹⁵⁴¹ Nous reprenons les traductions de S. YON, « Politique internationale », préc.

¹⁵⁴² Il faut préciser ici que le dispositif de *detrebling* ne vaut que pour les entreprises qui demandent la clémence auprès de la Division *Antitrust*. En revanche, la dénonciation d'une infraction devant une autorité européenne de concurrence ne permet pas aux potentiels repentis d'éviter le risque des *treble damages* aux États-Unis.

¹⁵⁴³ W. J. BAER, T. FRAZER, L. GYSELEN, F. LISS, « International Leniency Regime : New Developments and Strategic Implications », *Global Competition Rev.*, 2005, spéc. p. 63 ; J. PHILIPPE, A. GUYON, I. GUROV, « Les cartels internationaux », in G. CANIVET, (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préc., p. 245 ; S. YON, « Politique internationale », préc., p. 104.

¹⁵⁴⁴ N. H. MILLERY, « Strategic Leniency and Cartel Enforcement », 2007, disp. en ligne : www.econ.berkeley.edu.

¹⁵⁴⁵ G. HARRISON, M. BELL, « Recent Enhancements In Antitrust Criminal Enforcement: Bigger Sticks And Sweeter Carrots », *Houston Business And Tax L. J.*, 2006, vol. VI, pp. 206 et s., spéc. p. 226.

¹⁵⁴⁶ S. D. HAMMOND, « The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades », décl. du 25 févr. 2010, Miami ; disp. en ligne sur le site du DOJ.

un détriplement (“detrebling”) prévus par l’ACPERA qui sont susceptibles d’inciter à la clémence et encourager l’autodénunciation sont d’une grande valeur puisqu’ils contribuent à protéger les consommateurs de dommages importants qu’un cartel peut causer lorsqu’il touche une industrie particulière »¹⁵⁴⁷. Dans le même sens, l’*American Antitrust Institute* dans sa communication du 31 mai 2019 s’est prononcé en faveur du renouvellement du dispositif de *detrebling* – sans modification substantielle¹⁵⁴⁸ – au regard de son caractère incitatif pour les candidats à la clémence¹⁵⁴⁹. Son souhait a été exaucé le 25 juin 2020 par le Congrès américain qui a voté le renouvellement du programme¹⁵⁵⁰. En d’autres termes, si ce dispositif présente des limites, il semble encore offrir à la Division *Antitrust* des garanties suffisantes permettant de maintenir l’attractivité de ses programmes de clémence.

B) Un impact contesté : la détermination délicate de la « sanction optimale »

591. Cadre général. Loin d’être évidente, la question de l’impact des *treble damages* sur l’efficacité du *public enforcement*, et de manière plus globale sur la cohérence de la politique répressive des règles *antitrust*, invite à procéder à une analyse économique des sanctions. C’est alors, en premier lieu, les économistes qui ont cherché à évaluer le coût social de l’infraction pour tenter de trouver un moyen de le diminuer. Cette démarche revient à déterminer la « sanction optimale » qui consiste, en substance, à soustraire du montant de la sanction prononcée – et des coûts engendrés par les répressions – les gains illicites, le tout devant, en théorie, être égal à zéro.

¹⁵⁴⁷ *United States: Assistant Attorney General MAKAN DELRAHIM Delivers Opening Remarks at Roundtable Discussing the Antitrust Criminal Penalty Enhancement ; Reform Act*, 15 avr. 2019, disp. en ligne (« *tools such as ACPERA’s detrebling provisions that have the potential to incentivize leniency and encourage self-reporting are of great value because they help to protect consumers from the significant harm a cartel can cause when it infects a particular industry* »).

¹⁵⁴⁸ Pourtant, des propositions d’améliorations ont été proposées dès 2005. L’*American Bar Association* demandait par exemple de permettre à la Division *Antitrust* d’intervenir en tant qu’*amicus curiae* en cas de demande de *detrebling*. v. sur ce point, J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américain et européens*, préc., spéc. § 539.

¹⁵⁴⁹ *Comments of the American Antitrust Institute Prepared for the Antitrust Division Roundtable on the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, 31 mai 2019, p. 4 (« *In AAI’s view, the GAO (Government Accountability Office) analysis of the data supports the conclusion that the “detrebling relief” provisions of ACPERA as initially enacted and as modified in the 2010 reauthorization are working and are carrying out the underlying legislative policies of incentivizing leniency applicants and benefitting consumers. This conclusion, together with the generally favorable views of the stakeholders interviewed by the GAO, favor the reauthorization of ACPERA in its current form, without any substantive changes to existing provisions of the statute* »).

¹⁵⁵⁰ V. sur ce point : <https://www.justice.gov/opa/pr/departement-justice-applauds-congressional-passage-reauthorization-antitrust-criminal-penalty>

592. *A priori*, le système américain de mise en œuvre des règles ne s'embarrasse pas de préoccupations relatives au cumul des amendes et des réparations des victimes, celui-là participant, au contraire, de la recherche de la sanction optimale¹⁵⁵¹. Plusieurs affaires emblématiques témoignent que, loin de vouloir l'éviter, le système américain tend traditionnellement à jouer des effets cumulés des actions publiques et privées : les montants de dommages et intérêts alloués égalant voire dépassant ceux des amendes prononcées par les autorités fédérales¹⁵⁵².

593. Les controverses. Dès les années 1970, une littérature abondante au sein de l'analyse économique du droit a été consacrée à la question de l'utilisation optimale du *private enforcement* en matière *antitrust*. Le risque « d'*overdeterrence* » provoqué par ce cumul des sanctions pénales, administratives et civiles a fait l'objet de nombreuses controverses. Ces interrogations relatives aux risques de *treble damages* pour l'équilibre global se sont exprimées dans un contexte particulier. Si les actions privées sont de manière générale prédominantes (on estime classiquement à 80 % la part du *private enforcement* contre 20 % de *public enforcement*), les actions publiques sont, au contraire, plus importantes en matière de cartels, et notamment de cartels internationaux¹⁵⁵³. Pour ces affaires, les actions privées consistent principalement en des actions de suivi (*follow-on*), c'est-à-dire faisant suite à une condamnation préalable par les autorités fédérales.

594. C'est alors dans ce contexte que le risque d'*over-enforcement*¹⁵⁵⁴ a été soulevé. Plus précisément, la légitimité des *treble damages* a pu être contestée au regard d'un risque de

¹⁵⁵¹ La consécration en droit positif des *treble damages* en constitue la plus saillante manifestation. Ceux-ci peuvent s'ajouter aux amendes ainsi qu'aux peines de prison prononcées par les autorités fédérales. V. sur ce point C. PRIETO, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles*, préc., spéc. p. 10.

¹⁵⁵² La dimension internationale de plusieurs litiges de concurrence a amené certains observateurs à comparer les sanctions. V. not. sur ce point : F. JENNY, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », in *Les sanctions du droit de la concurrence*, *Concurrences*, n° 1-2013, n°39 et 41. Ou encore sur l'affaire des vitamines : J. M. CONNOR, « The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence », *Concurrences*, n° 4-2006, p. 18. En langue française, v. sur ce point la thèse de A. TERCINET, *La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, préc. spéc. p. 594.

¹⁵⁵³ Sur ce point, v. not. : A. TERCINET, *La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, préc. spéc. p. 269.

¹⁵⁵⁴ William LANDES et Richard POSNER ont mis en lumière dans leurs travaux le risque d'*over-enforcement* ou « *over-deterrence* », c'est-à-dire littéralement le risque d'une mise en œuvre et d'une dissuasion excessive. Selon eux, si les amendes ou les dommages et intérêts sont supérieurs aux coûts de la pratique illicite causés à la société, cela contribue à attirer un nombre de recours supérieur aux besoins nécessaires pour la mise en œuvre efficace des règles. R. POSNER, W. LANDES, «The Private Enforcement of Law », préc., spéc. p. 15. Dans le même sens, W. F. SCHWARTZ, *Private Enforcement of the Antitrust Laws: An Economic Critique*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1981, p. 9 ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little Brown, 1992, p. 596. D'autres ont par la suite remis en cause ce risque d'*over-deterrence*. Pour A. MITCHEL POLINSKY,

surcoût social, étant donné la charge qu'ils imposent aux défendeurs dans le cadre de l'action civile, alors même qu'ils ont déjà été sanctionnés par des amendes administratives voire pénales sévères¹⁵⁵⁵. D'aucuns ont, en ce sens, défendu que les entreprises défenderesses subiraient une charge trop lourde au regard des sanctions déjà sévères prononcées par les autorités de concurrence¹⁵⁵⁶. Aussi, ce mécanisme des *treble damages* favoriserait les actions abusives de demandeurs qui ne chercheraient qu'à s'enrichir¹⁵⁵⁷, et représenterait un risque pour l'efficacité économique¹⁵⁵⁸. Enfin, le surcoût social provoqué par ces demandes de réparation résulterait, certes, de la charge que les *treble damages* feraient peser sur les parties elles-mêmes, mais aussi sur l'ensemble du système judiciaire à travers un encombrement des tribunaux¹⁵⁵⁹.

595. D'autres, au contraire, ont estimé que ce système est socialement indispensable en ce qu'il permet de compléter, voire suppléer, les autorités de concurrence qui sont nécessairement amenées à sélectionner les affaires à poursuivre¹⁵⁶⁰. Gary BECKER et George STIGLER ont estimé que les actions des personnes privées pouvaient combler les lacunes des autorités publiques dans la détection des pratiques et assurer une plus grande dissuasion¹⁵⁶¹. Enfin, certains sont même allés jusqu'à estimer que les *treble damages* sont insuffisants¹⁵⁶².

596. Se prononcer de manière catégorique sur ces débats n'est pas l'objet des présents développements. Il nous paraîtrait difficile, voire inopportun, de prendre parti pour l'une de ces

le risque d'*over-deterrence* peut par exemple être nuancé. Selon lui, les requérants ne vont agir que dans l'hypothèse où la réparation peut compenser le coût de la mise en œuvre de l'action. (A. M. POLINSKY, « Private versus Public Enforcement of Fines », *J. Legal Stud.*, 1980, vol. 9, pp. 105-107). Le même auteur a également soutenu que les actions privées peuvent conduire aussi bien à un *over* qu'à un *under-enforcement* (« Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages : Lessons from the Theory of Enforcement », *Geo. L. J.*, 1986, vol. 74, pp. 1231, spéc. p. 1234).

¹⁵⁵⁵ Sur le fait que les amendes prononcées par les autorités de la concurrence ne sont ni efficaces, ni dissuasives pour faire respecter l'ordre concurrentiel : J. M. CONNOR, R. H. LAND, « Cartels as Rational Business Strategy : Crime Pays », *Cardozo L. Rev.*, 2012, vol. 34, pp. 427-490.

¹⁵⁵⁶ A. I. GAVIL, W. E. KOVACIC, J. B. BAKER, « Antitrust Law in Perspective », préc., p. 1045 ; S. W. WALLER, « The incoherence of Punishment », préc., pp. 207 et s.

¹⁵⁵⁷ A. M. POLINSKY, « Detrebling Versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement », préc., pp. 1231 et s.

¹⁵⁵⁸ W. H. PAGE, « Antitrust Damages and Economic Efficiency : An Approach to Antitrust Injury », *Univ. Chi. L. Rev.*, 1980, vol. 47, pp. 467 et s. ; « The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust injury, and Evidentiary Sufficiency », *Va. L. Rev.*, 1989, vol. 75, pp. 1221 et s.

¹⁵⁵⁹ W. D. COLLINS, S. C. SUNSHINE, « Is Private Enforcement Effective Antitrust Policy », préc., p. 54.

¹⁵⁶⁰ Ph. E. AREEDA, L. KAPLOW, « Antitrust Analysis », préc., p. 73.

¹⁵⁶¹ G. BECKER, G. STIGLER, « Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers », *J. Legal Stud.*, 1974, vol. 3, pp. 1 et s. Cette analyse fait suite aux travaux de BECKER relatifs à la nécessité de prévoir des sanctions sévères pour compenser les insuffisances des autorités publiques dans la détection des pratiques. G. BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *J. Pol. Econ.*, 1968, vol. 76, pp. 169 et s.

¹⁵⁶² V sur ce point A. RENDA, « Private Antitrust Damages Actions in the EU : Chronicle of an Attempted Golpe », in H. W. MICKLITZ, A. WECHSLER (dir.), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, préc., pp.

thèses, au risque non seulement de dépasser notre champ d'expertise, mais aussi d'exprimer un positionnement idéologique. En revanche, le détour par ces controverses économiques et doctrinales intéresse notre démonstration à deux égards.

597. D'une part, en ce que ces débats témoignent des difficultés relatives à l'articulation entre la sanction publique et l'obligation de la réparation dans le cadre de l'action civile. Il est dès lors peu surprenant de constater qu'à partir du moment où l'Union a décidé de s'engager dans le développement des actions privées, la question s'est posée dans les mêmes termes. Les économistes, en Europe, se sont en effet interrogés sur la suffisance ou, au contraire, sur l'insuffisance de la sanction publique. Certains ont énoncé que les montants des amendes peuvent être si élevés qu'ils sont susceptibles de porter atteinte au développement économique¹⁵⁶³. D'autres ont, au contraire, considéré que la seule amende est insuffisante¹⁵⁶⁴ pour assurer un véritable effet dissuasif quand, au même moment, des observateurs soutiennent que le niveau des amendes est en moyenne satisfaisant¹⁵⁶⁵. S'agissant, enfin, plus précisément, du rapport sanction/réparation, certains juristes énoncent, pour reprendre l'expression de Catherine PRIETO, qu'il faut « *contrecarrer la perception de la double peine* »¹⁵⁶⁶ celle-ci n'étant justifiée ni sur le plan juridique, ni sur le plan économique. Compte tenu de l'absence de dommages et intérêts punitifs et des faiblesses des actions collectives, la situation en Europe n'est pas en mesure d'impliquer de tels risques d'*overenforcement*.

598. D'autre part, et surtout, ces controverses expliquent l'infléchissement de la Cour suprême vis-à-vis des actions privées à partir des années 1980¹⁵⁶⁷. Soulignons brièvement, à ce stade, que la thèse d'un surcoût social provoqué par les *treble damages* a été principalement défendue par les partisans de Chicago. Or, leurs travaux ont influencé la Cour suprême à majorité

¹⁵⁶³ C. EHMER, F. ROSATI, « Science, Myth and Fines : Do Cartels Typically Raise Prices by 25% ? », *Concurrences*, n°4-2009.

¹⁵⁶⁴ E. COMBE, C. MONNIER, « Les amendes contre les cartels : la Commission européenne en fait-elle trop ? », *Concurrences*, n°4-2009, pp. 41-50 ; « Le calcul de l'amende en matière de cartel : Une approche économique », *Concurrences*, n°3-2007, pp. 39-45 ; M. MOTTA, « On cartel deterrence and fines in the EU, Economic Advisory Group on Competition Policy », *European Commission*, 14 sept. 2007.

¹⁵⁶⁵ M.-L. ALLAIN, M. BOYER, J.-P. PONSSARD, « The Determination of Optimal fines in Cartel cases : Theory and Practice », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 32-40.

¹⁵⁶⁶ C. PRIETO, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles*, préc.

¹⁵⁶⁷ Cf. *infra*, §654 et s.

conservatrice qui a progressivement vu dans les actions privées une potentielle menace pour l'ordre concurrentiel¹⁵⁶⁸.

599. Conclusion de la section 1. En définitive, les aménagements comme les débats relatifs aux rapports entre les actions publiques et privées témoignent des difficultés à articuler la fonction normative de l'action privée avec celle, traditionnelle, des autorités publiques. Si les États-Unis ont, historiquement, fait le choix de compter prioritairement sur les actions privées, il n'en demeure pas moins que les autorités fédérales chargées du *public enforcement* détiennent également de forts pouvoirs de régulation et sont, notamment en matière de cartels, plus actives que les personnes privées. Dans ce contexte, les instruments au service du rôle normatif accordé à l'action des particuliers – et notamment la *discovery* et les *treble damages* – peuvent venir concurrencer les missions du *public enforcement*, imposant alors d'en neutraliser leur intensité. Mais ce processus de neutralisation ne s'épuise pas dans cette première considération relative à la finalité objective de l'action privée. Sa finalité subjective est, elle aussi, porteuse de difficultés. Mus par leur intérêt personnel, les particuliers peuvent chercher à le maximiser en choisissant le for le plus intéressant. Alors même que le phénomène de *forum shopping* constitue le second vecteur contribuant à neutraliser le cadre du *private enforcement*, son appréhension paraît variable.

¹⁵⁶⁸ Sur ce point, v. not. : R. PITOFSKY, (dir.), *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, Oxford University Press, 2008. Et spécialement la contribution de E. FOX, « The Efficiency Paradox », spéc. pp. 77-88. On y reviendra largement dans le chapitre suivant.

SECTION 2 – L’appréhension variable du *forum shopping*

600. Le choix de la juridiction devant laquelle porter la demande en réparation est une question essentielle compte tenu de la dimension internationale de nombreuses actions privées¹⁵⁶⁹. En l’absence d’encadrement, des stratégies de *forum shopping* peuvent s’avérer attractives. Compte tenu des mécanismes américains, les victimes peuvent être tentées de saisir une juridiction américaine. La perspective de bénéficier des règles procédurales et d’obtenir des *treble damages* présente, en effet, un attrait non négligeable pour les victimes. Au *forum shopping* s’ajoute dans ce cadre un phénomène de *law shopping*¹⁵⁷⁰. En revanche, l’intérêt de telles stratégies paraît réduit au sein même de l’Union européenne. L’uniformité des règles de concurrence couplée à l’harmonisation des règles substantielles et procédurales des actions privées par la directive 2014/104 sont deux facteurs susceptibles de limiter le phénomène de *law shopping*. Pourtant, ce postulat mérite d’être nuancé. Des disparités de législations nationales au sein de l’Union demeurent identifiées. La directive 2014/104 n’a pas permis d’éliminer toutes les divergences entre les droits judiciaires internes, notamment en matière de recours collectif ou d’accès aux preuves¹⁵⁷¹. Mais, au sein de l’Union, ces stratégies de *forum shopping* ne s’épuisent pas dans une recherche de *law shopping*¹⁵⁷². Au-delà

¹⁵⁶⁹ Que l’on raisonne sur les relations intra-Union ou sur celles avec des États tiers, cette première étape visant à déterminer la juridiction internationalement compétente a de longue date été reconnue comme primordiale. V. not. sur ce point : L. IDOT, « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences*, n° 3-2014, p. 43.

¹⁵⁷⁰ On s’attachera à en analyser les contours et les manifestations (Cf. *infra* §605 et s). Précisons à ce stade que si nous faisons une distinction fondamentale entre les règles de compétence internationale et la loi applicable au fond, tel n’est pas le cas aux États-Unis : la compétence du juge américain dépend en partie de l’applicabilité du droit *antitrust* américain. V. sur ce point : H. BUXBAUM, R. MICHAELS, « Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law – A US Perspective », in J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, (dir.), *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012, p. 225.

¹⁵⁷¹ Comme mentionné dans le cadre des rapports UE/USA, au *forum shopping* s’ajoute dans ce cadre un phénomène de *law shopping* mais cette fois au sein même de l’Union. Pour le phénomène de concurrence normative dans l’UE : E. CARPANO, M. CHASTAGNARET, et E. MAZUYER, (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne*, préc.

¹⁵⁷² Dans la présente étude, le phénomène de *law shopping* sera écarté dans les rapports intra-européens car il paraît plus résiduel. Dans le même sens : R. AMARO, *Les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aspects internationaux : compétence internationale, conflits de lois (droit international privé européen)*, *Jcl. Concurrence-Consommation*, Fasc. 318, 2021. Pour les nuances de cette affirmation v. not. les difficultés de longues dates soulevées par : L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, p. 321 ; « Le cas du droit international privé dans les textes de référence », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d’un droit européen de droit international privé*, Dalloz, 2009, p. 171 ; S. FRANCQ et W. WURMNEST « International Antitrust Claims under the Rome II Regulation », in J. BASEDOW, S. FRANCQ et L. IDOT (dir.), *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination*, préc., p. 91.

de la recherche d'une règle procédurale ou substantielle¹⁵⁷³ avantageuse, les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent être incitées à saisir un juge, plutôt qu'un autre, pour bénéficier de commodités procédurales : la proximité de la juridiction, la langue, la réputation ou l'expérience des juges ou d'une pratique décisionnelle connue pour favoriser la réparation du dommage¹⁵⁷⁴ représentent autant de raisons de choisir un for plutôt qu'un autre.

601. Loin d'être un phénomène nouveau ou propre au droit de la concurrence, le *forum shopping* n'a pas fait l'objet d'un encadrement particulier en ce domaine¹⁵⁷⁵. La directive 2014/104 a en effet « délaissé »¹⁵⁷⁶ les questions de compétence internationale, comptant sur les règles traditionnelles de droit international privé européen¹⁵⁷⁷. Si ces dernières tendent à expliquer ce désintérêt, celui-ci peut toutefois apparaître surprenant à deux égards. D'une part, compte tenu des spécificités de ce contentieux, les litiges relatifs à des infractions au droit de la concurrence ont tendance à impliquer une « multiplicité de parties » et « une multiplicité des chefs de compétence »¹⁵⁷⁸. Les demandeurs peuvent ainsi tirer profit de cette complexité pour tenter d'attirer les défendeurs devant la juridiction de leur choix¹⁵⁷⁹. D'autre part, compte tenu

¹⁵⁷³ Sur le phénomène quant aux règles de fond, v. not. : A. MCDUGALL et A. VERZARIU, « Vitamins Litigation : Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account of Profits in Private Competition Law Claims », *ECLR*, 2008, vol. 29, pp. 181 s., spéc. p. 184.

¹⁵⁷⁴ Sur ces différents motifs v. not. : V. PIRONON, « Les aspects internationaux : le choix de la loi et du juge », *AJCA*, 2014, pp. 268 et s. ; A. P. KOMNINOS, « Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernization Era », in G. BLANKE, P. LANDOLT (dir.), *EU and US Antitrust Arbitration*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 433 s., spéc. p. 460 ; R. GAUDET, « Turning a Blind Eye : The Commission's Rejection of Opt-Out Class Actions Overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch Experience », *ECLR*, 2009, vol. 30, pp. 114 et s.

¹⁵⁷⁵ Au moment de l'élaboration de la directive 2014/104, des discussions ont pourtant été menées pour savoir s'il était opportun d'élaborer de nouvelles règles de droit international privé adaptées aux spécificités de la matière. Sur ce point : M. DANOV, « EU competition law enforcement : is Brussels I suited to dealing with all the challenges ? », *ICLQ*, 2012, vol. 61, p. 27 et s.

¹⁵⁷⁶ V. en ce sens la Partie II « Matière délaissée par la directive » de l'ouvrage de M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 283 et s.

¹⁵⁷⁷ Cf. *infra*, §614 et s. Pour un bref rappel à ce stade des règles de droit international privé européen : les règlements « Rome I » et « Rome II » déterminent la loi applicable au litige et le règlement « Bruxelles I bis » (refonte de « Bruxelles I ») permet de désigner la juridiction compétente.

¹⁵⁷⁸ L. IDOT, « Le cas du droit de la concurrence dans les textes de référence », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, Dalloz, 2009, pp. 171-188, spéc. pp. 180 à 182, n° 24 à 29.

¹⁵⁷⁹ Sur ce point v. not. : J. BASEDOW, « International Cartels and the Place of Action under Article 5(3) », in J. BASEDOW, S. FRANCO et L. IDOT (dir.), *International Antitrust Litigation : Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, pp. 31 et s., spéc. p. 33 à 38.

des risques que fait peser ce phénomène¹⁵⁸⁰, le *forum shopping* est susceptible de présenter un risque pour l'équilibre du cadre général du *private enforcement*¹⁵⁸¹.

602. C'est alors dans ce contexte que la comparaison met à jour un constat paradoxal. Pour reprendre les propos de Laurence IDOT, on constate en effet que, « *du point de vue théorique, la réflexion est plus avancée dans les relations avec les États-Unis que dans les relations à l'intérieur de l'Union européenne* »¹⁵⁸². Certes, ni la directive ni aucune convention internationale ne traitent directement des instances parallèles entre l'Union et les États-Unis¹⁵⁸³. Pourtant, l'hypothèse de voir le juge américain saisi plutôt que celui d'un État membre paraît à ce jour limitée¹⁵⁸⁴. En revanche, et c'est là le paradoxe, le *forum shopping* bénéficie au sein de l'Union d'éléments pour prospérer¹⁵⁸⁵. Les règles de droit international privé européen

¹⁵⁸⁰ Sur ce point v. not. : R. AMARO, « Aspects de droit international privé : les risques liés au *forum shopping* et les moyens d'y remédier », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 285-298, spéc. pp. 289-295. Il en évoque trois : l'extension de la compétence internationale de certaines juridictions internes, les actions torpilles liées aux jugements dénégatoires et la désactivation de l'impérativité des lois de concurrence.

¹⁵⁸¹ Pour les résultats de ce phénomène : cf. *infra*, chapitre suivant, spéc. §654 et s.

¹⁵⁸² Laurence IDOT faisait plus particulièrement ce constat à propos des actions collectives et plus précisément du risque d'actions parallèles (L. IDOT, « Les actions collectives en droit de la concurrence. Aspects de droit international privé européen », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 337 et s., spéc. p. 359).

¹⁵⁸³ De manière plus large, ce point touche la question des rapports Union européenne/ États tiers. Si les actions parallèles avec les États-Unis représentent *a priori* l'hypothèse la plus fréquente, on dénombre peu d'exemples à ce jour en matière de litige de concurrence. V. sur ce point l'affaire des tuyaux marins (L. IDOT, « Les actions collectives en droit de la concurrence : Aspect de droit international privé européen », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. p. 357).

¹⁵⁸⁴ Les évolutions qui ont contribué à encadrer ce phénomène : Cf. *infra*, §605 et s. À ce stade, on peut toutefois préciser que ce risque se trouve particulièrement limité en raison des règles de droit commun du droit international privé. En substance, celles-ci prévoient un contrôle plus étendu que celui du règlement Bruxelles I bis. Non seulement l'*exequatur* est maintenu mais les motifs de refus de donner effet à un jugement étranger sont plus larges. Appliqué aux relations entre l'Union et les États-Unis en matière de litige de concurrence, il en découle que le risque de refus de reconnaissance et d'exécution d'un jugement intervenu aux États-Unis dans un État membre de l'Union est élevé. En d'autres termes, une victime européenne tentée de saisir une juridiction américaine s'expose au risque de rencontrer des difficultés au stade de la reconnaissance et l'exécution de la décision américaine, laquelle aura eu recours aux instruments propres au droit américain (*class action*, *treble damages*...). Sur cette question v. not. : J. LEMONTEY, N. MICHON, « Les *class actions* américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p. 535 ; C. SERAGLINI, « Les effets en France des actions de groupes étrangères », in *Travaux Comité Français DIP*, 2008-2010, Pédone, ed. 2011, p. 157 ; C. KESSEDJIAN, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments » in J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, (dir.), *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012, p. 245 ; H. BUXBAUM et R. MICHAELS, « Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law – A US Perspective », in *International Antitrust Litigation*, préc., spéc. p. 240. V. également : S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruylant, 2012, n° 728 et s.

¹⁵⁸⁵ Sur le fait que les règles de compétence internationale, ou plus précisément leur application, sont susceptibles d'alimenter le *forum shopping* : L. IDOT, « Les actions collectives en droit de la concurrence : Aspect de droit international privé européen », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., spéc. p. 340 ; R. AMARO, « Les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aspects internationaux : compétence internationale, conflits de lois (droit international privé européen) », préc., pts. 3 et 13 (il énonce plus précisément que le risque de forum

permettent une multiplication des fors compétents dans les litiges de concurrence. De manière là encore assez spécifique au domaine de l'étude, ce phénomène prend plus précisément (même si pas exclusivement) racine dans le développement d'initiatives orchestrées par des acteurs spécialisés dans le contentieux de masse¹⁵⁸⁶. Par leur achat de créances indemnitaires, ceux-ci ont l'opportunité de développer une forme de *forum shopping* « pour tous » ou « accessible à tous ». Alors que les stratégies de *forum shopping* vers les États-Unis a eu tendance à s'adresser aux victimes les plus « armées » financièrement¹⁵⁸⁷, celles, plus *low cost*, orchestré par des acteurs privés européens visent précisément ces victimes « délaissées », à savoir les consommateurs et les PME.

603. Face à ce constat, c'est l'attitude des institutions juridiques de l'Union, et notamment la position de la Cour de justice, vis-à-vis de cette tendance qui intéresse la présente analyse. Loin d'en éradiquer les effets, la Cour semble, au contraire, dans le domaine de l'étude, se révéler plutôt favorable au développement du *forum shopping* au sein de l'Union. Plus précisément, cette forme de promotion des choix de la juridiction paraît moins délibérée que contrainte. Il ne s'agit pas d'affirmer que le juge de l'Union s'inscrit volontairement en contradiction avec les règles européennes de droit international privé qui visent par principe à limiter le *forum shopping*. La Cour de justice paraît plutôt tiraillée entre la logique des textes du système de « Bruxelles » et l'esprit de la directive 2014/104. Mais, afin d'assurer la protection des victimes et, par-là, le développement des actions privées dans l'Union, elle semble favoriser la directive.

604. De ce rappel des éléments de contexte, on comprend ainsi qu'à l'évitement du *forum shopping* dans le cadre des rapports Union européenne/États-Unis (§1) s'oppose, au contraire, une forme d'encouragement de celui-ci à l'intérieur même de l'Union (§2).

§ 1 – L'évitement du *forum shopping* dans les rapports États-Unis/Union européenne

605. Le terme « évitement » paraît à première vue excessif. L'hypothèse selon laquelle des victimes européennes peuvent être tentées de rechercher la compétence des juridictions américaines est encore envisageable, étant donné l'attrait des lois de procédure en principe plus favorables aux demandeurs et l'espoir d'obtenir une meilleure réparation grâce aux *treble*

shopping est renforcé par l'interprétation des règles de droit international privé par certaines juridictions nationales)

¹⁵⁸⁶ Pour une présentation plus détaillée : Cf. *infra*, chapitre suivant, spéc. §708 et s.

¹⁵⁸⁷ Cf. *infra* §606 en matière de contentieux boursiers internationaux (notamment l'affaire *Vivendi*).

*damages*¹⁵⁸⁸. Pour autant, si ce risque s'est effectivement concrétisé dans des hypothèses d'infractions à l'échelle mondiale (A), il paraît aujourd'hui limité. Bien que difficilement mesurable¹⁵⁸⁹, la thèse de l'évitement dans le domaine de l'étude paraît concevable si l'on observe les encadrements apportés et, notamment, celui de la Cour suprême américaine (B).

A) Un risque *a priori* élevé en matière d'infractions à l'échelle internationale

606. Attrait du modèle américain. Outre les victimes américaines, des ressortissants d'autres États et notamment européens, ont cherché à bénéficier des dispositions américaines apparaissant plus avantageuses face aux lacunes, voire à l'absence, dans leur droit national, de mécanismes efficaces leur permettant d'obtenir une indemnisation. Les raisons de l'attrait du modèle américain sont évidentes : les nombreux outils procéduraux facilitant l'action, et plus particulièrement, le mécanisme de *class action*, associés à la perspective d'obtenir une réparation « triplée » sont autant de facteurs incitatifs pour les victimes étrangères¹⁵⁹⁰. Un phénomène, dit de « *foreign-cubed litigation* »¹⁵⁹¹, s'est d'abord particulièrement développé en droit financier : les juridictions américaines ont été saisies de demandes formulées à l'encontre de défendeurs étrangers par des investisseurs étrangers, qui exercent leur activité en dehors du territoire américain. Le domaine financier dépassant notre objet d'étude, nous nous limiterons à mentionner à titre d'illustration les affaires *Vivendi*¹⁵⁹² et *Morrison*¹⁵⁹³, largement

¹⁵⁸⁸ Dans ces cas-là, il faut souligner que le *forum shopping* implique un phénomène de *law shopping*. Les deux se retrouvent liés.

¹⁵⁸⁹ De manière générale, la mesure de l'ampleur du phénomène de *forum shopping* est délicate (sur ce point v. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 130). À ce stade de la démonstration, l'absence de données précises permettant de connaître le nombre exact de litiges susceptibles de présenter un lien avec les États-Unis constitue un obstacle de taille.

¹⁵⁹⁰ V. not. E. M. FOX, L. A. SULLIVAN, R. J. R. PERITZ, *U. S. Antitrust in a Global Context*, Thomson West, 2nd ed., 2004, spéc. p. 168.

¹⁵⁹¹ L'expression fait référence au triple élément d'extranéité qui caractérise ce phénomène : demandeur, défendeur et marché étranger.

¹⁵⁹² *In re Vivendi Universal SA, Securities Litigation*, 242 F.R.D. 76, 81 (S. D. N. Y. 2007). Dans cette affaire, des actionnaires européens, et principalement français, ont été victimes de préjudices subis principalement sur les marchés européens. Afin d'obtenir réparation, ils ont intenté une *class action* devant les juridictions américaines contre la société Vivendi, dont le siège social se trouve en Europe. Vivendi invoque l'abus de forum shopping afin d'obtenir le désistement forcé des actionnaires français parties à la *class action*. La Cour d'appel de Paris a rejeté leur demande. Selon elle, la saisine du juge américain ne présente pas de caractère frauduleux, au regard de plusieurs éléments ancrant le litige sur le sol américain : les dirigeants en cause sont domiciliés aux États-Unis et les victimes ont acheté des titres à la bourse de Wall Street. Les juridictions américaines ont reconnu leur compétence.

¹⁵⁹³ *Morrison v. National Australia Bank Ltd* 547 F. 3d 167 ; D., 2010, chron., p. 2323, note S. BOLLEE ; Bull. Joly Bourse, 2010, p. 308, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 714, note H. MUIR WATT. Et l'arrêt de la Cour suprême *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U. S. (2010). Dans cette affaire, un investisseur américain et deux investisseurs australiens, ont subi un préjudice du fait de la dévaluation sur le marché boursier américain des

commentées¹⁵⁹⁴. C'est dans la seconde que la Cour suprême a finalement mis un coup d'arrêt à la tendance des juridictions américaines à étendre l'application extraterritoriale de lois américaines en droit financier. Bien que le phénomène ait été plus limité dans le domaine *antitrust*, la détection de cartels internationaux a amené certains plaignants d'origine étrangère – mais affectés par les effets des pratiques illicites – à saisir les juridictions américaines. Le développement de ce phénomène trouve directement sa source dans la pratique des juridictions américaines et la vision extensive de leur compétence.

607. Application extraterritoriale du droit *antitrust*¹⁵⁹⁵. En matière *antitrust*, des victimes subissant les effets de cartels internationaux ont tenté d'obtenir l'application du *Sherman Act* en mobilisant le *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* (ci-après *FTAIA*)¹⁵⁹⁶. Adopté en 1982, cette loi fédérale a visé à préciser les modalités d'application des règles *antitrust* américaines dans un contexte international¹⁵⁹⁷. Si un principe général d'inapplicabilité du *Sherman Act* aux comportements qui impliquent un commerce ou un échange avec les États étrangers est consacré, le texte prévoit également des exceptions, notamment dans l'hypothèse où la pratique en cause a « *un effet direct, substantiel et raisonnablement appréciable* » sur le marché américain. Or, la situation émergente au début des années 2000 était la suivante : des plaignants non américains estiment avoir subi un préjudice issu d'un cartel mondial ayant causé une hausse des prix des produits achetés en dehors des États-Unis. Ces derniers n'ayant pas été

actions qu'ils ont achetées auprès de la *National Australia Bank (NAB)*. Après un jugement au fond, la Cour suprême se saisit de l'affaire. Le juge SCALIA, s'exprimant pour la majorité, exclut l'application du *Security Exchange Act* de 1934 aux litiges dont le seul critère de rattachement avec les États-Unis est la commission matérielle de la manipulation de cours sur le territoire américain. Selon la Cour, seule la réalisation de transactions portant sur des titres cotés sur les marchés américains ou les transactions réalisées sur le territoire des États-Unis sur des titres autres peut constituer un lien décisif permettant l'application de la loi américaine.

¹⁵⁹⁴ Pour des commentaires en français V. not. C. SERAGLINI, « Les effets en France des actions de groupe étrangères », préc., p. 157 ; V. MAGNIER, *Rev. Soc.*, 2010, pp. 367 et s. ; H. MUIR-WATT, *Cah. Dr. Ent.*, 2012, n° 6 ; N. RONTCHEVSKY, *RTD Com.*, 2010, pp. 753 et s. ; B. FAGE, C. PERCHET, « Les foreign Cubed Class Actions après les arrêts Morrison et Vivendi », *Bull. Joly, Dt. Soc.*, sept. 2010, § 154, p. 738 ; B. BAHEU-DERRAS, « Le contentieux boursier à l'épreuve du forum shopping : Décryptage de l'affaire Morrison v. National Australia Bank », *JCP E*, 2009 ; V. également pour un résumé de ces affaires : M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, préc., pp. 481-490. Pour une approche plus générale : D. FAIRGRIEVE, E. LEIN, *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, 2012.

¹⁵⁹⁵ De manière générale sur ce point, et pour une comparaison des droits européen et américain : F. MARTUCCI, « L'extraterritorialité dans le droit de la concurrence – États-Unis et Union européenne », in A. MIRON et B. TAXIL (dir.), *Extraterritorialité et droit international*, Pedone, 2020, pp. 129-154 ; E. CLAUDEL, « Territorialité vs extraterritorialité : Les affres du champ d'application dans l'espace du droit européen de la concurrence », préc., spéc. I, pp. 135-154.

¹⁵⁹⁶ *Foreign Trade Antitrust Improvement Act (FTAIA)*, 1982, 15 U.S.C. Section 6 (a).

¹⁵⁹⁷ Le *FTAIA* a été adopté en réaction au test de l'effet, développé par la Cour suprême dans l'arrêt *Alcoa* de 1945 (*United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, préc.) dans lequel elle énonçait que les pratiques étrangères restrictives de concurrence pouvaient être soumises au *Sherman Act* « *if they intend to affect U.S. trade in fact limit it* ».

achetés sur le sol américain, ils ne subissent en ce sens que les effets des ententes interdites. Bien que la Cour suprême ait pu relever dans l'arrêt *Hartfore Fire* de 1993 que « *le Sherman Act s'applique aux comportements étrangers qui ont été destinés à produire des effets et qui ont, en fait, produit certains effets substantiels aux États-Unis* »¹⁵⁹⁸, il n'était pas évident de pouvoir appliquer le *Sherman Act* à des pratiques considérées comme illicites aux États-Unis pour des plaignants dont le dommage n'est que la conséquence des effets à l'étranger desdites pratiques. Saisies de demandes en réparation par des plaignants étrangers, les juridictions fédérales américaines ont été amenées à s'interroger sur l'étendue de la portée du droit *antitrust* dans de telles situations.

608. Deux affaires rendues par des juridictions fédérales inférieures témoignent, certes, des doutes quant à l'interprétation du *FTIA*, mais surtout des risques de voir consacrer une application extraterritoriale du droit *antitrust*. Dans la première, la Cour d'appel de la 5^e Circuit a considéré, sur le fondement du *FTIA*, que seuls des dommages subis sur le marché américain pouvaient donner droit à une indemnisation sur la base du *Sherman Act*¹⁵⁹⁹. En l'espèce, une entreprise norvégienne souhaitait se voir accorder des *treble damages* pour un préjudice subi en mer du Nord, en raison d'une entente sur le marché mondial des barges de levage utilisées pour les plateformes pétrolières. La Cour rejeta, toutefois, la demande des requérantes au motif que les victimes avaient subi un dommage, non sur le sol américain, mais en raison des prix élevés subis en mer du Nord. Au contraire, dans une seconde affaire, la Cour d'appel de la 2^e Circuit a considéré que le *FTIA* autorisait une *class action* regroupant des victimes européennes, relative au cartel des maisons de ventes aux enchères¹⁶⁰⁰. La Cour n'a pas pris en considération le lieu du dommage, relativement indifférent à ses yeux, au profit d'une lecture plus large des effets du dommage. Étant donné que la pratique litigieuse a eu des effets aux États-Unis, ayant affecté le commerce américain des ventes d'œuvre d'art, les victimes étaient légitimes à solliciter une indemnisation devant les juridictions américaines.

609. En dépit de ces interprétations divergentes des deux juridictions fédérales, la Cour suprême a d'abord refusé de se prononcer dans une nouvelle affaire dite « *Empagran* ». Dans cette affaire, la *District Court* de Columbia était confrontée à une situation similaire en 2003¹⁶⁰¹ : des requérants étrangers s'étaient regroupés en *class action* suite au cartel des vitamines. Sans

¹⁵⁹⁸ *Hartfore Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

¹⁵⁹⁹ *Den Norske Stats Oljeselskap v. HeereMac Vof*, n°99-20763, (5th Cir. Feb. 5 2001).

¹⁶⁰⁰ *Kruman v. Christie's Int'l Plc*, (2nd Cir. Mar. 13 2002).

¹⁶⁰¹ *F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran SA et al.*, 315 F. 3d 338 (D. C. Cir.2003).

rentrer dans les détails des origines de l'affaire¹⁶⁰², cette action s'inscrivait dans la continuité de la condamnation, par les autorités américaines et européennes, de l'entente entre plusieurs entreprises, pour la plupart européennes, pour son effet tant sur le marché américain qu'euro-péen. Dans un premier temps, la Cour d'appel adopta la même position que la 2^e *Circuit Court* en considérant que les victimes étrangères étaient légitimes à agir devant les juridictions fédérales américaines, car l'entente avait bien eu des effets sur le territoire américain. Le *FTAIA* devait ainsi être interprété comme autorisant l'action de plaignants étrangers devant le juge américain. Cette solution avait suscité de nombreuses critiques de la part, non seulement des entreprises concernées, mais aussi de la plupart de gouvernements européens et étrangers, et des autorités américaines elles-mêmes¹⁶⁰³. Face à ce risque d'application extraterritoriale toujours plus étendue du droit *antitrust* susceptible de transformer les États-Unis en « gendarmes mondiaux de la concurrence »¹⁶⁰⁴, la Cour suprême s'est saisie de l'affaire en 2004.

B) Un risque *a posteriori* limité par la Cour suprême

610. L'affaire *Empagran* (2004)¹⁶⁰⁵. La Cour suprême devait répondre à la question de savoir si des plaignants étrangers, victimes d'un cartel mondial, pouvaient demander réparation à un défendeur, lui-même étranger, pour un préjudice causé hors des États-Unis, au seul motif que la pratique illicite avait eu des « effets » à l'étranger. En contradiction avec la solution de la cour d'appel, la Cour suprême adopta – à l'unanimité – une interprétation restrictive du *FTAIA* dans son arrêt du 14 juin 2004. Selon elle, ce texte ne pouvait impliquer l'application du *Sherman Act* dans l'hypothèse où les acheteurs non américains ont subi des préjudices simplement dus aux effets étrangers, mais indépendants d'une pratique mise en cause sur le sol américain. Dit autrement, la Cour n'a pas remis en cause le constat selon lequel le cartel des vitamines a causé des préjudices aux États-Unis comme à l'étranger, consistant en une augmentation significative des prix. Pour autant, lesdits préjudices subis en dehors des États-

¹⁶⁰² Pour une présentation détaillée des antécédents v. F. SOUTY, « La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel v. AMD* », *LPA*, 21 sept. 2004, pp. 3 et s.

¹⁶⁰³ Les autorités de concurrence américaines (*FTC* et *DOJ*) ainsi que les gouvernements allemand, belge, canadien, irlandais, japonais et d'autres étaient intervenus en tant qu'*amicus curia* devant la Cour suprême pour lui faire part des risques causés par la solution de la juridiction inférieure.

¹⁶⁰⁴ E. M. FOX, L. A. SULLIVAN, R. PERITZ, *US Antitrust in a Global Context*, préc., pp. 651 et s. (« *enforcer for the world* »).

¹⁶⁰⁵ *F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran SA et al.* 542 U.S. 155 (2004).

Unis ne résultent, selon elle, que des effets étrangers de la pratique, effets particulièrement distincts de ceux ressentis sur le marché américain.

611. S'exprimant au nom de la Cour, le juge BREYER évoque deux raisons principales justifiant l'inapplicabilité du *FTAIA*, et, de ce fait du *Sherman Act* : « *d'une part, parce que cette Cour interprète généralement les lois ambiguës de manière à éviter les interférences déraisonnables avec l'autorité souveraine d'autres nations... D'autre part, le texte et l'histoire du FTAIA suggèrent que le Congrès a défini le FTAIA pour clarifier et peut-être limiter, mais non étendre de quelque manière significative le champ d'application du Sherman Act appliqué au commerce étranger. Et nous n'avons trouvé aucune indication qu'à l'époque d'élaboration du FTAIA par le Congrès, les cours auraient pensé le Sherman Act applicable dans de telles circonstances* »¹⁶⁰⁶. En d'autres termes, l'argument principal de la Cour suprême repose sur la nécessaire prise en compte de la souveraineté des États dans la régulation des relations commerciales. Prenant la mesure des risques que pouvait susciter la solution retenue par la cour d'appel pour les relations internationales, la Cour procède par cet arrêt à une restriction de la doctrine de l'extraterritorialité afin de limiter les potentiels conflits avec la souveraineté d'autres États¹⁶⁰⁷. La Cour exclut donc l'applicabilité extraterritoriale du *Sherman Act* pour des dommages causés aux demandeurs étrangers par des pratiques qui n'ont pas produit d'effets anticoncurrentiels sur le marché états-unien (« *domestic effects* »).

612. Cette solution de la Cour suprême, qui a trouvé par la suite un nouvel écho dans sa jurisprudence en matière de préjudices boursiers¹⁶⁰⁸, a été appliquée par les juridictions fédérales inférieures. La Cour d'appel du *District*, ressaisie de l'affaire, s'aligna sur la position de la Cour suprême en considérant que les requérants étrangers n'avaient pas réussi à faire la preuve que les effets américains du cartel étaient à l'origine de ceux subis à l'étranger. Elle consacra le standard de la « *cause immédiate* » du préjudice des requérants étrangers qui sera reprise dans d'autres affaires afin de rejeter des demandes de plaignants étrangers¹⁶⁰⁹.

613. En définitive, l'internationalisation des pratiques anticoncurrentielles a suscité un risque de *forum shopping* au bénéfice des États-Unis, et ce, dans un but souvent imbriqué de *law*

¹⁶⁰⁶ Ibid. Sur cette affaire : F. SOUTY, « La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel v. AMD* », préc.

¹⁶⁰⁷ A. TROIANIELLO, « Vers un assouplissement de l'application extraterritoriale de la législation *antitrust* », *Concurrences*, n°1-2012, I, Horizons 1.

¹⁶⁰⁸ Cf. *supra*, le dénouement des affaires *Morrison* et *Vivendi* (§606).

¹⁶⁰⁹ V. les jurisprudences citées par J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américain et européens*, préc. p. 466.

*shopping*¹⁶¹⁰. Des victimes – qui n’ont aucun ou qu’un faible lien avec les États-Unis – ont cherché à bénéficier des règles procédurales américaines pouvant leur garantir plus facilement une réparation efficace de leur préjudice. Certes, les évolutions jurisprudentielles n’ont pas totalement exclu ce risque de *forum shopping* en direction des États-Unis¹⁶¹¹. Le juge américain peut toujours s’estimer compétent si la demande, bien que formulée par des requérants étrangers, justifie d’un lien de rattachement suffisant avec le marché américain. À l’échelon international, seule une convention internationale entre les États-Unis et des États tiers pourrait mettre définitivement fin à cette crainte¹⁶¹². Pour autant, les positions des juridictions américaines – reflétant leur réticence à adopter une approche extensive du droit *antitrust* américain dans le contexte international¹⁶¹³ – ont eu pour effet immédiat de complexifier la tâche des plaignants européens attirés par leur juridiction¹⁶¹⁴. Aussi, le développement du *private enforcement* dans l’Union devrait logiquement conduire à réduire l’attractivité du modèle américain par la construction de règles efficaces et uniformes. Néanmoins, si le phénomène de *forum shopping* entre l’Union européenne et les États-Unis se trouve désormais contenu¹⁶¹⁵, le constat est paradoxalement différent au sein même du territoire de l’Union. L’uniformité des règles de concurrence et la mise en place de règles communes de droit international privé n’ont pas suffi à supprimer le phénomène de *forum shopping* entre les États membres. Au contraire, celui-ci se trouve encouragé dans les rapports intraeuropéens.

¹⁶¹⁰ Sur la logique de cette imbrication, cf. *supra* (2^{ème} note de la section 2 sur l’absence de distinction entre juridiction compétente et loi applicable en droit américain).

¹⁶¹¹ En témoigne une affaire rendue en 2012 par la cour d’appel du 7^{ème} circuit (*Min-Che, Inc. v. Atrium Inc.*, n° 10-1712, 27 juin 2012). Pour une note en français : J.-C. RODA, « USA : La cour d’appel du septième circuit facilite la tâche des plaignants américains pour leurs poursuites à l’encontre de cartels étrangers (Min-Che, Atrium), *Concurrences*, n°4/2012.

¹⁶¹² Sur les limites de la faisabilité d’une telle convention : L. IDOT, « Private enforcement 2013 : Entre actions de contournement et *forum shopping* », *Concurrences*, n° 2-2013.

¹⁶¹³ V. not. J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américain et européens*, préc., p. 467. M. REZZOUK, « Portée extraterritoriale du Sherman Act : Perspective après l’épilogue de l’affaire du cartel des vitamines », *RIDE*, 2007, pp. 69 et s.

¹⁶¹⁴ V. not. sur ce point S. PIETRINI, *L’action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationale, européenne, et internationale*, préc., pp. 666-690, n° 704-721 et références citées.

¹⁶¹⁵ H. L. BUXBAUM, R. MICHAELS, « Jurisdiction and Choice of Law in International antitrust Law – A US Perspective », in J. BASDOW, S. FRANCO, L. IDOT, (dir.), préc., spéc., pp. 230-232. Certains auteurs soulignent néanmoins que le risque n’est pas exclu. V. not. E. GAILLARD, note sous *Morrison v. National Australia Bank Ltd*, Bull., *Joly Bourse*, 2010, p. 308. Il note en ce sens que « (c)ela ne signifie pas, naturellement, que les avocats spécialisés en matière de class actions ne tenteront pas leur chance en formulant aux États-Unis des demandes fondées sur une ou plusieurs législations étrangères, spécialement dans des hypothèses dans lesquelles plusieurs droits, dont le droit américain, seront potentiellement concernés, en mettant en avant l’avantage qu’il pourrait y avoir à consolider en un seul lieu toutes les procédures ».

§ 2 – L’encouragement du *forum shopping* dans les rapports intraeuropéens

614. Promotion ? Renforcement ? Incitation ? Aucun terme ne paraît parfaitement adéquat pour qualifier la position des institutions de l’Union, et plus précisément celle de la Cour de justice, vis-à-vis du *forum shopping* dans le domaine de l’étude. À défaut, on démontrera une forme « d’encouragement ».

615. Pour le comprendre, il faut rappeler que le phénomène de *forum shopping* entre les États membres de l’Union n’a pas fait l’objet d’un traitement particulier au sein de la directive 2014/104. Les questions de compétence internationale en matière d’actions privées suite à une pratique anticoncurrentielle sont régies par les règlements Rome II¹⁶¹⁶ et Bruxelles I *bis*¹⁶¹⁷. Le premier détermine la loi applicable. Le second désigne la juridiction compétente. Limitant la présente étude aux questions de compétences internationales¹⁶¹⁸, l’on rappellera que le règlement Bruxelles I *bis* désigne par principe la juridiction du lieu du domicile du défendeur¹⁶¹⁹. Par dérogation à cette compétence générale, des règles de compétences spéciales sont également prévues. Les paragraphes 1, 2 et 5 de l’article 7 prévoient respectivement la compétence en matière contractuelle, délictuelle et celle du lieu d’une succursale. À ces compétences spéciales s’ajoutent également des compétences dérivées et notamment la possibilité offerte par l’article 8 paragraphe, 1 du même règlement de concentrer le litige¹⁶²⁰.

616. Les particularités du contentieux des pratiques anticoncurrentielles – et notamment la capacité de celles-ci à impliquer de nombreuses entreprises et à affecter de nombreuses victimes sur le marché européen¹⁶²¹ – se révèlent propices au développement de stratégies de *forum*

¹⁶¹⁶ PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008 : JOUE, 4 juill. 2008 ; PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007 : JOUE n° L 199, 31 juill. 2007, p. 40.

¹⁶¹⁷ Dans les présents développements, on se basera sur le règlement Bruxelles dans sa version refondue, que l’on désignera selon l’expression couramment admise « Bruxelles I *bis* » (PE et Cons. UE, règl. UE n° 1215/2012, 12 déc. 2012 : JOUE n° L 351, 20 déc. 2012).

¹⁶¹⁸ Sur les raisons justifiant d’écarter la question de la loi applicable : Cf. *supra*, §600 note 1570.

¹⁶¹⁹ Cf. l’article 4 paragraphe 1 du règlement « Bruxelles I *bis* ».

¹⁶²⁰ Le mécanisme de l’article 8 paragraphe 1 sera étudié dans le chapitre suivant (cf. *infra*, chapitre suivant, spéc. §710 et s.) à propos de l’affaire *CDC*. En revanche, l’étude n’abordera pas le cas de l’article 30 car, s’il offre des perspectives de concentration comparables, il est moins invoqué. Celui-ci joue en cours d’instance et en cas de pluralité de procès. Il a vocation à permettre la concentration du litige dans l’un des fors, à condition que les demandes soient connexes et que leur traitement en des instances différentes présentent des risques de décisions inconciliables.

¹⁶²¹ À titre d’illustration, on peut citer deux affaires connues : celle du cartel des camions (Comm. UE, 19 juill. 2016 et 27 sept. 2017, aff. AT.39824) et celles relatives aux condamnations de Google pour abus de position dominante (Comm. UE, déc. 2 juin 2017, *Google Search Shopping*, aff. AT.39740 – Comm. UE, déc. 18 juill. 2018, *Google Search Android*, aff. AT.40099 – Comm. UE, déc. 20 mars 2019, *Google Search AdSense*, aff. AT.40411).

shopping. Dans le domaine de l'étude, l'on ne dénombre pas moins de six chefs de compétence différents de la compétence de principe¹⁶²². Ces compétences spéciales sont largement mobilisées par les demandeurs afin de tenter d'attirer les défendeurs devant la juridiction de leur choix. Ce phénomène est aujourd'hui bien connu : il a conduit une partie de la doctrine et certains avocats généraux à proposer des solutions visant à l'encadrer, voire à l'éviter. Des auteurs ont pu proposer la consécration d'une règle de forum *non conveniens*, spécifiquement en matière de contentieux de la concurrence¹⁶²³. Pour sa part, l'avocat général JÄÄSKINEN a suggéré, en matière délictuelle, de déclarer les règles de l'article 7 § 2 (anc. 5 § 3) du règlement Bruxelles I *bis* inapplicables à ce contentieux afin d'admettre uniquement la compétence de principe du domicile du défendeur¹⁶²⁴.

617. Pourtant, ces positions visant à encadrer le *forum shopping* ne semblent pas être celles retenues par la Cour de justice. Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est révélateur d'une forme de promotion du choix des demandeurs – et donc d'un *forum shopping* volontairement offert à la victime. Le but n'est pas de contrevenir expressément aux règles de droit international européen, mais bien de tenter d'encourager au maximum les actions privées et leur développement au sein de l'Union. Dans le domaine de l'étude, l'appréciation des règles de compétence, en l'absence de clause attributive de juridiction, en constitue une illustration saillante (A). Certes, le phénomène de *forum shopping* se trouve en principe atténué dans les hypothèses où les parties ont prévu le for compétent en cas de litige, en insérant une clause attributive de juridiction dans le contrat qui les lie. Pour autant, la position récente de la Cour sur ces questions – consistant à reconnaître plus rigoureusement l'opposabilité d'une telle clause dans les litiges de concurrence – peut, par le recours à une forme de raisonnement *a contrario*, servir notre démonstration. Si le *forum shopping* est réduit dans les hypothèses de

¹⁶²² Outre la compétence de la juridiction du domicile du défendeur, les victimes peuvent potentiellement choisir celle du contrat, du lieu où le fait dommageable s'est produit, la juridiction saisie de l'action publique, le lieu d'exploitation d'une succursale, le lieu désigné par une clause d'élection de for et enfin celui où sont exécutées des mesures provisoires et conservatoires. Cf. les articles 7, 8 et 25, 31 du règlement 1215/2012. En doctrine, v. not. sur ce point : M.-L. NIBOYET, « Les questions de compétence judiciaire », in L. IDOT (dir.), *Le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, colloque tenu à l'IDC le 13 juin 2008, Concurrences*, n° 2-2009, p. 61 s., spéc. p. 61, n° 3 et 4.

¹⁶²³ En opposition avec son exclusion de principe en droit international privé européen (CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02), il s'agirait de reconnaître la possibilité pour une juridiction de ne pas exercer sa compétence internationale à l'égard d'un litige qui relève pourtant de son pouvoir juridictionnel si elle estime qu'elle n'est pas la mieux placée pour traiter le litige. La juridiction se déclarerait incompétente au profit d'un for étranger également compétent et considéré comme plus légitime à traiter le litige. À ce sujet : W. WILDERSPIN, « Jurisdiction Issues : Brussels I Regulation Articles 6 (1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation », in S. BASEDOW, S. FRANCOQ et L. IDOT, (dir.) *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, préc., pp. 41 et s., spéc. p. 53.

¹⁶²⁴ CCI. JÄÄSKINEN sur CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, préc., spéc. pp. 48-53.

différents couverts par une clause, il s'en trouve alors d'autant plus renforcé en l'absence de clause (B).

A) Illustration en l'absence de clause attributive de juridiction

618. Pour les besoins de la démonstration, il convient de distinguer les compétences spéciales des chefs de compétence dérivés prévus par les instruments européens. Les premières tendent à favoriser les stratégies de *forum shopping* en autorisant une pluralité de lieux de rattachement. Les évolutions jurisprudentielles récentes en matière délictuelle en constituent une remarquable illustration¹⁶²⁵ (1). Les secondes consolident ces stratégies par le biais de mécanismes de concentration permettant de potentialiser la compétence de la juridiction saisie¹⁶²⁶ (2).

1) La pluralité des lieux de rattachement (l'article 7 § 2)

619. Cadre général. Par exception à la règle de principe de l'article 4 du règlement Bruxelles I *bis*, l'article 7 § 2 donne compétence, en matière délictuelle, au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Dans les cas de délits complexes, il est établi depuis l'arrêt de la Cour de justice *Mines de Potasse d'Alsace* de 1976¹⁶²⁷ que la disposition textuelle « lieu du fait dommageable » doit être comprise comme visant à la fois le fait générateur (ci-après le lieu de l'évènement causal) et le dommage (ci-après le lieu de matérialisation du dommage). Cette dissociation prétorienne a clairement pour effet de favoriser le choix de la victime, qui peut choisir à sa guise le for de l'un ou l'autre.

620. Contexte concurrence. Loin d'être évidente de manière générale, cette distinction entre l'évènement causal et la matérialisation du dommage se trouve particulièrement problématique dans le contexte des atteintes au droit de la concurrence. S'il est communément admis que celle-ci a contribué à multiplier le nombre de chefs de compétence¹⁶²⁸, la Cour de justice a poussé

¹⁶²⁵ Sur ce choix de la délimitation de l'étude à l'article 7 paragraphe 2 : pour les besoins de la démonstration, on se bornera dans le cadre de la démonstration à l'option ouverte en matière délictuelle (impliquant l'exclusion de l'option en matière contractuelle et les questions de définition de la frontière entre matière contractuelle et délictuelle) étant donnée l'actualité de la jurisprudence récente de la Cour. D'ailleurs, notons ici que les grands principes établis dans l'arrêt *CDC* sur ces questions en matière d'atteinte à la concurrence ont encore vocation à être précisés. V. en ce sens, l'arrêt *Volvo* rendu par la Cour le 15 juillet 2021 (CJUE, 15 juill. 2021, *Volvo*, aff. C-30/20).

¹⁶²⁶ Sur cette idée, v. C. FRATEA, « Cross-Border Damage Antitrust Claims and Private International Law Rules on Jurisdiction », in R. AMARO (dir.), *Private Enforcement of Competition Law. Directive 2014/104 and Beyond*, Bruylant, 2021, pp. 123-146.

¹⁶²⁷ CJCE, 30 nov. 1976, *SA G.J. Bier et la fondation Rheinwater c/ SA Mines de potasse d'Alsace*, aff. 21/71.

¹⁶²⁸ B. VILÀ COSTA, « How to Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law : a Coherent Approach », in J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, (dir.), *International Antitrust Litigation : Conflict of Laws and Coordination*, préc., pp. 17 et s., spéc. p. 20.

encore plus loin cette logique dans le domaine de l'étude. La thèse ici défendue d'une forme d'encouragement du *forum shopping* au profit des victimes se vérifie d'une part, à travers la démultiplication des choix pour le demandeur (a) et d'autre part, par l'émergence d'un *forum actoris* (b).

a) *La démultiplication des options pour le demandeur*

621. Le phénomène établi de multiplication des fors compétents. S'il est encore nécessaire de le souligner, l'option permise par le texte du système dit de « Bruxelles » constitue le premier niveau de multiplication dans un sens favorable au demandeur. En dérogeant à la compétence générale de l'article 4, les compétences spéciales prévues par le règlement donnent la possibilité de choisir une juridiction différente de celle du défendeur. Pour ce qui concerne plus particulièrement la matière délictuelle, le demandeur peut choisir, soit d'agir devant la juridiction du lieu du domicile du défendeur, soit d'opter pour celle du lieu du fait dommageable. Toujours en cette matière, la consécration prétorienne de la dissociation entre le lieu de l'évènement causal et le lieu de matérialisation du dommage revient à établir une sorte « d'option dans l'option ». L'interprétation de la disposition de l'article 7 § 2 contribue en effet à un élargissement de l'option en démultipliant les lieux de l'évènement causal. Depuis 1976, le lieu du fait dommageable ne correspond plus simplement au lieu du fait générateur en tant que tel, mais aussi à celui du préjudice.

622. Le phénomène étendu dans le domaine concurrentiel, la démultiplication par le biais de l'évènement causal. De manière peu surprenante, la Cour de justice a maintenu et appliqué cette dissociation prétorienne en matière de litiges concurrentiels dans l'arrêt *CDC* de 2015¹⁶²⁹. Véritable solution de principe¹⁶³⁰, cette affaire faisait suite à la condamnation par la Commission d'une entente impliquant six entreprises de produits chimiques. Une trentaine de victimes ont conclu des contrats de cession de leur créance indemnitaire à la société CDC.

¹⁶²⁹ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c/ Akzo Nobel NV et al*, préc.

¹⁶³⁰ Il peut être délicat d'évaluer les conséquences des évolutions jurisprudentielles les plus récentes (cf. *infra*, §623 et s. : les affaires *FlyLAL* et *Tibor-Trans*). Les derniers arrêts peuvent être perçus sur certains aspects soit comme des atténuations voire des revirements de la solution CDC, soit comme des décisions de concrétisation ou de précision et ce, sans remettre en cause les principes généraux établis dans cet arrêt. Sur les hésitations doctrinales relatives aux suites de la solution CDC : entre la thèse du revirement et celle de la simple application rectificative v. not. R. AMARO, « Les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aspects internationaux : compétence internationale, conflits de lois (droit international privé européen) », préc., spéc. pts. 29-31 et R. AMARO, J.-F. LABORDE, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Recueil de décisions commentées*, préc., pp. 58 et s. *Contra* : la position de l'avocat général SZPUNAR, in Colloque CA Paris 29 mars 2020, *Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union*, rapport de synthèse disp. en ligne sur le site de la revue *Concurrences*.

Celle-ci a assigné les sociétés contrevenantes devant une juridiction allemande alors même que la majorité des sociétés défenderesses sont établies dans d'autres États membres. Seule l'une d'entre elles a son siège en Allemagne, mais – et c'est là toute la spécificité de cette affaire – le requérant se désiste à l'égard du défendeur d'ancrage, et ce, avant le début de l'instance : une transaction aurait été conclue avec la société demanderesse. Au-delà de la question relative à la concentration du litige¹⁶³¹, celle qui nous intéresse plus particulièrement à ce stade de l'étude concerne l'interprétation de l'article 7 §2 relative à la localisation du fait dommageable en matière concurrentielle. Comme annoncé ci-dessus, la Cour énonce que le demandeur à une action en réparation dispose classiquement d'une option de compétence entre la juridiction du lieu de l'évènement causal et celle du lieu de survenance du dommage. Sur le premier critère de rattachement, la Cour énonce que le lieu du fait causal est celui où l'entente a été conclue ou, dans l'hypothèse de lieux multiples, le lieu où elle a été définitivement conclue. En cas de lieu unique, cette solution rappelle celle établie depuis *Mine de potasse*. Le demandeur peut ainsi saisir la juridiction du lieu où l'entente a été définitivement entérinée, ce lieu pouvant être celui où les réunions visant à l'organisation de celle-ci se sont déroulées. En revanche, en cas de pluralité de lieux – comme c'était le cas en l'espèce – la Cour énonce de manière plus innovante qu'il convient d'identifier l'un des lieux où un arrangement peut être, à lui seul, considéré comme l'évènement causal¹⁶³². Récemment étendue aux ententes verticales ainsi qu'aux abus de position dominante dans l'arrêt *FlyLAL II* de 2018¹⁶³³, cette solution revient à notre sens à théoriquement démultiplier les options du demandeur par le biais de l'évènement causal. Car, s'il y a une priorisation du lieu où l'entente a été définitivement conclue, la Cour ouvre également la possibilité de reconnaître potentiellement un autre point d'ancrage du fait dommageable. Comme dans les faits d'espèce, le demandeur peut choisir de porter le litige devant les tribunaux du lieu où l'entente verticale a été conclue ou, alternativement, devant ceux du lieu où l'abus a été commis. Dans l'hypothèse où il serait impossible d'identifier un lieu unique de l'évènement causal¹⁶³⁴, il faut en revanche se tourner vers l'autre critère de

¹⁶³¹ Sur sa conception de la concentration du litige : Cf. *infra*, §706 et s.

¹⁶³² CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC)*, préc., pt 50.

¹⁶³³ Rappelons brièvement les faits : une compagnie aérienne reproche à un concurrent et un aéroport des pratiques collusives verticales couplées d'un abus de position dominante. CJUE, 5 juill. 2018, *flyLAL II*, aff. C-27/17.

¹⁶³⁴ Notons d'ailleurs que cette hypothèse semble souvent probable, surtout en matière de cartels internationaux. La solution dégagée dans *CDC* puis réaffirmée dans *flyLAL II* a été critiquée pour ses difficultés pratiques de mise en œuvre. Elle implique en effet d'être en mesure non seulement de localiser les actes constitutifs de l'entente mais également d'isoler celui par lequel l'entente a été définitivement conclue (J. BASEDOW, « International Cartels and the Place of Action under Article 5(3) », in J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT (dir.), *International Antitrust Litigation : Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012, p. 31 s., spéc. p. 32 et 33).

rattachement en matière délictuelle, à savoir la compétence du tribunal du lieu de réalisation du dommage. La solution *CDC* a été, sur ce point, précisée récemment.

623. Les suites de *CDC*. S'est rapidement posée la question de savoir si la jurisprudence postérieure allait favoriser l'encadrement de la solution *CDC* ou, à l'inverse, favoriser le maintien d'une telle démultiplication. Le lieu de matérialisation du dommage a fait l'objet d'une jurisprudence récente et, sûrement encore, en construction. Dans l'arrêt *CDC*, la Cour a établi le lieu de survenance du dommage au lieu du siège social des victimes. Vivement critiquée en doctrine pour favoriser un *forum actoris*¹⁶³⁵, cette solution a été largement nuancée dans les arrêts *flyLAL II*¹⁶³⁶ et *Tibor-Trans*¹⁶³⁷. Dans ces affaires, la Cour pose, en matière d'entente verticale comme d'abus de position dominante, le critère du marché affecté.

624. À première vue, ces solutions apparaissent comme une prise en compte des critiques adressées à la solution *CDC*¹⁶³⁸ : l'abandon du lieu du siège social au profit du critère du marché affecté contribue à borner non seulement le *forum actoris* mais aussi le *forum shopping*¹⁶³⁹. Dans l'arrêt *flyLAL* comme dans *Tibor-Trans*, la Cour prend, dans un premier temps, le soin de rappeler l'importance de déterminer le préjudice initial en les distinguant des « préjudices financiers consécutifs »¹⁶⁴⁰. Elle insiste par exemple dans *flyLAL* sur le fait que le dommage en question correspond notamment aux surcoûts et au manque à gagner par une perte de ventes¹⁶⁴¹. Cette première étape lui permet, dans un second temps, de déterminer le marché affecté. Ce raisonnement en deux temps semble rappeler la nécessité d'interpréter strictement les compétences spéciales. La Cour reconnaît elle-même que cette solution est plus conforme à l'esprit des règles de compétence qui font de la proximité et de la prévisibilité de la juridiction

V. également sur l'incohérence de cette solution par rapport à sa jurisprudence antérieure la note de L. IDOT, *Europe* 2015, comm. 287.

¹⁶³⁵ Cf. *infra*, § 634 et s.

¹⁶³⁶ CJUE, 5 juill. 2018, *flyLAL II*, préc.

¹⁶³⁷ L'affaire fait suite au cartel des camions. Une entreprise hongroise a assigné devant ses juridictions nationales l'un des cartellistes (une entreprise néerlandaise), dont elle n'a été qu'indirectement cliente, ayant été en lien qu'avec un concessionnaire. Le défendeur a soulevé une exception d'incompétence en arguant qu'en l'absence de relations d'affaires directes, il n'a pu raisonnablement s'attendre à être attiré devant les tribunaux hongrois. CJUE, 29 juill. 2019, *Tibor-Trans*, aff. C-451/18.

¹⁶³⁸ V. en ce sens à propos de l'arrêt *flyLAL II* : L. IDOT, « Le contentieux international des actions en réparation pour violation du droit de la concurrence : l'arrêt *CDC* revisité », *Rev. crit. DIP*, 2019, pp. 786-815, spéc. n° 20.

¹⁶³⁹ Sur ces critiques cf. *infra* et not. les notes critiques de : L. IDOT et C. NOURISSAT. V. également : C. FRATEA, *Cross-Border Damage Antitrust Claims and Private International Law Rules on Jurisdiction*, préc., p. 2288.

¹⁶⁴⁰ CJUE, 5 juill. 2018, *flyLAL*, préc., pts 32-33 ; CJUE, 29 juill. 2019, *Tibor-trans*, préc., pt 28 en application de la jurisprudence *Marinari* de 1995 (CJCE, 19 sept. 1995, *Marinari*, aff. C-364/93).

¹⁶⁴¹ Dans l'arrêt *Tibor-Trans*, on retrouve la même solution à propos de l'action d'un acheteur indirect qui a été victime d'un surcoût suite au cartel des camions.

les objectifs essentiels du règlement Bruxelles I *bis*¹⁶⁴². En ce sens, il ne s'agit plus de privilégier, du moins ouvertement, la victime par le recours au critère du siège social, mais de désigner rigoureusement la juridiction compétente en conformité avec la philosophie des règles de droit international privé.

625. Toutefois, cette première analyse peine à convaincre pleinement. Le risque de fragmentation du contentieux et – pour ce qui nous intéresse d'autant plus – de *forum shopping* ne paraît pas écarté¹⁶⁴³. Au contraire, la jurisprudence récente contribue à multiplier les options pour les victimes en matière de cartel. Deux observations peuvent être formulées.

626. En premier lieu, la Cour apporte une précision dans l'arrêt *Tibor-Trans* en énonçant qu'il est possible d'introduire une action contre un membre du cartel avec lequel la demanderesse n'a pas eu de relation contractuelle, étant donné qu'en droit de la concurrence, l'ensemble des membres du cartel sont tenus « solidairement » vis-à-vis des victimes. Ainsi, le critère du marché affecté peut permettre au demandeur de poursuivre le plus solvable même si le demandeur n'a aucun lien avec le participant en question. En ce sens, la Cour favorise clairement le *forum shopping* et par là des stratégies d'intérêts privés visant à chercher la meilleure indemnisation. En second lieu, il faut noter que le recours au critère du marché affecté s'accompagne d'une diminution de la compétence du juge saisi¹⁶⁴⁴. L'étendue de la réparation est, du moins pour le moment¹⁶⁴⁵, restreinte au dommage localement subi. Certes, cette solution est, là encore, en principe, plus conforme à la règle établie depuis l'arrêt *Fiona Shevill*¹⁶⁴⁶ qui énonce que le tribunal saisi sur la base du dommage a une compétence uniquement pour le dommage subi dans son ressort, mais ne peut pas statuer sur l'intégralité du dommage (« principe mosaïque »). Mais, cette restriction de l'étendue de la réparation semble également réintroduire des options. Dans *CDC*, la Cour a reconnu que la juridiction du siège social est compétente pour réparer l'entier dommage¹⁶⁴⁷. En ce sens, la concentration du litige, couplée à

¹⁶⁴² CJUE, 5 juill. 2018, *flyLAL*, préc., pt 40.

¹⁶⁴³ En doctrine ce reproche a été largement adressé à l'arrêt *Tibor-Trans* : v. not. la note de L. IDOT, *Europe* 2019, comm. 406.

¹⁶⁴⁴ CJUE, 5 juill. 2018, *flyLAL*, préc., pt. 42 (« le règlement 22/2001 permet d'établir la compétence d'une juridiction au titre du lieu de la matérialisation du dommage allégué par rapport à tous les acteurs prétendument responsables, à condition que celui-ci se matérialise dans le ressort de la juridiction saisie »).

¹⁶⁴⁵ V. les réflexions des avocats généraux, et notamment celles de l'avocat général SZPUNAR in Colloque CA Paris 29 mars 2020, « Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », Actes du colloque disp. à la revue *Concurrences*, p. 19 (version pdf).

¹⁶⁴⁶ CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93 ; JDI, 1995, p. 543, obs. A. HUET ; Europe 1995, chron. L. IDOT, n° 7 ; *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 487, note P. LAGARDE.

¹⁶⁴⁷ CJUE, 21 mai 2015, *CDC*, préc., pt 54.

la compétence de la juridiction saisie à connaître de l'entier dommage, revient à exclure l'intérêt de chercher un autre for compétent, et notamment le lieu du domicile du défendeur¹⁶⁴⁸. En revanche, les solutions *flyLAL* et *Tibor-Trans* contribuent en quelque sorte à ouvrir de nouveau l'intérêt des options. Le critère du marché affecté offre en définitive trois possibilités à la victime : soit la compétence de principe, à savoir le domicile du défendeur, soit celle du lieu de l'évènement causal (pour réparation entière), soit celle du lieu du dommage (pour le préjudice localement subi). Sur ce dernier point, il en découle également qu'un demandeur actif sur plusieurs marchés nationaux peut, en théorie, introduire des actions dans chaque État membre où un marché est affecté¹⁶⁴⁹.

627. L'arrêt *Volvo* rendu le 15 juillet dernier¹⁶⁵⁰ s'inscrit visiblement dans la continuité de cette tendance jurisprudentielle relative à l'article 7 § 2. Saisie par une juridiction espagnole, la Cour énonce que ledit article attribue directement et immédiatement aussi bien la compétence internationale que la compétence territoriale à la juridiction du lieu où est survenu le dommage. Elle précise ensuite qu'en l'absence de juridiction spécialisée au sein de l'État membre pour traiter les actions en réparation du dommage causé par ces arrangements contraires à l'article 101 TFUE, il convient de distinguer deux hypothèses. Peut être compétente au titre du lieu de la matérialisation du dommage, soit la juridiction dans le ressort de laquelle l'entreprise s'estimant lésée a acheté les biens affectés par lesdits arrangements, soit, en cas d'achats effectués par cette entreprise dans plusieurs lieux, la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège social de celle-ci.

b) La promotion indirecte d'un forum actoris

628. Le *forum actoris* a pu être qualifié de for « honni »¹⁶⁵¹ ou de « chef de compétence anormal »¹⁶⁵² en doctrine. Autoriser le demandeur à attirer le défendeur devant les juridictions de l'État où il vit apparaît comme la solution inverse de celle traditionnellement retenue en droit international privé européen, ce dernier considérant comme compétentes les juridictions du lieu

¹⁶⁴⁸ Pour des nuances sur ce point, notamment dans l'hypothèse d'un surcoût subi sur un autre for que celui du siège social : R. AMARO, « Les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aspects internationaux : juridiction compétente, loi applicable (droit international privé européen) », préc., spéc. §23.

¹⁶⁴⁹ Pour autant, il faut préciser qu'en pratique, le *forum shopping* serait restreint car, s'il choisit de se fonder sur ce chef de compétence, à savoir celui de matérialisation du dommage, le demandeur aurait intérêt à saisir la juridiction où l'essentiel du dommage a été causé afin précisément d'éviter de multiplier les actions.

¹⁶⁵⁰ CJUE, 15 juill. 2021, *Volvo*, préc.

¹⁶⁵¹ H. MUIR WATT, D. BUREAU, *Droit international privé*, T.1, PUF, 4^{ème} éd., 2017, n° 140, p. 176.

¹⁶⁵² J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *Droit international privé, années 2016-2018*, Pedone, 2019, spéc. p. 31.

du domicile du défendeur. Certes, ce rejet de principe connaît des atténuations quand il est question de protéger une partie considérée comme faible. En témoigne, en droit positif, la protection accordée aux consommateurs, aux assurés ou aux salariés dans le règlement Bruxelles I *bis*. Mais en matière de contentieux de la concurrence, la Cour a instauré par la solution *CDC* une sorte de « nouveau *forum actoris* au bénéfice des victimes »¹⁶⁵³.

629. Dans l'affaire *CDC*, la Cour énonce que le lieu de survenance du dommage correspond à celui du siège social de la victime lorsqu'il est question d'un paiement de surcoûts. Cette solution a été critiquée en doctrine en ce qu'elle est apparue largement contraire à la philosophie générale des textes du système de Bruxelles¹⁶⁵⁴. La Cour elle-même a largement établi que les règles de compétence internationale sont fondées, à l'origine, sur la recherche de proximité et de sécurité juridique et non sur la volonté d'avantager le défendeur ou le demandeur¹⁶⁵⁵. Ainsi, chercher à favoriser la victime, en l'espèce la société *CDC*, alors même que celle-ci n'est pas expressément considérée comme une personne spécifiquement protégée, conduit à l'établissement d'une règle de *forum actoris*, contraire à l'objectif de prévisibilité de la compétence judiciaire, mais volontairement favorable à la victime.

630. La Cour a semblé prendre en compte ces critiques doctrinales en ayant recours au critère du marché affecté. Les solutions *FlyLAL II* et *Tibor-Trans* impliquent que le demandeur devra désormais saisir les tribunaux du marché affecté, c'est-à-dire celui sur lequel il opère sans pour autant qu'il y ait son siège social. Toutefois, l'apport de cette correction, visiblement plus conforme à l'esprit des règles du règlement Bruxelles I *bis*¹⁶⁵⁶, peut être nuancé à deux égards.

631. D'une part, il a été observé que, dans de nombreuses situations, le siège social des victimes coïncide souvent avec le marché où elles déploient leur activité¹⁶⁵⁷. En pratique, en effet, le dommage a souvent été subi au lieu du principal centre d'intérêts économiques, celui-ci

¹⁶⁵³ C. NOURISSAT, « Action indemnitaire en droit de la concurrence : quand la Cour de justice instaure un nouveau *forum actoris* au bénéfice des victimes », *Procédures*, 2015, comm. 225.

¹⁶⁵⁴ Sur ce point v. les notes de L. IDOT (*Europe*, 2015, comm. 287) et C. NOURISSAT (*Procédures*, 2015, comm. 225) ; C. FRATEA, « Cross-Border Damage Antitrust Claims and Private International Law Rules on Jurisdiction », préc.

¹⁶⁵⁵ V. not. CJCE, 25 oct. 2012, *Folien Fisher*, aff. C-133/11, pt. 45 (« les objectifs de prévisibilité du for et de la sécurité juridique, poursuivis par cette disposition et itérativement rappelés par la jurisprudence (voir arrêts du 15 mars 2012, G, C-292/10, point 39, et *Wintersteiger*, précité, point 23), n'ont trait ni à l'attribution des rôles respectifs de demandeur et de défendeur ni à la protection de l'un des deux »).

¹⁶⁵⁶ V. en ce sens à propos de l'arrêt *flyLAL II* : L. IDOT, « Le contentieux international des actions en réparation pour violation du droit de la concurrence : l'arrêt *CDC* revisité », préc., p. 786, spéc. n° 20.

¹⁶⁵⁷ R. AMARO, J.-F. LABORDE, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Recueil de décisions commentées*, préc., n° 88.

correspondant souvent au lieu du domicile du demandeur. Cette corrélation entre le lieu du marché affecté et le lieu où est installé le demandeur trouve d'ailleurs une récente illustration. Dans son arrêt du 24 novembre 2020 *Wikingerhof*¹⁶⁵⁸, la Cour de justice a, après avoir rappelé la distinction entre la nature contractuelle ou délictuelle au sens du règlement Bruxelles I *bis*, établi qu'une action contre un cocontractant, fondée sur l'obligation légale de s'abstenir de tout abus de position dominante, relève de la matière délictuelle au sens de l'article 7 § 2. Il en découle qu'en l'espèce, un hôtel qui a conclu un contrat avec la plateforme *Booking* peut attirer cette dernière devant la juridiction de l'État membre dans lequel celui-ci est établi, et ce, quand bien même le comportement dénoncé est mis en œuvre dans le cadre de la relation contractuelle qui les lie. La Cour laisse ainsi l'option au demandeur de porter son action devant les juridictions du domicile de son cocontractant défendeur ou devant les juridictions allemandes, c'est-à-dire celles de son domicile.

632. D'autre part, la réception, au niveau national, de la dernière jurisprudence européenne paraît privilégier l'option du *forum actoris* à celle du *forum shopping*. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 janvier 2020¹⁶⁵⁹ en constitue une illustration. Le litige fait suite aux deux décisions *Google Shopping*¹⁶⁶⁰ et *Google AdSense* par lesquelles la Commission a condamné Google pour ses comportements abusifs. Une société française, la société *Leguide.com*, qui édite des moteurs de comparaison de prix, intente une action contre des sociétés du groupe Google. La première a assigné les secondes devant le tribunal de commerce de Paris en vue d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi suite à l'abus de position dominante qu'elle estime commis par les secondes. La juridiction française saisie se déclare compétente notamment au motif que le préjudice de la société française a été intégralement subi sur le territoire français. Les défendeurs interjettent appel, mais la solution est confirmée par la Cour d'appel de Paris. Bien qu'elle fasse expressément référence à la jurisprudence de la Cour de justice, elle aboutit à un résultat qui ne semble pas conforme à celle-ci. En l'espèce, plusieurs marchés affectés dans lesquels l'entreprise demanderesse a subi un préjudice auraient pu être retenus. Pourtant, pour la Cour d'appel, le marché affecté est bien la France et non le pays de destination de ces sites. De manière surabondante, mais pas moins révélatrice, elle cite l'arrêt *CDC* en rappelant que la Cour a reconnu la compétence de la juridiction du lieu du demandeur.

¹⁶⁵⁸ CJUE, 24 nov. 2020, *Wikingerhof & Co. c/ Booking.com*, aff. C-59/19 ; note R. AMARO, F. JAULT-SESEKE, D. 2021, p. 1064.

¹⁶⁵⁹ CA Paris, 7 janv. 2020, *LeGuide.com c/ Google*, n° 19/12553.

¹⁶⁶⁰ Comm. eur., 27 juin 2017, *Google Search (Shopping)*, aff. AT.3974.

Par cette solution, la juridiction a certainement voulu éviter le risque de *forum shopping* au profit d'une consécration indirecte d'un *forum actoris*¹⁶⁶¹.

633. En définitive, on comprend que la Cour de justice tente de concilier l'équilibre entre la logique des règles de droit international privé – et notamment de l'article 7 § 2 qui n'a pas pour but de favoriser la victime – et la spécificité de la matière concurrentielle. En dépit d'évolutions jurisprudentielles notables, la Cour semble néanmoins s'inscrire en faveur d'une solution – en apparence de compromis – consistant à placer les règles de droit international privé au service du développement des actions privées. Si la règle du siège social, comme celle du critère du marché affecté, favorise le *forum actoris* en contradiction avec la compétence de principe du défendeur, c'est dans le but d'assurer aux victimes la possibilité d'une action en justice. Pour plus de clarté et de prévisibilité au sens du texte du système de Bruxelles, une consécration du *forum actoris*, comme c'est le cas dans d'autres domaines, tend à s'imposer en doctrine¹⁶⁶². En attendant, les stratégies de *forum shopping* ne s'épuisent pas dans cette capacité à multiplier les critères de rattachement : l'interprétation par la Cour des mécanismes de concentration du litige, et notamment celui de l'article 8 § 1, constitue la seconde manifestation de cette tendance de la Cour à promouvoir les choix des demandeurs dans le but de développer les actions privées.

2) L'attrait du for des codéfendeurs (l'article 8 § 1)

634. Présentation générale. Les articles 8 et 30 du règlement Bruxelles I *bis* (anc. 6 et 28) prévoient deux mécanismes de concentration qui produisent des effets à des stades différents de l'instance. Le premier joue au stade de l'introduction. Il permet la concentration du litige au for où l'un des défendeurs est assigné en attirant devant la juridiction en question les autres défendeurs. Le second joue au cours de l'instance et en cas de pluralité de procès. Il permet de concentrer le litige à l'un des fors, à condition que les demandes soient suffisamment connexes et que leur traitement, en cas d'instances différentes, suscite des risques de décisions inconciliables. Dans la présente démonstration, nous traiterons plus précisément du mécanisme

¹⁶⁶¹ Sur cette analyse de la jurisprudence nationale v. not. l'intervention de O. BOSKOVIC, in Colloque CA Paris 29 mars 2020, *Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union*, rapport de synthèse disp. en ligne sur le site de la revue *Concurrences*.

¹⁶⁶² Sur cette reconnaissance du *forum actoris* en matière de pratiques anticoncurrentielles v. R. AMARO, « Aspects de droit international privé : les risques liés au forum shopping et les moyens d'y remédier », in *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles*, préc. pp. 285-298, spéc. pp. 297 et 298. V. également : L. IDOT, « Compétence en matière délictuelle et action en droit de la concurrence », note sous CJUE, 29 juill. 2019, *Tibor-Trans*, préc., *Europe*, 2019, n°10, comm. 406.

de l'article 8 étant donné, d'une part, son invocation plus fréquente devant les juridictions nationales et, d'autre part, son interprétation par la Cour dans le cadre de l'affaire *CDC*.

635. L'absence d'abus : l'applicabilité de l'article 8, même en cas de désistement¹⁶⁶³. Pour mémoire¹⁶⁶⁴, la société CDC a, après avoir acquis les créances de victimes du cartel du peroxyde d'hydrogène condamné par la Commission, intenté une action en réparation en Allemagne. L'un des auteurs de l'infraction étant une société allemande, la société CDC s'est ainsi prévalu du for des codéfendeurs sur le fondement de l'article 6 § 1 du règlement « Bruxelles 1 » (nouvel 8 § 1 Bruxelles 1 *bis*). Celui-ci prévoit que la présence d'un « *défendeur d'ancrage* » permet d'attirer tous les autres, peu importe leur État d'établissement. Toutefois, quelque temps à peine après l'introduction de l'action, la société CDC se désiste, mais seulement à l'égard de la société allemande, pourtant défendeur d'ancrage. Les autres demandes indemnitaires ont en revanche été maintenues pour les autres défendeurs. La question qui s'est alors posée pour le juge allemand était celle de savoir s'il pouvait encore fonder sa compétence à l'égard des défendeurs même si ledit défendeur d'ancrage n'est plus dans la cause. Certains observateurs ont souligné, dès la demande préjudicielle, la légitimité de la question du juge en soulignant le risque de reconfiguration, voire d'instrumentalisation, du lien de connexité¹⁶⁶⁵.

636. Loin de partager cette méfiance, la Cour a, au contraire, considéré que l'allégation de fraude doit « *être assortie d'indices probants établissant l'existence d'une collusion des parties concernées en vue de créer ou de maintenir, de manière artificielle, les conditions d'application de cette disposition au moment de l'introduction de la demande* »¹⁶⁶⁶. En revanche, « *le seul fait d'avoir mené des pourparlers en vue d'une éventuelle transaction amiable n'est pas de nature à établir une telle collusion* »¹⁶⁶⁷. Selon elle, la fraude ne pourrait être constituée que « *s'il s'avérait qu'une telle transaction a effectivement été conclue, mais qu'elle a été dissimulée aux fins de créer l'apparence de ce que les conditions de l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 étaient réunies* »¹⁶⁶⁸. En l'absence d'une telle démonstration, le

¹⁶⁶³ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, préc.

¹⁶⁶⁴ Cf. *supra*, §622.

¹⁶⁶⁵ V. not. M. BARBA, « Leçon 1 : De la connexité et de son instrumentalisation... », *RLDA*, 2016, pp. 28-32, spéc. p. 32.

¹⁶⁶⁶ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC)*, préc. pt 31

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, pt 32

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

désistement du demandeur postérieurement à l'introduction de l'instance n'empêche pas la compétence du for du défendeur d'ancrage.

637. Cette solution peut surprendre tant le caractère artificiel de la mobilisation de l'article 6 § 1 du règlement Bruxelles I (devenu art. 8 § 1 Bruxelles 1 bis), prévoyant le mécanisme de concentration du litige, était à peine dissimulé : le juge allemand lui-même a, dès le début de l'affaire, soupçonné la fraude à la compétence en considérant que la demande aurait été volontairement introduite en Allemagne alors même que CDC et le défendeur d'ancrage avaient déjà convenu d'un désistement, via une transaction intervenue en amont. L'objectif est ainsi de concentrer le litige devant le juge allemand afin de traduire les codéfendeurs hors de leur for naturel.

638. Certes, son aspect surprenant peut être relativisé tant les opérateurs privés (et parfois directement incités par les juridictions internes elles-mêmes !) ont déjà joué des règles de droit international privé en matière de concurrence¹⁶⁶⁹.

639. Pour autant, cette solution se comprend plus aisément lorsqu'elle est mise en perspective avec la démarche générale de la Cour de justice : assurer le développement des actions privées en favorisant la position des victimes demanderesses. À ce stade de l'étude, la souplesse du juge de l'Union dans l'appréciation de l'abus révèle une nouvelle fois ses intentions implicites. Car, il fait peu de doutes que ce mécanisme contribue à accroître la marge de manœuvre des victimes et, plus spécifiquement, leur stratégie visant à choisir la juridiction la plus attractive en « rentabilisant » en quelque sorte la compétence du for saisi¹⁶⁷⁰.

B) Atténuation en présence d'une clause attributive de juridiction

640. La thèse ici défendue d'un *forum shopping* encouragé par le juge de l'Union pourrait se trouver remise en cause pour les situations couvertes par des clauses attributives de juridiction. Par principe, les clauses de juridiction contribuent à réduire ce phénomène puisque les parties ont en amont convenu, dans le cadre de leur relation contractuelle, le for compétent en cas de litige. Cependant, encore faut-il que celles-ci soient valides et surtout opposables. Dans le

¹⁶⁶⁹ V. sur ce point la technique utilisée dans l'arrêt *Provimi* dans lequel la High Court d'Angleterre et celle du Pays de Galles ont exploité la malléabilité de la notion d'« entreprise » au sens du droit de la concurrence. R. AMARO, « Aspects de droit international privé : les risques liés au *forum shopping* et les moyens d'y remédier », préc., spéc. p. 289 et s., n° 8 et s ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, préc., p. 277 et s., n° 246 et s.

¹⁶⁷⁰ Sur ce point : C. FRATEA, « Cross-Border Damage Antitrust Claims and Private International Law Rules on Jurisdiction », préc.

domaine de l'étude, la question des clauses attributives de juridiction a fait l'objet d'une évolution sur laquelle il convient de revenir.

641. La solution CDC. La question de l'opposabilité *ratione materiae* des clauses attributives dans le contexte des violations du droit de la concurrence a été posée pour la première fois dans l'affaire CDC. Saisie dans le cas particulier d'un cartel, la Cour a énoncé en 2015 que la clause ne peut produire des effets que si elle se réfère expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence¹⁶⁷¹. Cette solution – aux importantes implications pratiques¹⁶⁷² – a laissé la doctrine perplexe : elle s'est notamment interrogée sur l'étendue de celle-ci et son application hors des cas de cartel¹⁶⁷³. La Cour de justice a été amenée à préciser sa position en 2018 dans l'affaire *Apple Sales*.

642. L'affaire Apple Sales. Largement commentée¹⁶⁷⁴, l'affaire *Apple Sales* a commencé en 2012 quand la société française *eBizcuss* assigne devant le Tribunal de commerce de Paris son cocontractant, la société Apple Sales international (de droit irlandais), ainsi que les sociétés Apple inc. et Apple Retail France, respectivement de droit américain et français. La requérante leur reproche des actes de concurrence déloyale ainsi qu'un abus de position dominante sur les fondements des articles 1382 (devenu 1240) du Code civil, L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE. Les défendeurs contestent la compétence de la juridiction française étant donné l'existence d'une clause attributive dans le contrat qui désigne les juridictions irlandaises. Au fond, le tribunal comme la Cour d'appel de Paris font ainsi droit à l'exception d'incompétence soulevée par la société Apple Sales International. Un pourvoi est formé et la Cour de cassation casse en 2015 l'arrêt de la Cour d'appel¹⁶⁷⁵. En déclarant la clause inopposable, la Cour fait une application de la solution CDC tout en l'étendant en l'espèce aux abus de position dominante. Suite à un nouveau pourvoi¹⁶⁷⁶, la Cour de cassation a décidé

¹⁶⁷¹ CJUE, 21 mai 2015, CDC, préc., spéc. pts 69-72.

¹⁶⁷² Cette solution prive d'effet toute clause dans les contentieux relatifs à des cartels.

¹⁶⁷³ Cf. les notes et commentaires de l'affaire CDC.

¹⁶⁷⁴ Cf. *infra*, ci-dessous l'ensemble des observations et notes de jurisprudence sur chaque épisode de l'affaire.

¹⁶⁷⁵ Civ. 1e, 7 oct. 2015, n° 14-16.898, D. 2015.2620, note F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2016.1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2025, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *AJCA* 2015.522, obs. L. CONSTANTIN ; *RTD civ.* 2015.844, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2016.98, obs. H. BARBIER ; *JDI* 2016.929, note C. KLEINER ; *JCP G* 2015.1322, note L. IDOT ; *Procédures* 2015. Comm. 358, obs. C. NOURISSAT ; *RDC* 2016.282, note E. TREPPOZ).

¹⁶⁷⁶ Civ. 1e, 11 oct. 2017, n° 16-25.259, D. 2018, p. 966 obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 1934, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RCDIP* 2018.126, note D. BUREAU ; *RTDE* 2018.338, obs. A. JEAUNEAU ; *JCP G* 2017, p. 1279, note L. IDOT.

d'interroger la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel pour l'inviter à préciser la solution *CDC*.

643. En 2018, le juge de l'Union énonce qu'une clause attributive n'est pas exclue au seul motif qu'elle ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence¹⁶⁷⁷. En ce sens, elle peut s'appliquer à l'égard d'une action intentée par un distributeur contre son fournisseur sur le fondement de l'article 102 TFUE. La surprise a été grande chez les observateurs qui se sont longuement interrogés sur la portée à accorder à cette solution et ses liens avec la solution *CDC*. On a notamment pu se demander si la Cour établit une distinction entre les actions intentées dans le cadre d'un cartel et celles relatives à un abus de position dominante. Pour la majorité de la doctrine, la Cour préconise dans cet arrêt une approche contextuelle en invitant les juridictions saisies à se demander si le comportement anticoncurrentiel en question est étranger au rapport contractuel dans le cadre duquel la clause a été conclue. Dans l'hypothèse où le comportement anticoncurrentiel est étranger, la clause ne peut produire ses effets. À l'inverse, et si la clause est rédigée dans des termes suffisamment larges, elle doit produire ses effets.

644. Cette affaire a pris fin par l'arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 2019 dans lequel celle-ci énonce que le litige entre l'ancien distributeur et Apple a un lien avec le contrat. Elle en déduit ainsi que les tribunaux français ne sont pas compétents puisqu'il faut appliquer la clause désignant les juridictions irlandaises.

645. Portée. Sans mettre fin à l'ensemble des doutes¹⁶⁷⁸, la solution *Apple Sales* a le mérite de combler les insuffisances de l'arrêt *CDC*. Plus particulièrement, la Cour a semblé prendre en compte les critiques relatives au risque de faciliter l'évitement du for choisi par les parties¹⁶⁷⁹. Si cette solution est en ce sens plus conforme à la démarche traditionnelle consistant à respecter la volonté initiale des parties, elle paraît venir contrarier la présente démonstration : quand la solution *CDC* tend à permettre à la victime d'éviter la compétence choisie au profit de celle qui l'arrange, la Cour contribue dans *Apple Sales* à limiter le *forum shopping* en acceptant plus rigoureusement l'opposabilité d'une telle clause. Pourtant, comme nous l'annonçons, il est possible de raisonner *a contrario*. Si le phénomène est réduit par la reconnaissance de

¹⁶⁷⁷ CJUE, 24 oct. 2018, *Apple Sales International*, aff. C-595/17.

¹⁶⁷⁸ Cf. not. le commentaire de l'affaire *Apple Sales* de M. BARBA in M. KARPENSCHIF (M.), C. NOURISSAT, (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne (GAJUE)*, 4^{ème} éd., PUF, 2021.

¹⁶⁷⁹ Sur cette critique v. not. L. IDOT, « L'efficacité d'une clause attributive de juridiction remise en cause par la simple invocation du droit de la concurrence, *JCP G*, 2015, note 1322.

l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction, cela signifie, à l'inverse, qu'il peut en revanche être renforcé en l'absence de clause¹⁶⁸⁰. C'est en tout cas en ce sens que nous interprétons la démarche de la Cour dans le cadre des présents développements.

646. Conclusion de la section 2. En définitive, le *forum shopping* en matière d'actions privées de concurrence fait l'objet d'une appréhension variable, voire, comme l'étude l'a révélé, assez paradoxale. Dans les rapports avec les États-Unis, l'hypothèse d'un évitement d'un juge national de l'Union au profit du juge américain est finalement faible. Elle paraît en tout cas restreinte aux plaideurs les plus armés financièrement et juridiquement. En revanche, les institutions de l'Union, et plus précisément la Cour de justice, sont en quelque sorte prêtes à favoriser le *forum shopping* s'il permet de contribuer à assurer le développement des actions privées dans l'Union.

¹⁶⁸⁰ Cf. *supra*, A), §618 et s.

Conclusion du chapitre 1

647. Le présupposé sur lequel reposait la démonstration de ce chapitre consistait à prétendre que les systèmes juridiques étudiés disposent en leur sein d'éléments susceptibles de neutraliser le régime de *private enforcement*. Deux vecteurs principaux ont été identifiés.

648. D'une part, l'action privée doit nécessairement s'articuler avec l'action publique. Or, les instruments répressifs accordés aux particuliers aux États-Unis pour assurer leur rôle de gardien du droit *antitrust* ont fait l'objet d'inquiétudes : la procédure de *discovery* et les *treble damages* peuvent être à même de réduire l'efficacité de la mission des autorités fédérales américaines, mais aussi de celles des autorités en charge de la régulation de l'ordre concurrentiel dans l'Union. D'autre part, la victime privée peut avoir recours à des stratégies de *forum shopping* afin de maximiser ses chances d'obtenir une meilleure réparation ou d'accroître sa commodité.

649. Ce double constat n'est en soi guère surprenant, car il est connu des institutions américaines et européennes. Les premières ont progressivement pris des mesures pour aménager l'accès aux preuves et réduire les craintes des États étrangers d'actions intentées par leurs ressortissants. Les secondes ont pour leur part largement anticipé les risques liés à l'articulation entre actions publiques et actions privées. Si cette recherche d'équilibre s'est faite au détriment de ces dernières, la promotion des actions privées est assurée, en compensation, par l'ouverture d'un *forum shopping* aux victimes.

650. L'originalité de l'analyse menée réside davantage dans les soubassements théoriques qu'elle met en lumière. Le processus de neutralisation n'est que le reflet de la nature problématique des figures de « Procureur privé » et de « vigie » ; et trouve ainsi son origine dans la difficulté à mettre en œuvre la double finalité de celles-ci. Compter sur les particuliers pour assurer, d'une part, leur intérêt subjectif et, d'autre part, l'intérêt objectif de réalisation du droit est une opération délicate qui doit être appréhendée par rapport à la cohérence globale du système de mise en œuvre. En ce sens, et plus fondamentalement encore, l'étude des vecteurs de la neutralisation a permis d'esquisser les limites de la logique instrumentale sur laquelle repose le *private enforcement*. Dans le champ particulier de l'étude, l'intérêt subjectif d'agir en justice pour obtenir une satisfaction individuelle correspond à celui du particulier utilitariste, au clair quant à ses intérêts et agissant en conséquence. L'on comprend que les intérêts privés en cause correspondent à une conception de l'intérêt connoté péjorativement comme « *ce qui nous fait chercher nos avantages au mépris de la justice et de la vertu, et c'est une vile*

ambition »¹⁶⁸¹. Dès lors, il est peu étonnant que ceux-ci entrent en confrontation avec ceux des autorités de régulation ou du système juridique dans son ensemble, forçant ainsi les institutions à un rééquilibrage. L'intérêt de l'étude ne se limite pas à l'identification des causes du phénomène de neutralisation. Elle serait largement incomplète sans l'examen de ses manifestations concrètes.

¹⁶⁸¹ C'est ainsi que D'ALEMBERT et DIDEROT définissent l'intérêt l'Encyclopédie, cité par E. FRAYSSE, *Intérêts publics et intérêts privés*, Mémoire, Lyon 3, p. 2.

CHAPITRE 2 – LES MANIFESTATIONS DE LA NEUTRALISATION

651. Une fois les causes de la neutralisation identifiées, il convient de s'attacher à l'examen de sa traduction processuelle. Si les vecteurs de ce phénomène ont pu se comprendre de manière commune, ses manifestations concrètes apparaissent en revanche variables dans chaque système.

652. Aux États-Unis, la neutralisation du *private enforcement* se manifeste de manière *intrinsèque* au système juridique dans la mesure où elle est orchestrée au sein même du cadre processuel par le biais d'une politique jurisprudentielle restrictive. Ayant été jugés excessifs¹⁶⁸², ses mécanismes caractéristiques – et notamment les procédures de *discovery* et de *class actions* – voient leur portée atténuée, sinon anéantie, par une réinterprétation jurisprudentielle des règles de procédure civile dans un sens visant la restriction de l'accès au juge. Un constat paradoxal voit alors le jour : alors même qu'il existe *a priori* les outils procéduraux nécessaires à l'effectivité de l'action privée en droit positif, les institutions juridiques, et plus précisément la Cour suprême, peuvent contribuer à les rendre inopérants *a posteriori* (*Section I*).

653. Dans l'Union, la neutralisation se manifeste, en revanche, de manière *extrinsèque* au système juridique dans la mesure où elle est orchestrée par les acteurs privés eux-mêmes, et ce, en dehors du cadre processuel existant. Les instruments harmonisés par la directive 2014/104 traduisent *a priori* la volonté des institutions de l'Union non d'amoindrir, mais bien de renforcer le développement des actions privées. Pour autant, il est communément admis que ceux-ci se révèlent insuffisants pour assurer leur déploiement dans leur rôle de complément à la mise en œuvre des règles¹⁶⁸³. Or, la portée, déjà faible, desdits instruments se trouve d'autant plus

¹⁶⁸² Sur une première illustration de l'impact des préceptes de l'analyse économique du droit sur la Cour suprême : Cf. *supra*, §438 et §593. Pour un rappel des critiques les plus fréquentes : des *class actions* devenues « *out of control* », un système qui incite plutôt les victimes à rechercher le profit plutôt que les considérations d'intérêt général, etc. Pour les auteurs les plus critiques, allant jusqu'à promouvoir l'abolition des actions privées, v. not. : K. G. ELZINGA, W. BREIT, « Private Antitrust Enforcement : The New Learning », *J. L. & Econ.*, 1985, vol. 28, p. 405 ; « Antitrust Enforcement and Economic Efficiency : The Uneasy Case for Treble Damages », *J. L. & Econ.*, 1974, vol. 17, p. 329 ; A. D. AUSTIN, « Negative Effects of Treble Damage Actions : Reflections on the New Antitrust Strategy », *Duke L. J.*, 1978, pp. 1353-1372.

¹⁶⁸³ Il ne s'agit pas de nier que l'on assiste à un développement des actions privées en réparation. Les données et études empiriques dont on dispose montre un certain essor du contentieux et notamment, et de manière assez paradoxale, de celui du contentieux autonome en France (R. AMARO, *Les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aspects internationaux : juridiction compétente, loi applicable (droit international privé européen)*, préc., spéc., pts 12-16). Pour autant, il faut l'admettre, cet état des lieux ne témoigne pas d'un réel bouleversement en faveur d'un rôle accru des personnes privées, constat en lui-même peu surprenant compte tenu des textes et de la conception du *private enforcement* dans l'Union. Sur ce point : cf. *supra* Partie 1.

atténuée par le développement en pratique d'ajustements, voire d'innovations, censés en combler les lacunes. (*Section 2*).

SECTION 1 – Le resserrement des voies contentieuses par la Cour suprême aux États-Unis

654. Contrairement aux législateurs européen et français, il semble difficile de reprocher au législateur américain sa frilosité vis-à-vis des mécanismes de *private enforcement*. Les instruments procéduraux consacrés en droit positif (*discovery*, *contingency fee*, *treble damages*, *class action* et plus encore le système d'*opt-out*...) sont en effet directement placés au service de la mobilisation des personnes privées et, plus précisément, de la finalité normative de leur action¹⁶⁸⁴. Toutefois, les choix jurisprudentiels opérés par la Cour suprême à partir des années 1980 ont conduit à remettre en cause leur efficacité pourtant supposée *a priori*. Peu analysée par la doctrine européeniste¹⁶⁸⁵, cette politique jurisprudentielle, non spécifique au domaine *antitrust*, a été largement analysée aux États-Unis comme traduisant un mouvement général en faveur d'une restriction des actions privées¹⁶⁸⁶. Dans la présente démonstration, cette prise de position du juge témoigne surtout d'une neutralisation des instruments procéduraux censés garantir le *private enforcement*. La procédure de *discovery* et les *treble damages* d'une part, et la procédure de *class action* d'autre part, ont en effet vu leur portée considérablement réduite par l'effet d'une interprétation stricte, voire d'une relecture prétorienne, des règles fédérales de procédure civile (*Federal rules of civil procedure*, ci-après *FRCP*)¹⁶⁸⁷. Pour mieux saisir les manifestations concrètes de ce phénomène, on distinguera les obstacles procéduraux généraux à l'action privée (§1) de ceux plus spécifiques aux *class actions* (§2).

¹⁶⁸⁴ Cf. *supra*, §313 et s.

¹⁶⁸⁵ Constat que l'on peut regretter à l'heure où l'Union européenne a souhaité se doter d'instruments au service du développement des actions privées. Ce phénomène américain aurait, plus précisément, pu susciter la réflexion quant à l'opportunité ou, plus modestement, aux modalités de mise en œuvre du « *private enforcement* ». F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », *RLC*, 2015/43, n°2770. En revanche, ce phénomène ne semble pas totalement ignoré des praticiens. V. en ce sens : A. E. BASS, P. D. CAMESASCA, « The direction of European competition litigation : Lessons from the U.S. experience » in A. CHONE-GRIMALDI et al., « Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE », *Concurrences*, n° 3-2015, p. 35 : les deux avocats notent que les évolutions américaines consistant à un renforcement des droits de la défense peuvent être une source d'inspiration pour les défenseurs à une action dans l'UE.

¹⁶⁸⁶ Sur ce point, dans une perspective générale : J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc. ; S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc.

¹⁶⁸⁷ Pour un aperçu général des différentes étapes en procédure civile fédérale : cf. *infra* Annexe 1.

§ 1 – Le renforcement des moyens de défense au détriment du demandeur

655. Contrairement à l'opinion répandue en Europe, souvent focalisée sur le montant de la réparation accordé à la victime, l'action privée *antitrust* est un parcours long et semé d'obstacles¹⁶⁸⁸. Les règles fédérales de procédure civile imposent en effet d'établir la juridiction compétente, la loi applicable, avant d'accéder à l'étape du « *pleading* » puis de la « *discovery* »¹⁶⁸⁹. Ce n'est qu'une fois qu'il a passé ces étapes que le requérant peut voir sa cause entendue par un tribunal¹⁶⁹⁰. La tenue du procès est dès lors subordonnée à l'absence de moyen de défense accordé au défendeur au cours de la procédure¹⁶⁹¹. Si le requérant doit amener les preuves de ses prétentions, le défendeur dispose lui aussi de moyens procéduraux qui lui permettent de réagir à l'action intentée contre lui. Comme en procédure civile française, les règles fédérales distinguent la fin de non-recevoir (*motion to dismiss*) de la défense au fond (*summary judgment*). Mais si ces deux procédés attirent l'attention dans le cadre de la présente démonstration, c'est parce qu'ils ont précisément contribué au processus de neutralisation du *private enforcement* – et plus précisément de ses instruments – orchestré par la Cour suprême. D'une part, l'acceptation facilitée des fins de non-recevoir du défendeur a eu pour effet de restreindre l'accès à la procédure de *discovery* pour le requérant (A). D'autre part, la facilitée d'une reconnaissance du caractère non fondé de la demande est de nature à réduire les chances du requérant d'accéder au procès, et donc à l'obtention potentielle des *treble damages* (B).

A) Les fins de non-recevoir : le risque de *motion to dismiss* barrière à la *discovery*

656. Le cadre général. Confronté à un potentiel litige *antitrust*, le défendeur va dans un premier temps tenter d'utiliser les outils procéduraux lui permettant d'éviter l'étape de la *discovery*. Au début de la procédure, il peut ainsi invoquer une fin de non-recevoir (*motion to dismiss*) prévue par la Règle 12 (b). Sans examen au fond, le défendeur vise à faire déclarer la demande du requérant irrecevable en contestant notamment son bien-fondé

¹⁶⁸⁸ A. A. FOER, R. M. STUTZ, dir., *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., spéc., p. 4.

¹⁶⁸⁹ Pour une présentation détaillée des étapes de la procédure civile : J. M. GOLVER, H. M. ERICHSON, *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 2021 ; M. KAY KANE, *Civil Procedure*, West Academic, 8th ed., 2018.

¹⁶⁹⁰ En substance, les manuels de procédure civile américains présentent le schéma procédural (« *the litigation process* ») de la manière suivante : (1) *claims, parties, and forum* (2) *Pleadings* (3) *motion to dismiss* (4) *Discovery* (5) *Summary Judgment* (6) *Trial* (7) *Post-Trial Motions* (8) *Appeal* (J. M. GOLVER, H. M. ERICHSON, *Civil Procedure*, préc. p. xi).

¹⁶⁹¹ Pour une présentation en droit français cf. C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc.

(Règle 12 b 6)¹⁶⁹². En se fondant sur les conclusions de ce dernier (examen de l'*adequacy of pleading*), il va alors essayer de prouver que le requérant n'a pas établi son intérêt à agir (établissement du *standing*)¹⁶⁹³. Jusqu'en 2007, la Cour suprême a adopté une approche plutôt favorable au requérant à ce stade de la procédure. Selon l'arrêt *Conley v. Gibson* de 1957¹⁶⁹⁴, une demande ne peut être déclarée non fondée (« *failure to state a cause of action* ») à moins d'établir qu'« *il n'existe aucun élément de fait susceptible de justifier la capacité du demandeur à apporter un faisceau d'indices au soutien de sa demande* »¹⁶⁹⁵. Cet arrêt de la Cour suprême a été la règle pendant près de cinquante ans en procédure civile américaine. Toutefois, cette solution a été renversée par la Cour suprême dans l'affaire *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*¹⁶⁹⁶. Bien que cet arrêt concerne précisément une affaire de concurrence, sa portée a largement dépassé le champ *antitrust* pour s'étendre aux autres matières¹⁶⁹⁷ et ainsi devenir la règle régissant la procédure devant les juridictions fédérales¹⁶⁹⁸.

657. Le revirement de l'arrêt *Twombly* (2007). Dans cette affaire, des plaignants suspectent une répartition de marchés géographiques entre plusieurs entreprises de services locaux de téléphonie et d'internet. Pour comprendre la portée de l'affaire, il convient, à titre liminaire, de rappeler quelques éléments de contexte¹⁶⁹⁹. Après le démantèlement du monopole de l'opérateur *AT&T* en 1982, le secteur de la téléphonie locale a fait l'objet d'une réglementation avec l'adoption du *Telecommunications Act* de 1996¹⁷⁰⁰. Ce dernier a eu vocation à stimuler la concurrence dans le but d'assurer aux consommateurs un large choix de services et de gammes de prix. Pour cela, le texte interdit aux sept opérateurs locaux de téléphonie en place sur le

¹⁶⁹² On peut préciser que d'autres motifs peuvent être soulevés, tels que l'erreur dans le choix de la juridiction, « *improper venue* », mais ceux-là intéressent peu notre étude. Pour plus de détail v. not. : D. CLARK, T. ANSAY, (dir.), *Introduction to the Law of the United States*, 2nd ed. 2002, pp. 392 et s.

¹⁶⁹³ C'est en effet au cours de cette phase (entre la plainte et la *discovery*) que se joue la détermination du *standing*. C'est également la conception retenue en droit français : l'une des hypothèses classiques de fins de non-recevoir est celle du défaut de qualité ou d'intérêt à agir. V. sur ce point : C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc., spéc. p. 302.

¹⁶⁹⁴ *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957).

¹⁶⁹⁵ *Ibid.* (« *no set of facts would entitle the plaintiff to relief* »).

¹⁶⁹⁶ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

¹⁶⁹⁷ En 2009, dans l'affaire *Ashcroft v. Iqbal*, la Cour suprême a confirmé que la solution *Twombly* a vocation à s'appliquer également aux actions qui ne relèvent pas de la matière *antitrust*. Elle est simplement venue apporter une clarification en énonçant que « *plausibility standard is not akin to a probability requirement, but it asks for more than a sheer possibility that the defendant has acted unlawfully* » (*Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662, 2009).

¹⁶⁹⁸ Cette solution n'a pas été remise en question depuis. Pour sa place dans les manuels les plus récents de procédure civile : J. M. GLOVER, H. M. ERICHSON, *Civil Procedure*, préc., spéc. p. 46.

¹⁶⁹⁹ Pour une présentation plus détaillée : E. D. CAVANAGH, « *Twombly: The Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain Future of Private Antitrust Enforcement* », *The Rev. of Litigation*, 2008, vol. 28 (1), pp. 1-33, spéc., pp. 2-6.

¹⁷⁰⁰ *The Telecommunications Act*, 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56.

marché depuis le démantèlement d'*AT&T* – de discriminer les concurrents qui souhaiteraient opérer sur lesdits territoires. Plus précisément, lesdits opérateurs locaux doivent assurer aux nouveaux entrants l'accès aux infrastructures afin qu'ils puissent, eux aussi, offrir des services de téléphonie. Toutefois, la structure de ce marché a évolué au fil du temps : les opérateurs de téléphonie ont eu tendance à se regrouper par le biais de diverses fusions-acquisitions. C'est dans ce contexte que des plaignants ont considéré que les quatre opérateurs contrôlent désormais 90 % du marché de services de téléphonie locale dans 48 États.

658. Regroupés en *class action*, les requérants (des abonnés auxdits services des sociétés) ont allégué que lesdites entreprises se sont entendues non seulement pour exclure d'autres potentiels concurrents locaux, mais aussi pour ne pas opérer sur leur territoire respectif. En ce sens, la plainte reproche deux comportements aux opérateurs en place sur le marché de la téléphonie¹⁷⁰¹. D'une part, un comportement parallèle entre les fournisseurs visant à entraver l'accès aux nouveaux arrivants. D'autre part, une répartition géographique des marchés consistant à éviter précautionneusement de pénétrer sur leur territoire respectif. Par la tenue de réunions et par des échanges d'informations, ils se seraient rendus coupables d'une entente illégale (*unlawful conspiracy*) au sens de la *Section 1* du *Sherman Act*.

659. Pour leur défense, les opérateurs attaqués ont invoqué une *motion to dismiss*. Celle-ci a d'abord été accordée en première instance par la Cour du *District* de New York qui a considéré que l'allégation de comportement parallèle entre opérateurs est insuffisante pour étayer une plainte pour entente. À ce stade, le juge ne s'est pas interrogé sur les raisons pouvant expliquer l'absence de nouveaux entrants sur les territoires des opérateurs en cause. Mais cette solution a ensuite été renversée par la cour d'appel (*Second Circuit Court*). Contrairement au jugement de première instance, cette dernière a considéré que les éléments de fait apportés par les requérants étaient suffisants pour faire droit à la demande¹⁷⁰². Selon la cour d'appel, la solution de première instance revient à exiger des requérants qu'ils apportent des éléments qui vont « *au-delà de ce qui est requis par les règles de procédures civiles fédérales* » : les allégations auraient précisément vocation à être vérifiées dans le cadre de la procédure de *discovery*.

660. La solution de la Cour Suprême, la consécration prétorienne du « plausibility standard ». Pourtant, la Cour Suprême, à une majorité de 7 juges à 2, a validé l'appréciation du juge de première instance. Selon elle, le rejet de la plainte du requérant est justifié puisque

¹⁷⁰¹ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, préc., pt 1962.

¹⁷⁰² 425 F3d 99 (2d Cir. 2005).

celle-ci ne contient aucun élément prouvant une potentielle entente¹⁷⁰³. La Cour considère qu'un parallélisme de comportement, même conscient, ne constitue pas forcément une entente interdite¹⁷⁰⁴. La demande doit donc être rejetée, car les parties n'ont pas fourni d'éléments factuels pouvant démontrer qu'un accord entre les opérateurs en cause avait bien été à l'origine du comportement attaqué. En cela, la Cour craignait que si un comportement parallèle était suffisant pour être invoqué dans le cadre d'une action privée, il en résulte qu'« *alléguer une violation à la Section 1 à l'encontre de n'importe quel groupe d'entreprises concurrentes serait une chose certaine* »¹⁷⁰⁵. Bien que la Cour se défende d'imposer une exigence de probabilité au stade du dépôt de plainte, sa solution revient incontestablement à relever le niveau de standard de la preuve des ententes anticoncurrentielles dans le cadre d'une action privée en exigeant des requérants qu'ils « *(présentent) suffisamment de faits susceptibles d'entraîner un espoir raisonnable que la discovery permettra de révéler la preuve d'un accord illégal* »¹⁷⁰⁶. Le juge SOUTER, s'exprimant pour la Cour, conclut dans cette affaire que les demandeurs « *(n'ayant) pas assez clairement situé les éléments de leur requête entre le concevable et le vraisemblable, leur plainte doit être rejetée* »¹⁷⁰⁷.

661. Portée et conséquences sur l'accès à la *discovery*. Du point de vue des règles substantielles, il n'y a, *a priori*, rien de fondamentalement nouveau dans l'analyse de la Cour concernant ce qui est requis pour établir une entente en violation de la *Section 1* du *Sherman Act*. D'une part, la Cour suprême a énoncé dès l'arrêt *Brooke Group* de 1993 qu'un parallélisme de comportement, même conscient, ne cause pas nécessairement un problème de concurrence¹⁷⁰⁸. D'autre part, trois ans plus tôt, la Cour a déjà donné raison aux défendeurs opérant également dans le secteur des télécommunications et faisant l'objet d'une forte régulation sectorielle¹⁷⁰⁹. Si, comme le souligne François SOUTY, cette solution est le signe de

¹⁷⁰³ *Ibid.* (« *nothing contained in the complaint invests either the action or inaction alleged with a plausible suggestion of conspiracy* »).

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, pt. 556 (« *there is no reason to infer that the companies had agreed among themselves to do what was only natural anyway* »).

¹⁷⁰⁵ *Ibid.* (« *pleading a §1 violation against almost any group of competing businesses would be a sure thing* »).

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ Traduction F. SOUTY, F. DAUDRET-JOHN, « The US Supreme Court imposes stricter standard of proof for antitrust class action (Bell Atlantic/William Twombly) », *Concurrences*, 2007, n° 4, pp. 155-157 (« *Because the plaintiffs here have not nudged their claims across the lines from conceivable to plausible, their complaint must be dismissed* »).

¹⁷⁰⁸ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), pt 227. Pour une solution similaire en droit de l'Union, v. l'affaire dite « Pâte de bois » dans laquelle la Cour de justice a considéré qu'un parallélisme de comportement ne suffit pas (CJCE, 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, aff. C-89/85).

¹⁷⁰⁹ V. l'affaire *Trinko* V. en ce sens F. DAUDRET-JOHN, F. SOUTY, « Infrastructures essentielles et effet de levier : Arrêt de principe de la Cour suprême américaine (Trinko) », *Concurrences*, 1-2004, pp. 97-102.

divergences d'appréciation quant au droit matériel de la concurrence¹⁷¹⁰, nous restreignons ici notre analyse aux aspects procéduraux de la solution *Twombly*, notamment sur ses conséquences sur la *discovery*.

662. D'un point de vue procédural, la solution est particulièrement novatrice. Certes, au regard des conditions exigées par la Cour pour établir une entente sur le fondement du *Sherman Act*, il peut être concédé que, même dans l'hypothèse où la *motion to dismiss* n'aurait pas été rejetée, les requérants n'auraient pas obtenu gain de cause. Il est en effet fort possible que les éléments révélés par la procédure de *discovery* auraient été insuffisants pour satisfaire les exigences nécessaires à l'établissement de ladite *conspiracy*¹⁷¹¹. Cependant, l'innovation de cette solution de la Cour suprême réside dans le choix de déplacer la question à cette étape liminaire de la procédure, c'est-à-dire au moment de la *motion to dismiss* et, par conséquent, avant que le requérant ait eu l'opportunité de conduire une *discovery*¹⁷¹². Or, ce déplacement remet largement en cause le précédent *Conley*, vieux d'un demi-siècle en matière de procédure civile, selon lequel le rejet de la plainte est limité aux seules hypothèses d'absence totale d'élément factuel au stade du dépôt de plainte (« *no set of facts* »¹⁷¹³). Au contraire, le nouveau standard de la « *plausibilité* » peut permettre de rejeter des affaires sur la base des faits invoqués dans la plainte (*pleading*), ce qui revient à refuser aux requérants l'opportunité d'utiliser la procédure de *discovery*.

663. Certes, ce risque peut trouver une atténuation en pratique dans la formulation et le contenu de la plainte. Le juge POSNER a invité les requérants à justifier, dès l'introduction de leur demande, des motifs permettant d'établir la preuve de l'infraction¹⁷¹⁴. Ce recours à une forme de « faisceau d'indices » a ainsi pour but d'encourager les requérants à intégrer un maximum d'éléments dans leur plainte soit, en alléguant la pratique du défendeur soit, au moins, en justifiant que le recours à la *discovery* constitue un espoir raisonnable pour mettre en évidence la pratique illégale. Selon lui, ils maximisent ainsi leurs chances de voir rejeter la demande de fin de non-recevoir du défendeur. Si cette solution a trouvé une concrétisation dans la position

¹⁷¹⁰ F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit *antitrust* des États-Unis », *RLC* 2015/43, n° 2770, p. 6.

¹⁷¹¹ Sur ce point : L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 812.

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ *Conley*, préc., pt 45-46.

¹⁷¹⁴ Plus particulièrement en matière d'entente (*conspiracy*), les requérants peuvent s'appuyer dès ce stade de la procédure sur des « *circumstantial evidence* » qu'il a désigné comme des « *plus factors* ». V. sur ce point : L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 812.

d'une juridiction fédérale¹⁷¹⁵, elle n'a pas été officiellement consacrée par la Cour suprême. La solution *Twombly* reste, encore à ce jour, la règle en procédure civile.

664. Approche critique de la solution *Twombly*. Par la consécration de ce « *plausibility standard* », la Cour suprême facilite incontestablement la possibilité pour les défendeurs de mettre un terme aux poursuites dès le début d'une procédure. Elle a pour cela expressément invoqué des motifs pragmatiques au soutien de la consécration de ce « *plausibility standard* » : il s'agit d'une part, d'endiguer les recours infondés, voire abusifs, et d'autre part, de limiter les coûts exorbitants de la *discovery*. En ce sens, certains observateurs ont pu percevoir dans cette décision un encadrement bienvenu permettant de limiter les actions abusives qui encombrant le prétoire, mais aussi constituent un coût pour le défendeur¹⁷¹⁶. Il s'agirait, en cela, d'une concrétisation de l'article de Milton HANDLER rédigé quarante ans plus tôt¹⁷¹⁷ dans lequel il a sévèrement critiqué la large ouverture du prétoire aux victimes, permise par l'accès facilité à la *discovery*, le rejet systématique des moyens de défense des défendeurs, les certifications automatiques des *class actions*, etc. Selon lui, il en a résulté une forme de « chantage légal » (« *legal blackmail* ») et des coûts exorbitants de procédure engagés par le défendeur dans les procès civils.

665. Pour autant, dans le cadre de notre démonstration, il n'en demeure pas moins que, pour reprendre les propos de François SOUTY, « *Twombly, a signalé aux opérateurs économiques que le droit antitrust deviendrait de plus en plus difficile à mettre en œuvre pour les parties privées, victimes de pratiques antitrust* »¹⁷¹⁸. Loin d'être propre aux actions *antitrust*, cette solution amorce en effet un mouvement général en faveur d'une restriction des actions

¹⁷¹⁵ Trois ans après la décision *Twombly*, la 7th Circuit Court a apporté une atténuation à cette solution dans l'arrêt *In re Text Messaging Antitrust Litigation* (630 F. 3d 622, 7th Cir. 2010) dans lequel siégeait le juge Richard POSNER. Dans cette affaire, le requérant a évoqué la possible « *collusion* » entre quatre entreprises de service de messagerie. Celles-ci sont accusées d'une part, de contrôler 90% du marché, un critère qui pourrait laisser penser à l'existence d'une entente (*collusive behaviour*), et d'autre part, d'entretenir des liens entre elles à partir d'un conseil de direction (« *leadership council* »). À ce stade, aucun élément ne permet de distinguer cette plainte de celle portée dans l'affaire *Twombly*. Toutefois, le requérant a ajouté un certain nombre d'éléments supplémentaires dans sa plainte. Il avait par exemple énoncé que « *all at once the defendants changed their pricing structures, which were heterogeneous and complex, to a uniform pricing structure, and the simultaneously jacked up their prices by a third* » p. 628. Selon lui, il est peu plausible (*implausible*) que les différents comportements qu'il a pris soin de mentionner aient pu avoir lieu sans un accord entre les défendeurs. Faisant référence à ces allégations, la juridiction saisie a décidé que la demande de fin de non-recevoir (« *motion to dismiss* ») de la part du défendeur devait être rejetée. Le requérant pouvait ainsi avoir accès ici à la *discovery*.

¹⁷¹⁶ R. E. DONOVAN, « Supreme Court's *Twombly* Decision should Benefit Defendants in many commercial cases », *The Metropolitan Corporate Counsel*, 2007, p. 21.

¹⁷¹⁷ M. HANDLER, « The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits- The Twenty-Third Annual Antitrust Review », *Colum. L. Rev.*, 1971, vol. 71, pp. 9-12.

¹⁷¹⁸ F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit *antitrust* des États-Unis », *RLC*, 2015/43, n° 2770.

privées¹⁷¹⁹. Cette révision par la Cour suprême de son interprétation des règles fédérales de procédure civile a été vivement critiquée en doctrine. Un auteur américain voit dans cette solution un détournement de la consécration du droit d'action par la Cour suprême, désormais perçu avec scepticisme¹⁷²⁰. Selon lui, la consécration de ce « *plausibility standard* » – consistant à encourager les juridictions fédérales à rejeter les recours à cette phase de la procédure – ne trouve qu'une explication pratique : permettre d'éviter le coût de la *discovery* pouvant atteindre jusqu'à 1 million de dollars pour le défendeur¹⁷²¹. Or, cette prise en considération soulève des enjeux juridiques concrets¹⁷²². D'une part, elle permet une remise en cause de la conception littérale de la demande en justice (*pleading*). À travers cette relecture des règles de procédure par l'exigence de « plausibilité »¹⁷²³, la charge de la preuve se trouve alourdie pour le plaignant dès le dépôt de plainte. D'autre part, et surtout, cette solution marque la réorientation du contentieux en faveur des défendeurs. Car, en durcissant l'accès à la *discovery*, la Cour leur permet de mettre fin aux poursuites, et ce, dès le début de la procédure. D'ailleurs, dans l'hypothèse où il s'est vu refuser sa demande de fin de non-recevoir (*motion to dismiss*), le défendeur n'est pas encore démuné de moyens de défense à ce stade de la procédure. Si les règles fédérales de procédure civile permettent classiquement au défendeur de demander une *motion for summary judgment*, sa tâche s'est vue facilitée par la Cour suprême dans le prolongement de ce processus de neutralisation. Celui-ci se poursuit en effet au travers du renforcement des obstacles pour accéder au procès, et donc, à l'obtention des *treble damages*.

B) La défense au fond : le risque de *motion for summary judgement*, barrière au procès

666. Principe et fondement. Si le défendeur n'a pas réussi à démontrer l'absence de *standing* du requérant, sa deuxième option de défense consiste à demander au juge une *motion for summary judgment*¹⁷²⁴. Ce procédé constitue un moyen de défense au fond en ce qu'il tend à

¹⁷¹⁹ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc. ; S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc.

¹⁷²⁰ E. D. CAVANAGH, « The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American experience », *Loyola U. Chicago L. J.*, 2010, vol. 41, p. 637.

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² Sur les trois impacts de la solution *Twombly* : E. D. CAVANAGH, « *Twombly*: The Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain Future of Private Antitrust Enforcement », *Rev. Litig.*, 2008, vol. 28 (1), pp. 28-30.

¹⁷²³ *Ibid.* À propos du sens à donner au terme « plausible » : « *the courts are still trying to decode the cryptic term "plausible" a task that will likely take years* ».

¹⁷²⁴ Ce moyen de défense est prévu par la Règle 56 (c) FRCP.

contester le mérite ou le bien-fondé de la prétention de l'adversaire¹⁷²⁵. Plus précisément, il permet au défendeur de contester sa responsabilité, même après la procédure de *discovery*, et ainsi, d'éviter le procès¹⁷²⁶. En d'autres termes, le jugement est garanti si et seulement si, sur le fondement des demandes écrites du requérant (*pleadings*) et des résultats de la *discovery*, il n'existe aucun doute quant au fait que la partie requérante a droit à un jugement¹⁷²⁷. Cette règle prévoit *a priori* un standard unique applicable à tout type de procédures.

667. Une appréciation initialement souple. Des années 1930 jusqu'aux années 1970, les juges ont eu tendance à adopter une appréciation assez souple de cette règle. En substance, celle-ci reposait sur l'idée qu'à ce stade, le requérant pouvait avoir recours à des preuves par présomption, car la « vérité » serait définitivement « révélée » au moment du procès¹⁷²⁸. En matière *antitrust*, les requérants ont ainsi bénéficié d'une protection particulière contre les demandes du défendeur de *summary judgment* dans l'objectif particulier d'assurer la détection des pratiques et, notamment, des ententes secrètes. À titre d'illustration, dans l'arrêt *Poller v. Columbia Broadcasting System. Inc.*¹⁷²⁹, la Cour suprême a adopté une conception favorable au requérant en considérant que la crédibilité de sa requête, visant à rendre responsable le défendeur, serait appréciée et évaluée au moment du jugement¹⁷³⁰. Dans son opinion dissidente, le juge HARLAN y voyait un risque d'émergence d'actions potentiellement abusives. Ayant défendu des entreprises dans le cadre de litiges *antitrust* avant d'être nommé à la Cour, celui-ci considérait que cette affaire correspondait au cas dans lequel le préjudice résultait d'un « *normal business hazards* » et qu'il visait uniquement à faire profiter le requérant des *treble damages*¹⁷³¹. Selon certains auteurs, des tribunaux inférieurs montraient également des signes d'insistance pour l'exigence de preuve directe pour démontrer l'existence des

¹⁷²⁵ Pour un rapprochement avec la défense au fond en droit français : C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, préc. p. 294.

¹⁷²⁶ Règle 56 (c) des FRCP.

¹⁷²⁷ V. sur ce point la note issue de l'*Advisory Committee on Rules* de 1937 qui énonce que « *(s)ummary judgment procedure is a method for promptly disposing of actions in which there is no genuine issue as to any material fact* ».

¹⁷²⁸ Les termes sont volontairement mis entre guillemet pour souligner qu'il fait référence à la conception traditionnelle du système judiciaire américaine dans laquelle la notion de vérité à une place importante. La justice et donc l'ensemble de la procédure, sont placées au service de la recherche de la vérité.

¹⁷²⁹ *Poller v. Columbia Broadcasting System. Inc.*, 368 U.S. 464 (1962).

¹⁷³⁰ *Ibid.* (« *summary procedure should be used sparingly in complex antitrust litigation where motive and intent play leading roles, the proof is largely in the hands of the alleged conspirators, and hostile witnesses thicken the plot* »).

¹⁷³¹ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., pt 474.

ententes¹⁷³². Si cette position n'a pas été suivie dans cette affaire, celle-ci a trouvé un écho vingt ans plus tard.

668. L'exigence jurisprudentielle d'un haut standard de preuve. À partir du début des années 1980, les tribunaux ont en effet adopté une approche beaucoup plus exigeante de la recevabilité de la preuve des ententes à ce stade de la procédure. Pour certains, ce courant jurisprudentiel s'explique directement par la volonté des juges de rechercher des moyens de réduire le nombre de procès¹⁷³³. Des études empiriques montrent d'ailleurs qu'à cette période, le nombre de *summary judgments* accordé au défendeur a ainsi considérablement augmenté¹⁷³⁴. Mais cette tendance a été largement accentuée par la solution de la Cour suprême dans l'arrêt *Matsushita Electric Industrial Co v Zenith Radio Corp* de 1986¹⁷³⁵.

669. L'arrêt *Matsushita Electric Industrial Co v Zenith Radio Corp*. Dans cette affaire, des producteurs japonais de téléviseurs sont accusés d'une entente (*conspiracy*) par des entreprises américaines opérant sur le même marché. Selon les requérantes, la pratique illicite des défendeurs consiste à fixer et maintenir des prix élevés sur le marché japonais afin de procéder à une stratégie de prix prédateurs sur le marché américain, grâce aux profits préalablement dégagés. Cette stratégie a vocation à évincer, à plus ou moins long terme, les opérateurs du marché américain afin que les entreprises japonaises puissent pratiquer des prix supérieurs à ceux du marché. Pour comprendre la solution de la Cour, il faut garder à l'esprit la spécificité de cette affaire qui résulte de l'objectif poursuivi par l'entente : les requérants allèguent une entente qui a précisément pour finalité de fixer des prix bas et non, conformément aux hypothèses plus classiques, des prix fixés à la hausse.

670. C'est dans ce contexte que la Cour suprême a considéré qu'une entente basée sur une stratégie de prix bas est peu probable et « *par nature spéculative* » puisqu'elle ne ressemble pas à un comportement rationnel. Selon elle, le contexte économique de l'espèce rend grandement improbable l'existence de l'entente entre les opérateurs japonais. En ce sens, les juges énoncent que le *summary judgment* devait être accordé en faveur du défendeur : la demande du requérant

¹⁷³² R. A. POSNER, F. EASTERBROOKE, *Antitrust, Cases, Economics and Notes*, West Publishing, 2nd ed., 2002, pp. 596-598.

¹⁷³³ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 814.

¹⁷³⁴ S. CALKINS, « Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System », *Geo. L. J.*, 1986, vol. 74, p. 1065, spéc. pp. 1120-1122.

¹⁷³⁵ *Matsushita Electric Industrial Co v Zenith Radio Corp* 475 U.S. 774 (1986).

a « *peu de sens économiquement* », ce qui la rend en l'état « *peu plausible* » et lui impose ainsi d'apporter des « *preuves plus convaincantes* » à l'appui de sa demande¹⁷³⁶.

671. Outre son contexte particulier, cette affaire a eu pour conséquence de modifier la théorie générale de la preuve d'une pratique en exigeant un plus haut standard au requérant. Par cette solution, la Cour suprême exige désormais— en l'absence de preuve directe de l'infraction — que le requérant apporte des preuves d'une qualité renforcée, économiquement plausibles, et donc susceptibles de constituer une explication probable des comportements reprochés¹⁷³⁷.

672. Portée de cette évolution jurisprudentielle. Pour l'ensemble de la doctrine, cette solution marque l'influence des théories de l'École de Chicago, rétive à l'interventionnisme du gouvernement et des requérants privés, sur les juges de la Cour suprême à cette période¹⁷³⁸. Dans son examen de la requête, la Cour a en effet utilisé une théorie économique directement issue du modèle de Chicago pour déterminer la crédibilité de la requête¹⁷³⁹. Plus précisément, celle-ci consiste à considérer que la théorie des prix prédateurs est, par essence, incohérente et peu fondée. Or, c'est précisément ce postulat qui a suscité des controverses autour de cette affaire¹⁷⁴⁰. Pour une partie des observateurs, la *deductive theory* — prônée par les partisans de Chicago et basée sur le présupposé de « l'homme rationnel » — décrit des tendances ou des possibilités, mais n'explique pas avec certitude ce qui est effectivement arrivé dans une situation passée¹⁷⁴¹. Ainsi, lorsqu'il existe plusieurs indices contradictoires, cette théorie ne justifie pas toujours que l'affaire doive être soustraite à l'examen devant un jury. D'ailleurs, l'expert économique convoqué par le requérant *Matsushita* avait mis en avant des éléments qui avaient convaincu la Cour d'appel de la crédibilité de la responsabilité du défendeur.

¹⁷³⁶ *Ibid.* (« *makes no economic sense, is implausible and requires inferences to be drawn from ambiguous evidence, or where the evidence does not tend to exclude the possibility that the defendant acted lawfully* »).

¹⁷³⁷ Des auteurs ont mis en évidence que cette solution a été perçue par les cours inférieures comme une obligation de rejeter les affaires qui ne s'appuyaient pas sur une théorie économique cohérente. S. S. DE SANTI, W. E. KOVACIC, « *Matsushita: Its Construction and Application by the Lower Courts* », *Antitrust L. J.*, 1991, vol. 59, pp. 635-653.

¹⁷³⁸ H. HOVENKAMP, « *Post Chicago : A Review and Critique* », *Columbia Business L. Rev.*, 2001, p. 276. Le constat de cette influence n'a jamais été remis en cause comme en témoigne la littérature plus récente : L. KHAN, « *Amazon's Antitrust Paradox* », *Yale L. J.*, 2017, vol. 126, pp. 710- 805, spéc. p. 727.

¹⁷³⁹ La Cour a largement fondé son approche restrictive des prix prédateurs sur l'ouvrage de Robert BORK précité ainsi que sur l'article des professeurs P. AREEDA et D. TURNER (P. AREEDA, D. TURNER, « *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act* », *Harv. L. Rev.*, 1975, vol. 88, p. 697).

¹⁷⁴⁰ Pour une présentation : L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 815.

¹⁷⁴¹ Certains commentateurs avaient ainsi soutenu l'hypothèse des prix prédateurs défendue par le requérant : H. FIRST, « *An Antitrust Remedy For international Price Predation : Lessons From Zenith v. Matsushita* », *Rim L. J.*, 1995, p. 211.

Cependant, en se référant expressément à l'ouvrage de Robert BORK, « *The Antitrust Paradox* »¹⁷⁴², il existait selon le juge POWELL « *un consensus parmi les commentateurs selon lequel les systèmes de prix prédateurs sont rarement tentés et encore plus rarement couronnés de succès* »¹⁷⁴³. Il estimait ainsi que l'opinion de l'expert « *a peu de valeur probante* » en comparaison du « *modèle économique déductif des prix prédateurs* »¹⁷⁴⁴.

673. Certes, le choix de refuser l'analyse de l'expert pouvait, selon certains, se justifier afin d'éviter une forme d'arbitraire de la part des tribunaux qui seraient à même de choisir entre différentes théories pour accepter le moyen de défense du défendeur¹⁷⁴⁵. Cependant, l'acceptation d'une théorie économique faisant consensus ne doit pas pour autant rendre impossible une théorie alternative pouvant se justifier.

674. En résumé, en validant les thèses défendues par l'analyse économique de l'École de Chicago, cet arrêt a contribué à augmenter les chances du défendeur de se voir accorder un *summary judgment* et ainsi, éviter le procès et le versement des *treble damages*. Ce courant, particulièrement préjudiciable pour les victimes de pratiques *antitrust*, s'est d'autant plus amplifié par l'appréciation de cette solution par les cours fédérales inférieures. Ces dernières ont en effet eu tendance à oublier le contexte particulier de l'affaire (une entente qui aboutit à la baisse des prix) au profit d'une application très large de la solution *Matsushita*, revenant à exiger un très haut standard de preuves de l'infraction à ce stade de la procédure¹⁷⁴⁶.

675. Les doutes postérieurs quant au niveau exigé. La jurisprudence postérieure de la Cour suprême est pour le moins contradictoire quant à l'appréciation à tirer de sa solution *Matsushita* de 1986.

Certes, la Cour suprême a d'abord semblé expressément contredire sa première analyse dans l'affaire *Eastman Kodak* de 1992¹⁷⁴⁷. En l'espèce, le requérant invoquait une tentative de

¹⁷⁴² R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself*, 1978. Au §589 de l'arrêt la Cour énonce que : « *As [Bork's work] shows, the success of such schemes is inherently uncertain: the short-run loss is definite, but the long-run gain depends on successfully neutralizing the competition* ».

¹⁷⁴³ *Matsushita Electric Industrial Co v Zeinth Radio Corp*, préc., pt 589 (« *a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful* »).

¹⁷⁴⁴ *Ibid.* (« *has little probative value {in comparaison with} the deductive economic model of predatory pricing* »).

¹⁷⁴⁵ Les juges des *district courts* ont des moyens limités pour mettre en place une expertise économique approfondie. L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 815.

¹⁷⁴⁶ Cela revenait plus précisément pour les juges à exiger des preuves directes, et non plus seulement indirectes, de l'infraction. Pour des exemples, voir les jurisprudences citées par J.-C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américains et européens*, préc., pp 77-78.

¹⁷⁴⁷ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

monopole (« *and an unlawful tie-in* ») de la part de Kodak. Pour sa part, ce dernier alléguait que la violation de la règle *antitrust* était peu probable (« *implausible* ») au motif que – selon le même modèle économique que celui utilisé par la Cour suprême dans l’arrêt *Matsushita* – la faible part de marché détenue par Kodak sur le marché de l’équipement établissait le défaut de pouvoir de marché. Le requérant répondait en utilisant une théorie consistant à démontrer qu’un problème d’information créait une influence sur le marché qui était exploité par Kodak. Une première *District Court* accordait au défendeur le *summary judgment*, mais la *Ninth Circuit* annula la décision, ce que valida la Cour suprême. Dans cet arrêt, le juge BLACKMUN, s’exprimant pour la Cour, a considéré que le requérant avait apporté des preuves à l’appui d’une théorie économique crédible. Selon la Cour, l’arrêt *Matsushita* s’applique uniquement si « *la théorie du demandeur est économiquement insensée, aucun jury raisonnable ne pourrait se prononcer en sa faveur, et un jugement sommaire devrait être accordé* »¹⁷⁴⁸. En d’autres termes, l’exigence posée dans l’arrêt *Matsushita* n’a pas vocation à introduire « *un fardeau particulier pour les plaignants confrontés à un summary judgment dans les affaires antitrust* »¹⁷⁴⁹ mais exige un standard raisonnable identique à celui utilisé par les tribunaux pour évaluer les arguments de la partie qui demande un *summary judgment*. Dans son avis dissident, le juge SCALIA ne donnait du crédit qu’au seul modèle économique, celui soutenu par Kodak, et bénéficiant du support académique de l’École de Chicago. Il exprimait également la crainte d’une explosion des procès s’il était donné une crédibilité à la théorie du requérant¹⁷⁵⁰. Au contraire, pour sa part, la Cour ne prenait plus en considération le fait que la théorie économique s’inscrivait dans un paradigme particulier, simplement parce que celui-ci bénéficierait du soutien d’économistes réputés. En ce sens, la solution de l’arrêt *Kodak* aurait pu être perçue comme un retour à un standard assez souple de l’exigence de la preuve rendant l’accès au *summary judgment* plus difficile pour le défendeur.

676. Pour autant, un an plus tard, la Cour suprême est revenue sur cette position dans l’arrêt *Brooke Group Ltd v. Brown and Williamson Tobacco Corp*¹⁷⁵¹ à propos, une nouvelle fois, de stratégie de prix prédateurs. Ayant été attaquée par le 5^e plus grand fabricant de tabac, la 4^e plus grande firme a demandé au juge un *summary judgment* qui lui a été accordé. Selon la Cour, le requérant à l’action n’avait pas suffisamment appuyé sa demande sur une théorie économique

¹⁷⁴⁸ *Ibid.* pt 468-469 (« *the plaintiff’s theory is economically senseless, no reasonable jury could find in its favor, and summary judgment should be granted* »).

¹⁷⁴⁹ *Ibid.* (« *a special burden on plaintiffs facing summary judgment in antitrust cases* »).

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, pt 489.

¹⁷⁵¹ *Brooke Group Ltd v. Brown and Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209 (1993)

crédible. Pour autant, comme le relevait l'opinion dissidente exprimée par le juge STEVENS, sa théorie des prix prédateurs n'était pas totalement dépourvue de données factuelles ni de soutien académique¹⁷⁵². La Cour a conclu, comme dans l'affaire *Matsushita* que les stratégies de prix prédateurs sont rarement plausibles, et encore moins lorsque son auteur présumé détient une faible part de marché¹⁷⁵³.

677. Bilan. En définitive, il découle de l'étude de la jurisprudence de la Cour suprême, une évolution quant à la détermination des exigences nécessaires pour accorder un *summary judgment*. Ultime barrière au procès, ce moyen de défense permet au défendeur de mettre fin à la procédure au motif que le requérant n'a pas suffisamment établi la preuve de sa responsabilité. Or, à partir de la fin des années 1980, si les chances du défendeur de voir sa demande de *motion for summary judgment* accordée ont été augmentées, celles du requérant d'accéder au procès s'en sont trouvées, par voie de conséquence, considérablement réduites. Cette évolution jurisprudentielle identifiée témoigne, comme le résumant des auteurs américains, « *non seulement d'une disposition de la Cour à réinterpréter les exigences pour accorder un "summary judgment" en fonction des arguments de la demande, mais aussi de sa réceptivité à des théories économiques particulières soutenues au moment de la décision par la principale communauté universitaire* »¹⁷⁵⁴. En ce sens, la tendance consistant à faciliter les exigences nécessaires pour accorder un *summary judgment* s'inscrit dans une politique jurisprudentielle plus large, visant à restreindre les actions privées en application des préconisations principalement prônées par les partisans de l'École de Chicago. Jamais véritablement remise en question¹⁷⁵⁵, cette appréciation des moyens de défense participe en cela de la neutralisation des instruments procéduraux censés être placés au service de l'action de la victime. L'impact de la procédure de *discovery*, comme celui du mécanisme de *treble damage*, se trouve en effet largement atténué par cette acceptation facilitée des procédés permettant au défendeur de contrer les attaques dont il est l'objet. À cette tendance générale identifiée dans le cadre des règles générales de procédure civile américaine s'ajoute, dans la même logique, une neutralisation spécifique de la procédure de *class action*.

¹⁷⁵² *Ibid.* pt 253.

¹⁷⁵³ *Ibid.* pt 226.

¹⁷⁵⁴ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 816 (« *[these] decisions show the Court willing to reinterpret the standard for summary judgment based upon the substance of the antitrust claim and the Court's receptiveness to particular economic view supported at the time of decision by a salient academic elite* »).

¹⁷⁵⁵ À notre connaissance, la Cour suprême ne s'est pas saisie à nouveau de cette question spécifique. La règle issue de la solution *Matsushita* semble encore constituer la référence pour les cours inférieures.

§ 2 – Le renforcement des obstacles à la procédure de *class action*

678. À titre liminaire, il faut souligner que l'ensemble des difficultés procédurales étudiées précédemment (le risque de *motion to dismiss* ou *summary judgment* mais aussi l'exigence de *l'antitrust injury*¹⁷⁵⁶) s'applique également à la procédure de *class action*. Pour autant, à ces difficultés se sont progressivement ajoutés des obstacles propres à cette voie procédurale, symbole par excellence du *private enforcement*. Après avoir neutralisé la portée des outils généraux de procédure civile – pourtant censés faciliter l'action des victimes – la Cour suprême a en effet largement encadré le recours à la *class action* en rendant ici encore la tâche plus ardue pour les demandeurs. C'est dans ce contexte plus récent que la doctrine n'hésite pas à considérer que « *(p)ivate antitrust class actions are under attack* »¹⁷⁵⁷. Deux étapes témoignent de cette neutralisation de la portée des *class actions*. D'abord, la Cour suprême a renforcé progressivement les exigences nécessaires au stade préliminaire de la certification de la *class action* (A). Ensuite, elle a consacré la licéité des clauses de renonciation aux *class actions* (B).

A) Les exigences renforcées des conditions de certification de la *class*

679. Après avoir avancé l'examen de la recevabilité de l'analyse de l'expert au stade de la certification (1), la Cour suprême a confirmé ce mouvement restrictif en contribuant plus récemment à faciliter la contestation de la certification de la *class* par le défendeur (2).

1) La recevabilité du témoignage de l'expert avancée à l'étape de la certification de la *class*

680. **Évaluation du témoignage de l'expert : solution traditionnelle.** Pour bien comprendre en quoi consiste cette première limitation jurisprudentielle à la procédure de *class action*, il paraît utile d'avoir à l'esprit le cadre processuel général relatif au recours à l'expertise. Jusqu'en 1993, les experts ne pouvaient être amenés à témoigner que si la méthodologie utilisée était « *généralement acceptée* »¹⁷⁵⁸ par la communauté scientifique. Désigné par l'expression « *Frye standard* » – en référence à l'arrêt fondateur datant de 1923¹⁷⁵⁹ – ce test reposait

¹⁷⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 1.

¹⁷⁵⁷ C. P. BARTHOLOMEW, « Death by DAUBERT: The Continued Attack on Private Antitrust », *Cardozo L. Rev.*, 2014, vol 35, pp. 2147 et s., spéc. p. 2148.

¹⁷⁵⁸ Consécration du critère du « *general acceptance standard* ». On utilisera aussi l'expression « *généralement admis* ».

¹⁷⁵⁹ *Frye v. United States*, 293 Fed. 1013 (D.C.Cir. 1923). Bien qu'il n'ait pas été rendu par la Cour suprême mais « simplement » par une cour fédérale d'un État, n'a pas empêché que la solution fasse jurisprudence.

schématiquement sur l'idée selon laquelle si l'analyse de l'expert était respectée par ses pairs, alors elle le serait aussi par les tribunaux et le jury. Dans le cas contraire, l'affaire ne méritait pas d'être portée en justice et devait donc être abandonnée. Cette conception avait pour conséquence d'exclure les nouveaux principes ou méthodes d'analyse sous prétexte que ceux-ci ne pouvaient avoir été « généralement admis » par les spécialistes d'un domaine donné. Si cette conception a perduré pendant près de soixante-dix ans, la Cour suprême a imposé un véritable tournant avec l'arrêt *Daubert* de 1993, en écartant le critère des « *connaissances généralement admises* » au profit de nouvelles conditions de recevabilité de l'expertise scientifique.

681. Évolution dans l'évaluation du témoignage de l'expert : l'arrêt *Daubert*¹⁷⁶⁰. L'affaire concernait une action en responsabilité du fait de produits pharmaceutiques dont le succès allait largement dépendre du témoignage de l'expert. Il s'agissait en effet de prouver le lien de causalité entre l'ingestion du médicament *Bendectin* – censé éviter les nausées liées à la grossesse – et les handicaps des enfants à la naissance. Le requérant s'appuyait sur le témoignage d'un « expert » doté, certes d'une certaine qualification scientifique, mais dont les analyses n'avaient pas été publiées dans des revues scientifiques pertinentes. Certaines d'entre elles résultaient d'ailleurs simplement d'une succession de faits dont il tirait une déduction logique pour les besoins précis du litige. La question était alors de savoir si ce témoignage pouvait être soumis au jury alors même qu'il est faiblement accepté par ses pairs. En application du standard *Frye*, le tribunal de première instance, puis la cour d'appel avaient rejeté le témoignage de l'expert de la victime. Cette dernière contestait devant la Cour suprême ledit standard en énonçant que celui-ci était contraire à l'appréciation des règles de preuves fédérales (*Federal Rule of Evidence*). Selon elle, contrairement à l'approche de l'arrêt *Frye*, les règles fédérales avaient été conçues dans une démarche libérale dont la Règle 402 constitue la première expression en énonçant que « *toutes les preuves pertinentes sont admissibles* ». De plus, la *Rule of Evidence 702*¹⁷⁶¹, disposition particulière relative au témoignage de l'expert, ne faisait aucune référence au critère de « *general acceptance* » comme prérequis à l'admissibilité de l'opinion de ce dernier.

¹⁷⁶⁰ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁷⁶¹ Selon cette disposition, le témoignage de l'expert est admissible si (1) le témoignage est basé sur des faits ou données suffisantes, (2) est le résultat de principes et méthodes fiables et (3) si l'expert a appliqué lesdits principes et méthodes aux faits de l'affaire. Les cours ajoutent des facteurs optionnels comme le fait que la méthode de l'expert soit « testable » et sujette au « *peer review* ».

682. La Cour suprême a donné raison au requérant : selon elle, le standard « *Frye* » consistait en une approche restrictive de l'admissibilité du témoignage de l'expert. Elle l'a expressément qualifié de « *rigide* », « *austère* » « *incompatible avec le sens libéral impulsé par les Federal Rules of Evidence* ». Il serait, selon elle, de nature à exclure des témoignages fondés sur de nouvelles connaissances scientifiques¹⁷⁶². En lieu et place du standard, la Cour suprême énonce que les juges doivent évaluer si le témoignage est fiable et pertinent¹⁷⁶³ pour justifier l'admissibilité de l'opinion de l'expert en application des Règles 402 et 702. En ce sens, elle posait quelques critères. Le premier consiste pour les cours à contrôler si la théorie utilisée par l'expert peut être vérifiée. Le deuxième, si celle-ci peut faire l'objet de publication et de critique par ses pairs. Et le dernier, si besoin (en application du test *Frye*), si la théorie peut faire l'objet de validation par ses pairs. Autrement dit, la Cour opère par cet arrêt un véritable tournant s'agissant des conditions de recevabilité de l'expertise scientifique : le juge ne doit plus seulement s'assurer que la demande est conforme à ce qui est globalement admis par les spécialistes d'un domaine donné. Il doit désormais vérifier que l'expert appelé devant son tribunal présente des garanties scientifiques suffisantes.

683. Apport substantiel de l'arrêt *Daubert*. Largement commentée¹⁷⁶⁴, la solution de l'arrêt *Daubert* est d'abord particulièrement connue pour son apport substantiel sur le rôle des tribunaux dans l'appréciation de l'expertise scientifique en général, et économique en particulier¹⁷⁶⁵. La portée de la solution est en effet considérable quant à la mission du juge. Il est désormais exigé du juge fédéral qu'il se prononce sur la « validité de la science » sur laquelle se fonde l'expert. Cet aspect intéresse évidemment la matière *antitrust* dans laquelle les experts sont amenés à aider les juges dans l'évaluation de l'atteinte à la concurrence ou du préjudice.

¹⁷⁶² *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, préc., pt 588.

¹⁷⁶³ *Ibid.* pt 589.

¹⁷⁶⁴ On se gardera d'une liste exhaustive des commentaires de cette décision. Pour une présentation détaillée du raisonnement de la Cour v. par exemple : B. BLACK, F. J. AYALA, Carol SAFFRAN-BRINKS, « Science and the Law in the Wake of *Daubert* : A New Search for Scientific Knowledge », *Texas L. Rev.*, 1994, vol. 72, p. 715. Pour un commentaire en français : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC*, 1999, vol. 51 n°3, pp. 621-632.

¹⁷⁶⁵ Pour une abondante production doctrinale sur cette question : G. M. FENNER, « The *Daubert* Handbook: The Case, Its Essential Dilemma, and Its Progeny », *Creighton L. Rev.*, 1996, vol. 29 p. 939; J. P. KESAN, « An Autopsy of Scientific Evidence in a Post-*Daubert* », *Geo. L. J.*, 1996, vol. 84; A. E. TASLITZ, « *Daubert's* Guide to the Federal Rules of Evidence: A Not-So-Plain Meaning Jurisprudence », *Harv. J. On Legis.*, 1995, vol. 32, p. 3 ; J. M. CONLEY, D. W. PETERSON, « The Science of Gatekeeping: The Federal Judicial Center's New Reference Manual on Scientific Evidence », *N.C. L. Rev.*, 1996, vol. 74, p. 1183 ; T. C. GAY, « Pseudo-Scientists at the Gate : The New FJC Manual Will Help How the Courts Will Manage Scientific Evidence in the Wake of *Daubert* Is Covered in a New Publication from the Federal Judicial Center », *Def. Couns. J.*, 1996, vol. 63, p. 331. Références bibliographiques citées par A. I. GAVIL, « After *Daubert*: Discerning the Increasingly Fine Line Between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation », *Antitrust L. J.*, 1997, vol. 65, p. 663, spéc. p. 669.

684. Or, dans le domaine économique où les désaccords sont fréquents, la problématique de l'évaluation du témoignage de l'expert par les tribunaux est largement controversée¹⁷⁶⁶. Pour autant, loin d'apporter des lignes directrices claires pour les juridictions inférieures, la Cour suprême a consacré, à partir de l'arrêt *Daubert*, la grande flexibilité de celles-ci dans l'évaluation du témoignage de l'expert¹⁷⁶⁷. Les juges fédéraux ont ainsi été érigés en véritables arbitres de la pertinence et de la fiabilité des témoignages¹⁷⁶⁸. Dans ce contexte, cette solution a été perçue comme une « *libéralisation du standard de l'admissibilité* »¹⁷⁶⁹, susceptible d'accorder aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire générateur d'abus dans l'appréciation du témoignage de l'expert¹⁷⁷⁰. Dans le même sens, une partie des auteurs a noté que la Cour aurait ainsi ouvert la porte à des solutions non seulement déterminées par le parti pris des cours¹⁷⁷¹, mais aussi potentiellement contradictoires¹⁷⁷². Enfin, et peut-être surtout, cette solution marque de manière assez paradoxale la tendance de la Cour suprême à restreindre la mise en œuvre d'actions privées.

685. Apport procédural de l'arrêt *Daubert*. Bien que moins connu, le second apport de la jurisprudence *Daubert* intéresse plus particulièrement notre démonstration. L'intérêt de cette solution réside dans ses conséquences procédurales en matière de *class action* ¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁶ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 845 ; D. L. FAIGMAN, « The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science », *U. C. L. Davis Rev.*, 2013, vol. 46, p. 893, spéc. pp. 911-14.

¹⁷⁶⁷ La Cour concluait aux points 594-95 de l'arrêt *Daubert* que l'approche devait ainsi être « flexible ». Dans la continuité de celui-ci, la Cour suprême a rendu une série de décisions sur cette question : *Gen. Elec. Co. v. Joiner*, 522 U.S.136 (1997) ; *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999) ; *Weisgram v. Marley*, 528 U.S. 440 (2000). Ces arrêts n'ont pas permis de clarifier les imprécisions de l'arrêt *Daubert* et ont contribué à maintenir les obstacles à la recevabilité du témoignage de l'expert en matière de *class action* V. sur ce point C. P. BARTHOLOMEW, « Death by DAUBERT : the Continued Attack on Private Antitrust », préc., p. 2156.

¹⁷⁶⁸ E. GELLHORN, W.E. KOVACIC, S. CALKINS, *Antitrust law and economics In a Nutshell*, préc. p. 553.

¹⁷⁶⁹ A. Z. ROISMAN, « The Courts, Daubert, and Environmental Torts: Gatekeepers or Auditors? », *Pace Envtl. L. Rev.*, 1997, vol. 14, p. 545, spéc. p. 552 (« *Subsequent decisions by various circuit courts have confirmed that the effect of the Daubert decision was to liberalize the admissibility of evidence, not restrict it* ») ; A. I. GAVIL, « After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line Between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation », préc., p. 672.

¹⁷⁷⁰ C. P. BARTHOLOMEW, « Death by *Daubert*: the Continued Attack on Private Antitrust », préc., p. 2157.

¹⁷⁷¹ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, préc., p. 846 (« *the fundamental question is how far a court should go in substituting its own judgment about disputed economic principles and how they are applied to the facts* »).

¹⁷⁷² *Ibid.* p. 846 Les auteurs mentionnent notamment deux décisions de la *Sixth Circuit Court* : *Ky. Speedway, LLC v. National Ass'n of Stock Car Auto Racing*, 588 F.3d 908 (6th Cir. 2009) et *In re Southeastern Milk Antitrust Litigation*, 739 F. 3d 262 (6th Cir. 2014). La première énonce que la *District court* avait correctement rejeté le témoignage de l'expert concernant le marché pertinent et la caractérisation de l'*antitrust injury*. L'autre, cinq ans plus tard énonce que la même *District court* avait incorrectement rejeté le témoignage sur ces deux mêmes points.

¹⁷⁷³ Cet apport fait d'ailleurs l'objet d'analyses récentes. V. not. : C. M. LESLEY, « Making Rule 23 Ideal : Using a Multifactor Test to Evaluate the Admissibility of Evidence at Class Certification », *Michigan L. Rev.*, 2019, vol. 118, pp. 149-171.

Traditionnellement, l'analyse de la fiabilité (ou la plausibilité) du témoignage de l'expert était appréciée au stade de l'examen des moyens de la défense¹⁷⁷⁴. À cet égard, elle n'était pas susceptible d'empêcher la certification de la *class*. Pour autant, cet arrêt marque le début du processus d'aménagement de cette règle traditionnelle en matière de *class action*. Dans cette affaire, la Cour suprême a volontairement pris le soin de laisser en suspens la question du moment auquel l'examen de la recevabilité de l'analyse de l'expert doit intervenir. Ainsi, tout en procédant à l'élargissement des critères relatifs à l'admissibilité du témoignage de l'expert, la Cour suprême semble avoir avancé son examen à l'étape de la certification de la *class*. Certes, les juridictions fédérales ont, dans le doute, eu tendance à rejeter les demandes des défendeurs relatives à l'exclusion du témoignage de l'expert au stade de la certification¹⁷⁷⁵. En effet, elles considéraient qu'à ce stade, l'analyse de l'expert devait simplement servir à vérifier si l'action satisfaisait la Règle 23¹⁷⁷⁶. En d'autres termes, il s'agissait ainsi de présenter une première méthodologie d'analyse sans se prononcer sur l'admissibilité du témoignage de l'expert lors de cette première étape de la procédure. Pourtant, la Cour suprême a apporté – près de vingt ans plus tard – des précisions qui se sont inscrites en faveur d'un examen anticipé du témoignage de l'expert.

686. Les précisions de la décision *Wal-Mart* de 2011. La Cour suprême a implicitement invité les tribunaux à revoir leur approche traditionnelle dans l'affaire *Wal-Mart* de 2011¹⁷⁷⁷. En première instance, les juges ont rejeté la demande de *Wal-Mart* consistant à contester le témoignage de l'expert du requérant au stade de la certification. En appel, la 9^e *Circuit court* a retenu qu'« *au stade de la certification de la class, il suffit que l'expert du demandeur ait présenté des preuves scientifiquement fiables tendant à démontrer une question de fait commune* »¹⁷⁷⁸. Tout en décidant de se saisir de l'affaire, la Cour suprême a, au contraire, répondu : « *nous doutons qu'il en soit ainsi* » (« *we doubt that is so...* »). Si la formule est pour

¹⁷⁷⁴ Cf. *supra*.

¹⁷⁷⁵ Pour les jurisprudences citées v. A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., spéc., p. 205, note 147.

¹⁷⁷⁶ *In re Zurn Pex Plumbing Prods. Liab. Litig.*, 267 F.R.D. 549, 556 (D. Minn. 2010), aff 644 F.3d 604 (8th Cir. 2011) (« *Several district courts in the Eighth Circuit have declined to engage in a full Daubert analysis at the class certification stage, considering only whether the expert testimony is helpful in determining whether the requisites of class certification have been met* ») ; *Ellis v. Costco Wholesale Corp.*, 240 F.R.D. 627, 635 (N.D. Cal. 2007) (« *At this early stage, robust gatekeeping of expert evidence is not required; rather, the court should ask only if expert evidence is useful in evaluating whether class certification requirements have been met.* », 657 F.3d 970 (9th Cir. 2011), références citées par C. P BARTHOLOMEW, « *Death by DAUBERT: the Continued Attack on Private Antitrust* », préc., p. 2159.

¹⁷⁷⁷ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541, 2554 (2011).

¹⁷⁷⁸ *Ibid.* (« *at the class certification stage, it is enough that plaintiff expert presented scientifically reliable evidence tending to show a common question of fact* »).

le moins vague, la doctrine et les praticiens l'ont unanimement comprise comme une manière, pour la Cour suprême, d'inviter les tribunaux à évaluer le témoignage de l'expert au stade de la certification de la *class*¹⁷⁷⁹. En d'autres termes, le requérant est confronté au risque de voir son action rejetée bien en amont de la procédure, à savoir dès le stade de la certification de la *class*. Le défendeur peut en effet, dès cette étape préliminaire, contester le témoignage de l'expert des requérants. Or, sans ce témoignage, la certification est impossible et l'action est alors rejetée avant même l'examen des moyens de la défense.

687. Certes, ce positionnement peut permettre d'éviter la certification de *class actions* qui auraient été fondées sur des témoignages d'experts peu fiables¹⁷⁸⁰. Pour autant, la solution a amorcé un courant jurisprudentiel restrictif vis-à-vis des *class actions*¹⁷⁸¹. D'aucuns n'hésitent pas à voir dans la jurisprudence de la Cour le risque d'ouvrir « *la boîte de Pandore* »¹⁷⁸². Il est en effet certain que celle-ci constitue un obstacle à l'efficacité du *private enforcement* des règles *antitrust* et une menace particulière pour les *class actions*, notamment lorsqu'elles sont conduites par des consommateurs¹⁷⁸³.

688. D'ailleurs, cette tendance restrictive de l'examen anticipé de l'analyse de l'expert se vérifie empiriquement. Le défendeur à l'action a largement su se saisir de cette opportunité consistant à contester l'expertise du requérant au stade de la certification. Des études ont en effet montré que l'expert du requérant dans une affaire *antitrust* a quatre fois plus de chances d'être exclu que l'expert du défendeur¹⁷⁸⁴. Jamais véritablement remis en cause depuis, ce critère *Daubert* fait encore l'objet de discussions doctrinales cherchant à proposer un équilibre entre le droit du

¹⁷⁷⁹ Z. W. BIESANZ, T. H. BURT, « Everything that Requires Discovery Must Converge: A Counterintuitive Solution to a Class Action Paradox », *U.S.F. L. Rev.*, 2012, vol. 47, p. 55, spéc. p. 68 ; J. M. HUSBAND, B. J. WILLIAMS, « Wal-Mart v. Dukes Redux: The Future of the Sprawling Class Action », *Colo. Law.*, 2011, vol. 40, p. 53, spéc., p. 55 ; M. M. PRICE, « The Proper Application of Daubert to Expert Testimony in Class Certification », *Lewis & Clark L. Rev.*, 2012, vol. 16, p. 1349, spéc. p. 1355 ; J. SLATER, « Reaping the Benefits of Class Certification: How and When Should "Significant Proof" Be Required Post-Dukes? », *Byu L. Rev.*, 2011, p. 1259, spéc., p. 1274-1275. D'ailleurs, cette appréciation trouve une confirmation dans la jurisprudence des juridictions fédérales inférieures. À l'exception de la 8^{ème} *Circuit court*, l'ensemble des cours fédérales ont, à la suite de cet arrêt, appliqué la solution *Daubert* au stade de la certification. Sur ces éléments v. : C. P. BARTHOLOMEW, « Death by DAUBERT: The Continued Attack on Private Antitrust », préc., spéc. p. 2161.

¹⁷⁸⁰ H. P. SCRIBNER, « Rigorous Analysis of the Class Certification Expert: The Roles of Daubert and the Defendant's Proof », *Rev. Litig.*, 2008, vol. 28, p. 71, spéc., p. 106.

¹⁷⁸¹ C. P. BARTHOLOMEW, « Death by DAUBERT: The Continued Attack on Private Antitrust », préc. Le mouvement est d'ailleurs loin d'être propre aux actions *antitrust*, v. not. : S. FARHANG, S. B. BURBANK, « Class Actions and the Counterrevolution Against Federal Litigation », *U. Pa. L. Rev.*, 2017, vol. 165 (7), pp. 1495-1530 ; J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc.

¹⁷⁸² C. P. BARTHOLOMEW, « Death by DAUBERT: The Continued Attack on Private Antitrust », préc., p. 2147.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 2150.

¹⁷⁸⁴ V. sur ce point J. LANGENFELD, C. ALEXANDER, « Daubert and Other Gatekeeping Challenges of Antitrust Experts », *Antitrust*, Summer 2011.

requérant d'accéder au tribunal et celui du défendeur d'éviter les actions abusives¹⁷⁸⁵. Pour autant, ce mouvement de facilitation de la tâche du défendeur, lui permettant d'éviter les *class actions*, a trouvé une confirmation plus récente dans l'arrêt *Comcast*.

2) Les difficultés confirmées d'obtention de la certification de la class : l'arrêt Comcast

689. L'affaire Comcast (2013)¹⁷⁸⁶. Par cet arrêt, la Cour suprême a confirmé le resserrement des conditions permettant d'autoriser la certification d'une *class action*. À l'origine, près de deux millions d'abonnés, regroupés en *class action*, accusent Comcast, un des plus importants opérateurs nationaux de télévision par câble, d'avoir violé le *Sherman Act* en créant et maintenant sa situation de dominance¹⁷⁸⁷. La stratégie de l'entreprise, consistant à racheter des plus petits câblo-opérateurs régionaux, lui aurait permis d'augmenter considérablement ses parts de marché et de mettre en place des stratégies d'éviction. En s'appuyant sur plusieurs théories, les requérants allèguent qu'un *antitrust injury* résulte de la conduite de Comcast. Ils estiment qu'ils ont subi un préjudice qui résulte bien d'une atteinte à la concurrence¹⁷⁸⁸. La conduite de Comcast a en effet permis d'évincer les concurrents en les empêchant de procéder à l'expansion de leur activité. Les plaignants considèrent qu'une augmentation des tarifs, au profit de l'entreprise dominante, en aurait découlé sur le marché géographique de Philadelphie. Afin de prouver que l'opérateur dominant a bien pratiqué des prix supra-concurrentiels, les requérants ont produit, à l'appui de leur prétention, une étude économétrique d'un expert qui a proposé un modèle établissant diverses projections. Celles-ci sont censées déterminer l'état de la concurrence sur le marché en l'absence des pratiques reprochées à Comcast. Selon l'expert, le prix payé par les consommateurs est 13 % plus cher sur le marché concerné en comparaison aux territoires dans lesquels Comcast n'a pas bénéficié de cette part de marché. Cette hausse aurait ainsi affecté les consommateurs réunis dans la *class action*.

690. En première instance, le juge conclut que les requérants satisfont les exigences de la Règle 23 (b) (3). Plus particulièrement, il considère que l'expertise produite par le requérant constitue un fondement suffisant pour calculer le dommage dans le cadre d'une *class action* et donc permettre la certification. À cet égard, le juge rejette l'argumentation de Comcast, qui conteste

¹⁷⁸⁵ V. not. C. M. LESLEY, « Making Rule 23 Ideal : Using a Multifactor Test to Evaluate the Admissibility of Evidence at Class Certification », *Michigan L. Rev.*, 2019, vol. 118, pp. 149- 171.

¹⁷⁸⁶ *Comcast Corp. v. Behrend*, 133 S.Ct. 1426 (2013).

¹⁷⁸⁷ Le droit américain *antitrust* prohibe « l'acquisition ou le maintien volontaire d'un pouvoir de monopole » (*United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 1966).

¹⁷⁸⁸ Sur la notion d'*antitrust injury* : cf. *supra*, §429 et s.

l'interprétation de la Règle 23, au motif que le modèle économique ne permet pas d'établir que le dommage ainsi calculé est commun à tous les membres supposés de la *class*. Selon le défendeur, la nécessité et la pertinence de recourir à une *class action* n'ont pas été suffisamment établies, ce qui doit conduire au rejet de la certification. En revanche, la juridiction fédérale a estimé qu'elle ne peut pas se prononcer, au stade de la certification, sur le bien-fondé de la demande et, par conséquent, examiner le fond de l'affaire. La solution a été confirmée en appel¹⁷⁸⁹. Le juge d'appel a donné raison au tribunal de première instance. Il considère à cet égard que, dans les pouvoirs qui lui sont conférés, celui-ci a justement apprécié les preuves du comportement permettant d'autoriser le recours à la *class action*.

691. Cependant, la Cour suprême ne les a pas suivis. Celle-ci a d'abord renversé la question en la reformulant de la manière suivante : « *une cour de district peut-elle accorder la certification à une class action sans établir si le requérant a présenté des preuves suffisantes pour déterminer que l'affaire est susceptible d'accorder des dommages et intérêts dans le cadre d'une class action* ». Elle rejette ensuite par une majorité de 5 contre 4 la certification accordée par la juridiction fédérale inférieure au motif que les requérants n'ont pas rempli le critère de la Règle 23. Celle-ci impose d'établir que les dommages-intérêts puissent être calculés pour l'ensemble de la *class*¹⁷⁹⁰. Selon le juge suprême, il découle de la Règle 23 que l'action individuelle est le principe et la *class action* l'exception. Ainsi, pour satisfaire l'exigence de « prédominance », il convient de démontrer rigoureusement en quoi le dommage calculé est d'une nature commune à tous les membres de la *class*. Or, selon la Cour, si le rapport d'expertise fourni par les requérants est pertinent pour établir l'*antitrust injury* de manière générale, il n'est pas spécifiquement adapté en matière de *class action*. Le juge SCALIA cite l'expert lui-même qui a concédé que son analyse mesure « *la pratique en cause dans son ensemble* » (« *the alleged anticompetitive conduct as a whole* »)¹⁷⁹¹. En d'autres termes, la Cour suprême énonce qu'au regard des difficultés à cloisonner strictement les étapes de la procédure, les juridictions fédérales inférieures peuvent, même au stade de la certification, examiner de manière rigoureuse les arguments de fond. Pour les quatre juges démocrates, cette position favorable à l'entreprise Comcast n'est pas justifiée. Ils relèvent à cet égard qu'en élevant le

¹⁷⁸⁹ *Behrend v. Comcast Corp.*, 655 F.3d 182, 3d Cir. 2011.

¹⁷⁹⁰ Pour rappel, la Règle 23 permet, par exception au principe de l'action individuelle, le recours à une *class action* si « *les questions de droit ou de fait communes aux membres de la class l'emportent sur toute question concernant des intérêts individuels et si cette action est supérieure à toute autre méthode permettant de régler le litige de manière loyale et efficace* ». Sur ce point : cf. *supra*, §357 et s.

¹⁷⁹¹ *Comcast Corp. v. Behrend*, pt 1434.

niveau de la preuve pour établir que les questions de droit et de fait communes à la *class* sont prédominantes par rapport aux questions individuelles, celle-ci contribue à envoyer un signal fort en la défaveur du recours aux *class actions* par les consommateurs¹⁷⁹².

692. Contexte et portée. Cette solution s'inscrit en contrariété avec la tendance de la majorité des juridictions fédérales consistant à favoriser le recours aux *class actions* alors même que des intérêts individuels auraient pu être mis en avant¹⁷⁹³. Mais une solution similaire avait déjà été suggérée par deux juridictions fédérales en 2001 et 2008¹⁷⁹⁴. Or, en choisissant de se saisir de l'affaire, la Cour suprême a confirmé leur position pourtant déjà critiquée à l'époque, tant par la doctrine que par certaines juridictions, au regard du fardeau qu'elle fait peser sur les requérants au stade préliminaire de la certification¹⁷⁹⁵. En ce sens, il fait peu de doute que cette solution, imposée par la majorité conservatrice de la Cour suprême, s'inscrit dans un mouvement général d'encadrement, voire de restriction, du recours aux *class actions*¹⁷⁹⁶. Ce mouvement contribue ainsi à caractériser le processus de neutralisation en ce qu'il implique une diminution de l'impact des *class actions*.

Certes, les auteurs américains se sont interrogés sur l'impact réel de cette solution. Si certains ont perçu une nouvelle exigence en matière de preuve pour le requérant¹⁷⁹⁷, d'autres ont été

¹⁷⁹² V. sur ce point mis en valeur à l'époque par les médias (not. *Class Actions Take Another Hit As Supreme Court Rejects Comcast Antitrust Case*, Forbes, 27 mars 2013) : F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », préc.

¹⁷⁹³ *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1259 (1th Cir. 2004) (« [N]umerous courts have recognized that the presence of individualized damages issues does not prevent a finding that common issues in the case predominate ») ; *Gunnells v. Healthplan Services, Inc.*, 348 F.3d 417, 427-28 (4th Cir. 2003) (« Rule 23 contains no suggestion that the necessity for individual damage determinations . . . forecloses class certification ») et autres jurisprudences citées par R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », *Wash. U. L. Rev.*, 2013, vol. 90, pp. 729-838, spéc. p. 792, note. 363.

¹⁷⁹⁴ *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.* 249 F.3d 672 (7th Cir. 2001) ; *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (3d Cir. 2008).

¹⁷⁹⁵ *In re Mills Corp. Sec. Litig.*, 257 F.R.D. 101, 108 (E.D. Va. 2009) dans lequel le juge énonce que cette exigence imposée au stade de la certification revient à « mettre la charrue avant les bœufs » (“*putting the cart before the horse*”) et autres jurisprudences citées par R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », préc., spéc. p. 755. note 152. Pour les critiques formulées en doctrine v. not. : M. S. KAUFMAN, J. M. WUNDERLICH, « The Unjustified Judicial Creation of Class Certification Merits Trials in Securities Fraud Actions », *U. Mich. J. L. Reform*, 2010, vol. 43, p. 323 ; S. D. OLSON, « Chipping Away : The Misguided Trend Toward Resolving Merits Disputes as Part of the Class Certification Calculus », *U.S.F. L. Rev.*, 2009, vol. 43, p. 935.

¹⁷⁹⁶ Sur ce point, v. la note en langue française de J.-C. RODA, « La Cour suprême des États-Unis rejette la certification d'une class action en matière d'antitrust et complique la tâche des plaignants (Comcast Corp. / Behrend) », *Concurrences* n° 2-2013.

¹⁷⁹⁷ J. H. BEISNER, J. D. MILLER, G. M. WYATT, « From Cable TV to Washing Machines: The Supreme Court Cracks Down on Class Actions », *BNA Insights*, 2013, vol. 14, p. 10 (« *it follows from the Comcast decision that plaintiffs must put forth a method sufficient to calculate damages on a classwide basis in Rule 23(b)(3) class actions* »).

plus nuancés quant à la « révolution probatoire » impliquée par cette solution¹⁷⁹⁸. La portée exacte de cette décision *Comcast* apparaît d'ailleurs tout aussi nuancée dans la jurisprudence des juridictions fédérales. Pour certaines d'entre elles, la Cour suprême les a invitées à refuser la certification si les requérants n'avaient pas réussi à satisfaire l'exigence de « prédominance » par une méthode précise permettant d'expliquer en quoi le dommage calculé est d'une nature commune à tous les membres de la *class*¹⁷⁹⁹. D'autres ont adopté une interprétation plus souple de la solution *Comcast* considérant que le critère de « prédominance » peut être rempli même si une évaluation individuelle du dommage est nécessaire¹⁸⁰⁰.

693. Pourtant, la Cour suprême a récemment confirmé sa solution *Comcast* dans la décision *Tyson* de 2016¹⁸⁰¹ tout en entretenant le flou. Bien qu'elle ait semblé ouvrir les méthodes probatoires relatives à l'exigence de « prédominance » s'agissant de la preuve de la responsabilité, elle a confirmé le refus de certification de la *class* sur le fondement de la Règle 23 (b) (3) si le requérant n'a pas rigoureusement démontré en quoi le dommage calculé est d'une nature commune à tous les membres de la *class*¹⁸⁰².

694. En définitive, le renforcement des exigences nécessaires pour obtenir la certification, par le biais de l'examen anticipé de l'admissibilité de l'expert et sa contestation facilitée, constitue la première illustration de ce courant jurisprudentiel caractérisé par un renforcement de la position du défendeur. Participant de la neutralisation de l'efficacité des *class actions* dans un sens défavorable aux plaignants, et de manière plus globale au *private enforcement*, cette tendance a été renforcée par une forme de promotion de l'arbitrage *via* la reconnaissance de

¹⁷⁹⁸ R. A. EPSTEIN, « The Precarious Status of Class Action Litigation after *Comcast v. Behrend*, Apr. 8, 2013 », <http://pointoflaw.com/columns/2013/04/the-precious-status-of-class-action-antitrust-litigation-aftercomcast-v-behrend.php> (« Will [*Comcast*] be treated as a misadventure in pleading or a major revolution in the proof of damages in consumer class actions? Only time will tell »), cité par R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », préc., spéc. note 161 et 414.

¹⁷⁹⁹ *Roach v. T. L. Cannon Corp.*, (N.D.N.Y. Mar. 29, 2013) (« *Comcast* required denial of class certification where plaintiffs failed to offer a damages model susceptible of measurement across the entire class »).

¹⁸⁰⁰ *Leyva v. Medline Industries, Inc.*, 716 F.3d 510, 514-16 (9th Cir. 2013) ; *Munoz v. PHH Corp.*, (E.D. Cal. May 15, 2013) (« The *Comcast* decision does not infringe on the longstanding principle that individual class member damage calculations are permissible in a certified class under Rule 23(b)(3). »). V. sur ce point : R. H. KLONOFF, « The Decline of Class Actions », préc., spéc. note 414 et H. J. BAVLI, J. K. FELTER, « The Admissibility of Sampling Evidence to Prove individual Damages in Class Actions », *Boston College L. Rev.*, 2018, vol. 59, pp. 656 -723, spéc., notes 5 et 178- 180.

¹⁸⁰¹ *Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036 (2016).

¹⁸⁰² V. sur l'ensemble de cette question : H. J. BAVLI, J. K. FELTER, « The Admissibility of Sampling Evidence to Prove individual Damages in Class Actions », *Boston College L. Rev.*, 2018, vol. 59, pp. 656 -723, spéc. pp. 691 et s.

clauses contractuelles de renonciation aux *class actions* dans la jurisprudence de la Cour suprême.

B) La reconnaissance facilitée des clauses de renonciation aux *class actions*

695. La position traditionnelle. La reconnaissance des clauses de renonciation aux *class actions* a été qualifiée par certains auteurs américains d'« *effort le plus récent et le plus controversé de restriction des class actions* »¹⁸⁰³. Pour en comprendre la portée, il semble utile de préciser le contexte relatif à l'encadrement du recours à l'arbitrage au niveau fédéral. Depuis son adoption en 1925, le *Federal Arbitration Act* (ci-après « *FAA* ») prévoit que les parties peuvent par principe librement recourir à l'arbitrage pour mettre fin à leur différend¹⁸⁰⁴. Elles peuvent ainsi intégrer dans leur contrat une clause compromissoire (*arbitration clause*) leur permettant, en cas de conflit, d'attribuer une compétence hors des tribunaux de manière générale et à un arbitre plus particulièrement. Toutefois, la problématique de l'interaction entre l'arbitrage et les *class actions* en matière *antitrust* est relativement récente¹⁸⁰⁵. Car il était communément admis que les litiges *antitrust* ne pouvaient faire l'objet d'une procédure d'arbitrage : la problématique de la mise en œuvre des règles *antitrust* étant considérée comme d'intérêt public¹⁸⁰⁶. En d'autres termes, les parties ne pouvaient contractuellement renoncer, ni à la voie judiciaire de manière générale, ni à la procédure de *class action* en particulier, en prévoyant d'avoir recours à l'arbitrage.

696. Dans la perspective comparée qui est la nôtre, il faut ici souligner que l'on ne retrouve pas une telle solution de principe dans l'Union¹⁸⁰⁷. La question de l'arbitrabilité des questions de

¹⁸⁰³ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. p. 1165.

¹⁸⁰⁴ « *Arbitration agreements shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract* », Pub. L. No. 68-401, 43 Stat. 883 (1925), codified as 9 U.S.C. § 2 (2011).

¹⁸⁰⁵ A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., pp. 133 et s.

¹⁸⁰⁶ Ce point résultait de la jurisprudence de la Cour suprême et des juridictions fédérales. Sur ce point : D. HORTON, « Arbitration as Delegation », *N.Y.U. L. Rev.*, 2011, vol. 86, pp. 437 et s. V. égal. : *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co., Inc.*, 391 F.2d 821, 827-28 (2d Cir. 1968). La Second Circuit Court énonce que « *antitrust claim are not arbitrable* » en basant son raisonnement sur le fait que « *antitrust enforcement is a matter of strong public interest and courts should not relinquish responsibility over legal matters of significant public concern and great complexity to private resolution* ».

¹⁸⁰⁷ Sur les rapports arbitrage et droit de la concurrence, v. parmi une importante littérature : W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, préf. E. LOQUIN, LGDJ, 2001 ; J.-C. et J.-L. FOURGOUX, « La concurrence des compétences en matière de droit de la concurrence interne et communautaire », *JCP E*, 1994, n° 4, p. 325 ; A. P. KOMNINOS, « Arbitration and EU Competition Law in the Post Modernization Era », in G. BLANKE, P. LANDOLT (dir.), *EU and US Antitrust Arbitration*, vol. 1, Wolters Kluwer, 2011, p. 433 et s. ; L. IDOT, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, p. 2681 et s. ; Ordre public, concurrence et arbitrage : état de la

droit de la concurrence n'a jamais vraiment été débattue. Si celle-ci relève encore de l'autonomie procédurale des États¹⁸⁰⁸, le règlement 1/2003 a élargi le rôle non seulement des juges nationaux mais aussi des arbitres. Par la suite, la directive 2014/104 reconnaît que les parties peuvent se mettre d'accord sur la réparation du préjudice au moyen de mécanismes de règlement consensuel des litiges dans lesquels elle inclut l'arbitrage¹⁸⁰⁹.

697. Pour autant, la solution traditionnelle aux États-Unis a été remise en cause par la Cour suprême à partir de 1985.

698. L'ouverture de la voie de l'arbitrage, l'arrêt *Mitsubishi Motor* (1985)¹⁸¹⁰. Dans cette affaire, la Cour suprême énonce, en contrariété avec la jurisprudence antérieure, qu'un litige *antitrust* peut être résolu par la voie de l'arbitrage et, par conséquent, qu'une clause prévoyant une telle voie doit être mise en œuvre sur le fondement du *FAA*. Elle considère en ce sens que le recours à l'arbitrage ne constitue pas une renonciation à un droit garanti au niveau fédéral mais simplement une autre manière de résoudre un litige¹⁸¹¹. La Cour suprême accepte toutefois une exception à la reconnaissance de la clause, s'il apparaît que la réalisation de cette dernière serait trop complexe en pratique et reviendrait à priver définitivement le requérant d'un recours juridictionnel¹⁸¹². Si cette solution semble être *a priori* encadrée, la jurisprudence postérieure

rencontre, in « Ordre public, concurrence et arbitrage », *Concurrences* n°3-2006, p. 12 et s. Plus récemment : M. CELAYA et L. IDOT, « La directive 2014/104/UE et l'arbitrage », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., p. 269 ; « Arbitrage et droit de la concurrence », *Concurrences*, 31 janv. 2017 ; F. BIEN, M. CELAYA, « Arbitration and private enforcement of competition law in Europe », in R. AMARO (dir.), *Private enforcement of Competition Law in Europe : Directive 2015/104 / EU and Beyond*, Larcier, 1^{er} ed. 2021, spéc., pp. 63-85.

¹⁸⁰⁸ En France, l'arrêt *Labinal* de la Cour d'appel de Paris a admis l'arbitrabilité des litiges en droit de la concurrence en 1993 (CA Paris, 1^{re} ch. C, 19 mai 1993, *Labinal c/ Mors et Westland*, JDI (Clunet), 1993, p. 957, note L. IDOT ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note C. JARROSSON ; *RTD com.* 1993, p. 494, obs. E. LOQUIN, J.-C. DUBARRY).

¹⁸⁰⁹ Pour autant, l'antagonisme entre l'autonomie de l'arbitrage et le caractère d'ordre public du droit de la concurrence est loin d'être négligé. Bien qu'il n'y ait pas d'opposition de principe, les solutions sont susceptibles d'évolutions. D'abord, la directive est loin de contraindre les États à accepter le règlement amiable du contentieux des pratiques anticoncurrentielles. Aussi, la question de savoir s'il est possible de transiger librement sur les affaires de concurrence reste en suspens. Cf. *infra* l'affaire CDC de 2015. L'avocat général avait estimé que la clause compromissoire devrait être soumise aux mêmes exigences qu'une clause de juridiction pour pouvoir être valablement invoquée dans des litiges concernant la réparation d'une infraction au droit de la concurrence. Il a soutenu que les juridictions nationales devraient laisser une clause d'arbitrage inappliquée lorsque sa mise en œuvre porte atteinte à l'efficacité de l'article 101 du TFUE, en particulier dans le contexte d'une entente impliquant de nombreux participants et personnes concernées. La CJUE ne s'est pas prononcée directement sur les clauses d'arbitrage. Pour autant, cette affaire pourrait avoir des incidences sur la portée d'une convention d'arbitrage.

¹⁸¹⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

¹⁸¹¹ *Ibid.* pt 628. (« *a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute but only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial form* »).

¹⁸¹² *Ibid.*, pt 632. (« *if proceedings in the contractual forum will be so gravely difficult (that the claimant will) for all practical purposes be deprived of his day in court* »).

de la Cour suprême a contribué à étendre la portée de la reconnaissance des clauses de renonciation aux *class actions*.

699. La reconnaissance étendue des clauses de renonciation. Suite à la décision *Mitsubishi*, l'utilisation de clauses contractuelles similaires s'est largement répandue en pratique à partir des années 1990¹⁸¹³. Ce phénomène n'est, là encore, pas propre au contentieux *antitrust*. Il s'inscrit, en effet, dans un mouvement plus général de validation par la Cour suprême de clauses contractuelles selon lesquelles des consommateurs, employés ou patients, acceptent de renoncer de recourir aux *class actions* en s'engageant, en amont, à résoudre leurs futurs litiges par la voie de l'arbitrage plutôt que la voie judiciaire¹⁸¹⁴. L'arrêt *Mitsubishi Motor* a ouvert la voie à une saga jurisprudentielle dans laquelle la Cour s'est montrée de plus en plus permissive à l'égard de l'application des clauses de renonciation aux *class actions*, comme en témoignent deux affaires de 2011 et 2012.

700. L'affaire *AT&T Mobility* (2011)¹⁸¹⁵. Pour comprendre l'origine de cette solution de 2011, il faut d'abord revenir succinctement sur des éléments de contexte. Malgré l'adoption de la nouvelle rédaction de la Règle 23 relative aux *class actions*, des États comme la Californie ont souhaité conserver certaines procédures particulièrement favorables aux demandeurs. Face à un « surdéveloppement » des *class actions* dans ces États, les milieux d'affaires ont évalué les risques qu'ils pouvaient encourir avec les demandes de dommages et intérêts triples. C'est alors dans ce contexte que la voie de l'arbitrage a été progressivement favorisée, certains auteurs allant jusqu'à énoncer que les potentiels défendeurs avaient adopté cette stratégie d'éviction des *class actions* afin d'enrayer de manière plus générale le phénomène de *private enforcement*¹⁸¹⁶. Plus particulièrement, des cabinets d'avocats ont adopté des mesures – désignées « *collective action waivers* » – consistant pour les consommateurs à accepter de

¹⁸¹³ D. HORTON, « Arbitration as Delegation », *NYU. L. Rev.*, 2011, vol. 86, pp. 437 et s, spéc., pp. 439-40 ; L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, préc., spéc., p. 824 ; S. WEBER WALLER, O. POPAL, « The Fall and Rise of the Antitrust Class Action », disp. sur SSRN, spéc., p. 9.

¹⁸¹⁴ Les auteurs ont critiqué cette approche au regard d'une part, de son effet négatif sur les objectifs de détection et dissuasion des pratiques (M. GILLES, « Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action », *Mich. L. Rev.*, 2005, vol. 104, pp. 373, spéc. pp. 393-96 ; J. R. STERNLIGHT, No: Permitting Companies to Skirt Class Actions Through Mandatory Arbitration Would Be Dangerous and Unwise, *Disp. Resol. Mag.*, 2002, p. 13, spéc., pp. 19-20) et d'autre part, de son impact général sur la mise en œuvre des règles fédérales (J. M. GLOVER, « Beyond Unconscionability : Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements », *Vand. L. Rev.*, 2006, vol. 59, pp. 1735, spéc. pp. 1740-41 et 1761-63).

¹⁸¹⁵ *AT&T Mobility*, 31 S. Ct. 1740 (2011).

¹⁸¹⁶ J. R. STERNLIGHT, « As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive? », *WM. & Mary L. Rev.*, 2000, vol. 42 (1), p. 11. Pour une présentation de ces éléments en français : F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », préc.

renoncer à leur droit de recourir à une *class action* dans le cadre de contrats d'adhésion. Or, si ce type de clause se serait vu interdit à l'échelle des États fédérés les « plus permissifs », la Cour suprême a largement réduit leur pouvoir d'appréciation dans l'affaire *AT&T*. Procédant à une interprétation extensive du *FFA*¹⁸¹⁷, elle énonce que ce dernier – qui prévoit par principe le libre choix des parties pour recourir à l'arbitrage – prime sur les lois des États qui interdisent les « *collective action waivers* ». En forçant l'exécution des clauses d'arbitrage dans le cadre de contrats de consommation, elle a, d'une part, rendu plus difficiles les actions des consommateurs et, d'autre part, limité la capacité des États pour apprécier l'opportunité de l'annulation de certaines clauses et donc de décider de leur politique vis-à-vis du *private enforcement*¹⁸¹⁸. Pour certains, cela constitue même une remise en cause du droit fondamental d'accès à la justice¹⁸¹⁹. Cette tendance restrictive vis-à-vis des *class actions* par la voie de l'arbitrage a été amplifiée l'année suivante.

701. L'affaire *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant* (2013)¹⁸²⁰. Dans cette affaire, des restaurateurs ont souscrit des cartes de paiement *American Express*. Une clause du contrat prévoit que tout litige doit être résolu par la voie de l'arbitrage sur le fondement du *Federal Arbitration Act* et interdit explicitement les cocontractants d'intenter une *class action*. Pourtant, considérant que *American Express* a abusé de sa position dominante les ayant conduits à payer 30 % plus cher que le prix requis pour les autres cartes, les professionnels ont demandé réparation pour la *class* sur le fondement de la §4 du *Clayton Act*. Ils contestent plus particulièrement la légalité de la clause contractuelle relative à l'arbitrage. *American express* invoque, pour sa part, une fin de non-recevoir au motif que la réparation devait avoir lieu de manière individuelle et sur le fondement de la clause contractuelle d'arbitrage. Sur ce point, les requérants arguent que le coût de l'expertise visant à déterminer le dommage individuel excéderait le montant maximum de la réparation. Si la *district court* a fait droit à la demande des défendeurs, la cour d'appel (*Second Circuit*) a conclu que la renonciation prévue dans la

¹⁸¹⁷ V. pour une critique sur ce point : M. L. MOSES, « Statutory Misconstruction: How the Supreme Court Created a Federal Arbitration Law Never Enacted by Congress », *Fla. St. U. L. Rev.*, 2006, vol. 34, pp. 99 et s., spéc. pp. 132-138.

¹⁸¹⁸ F. SOUTY, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », préc.

¹⁸¹⁹ V. sur cette analyse de la solution J. STERNLIGHT, « Tsunami : *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* Impedes Access to Justice », *Oregon L. Rev.*, 2012, vol. 90 (3), pp. 703-727.

¹⁸²⁰ *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 570 U.S. 228 (2013). Pour une présentation de l'arrêt en langue française : J.-C. RODA, « La Cour suprême des États-Unis confirme que les “class arbitrations waivers” sont valables et doivent être appliqués strictement (*American Express / Italian Colors Restaurant*) », *Concurrences*, n° 3-2013.

clause contractuelle était inapplicable au regard du coût prohibitif de l'expertise et que par conséquent l'arbitrage ne pouvait avoir lieu.

702. Malgré une vive opposition des juges de la minorité démocrate, la Cour suprême a renversé la décision de la cour d'appel, adoptant une lecture littérale du *Federal Arbitration Act (FAA)*¹⁸²¹. Selon la Cour suprême, le *FAA* a été une réponse aux réticences des tribunaux à mettre en œuvre les accords d'arbitrage. Celle-ci insiste sur le fait que ces derniers doivent être rigoureusement appliqués. Le juge SCALIA, s'exprimant pour la majorité, a justifié une interprétation restrictive de l'atténuation prévue dans l'arrêt *Misubushi* selon laquelle la clause doit être écartée en cas d'impossibilité absolue du requérant à saisir un juge¹⁸²². Il en conclut que « *les règles antitrust ne garantissent pas une voie procédurale bon marché pour la résolution de tous les conflits* »¹⁸²³. Au nom de la minorité, le juge KAGAN a dénoncé pour sa part « *une trahison de (leur) précédent* ». Dans son opinion dissidente, il regrette que cette solution non seulement prive les petites entreprises d'un moyen efficace de mise en œuvre du *Sherman Act* mais les contraigne également à signer des contrats leur imposant la voie de l'arbitrage en renonciation de leur droit à la *class action*.

703. Cette solution fait toujours l'objet de vives critiques doctrinales. Pour certains observateurs, « *il est difficile de voir la décision American Express autrement que comme la poursuite de la jurisprudence orientée de la Cour suprême en faveur du renforcement de la liberté contractuelle des puissants opérateurs économiques, peu importe son impact sur la concurrence, les petites entreprises et les consommateurs* »¹⁸²⁴. D'autres voient littéralement dans cette solution la possibilité pour le défendeur de « *s'immuniser contre des actions de groupe* »¹⁸²⁵ puisqu'en matière de *class action*, le requérant doit, en résumé, « *gagner 5 fois pour aller au procès* »¹⁸²⁶. D'autres s'interrogent, dans ce contexte, sur la viabilité même des

¹⁸²¹ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, préc., spéc., p. 825.

¹⁸²² Il énonce en ce sens que « *the fact that it is not worth the expense involved in proving a statutory remedy does not constitute the elimination of the right to pursue that remedy* » (*American Express*, préc. pt 2311).

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ L. A. SULLIVAN, W. S. GRIMES, C. L. SAGERS, *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, préc., spéc., p. 825 (« *it is difficult to read American Express as anything other than result oriented jurisprudence of a Court resolute in its mission to re establish contractual freedom of powerful economic players regardless of its impact on competition, small business, and the consumer* »).

¹⁸²⁵ C. P. BARTHOLOMEW, « *Death by Daubert: The Continued Attack on Private Antitrust* », préc., spéc. p. 2188 (« *immunize itself from antitrust class actions* »).

¹⁸²⁶ *Ibid.* note 234 (« *plaintiffs must win five times to get to trial: (1) on a motion to dismiss; (2) at class certification ; (3) on a Rule 702 challenge pre-summary judgment; (4) at summary judgment; and (5) on a renewed Rule 702 challenge pre trial* »).

*class actions*¹⁸²⁷. Enfin, cette décision serait incompatible avec les objectifs fondamentaux du *Sherman Act* et devrait ainsi être remise en cause par le Congrès¹⁸²⁸. Si des positions plus nuancées ont été défendues¹⁸²⁹, l'on relèvera que ces renonciations contractuelles aux *class actions* constituent un outil puissant entre les mains des défendeurs. Non seulement ces clauses obligent les victimes de pratiques *antitrust* à n'agir que devant un arbitre, mais elles impliquent également qu'elles renoncent à agir collectivement. Cet évitement des *class actions* constitue, de manière plus générale, une menace importante pour la mise en œuvre des règles *antitrust*¹⁸³⁰.

704. Conclusion de la Section 1. En résumé, l'étude des évolutions jurisprudentielles témoigne parfaitement du processus de neutralisation des instruments procéduraux du *private enforcement*. Alors qu'ils sont initialement mis en place par le législateur dans le but d'inciter les victimes à agir, la mise en œuvre prétorienne des règles fédérales de procédure civile conduit à rendre plus difficile l'action initiée par la victime. L'acceptation facilitée des moyens de défense, comme le renforcement des exigences nécessaires à la certification de la *class*, est le reflet d'une restriction de l'accès au prétoire par une multiplication des obstacles procéduraux pour le requérant. En ce sens, ce courant jurisprudentiel a conduit à diminuer, sinon anéantir, l'impact de la procédure de *discovery* et des *treble damages* mais également celui de la procédure de *class action*.

705. Dans une perspective plus fondamentale, ce resserrement des voies contentieuses n'est pas sans incidence sur la mise en œuvre du droit fédéral. En effet, par l'évitement du juge qu'il provoque, ce phénomène ouvre un champ plus large aux opérateurs privés qui peuvent alors prendre la relève, en prévoyant eux-mêmes les conditions et les modalités de la réparation des

¹⁸²⁷ J. SCHURZ, « Commentary, Consumer Class Actions Take Another Hit: Supreme Court Rules Class-Action Arbitration Waiver Covers Antitrust Claims », *Westlaw J. Class action*, 2013, vol. 20, ; D. M. HARRIS, « Supreme Court Continues to Scrutinize Class-Action Practices in Federal Court », *Westlaw J. Class action*, 2013, vol. 20 ; B. FITZPATRICK, « Is the End of Class Actions upon Us? », *Scotusblog*, 2011), <http://www.scotusblog.com/2011/09/is-the-end-of-class-actions-upon-us> ; A. JONES, « Is D-Day Approaching for Class Action Lawsuits? », *WSJ BLOG*, 2010), <http://blogs.wsj.com/law/2010/11/08/is-d-day-approaching-for-class-actions-lawsuits>.

¹⁸²⁸ A. H. SCHMIDT, « Challenging the Supreme Court's American Express Decision Under the First Amendment Petition Clause », *Antitrust*, 2014, vol. 28, p. 39.

¹⁸²⁹ S. WEBER WALLER, O. POPAL, « The Fall and Rise of the Antitrust Class Action », préc., spéc., p. 10. Les auteurs notent que « *(e)ven with these restrictions on class certification and the increased use of arbitration clauses to foreclose collective litigation and arbitration, it would be premature to write off the U.S. antitrust class action* ». Ils citent en référence une étude doctrinale qui émet l'hypothèse de contournements possibles de ces restrictions : M. GILLES, A. SEBOK, « Crowd-Classing Individual Arbitrations in a Post-Class Action Era », *De Paul L. Rev.*, 2014, vol. 63, pp. 447 et s.

¹⁸³⁰ A. A. FOER, R. M. STUTZ, (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, préc., p. 133. Et plus particulièrement : M. GILLES, « Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action », *Mich. L. Rev.*, 2005, vol. 104, pp. 373, spéc. pp. 393-96 et J. M. GLOVER, « Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements », préc., spéc. pp. 1740-1741.

dommages subis par les victimes. La reconnaissance des clauses de renonciation aux *class actions* a été une parfaite illustration de cette tendance consistant en une « *customisation, par les parties privées, des mécanismes procéduraux* »¹⁸³¹. Cette crainte n’a rien d’inédit. S’interrogeant sur ce que pouvait apporter la doctrine ordolibérale au « malaise »¹⁸³² de la politique *antitrust* américaine, David GERBER soulignait déjà en 1994 que, lorsque la mise en œuvre du droit est principalement confiée aux personnes privées dans le cadre de litiges civils, le fort pouvoir de marché de certains opérateurs économiques leur donne, de fait, un fort pouvoir sur l’*enforcement*. Il concluait sur ce point que « *lorsque les entreprises, cherchant à éviter les contraintes du droit de la concurrence, peuvent utiliser leurs ressources financières pour influencer le processus d’application, ou lorsque les entreprises, disposant de moins de ressources, sont désavantagées par rapport à ce processus, le droit de la concurrence ne peut pas atteindre son objectif* »¹⁸³³. Pourtant, et alors qu’on peut légitimement en craindre les aspects délétères¹⁸³⁴, force est de constater que, en dépit des incitations des institutions à choisir la voie judiciaire¹⁸³⁵, une tendance similaire de prise en charge par les acteurs privés du contentieux indemnitaire paraît déjà en germe dans l’Union.

¹⁸³¹ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. pp. 1167 et s. Ce phénomène est désigné par la doctrine américaine par l’expression « *procedural private ordering* ». Cf. *infra*, §748. À ce stade, V. sur ce point : J. DODGE, « The Limits of Procedural Private Ordering », *Va. L. Rev.*, 2011, vol. 97, pp. 723 et s., spéc. pp. 728, 731 ; M. L. MOFFITT, « Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable », *Geo. Wash. L. Rev.*, 2007, vol. 75, p. 461, spéc. p. 465.

¹⁸³² D. J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Noe-liberalism, Competition Law and the “ New ” Europe », *The American J. of. Comp. L.*, préc., spéc., pp. 81-83.

¹⁸³³ *Ibid.* p. 82.

¹⁸³⁴ Cf. *infra*, §738 et s.

¹⁸³⁵ C’est l’un des enseignements du chapitre précédent. Nous avons en effet montré que la CJUE est prête à largement aménager les règles dans le but de favoriser l’action en justice des victimes : Cf. *supra*, §614 et s.

SECTION 2 – Le détournement des voies contentieuses par des acteurs privés dans l’Union

706. En considération des principes fondamentaux gouvernant l’action et le droit de la responsabilité civile dans les États membres, le législateur européen a refusé, dans la directive 2014/104, l’ensemble des mécanismes américains (*opt-out*, *treble damages*, *contingent fees*, *discovery* etc.). Ces derniers ont été jugés excessifs et contraires à la tradition civiliste. Ce parti pris apparaît *a priori* légitime. En revanche, l’on constate avec regret que ce rejet ne s’est pas accompagné de véritables solutions alternatives dans l’Union. Plus particulièrement, et en dépit des évolutions du droit positif à l’échelle de l’Union, certaines matières ont été largement délaissées par le législateur européen. D’une part, les mécanismes de recours collectifs en matière concurrentielle – relégués jusqu’à présent par les institutions de l’Union à une simple recommandation à l’échelle de l’Union¹⁸³⁶ – se révèlent encore insuffisants dans les droits nationaux¹⁸³⁷. D’autre part, la question du financement des actions, pourtant cruciale pour garantir l’efficacité du *private enforcement*¹⁸³⁸, a été largement ignorée, aussi bien par la Commission dans sa proposition que par le législateur européen dans la directive 2014/104. L’incompatibilité martelée des mécanismes américains de *contingent fee* et *one-way cost* avec les droits nationaux des États membres¹⁸³⁹, couplée à l’obsession de leur excès¹⁸⁴⁰, n’ont pas permis de proposer des mécanismes alternatifs à l’échelle de l’Union. C’est ce constat qui nous paraît particulièrement regrettable au regard des difficultés, pourtant bien connues, auxquelles doivent faire face les victimes : les frais de procédure ou de publicité en matière d’action de groupe, mais aussi les coûts considérables des expertises indispensables à

¹⁸³⁶ Précisons ici que la directive 2020/1828/UE du 25 novembre 2020 exclut de son champ le domaine concurrentiel.

¹⁸³⁷ Cf. *supra*, §398 et s.

¹⁸³⁸ V. not. S. AMRANI-MEKKI, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence », préc. p. 17, n° 19 ; A. A. FOER, « The Ideal Model of Private Enforcement of Competition Law », préc., p. 19 ; S. PIETRINI, *L’action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 393, n°446.

¹⁸³⁹ Les dispositifs américains sont apparus pour la majorité des observateurs européens comme incompatibles avec la prohibition des pactes de *quota litis* en vigueur dans plusieurs États, et notamment en France, Italie, Espagne, et au Portugal. Sur ce point : R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 247 ; C. PRIETO, « Les enseignements de l’expérience américaine en matière de *private enforcement* », préc., p. 55 ; *contra* C. JAMIN, « Deux questions préalables à l’instruction du procès de la prohibition des pactes de *quota litis* », in *Études offertes à Geneviève Viney*, pp. 516 et s., spéc., p. 523. : l’auteur souligne que leur prohibition a déjà été largement remise en cause d’une part, par le législateur à travers par une loi de 1991 autorisant les conventions de résultats et d’autre part, par la Cour de cassation dans son arrêt Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1995, n° 09-20290 dans lequel elle semble en avoir validé l’existence.

¹⁸⁴⁰ La critique principale consiste à les accuser d’être plus avantageux pour les avocats que pour les victimes elles-mêmes. S. AMRANI-MEKKI, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence », préc. p. 17, n° 22 ; A. RENDA, (dir.), *Making Antitrust Damages Actions more Effective in the EU*, préc., p. 203.

l'évaluation du dommage et à l'établissement du lien de causalité constituent autant d'obstacles financiers particulièrement dissuasifs pour l'action de la victime¹⁸⁴¹. Élément essentiel de la réalisation du droit d'accès à la justice, le financement de l'action en justice demeure régi par les règles nationales¹⁸⁴².

707. Face à ces insuffisances du droit positif, il est peu surprenant de constater le développement, en pratique, de mécanismes censés palier les lacunes des dispositifs de mise en œuvre des actions privées sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE. Précisons que ce type d'initiatives, visant à contourner les obstacles à l'action, n'est pas nouveau. Avant l'adoption de la directive, les victimes (avec l'appui de certaines juridictions) ont déjà recherché les moyens de parvenir à une grande effectivité de leur droit à réparation¹⁸⁴³. Mais les faiblesses persistantes du cadre juridique du *private enforcement*, traduisant parfois une véritable défiance du législateur vis-à-vis de celui-ci¹⁸⁴⁴, conduisent les acteurs privés à innover sur le plan juridique. Des sociétés, parfois soutenues par des fonds d'investissement¹⁸⁴⁵, se sont littéralement spécialisées dans le développement du *private enforcement*. Celles-ci se présentent auprès des victimes comme des intermédiaires efficaces pour leur compensation. En ce sens, et contrairement à la tendance identifiée aux États-Unis, la neutralisation des instruments du *private enforcement* – censés précisément garantir son efficacité – ne provient pas des institutions juridiques elles-mêmes mais d'opérateurs privés. Plus précisément, le phénomène de neutralisation que nous identifions dans le cadre des présents développements procède, dans l'Union, du constat que ces opérateurs utilisent non pas les instruments juridiques récemment consolidés mais exploitent, au contraire, leurs faiblesses. Après avoir identifié et

¹⁸⁴¹ Not. Comm. C.E., *Livre blanc*, préc., pt. 2.8 ; J. PEYSNER, « Costs and Financing in Private Third Party Competition Damages Action », *Comp. L. Rev.*, 2006, vol. 3, pp. 97 et s. spéc., p. 98.

¹⁸⁴² Pratique des honoraires de résultat aménagée voire acceptée sous une certaine forme au Royaume-Uni (pratique du *conditional fee*), en Belgique, Finlande, Hongrie ou encore au Pays-Bas. Sur les aménagements v. E. CAMOUS, « Le régime juridique de l'honoraire de résultat dans les relations entre les avocats et leurs clients », *Gaz. Pal.*, 2001, pp. 1264-1370. L'auteur énonce que les avocats peuvent avoir recours à des moyens détournés (en minorant ou majorant le montant des prestations) revenant à consacrer « *un véritable honoraire de résultat sans risquer les foudres de la jurisprudence* ». Sur les différentes formes d'honoraires de résultats en Europe v. : C. HODGES, S. VOGENAUER, M. TULIBACKA, « Costs and Funding of Civil Litigation : A Comparative Study », *Oxford Legal Studies Research Paper* n°55-2009.

¹⁸⁴³ V. la notion d'intérêt à agir en Italie, celle d'acheteur indirect en Allemagne, l'arrêt *Pfleiderer* pour l'accès aux dossiers sont des illustrations de l'aménagement des règles au profit des victimes. Sur ce point v. les stratégies de « contournement » identifiées par L. IDOT : <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2013/conferences/private-enforcement-la-vague-viendra-t-elle-de-bruxelles-de-londres-de-paris-ou/nh32>

¹⁸⁴⁴ Cf. *supra* sur les limites de l'accès aux dossiers de la concurrence : §376 et s.

¹⁸⁴⁵ Par exemple, la société *Cartel Damages Claim* (CDC) sur laquelle nous reviendrons largement est soutenue par les fonds *Calanius Litigation Risk Fund*, *Claim Funding International*, *Talionis international*. V. sur ce point : C. EVRARD, F. GORDON, « Abrégé de *private enforcement* », *RLC*, 2014/4.

mesuré l'étendue de ce phénomène émergent (§1), il conviendra de s'interroger sur l'opportunité de son développement (§2).

§ 1 – L'émergence d'une marchandisation contentieuse comme modèle supplétif de *private enforcement*

708. La notion de « *marchandisation contentieuse* » – expression à laquelle sont parfois préférées celles de « *professionnalisation des demandeurs* »¹⁸⁴⁶, de « *nouveau “marché” de la collecte des actions indemnitaires* »¹⁸⁴⁷ ou encore de « *structuration du marché du *private enforcement** »¹⁸⁴⁸ – fait référence à un phénomène émergent en pratique. En substance, il consiste, pour des acteurs privés, à proposer aux victimes de pratiques anticoncurrentielles une réparation. Ces stratégies ont pour origine une concentration de créances indemnitaires et se donnent pour objectif de suppléer les carences des instruments juridiques existants. Elles visent notamment à dépasser les obstacles liés aux recours collectifs, au défaut des moyens de financement du procès ou encore à la difficulté d'accès à certains éléments de preuves. Dans le champ de l'étude, la manifestation la plus apparente s'observe dans l'émergence de deux mécanismes : la cession de créances et son prolongement, la clémence privée (A). Si leur développement en pratique pourrait laisser présager de leur pérennité, la solidité juridique de leur régime peut pourtant être discutée en l'état du droit positif (B).

A) Les manifestations en matière de contentieux anticoncurrentiel

709. L'émergence de stratégies indemnitaires orchestrées par des opérateurs privés se manifeste par deux mécanismes. Ceux-ci se distinguent d'un point de vue chronologique, mais poursuivent la même finalité en pratique : celle d'assurer aux victimes une réparation par le contournement du cadre juridique existant ou, plus précisément, par l'exploitation de ces limites. Le premier n'est pas nouveau : la cession de créances indemnitaire consiste pour des entreprises à inviter une multitude de victimes à leur céder leurs créances indemnitaires afin d'agir dans le cadre d'une seule action en justice (1). Le second mécanisme développé par des

¹⁸⁴⁶ C. EVRARD et F. GORDON, « Abrégé de *private enforcement* », préc.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.* Et plus globalement sur ce « marché des créances indemnitaires » : A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », *RTD Civ.* 2008, p. 229, spéc. n° 40. V. égal. : B. GSELL, « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., p. 223 ou encore R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 248 et s., n° 210 et s.

¹⁸⁴⁸ M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la “clémence privée” », *RLC*, 2020, n° 91, pp. 25-37.

opérateurs privés est plus original : il consiste à proposer aux cartellistes une « immunité civile » par le biais d'une transaction : il en découle une forme inédite de « clémence privée »¹⁸⁴⁹ (2).

1) Le mécanisme établi de cession de créances indemnitaire

710. La cession de créances permet à une personne qui subit un préjudice de céder son droit à réparation à un tiers qui, par la suite, se charge de conduire l'action en réparation. Ce procédé n'est ni nouveau ni spécifique aux actions indemnitaires en droit de la concurrence. En droit français, la Cour de cassation a, dès 2006, reconnu que la créance indemnitaire est transmissible par une cession à laquelle l'action en responsabilité civile est attachée comme accessoire¹⁸⁵⁰, semblant ainsi ouvrir la voie à un « *marché des actions en justice* »¹⁸⁵¹. En outre, son émergence s'inscrit dans un mouvement, déjà identifié en doctrine, de financement de contentieux par un tiers (*third party litigation funding*)¹⁸⁵². Celui-ci repose sur un transfert du risque de procès sur un tiers plus armé, tant sur le plan juridique que sur le plan financier.

711. Si la cession de créances peut prendre plusieurs formes¹⁸⁵³, nous nous concentrerons sur le modèle de l'entreprise CDC *Cartel Damage Claims SA (CDC)* au regard de son développement remarqué¹⁸⁵⁴. Ironie de l'histoire, le fondateur de cette entité intermédiaire,

¹⁸⁴⁹ Nous empruntons l'expression à V. GRAC-AUBERT, J. BROUSSEAU, « La "clémence privée" : une innovation au service de la compensation du dommage concurrentiel », *D.* 2015. p. 1607. Reprise récemment en doctrine : M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », préc.

¹⁸⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006, n° 03-17839, *Bull. civ.* I, n° 6, *D.*, p. 365 (cf. *supra* B). Il faut préciser qu'au regard du droit français, cette cession de créances indemnitaires doit intervenir avant le procès car, à défaut, la créance devient litigieuse et le cédé pourrait exercer son droit de retrait sur le fondement de l'article 1699 du Code civil. V. sur ce point les références citées par M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », préc., spéc., p. 29, note 45.

¹⁸⁵¹ X. DELPECH, « La cession de créance emporte celle des actions en justice qui lui sont attachées », *D.*, 2006, p. 365.

¹⁸⁵² C. KESSEDJIAN (dir.), *Le financement de contentieux par un tiers – Third Party Litigation Funding*, éd. Panthéon-Assas, 2012 ; D. MONDOLINI, « Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur ? », in *Liber Amicorum Larroumet*, LGDJ, 2010, p. 362 ; O. ANCELIN et M. de CAUSANS, « Les prémices du Third Party litigation funding en France – Ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », *JCP E* n° 45, 5 nov. 2015, p. 1527 ; M. de FONTMICHEL, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Revue des sociétés* 2012.279. V. également sur une nouvelle forme activiste de TPF, désintéressée en un sens : K. ZALESKA-KORZIUK, « When the Good Samaritan Pays : The Phenomenon of Strategic Third-Party Funding », *Asper review of international Business and Trade Law*, 2018, n° 18, 160.

¹⁸⁵³ Il s'agit du modèle dit de « *fonds vautours* ». V. sur ce point de manière générale : F. GIANSETTO, « Les fonds dits "vautours" et la dette souveraine - Un nouvel enjeu de la régulation financière », *Cah. de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2012, dossier 33.

¹⁸⁵⁴ Cf. *supra*, l'affaire CDC : §622 et s. Il faut toutefois préciser ici que la société CDC n'est pas la seule à développer ce procédé : l'organisme de droit irlandais *Claims Funding International (CFI)* regroupe également les demandes en matière de préjudices boursiers et concurrentiels. Pour autant, si les résultats sont similaires à ceux obtenus par CDC – en ce que la société CFI finance les coûts du procès en assumant l'intégralité des pertes

visant à contourner les lacunes du cadre juridique, est un ancien agent du *Bundeskartellamt* allemand¹⁸⁵⁵. Face au constat de l'inertie des victimes qui, ayant subi un faible préjudice, n'ont pas d'intérêt à intenter une action en justice, l'entreprise CDC s'est spécialisée dans le rachat des créances des personnes ayant subi un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle commise par une entreprise sur le territoire de l'Union. C'est précisément afin de dépasser les insuffisances du cadre procédural allemand, notamment celles relatives aux faiblesses des recours collectifs ou à l'absence de prise en charge des coûts du procès, que cet organisme se propose de faire l'acquisition des créances des victimes à un prix symbolique, en général forfaitaire¹⁸⁵⁶. L'intérêt est double tant pour les victimes que CDC. Les premières peuvent obtenir une partie de la réparation si CDC l'emporte au procès. Ils peuvent ainsi faire l'économie des contraintes et frais du procès et se prémunir des conséquences d'un éventuel échec de l'action. Le second obtient, pour sa part, un bénéfice en cas de succès de l'action et encourt un risque limité en cas de défaite, au regard du prix réduit de l'acquisition de la créance¹⁸⁵⁷. En d'autres termes, l'acquisition d'une multiplicité de créances permet à l'entité de se positionner en situation de force sur le marché du contentieux indemnitaire. La stratégie peut s'arrêter là. Toutefois, ces entités intermédiaires ont également développé une autre initiative consistant à proposer, en aval de l'acquisition des créances indemnitaires, une immunité civile au cartelliste coopératif : émerge alors un phénomène de « clémence privée ».

2) Le prolongement inédit du mécanisme : la « clémence privée »

712. Présentation du montage *LeniencyPlus* : Dans la continuité du mécanisme de rachat de créance, la société CDC a développé un programme d'immunité civile intitulé *LeniencyPLUS* qu'elle prend explicitement le soin de présenter sur son site internet¹⁸⁵⁸. Il ne

en cas d'échec et en prélevant un pourcentage sur les sommes versées aux victimes en cas de succès – son fonctionnement repose sur l'obtention de mandats de la part des victimes et non sur la cession de créance.

¹⁸⁵⁵ C. PRIETO, « La cession de créance, palliatif à l'absence d'action de groupe pour les entreprises victimes de surenchérissements résultant d'un cartel. Obs. ss. OLG Düsseldorf, 18 févr. 2015, affaire Zement II (CDC) », *RDC* 2015, p. 568.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*

¹⁸⁵⁷ Pour un exemple concret v. les faits à l'origine de l'affaire CDC. Sur ce point : B. GSELL, « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc. pp. 223-237, spéc., p. 223. L'auteur rappelle que l'entité a racheté les créances indemnitaires de 36 victimes de l'entente illicite dans le secteur du ciment pour un montant de 100 euros chacune. Par la suite, CDC, devenue cessionnaire, a demandé réparation en son nom propre à hauteur de 132 000 000 euros. Dans l'hypothèse où la répartition est parfaitement égalitaire, la valeur de chaque créance représente environ 3 700 000 euros : CDC a donc racheté chacune 0,0027% de sa valeur.

¹⁸⁵⁸ V. la présentation sur le site *Cartel Damages Claims*, en ligne : <http://www.carteldamageclaims.com>.

s'agit plus ici de se rapprocher des victimes potentielles mais des auteurs de l'infraction qui souhaiteraient « *réduire leur risque financier lié à des actions en indemnisation de préjudices concurrentiels* »¹⁸⁵⁹. Comparant explicitement son programme à la procédure institutionnelle de la clémence publique, la société CDC énonce qu'il s'agit pour l'entreprise coopérante de verser un montant réduit de l'indemnisation « *en échange d'informations et de données permettant [lui] d'obtenir plus facilement et rapidement réparation auprès des autres membres de l'entente concernée* »¹⁸⁶⁰ afin de participer au processus de *private enforcement*. En échange, le site assure que la société CDC prend « *l'engagement de ne pas intenter d'actions en justice contre le ou les membres de l'entente coopérant avec elle* »¹⁸⁶¹. Il est par ailleurs précisé que les deux procédures de clémence ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Le membre du cartel peut ainsi coopérer aussi bien avec l'autorité publique en vue d'éviter l'amende, qu'avec CDC afin d'éviter un recours judiciaire.

713. La recherche d'éléments de preuve ou d'un juge spécifique. Cette stratégie, qualifiée par certains de programme de « clémence privée »¹⁸⁶², est assez inédite. Les sociétés intermédiaires, telles que CDC ou *Alter Litigation*, empruntent la logique traditionnelle de la clémence publique. Après avoir acquis au préalable suffisamment de créances indemnitaires des victimes, elles font une proposition d'immunité au cartelliste. L'idée repose sur une forme de transaction entre ces deux acteurs : l'entité intermédiaire assure au cartelliste qui coopère qu'elle n'agira pas contre lui par le biais des créances indemnitaires acquises à condition qu'il s'engage à lui fournir une monnaie d'échange. Or, dans le contentieux de la concurrence, les victimes qui souhaitent agir en justice font face à une difficulté notable d'obtention des preuves et, notamment, celles retenues par les autorités publiques de concurrence. Une fois encore, on comprend que ce second volet, qui fait suite à la cession de créances, a pour premier objectif de surmonter un obstacle à la réparation des victimes orchestrée par le droit positif. À lire leur présentation commerciale, les entités intermédiaires ne cachent pas cette intention : en contrepartie de l'abandon de l'action, elles insistent particulièrement sur la remise d'éléments de preuve susceptibles d'incriminer les autres cartellistes et donc de faciliter la mise en évidence de l'infraction et l'évaluation du préjudice subi par les victimes. Il faut toutefois préciser que

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

¹⁸⁶¹ *Ibid.*

¹⁸⁶² V. V. GRAC-AUBERT et J. BROUSSEAU, « La "clémence privée" : une innovation au service de la compensation du dommage anticoncurrentiel », préc.

l'affaire CDC¹⁸⁶³ démontre que leurs attentes ne s'épuisent pas dans ces éléments probatoires : la recherche de la compétence d'un juge particulier peut rentrer en ligne de compte. Rappelons que dans l'affaire *CDC* analysée plus en amont¹⁸⁶⁴, le désistement à l'égard de la société allemande, pourtant défendeur d'ancrage, a indirectement révélé que l'objectif était ainsi de concentrer le litige devant le juge allemand afin de traduire les codéfendeurs hors de leur for naturel. Au-delà des nombreux enseignements de cette solution¹⁸⁶⁵, cette affaire révèle, à ce stade, que les entités intermédiaires peuvent rechercher non pas seulement une preuve spécifique détenue par un cartelliste mais bien la compétence d'un juge qui leur permet une plus grande commodité procédurale.

714. En définitive, la cession de créances et la clémence privée permettent de pallier plusieurs lacunes du droit positif. D'une part, en regroupant les créances indemnitaires des victimes, la cession de créances permet de limiter les frais du procès et plus globalement de combler les lacunes des actions de groupe. D'autre part, le procédé d'immunité civile facilite l'accès aux preuves de certains documents difficilement accessibles pour les victimes. Pour autant, et bien que ces deux mécanismes aient pu jusqu'à présent se développer en pratique, l'examen plus attentif de leur régime juridique dans le cadre du contentieux de la concurrence semble révéler des fragilités.

B) Les doutes relatifs au régime juridique des mécanismes

715. À en croire la présentation des affaires en cours et celles déjà traitées telles que présentées par le site CDC, ces mécanismes semblent bénéficier d'une solide assise juridique. Pourtant, les régimes de la cession de créances (1) et celui de la clémence privée (2) présentent des insuffisances qu'il convient de souligner.

1) Le régime incertain de la cession de créances indemnitaire

716. En dépit de l'admission indirecte de la cession de créances en droit positif¹⁸⁶⁶, un examen attentif des fondements sur lesquels repose le modèle CDC révèle un doute sur la solidité de son régime. Plus particulièrement, il semble que l'on puisse légitimement s'interroger sur la

¹⁸⁶³ CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, préc.

¹⁸⁶⁴ Cf. *supra*, §622 et s.

¹⁸⁶⁵ V. égal. : M. LAZOUZI, « Cour de justice, 4e ch., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC)*, aff. C-352/13 » in F. PICOD, (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2015*, Bruylant, 2016, p. 841-857.

¹⁸⁶⁶ Sur sa reconnaissance par les juridictions françaises : cf. *supra*, §710. V. égal. Sur ce point R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 249.

licité, la validité et l'opposabilité de ce mécanisme¹⁸⁶⁷. Loin d'être évidente, la détermination de la loi applicable à la cession de créances constitue d'abord une question centrale mais extrêmement délicate de droit international privé européen. Dans l'attente des évolutions à l'échelle de l'Union¹⁸⁶⁸, les spécialistes du droit international privé ont fait l'état des lieux du droit positif sur cette question¹⁸⁶⁹.

717. Cela étant dit, cette question pourrait facilement être dépassée si la cession de créances indemnitaire faisait l'objet d'une reconnaissance établie. Or, bien que les membres de la société CDC n'hésitent pas à simplifier à outrance l'état du droit positif afin de promouvoir son modèle¹⁸⁷⁰, il apparaît en réalité que la question n'est pas aussi tranchée, tant au regard du droit de l'Union que des droits nationaux. Certes, les articles 2 et 7 de la directive 2014/104 font une référence implicite à ce mécanisme de la cession de créances¹⁸⁷¹. Certains n'hésitent pas à y voir une consécration expresse du mécanisme¹⁸⁷². Mais, à notre sens, cette assertion semble devoir

¹⁸⁶⁷ Sur ce point. V. M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », préc., spéc., pp. 33-35.

¹⁸⁶⁸ Une proposition vise à préciser la question de l'opposabilité de la cession de créance : Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances (COM (2018) 96 final), 12 mars 2018 : Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances, du 16 juill. 2018, rapp. P. SVOBODA ; Résolution législative du Parlement européen du 13 févr. 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances.

¹⁸⁶⁹ Nous renvoyons sur ce point à leurs travaux : M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », préc., spéc. pt 16-17 et s) ; L. D'AVOUT, « La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 février 2016 – Premières analyses de droit des conflits de lois en perspective française », *D.* 2017, p. 457, spéc. n° 5 ; L. D'AVOUT, « La transmission de l'obligation en droit international privé », in R. IBARRA GARZA et Ch. LARROUMET (dir.), *La transmission de l'obligation*, éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 117.

¹⁸⁷⁰ S. SAVOV, « Regroupement de créances indemnitaires dite "antitrust" par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO, C. PRIETO, *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 242 (« *Au niveau national, la qualité et l'intérêt pour agir d'une entité cessionnaire d'une multitude de créances indemnitaires ont été expressément reconnus par des juridictions aux Pays-Bas, en Allemagne, Autriche et Finlande* »).

¹⁸⁷¹ Article 2 : 4) « *action en dommages et intérêts* », une action introduite en vertu du droit national par laquelle une juridiction nationale est saisie d'une demande de dommages et intérêts par une partie prétendument lésée, par une personne agissant au nom d'une ou de plusieurs parties prétendument lésées, lorsque cette possibilité est prévue par le droit de l'Union ou par le droit national, ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande » ; (souligné par nous) ; Article 7 : 3. « *Les États membres veillent à ce que les preuves obtenues par une personne physique ou morale uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et qui ne relèvent pas du paragraphe 1 ou 2 ne puissent être utilisées dans le cadre d'une action en dommages et intérêts que par cette personne ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de cette personne, ce qui inclut la personne qui a racheté sa demande* » (nous soulignons).

¹⁸⁷² C. PRIETO, « La cession de créance, palliatif à l'absence d'action de groupe pour les entreprises victimes de surenchérissements résultant d'un cartel », préc. ; S. SAVOV, « Regroupement de créances indemnitaires dite "antitrust" par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », préc., spéc., p. 243 et s.

être nuancée. Nous rejoignons sur ce point l'opinion d'autres auteurs qui ne voient pas dans ces articles une volonté expresse du législateur européen de sécuriser ce procédé¹⁸⁷³. Lesdites dispositions consistent moins en une consécration de la cession de créances indemnitaires qu'en une simple définition de l'action en dommages et intérêts. À travers ces articles, le législateur vise la personne physique ou morale qui a légalement succédé dans les droits de la partie prétendument lésée, y compris la personne qui a racheté la demande. Mais il appartient encore aux droits nationaux de déterminer la validité et l'opposabilité de la cession de créances. Or, un bref examen comparé des droits des États membres suffit pour montrer que le procédé ne bénéficie pas réellement d'une assise solide en droit national.

718. Dans les systèmes de *common law*, l'interdiction centenaire dite de « *champerty* » proscrit traditionnellement la commercialisation des actions en justice. Si certains pays comme l'Australie l'ont depuis remise en cause, le droit anglais l'a simplement assoupli de manière prétorienne en autorisant la mobilisation de la créance que s'il a pu être démontré un lien entre le cessionnaire et la victime¹⁸⁷⁴.

719. En droit procédural allemand, il est par principe interdit aux demandeurs de s'abriter derrière un véhicule sociétaire incapable d'assumer la perspective d'une défaite au procès, et donc les frais de procédure¹⁸⁷⁵. Dans ce contexte, il apparaît peu surprenant de constater l'hostilité du juge allemand face à ce mécanisme de cession de créances, comme en témoignent les antécédents allemands du litige CDC¹⁸⁷⁶. Dans le cadre d'une première procédure, la société CDC a conclu différents accords avec des entreprises allemandes qui alléguaient un préjudice à la suite de la condamnation à une amende de 702 millions d'euros par l'autorité de la concurrence allemande (*Bundeskartellamt*) en avril 2003. Il s'agissait d'une entente de douze entreprises et leurs filiales actives sur le marché allemand du ciment entre 1988 et 2002. Le modèle apparaissait *a priori* peu risqué pour CDC au regard de la conception européenne de mise en œuvre des règles de concurrence qui privilégiaient déjà, avant même la directive 2014/104, les actions dites « *follow-on* » (consécutives aux actions publiques). En ce sens, le constat de l'illicéité du comportement par l'autorité publique permet d'établir la faute dans le

¹⁸⁷³ M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la “clémence privée” », préc. p. 33.

¹⁸⁷⁴ A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », préc., spéc., n° 6.

¹⁸⁷⁵ C. PRIETO, « La cession de créance, palliatif à l'absence d'action de groupe », préc.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.* Si l'activité de CDC a, certes, permis d'aboutir à des règlements amiables, elle n'a en revanche pas rencontré le succès espéré devant le juge allemand.

cadre de l'action en responsabilité civile. C'est alors dans ce contexte que la demande en indemnisation de la société CDC a été déclarée recevable en 2007 par le Tribunal de Düsseldorf.

720. Néanmoins, celui-ci a vu dans le mécanisme de cession une procédure de recouvrement des créances de tiers, réservée en droit allemand aux avocats et personnes habilitées par les pouvoirs publics. Les cessions de créances conclues ont alors été déclarées nulles. Bien que cette loi relative au conseil juridique ait été abrogée en 2008, le juge allemand a maintenu la nullité de ces cessions : selon lui, les victimes se déchargent sur un acteur dont les ressources financières sont insuffisantes pour rembourser les frais de justice des défendeurs en cas de défaite¹⁸⁷⁷. Un appel a été interjeté mais la cour d'appel de Düsseldorf a validé, en 2015, l'interprétation stricte faite par le juge de première instance sur la contrariété aux bonnes mœurs¹⁸⁷⁸.

721. Enfin, une même incertitude s'agissant de la solidité du mécanisme demeure en droit français. Certes, rien ne semble *a priori* s'opposer à ce type de cessions de créances, d'ailleurs validé par les juridictions françaises¹⁸⁷⁹. Pour autant, certains auteurs se sont interrogés sur la licéité du montage en France¹⁸⁸⁰. Plus particulièrement, des doutes émergent à deux niveaux : d'une part, quant à la question de savoir si cela ne revient pas à contourner la règle « nul ne plaide par procureur » ; d'autre part, s'agissant de l'absence de contrepartie étant donné que la créance n'a été acquise qu'à un prix symbolique¹⁸⁸¹.

¹⁸⁷⁷ Tribunal régional de Düsseldorf, 17 déc. 2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. Zementkartell II. Sur ce point : F. BIEN, *Concurrences*, n° 2-2014, chronique jurisprudences européennes, p. 207).

¹⁸⁷⁸ Cour d'appel de Düsseldorf, 18 févr. 2015, Az. : VI-U (Kart) 3/14 – Zement II (Cartel Damages Claims) F. BIEN, *Concurrences* n° 2-2015, chronique jurisprudences européennes.

¹⁸⁷⁹ Le principe de la cession a été reconnu dès 2006 par la Cour de cassation : Civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006, n° 03-17839, *Bull. civ. I*, n° 6, *D.*, p. 365, obs. X. DELPECH ; *RTD Civ.*, 2006, p. 552, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois*, 2006, p. 597, obs. E. SAVAUX. Cette solution a ensuite été confirmée dans un arrêt de 2009 dans lequel la Cour de cassation a reconnu que la créance indemnitaire est parfaitement transmissible par une cession de créance à laquelle l'action en responsabilité civile sera l'accessoire : Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2009, n° 09-11612, *Bull. Civ. II*, n° 290 ; *D.*, 2010, p. 150 ; Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n° 04-10231, *Bull. Civ. I*, n° 433, *RDC*, 2007/2, p. 291, obs. G. VINEY ; 19 juin 2007, n° 05-21678, *Bull. civ.*, n° 239 ; *D.*, 2007, p. 1958, obs. X. DELPECH ; *RTD. civ.*, 2008, p. 301, obs. B. FAGES. *Adde* M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, pp. 199 et 200, n° 196 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, « Traité de droit civil », 2005, p. 313, n° 294 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 892, n° 882.

¹⁸⁸⁰ D. FASQUELLE, R. MESA, « Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », *Concurrences*, 1/2006, p. 33-37 : ce montage leur paraissait « *inconcevable en France en raison de l'interdiction des pactes de quota litis* ».

¹⁸⁸¹ Sur ces réserves v. M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », *préc.*, pp. 35-36.

722. À ces interrogations relatives à la solidité du régime de la cession s'ajoutent celles relatives au mécanisme d'immunité civile prenant la forme d'une « clémence privée » qui intervient en aval.

2) Le régime incertain de la clémence privée

723. La solidité du régime de ce second volet constitutif de la « clémence privée » peut également être questionnée, et ce, à plusieurs titres.

724. D'abord, la portée de « l'immunité » promise apparaît limitée à deux égards. D'une part, cette promesse d'immunité ne peut concerner que les victimes qui ont effectivement cédé au préalable leur créance à l'entité intermédiaire. En revanche, il est évident que les autres victimes vont toujours pouvoir agir contre le cartelliste, peu importe que celui-ci ait coopéré avec l'entité intermédiaire. D'autre part, comme le souligne la société CDC sur son site, cette « immunité » accordée par le mécanisme n'a aucun effet sur l'action des autorités publiques. En ce sens, il est certes possible, pour le contrevenant, de cumuler les demandes de clémence publique et privée et de formuler une demande de clémence privée alors même qu'il ne bénéficie pas de la clémence publique. Pour autant, cela signifie aussi, évidemment, que l'obtention de l'immunité par le biais de la stratégie CDC sera sans effet sur une potentielle condamnation par les autorités publiques. Il peut donc échapper à l'obligation de réparation mais devra toujours payer l'amende s'il n'a pas réussi à obtenir la clémence des autorités publiques.

725. Ensuite, la promesse de la société CDC ne porte *a priori* que sur l'obligation à la dette et non sur la contribution à la dette. En ce sens, le coopérant n'est certes pas inquiété au stade de l'obligation à la dette indemnitaire mais peut potentiellement être appelé au stade de la contribution à la dette¹⁸⁸².

726. Enfin, il n'est pas exclu que le cartelliste qui collabore avec l'entité voie sa responsabilité engagée par les autres cartellistes au motif que celui-ci a pu, dans le cadre de cette transaction, divulguer des informations d'affaires. En d'autres termes et malgré son apparent attrait, ce modèle type CDC recèle en réalité certaines limites pour le cartelliste. Lorsqu'il coopère, il se protège, certes, de l'indemnisation des victimes qui ont cédé leur créance, mais n'échappe pas

¹⁸⁸² On peut trouver une double limite à ce point. D'une part, certaines entités n'hésitent pas en pratique à s'engager à fournir un soutien juridique à ce stade. D'autre part, l'article 19 prévoit des dispositions spéciales qui ne s'appliquent cependant que dans l'hypothèse d'un versement d'une indemnité compensatrice dans la transaction. V. sur ce point. M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », préc., spéc. p. 31 et 36.

à la sanction des autorités publiques. Par ailleurs, il s'expose aussi aux actions des autres victimes et de ces potentiels complices. La prétendue « immunité » apparaît en ce sens très relative¹⁸⁸³.

727. En définitive, si ces mécanismes témoignent parfaitement de l'émergence d'un véritable marché procédural, ils ne sont pas sans présenter certaines limites. En dépit de leur développement en pratique, l'étude a en effet révélé leur fragilité tant au regard des problèmes qu'ils soulèvent en droit international privé que des réticences des droits nationaux des États membres. Pour autant, les doutes actuels sur la solidité de ces mécanismes n'empêchent pas, à ce stade de l'étude, d'apprécier l'opportunité que représente ce type d'innovations des acteurs privés pour l'avenir du *private enforcement* dans l'Union. Malgré son caractère innovant et *a priori* salubre face aux insuffisances des solutions institutionnelles, l'opportunité de ce phénomène de privatisation procédurale apparaît largement discutable.

§ 2 – L'opportunité discutable d'une marchandisation contentieuse pour le *private enforcement*

728. S'interroger sur le caractère opportun du phénomène de marchandisation contentieuse plonge *a priori* le juriste dans un profond embarras. Car, discuter de l'opportunité d'un phénomène conduit indirectement à procéder à son évaluation. La crainte de dépasser son champ d'expertise est alors grande¹⁸⁸⁴ tant l'examen des effets ou des résultats d'un processus juridique peut spontanément s'opérer à l'aune d'un dogme ou d'une idéologie. Dans la présente analyse, l'appréciation du développement de ce « *marché de créances indemnitaires en sommeil* »¹⁸⁸⁵ pourrait facilement être guidée par des considérations idéologiques¹⁸⁸⁶. Les

¹⁸⁸³ *Ibid.* p. 36.

¹⁸⁸⁴ En ce sens : J. CAILLOSSE, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, préc., pp. 153-159, spéc. pp. 156 et 159.

¹⁸⁸⁵ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 249. C'est la « marchandisation » du droit à réparation qui interroge. V. not. G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, préc., p. 313 (« L'élégante expression de « commerce du procès » résume à elle seule le changement paradigmatique qui s'opère à travers la question de la licéité de la cession des créances indemnitaires dans le contexte d'une infraction au droit de la concurrence. La question – politique et sociale – qui se pose est de savoir si le droit à réparation est une marchandise comme les autres ») ; J. KORTMANN, « The tort law industry », *Eur. Rev. of Private Law*, n°5, 2009, p. 789 (« we should ask ourselves whether the transformation of damage litigation into an investment product should, under all circumstances be tolerated. If professional investors are allowed to buy up – or buy a stake in – damages claims, there is a considerable risk of tort victims being shortchanged »).

¹⁸⁸⁶ Car il est évident que ce phénomène implique un choix politique : faut-il ou non admettre un contournement de la voie judiciaire par des sociétés spécialisées dans le rachat de créances indemnitaires ? Sur cette interrogation, v. le choix clair du gouvernement britannique rappelé par L. IDOT, « Private enforcement : entre action de

réerves vis-à-vis de ce phénomène exprimeraient en creux une méfiance vis-à-vis de la capacité de ces acteurs privés non seulement à assurer la protection des victimes mais encore plus celle de l'intérêt général. À l'inverse, sa promotion serait révélatrice d'une croyance dans l'aptitude du secteur privé à compenser les insuffisances de son homologue public. Bien qu'il soit difficile d'en éluder tout positionnement idéologique¹⁸⁸⁷, la démarche évaluative peut néanmoins « *entrer dans un processus d'objectivité* »¹⁸⁸⁸. Au-delà de ses différentes justifications théoriques¹⁸⁸⁹, celle-ci mérite à notre sens d'être menée dans le contexte particulier de notre étude pour deux raisons principales. En premier lieu, ce phénomène émergent se révèle être un terrain propice à l'évaluation. L'appréciation de l'efficacité d'un phénomène juridique est conditionnée par l'identification de finalités clairement exprimées¹⁸⁹⁰. Or, ces innovations juridiques se donnent explicitement pour objectif de compenser les insuffisances des mécanismes juridictionnels afin d'assurer la double finalité du *private enforcement*, à savoir l'indemnisation des victimes et, par-là, l'effectivité de la mise en œuvre effective des règles de concurrence. En second lieu, et de manière générale, le domaine de notre étude présente l'avantage de constituer un terrain familier pour l'analyse de l'efficacité, celle-ci étant loin d'être ignorée du droit de l'Union de manière générale¹⁸⁹¹ et du droit de la concurrence en particulier¹⁸⁹².

contournement et *forum shopping* », in *Private enforcement : la vague viendra-t-elle de Bruxelles, de Londres, de paris ou d'ailleurs ?*, New frontiers of antitrust, 22 février 2013, disp. à la revue *Concurrences*.

¹⁸⁸⁷ A. CRAVAREZZA, J. GRANGEON, « Du bon usage de la critique en droit de l'Union européenne », préc. Plus particulièrement dans la deuxième partie de l'article (« Évaluation critique »), nous défendons l'idée selon laquelle ce « reliquat subjectif », présent dans la démarche évaluative, doit être clairement explicitée par l'auteur afin d'éviter toute confusion entre le discours *du* droit et le discours *sur* le droit.

¹⁸⁸⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 83.

¹⁸⁸⁹ L'intérêt de l'examen de l'efficacité dans le cadre de la recherche juridique a fait l'objet d'une littérature abondante. Pour certains, l'évaluation participe par exemple de l'utilité de l'analyse juridique (L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité" "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, préc., pp. 27-59, spéc. pp. 40-41 ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société* 2011/3, n° 79, pp. 715-732 ; H. MUIR WATT, « Comparer l'efficience des droits ? », préc. ; M. PICHARD, « L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : Question(s) de méthode(s) », *LPA* 7 oct. 2010 n° 200, p. 7).

¹⁸⁹⁰ A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.* 1992, p. 263 (« l'appréciation de l'efficacité du droit globalement considéré suppose que l'on s'entende sur les fonctions qu'il assume afin de pouvoir vérifier s'il les remplit suffisamment ou comment »). Dans le même sens : A. FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », préc., p. 94.

¹⁸⁹¹ V. not sur ce point : R. MEDHI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, 2012, pp. 295-330, spéc. pp. 298-299.

¹⁸⁹² En droit de la concurrence, l'efficacité et communément mobilisée dans le cadre de l'examen des comportements soumis aux autorités en charge de la mise en œuvre. Celles-ci examinent par exemple le comportement infractionnel à l'aune de son potentiel « gain d'efficacité ». Par exemple, en matière

729. Une fois admise dans son principe, l'évaluation d'un processus juridique doit reposer sur un cadre méthodologique. Or, l'analyse économique paraît particulièrement pertinente ici pour l'examen des effets de la marchandisation contentieuse pour la promotion des actions privées au service des deux finalités du *private enforcement*. Cette méthode s'articule plus précisément autour de deux critères, présentés sous la forme des tests d'efficacité et d'efficience¹⁸⁹³. Le premier vise à l'examen de la capacité d'une règle à réaliser l'objectif pour lequel elle a été adoptée. Le second procède d'une mise en balance entre son coût et ses avantages. Il est question de savoir si le résultat atteint aurait pu l'être au moyen d'une mesure moins coûteuse. Décliner ce procédé méthodologique à notre étude conduit à un double constat.

730. Cette marchandisation processuelle peut, dans un premier temps, apparaître bienvenue. Évitement des coûts du procès¹⁸⁹⁴, émergence de recours collectifs *de facto*¹⁸⁹⁵, effet de filtrage au profit des seules actions vertueuses¹⁸⁹⁶ : à défaut de solutions institutionnalisées, ces procédés – de cession de créance et de clémence privée – participent de la concrétisation de l'idée d'une contribution des actions privées à la mise en œuvre des règles. En facilitant la tâche des victimes à obtenir réparation de leur préjudice, ces opérateurs privés contribuent à rendre le non-respect des règles plus dissuasif par l'exigence d'une indemnisation aux contrevenants. Cette marchandisation processuelle peut ainsi permettre d'assurer en pratique la double finalité de l'action privée, à savoir la réparation des victimes et l'effectivité du droit de la concurrence. Dans ce contexte, le constat de l'efficacité de ces innovations privées paraît alors s'imposer : celles-ci se révèlent comme une solution *ad hoc* au service de l'objectif du législateur de l'Union pour la promotion des actions privées (A).

de concentration (Règl. n° 139/2004, préc., spéc. cons. 29) ou d'entente (Communication de la Commission du 10 mai 2010, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, préc., pts 106-108).

¹⁸⁹³ Ch. MINCKE, *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public. Quand l'arbre cache la forêt*, Presses universitaires de Louvain, 2002, spéc. pp. 27-28. Dans le même sens : C. DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, Pédone, 1967, p. 18 ; L. GAY, « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, 2012, pp. 107-139, spéc. p. 107 ; A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, préc., pp. 61-84, spéc. p. 62 (« L'adjectif 'efficace' qualifie un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, sans autre précision et donc, en particulier, sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen. (...) Un dispositif efficace est celui qui atteint le résultat souhaité au moindre coût »).

¹⁸⁹⁴ A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », préc., spéc., n° 39.

¹⁸⁹⁵ Conseil et Inspection de la Concurrence du Grand-Duché de Luxembourg, *Prise de position sur le Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, disp. en ligne sur le site de la Commission, août 2008, p. 4.

¹⁸⁹⁶ R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, p. 252, n°214.

731. Pour autant, les bénéfices de cette marchandisation contentieuse peuvent, dans un second temps, être relativisés. Plus précisément, l'évaluation de l'efficacité du phénomène implique ensuite de dépasser le seul prisme de sa finalité au profit d'un examen de la rationalité de ce processus. Or, l'évitement de la voie juridictionnelle, induit par ces initiatives privées, aboutit à des effets délétères sur le cadre général du *private enforcement*, qui remettent en cause l'efficacité de ce phénomène (B).

A) Une efficacité apparente

732. Du point de vue de l'aptitude d'un processus à produire le résultat recherché, il peut être reconnu que les mécanismes orchestrés par les acteurs privés sont capables d'atteindre les objectifs fixés. Dans leur principe, la cession de créances (1) et la clémence privée (2) se révèlent capables d'assurer aux actions privées leur rôle d'indemnisation des victimes mais aussi de dissuasion, détection et sanction des comportements illicites.

1) Le gain d'efficacité procuré par la cession de créances

733. À première vue, la cession de créances peut venir au secours de la démarche des institutions de l'Union, compte tenu des limites des dispositifs consacrés en droit positif. Plus particulièrement, ce mécanisme permet d'assurer l'efficacité du *private enforcement*, tant dans sa finalité subjective de réparation des victimes que celle plus objective consistant à compter sur les actions privées pour assurer l'effectivité du droit en complément de l'action publique¹⁸⁹⁷. Appliquée au contexte du *private enforcement* des règles de concurrence, la cession de créances peut ainsi être perçue comme une piste intéressante de financement *ex ante* des actions privées¹⁸⁹⁸ ou encore d'élaboration d'actions collectives *de facto*¹⁸⁹⁹. Ses avantages pour la

¹⁸⁹⁷ La doctrine s'est beaucoup interrogée sur la pertinence ou les évolutions souhaitables de ce mécanisme de rachat de créances. Mais c'est majoritairement en ce sens qu'une majorité des auteurs s'est d'abord prononcée (A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », préc., n° 25-27 ; N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, spéc. p. 99, n° 161 ; pp. 109-114. Ou dans le même sens D. BERT, « Regards sur la transmission de l'action en justice. À propos de Cass. 1^{ère} civ. 10 janvier 2006 », *D.* 2006, pp. 2129 et s. ; B. GSELL, « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO et C. PRIETO, (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., pp. 223-237). Cf. *contra* ceux qui se sont rapidement montrés hostiles à ce procédé : L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., 2006, Litec, n° 520 ; J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 3^{ème} éd., 2006, Montchrestien, n° 95 ; C. OPHELE, « Cession de créance », *Rép. de Droit Civil*, Dalloz, avr. 2008, p. 13 n° 88

¹⁸⁹⁸ M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen*, préc., spéc. p. 211 ; R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., spéc., p. 249 ; B. DEFFAINS, S. FERREY, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? », *Revue d'économie industrielle*, n° 131, p. 51-68.

¹⁸⁹⁹ J. RIFFAULT-SILK, « Actualité du contentieux des dommages concurrentiels », *RLC*, n° 20, juill. 2009 (« l'action collective de fait créée à l'initiative d'une société commerciale belge constitue une

victime d'une part¹⁹⁰⁰, et pour le système juridictionnel dans son ensemble d'autre part¹⁹⁰¹ méritent d'être soulignés. Face au constat que « (c)haque citoyen est [...] titulaire d'un portefeuille, plus ou moins fourni, de créances indemnitaires qui restent inexploitées »¹⁹⁰², Andrea PINNA perçoit par exemple dans ce mécanisme un complément nécessaire « permet(tant) de surcroît de suppléer l'absence d'un fonds d'indemnisation là où il n'a pas été institué par la loi ». Il en déduit que « l'initiative privée peut ainsi prendre le relais de la solidarité nationale »¹⁹⁰³. Bien que ce type de procédé constitue selon lui l'expression d'une « marchandisation du droit à réparation »¹⁹⁰⁴, Bruno DEFFAIN considère également que la cession de créances mérite attention. Rappelant que « le droit communautaire voit dans les actions privées un élément essentiel de l'effectivité du droit communautaire en faisant des agents privés les compléments de l'action publique dans la réalisation du droit communautaire », il énonce ainsi qu'« il y aurait un caractère somme toute assez paradoxal à reconnaître la possibilité d'une action en dommages et intérêts tout en ne prévoyant aux victimes aucun dispositif institutionnel pour rendre effectif ce droit ou en déclarant illégaux

intéressante alternative à ces systèmes de prise en charge des intérêts collectifs des plaignants, soit par des associations de consommateurs, soit par des institutions étatiques »). Une partie de la doctrine allemande a également perçu avec enthousiasme cette solution : K. MATUSSEK, *Akzo targeted in German Suit That Follows U.S. Class Action Principle*, *Bloomberg*, en ligne : <www.bloomberg.com>, accès : 22/08/2011, citant le Pr. Gerhard WAGNER : « CDC's use of existing procedural rules to pool claims doesn't come close to U.S. -style class actions. It's just an efficient way to enforce antitrust rules with a minimum of judicial resources », référence citée par G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, préc., p. 303.

¹⁹⁰⁰ Un double avantage non négligeable pour la victime consiste à éviter le risque d'une défaite au procès d'une part et à maintenir des relations d'affaire avec les cartellistes, d'autre part. V. de manière générale : S. SAVOV, « Regroupement de créances indemnitaires dite "antitrust" par voie de cession en tant qu'alternative efficace pour l'obtention d'une réparation du préjudice subi », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO et C. PRIETO (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., p. 239, spéc. pp. 240 et s. Pour la majorité des auteurs, ce procédé présente pour la victime les avantages traditionnels de l'affacturage : A. TERCINET, « L'évolution du risque concurrentiel dans une économie globalisée : une approche comparée », *RLC.*, 2010/22, pp. 110 et s., spéc. p. 114. ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil. Les obligations. Régime général.*, t. IV, 2^{ème} éd. Economica, 2011, p. 364, n° 344 ; L. AYNES, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.*, 2007, pp. 961 et s., spéc. n° 1 à 6 ; G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Université Montpellier I, 2012, p. 303.

¹⁹⁰¹ Not. en raison de l'effet de filtrage des actions engendré par ce procédé de cession à des professionnels qui permet ainsi d'éviter le risque de recours abusifs. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 252.

¹⁹⁰² A. PINNA, « La mobilisation de la créance indemnitaire », préc., n°3.

¹⁹⁰³ *Ibid.* n° 9.

¹⁹⁰⁴ B. DEFFAIN, L. BENZONI, « Les apports de l'analyse économique du droit », in M. CHAGNY (dir.), *La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir, colloque tenu à Paris le 13 mai 2014*, *Concurrences*, n° 3-2014, p. 84 (« il est clair que si ce genre de solution venait à se généraliser, on devrait voir apparaître un véritable "marché des droits" où les offreurs seraient les victimes, et les demandeurs, les entreprises spécialisées dans ce genre de contentieux en droit de la concurrence »).

tous mécanismes juridiques qui joueraient un tel rôle d'effectivité »¹⁹⁰⁵. En d'autres termes, la cession de créances peut être à même de contribuer à l'indemnisation des victimes et à l'effectivité du droit.

734. Le modèle CDC en constitue l'illustration. À en croire son site internet, l'entreprise a pu, dans plusieurs affaires emblématiques¹⁹⁰⁶, obtenir réparation pour les victimes qui lui avaient, en amont, cédé leurs créances indemnitaires. CDC met en avant près d'un milliard d'euros de dommages et intérêts obtenus¹⁹⁰⁷. Certes, cette somme, *a priori* impressionnante, demeure en réalité abstraite étant donné qu'il est impossible de s'assurer que l'indemnisation reçue correspond au préjudice effectivement subi par chaque victime. Néanmoins, ces montants permettent du côté des victimes de leur assurer une réparation qu'elles n'auraient peut-être jamais réclamée, et du côté des auteurs, de récupérer un profit injustement perçu par le comportement infractionnel.

735. En résumé, la cession de créances paraît, dans le cadre de l'étude, comme une alternative efficace aux insuffisances de nos dispositifs légaux¹⁹⁰⁸. L'efficacité de ce type d'initiative se mesure non pas à l'aune du simple intérêt individuel de la victime, mais aussi de celui plus objectif consistant à compter sur l'action privée pour assurer le respect de la loi¹⁹⁰⁹ : elle permet d'assurer aussi bien le rôle subjectif de l'action privée que son rôle plus objectif de mise en œuvre des règles de concurrence¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 85 (nous soulignons). L'auteur reprend ici les travaux de A. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement : decentralised application of EC competition law by national courts*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2008.

¹⁹⁰⁶ L'entreprise présente sur son site internet ses actions dans le cadre de l'entente sur le sucre, du cartel des camions, de la cire paraffine, ou encore du ciment.

¹⁹⁰⁷ <https://www.magazine-decideurs.com/news/cartel-damage-claim-ouvre-un-bureau-a-paris>

¹⁹⁰⁸ C'est en ce sens que s'est prononcée une partie de la doctrine allemande qui a d'abord vu dans ce procédé l'expression des lacunes du droit allemand et plus particulièrement du caractère déficitaire des recours collectifs en Allemagne (B. GSELL, « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », préc.).

¹⁹⁰⁹ B. GSELL, « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », préc., spéc. p. 231. Il voit dans ce mécanisme un atout visant à « promouvoir des regroupements volontaires de victimes afin de poursuivre l'intérêt public du respect de la loi par les entreprises et notamment le respect des règles du droit de la concurrence ».

¹⁹¹⁰ *Ibid.* Le même auteur considère dans le même sens qu'il « serait grand temps de reconnaître les chances que lesdits modèles de regroupement de créances pourraient offrir » au regard « non pas seulement des victimes ayant subi des dommages, mais aussi (...) pour une poursuite des finalités publiques par la voie du private enforcement ».

2) Le gain d'efficacité procuré par la clémence privée

736. Dans la continuité de la cession de créances, le développement de la clémence privée peut également permettre d'assurer l'accès à des éléments de preuves qui n'auraient pas pu être obtenues autrement. Cette justification découle précisément des motivations originelles du développement de la clémence publique. Le principe d'accorder une immunité totale ou une réduction d'amende au contrevenant qui accepte de collaborer est loin de se justifier par des considérations éthiques ou morales¹⁹¹¹. On comprend dès lors que c'est moins la moralité du mécanisme que l'efficacité qu'il promet qui a guidé le choix des institutions en faveur de la consécration de la clémence. Plus précisément, le constat de l'inefficacité des moyens de détection traditionnels a conduit l'Union européenne – suivie par les États membres et notamment la France¹⁹¹² – à développer les programmes de clémence.

737. Dans ce contexte, on pourrait légitimement estimer que l'émergence de la clémence privée trouve, elle aussi, sa justification dans l'exigence d'efficacité. Refuser la transposition de cette justification pragmatique à la sphère privée serait quelque peu paradoxal. Pour mémoire, la clémence publique a été consacrée au nom de l'efficacité des politiques publiques de répression des pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, la « clémence privée » permet par analogie d'assurer l'efficacité de la réparation des victimes desdites pratiques. La première ayant largement fait ses preuves en termes d'efficacité¹⁹¹³, on aurait alors plus qu'à souhaiter le même sort à la seconde. D'ailleurs, son succès aurait presque un goût de revanche face à la position ambiguë des institutions européennes vis-à-vis du *private enforcement*. Si celles-ci ont vanté le caractère complémentaire des actions privées, la crainte que ces dernières ne menacent l'efficacité de l'action publique (et notamment les programmes de clémence) a largement pris le dessus. On se rappelle que le verrouillage de l'accès au dossier de clémence a finalement signé la préférence de l'Union pour le *public enforcement*¹⁹¹⁴. Né en réaction à ce choix, le mécanisme privé d'immunité civile a précisément pour objectif de dépasser les difficultés d'obtention des preuves et notamment celles retenues par les autorités publiques de

¹⁹¹¹ Puisque cela revient littéralement à récompenser le contrevenant qui accepte de dénoncer aux autorités ses collègues, coauteurs de l'infraction. Sur des critiques sur ce point : Th. PICOT, « Cupidité et droit de la concurrence », *Gaz. Pal.* 31 déc. 2013, n° 365.

¹⁹¹² En France, c'est la loi NRE (L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques de 2001 qui a privilégié ce mécanisme dans la détection et ainsi la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

¹⁹¹³ L'efficacité de la clémence publique dans son rôle de détection est en effet peu contestée. V. par exemple : V. SELINSKY, « La clémence, un moyen exceptionnel pour dépister les cartels injustifiables », *RLC* 2012/32, n° 2093.

¹⁹¹⁴ Cf. *supra*, §376 et s.

concurrence. S'ils passent le test de l'efficacité, les mécanismes développés par des sociétés comme CDC apparaissent beaucoup plus contestables du point de vue de leur efficacité.

B) Une efficacité douteuse

738. Deuxième test fourni par l'analyse économique, le test de l'efficacité a vocation à examiner si le résultat atteint par un procédé considéré comme efficace se trouve réalisé selon un procédé rationnel¹⁹¹⁵. Appliqué au domaine de l'étude, il s'agit ainsi de regarder si les atouts que la marchandisation contentieuse présente pour le double objectif attaché au *private enforcement* ne se retrouvent pas anéantis par les effets néfastes qu'elle engendre sur le cadre général de la mise en œuvre du droit de l'Union par les actions privées.

739. L'ambivalence des positionnements doctrinaux quant aux effets de cette marchandisation contentieuse constitue un premier indice des réserves à formuler à l'égard de ce phénomène. Les mêmes auteurs qui ont pu reconnaître son efficacité précisent que ce constat n'empêche pas de réfléchir à son potentiel encadrement et invitent en ce sens le législateur à favoriser l'émergence de solutions procédurales institutionnalisées¹⁹¹⁶. L'approche comparative rend sur ce point la démarche évaluative d'autant plus pertinente. Face à l'expérience américaine, il semble difficile de conclure que cette marchandisation contentieuse procure des résultats véritablement efficaces pour le *private enforcement* dans l'Union. Laissé entre les mains de ces acteurs privés, ce processus est facteur, d'une part, d'une transposition des mécanismes américains pourtant rejetés (1), et, d'autre part, et de manière plus fondamentale, d'une érosion du droit objectif (2).

¹⁹¹⁵ Ch. MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public. Quand l'arbre cache la forêt*, préc., p. 28 ; A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficacité en droit », préc., p. 63. L'auteur rappelle les propos de Pascal COMBEMALE qui remarquait : « *prendre un marteau-piqueur pour écraser une mouche, c'est peut-être efficace, mais ce n'est pas efficace* ».

¹⁹¹⁶ M. LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen*, préc., p. 213 ; B. GSELL, « Action de groupe sans action de groupe en droit allemand – recours groupé en dommages et intérêts même en l'absence d'instrument particulier de recours collectif », préc., spéc. pp. 231-236. Sur ce point, Raphael AMARO constate précisément dans sa thèse que cette ignorance du législateur européen laisse la place au développement des pratiques de ces « *professionnels du procès* » alors même que des mécanismes alternatifs pouvaient être envisagés. Encourageant la diversification des modes de financement des actions, il souligne en substance que ce mécanisme de financement « *ex ante* » aurait pu être complété d'une part, par des aménagements « *ex post* » revenant à permettre au juge de moduler les coûts du procès au moment de son dénouement et d'autre part, par la création d'un fond public de financement au soutien des actions privées. Nous renvoyons à l'étude de ces propositions (R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 248- 262).

1) La marchandisation contentieuse comme facteur de transposition des mécanismes américains et leurs dérives

740. Promouvoir le relai des initiatives privées en raison des faiblesses du dispositif institutionnel se révèle être un choix paradoxal à l'échelle de l'Union. Car, en laissant libre cours à ces spécialistes du contentieux, cette dernière se retrouve à tolérer *de facto* le développement de mécanismes similaires à ceux connus en droit américain. Ce résultat est alors assez surprenant : il revient à permettre à des acteurs privés de s'affranchir des contraintes liées au respect des traditions juridiques des États membres alors même que les institutions de l'Union se sont donné beaucoup de mal pour élaborer des mécanismes volontairement plus conformes aux droits nationaux que ceux en vigueur aux États-Unis¹⁹¹⁷.

741. Transposition de facto des mécanismes. À l'analyse, force est pourtant de constater que le procédé de cession de créances revient à transposer les mécanismes de financement des actions privées du système américain. On estime que les entités telles que CDC recevraient en moyenne une rémunération qui approcherait les 20% de l'indemnisation¹⁹¹⁸. Cette issue, particulièrement incitative, est largement similaire à la logique des *contingent fees* en droit américain qui vise non seulement à stimuler les cabinets d'avocat mais aussi à garantir une bonne implication de ces derniers pour la défense de leurs clients¹⁹¹⁹. Le fondateur de la société CDC, Ulrich CLASSEN, a d'ailleurs lui-même assumé cette ressemblance en soulignant que l'objectif de cette opération juridique est d'arriver à un « *résultat économique très similaire à un honoraire de résultat* »¹⁹²⁰.

742. Transposition des dérives : les risques liés à la transaction. Aussi, et peut-être plus ironiquement encore, ces acteurs privés ne se contentent pas de calquer leurs procédés sur les outils américains : ils en reproduisent également les dérives. Il est communément reproché au modèle américain de favoriser *in fine* les accords extrajudiciaires. Pour certains, cette

¹⁹¹⁷ En ce sens : V. GRAC-AUBERT, J. BROUSSEAU, « La "clémence privée" : une innovation au service de la compensation du dommage concurrentiel », préc., spéc. p. 1607. Les auteurs notent que « *(n)ul doute que l'initiative privée a eu tôt fait de s'emparer de cette nouvelle opportunité en dehors de tout cadre juridique et au mépris, peut-être, des traditions juridiques des États membres* ».

¹⁹¹⁸ C. PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de private enforcement », préc., spéc. p. 59, n° 24.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 55, n° 13.

¹⁹²⁰ A.-M. BORREGO, « A Private Affair », Focus Europe, Summer 2007, p. 7, en ligne : <www.carteldamageclaims.com>, accès : 22/08/2011 (« *Classen [...] says he has created an "economic result very similar to contingency fees" by purchasing each claim individually for €1.000, plus a promise of a share of 75-85 per cent of the potential revenues if he receives a positive judgment* »).

promotion des voies alternatives aux tribunaux est attribuable aux instruments procéduraux eux-mêmes¹⁹²¹. La *class action* serait notamment à l'origine d'un « chantage légal »¹⁹²² en faveur d'un modèle économique lucratif pour les cabinets d'avocats spécialisés. Celle-ci instaurerait une pression dans le but de favoriser les règlements transactionnels alors même que la demande du requérant pourrait être fondée juridiquement¹⁹²³. Dans le cadre de la présente démonstration, nous souscrivons plutôt à l'analyse de ceux qui voient dans cet évitement du juge la conséquence directe de la politique jurisprudentielle de la Cour suprême¹⁹²⁴. Or, ce détournement de la voie juridictionnelle au profit de modes plus consensuels de règlement des litiges a des effets délétères aux États-Unis, et déjà en germe dans l'Union. Le recours à la transaction consisterait, le plus souvent, à conclure un contrat à des conditions largement favorables à l'infracteur, car loin d'être équivalentes au préjudice réellement subi par les victimes¹⁹²⁵.

743. Dans le contexte de l'Union, ces éléments sont connus. L'exemple du droit américain devrait suffire pour convaincre de l'opportunité discutable de ce mécanisme¹⁹²⁶. Pour autant, les atouts en termes de célérité, de coût ou encore de confidentialité ont pu être soulignés aussi bien par la doctrine que par les institutions¹⁹²⁷. Aussi, sans prévoir d'encadrement spécifique – la transaction, au même titre que l'arbitrage, la médiation ou la conciliation, demeure régie par les règles nationales¹⁹²⁸ – la directive 2014/104 entend faciliter le recours à de tels mécanismes

¹⁹²¹ J. BEISNER, C. BORDEN, « On the Road to Litigation Abuse: The Continuing Exportation of U.S. Class Action and Antitrust Law, Institute for legal reform, 2006, en ligne : <www.instituteforlegalreform.com>.

¹⁹²² M. HANDLER, « Of legalized blackmail : Consumer Class actions and the Substance-procedure Dilemma », *Southern California L. Rev.*, vol. 47 1974, p. 842 ; J. BEISNER, C. BORDEN, *On the Road to Litigation Abuse: The Continuing Exportation of U.S. Class Action and Antitrust Law*, préc.

¹⁹²³ J. M. GLOVER, « The Federal Rules of Civil Settlement », *NYU L. Rev.*, 2012, vol. 87, p. 101-167.

¹⁹²⁴ *Ibid.*

¹⁹²⁵ Ce phénomène est désigné *sweetheart deal*. Les transactions sont souvent défavorables aux victimes car elles ne leur offrent pas une pleine compensation. Sur ce point v. not. : A. RENDA (dir.), *Making antitrust damages actions more effective in the EU*, préc., p. 203 ; T. L. RUSSEL, « Exporting Class Action to The European Union », préc., p. 149.

¹⁹²⁶ En ce sens : R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préc., pp. 305-311.

¹⁹²⁷ X. LAGARDE, « Transaction et ordre public », préc. ; L. POULET, *Transaction et protection des parties*, LGDJ, 2005, pp. 7 et 8 ; M. DUMARCAY, *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2010, pp. 385-387 ; J. -C. FOURGOUX, « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratique anticoncurrentielles », préc., n°16. Pour les institutions, v. not. le Livre Blanc de la Commission.

¹⁹²⁸ En droit français, les règles relatives à la transaction sont régies par les articles 2044 et s. du Code civil.

et accroître leur efficacité. Elle se limite pour cela à aménager la question de la prescription et les conséquences de tels règlements consensuels¹⁹²⁹.

744. En l'état du droit positif, le modèle CDC ne rencontre pas d'obstacle particulier bien qu'il s'inscrive clairement dans cette tendance de détournement de la voie judiciaire. Certes, l'entreprise revendique d'acquiescer des créances pour les faire valoir soit de manière judiciaire soit extrajudiciaire. Néanmoins, c'est bien cette deuxième voie qui semble privilégiée en pratique. Le caractère confidentiel de la « coopération » proposée avec le cartelliste dans le cadre du mécanisme de la clémence privée laissait déjà présager du risque d'une recherche visant à paralyser les poursuites au profit d'une transaction¹⁹³⁰. Au-delà de l'obtention d'éléments de preuves utilisables pour un procès, il s'agit plutôt de se détourner de la voie judiciaire en obtenant un fort pouvoir de négociation dans un cadre transactionnel. S'il est encore besoin de s'en convaincre, il suffit surtout d'aller voir l'issue des affaires clôturées disponibles sur le site CDC. Pour chacune d'entre elles, il y est mentionné que le litige s'est terminé, dans le cadre d'un règlement consensuel, par un accord extrajudiciaire. Si l'on ne peut évaluer la réparation (les montants n'étant évidemment pas divulgués), le risque que celle-ci soit *in fine* peu avantageuse pour la victime ne peut être exclu. Mais, au-delà de ses effets potentiellement néfastes pour la victime, ce se sont pour la mise en œuvre du droit qui interpellent. Cette marchandisation est à même de conduire une érosion du droit objectif et donc, plus largement, du concept de *private enforcement*.

2) La marchandisation contentieuse comme facteur d'érosion du droit objectif

745. Il découle de l'analyse que ce phénomène de marchandisation contentieuse conduit à un évitement du juge au profit d'une résolution extrajudiciaire des différends. Il y a, à notre sens, deux manières d'analyser ce résultat.

746. Selon un premier point de vue, ce constat ne présente rien d'anormal. Loin d'être surprenant, il s'agit au contraire d'un effet prévisible imposé par la nature même des rapports privés en jeu. Peu importe que les institutions incitent les particuliers à agir en justice, les parties restent libres de choisir leur mode de règlement de litige et la voie consensuelle peut être, pour diverses raisons, préférée à la voie judiciaire. Le spécialiste de droit international privé Pierre

¹⁹²⁹ Cf. art. 18 de la directive 2014/104. Sur les limites de la « validation européenne » totale de la transaction. Cf. *infra* 2), spéc., §750.

¹⁹³⁰ Sur ce point : G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, préc. p. 318.

MAYER relève en ce sens que « *dans le domaine des rapports privés l'État n'agit plus. Son intervention essentielle consiste à édicter des règles qui régiront ces rapports* »¹⁹³¹. Il poursuit en relevant à propos des organes de l'État qu'« *ils sont simplement mis à la disposition des particuliers soit pour trancher des différends soit pour participer à la création d'une situation juridique* »¹⁹³². En d'autres termes, la puissance publique peut mettre à disposition une voie d'accès aux plaignants qui s'estiment victimes d'une violation du droit de la concurrence mais ne peut en rien les obliger à choisir celle-ci. La voie judiciaire n'est qu'une option offerte aux victimes atteintes dans leur droit individuel.

747. Pourtant, cette première analyse peine à convaincre, car elle revient à dénaturer le *private enforcement* en le concevant comme un contentieux purement subjectif. Or, selon la conception défendue dans ce présent travail, celui-ci dépasse la simple lutte d'intérêts privés puisque la défense d'un intérêt objectif de respect de la légalité est également en jeu. Dans ce contexte, cet évitement du juge au profit d'une résolution extrajudiciaire représente un risque d'érosion¹⁹³³ des ambitions du *droit objectif* (ou *substantive law*).

748. Illustration à la lumière de l'expérience américaine. Résultat direct de la politique jurisprudentielle restrictive de la Cour suprême, l'*accapuration* des choix processuels par des acteurs privés est dénoncée en doctrine¹⁹³⁴. La promotion du détournement de la voie judiciaire a ouvert la porte à un phénomène de privatisation processuelle, désigné en doctrine par l'expression « *procedural private ordering* »¹⁹³⁵. Si là aussi les gains d'efficacité ne sont pas contestés¹⁹³⁶, les dérives qu'implique ce phénomène semblent en anéantir les bienfaits observables *a priori*. Pour reprendre les termes de Maria GLOVER, ce phénomène implique de

¹⁹³¹ P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence. », *RCDIP*, 1979.1, spéc., p. 5.

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ Nous empruntons l'expression à Maria GLOVER (« Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law », *The Yale L. J.*, 2015, vol. 124, pp. 3052-3092).

¹⁹³⁴ Pour les critiques de ses conséquences préjudiciables : H. M. ERICHSON, « Foreword: Reflections on the Adjudication Settlement Divide », *Fordham L. Rev.* 2009, vol. 78, p. 1117 ; O. M. FISS, « Against Settlement », *Yale L. J.*, 1984, vol. 93, p. 1073 ; M. GALANTER, « The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal Courts », *J. Empirical Legal Stud.*, 2004, vol. 1, p. 459 ; D. LUBAN, « Settlements and the Erosion of the Public Realm », *Geo. L. J.*, 1995, vol. 83, p. 2619 ; J. RESNIK, « Courts: In and Out of Sight, Site and Cite », *Vill. L. Rev.*, 2008, vol. 53, p. 771.

¹⁹³⁵ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. p. 1167 ; J. DODGE, « The Limits of Procedural Private Ordering », *Va. L. Rev.*, 2011, vol. 97, pp. 723 et s., spéc. pp. 728, 731 ; M. L. MOFFITT, « Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable », *Geo. Wash. L. Rev.*, 2007, vol. 75, p. 461, spéc. p. 465.

¹⁹³⁶ J. M. GLOVER, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », préc., spéc. p. 1167.

manière abstraite un risque d'« érosion de la sphère publique » (« *erosion of the public realm* ») capable « de saper le droit substantiel lui-même » (« *undermines the substantive law itself* »). Plus concrètement, le fait de laisser des affaires – qui auraient dû être traitées devant les tribunaux – être résolues dans un cadre purement privé permet un évitement du contrôle juridictionnel qui revient à laisser entre les mains des opérateurs privés des choix de politiques publiques tels qu'exprimés dans une loi fédérale. Or, compte tenu du rôle central du *private enforcement* pour la réalisation des prescriptions législatives¹⁹³⁷, ce phénomène paraît préjudiciable pour la conception de la mise en œuvre des règles par les actions privées. En résumé, le modèle de marchandisation contentieuse contrarie sérieusement la réalisation des deux finalités du *private enforcement* à savoir aussi bien celle subjective de réparation que celle plus objective de détection et sanction des pratiques illicites¹⁹³⁸.

749. Appréciation en droit de l'Union. Bien qu'il ne soit pas expressément exprimé, ce risque soulevé par cette marchandisation contentieuse ne semble pourtant pas ignoré des institutions de l'Union. Car, si ce phénomène est un résultat certes prévisible, il ne paraît pas pour autant escompté. Au contraire, des signes marquent la préférence des institutions pour privilégier la voie judiciaire et donc, *a contrario*, éviter ce détournement du juge.

750. D'une part, la Cour de justice a marqué sa volonté de maximiser les chances des victimes de faire respecter leur droit à réparation en agissant en justice. Pour cela, l'arrêt *CDC* de 2015 a montré qu'elle est prête à accorder un *forum shopping*, favorisant ainsi largement la situation du demandeur, et ce, au risque de contrarier les règles classiques de droit international privé européen¹⁹³⁹. Il paraît en revanche difficile de voir dans l'affaire *CDC* une validation du procédé de la société du même nom, étant donné que la Cour ne s'est pas prononcée explicitement sur la transaction en cause dont elle ne connaît pas véritablement la réalité en l'espèce.

751. D'autre part, le législateur ne semble pas non plus inviter les victimes à transiger librement, évitant ainsi la voie judiciaire. Certes, la directive aborde le « *règlement consensuel des*

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ J. M. GLOVER, « Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law », préc., spéc. p. 3054 (« *Given the central role of private enforcement to the achievement of legislative directives, private entities can therefore use contractual arbitration provisions effectively to erode substantive law from the books, with the consequent erosion of both the private compensatory goals and public deterrent objectives of that law* »). Dans le même sens : K. A. SABBETH, D. C. VLADECK, « Contracting (Out) Rights », *Fordham Urb. L. J.*, 2009, vol. 36, pp. 803, 807 (« *Privatizing the enforcement of statutory rights erodes those rights, as rights that are not enforced publicly vanish from the public's eye, making the public less educated about the laws governing society and probably less likely to recognize and correct the laws' violations* »).

¹⁹³⁹ Cf. *supra*, §614 et s.

litiges »¹⁹⁴⁰ qu'elle définit comme « *tout mécanisme permettant aux parties de parvenir à un règlement extrajudiciaire d'un litige relatif à une demande de dommages et intérêt* »¹⁹⁴¹ et y intègre d'ailleurs l'arbitrage¹⁹⁴². Les articles 18 et 19 aménagent respectivement la question de la prescription et les conséquences d'un tel règlement amiable, les deux dans un sens *a priori* favorable à l'émergence d'une solution négociée¹⁹⁴³. Deux considérations militent néanmoins pour la préférence du législateur envers le règlement judiciaire du litige. En premier lieu, il ressort des dispositions de la directive, et notamment celle relative à la prescription, que le recours à un mode amiable ne changera pas pour autant la situation de la victime qui pourra toujours agir devant le juge¹⁹⁴⁴. En second lieu, la directive ne valide pas, elle non plus, le mécanisme de la société CDC et, notamment, celui de la clémence privée. D'ailleurs, la confidentialité accrue qui entoure le procédé revient à lui permettre d'échapper à tout contrôle : il serait étonnant que les institutions européennes ne restent pas attentives aux activités qui entourent le contentieux indemnitaire tant elles ont rappelé que celui-ci participe du processus de consolidation par le bas de l'ordre concurrentiel.

752. Conclusion de la section 2. En définitive, l'étude a permis d'établir l'existence d'une marchandisation contentieuse visant à pallier les insuffisances des mécanismes procéduraux européens. Reflet d'un choix de politique juridique qui s'oppose aux instruments américains jugés incompatibles avec la tradition civiliste, ces insuffisances conduisent les acteurs privés à innover en développant de véritables stratégies indemnitaires. Afin de dépasser les obstacles persistants pour les victimes, leurs initiatives font émerger des mécanismes *ad hoc*, tels que la cession de créances et la clémence privée, qui tendent à favoriser une résolution extrajudiciaire des différends. Mais l'intérêt de l'étude ne se limitait pas à identifier un phénomène de marchandisation, celui-ci relevant principalement d'un constat de fait. Il était surtout question d'évaluer l'opportunité d'un tel développement pour le concept de *private enforcement*. À cet égard, l'expérience comparative a été un support essentiel pour l'évaluation. Il est d'abord

¹⁹⁴⁰ Art. 18 de la Directive 2014/104.

¹⁹⁴¹ Art. 2 (21°) de la Directive 2014/104.

¹⁹⁴² Cette mention de l'arbitrage sous le vocable de « règlement consensuel des litiges » a pu être critiquée étant donné que celui-ci est certes un mode alternatif des différends mais il n'est en revanche pas un mode amiable. Sur ce point : M. CELAYA, L. IDOT, « La directive 2014/104/UE et l'arbitrage », in M. BEHAR-TOUCHAIS, D. BOSCO et C. PRIETO, *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques concurrentielles*, préc., p. 269.

¹⁹⁴³ Sur cette appréciation v. not. : M. BARBA, « La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », préc., p. 37.

¹⁹⁴⁴ Cf. l'art. 18 qui prévoit une suspension du délai de prescription pendant la durée de tout procédure de règlement consensuel.

apparu que cette marchandisation contentieuse aboutit, assez ironiquement, à recopier les mécanismes américains. Rejetés en théorie, ils apparaissent pourtant en pratique. Mais plus encore, ce phénomène revient à en transposer les dérives. L'analyse aboutit alors à un constat surprenant. Si les manifestations du processus de neutralisation étaient en apparence variables dans chaque système étudié, elles aboutissent *in fine* à un résultat identique au sein des deux, à savoir l'émergence d'une privatisation processuelle constitutive, selon nous, d'une dérive du concept de *private enforcement*.

Conclusion du chapitre 2

753. Dans la continuité de l'étude des vecteurs, ce chapitre visait à étudier les manifestations concrètes du processus de neutralisation du *private enforcement*. Il reposait plus précisément sur le présupposé selon lequel celles-ci étaient variables au sein de chaque système étudié.

754. Aux États-Unis, la neutralisation se manifeste par un resserrement de l'accès au juge directement orchestré par la Cour suprême. Étant donné que celui-ci s'est traduit par l'amoindrissement des effets des instruments procéduraux pourtant caractéristiques du modèle américain, les victimes ont de plus en plus de mal à accéder à la *discovery* ou aux *class actions*. L'on comprend dès lors que la consécration législative d'instruments procéduraux n'est pas une garantie suffisante pour s'assurer du rôle des victimes dans la détection, la dissuasion ou la sanction des pratiques aux États-Unis : leur effectivité peut largement se retrouver neutralisée par des choix jurisprudentiels prônant une diminution du nombre d'actions privées. Cette politique jurisprudentielle se comprend en effet d'autant mieux lorsqu'elle est mise en perspective avec le contexte idéologique dans lequel la Cour a rendu ces grands arrêts à cette période. L'influence de l'analyse économique sur les juges de la Cour suprême a impliqué une restriction du *private enforcement*. C'est alors parce qu'ils ont été jugés excessifs qu'on a restreint les instruments procéduraux en principe offerts aux requérants.

755. Dans l'Union, au contraire, le processus de neutralisation des instruments du *private enforcement* procède d'une démarche précisément inverse : c'est parce qu'ils ont été jugés insuffisants qu'on s'en est détourné au profit d'initiatives privées à vocation supplétive. Puisque, *a priori*, l'heure n'est pas à la restriction : les démarches des institutions en faveur du développement des actions privées ont abouti à l'adoption de la directive 2014/104 dans le but d'harmoniser les règles substantielles et procédurales des actions dans les États membres. Pourtant, les stratégies indemnitaires qui se développent en pratique témoignent d'une neutralisation des instruments juridiques harmonisés par un détournement de la voie judiciaire.

756. Cela étant dit, l'originalité de l'analyse menée réside davantage dans les résultats de la comparaison.

757. D'abord, il est apparu que le rejet des mécanismes américains en droit positif ne faisait pas obstacle à leur transposition en pratique. Ce phénomène traduit une « dynamique de

l'imitation »¹⁹⁴⁵ qui n'est pas propre au champ de l'étude : il témoigne d'une forme de perméabilité des systèmes de droit civil à certains aspects de la *common law*¹⁹⁴⁶ voire, plus précisément, « d'américanisation du droit »¹⁹⁴⁷.

758. Ensuite, et plus fondamentalement encore pour notre démonstration, l'étude dévoile que, si les manifestations de la neutralisation sont en apparence variables, elles aboutissent cependant à des résultats identiques. Le détournement de la voie judiciaire – qu'il soit le résultat d'une politique jurisprudentielle assumée ou celui d'acteurs privés qui tirent profit du caractère insuffisamment incitatif des règles processuelles – aboutit à une accapuration de la mise en œuvre des règles par des acteurs privés. Cette privatisation processuelle interroge aux États-Unis comme dans l'Union. Car, faut-il le rappeler, le *private enforcement* repose déjà sur une privatisation de la mise en œuvre de règles d'intérêt public. Mais celle-ci consiste à confier la mise en œuvre d'objectifs publics aux particuliers dans le cadre de voies institutionnalisées. Or, l'éviction du juge est le reflet d'une « privatisation dans la privatisation ». Cette restriction, assumée ou orchestrée par dépit, de la voie juridictionnelle conduit le requérant à chercher une voie d'action en marge des contraintes procédurales que lui apposent les systèmes juridiques étudiés.

759. Un tel constat est à la fois inquiétant et regrettable. Inquiétant en ce qu'il postule une représentation de l'intérêt public en dehors des systèmes institutionnels propres à en assurer le respect. Dès lors, l'encadrement du *private enforcement* en vient à une accapuration de l'intérêt public par la justice privée ; en dévoyant par-là l'essence même du concept. Regrettable, en ce qu'il est largement permis de douter que la voie extrajudiciaire se révèle à même d'assurer non seulement l'effectivité des règles, mais aussi la satisfaction individuelle des victimes.

760. Force est alors de souligner le caractère paradoxal des mutations du *private enforcement* dont le champ de l'étude est le reflet. Alors que la promotion de l'intérêt individuel se justifiait, à l'origine, par l'objectif de servir l'intérêt général, l'approche instrumentale s'opère *in fine* au détriment des deux intérêts. Loin d'en apaiser les tensions, celle-ci renforce au contraire, les contradictions entre les deux finalités subjective et objective sur lesquelles repose le *private*

¹⁹⁴⁵ En référence à A. WATSON (*Legal Transplants*, Édimbourg, 1974) Horatia MUIR WATT parle d'une « dynamique de l'imitation » (« Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, T. 45, p. 29-36.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ V. les différentes contributions du numéro « L'américanisation du droit », *Arch. Philo. Dr.*, 2001, t. 45, p. 109, et not. : L. CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française » ; H. MUIR WATT, « Propos liminaire sur le prestige du modèle américain », *préc.*

enforcement. Il en résulte que le concept, tel qu'actuellement conçu et aménagé en droit américain comme en droit de l'Union, n'est pas en mesure de répondre pleinement aux attentes d'une contribution des particuliers à la réalisation du droit. L'échec de l'instrumentalisation des intérêts subjectifs au service de l'intérêt objectif nous conduit à proposer la voie d'un renouvellement du concept de *private enforcement*.

CONCLUSION DU TITRE 1

761. Les instruments processuels prévus dans le cadre d'un régime de *private enforcement* n'évoluent pas en vase clos. Ils doivent s'envisager au sein du système général de mise en œuvre des règles. Les difficultés que soulève la double finalité attribuée au modèle du « Procureur privé » amènent les institutions juridiques à procéder à des aménagements qui sont à l'origine de la neutralisation du cadre processuel du *private enforcement*. L'on comprend dès lors que la dichotomie des intérêts au cœur du *private enforcement* rejaillit finalement. Loin de la conception harmonieuse promise par la logique utilitariste, la poursuite des intérêts privés du requérant ne sert pas, spontanément, les impératifs objectifs du système juridique.

762. Si le contexte dans lequel ce phénomène de neutralisation intervient est différent, le résultat est apparu paradoxalement identique au sein des deux systèmes étudiés, à savoir l'éviction du juge au profit du développement de la résolution extrajudiciaire des litiges. Aux États-Unis, ce constat est le résultat de la politique juridictionnelle conduite volontairement par la Cour suprême. Dans l'Union, en revanche, l'évitement du juge intervient en dépit de l'appréciation des règles par la Cour de justice dans le sens le plus favorable aux victimes, allant jusqu'à encourager les stratégies de *forum shopping*.

763. Bien qu'elle soit parfois saluée pour ses gains d'efficacité, la voie extrajudiciaire présente l'inconvénient majeur de procéder à une privatisation des intérêts publics en jeu. Or, cette accapARATION de l'intérêt public par la justice privée constitue un dévoiement de l'essence même du concept de *private enforcement* : celui-ci ne repose pas sur l'idée d'une sphère privée libre de toute intervention publique, mais plutôt sur une coexistence entre un intérêt privé et un intérêt public, le premier étant placé au service du second dans le cadre d'un système institutionnalisé.

764. En définitive, tant que subsiste un modèle de « Procureur privé » qui repose sur une instrumentalisation de l'intérêt subjectif du particulier, l'on peut douter que l'intérêt objectif de mise en œuvre effective des règles soit pleinement atteint. La perspective d'une contribution de l'action privée dans le cadre d'un régime de *private enforcement* suppose que ce dernier renouvelle tant ses fondations que ses mécanismes processuels. La mutation du cadre processuel du *private enforcement* peut alors s'envisager au travers d'un dépassement de la logique utilitariste sur laquelle il repose actuellement, pour tenir compte pleinement des potentialités dont ce concept est porteur.

TITRE 2 – UN CADRE PROCESSUEL RENOUVELE

765. Le constat de l'inaptitude des modèles européen et américain à faire de l'action privée un moyen efficace de mise en œuvre du droit de la concurrence invite à proposer un renouvellement du *private enforcement*. L'étude comparative a permis d'en comprendre les dysfonctionnements. Elle a plus précisément montré l'échec de la logique instrumentale attachée à l'action privée, consistant à croire en l'harmonie spontanée entre recherche de l'intérêt individuel de la victime et poursuite de l'intérêt général de régulation de l'ordre concurrentiel. Or, des évolutions en cours, aux États-Unis comme dans l'Union, sont le révélateur d'une tendance plus large et désormais engagée de promotion d'un nouvel usage processuel du droit par les personnes privées. Ces dernières tendent à réinvestir les prétoires dans le but de défendre des intérêts qui ne renvoient pas seulement à leurs droits individuels, mais qui sont plus largement partagés par une « communauté »¹⁹⁴⁸. Dépassant le seul cadre du droit de la concurrence au profit d'une ouverture plus large à d'autres branches du droit, deux mouvements attestent d'une conception renouvelée de cette « privatisation » de la mise en œuvre du droit, offrant des pistes encourageantes d'objectivation contentieuse. D'une part, un mouvement de fond laisse percevoir un rôle régénéré de l'action privée intentée par le *Private Attorney General* (Chapitre 1). D'autre part, un mouvement procédural tend à promouvoir un cadre rénové des instruments de l'action privée dans un but plus collectif (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La régénération des fondements du private enforcement

Chapitre 2 – Vers une restructuration des instruments du private enforcement

¹⁹⁴⁸ C'est dans ce contexte que l'on parlera « d'intérêts communs » dont la caractéristique principale est d'être transindividuels. On s'appuiera pour cela sur les travaux doctrinaux relatifs à la notion de « communs ». V. not. sur ce point : B. PARANCE, J. de SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Éditions du CNRS, 2014, dont J. ROCHFELD, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs ? », pp. 103-128. Cf. *infra*, §828.

CHAPITRE 1 – LA RÉGÉNÉRATION DES FONDEMENTS DU *PRIVATE ENFORCEMENT*

766. L'étude comparative a montré que si les règles processuelles et matérielles structurant le concept de *private enforcement* n'ont pas véritablement évolué en droit américain, l'altération identifiée a été, plus fondamentalement selon nous, de nature conceptuelle. Son dévoiement en matière *antitrust* aux États-Unis est le résultat d'une interprétation des textes guidée par des conceptions politiques, économiques et idéologiques particulières. C'est alors moins le contenu du droit processuel que la portée, la raison d'être et l'intérêt du recours au *private enforcement* qui méritent, d'abord, d'être interrogés et repensés. Il serait en effet erroné de conclure de notre étude du modèle américain de *private enforcement* que celui-ci est voué à l'anéantissement et que, par conséquent, l'Union européenne devrait cesser ses démarches inspirées par ce modèle. L'objet du présent chapitre est plutôt de poser les bases d'une nouvelle définition du *private enforcement* grâce à une régénération de ses fondements.

767. Le terme de régénération exprime l'idée d'un nouvel engagement vers des qualités perdues, suite à un moment de déclin ou de dévoiement. Il est en cela porteur d'espoir en ce qu'il traduit une reconstruction possible sur des fondements existants, mais qui ont été altérés au fil du temps. C'est en ce sens qu'il nous est apparu parfaitement adapté pour présenter le renouvellement proposé du *private enforcement*. Car, la démarche politique – de lutte collective contre les atteintes aux règles communes – sur laquelle il repose à l'origine s'est diluée dans l'approche utilitariste de l'intérêt général¹⁹⁴⁹. L'idée selon laquelle la satisfaction de l'intérêt individuel contribue spontanément au bien-être collectif a conduit à réduire le *private enforcement* à une instrumentalisation des intérêts individuels au service de l'impératif de mise en œuvre des règles dans l'intérêt général¹⁹⁵⁰. Or, l'approche utilitariste est aujourd'hui fondamentalement remise en cause.

768. Le domaine de l'étude, d'abord, met en lumière les limites de l'appréciation des règles substantielles par la *doxa* dominante depuis près de 40 ans. La poursuite du seul intérêt

¹⁹⁴⁹ V. sur ce point les deux conceptions de l'intérêt général présentées dans le *Rapport public du Conseil d'État* 1999, « Réflexions sur l'intérêt général », *EDCE* n° 50, 1999, p. 257. (« Depuis lors, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État. L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »).

¹⁹⁵⁰ Cf *supra* Partie 1.

personnel de l'agent économique a conduit à une concentration des pouvoirs économiques dont on doute légitimement des bienfaits pour l'ordre concurrentiel. Mais la remise en cause de la démarche utilitariste se perçoit, ensuite, d'autant mieux lorsqu'elle est appréhendée dans une perspective plus générale. Le parti pris de généralité constitue, certes, un défi ambitieux et inconfortable en ce qu'il implique de se détacher de son objet d'étude. Mais cette mise en garde ne doit pas décourager d'une telle entreprise¹⁹⁵¹, car, pour reprendre les propos d'un auteur, « *une tentative désespérée de voir les choses dans leur ensemble est au moins aussi valable que la tâche tout aussi désespérée d'isoler des fragments pour les étudier de manière intensive, et beaucoup plus intéressante* »¹⁹⁵². L'éloignement de l'objet de spécialité permet de constater que les enjeux contemporains et l'émergence de nouvelles réalités sociales déstabilisent, de manière plus globale, les cadres de pensées traditionnels. Des phénomènes contemporains aussi massifs que le changement climatique ou les transformations sociales produites par les technologies numériques illustrent, de manière particulièrement claire, le brouillage de la ligne de partage entre intérêt individuel et intérêt général. Sur ces sujets au moins, le bien-être se confond avec le collectif, de sorte que chaque action individuelle – y compris celles qui sont engagées selon un ressort purement égoïste (amélioration de la qualité pour le climat ou de la protection, pour le numérique, de la vie privée) – profite de fait à l'intérêt collectif.

769. Ces mouvements témoignent ainsi d'une régénération des fondements du droit *antitrust* en particulier (*Section 1*) et idéologiques de manière générale (*Section 2*) dont il conviendra de tirer les conséquences procédurales. Envisagés sous cet angle, ces mouvements substantiels représentent, en effet, une opportunité pour le renouvellement du *private enforcement*.

¹⁹⁵¹ À cet égard, François OST souligne que les risques de la perspective généraliste et l'inconfort qu'elle procure par l'éloignement du champ de spécialité ne doivent pas dissuader le chercheur. Par-là, celui-ci contribue au contraire à lutter contre « *l'hyperspécialisation des savoir contemporains* » qui tend trop souvent à réduire l'étude de l'objet. Selon lui, cette démarche invite moins à l'arrogance qu'à « *l'humilité permanente du chercheur, privé du confort de toute espèce de niche où régner en maître* » (F. OST, *À quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016, spéc. p.11).

¹⁹⁵² J. MEEKER, *The Comedy of Survival : Studies in Literary Ecology*, Charles Scribner's Sons, 1974, p. 12 (« *a hopeless attempt to see things whole is at least as worthy as the equally hopeless task of isolating fragments for intensive study, and much more interesting* »), cité par A. BIHR, *Le premier âge du capitalisme (1415-1763)*, T. 1, Sylleps, 2018.

SECTION 1 – La régénération constatée des fondements idéologiques du droit *antitrust*

770. Un changement de paradigme en matière *antitrust* est manifestement en cours aux États-Unis. Jusqu'en 2019, les autorités de concurrence américaines ont fait le choix du retrait, conduisant les observateurs à parler d'une véritable « mise en sommeil » de la politique *antitrust*¹⁹⁵³. La *FTC* comme le *DOJ* justifiaient cette inaction par leur crainte de condamner des pratiques efficaces ou de brider l'innovation. Déjà amorcée sous l'administration TRUMP¹⁹⁵⁴, la fin du relâchement des autorités de concurrence a été confirmée par la dernière élection américaine. Le nouveau président des États-Unis Joe BIDEN a lui-même annoncé un retour à un droit de la concurrence plus offensif¹⁹⁵⁵.

771. Ce changement de paradigme prend directement appui sur un mouvement contestataire au sein de la doctrine américaine¹⁹⁵⁶. Si la démonstration menée jusqu'à présent a largement montré l'ascendant de l'École de Chicago sur le structuralisme de Harvard dans l'appréciation du droit *antitrust*¹⁹⁵⁷, la pensée néoclassique perd progressivement du terrain¹⁹⁵⁸. Au sein du

¹⁹⁵³ J. B. BAKER, *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, , Harvard University Press, 2019. V. également sur les critiques de l'inaction : Th. PHILIPPON, *The Great Reversal : How America Gave Up on Free Markets*, Harvard University Press, 2019.

¹⁹⁵⁴ Après l'annonce du *DOJ* en juin 2019 d'une enquête à l'encontre de Google, 50 procureurs généraux ont décidé trois mois plus tard d'en ouvrir une également à propos de pratique dans le secteur de la publicité en ligne. Aussi, fin 2020, les autorités de la concurrence ont agi dans le domaine des concentrations, touchant là encore – mais pas que – au pouvoir des GAFAM. En français : W. CHAIEHLOUJ, « Le DOJ et la FTC s'attaquent à l'épineux sujet des “killers acquisitions” (USA/ Visa ; Facebook / FTC) », *Concurrences*, n°1-2021.

¹⁹⁵⁵ E. POSNER, « Antitrust is back in America », *Concurrences* n° 2-2021. V. sur ce point dans le numéro de juillet 2021 de la même revue, la présentation des différents *executive orders* que Joe BIDEN a signés. Par exemple : <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/july-2021-en/the-us-president-joe-biden-signs-an-executive-order-aimed-at-promoting>

¹⁹⁵⁶ De manière générale, l'impact d'évolutions doctrinales en cours dans le monde académique sur la position des institutions publiques est délicat à mesurer. Dans le contexte américain, la tâche est, en revanche, beaucoup moins problématique. L'exemple du domaine *antitrust* a montré que les travaux universitaires ont été une source directe d'inspiration pour les institutions américaines qui ne s'en sont jamais vraiment cachées. L'on se rappelle par exemple que la Cour suprême n'a pas hésité à citer expressément ses sources d'inspiration et notamment l'article de BORK dans l'arrêt *Reiter* de 1979 (dans une perspective plus globale, cf. *supra*, sur l'influence du courant de Chicago sur la majorité conservatrice de la Cour suprême). Le mouvement contestataire identifié ne semble pas faire pas exception à cette tendance. L'événement le plus marquant de son influence réside dans la nomination de Lina KHAN, devenue figure de proue du mouvement contestataire, à la tête de la *FTC*. Bien que moins médiatisé, le choix de nommer le professeur de l'Université de Columbia Timothy WU, autre figure du mouvement, au Conseil économique national de la Maison blanche a confirmé les ambitions de la nouvelle administration, envoyant un message fort aux opérateurs économiques dominants les marchés américains.

¹⁹⁵⁷ Pour une présentation de ces deux Écoles et l'influence de celle de Chicago à partir des années 1970-80 : cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, § 438 et s.

¹⁹⁵⁸ Les travaux sur lesquels on s'appuiera pour caractériser ce mouvement contestataire sont notamment ceux de Lina KHAN (« Amazon's Antitrust Paradox », *Yale L. J.*, 2017, vol. 126, pp. 710- 80), Tim WU (*The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, *Columbia Global Reports*, 2018) Matt STOLLER (*Goliath: The 100-Year War Between Monopoly Power and Democracy*, Simon & Schuster, 2019) ou encore J. B. BAKER (*The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, préc.). Pour une présentation récente de ce mouvement et de ses limites : A. J. DEVLIN, *Reforming Antitrust*, Cambridge University Press, 2021.

monde académique, les préceptes de Chicago sont de plus en plus identifiés comme la cause d'un niveau trop faible d'*enforcement*. Ce tournant doctrinal vise ainsi à dénoncer la *doxa* dominante qui a conduit à une concentration excessive du pouvoir économique, notamment illustrée par le marché du numérique¹⁹⁵⁹.

772. Sur ce point, force est de constater que l'Union européenne a pris de l'avance. Si le droit *antitrust* américain a traditionnellement été la matrice de son développement en Europe, la prise de conscience des problèmes soulevés par le pouvoir des grandes plateformes du numérique a d'abord été européenne. L'activisme européen a été amorcé dès les années 2000 par les autorités publiques¹⁹⁶⁰. Mais le recours traditionnel au *public enforcement* a néanmoins montré ses limites. Face à l'insuffisance manifeste du droit de la concurrence (insuffisance des sanctions) et aux coûts qu'une intervention répressive *a posteriori* implique, l'Union a déjà bien avancé sur l'idée de la réglementation¹⁹⁶¹.

773. La promotion d'un activisme du *public enforcement* en matière *antitrust* voire d'une réglementation *ex ante* sont également les deux voies préconisées par le mouvement contestataire américain¹⁹⁶². À première vue alors, le *private enforcement* paraît exclu des outils

¹⁹⁵⁹ Si ce constat ne s'épuise pas dans le domaine du numérique, il constituera dans le cadre de notre démonstration l'illustration principale. Les entreprises visées – également désignées sous les acronymes « GAFAM », « MAGNAF » ou encore l'expression « Big Tech » – correspondent à celles qui dominent le marché du numérique à savoir Google, Facebook, Amazon, Apple et Microsoft. Plus largement, on visera également l'ensemble des plateformes émergentes (Netflix, Uber, Airbnb...). Pour une étude récente, v. not. : N. PETIT, *Big Tech and the Digital Economy : The Moligopoly Scenario*, Oxford, 2020.

¹⁹⁶⁰ L'on pense évidemment à l'affaire *Microsoft* relative à la condamnation par la Commission de l'entreprise à une amende de près de 500 millions d'euros (Déc. 24 mars 2004, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE aff. COMP/C-3/37. 792 Microsoft), confirmée par le Tribunal dans son arrêt du 17 sept. 2007 (aff. T-201/04). Plus récemment, sur la question particulière du système d'application de l'*AppStore* : c'est la Commission, saisie de plusieurs plaintes d'opérateurs économiques dont *Spotify*, qui s'est intéressé depuis début 2019 aux règles du modèle de distribution d'applications via l'*App Store* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1073

¹⁹⁶¹ En témoigne la proposition de la Commission présentée le 15 déc. 2020 au Parlement européen et au Conseil pour un *Digital Market Act* visant à la mise en place de « *gatekeeper* ». S'ajoute à cela une autre proposition dans le cadre de la stratégie de la Commission pour un marché unique du numérique (*Digital service Act*). Ces éléments nous permettent de justifier le cadre de l'étude en ce qu'ils sont le reflet du maintien de la prédominance dans l'Union du rôle des autorités publiques pour réguler l'ordre concurrentiel. Face aux nouveaux enjeux, le réflexe est celui du *public enforcement* et non du *private enforcement*. C'est pour cela, et dans ce contexte, que l'on se restreindra, à ce stade l'étude, au droit américain. Sur la politique juridique et politique de régulation des plateformes dominantes d'internet dans l'Union : C. CASTETS-RENARD, « La régulation des plateformes en ligne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1245, 2019 ; L. CALANDRI, « Régulation de l'économie des plateformes numériques », *JCP A*, 2019, n° 20, pp. 26-27 ; D. BOSCO, « L'Autorité de la concurrence propose de créer un droit spécial pour les plateformes numériques dites "structurantes" », *Contrats, conc. consom.*, 2020, n° 4, pp. 28-29 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *D. S.*, 2018, n° 28, pp. 1561-1563 ; W. CHAIEHLOUJ, « Le droit de la régulation numérique marginalisera-t-il le droit de la concurrence ? Réflexions à la lumière de l'affaire *Epic Games c/ Apple* », *Concurrences*, N° 3-2021.

¹⁹⁶² Cf. L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », *préc., spéc.* pp. 790.

mobilisables pour contrer cette concentration des pouvoirs économiques, et ce, aussi bien aux États-Unis¹⁹⁶³ que dans l'Union.

774. Pourtant, ce premier constat mérite d'être nuancé, car ce mouvement doctrinal américain intéresse précisément notre démonstration. En remettant en cause les préceptes de Chicago, les auteurs démontrent l'échec de la démarche utilitariste qui a conduit, au niveau procédural, à concevoir le *private enforcement* comme une simple instrumentalisation des intérêts individuels. Plus encore, en réintégrant une diversité d'objectifs au droit *antitrust*, ce tournant doctrinal reconnaît, en creux, une diversité d'intérêts qui ont été méprisés par l'approche classique. Au niveau procédural, l'intérêt privé ne se réduit pas à l'intérêt du consommateur à obtenir réparation du fait d'un prix plus élevé. L'intérêt du concurrent qui tente d'accéder au marché (ou de survivre sur le marché), de l'utilisateur qui voit ses données collectées ou encore de celui du salarié sont autant d'intérêts susceptibles d'être revendiqués en justice. D'ailleurs, la remise en cause académique des fondements du *private enforcement* en matière *antitrust* ne semble pas rester lettre morte. Bien qu'il faille à ce jour rester mesuré, la Cour suprême semble avoir pris conscience des insuffisances de l'approche classique.

775. C'est dans ce contexte que la régénération des fondements du droit *antitrust* proposé par ce revirement doctrinal d'un point de vue substantiel (§1) doit, à notre sens, s'accompagner d'effets procéduraux. Le revirement jurisprudentiel en matière de *private enforcement* paraît en ce sens opportun (§2).

§ 1 – L'émergence d'un revirement doctrinal

776. L'approche dominante depuis le début des années 1980 est aujourd'hui remise en cause par une partie de la doctrine. Désigné sous l'expression « *New Brandeis movement* »¹⁹⁶⁴, ce mouvement conteste plus précisément la prédominance du bien-être du consommateur comme seul critère pour la politique de concurrence. En substance, les auteurs préconisent une régénération des fondements originels du droit *antitrust*, car, selon eux, l'approche minimaliste focalisée sur les prix bas s'est opérée au détriment d'autres objectifs tels que l'innovation, la

¹⁹⁶³ Aux États-Unis, l'audience des dirigeants de Google, Amazon et Facebook devant le Congrès américain a été la manifestation de la prise de conscience des enjeux que soulèvent leur pouvoir économique. Depuis, de nombreuses procédures ont suivi : la FTC, la Californie et l'État de New York ont décidé de mener une enquête sur les pratiques de Google, Apple, Amazon et Facebook et cette dernière a été inculpée pour abus de position dominante le 9 décembre 2020.

¹⁹⁶⁴ En référence au juge Louis BRANDEIS connu pour sa lutte contre la concentration du pouvoir économique. Sur l'utilisation de l'expression, v. not.: L. KHAN, « The New Brandeis Movement : America's Antimonopoly Debate », *J. of Euro. Comp. L. & Practice*, 2018, vol. 9, pp. 131-132.

protection du bien être des travailleurs ou de la protection des données des utilisateurs. Afin de comprendre les apports substantiels du renouvellement proposé par le mouvement contestataire pour notre démonstration (B), il convient de revenir plus précisément sur les raisons qui poussent les auteurs à remettre en cause les préceptes de Chicago (A).

A) Les fondements de la remise en cause des préceptes de Chicago

777. Par sa promotion de l'efficacité économique comme objectif principal de la politique de concurrence, l'École de Chicago a accordé une place prédominante au critère du prix payé par le consommateur final, et ce, pour mesurer le niveau optimal de concurrence¹⁹⁶⁵. En substance, il s'agit de s'assurer du maintien des prix à la consommation à un niveau bas. C'est notamment dans l'ouvrage « *The Antitrust Paradox* »¹⁹⁶⁶ publié en 1978 que Robert BORK a fait de l'objectif du bien-être du consommateur le seul objectif légitime des règles *antitrust*¹⁹⁶⁷ : leur mise en œuvre devant ainsi être exclusivement guidée par celui-ci en vue de la poursuite de l'efficacité économique¹⁹⁶⁸. Ses travaux – ainsi que l'ensemble de ceux qui se rattachent à cette École – ont influencé tant la Cour suprême¹⁹⁶⁹ que les autorités publiques en charge de l'application du droit *antitrust*¹⁹⁷⁰. Ils ont plus particulièrement impliqué un bouleversement dans l'appréhension des règles substantielles et procédurales, les deux apparaissant étroitement liées.

778. D'un point de vue substantiel, l'influence exercée par la doctrine de Chicago s'est exercée dans deux domaines particuliers : celui de la théorie des prix prédateurs (« *predatory pricing* ») et celui des intégrations verticales (« *vertical integration* »)¹⁹⁷¹. En substance, les

¹⁹⁶⁵ Pour une présentation générale sur ce point en langue française : F. MARTY, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence, une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'*antitrust* américain », *RIDE*, 2014/4, pp. 471-497.

¹⁹⁶⁶ R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1978.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*, spéc. p. 7 (« *[T]he only legitimate goal of antitrust is the maximization of consumer welfare* »).

¹⁹⁶⁸ D. A. CRANE, « The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy », *Antitrust L. J.*, 2014, vol 79, p. 835, spéc. p. 847.

¹⁹⁶⁹ L'influence sur la Cour suprême a été marquée par la reconnaissance explicite de l'objectif du bien-être du consommateur en 1979 dans l'arrêt *Reiter* (*Reiter v. Sonotone Corp.*, préc.)

¹⁹⁷⁰ L'influence des préceptes de Chicago sur les autorités publiques en charge de la mise en œuvre des règles *antitrust* s'est traduite dans les lignes directrices de l'administration du président REAGAN en matière de fusion. En comparaison avec celles de 1968, les lignes directrices de 1982 insistent moins sur la nécessité de protéger la structure concurrentielle que sur celle de maintenir des prix concurrentiels (Pour les références citées v. not. : L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale L. J.*, 2017, vol. 126, pp. 710- 80, spéc., p. 721)

¹⁹⁷¹ Cette expression vise à désigner un mode de contrôle consistant pour une entreprise à regrouper sous sa seule autorité l'ensemble des étapes de production et de distribution. Avant l'influence de l'École de Chicago, celles-ci ont eu tendance à être traitées par les autorités américaines comme des concentrations au sens du *Clayton, Sherman* ou *Federal Trade Commission Act*. En ce sens, elles étaient interdites si elles étaient susceptibles de réduire la

partisans de l'École de Chicago ont considéré que ces deux comportements « *ne réduisent jamais ou presque jamais le bien être du consommateur* »¹⁹⁷². Dans ce contexte et en contradiction avec sa position antérieure¹⁹⁷³, la jurisprudence a adopté une approche restrictive de la théorie des prix prédateurs – comme a pu en témoigner l'arrêt *Matsushita*¹⁹⁷⁴ – et, à l'inverse, une approche large des pratiques dites d'intégration verticale, considérant (en adéquation avec le courant de Chicago) qu'elles bénéficient d'un effet « procompétitif »¹⁹⁷⁵. Ce changement de conception a nécessairement eu un impact sur l'application des règles tant par les autorités publiques que privées. D'un point de vue procédural, un relatif abandon de la mise en œuvre de la *Section 2* relative aux monopoles par les autorités publiques a pu être observé sur la base de cette confiance en un fort degré de concentration pour assurer l'efficacité économique¹⁹⁷⁶. S'agissant du *private enforcement*, on l'a vu, la prédominance du critère du bien-être du consommateur a impliqué pour le requérant d'établir la preuve de l'*antitrust injury* : l'atteinte au bien-être du consommateur pouvant uniquement être établie *via* la preuve de l'augmentation des prix ou d'une limitation de la production¹⁹⁷⁷.

779. Toutefois, c'est précisément face à ces constats que l'on assiste dans la littérature américaine à une remise en cause des préceptes de l'École de Chicago.

780. La critique est d'abord empirique. Elle résulte du constat d'une partie des observateurs qui mettent en lumière les échecs de l'École de Chicago sur la concurrence et plus globalement sur l'économie. Plus précisément, les effets salutaires supposés de sa doctrine, notamment en lien avec la recherche du bien-être du consommateur, se révèlent, en définitive, peu conformes à la réalité. Assez ironiquement, ce critère a abouti, selon eux, à des prix plus élevés et à peu

concurrence, le commerce interétatique ou de constituer une concurrence déloyale. V. sur ce point : L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., spéc., p. 731.

¹⁹⁷² D. A. CRANE, « The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy », préc., spéc. p. 852 (« *never or almost never reduce consumer welfare* »).

¹⁹⁷³ Pour une présentation de l'évolution jurisprudentielle sur ce point v. not. L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., spéc. p. 722-736.

¹⁹⁷⁴ Cf. *supra* Chapitre 1 (*Matsushita Electric v. Zenith Radio Corp*, préc.).

¹⁹⁷⁵ L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc.

¹⁹⁷⁶ V. not sur ce point : D. A. CRANE, « Has the Obama Justice Department Reinvigorated Antitrust Enforcement ? », *Stan. L. Rev.*, 2012 (« *The final category is monopolization cases. Over the eight years of the Bush Administration, the Justice Department filed no monopolization cases. To date, the Obama Administration has filed only one case, hardly evidencing a major shift in tactics* »).

¹⁹⁷⁷ Cf. *supra*, §429 et s. Pour une illustration explicite v. not. l'arrêt : *Ginzburg v. Mem'l Healthcare Sys., Inc.*, 993 F. Supp. 998, 1015 (S.D. Tex. 1997) (« [B]ecause "the purpose of antitrust law is the promotion of consumer welfare" the court must analyze the antitrust injury question from the perspective of the consumer . . . Thus, in order to show that he suffered an antitrust injury, 'an antitrust plaintiff must prove that the challenged conduct affected the prices, quantity or quality of goods or services and not just his own welfare ») cité par L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc. p. 721 note 43.

d'efficience économique¹⁹⁷⁸. Plus encore, les présupposés de l'École de Chicago seraient à l'origine d'une réduction des opportunités pour les entrepreneurs ainsi que d'une stagnation de l'économie¹⁹⁷⁹. Car, les intérêts à long terme des consommateurs consistant à trouver des produits de qualité, variés et innovants, sont assurés dans le cadre d'un marché concurrentiel : au contraire, un marché qui s'organise autour de quelques grandes entreprises en position dominante compromet ces intérêts, car celles-ci bloquent la compétitivité et ne sont, par conséquent, pas incitées à s'améliorer et innover¹⁹⁸⁰.

781. Ensuite, le mouvement critique relève plus fondamentalement que les préconisations de l'École de Chicago reposent sur le présupposé erroné selon lequel le *Sherman Act* a été conçu pour promouvoir le bien-être du consommateur¹⁹⁸¹. Au regard de l'histoire du cadre législatif *antitrust*, ce critère unique procèderait d'une relecture des objectifs du Congrès puisque celui n'a jamais entendu ne donner aux règles *antitrust* qu'un seul objectif. Au contraire, on leur a attribué jusqu'aux années 1950 une multitude de finalités telles que la protection d'un marché ouvert, la protection des producteurs et consommateurs contre les abus de domination au profit d'une fragmentation du pouvoir économique¹⁹⁸².

782. Enfin, et dans le prolongement de la deuxième critique, l'approche traditionnelle issue de l'École de Chicago pose un vrai problème démocratique. Selon les partisans de ce mouvement critique, le législateur a précisément entendu lutter contre la concentration du pouvoir privé économique. Il s'agissait d'éviter qu'une minorité d'une part, influence le pouvoir politique et,

¹⁹⁷⁸ J. KWOKA, « Mergers, Merger control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy » (2015) ; « Benefits of Competition and Indicators of Market Power », Council Econ. Advisers (Apr. 2016), http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414cea_competitionbissue-brief.pdf [<http://perma.cc/9NMS-4U9L>]; Divs. of Research Statistics & Monetary Affairs, Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency, FED. RES. (2016), <http://www.federalreserve.gov/econresdata/feds/2016/files/2016082pap.pdf> [<http://perma.cc/CY4Y-DGB2>]. Références citées par L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., p. 739, note 148.

¹⁹⁷⁹ B. C. LYNN, L. KHAN, « The Slow Motion Collapse of American Entrepreneurship », *Wash. Monthly*, 2012 <http://washingtonmonthly.com/magazine/julyaugust-2012/the-slow-motion-collapse-of-american-entrepreneurship> ; I. HATHAWAY, R. E. LITAN, « What's Driving the Decline in the Firm Formation Rate? A Partial Explanation », Brookings Inst. (Nov. 2014), http://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/driving_decline_firm_formation_rate_hathaway_litan.pdf. Références citées par L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., p. 739, note 149.

¹⁹⁸⁰ L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., spéc., p. 739.

¹⁹⁸¹ Cette critique des intentions originelles n'est en soi pas nouvelle. V. plus précisément pour les critiques de la pensée de BORK : J. J. FLYNN, « The Reagan Administration's Antitrust Policy, "Original Intent" and the Legislative History of the Sherman Act », *Antitrust Bull.*, 1988, vol. 33, p. 259 ; E. M. FOX, « The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell L. Rev.*, 1981, vol. 66, p. 1140 ; H. HOVENKAMP, « Antitrust's Protected Classes », *Mich. L. Rev.*, 1989, vol. 88, p. 1 ; and M. E. STUCKE, « Reconsidering Antitrust's Goals », *B. C. L. Rev.*, 2012, vol. 53, p. 551.

¹⁹⁸² V. not. E. M. FOX, « The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell L. Rev.*, 1981, vol. 66, p. 1140, spéc. p. 1153-54.

d'autre part, s'octroie le droit de contrôler le bien commun à la place des autorités démocratiques¹⁹⁸³. Cette critique ancienne de la conception néoclassique du droit de la concurrence¹⁹⁸⁴ a trouvé un nouvel écho plus récemment sous la plume des professeurs Spencer WEBER WALLER et Harry FIRST¹⁹⁸⁵. Ils ont plus particulièrement dénoncé le caractère technocratique de la mise en œuvre du droit *antitrust*¹⁹⁸⁶ : en accordant autant d'importance aux considérations d'experts (notamment économiques), les autorités publiques, comme l'institution judiciaire, ont négligé les enjeux démocratiques que représente le droit *antitrust*¹⁹⁸⁷.

783. En résumé, ce mouvement contemporain s'appuie sur les fondements originels du droit *antitrust* pour contester la doctrine néoclassique dominante. Ce revirement doctrinal procède d'une prise de conscience que l'unique appréhension du bien-être du consommateur, prônée par l'École de Chicago, a atteint ses limites : elle participe d'un regard à court terme qui tend à se faire au détriment non seulement du bien-être des autres acteurs (producteurs/fabricants/salariés, etc.), mais aussi du marché dans son entièreté et des politiques publiques en matière d'emploi et de fiscalité¹⁹⁸⁸. Compte tenu des insuffisances de cette approche minimaliste face aux enjeux contemporains et aux nouvelles réalités sociales, des auteurs tentent alors d'apparaître comme force de propositions.

B) Les apports substantiels des propositions contemporaines de réformes

784. Après la parenthèse néoclassique amorcée dans les années 1980, les partisans du mouvement contestataire considèrent qu'une remise au goût du jour des solutions antérieures

¹⁹⁸³ Lorsque le Congrès a adopté le *Sherman Act* en 1890, le sénateur John SHERMAN l'a qualifié de « déclaration des droits, une charte de la liberté ». Sur le parquet du Sénat, il aurait déclaré : « *If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity* ». 21 CONG. REC. 2461 (1890) (statement of Sen. Sherman), pt 2457, cité par L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., spéc., p. 740.

¹⁹⁸⁴ R. PITOFKY, « The Political Content of Antitrust », *U. Pa. L. Rev.*, 1979, vol. 127, p. 1051 ; E. M. FOX, « The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium », *Cornell L. Rev.*, 1981, vol. 66, p. 1140.

¹⁹⁸⁵ H. FIRST, S. WEBER WALLER, « Antitrust's Democracy Deficit », *Fordham L. Rev.*, 2013, vol. 81, pp. 2543-2574.

¹⁹⁸⁶ Ils se sont pour cela appuyés sur la définition du terme « technocracy » donnée par le professeur Daniel CRANE : « *the insulation of a governmental function from popular political pressure and its administration by experts rather than generalists* » (D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, 2011, p. 70 ; « Technocracy and Antitrust », *Tex. L. Rev.*, 2008, vol. 86, p. 1159).

¹⁹⁸⁷ H. FIRST, S. WEBER WALLER, « Antitrust's Democracy Deficit », préc. p. 2544 (« *But antitrust is also public law designed to serve public ends. Today's unbalanced system puts too much control in the hands of technical experts, moving antitrust enforcement too far away from its democratic roots* »).

¹⁹⁸⁸ Sur ce point, on s'appuiera principalement sur les travaux de J. B. BAKER (*The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019) et L. KHAN (« Amazon's Antitrust Paradox », préc.)

s'impose. Sans prôner un strict retour à l'approche structuraliste de Harvard¹⁹⁸⁹, il est en revanche nécessaire de délaisser le critère du bien-être du consommateur pour se concentrer à nouveau sur l'examen de la structure concurrentielle dans son ensemble¹⁹⁹⁰.

785. Les travaux de Lina KHAN. L'amorce de ce tournant doctrinal a été marquée par un article remarqué de Lina KHAN publié en 2017 dans le *Yale Law Journal*¹⁹⁹¹ intitulé « *Amazon's Antitrust Paradox* ». Son travail met en lumière l'incapacité du cadre juridique *antitrust* à saisir les enjeux concurrentiels que soulève le cas Amazon. Certes, cette société bénéficie du soutien des consommateurs à l'échelle mondiale grâce aux prix incontestablement bas et à la rapidité de livraison qu'elle propose. Mais, les conditions du développement de la domination de la société doivent, selon elle, interroger l'évolution du cadre législatif *antitrust* américain. Car, plus globalement, le cas Amazon invite à une prise de conscience du problème concurrentiel que posent les plateformes en ligne (Google, Uber, etc.). Celui-ci pourrait se résumer en substance par l'effet du « *winner-take-all* »¹⁹⁹² : grâce à leur fonctionnement en réseau et leur contrôle des données des utilisateurs, les plateformes en ligne produisent nécessairement des entreprises en situation de domination, et donc un marché dominé par seulement quelques-unes. En outre, elle note que leur contrôle des données contribue et facilite leur expansion dans d'autres secteurs. En définitive, il en découle précisément, selon elle, de nouvelles formes de pratiques anticoncurrentielles : le monopole des plateformes en ligne établies sur le marché leur permet de mettre en place des stratégies constituant de véritables barrières à l'entrée pour des potentiels concurrents¹⁹⁹³. Or, elle remarque qu'une action pour dénoncer, par exemple, la technique de prix prédateur par Uber ou Amazon serait impossible à gagner au regard de la conception restrictive de la notion même de prix prédateur ou de celle de barrière à l'entrée¹⁹⁹⁴. Bien que l'autrice reconnaisse des signaux de la part des autorités publiques (FTC et DOJ) en faveur d'une plus grande vigilance sur cette question, elle considère qu'il faudrait un cadre juridique plus précis applicable aux plateformes. Elle se propose de contribuer à son renouvellement en esquissant quelques pistes. Afin d'assurer un plus grand contrôle de la

¹⁹⁸⁹ Lina KHAN s'en défend explicitement (L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc., spéc. p. 745).

¹⁹⁹⁰ On pourrait préciser ici que ce point a déjà été soutenu en 1981 par Eleanor FOX (E. M. FOX, « The Modernization of Antitrust : A New Equilibrium », préc.).

¹⁹⁹¹ L. KHAN, « Amazon's Antitrust Paradox », préc. Le retentissement de son article a rapidement dépassé le cadre académique (<https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopoly-antitrust-lina-khan-amazon.html>).

Pour son impact suite à l'élection du président Joe BIDEN : cf. *infra*.

¹⁹⁹² *Ibid.*, p. 585.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, pp. 785-786

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 789.

position des plateformes, deux approches sont possibles selon elle. Soit, on régule via le droit de la concurrence. Soit, on accepte leur position monopolistique, mais on réglemente¹⁹⁹⁵. La première approche implique d’agir sur les deux terrains précédemment identifiés à savoir : revoir la conception des prix prédateurs et celle des intégrations verticales¹⁹⁹⁶. La seconde, constitue une option possible comme en témoigne les différents exemples historiques en matière de chemin de fer, réseau électrique/de gaz/télécommunication, etc. Il s’agirait dans ce cas de recourir à la notion de *public utility* dont le régime consiste à accepter le monopole de certaines entreprises en place dans un secteur donné – au regard des bénéfices qu’il apporte pour le bien commun – tout en déterminant un cadre pour éviter qu’elles en abusent¹⁹⁹⁷.

786. Le consensus des réformateurs. Son article a suscité de nombreuses réactions de la part des partisans de l’approche néoclassique¹⁹⁹⁸. Mais Lina KHAN ne résume évidemment pas à elle seule le « tournant » critique identifié ici¹⁹⁹⁹. Malgré des divergences dans l’analyse²⁰⁰⁰, les « réformateurs » s’accordent sur la nécessité d’une approche plus interventionniste, voire agressive, de l’*antitrust*²⁰⁰¹. Deux points font consensus : la nécessité contemporaine du débat

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 790.

¹⁹⁹⁶ Cf *supra*, §778.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 797 et s. Sur le lien avec les choix opérés au sein de l’Union dans le *Digital Right Act* (cf. *supra*, §772 note 1958).

¹⁹⁹⁸ Le professeur Herbert HOVENKAMP lui a explicitement répondu dans un article publié la même année (H. HOVENKAMP, « Antitrust Policy and Inequality of Wealth », *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2017, p. 1769. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1769/). Après avoir cité expressément son travail, il lui répond que si des entreprises telles qu’Amazon sont visées simplement parce que leurs bas prix nuisent à leurs concurrents, cela reviendrait à « replonger rapidement l’économie au temps de l’âge de pierre, en imposant des coûts démesurés à tout le monde ». Dans le même sens, des membres même de la FTC se sont posés en fervents défenseurs d’Amazon (T. J. MURIS, J. E. NUECHTERLEIN, « Antitrust in the Internet Era : The Legacy of United States v. A&P (May 29, 2018) », *George Mason Law & Economics Research Paper* No. 18-15, disp. en ligne sur le site <https://ssrn.com/abstract=3186569>).

¹⁹⁹⁹ Bien qu’elle soit devenue la figure de proue du mouvement. Cf. *supra* (§770) les implications de son article et notamment sa nomination à la tête de la FTC.

²⁰⁰⁰ S’il partage le constat que l’application du droit *antitrust* a été trop faible de manière générale et d’autant plus vis-à-vis des plateformes, le professeur Daniel CRANE regrette par exemple une tendance « populiste » consistant à considérer qu’il est forcément nécessaire de contrôler « la grandeur » (« *the bigness* ») des entreprises. Selon lui, ce débat, voire plus particulièrement la nécessité de réformer, est trop souvent guidée par des considérations idéologiques droite / gauche se révélant la plupart du temps trop caricaturales. Néanmoins, Daniel CRANE reconnaît que l’on se situe à un moment particulier. Il résume d’ailleurs la situation actuelle dès début de son article en remarquant que « (*l*)a législation *antitrust* se trouve à son moment le plus fluide et le plus négociable depuis une génération ». D. A. CRANE, « Antitrust’s Unconventional Politics », *Law & Economics Working Papers*, 2018, p.153 (https://repository.law.umich.edu/law_econ_current/153)

²⁰⁰¹ T. WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, *Columbia Global Reports*, 2018 ; M. STOLLER, *Goliath: The 100-Year War Between Monopoly Power and Democracy*, Simon & Schuster, 2019.

sur les objectifs *antitrust* et celle du renforcement de l'*enforcement* notamment face aux pratiques contestables des plateformes dominantes pour l'ordre concurrentiel²⁰⁰².

787. Les implications pour le *private enforcement*. Ce mouvement en cours dans le champ substantiel intéresse notre démonstration. Car, la remise en cause de l'approche néoclassique récuse, en creux, la base utilitariste sur laquelle repose le *private enforcement*. La *doxa* dominante a considéré que la somme des intérêts individuels des opérateurs économiques aboutit au bien-être collectif entendu comme un marché dans lequel les consommateurs peuvent accéder au prix auquel ils sont disposés à payer. Or, en révélant les insuffisances de cette équation, ce mouvement met en lumière le constat selon lequel les notions mêmes d'intérêt privé et d'intérêt public sont brouillées. Le premier n'est pas forcément réductible à l'intérêt économique du consommateur à obtenir des prix bas sur le marché, comme l'a prétendu l'approche de Chicago. Par voie de conséquence, le second ne résulte pas uniquement de la revendication en justice de l'atteinte à cet intérêt individuel calculable.

788. C'est dans ce contexte que la régénération des fondements du droit *antitrust* esquissée par ce mouvement critique peut conduire à une redéfinition du *private enforcement*. La remise en cause du volet substantiel doit s'accompagner d'un volet procédural. En effet, si l'on prend au sérieux les enseignements des contestataires, la réaffirmation de la diversité des objectifs du droit *antitrust* induit la reconnaissance d'une diversité d'intérêts légitimes à être revendiqués en justice. D'un point de vue procédural, le renouvellement du *private enforcement* nécessite d'aller plus loin que la prise en compte du seul préjudice économique du consommateur. L'intérêt légitime d'agir en justice ne se réduit pas à l'intérêt individuel, calculable en argent, de ce dernier. Le prolongement procédural des préconisations du mouvement contestataire consisterait en une redéfinition du *standing* au profit d'intérêts divers tels que ceux des salariés, des utilisateurs qui voient leurs données collectées, voire de ceux des citoyens²⁰⁰³. Si l'on n'en

²⁰⁰² Sur l'examen attentif de ces pratiques v. J. B. BAKER, *The Antitrust Paradigm, Restoring a Competitive Economy*, préc., spéc. p. 119 et s.

²⁰⁰³ Pour une illustration récente aux États-Unis d'intérêts des travailleurs à la structure de marché concurrentielle : <https://nypost.com/2021/08/10/google-slashing-pay-for-work-from-home-employees-by-up-to-25/amp/>. De manière plus générale, ce point rejoint les réflexions de certains auteurs qui proposent d'étirer les contours du standard du « consumer welfare ». Pour certains, le bien être du consommateur doit couvrir le bien être du contribuable (notamment dans le domaine des aides : J.-Y. CHEROT, « Le 'Plan d'action' de la Commission dans le domaine des aides d'Etat », AJDA 2007, p. 2412 ; P. HEIDHUES et R. NITSCHKE, « Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach », EStAL, 2006 n°1, pp. 23-34). Pour d'autres, le concept permet d'envisager l'individu, non seulement en sa qualité de consommateur et de contribuable, mais aussi comme propriétaire du capital et de la force de travail, intéressé par les résultats de l'entreprise (W. KERBER, « Should competition law promote efficiency ? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law », in J. DREXL, L. IDOT et J. MONÉGER, (dir.), *Economic Theory and Competition Law*, préc., pp. 93-120).

est pas là, des évolutions contentieuses peuvent laisser présager d'une prise de conscience du juge de l'insuffisance du modèle de l'approche classique. Dépassant le cercle académique et politique, ce mouvement doctrinal commence à trouver des échos contentieux.

§ 2 – L'opportunité d'un revirement jurisprudentiel

789. Notre propos ne sera pas ici d'expliquer le renouvellement du *private enforcement* qui doit nécessairement découler d'une révision des conceptions substantielles de l'*antitrust*. Un tel changement dans les années à venir n'a, certes, rien d'improbable puisque l'on a vu que le changement de doctrine en faveur de l'analyse économique des règles avait entraîné un tournant restrictif en matière de *private enforcement*²⁰⁰⁴. Les règles procédurales sont de fait intimement liées à la conception que l'on se fait des règles de fond. L'idée que nous souhaitons développer est plutôt que ce changement du droit substantiel constitue une opportunité pour une régénération du *private enforcement* et réciproquement. Cependant, à ce stade de l'étude, notre démarche se veut moins prospective que prescriptive : la remise en cause des règles substantielles telles qu'appréhendées par Chicago devrait impliquer celle des règles procédurales. Le revirement jurisprudentiel nous paraît en ce sens opportun.

790. Une fois cette préconisation admise dans son principe, encore faut-il définir en quoi devrait précisément consister le revirement. Il est clair que la vision restreinte de l'intérêt privé qu'a impliqué la démarche utilitariste a conduit à une restriction de l'accès au prétoire qui montre aujourd'hui ses limites. La concentration du pouvoir économique des plateformes du numérique en constitue l'illustration saillante. Sur ce point, la Cour suprême semble précisément percevoir à son tour les limites de l'approche néoclassique. L'infléchissement de l'arrêt *Apple* de 2019 est représentatif de la nécessité d'une déconstruction des préceptes de Chicago (A). Pour autant, bien que remarquée, cette solution est encore loin de construire une théorie alternative en adéquation avec la régénération proposée par le mouvement contestataire. À notre sens, le revirement devrait, ensuite, consister en une redéfinition plus profonde du *standing*. Cette préconisation semble d'abord répondre à une demande sociale. Car, les consommateurs ne sont pas les seuls à revendiquer des intérêts devant les juridictions. La nécessité d'une reconnaissance d'un plus grand nombre d'intérêts trouve écho dans la mobilisation persistante d'opérateurs actifs sur le marché du numérique devant les tribunaux. Celle-ci pose les bases d'une reconstruction, encore embryonnaire (B).

²⁰⁰⁴ V. notamment *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc*, préc. Cf. *supra*, Partie 1, §432 et s.

A) Une déconstruction amorcée

791. L'affaire *Apple* de 2019. Après plusieurs décennies de restriction de l'accès au prétoire par l'introduction de divers obstacles procéduraux²⁰⁰⁵, l'affaire *Apple* de 2019²⁰⁰⁶ apparaît nécessairement comme un infléchissement de la Cour suprême. Pour mémoire, des utilisateurs d'Apple ont intenté une action contre celle-ci en 2011 pour abus de position dominante. La question principale était d'ordre procédural : il s'agissait de savoir si les consommateurs achetant les applications sur la boutique *App Store* pouvaient être considérés comme des acheteurs directs ayant qualité à agir étant donné que la commission de 30 % – augmentant certes les prix pour les utilisateurs – était payée par les fournisseurs. Apple s'abritait derrière la doctrine *Illinois Brick* qui limite l'action aux acheteurs directs et considérait ainsi que l'action des consommateurs n'était en l'espèce pas recevable. Selon elle, les utilisateurs achètent auprès des fournisseurs des applications et se trouvent donc être des acheteurs indirects qui ne sont pas habilités à agir. Dans ce contexte, ce sont les fournisseurs et non les consommateurs qui subissent la commission de 30 %. Toutefois, et de manière assez surprenante, la Cour suprême n'a pas donné raison à Apple. Près de 40 ans après sa décision *Illinois*, elle a reconnu la qualité pour agir des utilisateurs.

792. Un infléchissement marqueur des insuffisances de Chicago. Cet infléchissement de la Cour suprême vis-à-vis de sa solution traditionnelle se comprend d'autant mieux lorsqu'il est replacé dans le contexte, objet des présents développements. En choisissant de se saisir de l'affaire en 2019, la Cour suprême cherche visiblement à faire entendre sa voix dans le contexte de la prise de conscience des effets néfastes du pouvoir des plateformes sur le marché du numérique. La date n'est, en effet, pas anodine puisqu'elle coïncide parfaitement non seulement avec l'émergence du mouvement contestataire, mais aussi avec le « réveil » des autorités de concurrence pour le renforcement de l'effectivité des règles *antitrust*. Rappelons que la majorité de la Cour suprême a vu dans la défense d'Apple, l'élaboration d'« *une feuille de route pour éviter les actions antitrust* »²⁰⁰⁷ et énonce qu'elle se refuse à donner « *un feu vert aux détaillants en position de monopole pour qu'ils en abusent* »²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁵ Cf. *supra*, chapitre précédent.

²⁰⁰⁶ *Apple Inc. V. Pepper et al.* préc. Pour les détails sur les faits et la procédure, cf. *supra*. Partie I, § 462 et s.

²⁰⁰⁷ *Apple Inc. V. Pepper et al.* 587, préc. (« *provide a roadmap for . . . evad[ing] antitrust claims* »).

²⁰⁰⁸ *Ibid.* (« *We decline to green-light monopolistic retailers to exploit their market position in that way. We refuse to rubber-stamp such a blatant evasion of statutory text and judicial precedent* »).

793. Il est alors difficile de ne pas faire le rapprochement avec les critiques du mouvement contestataire. Si l'impact de ce dernier sur le *public enforcement* est compréhensible – notamment depuis l'élection de Joe BIDEN²⁰⁰⁹ – celui sur le *private enforcement* est, en revanche, moins évident. Car, on le sait, l'incidence de l'élection présidentielle réside principalement dans la possibilité pour le président de renverser une majorité à la Cour suprême. Or, pour le moment, l'occasion a été donnée au président Donald TRUMP qui a pu nommer les juges GORSUCH et KAVANAUGH. Pour autant, ce dernier écrit précisément pour la majorité. Sa distance vis-à-vis de sa majorité conservatrice est-elle le révélateur qu'il n'est pas forcément nécessaire d'attendre une majorité acquise politiquement à la cause portée par le mouvement contestataire ? Une telle affirmation semblerait un peu ambitieuse. Il faut plus précisément remarquer que, politiquement, le rapport aux plateformes des deux grands partis aux États-Unis est difficile à cerner. Si traditionnellement les conservateurs faisaient preuve d'une grande bienveillance vis-à-vis des grandes entreprises – au nom d'un libéralisme économique total depuis le président REAGAN – les choses ont évolué depuis TRUMP, qui n'a eu de cesse de dénoncer les plateformes considérées acquises à la cause des démocrates. Cela étant, il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, et en dépit de divergences idéologiques traditionnelles, les acteurs chargés de la mise en œuvre du droit *antitrust* se retrouvent autour d'une cible commune : le monopole des plateformes du numérique et leurs effets sur l'ordre concurrentiel.

794. Dans ce contexte particulier, la solution apparaît comme une prise de conscience des limites de l'approche néoclassique traditionnelle. En restreignant drastiquement l'accès au prétoire, la Cour suprême n'a pas permis une remise en cause de la concentration du pouvoir économique des plateformes. Considérés *a priori* comme des « requérants appropriés »²⁰¹⁰, les consommateurs eux-mêmes ont eu du mal à jouer leur rôle de « Procureur privé ». À l'inertie du *public enforcement* s'est ajoutée celle du *private enforcement*. En reconnaissant la qualité à agir des consommateurs d'Apple, l'arrêt témoigne du rôle réaffirmé de leur action, notamment via des *class actions*, dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des plateformes. En

²⁰⁰⁹ À titre indicatif, l'élection du président aux États-Unis a une incidence déterminante sur la gouvernance du *public enforcement* puisqu'il lui revient de nommer les dirigeants de la division *antitrust* du DOJ et de la FTC. Au DOJ, le directeur nomme un procureur général adjoint et à la FTC, il nomme cinq commissaires. Toutes les nominations doivent ensuite être confirmées par le Sénat. Cf. *supra* (§770) la nomination de Lina KHAN et Tim WU, deux figures du mouvement contestataire.

²⁰¹⁰ Sur la notion de « requérant approprié », cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, §446 et s.

ce sens, le juge suprême envoie un signal fort à destination des consommateurs en les invitant à se regrouper pour cibler les pratiques des plateformes (Uber, Amazon, etc.).

795. Les limites de la déconstruction. Toutefois, l'enthousiasme que provoque cette solution doit être nuancé dans le cadre de notre démonstration.

796. D'une part, cette solution n'est pas sans présenter de nombreuses limites, principalement liées à la délimitation volontaire par la Cour suprême du cadre du litige. En effet, si elle tranche la question de la qualité à agir des utilisateurs de plateforme, elle ne se prononce pas à ce stade sur le fond du litige. En ce sens, les points soulevés par l'opinion dissidente²⁰¹¹ ne sont effectivement pas traités. D'abord, la difficulté d'établir le marché pertinent, le lien de causalité et l'évaluation du dommage ou encore le risque de réparation multiple ne sont pas abordés dans cette solution. D'ailleurs, l'hypothèse du développement des actions multiples contre Apple n'est pas inenvisageable puisque, au-delà des consommateurs d'iPhone, les fournisseurs commencent également à agir, ce qui annonce un nouveau contentieux contre la firme²⁰¹². Ensuite, si la Cour précise dans cet arrêt la portée de sa jurisprudence *Illinois*, l'opinion dissidente interroge celle de la jurisprudence *Hanover Shoe* en énonçant qu'« [a]vant aujourd'hui, *Hanover Shoe* aurait empêché Apple de réduire sa responsabilité [dans un hypothétique procès antitrust intenté par des développeurs d'applications] en faisant valoir qu'ils avaient répercuté [tout] surcoût sur les consommateurs. Mais la décision de la Cour selon laquelle l'affaire *Illinois Brick* ne régit pas cette situation doit certainement signifier que l'affaire *Hanover Shoe* ne régit pas non plus cette situation »²⁰¹³. Ainsi, bien qu'ils aient obtenu une première victoire procédurale²⁰¹⁴, les consommateurs n'en ont pas pour autant gagné le procès. En résumé, cette solution ne préjuge pas de l'issue du litige et la piste de la transaction apparaît aussi plausible qu'un succès judiciaire.

²⁰¹¹ Cf. *supra*. En substance, dans son opinion dissidente, le juge GORSUCH considère que la jurisprudence *Illinois* aurait dû protéger Apple de l'action des consommateurs. Selon lui, la bonne solution consistait en une application stricte et rigoureuse de la solution *Illinois*.

²⁰¹² Cf. *infra*, §798 et s.

²⁰¹³ *Apple Inc. V. Pepper et al.* 587, préc. (« (b)efore today, *Hanover Shoe* would have prevented Apple from reducing its liability [in a hypothetical antitrust suit brought by app] developers by arguing that they had passed on [any] overcharge to consumers. But the Court's holding that *Illinois Brick* doesn't govern this situation surely must mean *Hanover Shoe* doesn't either »)

²⁰¹⁴ Il faut à ce stade préciser que les requérants vont encore devoir obtenir la certification de la *class*. Or, des difficultés peuvent survenir s'il est fait remarquer que certains membres du groupe n'ont pas véritablement subi de préjudice. Sur le fond, bien que la reconnaissance du monopole d'Apple transparaisse déjà du présent arrêt, les requérants vont encore devoir prouver les prix excessifs et cela risque de s'avérer difficile au regard de la frilosité traditionnelle de la jurisprudence américaine sur ce point (V. not. : *Verizon Communications v. Law Office of Curtis Trinko LLP*, 540 US 398, 2004).

797. D'autre part, et surtout, cet arrêt est loin de proposer une solution alternative. L'infléchissement de la position traditionnelle traduit l'acceptation de la Cour suprême d'ouvrir son cadre d'analyse. Mais l'effritement de la doctrine de Chicago vise à rectifier ses effets particulièrement restrictifs pour les consommateurs sans que le juge n'aille, à ce jour, jusqu'à reconnaître d'autres intérêts. La mobilisation des autres opérateurs sur le marché du numérique traduit une demande sociale d'un élargissement plus général de l'intérêt à agir.

B) Une reconstruction embryonnaire

798. La solution *Apple* de la Cour suprême a encouragé les particuliers à tenter de combler les insuffisances de l'*enforcement*, et ce indépendamment de l'action des autorités *antitrust*. Par leurs actions, ils visent à démontrer la nocivité de certaines pratiques auprès des juridictions fédérales qui se retrouvent alors invitées à revaloriser leur rôle dans la mise en œuvre des règles *antitrust*. Deux affaires en cours devant les juridictions fédérales méritent en ce sens d'être présentées.

799. L'affaire *Inform v/Google*²⁰¹⁵. À peine quelques mois après la solution *Apple*, un concurrent de la société Google dépose plainte le 25 novembre 2019 devant la *District* Nord de Géorgie afin de dénoncer le monopole de cette dernière sur le marché de la publicité en ligne. La plaignante est une entreprise active sur ledit marché qui affirme fournir des services aux annonceurs similaires à ceux de Google. Or, son chiffre d'affaires se serait, selon elle, écroulé après que Google l'a évincé du marché par le biais de comportements contraires au droit *antitrust*. Elle invoque d'abord des pratiques permettant un « effet levier », ce qui revient en substance pour une entreprise dominante sur un marché à étendre sa domination à d'autres marchés²⁰¹⁶. Dans cette affaire, Google aurait utilisé sa position dominante sur le marché de la recherche en ligne dans le but de monopoliser le marché connexe de la publicité en ligne²⁰¹⁷. Aussi, Google aurait eu recours à des manipulations d'algorithmes, des ventes liées, d'accords

²⁰¹⁵ District Court for the Northern District of Georgia Atlanta Division, *Inform v. Google* ; Alphabet ; Youtube, Case 1 :19-cv-05362-JPB, 25 nov. 2019. Pour une note en français, v. W. CHAIEHLOUJ, « Le tribunal du District Nord de Géorgie est saisi par une plante déposée par une entreprise spécialisée dans la publicité en ligne accusant un célèbre moteur de recherche de monopoliser le marché (*Inform / Google, Alphabet, Youtube*) », *Concurrences*, n°1-2020.

²⁰¹⁶ Sur cette notion v. : N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2018, n° 1230.

²⁰¹⁷ C'est précisément ce qui a été reproché à Google dans le cadre des poursuites européennes menées par la Commission (*Google Shopping* ; *Google Search* et *Google AdSense*). Sur ce point : C. CASTETS-RENARD, « La régulation des plateformes en ligne », préc., spéc. § 139. Et récemment, l'ouverture d'une nouvelle enquête par la Commission le 22 juin 2021 : EU Commission, Google, Press release, 22 June 2021 <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/preview/the-eu-commission-commission-opens-investigation-into-possible-anticompetitive>

d'exclusivité, des prix prédateurs, ou encore à des blocages sélectifs des applications de concurrents. Ces pratiques, auxquelles s'ajoutent des acquisitions douteuses visant à consolider sa position de force, seraient constitutives d'une violation de la *Section 2* du *Sherman Act* et des *Sections 3* et *7* du *Clayton Act*. La requérante prend le soin de définir en quoi les pratiques de Google portent atteinte à la concurrence et énonce, en ce sens, que celles-ci non seulement restreignent le choix des consommateurs, mais empêchent le jeu de la concurrence par la mise à l'écart de concurrents non détenus ou contrôlés par Google et, enfin, décourage l'innovation.

800. L'affaire *Epic Games/Apple*²⁰¹⁸. Dans la continuité de l'arrêt de 2019 de la Cour suprême, la seconde affaire implique une nouvelle fois le système d'applications d'Apple. Cela étant, ce ne sont plus les utilisateurs de la plateforme, mais les développeurs d'application qui ont intenté une action le 24 août 2020 devant une juridiction californienne afin de remettre en cause le modèle économique d'Apple. La plainte de l'opérateur *Epic Games*, développeur du jeu vidéo *Fortnite*, a été acceptée. À l'origine de l'affaire, celui-ci a – par le recours à une fine stratégie²⁰¹⁹ – décidé de contourner les 30 % de commission que les développeurs doivent régler pour être présents sur l'Apple Store. Face à cela, Apple a supprimé le jeu vidéo de sa plateforme au motif que le distributeur a manqué à ses obligations contractuelles. C'est à la suite de cette éviction qu'*Epic Games* a intenté une action afin de demander au juge d'imposer à Apple la réintégration de son jeu vidéo sur l'App Store. Il s'appuie sur le fait qu'Apple abuserait de son pouvoir de marché sur le fondement de la section 2 du *Sherman Act*.

801. Bilan et portée. Si la première affaire n'en est encore, à notre connaissance, qu'au stade de la plainte²⁰²⁰, la seconde a récemment fait l'objet d'un traitement au fond. La juridiction californienne a en effet rendu son verdict le 10 septembre 2021, un appel a été interjeté²⁰²¹. Si la juge a considéré qu'Apple n'exerçait pas un monopole illégal, elle a toutefois énoncé que

²⁰¹⁸ *U.S. District Court Northern District of California, Epic Games Inc., vs Apple Inc.*, Case No 4:20-cv-05640-YGR, 24 August 2020. Pour une note et les de cette décision W. CHAIEHLOUJ, « États-Unis : l'U.S. District court du district nord de Californie reçoit la plainte du développeur d'un célèbre jeu vidéo qui accuse l'entreprise hébergeant le jeu dans son magasin d'applications de monopolisation (*Epic games/Apple*) », *Concurrences* n° 4-2020, p. 215.

²⁰¹⁹ *Epic Games* avait proposé à ses joueurs d'acheter la monnaie virtuelle de *Fortnite* moins cher s'ils passaient directement par leur système de paiement à la place de celui d'Apple.

²⁰²⁰ Dans la continuité des réserves formulées à l'égard de l'arrêt *Apple*, celle-ci présente un certain nombre de limites sur le fond, notamment relatives à la délimitation du marché pertinent ou encore à l'ignorance volontaire de certains précédents susceptibles de donner gain de cause au défendeur. Pour plus de détails cf. W. CHAIEHLOUJ, « Le Tribunal du District Nord de Géorgie est saisi par une plainte déposée par une entreprise spécialisée dans la publicité en ligne accusant un célèbre moteur de recherche de monopoliser le marché (Inform / Google, Alphabet, Youtube) », *Concurrences*, n° 1-2020.

²⁰²¹ https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/09/10/proces-apple-epic-games-le-geant-californien-ne-pourra-plus-imposer-son-systeme-de-paiement-aux-editeurs-de-jeux-video_6094237_4408996.html

l'entreprise ne pouvait pas empêcher les développeurs de rediriger les consommateurs vers leur propre site et leur propre système de paiement.

802. Reflet de la vigilance persistante des opérateurs privés quant à la sauvegarde de leurs droits aux États-Unis, ces affaires sont la preuve que si l'état *antitrust* se resserre – notamment autour des grandes entreprises du numérique – c'est d'abord par la voie du *private enforcement*²⁰²². Plus particulièrement dans le cadre de notre démonstration, elles témoignent ainsi d'une demande sociale de remise en cause du pouvoir économique des plateformes qui implique une redéfinition de l'intérêt à agir. L'effritement de l'approche de Chicago par la nécessité d'une réouverture du prétoire ne doit pas concerner que les consommateurs. Dans la continuité des constats du mouvement contestataire, la position monopolistique de ces plateformes se révèle en contradiction avec les objectifs originaux du droit *antitrust*, à savoir la conservation d'une structure de marché concurrentielle et la protection des concurrents les plus faibles contre les monopoles. Dans ce contexte, les opérateurs qui gravitent autour des plateformes du numérique demandent à redosser leur rôle de « Procureur privé » et, par conséquent, à avoir accès au prétoire²⁰²³.

803. Conclusion de la section 1. En définitive, le mouvement doctrinal en cours dans le champ substantiel est apparu comme une opportunité pour le *private enforcement*. La préconisation, qui a été la nôtre, d'étendre la remise en cause substantielle des règles *antitrust* au champ procédural aboutit à deux pistes pour le renouvellement du *private enforcement*. La première consiste à percevoir dans la régénération des fondements *antitrust* l'occasion d'ouvrir à nouveau l'accès au prétoire par l'élargissement de la notion d'intérêt à agir. L'appréciation néoclassique a réduit l'intérêt privé légitime à fonder une action en justice à un intérêt individuel et économique. Or, le contexte actuel invite à le comprendre dans un sens plus large comme pouvant inclure celui des autres opérateurs économiques négligés par Chicago, mais aussi, et peut-être plus encore, des intérêts non économiques (celui du respect de la vie privée des utilisateurs, des salariés de ces plateformes, etc.). La seconde piste invite à dépasser le champ spécifique du droit de la concurrence. Elle consiste à proposer la reconnaissance d'intérêts qui dépassent l'idée même d'intérêt individuel (même élargi). L'adoption d'une perspective plus

²⁰²² Même si le changement de paradigme *antitrust* semble aussi annoncer le renforcement du *public enforcement* aux États-Unis. V. sur ce point les appels de Lina Khan, désormais présidente de la *FTC*.

²⁰²³ La jurisprudence restrictive de la Cour suprême amorcée au début des années 1980 a eu tendance à instaurer une forme de culture de la suspicion auprès des tribunaux inférieurs, qui se sont alors méfiés des actions *antitrust* intentées par des personnes privées et notamment des concurrents. ? La balle est désormais dans le camp des juridictions fédérales.

globale est alors l'occasion de proposer le dépassement de la logique instrumentale du *private enforcement*.

SECTION 2 – La régénération proposée des fondements idéologiques généraux du *private enforcement*

804. Dépassant le champ *antitrust*, le renouvellement du *private enforcement* peut également s'envisager dans le cadre d'une approche plus globale. Cette perspective, qui se veut ici volontairement généraliste, vise à démontrer que les fondements idéologiques traditionnels sur lesquels repose ce concept peuvent être repensés. L'étude a mis en lumière la part de mythe que revêt la croyance libérale en un usage instrumental de l'intérêt subjectif au profit de l'intérêt général. Plus particulièrement, elle a révélé que le *private enforcement*, tel qu'il s'est développé aux États-Unis, est moins le reflet d'une dynamique individuelle spontanée qu'une utilisation particulière du droit par les pouvoirs publics. Sa signification rejoint en cela celle qu'a donné Michel FOUCAULT au terme *enforcement of law* : non une simple application de la règle, mais une volonté des institutions de forcer la réalité pour que celle-ci corresponde à ce qu'elles considèrent comme la bonne application de la loi²⁰²⁴. L'exemple en matière *antitrust* en a été une saillante illustration : les opérateurs victimes d'un préjudice faible n'auraient pas spontanément cherché à agir si le système américain n'avait pas mis à leur disposition un ensemble d'instruments particulièrement incitatifs. Toutefois, il en a résulté une mise en œuvre du droit par les actions privées largement dépendantes non pas uniquement des initiatives individuelles des particuliers, mais aussi des attentes régulatrices des institutions juridiques, et cela au risque d'en dévoyer les intentions initiales²⁰²⁵.

805. Pour autant, le concept de *private enforcement* ne s'épuise pas dans cette conception instrumentale traditionnelle. Il semble qu'un usage²⁰²⁶ renouvelé du droit et de l'action en justice puisse être envisagé. La mobilisation du droit par les particuliers peut s'inscrire dans une démarche plus spontanée qui, non seulement, est indépendante des attentes particulières

²⁰²⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, 2004, p. 259.

²⁰²⁵ Nous faisons ici référence au mouvement de restriction des actions privées opéré par la Cour suprême à partir des années 1980 sous l'influence des préceptes de l'École de Chicago. Convaincue d'un risque d'*over-enforcement*, elle a restreint l'accès au prétoire afin d'assurer sa conception de la régulation de l'ordre concurrentiel. Nous renvoyons sur ce point à notre démonstration développée dans le cadre du Titre précédent, et notamment : §654-705.

²⁰²⁶ Nous emprunterons dans les présents développements l'analyse de « l'usage du droit » au professeur François OST (F. OST, *À quoi sert le droit ?*, préc.).

des pouvoirs publics²⁰²⁷, mais dépasse aussi la seule logique de lutte individuelle. L'idée selon laquelle les particuliers peuvent se placer au cœur des grands enjeux en accédant au prétoire trouve, précisément, un écho actuel dans le développement de la justice climatique, de la protection de la biodiversité, de la lutte contre certaines pratiques des plateformes du numérique ou encore de la défense de biens ou patrimoines culturels²⁰²⁸. Dans ce contexte, et au-delà du secteur qui a jusque-là intéressé notre étude, ce renouvellement du *private enforcement* pourrait dès lors trouver son fondement à travers la reconnaissance d'un usage processuel du droit pour la défense d'intérêts communs (§1). Une fois admise dans son principe, cette hypothèse de recherche impliquera d'en analyser la portée et les enjeux (§2).

§ 1 – La reconnaissance d'un usage processuel du droit pour la défense d'intérêts communs

806. L'hypothèse selon laquelle l'action en justice peut servir à faire respecter un intérêt qui dépasse l'intérêt individuel d'un titulaire de droits subjectifs n'est pas nouvelle.

807. En droit américain, la nécessité que le droit ne doive pas rester « lettre morte », mais doive être réapproprié par ses destinataires dans le cadre d'une démarche politique trouve sa plus parfaite expression dans la figure du « Procureur privé »²⁰²⁹. À travers l'exemple historique des droits civiques, nous avons mis en lumière la portée politique que revêt cette figure. Expression emblématique du combat pour le respect des droits fondamentaux, celle-ci vise parfaitement l'hypothèse d'un usage désintéressé, voire altruiste, du droit par des particuliers animés par la lutte pour des causes militantes et cela dans un intérêt collectif.

808. Bien que plus subversive de ce côté de l'Atlantique, cette hypothèse a également trouvé des relais au sein de la doctrine juridique. Si la théorie dominante de l'action en justice qui s'est finalement imposée à partir du XIX^e siècle a prôné une conception purement individualiste²⁰³⁰, il existait des traces d'une dimension plus collective de l'action en justice dans le discours doctrinal. D'une part, Rudolf von IHERING a largement théorisé dans son ouvrage *La lutte pour*

²⁰²⁷ L'exemple climatique constituera l'illustration principale des développements. Il témoigne même d'un retournement du droit contre le pouvoir, de la justice contre l'État. V. dans une perspective globale sur ce point : L. ISRAEL, *L'arme du droit*, Les Presses de Sciences Po, 2009, cité par F. OST, *A quoi sert le droit ?*, préc.

²⁰²⁸ Sur la théorie des « communs » sur laquelle on reviendra (cf. *infra*, §828) : B. PARANCE, J. de SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, préc.). Et plus spécifiquement sur ces nouvelles formes de mobilisation en matière climatique : J. ROCHFELD, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, 2019.

²⁰²⁹ Cf. *supra* Partie 1, §180 et s.

²⁰³⁰ Cf. *supra* Partie 1, § 122 et s.

le droit²⁰³¹ publié en 1890 cette idée de réappropriation du droit par les particuliers. Selon lui, la défense de son droit représente non seulement un enjeu personnel, mais aussi plus globalement un devoir envers lui-même au nom de l'intérêt plus collectif. En ce sens, le résultat que le particulier tire de son combat judiciaire dépasse largement son bénéfice personnel puisque défendre le droit c'est « *un devoir envers la société, car cette résistance est nécessaire pour que le droit se réalise* »²⁰³². Plus encore, il soutient que « *chaque particulier, obligé de soutenir son droit, prend part à ce travail national et apporte son obole à la réalisation de l'idée de droit sur terre* »²⁰³³. Bien qu'elle soit restée largement minoritaire²⁰³⁴, sa thèse trouve un écho particulier dans le cadre de notre démonstration. D'autre part, Mauro CAPPELLETTI a, dans le même sens, remis en cause la conception de l'action dans un sens uniquement libéral et individualiste dans le cadre d'une étude comparative. En 1975, il voyait déjà dans les changements contemporains – marqués par l'émergence de la société de consommation de masse à l'échelle mondiale – l'annonce d'une « *métamorphose profonde (...) dans le domaine du droit judiciaire civil* »²⁰³⁵. Il démontrait plus particulièrement que, dans ce nouveau contexte, la protection juridictionnelle ne pouvait plus se comprendre uniquement dans sa dimension individuelle, mais revêtait nécessairement un caractère plus collectif. L'émergence de préjudices de masse en matière d'environnement, de santé, de consommation mettait selon lui à mal la conception traditionnelle du procès entendu comme une « *lutte solitaire pour le droit subjectif* »²⁰³⁶. Au contraire, « *les droits et les devoirs ne se présentent plus, comme dans les codes traditionnels d'inspiration individualiste-libérale, comme des droits et des devoirs essentiellement individuels, mais méta-individuels et collectifs* »²⁰³⁷. Son expérience comparative le conduisait à conclure au déclin de cette conception individualiste du procès qui n'est plus conforme aux évolutions contemporaines. Il se plaçait ainsi en faveur d'un mouvement processuel capable de saisir cette nouvelle dimension de l'action en garantissant des mécanismes de protection d'intérêt collectif²⁰³⁸.

²⁰³¹ R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, trad. par O. de MEULENAERE, Librairie Marescq, 1890. Sa thèse a déjà été abordée au début de l'étude : Cf. *supra*, §128.

²⁰³² *Ibid.* p. 47

²⁰³³ *Ibid.* p. 2

²⁰³⁴ Pour la présentation de la doctrine majoritaire : cf. *supra* Partie I, §122 et s.

²⁰³⁵ M. CAPPELLETTI, « La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », *préc.*, p. 573.

²⁰³⁶ *Ibid.* p. 591.

²⁰³⁷ *Ibid.*

²⁰³⁸ *Ibid.*

809. Enfin, cette remise en cause de la conception purement individualiste de l'action privée a trouvé un écho particulier dans la figure de « vigie » à l'échelle de l'Union²⁰³⁹. Invité dès l'origine à participer à la construction du marché intérieur, le particulier a, on l'a vu, joué un rôle central. Par la défense de ses droits, il a eu vocation à participer directement au processus d'intégration.

810. L'on comprend dès lors que l'hypothèse ici défendue s'appuie sur les fondements mêmes du *private enforcement*²⁰⁴⁰. Toutefois, la recherche d'un renouvellement ne se réduit pas à une réaffirmation de ce concept. Largement dévoyé aux États-Unis et inexploité, voire incompris au sein de l'Union²⁰⁴¹, ce concept mérite au contraire une redéfinition. Celle-ci suppose de reconnaître que l'instrumentalisation des intérêts subjectifs pour une cause qui les dépasse ne correspond qu'imparfaitement à l'idée de *private enforcement* que nous souhaitons défendre. L'émergence d'initiatives en matière environnementale, de données personnelles, de santé publique témoigne d'une forme (renouvelée aux États-Unis et relativement novatrice dans l'Union) d'activisme judiciaire de la société civile. Ce phénomène traduit un intérêt croissant de cette dernière pour le respect des règles objectives existantes – voire même pour le développement de leurs potentialités encore non écrites et exploitées – et cela, au-delà même des intérêts subjectifs des requérants.

811. L'originalité de l'hypothèse défendue réside alors ici. Le renouvellement du concept de *private enforcement* consiste à dépasser la démarche instrumentale au profit de la reconnaissance d'un usage processuel du droit au service d'intérêts communs²⁰⁴². Pour la défendre, encore faut-il au préalable prendre au sérieux les obstacles auxquels elle s'expose. Or, l'idée que des particuliers puissent diligenter des actions dans un intérêt distinct de leur intérêt individuel s'inscrit fondamentalement à rebours de la tendance caractéristique des sociétés occidentales modernes. Il est largement admis que le mouvement de « subjectivisation du droit »²⁰⁴³ qui a traversé la seconde moitié du XXe siècle a conduit à l'absolutisation de

²⁰³⁹ Cf. *supra*, §241 et s.

²⁰⁴⁰ Cf. *supra*. L'étude des fondements et de cette démarche instrumentale ont été au cœur du titre 1 de la Partie 1.

²⁰⁴¹ Cf. *supra*, le titre précédent relatif à la neutralisation du concept.

²⁰⁴² On s'appuiera sur la littérature abondante sur le thème des « communs ». Cf. *infra*. B), 1), §828.

²⁰⁴³ L. FERRY, A. RENAUT, *Philosophie politique III : des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985. Cette tendance trouve ses origines dans l'École du droit naturel et des gens qui a marqué la pensée juridique européenne au XVII et XVIIIe siècle. Sur ce point : M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003, pp 272-273 (« *Le nominalisme servira de point de départ aux grandes philosophies du droit de l'ère moderne proprement dite : Hobbes, Locke, Bentham, etc. C'est lui qui conduira à placer au centre de la science du droit l'idée de puissance individuelle ou de droit subjectif, et son dérivé, celle de loi conçue comme émanation de la puissance individuelle. (...) Il se pourrait bien que le thème de la création du droit par l'unique moyen de la*

l'individu au détriment des valeurs collectives. Néanmoins, cette approche – au cœur de critiques traditionnelles – paraît aujourd'hui réductrice. Plusieurs éléments interviennent au soutien de notre démonstration et sont le signe d'un terrain propice à une évolution. D'abord, un bref détour de droit comparé permet de constater que certaines législations ont déjà reconnu l'existence d'intérêts transindividuels²⁰⁴⁴. Aussi, les propos de Mauro CAPPELLETTI trouvent un écho récent dans les recherches en droit privé français. La prise de conscience qu'il existe des intérêts qui présentent une dimension transindividuelle invite une partie de la doctrine privatiste à repenser les cadres de pensées traditionnels et notamment les notions classiques de droit subjectif et d'intérêt individuel²⁰⁴⁵.

812. Ainsi, après avoir procédé au dépassement de la logique individualiste (A), il sera possible de démontrer qu'il y a de la place pour la promotion d'une démarche collective (B).

A) Le dépassement nécessaire de la logique individualiste

813. Bien que symptomatique en droit de l'Union européenne (2), le risque d'une dérive individualiste n'est pas propre à celui-ci. Dans une perspective plus large, il est communément admis que la figure de « sujet de droit » a contribué à l'avènement de l'individu, invité à privilégier la défense de ses intérêts individuels (1).

1) La dérive individualiste : approche générale

814. La prolifération des droits subjectifs et des actions en justice est un phénomène connu des sociologues et théoriciens du droit. Sans coïncider fidèlement aux analyses portées par certains observateurs, parfois flanquées d'orientations axiologiques marquées²⁰⁴⁶, l'on convient néanmoins avec eux que la sublimation des nécessités d'intérêt général par la défense prioritaire d'intérêts individuels connaît ses limites.

815. Pour le doyen CARBONNIER, le mouvement de subjectivisation du droit a conduit à une inversion de la logique traditionnelle voulant que les droits subjectifs découlent du droit

loi comme le thème du droit subjectif soient ce qui sépare foncièrement le droit occidental moderne des autres systèmes juridiques »). Dans le même sens V. également : A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991.

²⁰⁴⁴ Cf. *infra*, §840 et s.

²⁰⁴⁵ On s'appuiera sur les travaux de I. OMARJEE et L. SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, préc. Et encore plus récemment : J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche, n° 17-34, Avril 2021. Cf. *infra* §1, B), 2).

²⁰⁴⁶ L'on songe notamment à certaines outrances relatives à la protection européenne des droits de l'homme.

objectif²⁰⁴⁷. Ce mouvement présente alors un risque d'inflation, d'incertitude, et de fragilisation du droit en le rendant dépendant de l'action en justice et de l'appréciation des juges. Selon lui, cette reconstruction du droit à partir des droits subjectifs dans la société moderne est le résultat d'une évolution culturelle qui tend à remettre en cause la conception traditionnelle de la « *résignation* » perçue comme « *une attitude banale et raisonnable* »²⁰⁴⁸. Il remarque que, traditionnellement, « *si l'on ne savait se résigner, on mourrait de colère* »²⁰⁴⁹. Or, aujourd'hui, note-t-il, « *on ne meurt plus de colère, parce que la colère est devenue droit* »²⁰⁵⁰. L'on note, sous sa plume, la critique de la montée en puissance de l'individu aux revendications égoïstes. Dans le même sens, Jacques CHEVALLIER perçoit dans cette « absolutisation du moi » un signe caractéristique de la postmodernité²⁰⁵¹. Ce phénomène de subjectivisation se manifestant par une affirmation croissante de droits subjectifs (aux individus ou groupes d'individus) et la réaffirmation de la faute personnelle²⁰⁵².

816. Aussi, cette promotion de l'action en justice tend à s'inscrire dans le prolongement de la transformation de la société en « société de marché »²⁰⁵³. À cet égard, les travaux de Marcel GAUCHET ont mis en lumière le bouleversement opéré par la prédominance du marché, devenu « *modèle général des rapports sociaux* »²⁰⁵⁴. Si l'intérêt général avait tendance à être le résultat d'un compromis social qui s'exprimait dans la loi, l'émergence de la « *société du marché* » a contribué à atténuer le poids de cette notion, en rendant légitime tout intérêt exprimé librement dans le marché. Marcel GAUCHET constate ainsi que l'intervention du législateur laisse la place à « l'autorégulation »²⁰⁵⁵. À travers l'émergence des droits de l'homme, il a vu l'expression d'une tendance des sociétés hyperindividualistes à compter sur la mobilisation et les initiatives de la société civile plutôt que sur l'action du Parlement²⁰⁵⁶. Il remarque que, dans la continuité (voire sous l'influence) du mouvement américain des droits civiques, l'accès au prétoire est devenu un moyen de lutte conduisant à « l'éclipse » de l'action politique du législateur : l'action

²⁰⁴⁷ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, spéc. pp. 121 et s.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*

²⁰⁴⁹ *Ibid.*

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

²⁰⁵¹ J. CHEVALLIER, *L'État post moderne*, LGDJ, 2017, spéc. Chap. 2 « Les transformations du droit », pp. 146 et s.

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ Selon l'expression de : K. POLANYI, *La Grande Transformation*, 1944, rééd., Gallimard, trad. C. MALAMOUD, M. ANGENO, préf. L. DUMONT, 2013.

²⁰⁵⁴ M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Gallimard, 1998, p. 85-87.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, n°110, 2000, vol. 3, pp. 258-288. Dans le même sens, v. également C. BEC, *De l'État social à l'État des droits de l'homme*, LGDJ, 2007.

en justice individuelle de la victime a vocation à supplanter l'élaboration d'une règle générale²⁰⁵⁷. Dans son dernier tome, *Le nouveau monde*, il poursuit l'identification critique de cette « société des individus »²⁰⁵⁸ qui tend à favoriser toujours plus leur émancipation. Transformés en ce qu'il qualifie d'individus « extra social », ceux-là sont amenés à ignorer l'existence de la communauté à laquelle ils appartiennent au profit du primat de leurs droits individuels. Son approche trouve un écho particulier au sein des études critiques en droit de l'Union européenne.

2) La dérive individualiste : l'approche spécifique en droit de l'Union

817. Le risque d'une dérive individualiste a été pressenti très tôt au sein de la doctrine européeniste. Bien qu'il s'inscrive dans le cadre plus global de transformation de la société présenté ci-dessus, ce risque est en effet apparu symptomatique en droit de l'Union. Pour Hans-WOLFGANG MICKLITZ par exemple, la démarche initiée par *Van Gend en Loos* a conduit au culte de l'individu au détriment des intérêts collectifs²⁰⁵⁹. Il souligne que la dimension sociale du projet d'intégration s'avère délicate à mettre en œuvre au sein d'un ordre juridique construit autour de droits individuels à défendre²⁰⁶⁰. C'est dans ce contexte que la Cour de justice a contribué à transformer les intérêts collectifs en droits individuels²⁰⁶¹. Ce phénomène conduit à leur anéantissement au niveau européen, le collectif étant réduit à l'individu.

818. L'on comprend aisément que ce mouvement d'hypersubjectivation ait pu être dénoncé pour ses implications délétères, dès l'instant où il s'exerce à l'encontre des États et où il aboutit à la mise en cause des politiques étatiques par le jeu de recours en justice²⁰⁶². Aussi, cette

²⁰⁵⁷ *Ibid.*, spéc. pp. 266-267.

²⁰⁵⁸ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie (Tome 4) Le nouveau monde*, Gallimard, 2017.

²⁰⁵⁹ H.-W. MICKLITZ, « The ECJ between the individual citizen and the member states- A plea for a judge-made European Law on remedies », in H.-W. MICKLITZ, B. De WITTE (dir.), *The European Court of justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 349-400, spéc. p. 374.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*

²⁰⁶¹ *Ibid.* p. 380. Pour une illustration connue et largement commentée, v. les affaires *Viking* et *Laval* (CJCE, 11 déc. 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05 ; CJCE, 18 déc. 2007, *Laval*, aff. C-341/05). V. également sur ce point la thèse de M. COMBET, *L'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne : contribution à l'étude de la création jurisprudentielle d'un droit subjectif*, thèse, Université Lyon 3, 2014.

²⁰⁶² Ce point a été exacerbé avec l'arrêt *Cassis de Dijon* qui conduit à une mise en cause des États : le renversement du test de l'entrave fait peser sur eux une présomption d'incompatibilité à charge pour l'État de se justifier. L'État est mis en état de comparution à l'initiative bien souvent des particuliers. Sur ce point v. l'ensemble des travaux d'Éric CARPANO sur la dimension politique de l'entrave : E. CARPANO, « La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur », *RUE*, 2018, N° 616, p. 140 ; « Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ADE*, 2016, pp. 45-84 ; « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les États membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA*, 2013/87, n° 4835.

promotion de droits individuels a en effet eu tendance à s'opérer au détriment de politiques sociales ou plus largement des intérêts publics défendus par l'État. Au-delà même des libertés de circulation « purement économiques », le statut de citoyen a, lui aussi, fait l'objet de critiques : pensé comme le marché, il implique dans la démarche de la Cour la promotion de la circulation et donc la suppression de toutes les règles qui l'en empêchent²⁰⁶³. Dans ce contexte, la démarche de l'individu construit contre l'État est susceptible de représenter une menace pour l'intégration européenne²⁰⁶⁴. En protégeant les droits d'individus égoïstes indistinctement de la communauté, le droit de l'Union rend impossible l'élaboration d'une solidarité sociale à l'échelle de l'Union²⁰⁶⁵. Comme le résume Loïc AZOULAI, « *nul ne saurait plus nier les effets négatifs d'une théorie du droit de l'Union réduite à la création de droits subjectifs* »²⁰⁶⁶.

819. Cette dérive individualiste peut toutefois être nuancée dans le cadre de notre démonstration en ce qu'elle peut s'entendre différemment dans le contexte de notre étude, celle-ci se préoccupant, à titre principal, de rapports interindividuels. Certes, le domaine concurrentiel a été l'occasion de montrer que la promotion d'un droit subjectif à obtenir réparation est également susceptible d'engendrer des effets pervers, notamment en favorisant le *forum shopping* ou, au contraire, des stratégies de contournement du juge²⁰⁶⁷. Pour autant, le risque de dérive individualiste peut être nuancé en matière de rapports horizontaux. La prise de

²⁰⁶³ Parmi une littérature abondante : S. BARBOU des PLACES, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *RTD Eur.*, n° 1, 2015, p. 133-147 ; É. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne », *RTD Eur.*, n°3, 2015, p. 637-652 (« La tentation du repli ») ; n° 3, 2016, p. 637-652 (« Le repli ») ; É. DUBOUT, « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum*, n° 18, 2017, p. 283-309. Pour une « critique des critiques » : J. BARROCHE, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », disp. en ligne sur le site Juspoliticum. Aussi, Loïc AZOULAI a également souligné que la citoyenneté a été conçue, dès l'origine, dans le cadre du marché intérieur pour en épouser les contours : L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in J.-P. JACQUE (Mél.), *Chemins d'Europe*, Dalloz, 2010, p. 1-28, ici p. 9 ; V. MICHEL, « Citoyenneté et marché », in E. CARPANO, G. MARTI, *Démocratie et marché dans l'Union européenne*, Bruylant, 2021, pp. 105-117.

²⁰⁶⁴ E. DUBOUT, « L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus », in C. BLUMANN (Mél.), *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2015, pp. 135-150.

²⁰⁶⁵ A. SOMEK, « Alienation, Despair and Social Freedom », in L. AZOULAI, S. BARBOU des PLACES, É. PATAUT (dir.), *Constructing the Person in EU Law : Rights, Roles, Identities*, préc., pp. 35-54, spéc. p. 36. V. plus globalement du même auteur : *Individualism : An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford University Press, 2008.

²⁰⁶⁶ L. AZOULAI, « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », in C. KESSEDJIAN, *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, pp. 187-205. Il en rappelle les effets délétères : déstabilisation des dispositifs de redistribution sociale des États, effet de contournement des cadres nationaux de la contrainte collective, de déstructuration des constructions juridiques consolidées en droit interne et fondées sur les valeurs. Dans le même sens : J.H.H. WEILER, « Individuals and Rights – The Sour Grapes? », *European J. of International L.*, 2010, p. 277 ; M. EVERSON, « A Very Cosmopolitan Citizenship: But Who Pays the Price ? », in M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE, E. SPAVENTA (dir.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Hart Publishing, 2012, p. 145.

²⁰⁶⁷ Cf. *supra*, Partie 2, Titre 1.

conscience des particuliers de leur droit d'agir s'envisage, non pas contre l'État, mais contre d'autres opérateurs privés. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause une politique supposément adoptée dans l'intérêt public, mais de forcer les opérateurs à respecter le droit substantiel qui a été défini par l'État lui-même, et ce, dans l'intérêt général. La défense de son droit peut ainsi ouvrir la voie à une démarche plus collective.

B) L'avènement envisageable de la démarche collective

820. Il faut évidemment mettre au crédit de ces critiques qu'elles ont eu pour effet de dévoiler les soubassements idéologiques du droit en général et du droit de l'Union en particulier. La dérive individualiste est le reflet de la prédominance de la logique libérale dominante qui les sous-tend. Pour autant, la version renouvelée que l'on propose ici ne s'épuise pas dans ce schéma critique traditionnel. Dans le cadre plus précis de notre analyse, ces positions auraient parfois tendance à ignorer un aspect intrinsèque du concept de *private enforcement*. Ce dernier ne se réduit pas à l'affirmation de l'hégémonie des intérêts subjectifs et de la dérive individualiste. Il trouve, dans ses racines, des traces d'une dimension plus désintéressée et collective qu'il convient de redéfinir. Envisagé sous cet angle, le *private enforcement* bénéficie de ressources en droit de l'Union (1) comme en théorie générale du droit (2) nécessaires pour son renouvellement.

1) Les ressources spécifiques en droit de l'Union

821. Le rôle de l'action privée dans le processus d'intégration. À l'échelle de l'Union européenne, l'action privée en faveur de la défense d'intérêts qui dépassent les intérêts individuels peut trouver un écho particulier au sein du processus d'intégration.

822. Pour le comprendre, il faut d'abord se détacher de la démarche purement institutionnelle et repenser l'Union comme un fait politique²⁰⁶⁸. Les concepts d'effet direct ou de primauté ont, certes, été essentiels pour le processus d'intégration, mais ils auraient été insuffisants sans un sentiment d'adhésion au projet européen. Sentiment d'adhésion devant être partagé aussi bien par les organes nationaux que par les particuliers. Or, la crise multiple que connaît l'Union

²⁰⁶⁸ Pour une approche atypique de l'origine de la construction européenne : L. VAN MIDDELAAR, *Le passage de l'Europe. Histoire d'un commencement*, Gallimard, 2012.

européenne²⁰⁶⁹ est d'abord l'illustration d'un désinvestissement des premiers²⁰⁷⁰. La piste semble alors se trouver du côté des seconds. Comme le soulignent Édouard DUBOUT et Loïc AZOULAI, face à « *l'obstacle de la désinstitutionnalisation rampante du projet d'intégration [...] peut être faut-il maintenant se tourner vers les Européens eux-mêmes* »²⁰⁷¹. Néanmoins, la crise est aussi le reflet de l'insuffisance de la démarche de *Van Gend en Loos* pour la construction d'un nouvel ordre économique et social européen. Accorder des droits individuels ne suffit plus à susciter un effet de croyance dans le processus d'intégration. Rétifs à un enfermement dans une définition *a priori*, les intérêts des particuliers se révèlent divers et potentiellement détachés des attentes des institutions. Ils peuvent coïncider ou être distincts des intérêts de l'Union. Ils peuvent être purement individuels ou, au contraire, bénéficier d'une dimension plus collective.

823. C'est dans ce contexte que, pour imaginer un retour vers l'idée d'intégration, la logique de *Van Gend en Loos* est à repenser comme un moyen de promouvoir la défense de causes communes à l'échelon européen. À l'évidence, cela exige d'aller plus loin que la reconnaissance de droits purement individuels à invoquer contre l'État ou les autres personnes privées dans le seul but d'obtenir une satisfaction individuelle.

824. Le droit de l'Union paraît avoir les moyens de réunir les européens autour de causes communes. Capable de saisir une large palette de situations individuelles concrètes²⁰⁷², celui-ci a su détacher les individus de leur appartenance nationale au profit de nouvelles formes de modes de vie²⁰⁷³. Dans la continuité de ce mouvement, peut-être peut-il aujourd'hui également les arracher de leur situation subjective au profit d'un investissement dans la défense de luttes en commun. En résumé, si le droit de l'Union a su se saisir des droits individuels des particuliers

²⁰⁶⁹ Sur les différentes crises que connaît le processus d'intégration (économique, financière, budgétaire, identitaire, de la représentation politique, des valeurs démocratiques etc.) : Discours prononcé par J.-C. JUNKER à la conférence sur l'état de l'Union organisée par l'Institut universitaire européen, texte accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_18_3761 (« *Ce constat est exacerbé par le contexte actuel, et une Union européenne qui semble enfermée dans une " polycrise "* »).

²⁰⁷⁰ L. AZOULAI, E. DUBOUT « Repenser la primauté : L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in B. BONNET, (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 567-583, spéc. p. 583.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² Sur cet aspect : L. AZOULAI, S. BARBOU des PLACES, E. PATAUT, *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing, 2016.

²⁰⁷³ Sur ce point, v. l'ensemble des travaux de L. AZOULAI, dans le cadre de la chaire FOLIE (Forms of Life and Legal Integration in Europe).

pour la construction européenne, il peut aujourd'hui se proposer d'accueillir des combats aux dimensions transindividuelles afin de relancer le processus et le sentiment d'intégration.

825. Illustration. À titre d'illustration, la recherche de la protection des données personnelles tend à devenir un élément constitutif de l'Européen. Ce champ est en tout cas l'un de ceux qui suscitent le plus d'activisme de la part de la société civile. Le mouvement de remise en cause des grandes plateformes du numérique par l'opinion publique américaine trouve aussi un écho de ce côté de l'Atlantique. On observe, à l'échelle de l'Union, le développement d'un certain activisme, tant des particuliers que d'ONG, prêts à se saisir des différentes voies de recours. Les premiers sont de plus en plus sensibilisés aux enjeux de la collecte de leurs données personnelles par les grandes entreprises du numérique²⁰⁷⁴. En 2018, l'affaire *Maximilian Schrems*²⁰⁷⁵ a largement révélé cette prise de conscience. Au-delà de son cas personnel, ce doctorant autrichien (désormais militant) a cherché à faire valoir les droits des utilisateurs de Facebook, localisés aussi bien en Autriche que dans un autre État membre, suite à la violation par le réseau social de dispositions légales en matière de protection des données²⁰⁷⁶. Les secondes ont pour leur part rapidement perçu les potentialités qu'allait offrir le RGPD dans le cadre de leur lutte contre certaines pratiques des GAFA. En témoignent plusieurs actions intentées dès l'entrée en vigueur du règlement²⁰⁷⁷. L'organisation créée par Maximilian SCHREMS a intenté une première action collective dans différents États membres de l'Union contre Facebook, Android, Instagram et WhatsApp leur reprochant de « forcer le consentement » de leurs utilisateurs²⁰⁷⁸.

²⁰⁷⁴ La médiatisation des scandales tel que celui de *Cambridge Analytica*, participe de cette prise de conscience. V. également sur ce point le documentaire « Derrière nos écrans de fumée », 2020.

²⁰⁷⁵ CJUE, 25 janv. 2018, *Schrems*, aff. C-498/16.

²⁰⁷⁶ *Ibid.* La Cour a toutefois répondu que « [e]u égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la seconde question que l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à l'action d'un consommateur visant à faire valoir, devant le tribunal du lieu où il est domicilié, non seulement ses propres droits, mais également des droits cédés par d'autres consommateurs domiciliés dans le même État membre, dans d'autres États membres ou dans des États tiers ».

²⁰⁷⁷ Sur ces différentes initiatives : v. X. DELPECH, « Un premier bilan décevant, mais pas désespéré », *Jurisassociations*, 2019, n° 591, p. 22.

²⁰⁷⁸ NOYB, « GDPR : noyb.eu filed four complaints over “forced consent” against Google, Instagram, WhatsApp and Facebook », communiqué de presse du 25 mai 2018. À ces initiatives s'ajoutent celles de l'association de défense des internautes « La Quadrature du Net », qui a déposé cinq plaintes à la CNIL contre Facebook, Apple, Amazon et LinkedIn qui visent à faire reconnaître l'exploitation illégale des données personnelles de leurs usagers. Pour sa part, l'association de droit américain « Internet Society » a intenté une action de groupe contre Facebook pour manquement au respect des données personnelles ».

2) Les ressources en théorie générale

À l'analyse, le dépassement de l'intérêt individuel de l'action privée peut être appréhendé de plusieurs manières.

826. L'usage du droit comme transformateur social. La première revient à percevoir le droit et son utilisation comme un outil de transformation sociale. Dans son ouvrage *À quoi sert le droit ?*, François OST propose une étude des « usages » du droit qu'il définit comme « *la manière dont les acteurs se servent effectivement des potentialités du système juridique* »²⁰⁷⁹. Certains correspondent à un usage intéressé des règles dans une logique visant à conforter des stratégies individuelles²⁰⁸⁰. Les phénomènes de *law* et *forum shopping* consistant à tirer profit d'un droit ou d'un juge ou encore les usages « non prévus » d'un « *droit vulgaire, d'un infra-droit et ou d'une paralégalité* »²⁰⁸¹ ont trouvé un parfait écho en droit de la concurrence²⁰⁸². Cela étant, et au-delà même des hypothèses spécifiques de véritable lutte altruiste²⁰⁸³, l'ouvrage défend plus globalement l'idée que le droit peut servir de transformateur social. Il s'inscrit en cela en opposition avec l'analyse de Michel FOUCAULT qui a eu tendance à ne retenir du droit que les fonctions de domination²⁰⁸⁴. Car, selon lui, cette analyse ne perçoit pas que les particuliers puissent utiliser les règles en transformant un problème sociétal en problème juridique²⁰⁸⁵. En ce sens, « *les droits subjectifs et les actions en justice qui les accompagnent*

²⁰⁷⁹ F. OST, *À quoi sert le droit*, préc., spéc. p. 61.

²⁰⁸⁰ *Ibid.* Il souligne sur ce point que « *si parfois (souvent) les gouvernants parviennent à infléchir les comportements individuels pour les faire concourir à l'intérêt général, à l'inverse, les acteurs parviennent également souvent à orienter les ressources normatives en vue de poursuivre leurs stratégies ou de maximiser leurs intérêts personnels* ».

²⁰⁸¹ *Ibid.* François OST note plus précisément sur ce dernier point que : « *Les usages non prévus du droit ne procèdent pas toujours de l'action de militants visant une justice sociale alternative, de corrupteurs en quête de profit personnel, d'acteurs antisociaux abusant de leurs droits, voire de groupes liberticides sapant les bases du régime lui-même* ; ils résultent parfois, plus simplement et de façon moins dramatique, d'une connaissance très approximative du droit et donc du développement de pratiques parallèles ». Ou encore : « *Ainsi donc, les armes du droit ne sont pas utilisées seulement par les autorités pour appliquer le droit tel qu'il est, ou par les victimes dans un but "émancipatoire", pour parler comme Habermas ; entre les mains des puissants et des possédants, elles permettent souvent d'exercer un intense lobbying législatif en vue de conforter leurs intérêts, et de développer une efficace ingénierie juridique et fiscale en vue d'échapper aux rigueurs de la loi qui s'impose aux autres* ».

²⁰⁸² Cf. *supra* Chapitre 6.

²⁰⁸³ F. OST, *À quoi sert le droit*, préc., spéc. pp. 76-79 (A- « Les particuliers, lutte pour le droit, droit de l'homme et désobéissance civile »).

²⁰⁸⁴ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société, Cours au Collège de France, 1975-1976*, Seuil, 2012, p. 24 (« *l) le système de droit et le champ du droit judiciaire sont le véhicule permanent des rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes ; le droit, il faut le voir, je crois, non du côté d'une légitimité à fixer, mais du côté des procédures d'assujettissement qu'il met en œuvre*). Pour François OST, l'analyse de Michel FOUCAULT apparaît « *réductrice et trompeuse* » car, selon lui, « *le droit, en multipliant les procédures de recours et les mécanismes correcteurs de toutes sortes, (...), multiplie les instruments susceptibles de redistribuer les cartes et de relancer le jeu* ».

²⁰⁸⁵ C'est la logique classique des *Law Clinics*.

*ne sont pas seulement des instruments de mise en œuvre de solutions légales préalables ; dans bien des cas, ils opèrent comme instruments de transformation de l'ordre social et de modification législative »*²⁰⁸⁶.

827. L'action privée comme « contre-pouvoir ». La deuxième repose sur la prise de conscience de la nécessité de prévoir des « contre-pouvoirs ». C'est ce que Pierre ROSANVALLON considère essentiel pour l'émergence d'une « contre-démocratie » qui correspond à l'idée d'une démocratie ne s'épuisant pas dans l'élection et la représentation²⁰⁸⁷. En s'appuyant sur ses travaux, Francesco MARTUCCI conclut à propos du droit de la concurrence que « (c)ette “contre-démocratie” fondée sur des pouvoirs indirects et disséminés dans le corps social (entreprise, associations de consommateurs, etc.) prenant appui sur des “autorités d'impartialité” (Autorité de la concurrence) contribue à réguler le pouvoir de marché et le pouvoir de l'État, pour faire de la concurrence un mot qui ne fâche plus, un mot qui fédère »²⁰⁸⁸. Dans ce contexte, la voie de la promotion d'un usage processuel prend tout son sens. La mobilisation du droit par les particuliers permet de s'assurer du respect des règles tant de la part des autorités publiques que des pouvoirs privés.

828. Le rôle de l'action privée pour la défense des communs. Enfin, et plus fondamentalement encore, le dépassement de la dimension individuelle de l'action privée peut trouver sa justification théorique dans la littérature sur le thème des « communs ». La théorie des communs a été initialement développée par l'économiste institutionnaliste Elinor OSTROM²⁰⁸⁹, qui a reçu en 2009 le « Prix Nobel d'économie » pour ses analyses relatives à la gouvernance économique des biens communs. Ses travaux ont eu pour objet de contester la pensée dominante selon laquelle une ressource laissée en usage commun serait forcément détruite et surexploitée²⁰⁹⁰. Par le biais d'études empiriques, elle a, au contraire, démontré qu'il existe une gestion collective efficace en dehors du modèle de la propriété (publique ou privée). Dans la continuité de ses travaux, le thème des communs a non seulement fédéré un ensemble de mouvements politiques ou sociaux en lutte contre le capitalisme néolibéral, mais a aussi

²⁰⁸⁶ F. OST, *À quoi sert le droit ?*, préc., p. 74.

²⁰⁸⁷ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

²⁰⁸⁸ F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Revue de jurisprudence commerciale*, nov. déc. 2014, n°6, p. 444- 455, spéc. p. 455.

²⁰⁸⁹ E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

²⁰⁹⁰ Cette théorie dominante a été désignée sous l'expression « Tragédie des communs ». (G. HARDIN, « *Tragedy of the Commons* », *Science*, vol. 162, 1968, p. 1243).

inspiré les chercheurs de nombreuses disciplines à l'échelle mondiale²⁰⁹¹. Leurs travaux visent à réfléchir aux nouvelles formes de gouvernance des biens communs afin de montrer qu'il existe des alternatives au droit de propriété (et ses déclinaisons dans le numérique avec les logiciels libres, les semences paysannes, les communautés d'Amérique du Sud, certaines ressources écologiques, etc.) comme droit subjectif absolu²⁰⁹².

829. La présentation exhaustive de ces recherches doctrinales dépasserait le champ de l'étude. Dans le cadre de notre démonstration, ce mouvement substantiel nous intéresse, dans un premier temps, en ce qu'il remet en cause les cadres de pensées traditionnelles et, notamment, les dichotomies classiques « public/privé », « État/individu ». Le rejet de l'idée d'une « tragédie des communs » a permis de mettre en lumière l'existence d'une rationalité collective. Ce constat revient ainsi, en creux, à contester l'idée selon laquelle c'est par la recherche de l'intérêt individuel que l'on aboutit au bien-être collectif. Puisqu'au contraire, ce dernier peut être directement le résultat d'une démarche collective.

830. Cette remise en cause substantielle de la démarche utilitariste invite alors, dans un second temps, à proposer son prolongement procédural. Si l'on admet qu'il peut exister des biens et des ressources qui ne peuvent faire l'objet d'une appropriation ni publique ni privée, les modalités de leur défense en justice doivent être redéfinies. Car, la dichotomie entre intérêt subjectif défendu par le particulier et intérêt général défendu par le ministère public se révèle inadéquate. Notre hypothèse d'un usage processuel du droit dans l'intérêt commun trouve un écho particulier dans un rapport final de recherche intitulé « L'échelle de communalité », publié en avril 2021²⁰⁹³. Si la doctrine juridique avait déjà investi le champ des communs²⁰⁹⁴, elle ne

²⁰⁹¹ L'ensemble des sciences sociales s'est intéressé à ce sujet. On se limitera à sa réception en France. Parmi une littérature abondante v. notamment les travaux de : F. ORSI, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », in *Revue de la régulation*, 2013, 2nd semestre, (En ligne) P. DARDOT, C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte, 2015 ; C. LAVAL, P. SAUVETRE, F. TAYLAN, *L'alternative du commun*, Hermann, 2019. Ouvrages disp. en ligne sur le Cairn. V. également : T. BOCCON- GIBOD et P. CRÉTOIS (dir.), *État social, propriété publique et biens communs*, éd. Le bord de l'eau, 2015 ; B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, LLL, 2015.

²⁰⁹² Dans le même sens mais de manière plus générale, V. les travaux de Jeremy RIFKIN et plus précisément son idée de « pouvoir latéral » (J. RIFKIN, *La Troisième Révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les liens qui libèrent, 2012).

²⁰⁹³ J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc.

²⁰⁹⁴ Pour une présentation de la diversité des productions scientifiques portant sur la notion de communs : M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, P.U.F, coll. Quadriges, 2017. Parmi celles-ci : B. PARANCE et J. de SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, préc. ; F. OST, « À propos d'un dictionnaire peu commun », *RIEJ*, vol. 81, n° 2, 2018, p. 331 ; V. POUX, *Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2019 ; J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc.

semblait pas jusque-là avoir pris au sérieux l'analyse de Mauro CAPPELLETTI qui invitait à élargir les catégories d'intérêts protégés ²⁰⁹⁵. Face à l'émergence de nouvelles « communalités », ce groupe de travail propose en ce sens de repenser l'intérêt légitime de l'article 31 du Code de procédure civile pour inclure des intérêts communs portés par des communautés. Les auteurs identifient ces intérêts à travers l'établissement de différents critères. Se distinguant des intérêts individuels ou de l'intérêt général, défendu par les pouvoirs publics, les intérêts communs correspondent à des intérêts indivisibles et transindividuels. Indivisibles d'abord en ce que les intérêts ne peuvent se dissocier de celui de la communauté, contrairement aux intérêts divisibles, qui, eux, correspondent à une pluralité de situations individuelles, traditionnellement réunies au sein de l'action de groupe. Transindividuels ensuite dans le sens où les intérêts sont ceux de la communauté et intègrent ceux de chacun. L'on comprend, dès lors, qu'une fois admis dans son principe, le dépassement de la dimension purement individuelle de l'action privée présente des enjeux majeurs qu'il convient d'analyser.

§ 2 – Les enjeux de la reconnaissance d'un usage processuel du droit pour la défense d'intérêts communs

831. Le mouvement de fond identifié jusqu'ici constitue une opportunité incontestable dans le cadre de notre démonstration. En bousculant les schémas traditionnels de pensée et, surtout, la dichotomie public/privé, il autorise la reconnaissance d'actions en défense d'un intérêt qui ne correspond ni à un intérêt individuel ni à l'intérêt général. Pour autant, encore faut-il, ensuite, examiner comment l'hypothèse d'une action dans l'intérêt commun peut se traduire d'un point de vue procédural. Pour cela, il est nécessaire d'une part, de déterminer les personnes habilitées à agir pour la défense de ses causes communes (A) et, d'autre part, d'interroger la légitimité de celle chargée d'examiner l'action (B).

A) La détermination des porteurs de l'action : la question du *locus standi*

832. La promotion d'une reconnaissance d'un usage processuel du droit pour la défense d'intérêts communs se heurte à la question de leur judiciarité. Participant selon nous de la

²⁰⁹⁵ M. CAPPELLETTI, « La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », préc. p. 573 (« notre époque (...) pousse violemment au premier plan de nouveaux intérêts diffus, de nouveaux droits et de nouveaux devoirs qui, sans être publics au sens traditionnel du mot, sont toutefois collectifs : personne n'en est titulaire en même temps que tous, ou tous les membres d'un groupe donné, d'une classe ou d'une catégorie, en sont titulaires. À qui appartient l'air que je respire ? L'ancien idéal de l'initiative processuelle centralisée à la façon d'un monopole entre les mains du seul sujet auquel appartient le droit subjectif se révèle impuissant devant des droits qui appartiennent en même temps à tous et à personne »).

définition de ces intérêts²⁰⁹⁶, la détermination des personnes pouvant s'en ériger les défenseurs doit être examinée. Pour les processualistes, cette question centrale de la légitimité des porteurs de l'action se traduit par la détermination de l'intérêt à agir (*locus standi* ou *standing* selon la terminologie anglo-américaine). Compte tenu de la place qu'elles accordent aux notions de droits subjectifs et d'intérêts individuels, les solutions classiques retenues en droit positif paraissent insuffisantes (1). Toutefois, des pistes de dépassement semblent émerger, permettant d'étayer l'hypothèse d'une action en défense d'intérêts communs (2).

1) L'insuffisance des intérêts traditionnellement reconnus

833. L'intérêt individuel v/l'intérêt général. Afin de savoir qui peut défendre quel intérêt en justice, la solution traditionnelle a principalement consisté à distinguer ce qui relève du « privé » et ce qui relève du « public »²⁰⁹⁷. Les intérêts individuels sont ceux identifiables dans le cadre du procès civil, à propos d'une situation de droit privé dans laquelle des intérêts subjectifs sont défendus par une personne privée qui cherche à obtenir une satisfaction personnelle. Au contraire, l'intérêt général ou l'intérêt public est celui qui touche à l'État au sens large et se trouve par principe défendu par les pouvoirs publics (le ministère public ou l'*attorney general*) qui auront qualité à représenter ces intérêts puisqu'ils seront censés agir dans l'intérêt de la collectivité en général.

834. La démonstration a eu l'occasion de souligner les nombreuses limites que présente cette *summa divisio* traditionnelle chère aux systèmes continentaux, mais précisément remise en cause par le concept de *private enforcement*. D'ailleurs les systèmes juridiques ont pris la mesure des limites de cette distinction et ont progressivement reconnu la nécessité d'une évolution : les réflexions sur les recours collectifs en constituent l'illustration.

835. La prise en compte de l'intérêt d'un groupe. Au cœur des débats sur l'introduction de ces mécanismes, la détermination de la « juste partie » susceptible de représenter les intérêts d'un groupe²⁰⁹⁸ a fait l'objet de diverses solutions comme en témoignent les nombreuses études

²⁰⁹⁶ Sur la distinction entre l'étape de l'identification et la définition des intérêts communs et l'examen de leur judiciarité v. not. pour une étude transversale et récente : J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc. spéc., Partie 2, Titre 2, Section 1, « Les prérogatives à reconnaître ». Dans le présent travail, on se limitera à l'examen des conditions de leur judiciarité.

²⁰⁹⁷ Cf *supra*, Partie 1, §119 et s.

²⁰⁹⁸ Certains préfèrent parler de « personne ayant la qualité à agir pour défendre les intérêts d'autrui » (L. SINOPOLI, « La légitimité des porteurs de l'action de groupe : entre représentation et qualité », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, préc. p. 23-41, spéc. p. 26). Mauro CAPPELLETTI ne faisait pas, pour sa part, la

comparatives²⁰⁹⁹. Celles-ci ont mis en lumière la grande variété dans les méthodes de sélection des acteurs permettant de déterminer à qui l'on accorde la confiance pour défendre les intérêts et les porter en justice.

836. Les lacunes persistantes. Si ces solutions ont certes pour effet apparent d'atténuer la distinction classique entre intérêt individuel et intérêt général, elles ne permettent pas de répondre pleinement aux nouveaux besoins contemporains de défenses des intérêts communs. Il est en effet important de rappeler, à ce stade de l'étude, que ces évolutions supposent encore la preuve d'un préjudice individuel. Il s'agit de regrouper les demandes afin de réparer, *a priori* plus efficacement, des dommages corporels ou matériels subis par chaque individu.

837. Dans ce contexte, les difficultés que rencontrent des plaignants qui se sentent investis d'une lutte qui les dépasse sont peu surprenantes. En témoigne le contentieux climatique. La nécessité d'établir la preuve d'un préjudice particulier en raison de l'action ou de l'inaction illégale du défendeur constitue un obstacle majeur. De nombreux recours climatiques ont ainsi été récemment rejetés, car les requérants n'ont pas réussi à établir les preuves permettant d'établir le préjudice et le lien de causalité²¹⁰⁰.

838. Ce constat n'est toutefois pas en mesure de faire échec à notre démonstration. Car, à côté de ces actions visant à protéger des intérêts individuels, l'on assiste à la reconnaissance encourageante d'intérêts transindividuels.

2) L'émergence d'une prise en compte d'intérêts transindividuels

839. La prédominance de la prise en compte des intérêts personnels ne doit pas empêcher de percevoir l'ouverture à d'autres types d'intérêts qui dépassent la dimension purement individuelle. À côté de quelques évolutions perceptibles en droit positif (a), des développements en cours au sein du contentieux climatique se révèlent précurseurs sur point (b).

distinction. Dans le même sens : F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.*, 1985, p. 247.

²⁰⁹⁹ Cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 sur les développements relatifs à l'action de groupe. Autrement, dès 1975, Mauro CAPPELLETTI présentait les différentes solutions juridiques sur ce point (M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile), préc., spéc. p. 580 et 594-596). Pour une présentation plus récente et générale, V. not. : L. SINOPOLI, « La légitimité des porteurs de l'action de groupe : entre représentation et qualité », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, préc., p. 23-41, spéc. pp. 31 et s.

²¹⁰⁰ Sur la difficulté et les évolutions de la preuve sur ce point, v. les illustrations contentieuses citées par M. TORRE-SCHAUB, (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport final de recherche, décembre 2019.

a) *État des lieux en droit positif*

840. Des reconnaissances timides en droit français. Certes, le droit français reconnaît déjà la possibilité de défendre des intérêts qui ne se sont pas individuels. Le Code du travail habilite les syndicats à exercer une action dans le but de défendre les intérêts collectifs d'une profession²¹⁰¹. En matière de consommation, les intérêts des consommateurs peuvent être défendus par des associations agréées²¹⁰². En droit de la presse, la loi du 29 juillet 1881 autorise toute association déclarée de défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants et de combattre le racisme²¹⁰³. Aussi, le Code de l'environnement permet également à des associations agréées de protection de l'environnement d'intenter des actions pour un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles défendent²¹⁰⁴. Plus encore, la loi du 16 août 2016 a consacré une action en réparation du préjudice écologique défini comme « *l'atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes et aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* »²¹⁰⁵. Certains auteurs n'ont pas hésité à voir dans cette évolution l'appréhension d'un véritable intérêt commun puisqu'il vise à reconnaître comme réparable non seulement l'atteinte à un intérêt non humain, celui des écosystèmes, mais aussi celle d'intérêts humains qui bénéficient de cet écosystème²¹⁰⁶. Cela étant, l'évolution est non seulement réduite à ce domaine spécifique, mais encore, et surtout, la reconnaissance de la notion d'intérêt commun n'est qu'implicite, car non encore juridiquement consacrée en droit français. Il en va en revanche autrement dans d'autres droits.

841. Les apports des droits étrangers. Les droits italien, portugais, colombien et brésilien constituent également des expériences pertinentes qu'il convient de mentionner à ce stade de l'étude. Ceux-ci ont en commun la reconnaissance de la notion d'intérêts transindividuels dans

²¹⁰¹ Art. L. 2132-3 du Code du travail. La Cour de cassation a reconnu qu'un syndicat peut agir devant le juge civil pour « *un préjudice, même indirect, porté à l'intérêt collectif de la profession, distinct de l'intérêt général et du préjudice individuel subi par les salariés* » (Cass. Crim. 6 déc. 2011, n° 10-86.829, Bull. crim. 2012, n° 473).

²¹⁰² Art. L. 421-1 et L. 421-6 du C. consom.

²¹⁰³ Art. 48-1 et s. de la loi du 29 juillet 1881.

²¹⁰⁴ Art. L. 142-2 du Code de l'environnement. Dans l'affaire *Érika* (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012-021445), la Cour de cassation a admis la réparation du préjudice écologique invoquée par des associations de protection de la nature. Aucune définition de l'intérêt collectif environnemental n'a toutefois été proposée par le législateur, le juge ou la doctrine. Sur ce point v. : L. NEYRET, « Le préjudice collectif né du dommage environnemental », in L. NEYRET, G. J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2011, p. 198. Et M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et D. GUIHAL, « De l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace et l'environnement sera sauvé », *Commentaire de la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 septembre 2012 dans l'affaire Erika, RJE*, 2013/03, p. 457.

²¹⁰⁵ Art. 1247 du C. civ.

²¹⁰⁶ M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », *RJE* 4/2020, pp. 689-713.

leur droit positif²¹⁰⁷. Le droit portugais reconnaît ce type des intérêts communs dans le cadre de l'*actio popularis* consacrée depuis 1976²¹⁰⁸. En ce domaine, il admet ainsi, au même titre que le droit colombien, la possibilité d'action à toute personne. Pour sa part, le droit italien a reconnu la possibilité d'agir, d'abord à des associations agréées, puis à des associations locales, même non agréées, qui bénéficient de conditions posées par la jurisprudence. Par la suite, il a également été reconnu la possibilité pour toute personne ayant un lien avec le territoire particulier, avec la ressource d'agir.

b) Des enseignements contentieux : l'exemple du contentieux climatique

842. Le contentieux climatique, témoin privilégié de la mobilisation du droit par la société civile en vue de peser sur la gouvernance du climat²¹⁰⁹, est porteur de pistes innovantes pour la reconnaissance d'intérêts transindividuels. Deux illustrations permettront de s'en convaincre.

843. Illustration du contentieux européen. Commencée en 2015, l'affaire *Urgenda* a été l'une des premières décisions remarquées. Le litige oppose l'association du même nom à l'État néerlandais à propos de l'effort à fournir pour atteindre l'objectif intermédiaire de réduction des gaz à effet de serre pour la fin de l'année 2020²¹¹⁰. En première instance, si les juges ont condamné l'État pour violation d'un principe de diligence, ils ont en revanche refusé à l'association requérante de se prévaloir de la protection des droits fondamentaux de ses membres. Toutefois, cette solution a été remise en cause par la Cour d'appel de La Haye qui a décidé, en 2018, de reconnaître la recevabilité d'une telle action d'intérêt collectif sur la base

²¹⁰⁷ Pour une présentation plus détaillée v. : Annexe 2, Leçon de droit comparé, n° 4, 5 et 6 in J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc.

²¹⁰⁸ A. ARAGAO, « Leçon de droit comparé : la reconnaissance des intérêts diffus au Portugal », Annexe 2 in J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité*, préc., pp. 470-471.

²¹⁰⁹ Depuis 2015, diverses actions ont été engagées à travers le monde (Pakistan, Philippines, Pays-Bas, Suède, Suisse, Belgique, Allemagne ou encore en France) pour contester les politiques gouvernementales en matière climatique (<https://theconversation.com/changement-climatique-la-societe-civile-multiplie-les-actions-en-justice-74191>). V. également sur ce point les travaux de M. TORRE-SCHAUB (« Changement climatique : la société civile multiplie les actions en justice », 2017 <https://blogdroiteuropeen.com/2020/01/15/la-justice-climatique-en-europe-bilan-et-perspectives-davenir-par-marta-torre-schaub/> ; M. TORRE-SCHAUB, (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, préc.

²¹¹⁰ En première instance : *Urgenda Foundation c. l'État des Pays-Bas*, *Rechtbank Den Haag*, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24/06/2015). Puis les décisions dites « Urgenda 2 » en 2018 en appel (*Pays Bas c. Urgenda* 9 oct 2018, *Cour d'appel de La Haye*). Et enfin, la décision de cassation du 20 décembre 2019. Décision disp. en ligne, pour une version en anglais : <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf> Nous mentionnons ici cette affaire uniquement pour son aspect intéressant la recevabilité. Pour une présentation détaillée sur le fond V. : N. de SADELEER, « Quand la science climatique s'invite au prétoire, Décryptage de l'affaire *Urgenda* », *Blogdroiteuropeen Working Paper* 3/2020, Mai 2020, Accessible à <https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2020/05/wp-nicolas-de-sadeleer-urgenda-final.pdf>

des droits fondamentaux²¹¹¹. Alors que le gouvernement avançait l'argument de l'impossibilité d'agir pour les générations à venir, les juges ont répondu que « *la génération actuelle de citoyens néerlandais en particulier, ne se limitant pas aux individus les plus jeunes appartenant à ce groupe, aura à subir au cours de leur vie des effets négatifs du changement climatique...* »²¹¹². Contrairement aux autres affaires évoquées plus haut, les juges ont ici considéré qu'il existait un « risque imminent » de danger, ce qui était susceptible de caractériser la réalité du dommage issu du manque d'ambition du gouvernement quant aux objectifs de réduction afin de limiter le réchauffement climatique. Le lien de causalité était également caractérisé. La Haute juridiction néerlandaise (le *Hoge Raad*) a confirmé la solution le 20 décembre 2019.

844. Cette solution n'est désormais plus isolée au sein du contentieux européen. Que l'on songe à l'affaire du siècle²¹¹³ ou celle dite « Grande Synthe »²¹¹⁴ en droit français ou encore à l'affaire *Shell*²¹¹⁵ rendue par le Tribunal de la Haye, toutes traduisent parfaitement l'émergence d'une prise en compte d'intérêts dotés d'une dimension transindividuelle, et ce sans considération liée à la nature verticale ou horizontale du litige. À ce stade de la démonstration en effet, il est surtout question de mettre en lumière la « collectivisation » de l'intérêt à agir, peu importe que ce phénomène apparaisse dans un litige contre l'État²¹¹⁶ ou contre une autre personne privée. Ces affaires révèlent d'ailleurs en creux que les distinctions public/privé – dont on a déjà montré qu'elles ne résistent pas toujours au poids de ces enjeux nouveaux – sont neutralisées par ce processus de collectivisation de l'intérêt à agir (puisque'il s'exprime ici tant dans des litiges « publics » – affaire du siècle, Grande Synthe etc. – que « privés » – *Shell*).

845. Illustrations du contentieux américain : les développements des *Public Trust*. Le contentieux en matière climatique aux États-Unis témoigne également de cette possibilité de « renouveler » les outils juridiques et, notamment, l'appréciation du *locus standi*. Ce domaine ne déroge pas, par principe, à la conception du *standing* telle qu'issu de l'article III de la

²¹¹¹ La requérante invoquait le droit à la vie (article 2), à la protection de la vie privée (article 8).

²¹¹² *Urgenda*, préc., §37, trad. N. de SADELEER, « Quand la science climatique s'invite au prétoire, Décryptage de l'affaire *Urgenda* », préc.

²¹¹³ V. les arrêts du tribunal administratif de Paris du 3févr. 2021 et 14 octobre 2021, Req. n° 1904967 et s.

²¹¹⁴ CE, 1^{er} juill. 2021, n° 427301, aff. « Grande Synthe ».

²¹¹⁵ Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. C. Shell*, 26 mai 2021.

²¹¹⁶ V. également l'affaire pendante devant la CEDH (*Duarte Agostinho et autres c. Portugal* et 32 autres États), Req. n° 39371/20.

Constitution²¹¹⁷. Pour autant, le mécanisme du *Public Trust*²¹¹⁸ constitue un fondement encourageant pour le développement d'actions citoyennes, déconnectées de tout intérêt personnel²¹¹⁹. Il n'est pas nécessaire qu'une loi habilite expressément toute personne à agir²¹²⁰. Sans disposition particulière, cette doctrine des *public trust* a été mobilisée devant les tribunaux pour tenter de faire reconnaître la légitimité de l'intérêt à agir de citoyens en défense de ressources communes. Plusieurs actions ont ainsi été intentées par des associations et des citoyens afin de contester les insuffisances de l'administration américaine (à l'échelon fédéral comme fédéré), notamment sur la question de la réduction des gaz à effet de serre²¹²¹.

846. En définitive, ces développements contentieux sont l'expression d'une prise en compte émergente d'intérêts transindividuels faisant la preuve, comme le remarquent certains auteurs américains, qu'« *il reste de la place pour le private enforcement* »²¹²². À cette question de la détermination des porteurs de l'action, s'ajoute ensuite celle de la légitimité de la personne qui a la charge d'examiner l'action.

²¹¹⁷ Les requérants qui mènent des actions dans le but de faire appliquer la réglementation en matière de pollution de l'air et de l'adapter au changement climatique n'échappent pas à la nécessité d'établir leur *standing*. V. sur ce point : les affaires *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* (2007) ou *American Electric Power v. Connecticut* (2011).

²¹¹⁸ En substance la doctrine des *public trusts* consiste à identifier des ressources devant être gérées, et donc protégées, par l'État fédéral ou les États fédérés dans l'intérêt d'un « public » correspondant aux générations présentes et futures. Pour une présentation plus détaillée : Th. PERROUD, V° Public Trust, in *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017 ; « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de *common law* : la notion de *public trust* », Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou, IRJS Editions, 2017 ;

²¹¹⁹ Pour une présentation plus détaillée en ce domaine spécifique, nous renvoyons à l'étude de Judith ROCHFELD (Annexe 2 – « Leçons de droit comparé n°1 – Le *Public Trust* comme guide d'un régime de la chose commune », in J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., spéc. p. 439. En langue anglaise v. M. C. BLUMM, M. C. WOOD (dir), *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, Carolina Academic Press, 2013.

²¹²⁰ Cf. *infra*, chapitre suivant en matière d'action *qui tam* à propos du statut de lanceur d'alerte. La nécessité qu'une loi habilite expressément toute personne à agir peut constituer une explication de la faible exploitation des actions *qui tam* en matière climatique. V. not. l'affaire *Vt. Agency of Natural Res. v. United States ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765, 771-73 (2000), citée par S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., spéc. p. 673

²¹²¹ V. les références citées par citées par E. WASHBURN, A. NUÑEZ, « Is the Public Trust a Viable Mechanism to Regulate Climate Change? », *Natural Resources and Environment*, 2012, vol. 27. Toujours en cours, l'affaire *Juliana v. United States* a eu un fort retentissement médiatique. Après avoir été admise en 2016, la question de la recevabilité d'une action menée par *Our childrens Trust* à l'encontre de l'État fédéral a été rejetée en appel en 2020 (Divided Ninth Circuit Court of Appeals, January 17, 2020).

²¹²² S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., spéc. p. 673. Et de manière plus détaillée : B. H. THOMPSON, « The Continuing Innovation of Citizen Enforcement », *U. Ill. L. Rev.*, 2000, p. 185.

B) La légitimité du « récepteur » de l'action : la détermination du rôle du juge

847. Considérations générales. À l'évidence, la promotion d'un usage processuel du droit dans la défense d'intérêt commun s'inscrit dans le mouvement général contemporain qui fait du juge le premier interlocuteur en cas de conflits au sein de la société²¹²³, et cela, qu'il s'agisse de contester une politique étatique ou une pratique d'une personne privée. Face à la difficulté de contraindre le politique (en influant directement sur le processus législatif) ou face à des opérateurs privés qui agissent en méconnaissance de l'intérêt commun, l'accès au prétoire apparaît comme la voie privilégiée²¹²⁴. Cela étant, cette forme d'activisme judiciaire suscite nécessairement les craintes relatives au rôle et au pouvoir du juge dans la détermination de l'intérêt commun. Les enjeux sont connus dans toutes les démocraties occidentales : soumis à la séparation des pouvoirs, le juge n'est pas habilité pour trancher de son propre chef des questions sociétales ou pour définir l'intérêt général. Face à des conflits de valeurs ou à l'absence de solution certaine et incontestable, il n'est pas supposé supplanter le jugement du politique²¹²⁵.

848. Soulignons d'emblée que ces questionnements n'ont, et c'est là un doux euphémisme, rien d'inédit. S'il est évident qu'il n'appartient pas au juge de définir une politique publique à la place du législateur, il est aujourd'hui tout aussi admis que le juge n'est pas seulement la bouche

²¹²³ C'est précisément l'une des caractéristiques de la « contre-démocratie » identifiée par Pierre ROSANVALLON (*La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, préc., spéc. p. 22-23).

²¹²⁴ Précisons toutefois ici que nous ne manquons pas de proposer la possibilité de concevoir le *private enforcement* en dehors de la voie juridictionnelle à travers une extension des saisines des autorités publiques, la vigilance des particuliers au respect des règles objectives pouvant également se traduire par une action devant une autorité administrative : Cf. *infra*, §939 et s. Cela étant, « l'action » faisant d'abord classiquement référence à l'action en justice, on s'intéressera exclusivement ici au rôle du juge.

²¹²⁵ Cela place incontestablement le juge dans une situation inconfortable. Saisi à propos d'un sujet politiquement sensible – résultat d'un choix de l'une ou l'autre de ces deux branches – le juge se trouve confronté à deux impératifs potentiellement contradictoires. Celui de son obligation de trancher le litige, d'une part, et celui de la séparation des pouvoirs lui imposant de ne pas excéder ses compétences, d'autre part. Cette situation embarrassante a abouti, dans la plupart des démocraties occidentales, à une distinction entre la matière juridique et la matière politique. Mais cette dichotomie se révèle souvent insuffisante car la frontière entre les deux matières est bien moins étanche qu'elle n'y paraît (Sur ce point v. not. : C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, 2019). En témoignent encore une fois les premiers contentieux climatiques qui ont amené à des débats visant à déterminer s'il relève du rôle du juge de décider de la « justice climatique » ou s'il s'agit d'une question politique devant demeurer entre les mains des pouvoirs exécutif et législatif

de la loi²¹²⁶. Contrairement à un modèle plus traditionnel de la fonction judiciaire²¹²⁷, la conception du juge comme simple « appliquant » n'est pas souhaitable²¹²⁸, si tant est qu'elle soit même possible²¹²⁹ : son interprétation est une nécessité pour donner sens au texte qui n'est pas donné d'avance, le législateur ne pouvant concevoir et définir précisément toutes les implications de la règle objective²¹³⁰.

849. Les apports des débats contemporains sur l'interprétation : le modèle de la discussion de Jürgen HABERMAS. Bien entendu, il n'est pas question ici de rendre compte de l'ensemble des intenses débats autour de l'interprétation juridique²¹³¹. L'objet des présents développements est plutôt de montrer que le modèle juridique contemporain d'interprétation²¹³² est à même de répondre aux enjeux soulevés par la présente thèse visant à faire la promotion d'un usage processuel du droit par les particuliers. Nous nous appuierons plus précisément sur la philosophie de la communication de Jürgen HABERMAS²¹³³. Au supposé consensus sur le sens de la règle comme critère de validation de l'interprétation, il oppose plus précisément une communication illimitée, libre et transparente. Selon lui, l'adjonction de sens que le juge fait

²¹²⁶ Selon l'expression consacrée de MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, livre XI, chap. VI, Gamier, 1973, t. I, p. 171). Parmi une littérature abondante sur la remise en cause du modèle juge bouche de la loi : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962 ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, [traduit de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE], publications des facultés universitaires Saint-Louis de droit de l'Université, 2^{ème} éd., 2005, M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, PUAM, 1990.

²¹²⁷ L'on fait ici référence aux mouvements antérieurs au XIX^e siècle et notamment à l'École de l'Exégèse.

²¹²⁸ L'idée selon laquelle le juge doit pouvoir librement interpréter le discours législatif afin d'adapter la signification des lois aux évolutions a notamment été défendue par l'École de la libre recherche dirigée par François GENY (L'ouvrage de référence : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919).

²¹²⁹ Sur les rapports entre les thèses contradictoires du juge créateur de normes et le juge qui *ne peut pas ne pas créer de normes* : I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, t. II, 2012, pp. 706-735. De manière plus générale sur la théorie réaliste de l'interprétation, selon laquelle – dans sa version la plus radicale – les textes n'ont en soi pas de signification avant l'interprétation, les travaux de Michel TROPER, et plus précisément : « Une théorie réaliste de l'interprétation », O. JOUANJAN, (dir.), *Dossier théorie réaliste du droit*, Strasbourg, PU de Strasbourg, 2001, p. 51).

²¹³⁰ L'idée selon laquelle la loi ne peut pas tout prévoir à l'avance par l'élaboration d'un énoncé général a été portée, au début du XX^e siècle, par le courant réaliste aux États-Unis, précédé de celle de la *Sociological jurisprudence* (F. MICHAUD, « Le rôle créateur du juge selon l'École de la *sociological jurisprudence* et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC*, 1987, p. 343 ; *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, 2000 ; « États-Unis. Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaines », D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003 ? pp. 661-667).

²¹³¹ Pour une présentation riche et détaillée : B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, 2005.

²¹³² Bien que l'expression postule qu'il existe un modèle communément admis, il s'agit en réalité d'une synthèse des conceptions actuellement en vigueur que Benoît FRYDMAN a regroupé dans le cadre de sa construction d'un « modèle pragmatique de l'interprétation » (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, préc. pp. 576-665).

²¹³³ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997. Pour les travaux juridiques qui ont mobilisé la pensée de cet auteur sur lesquels nous nous appuyons : L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherche sur la procédure et le bon gouvernement*, Université de Florence, 2000 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, préc., spéc. pp. 640 et s.

nécessairement dans son application de la règle, se trouve légitimée selon les principes de l'éthique de la discussion. L'interprétation invite à une discussion contradictoire et la meilleure sera alors celle qui résulte d'une discussion ouverte au cours de laquelle l'ensemble des arguments ont pu être échangés sans contrainte. Sur ce point, la « *situation idéale de parole* » doit bénéficier, au plan pratique, d'un cadre processuel : seules les règles procédurales peuvent garantir la concrétisation de la théorie de la discussion²¹³⁴.

850. Jürgen HABERMAS a défendu l'efficacité de ce modèle fondé sur la théorie de la discussion, car celui qui entend convaincre dans le cadre d'une discussion publique doit mobiliser des arguments susceptibles de convaincre les autres. En ce sens, et comme le résume Benoît FRYDMAN, « *il gardera pour lui, par exemple, les intérêts égoïstes qui le poussent à préconiser telle solution plutôt que telle autre* ». Dans ce contexte, « *s'il aspire à convaincre ses partenaires, il devra chercher à généraliser l'intérêt de la mesure ou trouver d'autres bonnes raisons potentiellement acceptables par tous. Ainsi le résultat de la délibération sera motivé publiquement par des arguments universalisables* »²¹³⁵. C'est dans la continuité et à la lumière des travaux de Jürgen HABERMAS que Frédéric ZENATI a mis en avant la fonction sociale du procès dans son rôle de consolidation voire d'élaboration de valeurs collectives. Selon lui, le procès est « *l'occasion pour la pensée commune non seulement de s'exprimer, mais aussi de se constituer, tant dans l'activité des plaideurs que dans celle du juge* »²¹³⁶. Le tribunal devient ainsi le lieu où s'exprime le mieux la société civile et permet d'aboutir à une perception commune du monde social.

851. L'on comprend, dès lors, que, si le débat sur la légitimité du juge n'est pas illégitime en lui-même, il n'est pas en mesure de faire obstacle à la promotion d'un usage processuel du droit pour la défense d'intérêt commun. Dans la continuité du modèle présenté, la définition de l'intérêt commun peut être le résultat des échanges sur les valeurs, établies ou nouvelles, entre les parties et avec le concours du juge. Dans cette perspective, l'on peut considérer que la décision du juge bénéficie d'une légitimité, car elle est le résultat d'un débat, dont les échanges peuvent justifier la conception finalement adoptée. Pour transposer les propos de Jürgen

²¹³⁴ Cette approche a été reprise par Jacques LENOBLE qui recommande « *la mise en place de procédures permettant d'instituer au sein de la société un lieu qui assure efficacement le contrôle du pouvoir public ou privé au regard des valeurs que le groupe ressent comme constitutives d'une vie démocratique* » (J. LENOBLE, « Crise du juge et philosophie du droit », *La crise du juge*, LGDJ, 1996, p. 145).

²¹³⁵ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, préc., p. 643.

²¹³⁶ F. ZENATI, « Le procès, lieu du social », *Arch. Phil. dr.*, 1995, T. 39, pp. 329 et s, spéc. pp. 242, 244. Selon lui, « *bien que représentant des intérêts spécifiques, les plaideurs sont une émanation du corps social et en reproduisent les discours variés et contradictoires* ».

HABERMAS dans le cadre de notre hypothèse, la décision serait d'autant plus juste et équitable qu'elle procède d'une « politique délibérative » qui a su laisser la place à la discussion.

852. L'application concrète : les enjeux des conditions de la « discussion rationnelle ». Si ce cadre théorique offre une voie possible à la promotion du modèle proposé, force est de constater qu'il ne bénéficie encore, à l'heure actuelle, que d'une application imparfaite aussi bien en droit américain qu'en droit de l'Union. Dans le champ de l'étude, l'expérience américaine a en effet montré le risque de dévoiement par le juge des règles procédurales au service de sa propre conception idéologique de l'intérêt général protégé par les normes²¹³⁷. Il en a résulté que les instruments procéduraux, consacrés par le législateur et censés faciliter l'accès à la justice à toute personne, peuvent être neutralisés par une politique jurisprudentielle visant à réduire le nombre d'actions. Mais le risque d'une définition monopolistique par le juge n'est pas propre au champ de l'étude ni au droit américain. Dans une perspective plus générale, à l'échelle de l'Union, le monopole de la Cour de justice dans la définition de l'intérêt commun tel qu'exprimé à travers le projet européen est connu. À cet égard, Loïc AZOULAI, dans son article intitulé « Un nouveau téléologue »²¹³⁸, a plus précisément montré comment la méthode téléologique permet au juge de l'Union de définir les règles du traité, mais aussi, par-là, sa vision « monologique » de « la » bonne société européenne, dans un sens d'intégration des peuples. S'il revient sur le modèle de Miguel POIARES MADURO, c'est pour en exprimer ses réserves. Selon l'avocat général, l'interprétation du droit européen doit faire la promotion d'un pluralisme qui doit passer par un dialogue permettant de reconnaître les conceptions nationales, non comme de simples sources d'inspiration, mais comme de véritables autorités²¹³⁹. Mais Loïc AZOULAI remarque que le juge de l'Union insère nécessairement des présupposés normatifs lorsqu'il fait œuvre de définition et impose, d'une certaine manière, en cela, sa propre vision d'une intégration (dans l'intérêt commun européen)²¹⁴⁰.

853. L'importance de la définition du cadre processuel susceptible d'assurer les conditions de la discussion rationnelle est alors manifeste. S'il n'est pas question, à notre sens, de diminuer

²¹³⁷ Sur ce point : cf *supra*, chapitre précédent, §651 et s.

²¹³⁸ L. AZOULAI, « Un nouveau téléologue », in S. BESSON, E. CLERC, N. LEVRAT, (dir.), *L'interprétation en droit européen*, Bruylant, 2011, pp. 139-148.

²¹³⁹ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol 1.

²¹⁴⁰ L. AZOULAI, « Un nouveau téléologue », préc., p. 147. Il conclut en ces termes « la légitimité de l'intégration repose donc entièrement sur la défense d'intérêts communs représentés par l'ordre juridique européen et transcrits par son juge. D'où procèdent ces intérêts ? En l'absence de volonté populaire auquel les imputer, il faut bien supposer qu'ils émanent d'une "idée d'œuvre commune" qui se manifeste dans les traités fondateurs. La nouvelle téléologie a des accents théologiques ».

le pouvoir de création du juge ou de remettre en cause sa légitimité, il est toutefois nécessaire d'en définir précisément le cadre. Il s'agit à la fois d'éviter que le juge ne définisse seul l'intérêt commun qui se dégage des règles ou que seule une minorité soit susceptible de dialoguer dans l'espace public processuel. Résultat d'un choix démocratique, le choix de l'*enforcement* doit alors être accompagné de règles procédurales, limitant la possibilité pour le juge de bloquer, à sa guise, l'accès à son prétoire. Pour le dire autrement, les impératifs de la discussion doivent s'imposer au juge et non pas être à sa discrétion. Dans ce contexte, son pouvoir d'interprétation des règles procédurales doit être réduit afin que les modalités procédurales, définies par le législateur, assurent que l'ensemble des conceptions possibles de l'intérêt protégé pourront être représentées. Le renouvellement proposé du *private enforcement* s'inscrit parfaitement dans cette dynamique. Une fois admis qu'il participe de cette réflexion relative au renouvellement du rôle des parties et du juge dans la définition de l'intérêt commun, l'objet du prochain chapitre sera ainsi d'en définir plus précisément les contours²¹⁴¹.

854. Conclusion de la section 2. En définitive, la régénération du *private enforcement* doit passer par son affranchissement à l'égard de la logique instrumentale. Reflet de la conception utilitariste de l'intérêt général, celle-ci a réduit le *private enforcement* à l'idée que la revendication de droits individuels servirait l'intérêt de tous. Or, les évolutions et enjeux contemporains témoignent à la fois des insuffisances de ce présupposé et de l'opportunité d'une redéfinition. La réception de ces phénomènes sur le terrain juridique est l'occasion de renouveler les cadres traditionnels de pensées. Notamment, le dépassement de la logique individuelle de l'action en justice est apparu possible par la remise en cause de la distinction même d'intérêt individuel *versus* intérêt général. La prise de conscience de l'insuffisance de cette dichotomie ouvre la voie à l'émergence d'une voie alternative au profit de la reconnaissance d'actions dans l'intérêt commun. La conception, certes plus politique, du *private enforcement* s'en trouve régénérée : au-delà de leurs intérêts individuels, les particuliers se mobilisent pour revendiquer le respect des règles communes dans le cadre de luttes plus collectives. À charge ensuite pour le système juridique de les accueillir en offrant les voies processuelles adaptées et les garde-fous nécessaires.

²¹⁴¹ Cf. *supra*, chapitre suivant, §861 et s.

Conclusion du chapitre 1

855. À l'issue de ces développements, l'on comprend que la tendance ne doit plus être à la restriction. Si l'étude comparée avait déjà eu l'occasion de montrer les insuffisances et les enjeux d'un accès restreint au prétoire, la nécessité d'une ouverture s'est vue réaffirmée.

856. Ce chapitre reposait sur le présupposé que le *private enforcement* pouvait trouver dans l'identification d'un mouvement de fond un moyen de se régénérer. Les enjeux contemporains et les nouvelles réalités sociales bousculent les cadres de pensées traditionnels et remettent, plus précisément, en cause la démarche utilitariste consistant à percevoir l'intérêt général comme une somme d'intérêts particuliers. Ces phénomènes révèlent les insuffisances de cette équation en brouillant les notions mêmes d'intérêts individuels et d'intérêt général et, par conséquent, la ligne de partage entre les deux. Il nous est apparu que, de ces mouvements substantiels, l'on pouvait en tirer des pistes pour le renouvellement du *private enforcement*, aussi bien dans le domaine spécifique de l'étude que dans une perspective plus générale.

857. En droit de la concurrence, les préceptes de l'approche classique ont conduit à une concentration des pouvoirs économiques dont on doute aujourd'hui légitimement de ses bienfaits. La remise en cause de l'objectif unique du bien-être du consommateur conduit une partie de la doctrine américaine à promouvoir un retour aux fondements originaux du droit antitrust. De cette régénération des objectifs du droit de la concurrence, a été préconisée la voie d'une reconnaissance d'intérêts variés qui ont été négligés par l'analyse économique. Dans le cadre de ce renouvellement substantiel des ~~cadres de pensée~~, l'intérêt privé ne peut plus se réduire à l'intérêt économique du consommateur d'obtenir des prix bas. D'autres intérêts méritent d'être revendiqués en justice.

858. Mais, dans une perspective plus générale, c'est la pertinence même de la démarche utilitariste qui sous-tend le *private enforcement* qui vacille. Car, la distinction intérêt privé/intérêt public se révèle insuffisante pour saisir l'ensemble des nouvelles réalités. Celles-ci invitent au contraire à reconnaître l'existence d'intérêts communs, qui par leur caractère transindividuels ont vocation à se situer entre l'intérêt individuel et l'intérêt général.

859. C'est alors au fur et à mesure de l'examen de ces évolutions que se sont dessinés les traits essentiels du *private enforcement* que nous cherchons à promouvoir. La seconde perspective a, plus fondamentalement, permis de démontrer que celui-ci doit désormais impliquer un dépassement de la logique instrumentale originelle. Les particuliers peuvent être intéressés au

contrôle du respect des règles par les opérateurs privés comme publics, et ce, au-delà même de la défense d'un quelconque intérêt individuel.

860. L'identification de ce mouvement en faveur d'une participation accrue des particuliers invite alors à réécrire la formule de *Van Gend en Loos* : la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde d'*intérêts collectifs* entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui des institutions publiques. Une fois admis dans son principe, encore faut-il examiner les instruments à même de concrétiser ce mouvement de fond.

CHAPITRE 2 – VERS UNE RESTRUCTURATION DES INSTRUMENTS DU *PRIVATE ENFORCEMENT*

861. Après avoir identifié un mouvement de fond en faveur d'un usage processuel renouvelé du droit dans le cadre du concept de *private enforcement*, il faut, dans un second temps, examiner comment cela peut se matérialiser concrètement. Le concept étant redéfini, l'objectif des développements à venir consiste ainsi à envisager les instruments disponibles et/ou à construire pour le renouvellement promu par le présent titre : s'éprouve alors la potentialité de proposer une restructuration de son architecture générale.

862. D'emblée, l'idée d'une restructuration – entendue comme « *l'action de réorganiser quelque chose selon de nouveaux principes, avec de nouvelles structures* »²¹⁴² – invite à formuler deux séries de précisions préalables.

863. En premier lieu, et comme l'indique l'intitulé du présent chapitre, la portée de la restructuration est, à ce stade de l'étude, limitée au droit de l'Union. Cette restriction du champ de la démonstration est directement liée aux objectifs de la comparaison : l'ambition n'est pas de construire un cadre commun ou « global », mais plutôt d'aboutir à une amélioration de notre propre droit²¹⁴³, et ce, à la lumière du droit américain. Celui-ci continuera en effet de constituer un point d'appui en ce qu'il permettra de guider la pertinence des pistes proposées au sein de l'Union sur la base des échecs de ses expériences et des perspectives de ses évolutions.

864. En second lieu, la proposition de restructuration entend se fonder sur l'observation du droit positif et de ses évolutions constatées. Si la recherche des fondements du renouvellement du *private enforcement* n'a pas dissimulé la dimension idéologique qu'elle induit presque intuitivement, la nécessité de réaménager le cadre processuel existant s'appréhende de manière objective²¹⁴⁴. À première vue, les institutions politiques et juridiques nationales comme européennes ont pris conscience de la nécessité d'adapter le cadre processuel existant aux nouveaux enjeux contemporains et aux nouvelles réalités sociales. La généralisation en matière de recours collectifs en est le principal reflet. Instrument caractéristique du *private enforcement*, celui-ci ne se limite désormais plus aux deux domaines complémentaires de la consommation

²¹⁴² Dictionnaire Larousse.

²¹⁴³ Pour la présentation de la méthodologie comparative et des objectifs de l'étude : cf. *supra*, l'introduction générale de notre thèse : §50 et s.

²¹⁴⁴ Pour reprendre les propos de Georges RIPERT, il s'agit ici d'étudier « les faits sans passion » et les considérer « uniquement dans leurs rapports avec le droit » (G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 2 : « à la différence de la science économique, la science juridique n'admet ni les doctrines, ni les partisans. Elle étudie les faits sans passion, car elle les considère uniquement dans leurs rapports avec le droit. Elle porte un jugement sur les lois, mais ce jugement ne concerne guère que la technique des institutions et des règles »).

et de la concurrence qui ont occupé jusque-là notre étude. Ce mécanisme connaît au contraire, à l'échelle nationale²¹⁴⁵ comme européenne²¹⁴⁶, une véritable expansion au profit d'autres domaines tels que l'environnement, la santé, les discriminations ou encore les données personnelles.

865. Ces initiatives émergentes s'inscrivent dans une tendance juridique globale qui consiste à inciter les personnes privées à agir en justice afin d'assurer un plus haut niveau de détection et dissuasion. Cela étant, l'engouement qui les accompagne a précipité leur réception en droit positif. Aussi, celles-ci reposent sur des règles juridiques carencées, conduisant à l'émiettement des régimes juridiques et suggérant, plus fondamentalement, l'insuffisance globale du cadre processuel. Dans la continuité du chapitre précédent, les actions existantes sont en effet loin de correspondre à l'idée d'un *private enforcement* déconnecté de tout intérêt individuel, au profit de la défense d'intérêts communs protégés par les règles objectives : elles reposent, au contraire, sur la même logique instrumentale consistant à penser que la satisfaction d'intérêts individuels participera au bien-être collectif.

866. Cet état des lieux du droit positif et l'identification des différentes lacunes finissent par donner l'impression d'une construction, certes émergente, mais dont les fondations n'ont pas été totalement posées. C'est sur la base ce constat – qu'il conviendra d'étayer – que l'on propose, dans le cadre d'une réflexion ouvertement prospective, des pistes de restructuration à l'échelle de l'Union. Cette entreprise présente deux objectifs. Le premier consiste à lutter contre la fragmentation des régimes causée à la fois par leurs origines hétéroclites (nationale, européenne) et l'approche sectorielle menée jusqu'à présent. Dans un souci d'intelligibilité et de prévisibilité, il sera ainsi question de réfléchir à un cadre processuel plus uniforme²¹⁴⁷.

²¹⁴⁵ Cf. *infra*, §911 et s. pour l'examen de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, JO du 19, JA n° 550/2016, p. 6 ; Décr. n° 2017-888 du 6 mai 2017, JO du 10, JA n° 560/2017, p. 10).

²¹⁴⁶ Cf. *infra*, §925 et s. sur l'examen de la directive 2020/1828/UE du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JOUE n° L 409 du 4 déc. 2020.

²¹⁴⁷ Sur ce point l'exemple droit américain est pertinent. Si l'étude comparative menée jusqu'à présent a pu montrer les limites, voire le détournement, du modèle de *private enforcement* américain, il n'en demeure pas moins que le cadre processuel général de ce dernier demeure plus intelligible que celui observable, à l'heure actuelle, au sein de l'Union. La cohérence du régime juridique américain de *private enforcement* trouve directement son origine dans la structure fédérale : une fois sa compétence établie dans un domaine, le législateur fédéral peut compter sur les règles de procédure civile fédérales applicables devant les juridictions. Ainsi, qu'il s'agisse du domaine *antitrust* ou de celui de la consommation, des discriminations, de l'environnement etc., chacun se fonde sur un socle procédural commun. Les gains en termes de clarté, de prévisibilité et d'intelligibilité sont alors évidents : les règles relatives au *standing*, à l'accès aux preuves, aux moyens de défense, ou encore aux modalités de recours collectifs bénéficient, à la base, d'un cadre commun. Mais celui-ci n'empêche pas des adaptations en fonction du degré d'*enforcement* souhaité par le législateur. Pour mémoire, le régime de *private enforcement* relève avant tout d'un choix exclusif du législateur fédéral : en fonction de l'importance qu'il accorde à la politique publique mise

Le second revient, plus fondamentalement, à concevoir une action détachée des notions traditionnelles d'intérêts ou de droits subjectifs afin de reconstruire les rapports qu'entretient le particulier avec la mise en œuvre du droit, et notamment le droit de l'Union.

867. Proposer un modèle d'action uniforme et distinct du modèle individualiste à l'échelle de l'Union revient à s'interroger sur la capacité de son droit à orchestrer cette transformation processuelle. Dès lors, avant d'examiner les modalités proposées pour la restructuration du *private enforcement* à l'échelle de l'Union (Section 2), il convient, au préalable, de se pencher sur les conditions dans lesquelles elle pourrait être menée (Section 1).

en œuvre par les règles substantielles, il peut décider d'ajouter, à titre spécifique, des modalités plus ou moins ambitieuses et dissuasives pour les potentiels contrevenants. Sur ce point : Cf. *supra*, Partie I, spéc. §312 et s. C'est dans cet esprit qu'il faut comprendre la restructuration proposée à l'échelle de l'Union. Évidemment, cette restructuration se situe hors du cadre offert par la structure fédérale. Il conviendra, à ce titre, d'évaluer la faisabilité d'un tel projet dans le cadre du système général de répartition des compétences entre l'Union et les États et, plus précisément, de la compétence d'attribution de l'article 5§2 TUE.

SECTION 1 – Les conditions de la restructuration à l'échelle de l'Union

868. Si l'on accepte de considérer que le renouvellement du *private enforcement* doit passer par la promotion d'une restructuration générale de son cadre à l'échelle européenne, encore faut-il au préalable vérifier la compétence des institutions de l'Union à agir en ce sens.

869. De manière générale, il faut le rappeler, l'opacité et la complexité du cadre juridique du *private enforcement* dans l'Union résident dans l'absence d'une base juridique claire, relative à la mise en œuvre du droit par les particuliers dans le traité. Alors qu'il aurait pu représenter une opportunité idéale pour rectifier cet « *enforcement deficit* »²¹⁴⁸, le traité de Lisbonne s'est avéré décevant sur la question du rôle de l'action des personnes privées pour la mise en œuvre du droit de l'Union. Les articles 19§1 TUE et 47 de la Charte n'ont pas permis, on l'a vu, de poser un cadre clair quant au rôle des actions des particuliers devant les juridictions nationales²¹⁴⁹. Le droit primaire est, en ce sens, resté largement silencieux sur le cadre général du *private enforcement* : non seulement il n'a pas procédé à une consolidation textuelle des solutions jurisprudentielles relatives à la mise en œuvre des règles du droit de l'Union devant les juridictions nationales²¹⁵⁰, mais il n'a pas non plus été à l'origine du développement d'autres perspectives.

870. Face aux lacunes du droit primaire, il est encore revenu au juge de l'Union – pouvant certes de plus en plus s'appuyer sur des dispositions de droit dérivé – de poursuivre sa construction prétorienne. Bien qu'essentielle, cette dernière apparaît toutefois aujourd'hui insuffisante pour assurer la restructuration du cadre général du *private enforcement* (§1). L'édification d'un socle commun à l'échelle européenne doit, selon nous, désormais passer par une intervention du pouvoir politique à travers l'adoption d'un texte de droit dérivé, le plus à même de définir les contours de l'action de *private enforcement* dans l'Union. Mais encore faut-il pour cela dépasser certains obstacles de l'harmonisation (§2).

²¹⁴⁸ Sur ce point v. not : M. DOUGAN, *National Remedies before the Court of Justice: Issues of Harmonization and Differentiation*, Hart, 2004.

²¹⁴⁹ Cf. *supra*, §285 et s.

²¹⁵⁰ Le traité n'a pas consacré l'effet direct, la responsabilité des États ou les principes d'effectivité et d'équivalence. Pour une critique doctrinale sur ce point v. not. : M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, 2006, pp. 679-683. Dans le même sens : S. DRAKE, M. SMITH, (dir.), *New Directions in the Effective Enforcement of EU Law and Policy*, préc., p. 27.

§ 1 – Le dépassement de la construction prétorienne

871. À défaut de précision au sein du droit primaire, les principes généraux relatifs à l'*enforcement* des règles par les particuliers ont, prioritairement, été posés par le juge de l'Union. Il est largement établi que la consécration de l'effet direct, le principe de la responsabilité des États ou encore l'encadrement de l'autonomie procédurale par les principes d'effectivité et d'équivalence sont le résultat d'une construction jurisprudentielle ambitieuse et nécessaire pour l'encadrement de la mise en œuvre des règles de l'Union devant les juridictions nationales²¹⁵¹.

872. C'est sur la base de ces principes généraux que la Cour a progressivement construit, de manière sectorielle, les régimes juridiques dans lesquels l'Union a consacré un droit d'action aux particuliers. Le domaine de l'étude en a été une remarquable illustration. Avant même l'adoption de la directive 2014/104, la Cour de justice a fait une application de sa logique générale consistant à compter sur « *la vigilance des particuliers* »²¹⁵² pour mettre en œuvre des règles de concurrence. C'est bien en effet dans la continuité de cette instrumentalisation des intérêts subjectifs que s'inscrit sa jurisprudence depuis l'arrêt *Courage* : la consécration d'un droit d'action a été placée au service de la mise en œuvre de l'intérêt objectif de régulation de l'ordre concurrentiel, en complément de l'action des autorités publiques.

873. Si ce domaine a depuis fait l'objet d'une harmonisation avec la directive 2014/104, les modalités concrètes de la mise en œuvre du droit d'action des particuliers continuent d'être précisées par la Cour²¹⁵³. De ce point de vue, l'exemple *antitrust* permet de mesurer, dans un cadre sectoriel, l'effectivité de cette construction prétorienne du régime juridique du *private enforcement*.

874. L'on peut, dans un premier temps, relever l'efficacité du dialogue entre les juges nationaux et le juge de l'Union dans la construction progressive d'un régime commun sur la base de cette directive. La jurisprudence la plus récente témoigne d'un certain volontarisme des juridictions nationales qui n'hésitent pas à mobiliser la procédure préjudicielle de l'article 267 TFUE pour assurer l'application uniforme des règles de la directive. Les arrêts *Cogeco*²¹⁵⁴,

²¹⁵¹ Cf. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, spéc. §243-270.

²¹⁵² Selon la formule consacrée dans CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc.

²¹⁵³ En témoignent les affaires les plus récentes (CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich*, préc.) et pendantes (CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal c/ Mercedes Benz*, préc.).

²¹⁵⁴ CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, préc.

*Skanska*²¹⁵⁵, ou encore *Otis II*²¹⁵⁶ ont été l'occasion pour la Cour de compléter ou suppléer la directive, soit en réglant des situations non directement régies par celle-ci, soit en proposant une interprétation des règles de droit interne antérieures à la directive, pourtant inapplicable *ratione temporis*²¹⁵⁷. En bref, ces arrêts témoignent ainsi d'un « droit en construction » qui peut nous amener à adopter une approche optimiste du dialogue des juges.

875. Pour autant, compter uniquement sur le juge pour la construction d'un régime unifié et cohérent du *private enforcement* est un choix périlleux.

876. En termes démocratiques d'abord, puisque cela revient à laisser au juge, et non au législateur, le pouvoir de décider du niveau et degré d'*enforcement*. En termes de prévisibilité, de clarté et de sécurité juridique²¹⁵⁸, ensuite. Sur ces deux points, l'approche comparative a particulièrement révélé les limites que soulève un régime orchestré par le juge et dépendant de lui. L'expérience américaine a en effet montré que si l'élaboration du régime du *private enforcement* repose initialement, aux États-Unis, sur un choix du législateur fédéral, la Cour suprême dispose d'un large pouvoir d'appréciation des règles processuelles : c'est précisément ce qui lui a permis de restreindre l'accès au prétoire à travers une interprétation stricte des règles fédérales de procédure civile²¹⁵⁹. Le parallèle avec le droit de l'Union peut être fait sur ce point. Certes, le juge de l'Union a, pour le moment, eu tendance à adopter une approche extensive des règles de la directive 2014/104²¹⁶⁰. Mais celle-ci se justifie actuellement par la volonté d'assurer au maximum le développement des actions privées au sein de l'Union afin de renforcer leur rôle complémentaire à celui des actions publiques. L'hypothèse d'un changement potentiel dans la politique jurisprudentielle de la Cour ne peut être complètement écartée. Il en résulterait alors, comme aux États-Unis, une restriction potentielle des modalités d'accès au juge.

877. Aussi, saisie dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour peut faire preuve d'une certaine prudence, ne voulant pas donner l'impression d'interférer trop frontalement sur certaines questions de politique juridique. En matière de *private enforcement*, l'étude a plusieurs fois eu

²¹⁵⁵ CJUE, 14 mars 2019, *Skanska*, préc.

²¹⁵⁶ CJUE, 12 déc. 2019, *Otis*, préc.

²¹⁵⁷ Pour une présentation de ces jurisprudences : cf *supra*, § 502 et s.

²¹⁵⁸ Force est de constater qu'il s'agit d'une construction qui s'inscrit nécessairement dans la durée. En témoigne, une fois encore, le domaine de l'étude. On voit le chemin parcouru entre l'arrêt *Courage* de 2001 – dans lequel la Cour se prononce pour la première fois sur le rôle des particuliers pour la mise en œuvre du droit de la concurrence – et la jurisprudence la plus récente qui vient encore préciser les modalités concrètes d'exercice de l'action.

²¹⁵⁹ Cf. *supra*, § 654-705.

²¹⁶⁰ Dans l'affaire *Otis II* (CJUE, 12 déc. 2019, *Otis*, préc.) par exemple, la Cour a adopté une interprétation large de « toute personne ». Cf. *supra*, § 514.

l'occasion de souligner la prise en compte de la tradition juridique des États dans l'interprétation de la Cour. Bien qu'elle ait pu clairement affirmer la dimension objective du droit à réparation, il n'en demeure pas moins qu'elle est restée nécessairement limitée quant aux conséquences concrètes qu'elle peut en faire découler²¹⁶¹.

878. En définitive, bien qu'essentielle au développement du régime juridique relatif à la mise en œuvre du droit de l'Union par les particuliers, cette construction prétorienne apparaît désormais insuffisante. Si la restructuration du *private enforcement* doit passer par une action du législateur de l'Union, encore faut-il, pour cela, dépasser certains obstacles.

§ 2 – Le dépassement des contraintes de l'harmonisation

879. L'édification d'un socle commun du *private enforcement*, à l'échelle de l'Union, par un instrument de droit dérivé, nécessite que l'on s'affranchisse d'une double difficulté. D'une part, la détermination de la base juridique sur laquelle l'Union peut fonder son action législative doit être précisée. D'autre part, des contraintes politiques sous-jacentes au débat juridique ne peuvent être occultées. Si les contraintes juridiques, bien que réelles, apparaissent surmontables (A), l'épicentre des enjeux se situe plutôt sur le terrain politique (B).

A) Des contraintes juridiques surmontables

880. Une fois que l'on a procédé à l'évitement du principe d'autonomie procédurale (1), l'édification d'un régime juridique du *private enforcement* à l'échelle de l'Union implique le dépassement d'un autre obstacle juridique, et non des moindres : celui de la détermination de la base juridique (2).

1) L'évitement possible du principe d'autonomie procédurale

881. Le *private enforcement* faisant principalement appel à des considérations d'ordre procédural (droit d'action, intérêt à agir, modalités de l'exercice de l'action, etc.), il est traditionnellement tentant de l'appréhender, à l'échelle de l'Union, sous l'angle du principe d'autonomie procédurale des États. Sur ce fondement, l'Union serait nécessairement limitée dans sa capacité d'action, tant ces questions relèvent de la souveraineté des États membres.

²¹⁶¹ Le poids de la conception exclusivement réparatrice de la responsabilité civile dans la plupart des États membres a pu, par exemple, la conduire à énoncer que le droit communautaire n'impose pas les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires (CJUE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc.).

882. Pourtant, il nous faut préciser ici que la question de la compétence de l'Union pour adopter des dispositions procédurales ne relève pas du principe d'autonomie procédurale. Ce principe, on le sait, implique que les modalités procédurales, visant à assurer la sauvegarde des droits accordés aux particuliers par le droit de l'Union, relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État²¹⁶². Tout aussi établis sont ses deux tempéraments : les États et, plus particulièrement, les juridictions nationales, doivent assurer une protection effective aux droits tirés de l'effet direct²¹⁶³ en veillant, d'une part, à ce que les modalités procédurales ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et, d'autre part, à ce qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)²¹⁶⁴.

883. Toutefois, et comme prévu dès l'arrêt *Rewe*²¹⁶⁵, ce principe d'autonomie procédurale a vocation à s'appliquer seulement en l'absence de règles européennes. La Cour a elle-même pris le soin de préciser dans son avis 1/94 du 15 novembre 1994 relatif aux accords OMC²¹⁶⁶, que les questions procédurales telles que celle du droit de recours, des mesures provisoires ou des dommages et intérêts ne constituent pas, par principe, un domaine exclusivement réservé aux États membres. Au contraire, elle énonce sur ce point que « *la Communauté a certainement une compétence pour harmoniser les règles nationales sur ces sujets* », pour autant que le traité lui fournisse une base légale suffisante²¹⁶⁷. En résumé, c'est seulement si les institutions de l'Union n'ont pas exercé leurs compétences dans un domaine qui en relève pourtant, qu'il revient aux États de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer aux particuliers la possibilité effective d'exercer leurs droits qu'ils tirent du droit de l'Union²¹⁶⁸.

884. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler les nombreux textes de droit dérivé qui ont visé à faciliter le recours des particuliers devant les juridictions nationales. Les directives en

²¹⁶² Pour une présentation de ce principe : Cf. supra Titre 1 ???

²¹⁶³ CJCE, 19 déc. 1968, *Salgoil*, préc., spéc. p. 675 et 676 ; CJCE, 9 juill. 1985, *Bozzetti*, préc., pt. 17 ; CJCE, 18 janv. 1996, *SEIM*, aff. C-446/93, pt. 32 ; CJCE, 17 sep. 1997, *Dorsh Consult Ingenieurgesellschaft*, préc., pt. 40.

²¹⁶⁴ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, préc. pt. 5 ; *Comet*, préc., pts 13 à 16, Puis principes réaffirmés par la suite : CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, pt. 12 ; CJCE, 20 sept. 2001, *Courage et Crehan*, préc., ; CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi*, préc., ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, préc., pt. 43.

²¹⁶⁵ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, préc.

²¹⁶⁶ CJCE, Avis 1/94, du 15 novembre 1994.

²¹⁶⁷ *Ibid.* « pour autant qu'elles aient, pour reprendre la formule de l'article 100 du traité, "une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun" ». CJCE, Avis 1/94, paragraphe 104.

²¹⁶⁸ Sur ce point v. Art. 4 (3) et 19 (1) TUE.

matière de passation de marchés publics et de contrats de concession²¹⁶⁹, de respect des droits de propriété intellectuelle²¹⁷⁰, et bien sûr celles, au cœur de l'étude, relatives au droit de la consommation²¹⁷¹ et de la concurrence²¹⁷², contiennent de nombreuses dispositions substantielles, mais aussi procédurales relatives aux modalités de recours²¹⁷³.

885. L'on comprend ainsi que l'adoption de dispositions procédurales visant à harmoniser le cadre général du *private enforcement* ne relève pas d'une potentielle dérogation au principe d'autonomie procédurale des États membres : l'Union peut prévoir un certain nombre de dispositions procédurales au sein des règles substantielles qui relèvent de ses champs de compétence. À cet égard, ce point soulève alors, en revanche, un vrai problème de base juridique.

2) Les enjeux certains de la base juridique

886. La véritable question est la suivante : existe-t-il une base juridique permettant aux institutions de l'Union d'adopter une réglementation générale visant à uniformiser le régime du *private enforcement* ? Dit autrement, l'Union peut-elle adopter un acte de droit dérivé précisant les modalités procédurales des recours des particuliers, destinés à assurer la mise en œuvre effective du droit de l'Union en général ?

887. La réponse est *a priori* simple et négative : parce qu'il n'existe pas de base juridique générale en matière procédurale, l'instrument de droit dérivé ne peut porter que sur un champ de compétence de l'Union. Dans ce contexte, l'approche sectorielle privilégiée jusqu'à présent paraît indépassable. Conséquence directe du principe d'attribution des compétences²¹⁷⁴,

²¹⁶⁹ Dir. 89/665/CEE du Conseil, du 21 déc. 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

²¹⁷⁰ Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

²¹⁷¹ Dir. 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; Dir. 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ; Dir. 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

²¹⁷² Dir. 2014/104, préc.

²¹⁷³ À celles-ci peuvent s'ajouter les directives relatives à la procédure pénale : Dir. 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité ; Dir. 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales ; Dir. 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

²¹⁷⁴ Art. 5§2 TUE.

ce constat conduit nécessairement à la limitation du champ d'application matériel de l'acte de droit dérivé.

888. Pour autant, deux pistes au service d'une généralisation du cadre du *private enforcement* peuvent être envisagées.

889. Piste 1. La première consisterait à rechercher la base juridique la plus large possible. L'article 114 TFUE, relatif au rapprochement des législations qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, s'impose spontanément. Cette disposition peut *a priori* constituer une base juridique assez générale pour l'harmonisation. Il suffit pour s'en convaincre de constater que l'ensemble des réglementations contenant des dispositions procédurales a été adopté sur ce fondement²¹⁷⁵, y compris la directive 2014/104 en matière de pratiques anticoncurrentielles²¹⁷⁶ et, plus récemment, la directive 2020/1828 à propos des actions représentatives. Aussi, l'article 81 TFUE relatif à la coopération judiciaire en matière civile pourrait également constituer une base juridique intéressante, étant donné que cet article autorise l'Union à prendre des mesures visant à assurer « *un accès effectif à la justice* » ou à contribuer à éliminer les « *obstacles au bon déroulement des procédures civiles* ».

890. Piste 2. La seconde pourrait consister à multiplier les bases juridiques. En l'absence de base juridique générale permettant d'édifier un cadre unifié du *private enforcement*, le législateur européen ne peut se fonder que sur des bases juridiques sectorielles. Alors, afin d'aboutir au champ d'application le plus large possible, la multiplication des bases juridiques pourrait être une solution. C'est d'ailleurs ce « bricolage »²¹⁷⁷, garant du respect du principe d'attribution de compétence, qui avait été retenu lors de la proposition de directive de la Commission relative à la protection du statut des lanceurs d'alerte, laquelle ne contenait pas moins de dix-sept bases juridiques²¹⁷⁸.

891. Certes, ces deux pistes relatives à la base juridique ne sont pas exemptes de limites qu'il convient de souligner.

²¹⁷⁵ Cf. *supra* les différentes directives modificatives (intervenues après Lisbonne) en matière de marchés publics, de consommation, etc.

²¹⁷⁶ Ainsi qu'une base juridique plus spécifique, à savoir l'article 103 TFUE.

²¹⁷⁷ V. sur ce point. L. ROBERT, « Vers un statut harmonisé du lanceur d'alerte », préc., p. 17.

²¹⁷⁸ Sur cette directive sur laquelle on reviendra : Cf. *infra* section 2. La proposition vise les articles 16, 33, 43, 50, 53§1, 62, 91, 100, 103, 109, 114, 168, 169, 192, 207 et 325§4 TFUE et l'article 31 CEEA (Communauté européenne de l'énergie atomique).

892. Limites de la piste 1 relative aux bases juridiques disponibles. En premier lieu, force est de préciser que l'article 114 TFUE ne constitue pas une base juridique absolue, permettant aux institutions de l'Union de réglementer le marché intérieur de manière générale. L'action de l'Union sur ce fondement est justifiée seulement dans la mesure où cela est manifestement nécessaire aux fins du marché intérieur. Pour autant, cette base juridique suscite, de manière générale, peu de débats étant donné que cette condition est en principe remplie lorsque la réglementation en question est nécessaire pour assurer la mise en œuvre effective dans un domaine particulier du marché intérieur (ex : la protection des consommateurs, de la concurrence, etc.). En revanche, l'article 81 TFUE contient des limites intrinsèques. D'une part, son paragraphe 1 énonce que l'action de l'Union prise sur cette base juridique doit rester limitée aux matières civiles « *ayant une incidence transfrontière* ». D'autre part, son paragraphe 2 précise expressément à son tour qu'un lien avec le bon fonctionnement du marché intérieur est également nécessaire.

893. Limites de la piste 2 relative à la multiplication des bases juridiques. En second lieu, l'option consistant à multiplier les bases juridiques connaît elle aussi ses limites. Depuis l'arrêt *Dioxyde de Titane* de 1991²¹⁷⁹, il est établi, selon une jurisprudence constante, que la possibilité de fonder un acte de l'Union sur plusieurs bases juridiques n'est admise que de façon exceptionnelle. Dès lors, le cumul de bases juridiques ne peut s'envisager qu'en cas « *d'indissociabilité des objectifs et/ou composantes de l'acte et à la condition que les procédures prévues par ces bases juridiques ne soient pas incompatibles* »²¹⁸⁰. La première condition relative au caractère indissociable des objectifs ne semble pas constituer une difficulté majeure. Une directive qui consisterait à unifier le régime juridique du *private enforcement* aurait pour objectif d'assurer une meilleure effectivité du droit de l'Union. De ce point de vue, elle aurait vocation à contribuer à chacun des objectifs sectoriels poursuivis par chaque base juridique mobilisée. La seconde condition relative à la compatibilité des procédures peut, en revanche, poser plus de difficultés. D'une part, il faudrait veiller à ce que les bases juridiques mobilisées ne fassent pas référence tant à une procédure législative ordinaire que spéciale. Or, si la plupart des domaines identifiables à ce jour (consommation, concurrence,

²¹⁷⁹ CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil (Dioxyde de titane)*, aff. C-300/89, pts 17 à 21 ; CJCE, 23 févr. 1999, *Parlement c. Conseil*, C-42/97, pts. 39-40 ; CJCE, 6 décembre 2001, *Protocole de Cartagena*, avis 2/00, pt 23 ; CJCE, 30 janv. 2001, *Espagne c. Conseil*, aff. C-36/98, pt. 59 ; CJCE, 11 sept. 2003, *Commission c. Conseil*, aff. C-211/01 pt 55.

²¹⁸⁰ G. MARTI, « Les conflits de bases juridiques », in L. CLEMENT WILZ (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2019, pp. 73-100, spéc. p. 77. De manière plus générale sur ce que la doctrine désigne communément le « contentieux de la base juridique », v. not. : M. BLANQUET, « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation », *JCl. Europe traité*, fasc. 170.

environnement, santé...) relèvent de la procédure ordinaire, il serait impossible d'inclure, comme c'est par exemple le cas aux États-Unis, les domaines de l'interdiction générale des discriminations²¹⁸¹ ou ceux touchant à la protection des travailleurs²¹⁸². D'autre part, des conflits de bases juridiques pourraient également apparaître²¹⁸³. La directive relative à l'harmonisation du statut des lanceurs d'alertes en a été une illustration : alors que le Parlement avait ajouté l'article 153 §1 a), b) et c) et 157 §3 TFUE afin d'étendre son champ d'application à la politique sociale, il a été retiré lors de l'adoption de la version définitive de la directive, probablement au motif que les mesures adoptées dans ce domaine impliquent, à la différence des autres bases juridiques, un avis du Comité économique et social européen. Une incompatibilité des bases juridiques aurait alors pu apparaître²¹⁸⁴.

894. En résumé, les limites de ces bases juridiques réduisent certainement la possibilité du législateur européen d'adopter une réglementation européenne capable de couvrir, de manière générale, l'ensemble des domaines susceptibles d'intéresser des luttes collectives. Au regard des limites relatives à la base juridique, il est alors probable que l'approche sectorielle demeure privilégiée. Le champ d'application matériel de l'acte de droit dérivé resterait, malgré les efforts de transversalité visant à le rendre le plus large possible, nécessairement limité.

895. Les perspectives de dépassement. Toutefois, ces contraintes juridiques ne doivent pas pour autant anéantir tout espoir d'édification d'un socle commun permettant d'envisager un régime juridique général et uniformisé à l'échelle de l'Union. Plus particulièrement, l'attitude respective de l'Union et des États peut contribuer à réduire l'impact de la fragmentation du régime juridique *private enforcement* impliqué par ces débats juridiques.

896. L'attitude de l'Union d'une part, car ce constat ne doit pas empêcher les institutions à veiller à assurer une certaine cohérence au sein même de cette harmonisation « multisectorielle ». Des efforts mériteraient d'être faits à cet égard. À titre d'illustration, on a vu que la justification de l'ouverture de deux types d'actions (réparation et cessation) en matière de consommation *versus* l'ouverture d'une seule action (en réparation) en matière de concurrence était obscure. Dans l'objectif d'une généralisation du régime de *private*

²¹⁸¹ Selon l'article 19 TFUE, les mesures dans ce domaine doivent être adoptées à l'unanimité du Conseil après approbation du Parlement.

²¹⁸² Selon l'article 153§1 d) TFUE, les mesures adoptées dans ce domaine sont adoptées à l'unanimité du Conseil après simple consultation du Parlement, conformément à l'article 153§2 TFUE.

²¹⁸³ La question étant éminemment complexe, nous renvoyons l'analyse de la position des institutions juridiques de l'Union à des articles de doctrine. V. not : G. MARTI, « Les conflits de bases juridiques », préc.

²¹⁸⁴ Pour une discussion sur ce point v. L. ROBERT, « Vers un statut harmonisé du lanceur d'alerte », préc. p. 19.

enforcement, il s'agirait d'offrir aux particuliers les mêmes instruments au service de la mise en œuvre du droit de l'Union, et cela peu importe le domaine concerné. Par exemple, s'agissant des actions juridictionnelles, cela passerait concrètement par la reconnaissance d'au moins trois types d'actions individuelles – en réparation, en cessation et en nullité – et d'une action collective. Chacune répondrait à des modalités d'exercice communes, déclinables en fonction du domaine concerné.

897. L'attitude des États, d'autre part, car « l'outil directive » permet de leur laisser une marge de manœuvre : de ce point de vue, rien ne les empêche d'étendre les dispositions à tous les domaines ne rentrant pas dans le champ de compétence de l'Union. La directive lanceur d'alerte rappelle d'ailleurs qu'ils y sont, au contraire, encouragés : face à l'obstacle difficilement surmontable de la compétence limitant nécessairement le champ d'action de l'Union, la Commission a encouragé les États « à envisager, lors de la transposition, d'en étendre le champ d'application à d'autres domaines et, de manière générale, à garantir un cadre cohérent et de grande ampleur à l'échelon national »²¹⁸⁵. Certes, il ne s'agit que d'un encouragement sans aucune valeur contraignante. Mais, en réduisant les effets de la fragmentation sectorielle, les États membres contribueraient ainsi à inscrire les évolutions relatives au *private enforcement* dans une perspective plus générale.

898. Approche comparée. Aussi, la difficulté posée par la base juridique susceptible de fragmenter le régime du *private enforcement* peut être nuancée dans le cadre de l'étude comparée. Car, on retrouve finalement une limite similaire à celle que connaît la structure fédérale aux États-Unis : le législateur fédéral ne peut, lui aussi, agir que dans des domaines qui relèvent de la compétence du gouvernement fédéral. Or, bien que l'on puisse déjà regretter que certains domaines sensibles demeurent nécessairement exclus²¹⁸⁶, l'Union a néanmoins acquis des compétences de plus en plus larges lui permettant, comme aux États-Unis, d'envisager une approche plus unifiée du régime du *private enforcement*, en fonction des domaines qui relèvent de sa compétence. L'on peut également rappeler ici que la structure fédérale elle-même ne permet pas non plus d'assurer une uniformisation totale du régime de

²¹⁸⁵ Cf. sur ce point sa communication du 23 avril 2018 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, *Renforcer la protection des lanceurs d'alerte au niveau de l'UE*, préc., p. 14. La directive reprend, à l'initiative du Parlement, une formulation similaire au considérant n° 5 et à l'article 2§2.

²¹⁸⁶ On regrettera par exemple que le *private enforcement* ne puisse concerner la matière fiscale, ou pénale. Précisons ici que, si l'Union décidait d'activer l'article 114 TFUE, comme évoqué plus haut, elle ne pourrait pas le faire pour ces domaines qui excluent par principe ledit article, mais devrait recourir à d'autres bases (113 ou 115 pour la fiscalité) avec, le cas échéant, des procédures spéciales (unanimité au Conseil pour tout ce qui touche au fiscal par exemple).

private enforcement, mais peut, elle aussi, impliquer un minimum de fragmentation. L'exemple *antitrust* en a été une illustration. S'opposant à la règle *Illinois Brick* de la Cour suprême, certains États fédérés ont précisément adopté, en réaction à celle-ci, une règle autorisant l'action des acheteurs indirects dans leur législation fédérée²¹⁸⁷. En ce sens, le *private enforcement* au sein des États fédérés peut parfois s'inscrire en opposition avec celui assuré à l'échelle fédérale, sans que cela ne remette fondamentalement en cause la cohérence générale de la mise en œuvre des règles devant les juridictions fédérales.

899. Enfin, on pourrait conclure sur ce point en rappelant que « *(l)'histoire de la construction du droit de l'Union témoigne à l'envi que, lorsque la volonté politique est bien présente, l'obstacle de la compétence peut être franchi* »²¹⁸⁸. Bien qu'existantes, ces difficultés juridiques, dont la compétence n'est pas la moindre, pourraient alors être surmontées par l'existence d'une volonté politique. Mais, ces contraintes juridiques relatives à l'édification d'un régime unifié de *private enforcement* à l'échelle de l'Union soulèvent en creux, et peut-être plus fondamentalement, des enjeux politiques non négligeables.

B) Des contraintes politiques à surmonter

900. La proposition d'une restructuration européenne du *private enforcement* – par le biais de la consécration d'une action dont l'objet n'est pas la revendication d'un droit individuel, mais la demande du respect d'une règle – soulève des enjeux politiques non négligeables.

901. Les enjeux politiques de la qualité pour agir. D'abord, la problématique des personnes habilitées à agir pour assurer le contrôle du respect des règles objectives et de l'intérêt commun paraît délicate. Au-delà des questionnements juridiques, la délimitation du champ personnel de l'outil d'harmonisation, et à travers cela la définition de la qualité pour agir, est le reflet d'un choix politique. Il suffit pour s'en convaincre de regarder les instruments de droit dérivé existants. À titre d'illustration, les directives relatives aux actions représentatives visant à protéger les intérêts des consommateurs²¹⁸⁹ et aux lanceurs d'alertes²¹⁹⁰ démontrent que les

²¹⁸⁷ Cf *supra*.

²¹⁸⁸ E. PATAUT, « Un salaire minimum européen ? », *RTD eur.*, 2020 : à propos de l'opportunité de créer un salaire minimum européen alors même que l'article 153 TFUE (compétence sociale de l'Union) prévoit que l'UE ne peut pas intervenir sur les questions de rémunération. De manière plus générale sur cette question la thèse de V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, L'Harmattan, 2003.

²¹⁸⁹ Dir. 2020/1828/UE du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, préc. Sur ce point cf. *infra* : § 925 et s.

²¹⁹⁰ Dir. 2019/1937/UE du 23 oct. 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, préc., cf. *infra*, §949 et s.

restrictions s'expliquent moins par des considérations purement juridiques que politiques. De prime abord, le champ des deux directives semble large. La directive 2020/1828 autorise toute entité qualifiée à intenter une action représentative visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs. La directive 2019/1937 prend le soin de rappeler que « *la mise en œuvre effective du droit de l'Union requiert que la protection soit accordée au plus large éventail possible de catégories de personnes* »²¹⁹¹. L'article 4 prévoit ainsi un nombre important d'auteurs potentiels de signalements²¹⁹². Toutefois, plusieurs catégories de personnes, et rarement des moindres, se trouvent néanmoins exclues. Notamment, les deux directives excluent les personnes morales²¹⁹³. Or, dans les deux cas, la justification se révèle moins juridique que politique. En matière d'actions collectives, le dispositif a eu vocation à limiter les risques économiques pour les entreprises. Aussi, la limitation des associations habilitées a traduit la volonté de rejeter les ONG. S'agissant des lanceurs d'alerte, les restrictions marquent les difficultés politiques liées au fait que leur protection se heurte à d'autres intérêts dont l'appréhension de leur conciliation diverge en fonction des États²¹⁹⁴.

902. Aussi, cette délimitation de la qualité à agir soulève des difficultés de politique juridique incontestable. Partageant certains de ces attributs avec l'action populaire²¹⁹⁵, le modèle d'action proposé pour le renouvellement du *private enforcement* est à même de susciter la crainte des États en ce qu'il bouscule la conception traditionnelle de l'action des particuliers. Plus précisément, l'attachement au modèle individualiste de l'action et à la logique réparatrice de la responsabilité civile est en mesure de faire échec à un tel modèle. Si nous avons démontré les insuffisances de cet argument lié à la culture juridique, force est, en revanche, d'admettre que la figure presque attachante du particulier soucieux du respect des règles par ses congénères

²¹⁹¹ *Ibid.* spéc., considérant 37.

²¹⁹² Ces auteurs de signalements autorisés vont des personnes relevant du secteur privé ou public, les personnes ayant la qualité de travailleur au sens de l'article 45§1 TFUE, de travailleurs indépendants au sens de l'article 49 TFUE, mais aussi les membres d'organes administratif, de direction ou de surveillance d'une entreprise, les actionnaires, les stagiaires et les bénévoles (rémunérés ou non). S'ajoutent à cette liste des auteurs potentiels de signalement couvert par le statut de lanceurs d'alerte, les personnes qui travaillent sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs et même les personnes dont la relation de travail a pris fin ou n'a pas encore commencé

²¹⁹³ L'exclusion dans la directive lanceur d'alerte est d'autant plus regrettable que la proposition de la Commission les avait initialement incluses (cf. article 3§9). À cette exclusion s'ajoute en la matière celle des fonctionnaires européens.

²¹⁹⁴ Cf. not. le lien avec la directive secret des affaires. La nécessité d'une directive relative à la protection du lanceur d'alerte s'était précisément imposée au moment où la Commission avait présenté en 2013 sa proposition de directive sur le secret des affaires. Cette dernière sera finalement adoptée en 2016 (Dir. UE 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JO n° L 157 du 15 juin 2016, p. 1).

²¹⁹⁵ Cf. *infra*, §929.

soulève des difficultés qui peuvent, pour leur part, légitimement être discutées. L'on pense notamment aux questions probatoires et aux risques de voir émerger des formes de tribunaux populaires et médiatiques. La promotion du particulier vigilant pour la communauté comporte nécessairement un risque d'atteintes à d'autres intérêts (vie privée, secrets d'affaires). Il en découle des conséquences concrètes sur l'encombrement des voies processuelles, pouvant conduire à une pression sur les agents en charge d'examiner le bien-fondé de l'action. Dans ce contexte, un filtre de la qualité pour agir – consistant par exemple par l'obligation, pour les individus isolés, de passer par des entités qualifiées, mais largement reconnues – paraît nécessaire et légitime.

903. Les enjeux politiques de la détermination des domaines couverts par l'action. Ensuite, quelles règles de droit objectif présentent des intérêts communs qui nécessitent la vigilance des particuliers en complément de celles des autorités publiques ? La question des domaines couverts par l'action proposée de *private enforcement* est, là aussi, éminemment politique. L'étude a eu l'occasion d'en mentionner certains qui semblent s'imposer (environnement, santé, protection des données). En revanche, dans l'hypothèse où ceux-ci pourraient faire consensus, d'autres domaines se révèlent beaucoup plus sensibles, que l'on songe à la lutte contre l'optimisation ou l'évasion fiscale, le travail dissimulé ou forcé²¹⁹⁶. Une fois encore, ces luttes tendent à s'imbriquer avec des intérêts politiques ou économiques.

904. Les enjeux politiques de la détermination du défendeur à l'action : la crainte de la verticalisation. Enfin, dans une perspective plus globale, la généralisation d'une telle action de *private enforcement* pourrait laisser présager de son prolongement dans le cadre de rapports verticaux. Rappelons d'ailleurs ici que le modèle de « Procureur privé » aux États-Unis s'est d'abord développé dans ce cadre, c'est-à-dire celui d'une action d'un citoyen à l'encontre d'un État²¹⁹⁷. L'argument visant à limiter le mécanisme à l'action à l'encontre des personnes de droit privé ne tient pas juridiquement et se justifierait difficilement politiquement : comment reconnaître que les particuliers peuvent faire respecter le droit par d'autres personnes privées sans pouvoir également l'exiger des personnes publiques ? Le développement du contentieux climatique en est la plus remarquable illustration. Cela étant, la promotion du rôle des particuliers dans la mise en œuvre du droit à l'encontre des personnes publiques n'est pas sans

²¹⁹⁶ On pense notamment sur ce point à la situation des Ouïghours. Le parquet national français a par exemple ouvert une enquête en juin 2021 pour « recel de crimes contre l'humanité » à l'encontre de quatre entreprises du textile accusées d'avoir profité du travail forcé des Ouïghours en Chine. Or, la mobilisation du ministère public fait suite à la plainte déposée par des ONG.

²¹⁹⁷ Cf. *supra* l'affaire *Associated Industries of New York*, spéc. §208 et s.

risque. Si la « juridicisation » croissante de la société devait s'étendre, il en découlerait que les décisions des pouvoirs publics seraient encore plus systématiquement remises en cause, examinées et potentiellement annulées par les tribunaux. Or, le modèle américain renseigne sur les implications de cette tendance. Certes, les actions des particuliers permettent de défier le potentiel arbitraire des pouvoirs publics, de les forcer à prendre en compte des préoccupations sociales émergentes²¹⁹⁸. Mais ce système a un coût non négligeable : à titre d'illustration, la ville de New York aurait dépensé en une année plus d'argent pour se défendre dans le cadre de procès intentés contre elle que dans ses parcs et bibliothèques publiques²¹⁹⁹. Dès lors, l'Union comme les États peuvent légitimement craindre que la promotion et la généralisation des actions des particuliers (déconnectées d'un intérêt personnel) soulève le risque de paralyser l'action de l'administration, et ce, au détriment de l'intérêt général.

905. En définitive, la question des moyens de l'Union pour renouveler le concept de *private enforcement* demeure posée. La généralisation d'une action privée déconnectée de tout intérêt personnel est incontestablement porteuse de difficultés à la fois juridiques et politiques à l'échelle de l'Union. Il est plus particulièrement apparu qu'à défaut d'une réelle volonté politique, les contraintes juridiques seraient difficilement surmontables. Cela étant, ce constat n'est pas en mesure de remettre en cause l'intérêt des présentes propositions. D'abord, une action de l'Union paraît incontournable tant au regard du caractère transfrontière des enjeux que du besoin de cohérence du cadre processuel. D'un point de vue plus général, la promotion du rôle des particuliers dans la mise en œuvre du droit s'impose par un mouvement contemporain qui invite à dépasser la dichotomie entre le public et le privé, traditionnellement déterminante d'une stricte répartition des tâches entre les acteurs. C'est dans cette perspective que l'on envisage désormais d'examiner les modalités que pourrait prendre cette restructuration du *private enforcement*.

²¹⁹⁸ L'on songe notamment aux arrêts *Brown v. Board of Education* de la Cour suprême, qui déclarent inconstitutionnelle la ségrégation raciale dans les établissements publics indépendamment du fait que le service rendu serait « de qualité égale » selon la doctrine du « separate but equal » de l'arrêt *Plessy v. Ferguson*.

²¹⁹⁹ Sur ce point v. R. KAGAN, « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 471-495.

SECTION 2 – Les modalités de la restructuration à l'échelle de l'Union

906. À ce stade, la réflexion relative aux modalités de la restructuration s'oriente vers une dimension prospective. Il est question de réfléchir à un cadre processuel qui permettrait de dépasser la logique individualiste de l'action et permettre, en creux, de reconstruire les rapports entre les particuliers et le droit de l'Union et, plus fondamentalement, le processus d'intégration. Une telle entreprise implique d'inverser la démarche en vigueur jusqu'à présent. Alors que la stratégie de l'Union a été de se légitimer en mobilisant le discours des droits individuels (ou subjectifs)²²⁰⁰, il serait question de faire en sorte que le droit de l'Union ne produise plus seulement de l'autonomie – facteur, on l'a vu, d'individualisme²²⁰¹ – mais du collectif. Pour cela, attribuer aux particuliers un véritable rôle dans la détection et l'appréhension des pratiques illicites est la piste privilégiée et défendue dans la présente étude. « *Source inépuisable (...) de capacité d'agir pour les particuliers* »²²⁰², le droit de l'Union dispose, à notre sens, des ressources nécessaires pour renouveler la conception de l'*enforcement*. L'objet de la démonstration est alors de chercher des réponses ou des pistes d'évolution sur la base des échecs ou des potentialités des dispositifs consacrés en droit positif.

907. Le cadre processuel restructuré que nous proposons s'articule, plus précisément, autour de deux voies processuelles.

908. La première s'inscrit en apparence dans la continuité du mouvement de promotion des actions privées déjà amorcé en droit positif : il s'agit de concevoir une contribution des particuliers dans le cadre d'une action en justice. Si la forme n'a en soi rien d'inédit, le modèle d'action proposé a cependant vocation à remettre en cause le modèle individualiste existant. Dans cette perspective, il s'agit d'envisager la possibilité pour toute personne qui constate une atteinte ou un risque d'atteinte à une règle d'agir en justice, indépendamment d'un intérêt subjectif. Compte tenu du bouleversement processuel qu'elle impliquerait dans les États membres, une telle entreprise paraît ambitieuse. Néanmoins, ce constat n'entame pas la pertinence voire la validité de la proposition : l'ineffectivité des mécanismes juridictionnels s'appuyant précisément sur la défense d'un intérêt subjectif invite à réfléchir à des pistes de

²²⁰⁰ L. AZOULAI, « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », in C. KESSEDJIAN, *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, préc., pp. 187-205.

²²⁰¹ Cf. *supra*, §813.

²²⁰² L. AZOULAI, « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », préc., p. 187.

dépassement²²⁰³. Ainsi, le particulier endosserait alors véritablement le statut de « Procureur privé » en ce qu'il poursuivrait, au même titre que les autorités publiques, les comportements illicites sans intérêt personnel identifié (§1).

909. Dans sa seconde forme, le renouvellement du *private enforcement*, dont nous tentons ici de cerner les contours, pourrait s'envisager en dehors de la voie de l'action en justice. Il s'agirait de renforcer le rôle du particulier comme collaborateur des autorités publiques de régulation qui agissent par définition dans l'intérêt public. Relativement négligée jusqu'à présent, la voie non juridictionnelle connaît, nous le verrons, un regain d'intérêt. Compte tenu des potentialités qu'elle recèle, cette voie paraît comme une alternative à la voie juridictionnelle (§2).

§ 1 – La restructuration ambitieuse de la voie juridictionnelle : la consécration du statut de « Procureur privé »

910. Pour appréhender les enjeux de la restructuration, il faut d'abord dresser un état des lieux. C'est alors sur la base des difficultés à mettre en place un régime juridique capable d'assurer une véritable contribution des particuliers à la mise en œuvre du droit (A) que l'on présentera la solution proposée (B).

A) Les difficultés constatées *de lege lata* : illustration en matière de recours collectifs

911. À l'échelle de l'Union, le cadre juridique des recours collectifs est marqué par un fort degré de fragmentation qui témoigne en creux de la fragilité des cadres conceptuels sur lesquels ils reposent. Loin de répondre aux attentes, la directive européenne du 25 novembre 2020 (2) entérine au contraire les insuffisances des régimes nationaux (1).

1) Les insuffisances constatées en droit national, l'exemple du droit français

912. Retour sur les réformes successives. Le mécanisme d'action de groupe a connu en droit français une succession de réformes. Consacrée en droit français par la loi Hamon de 2014 en matière de consommation²²⁰⁴, l'action de groupe a ensuite fait l'objet d'une expansion

²²⁰³ Nous verrons que la proposition d'une forme d'action populaire trouve d'ailleurs de plus en plus de relais en doctrine. Cf *infra* §929.

²²⁰⁴ L. n° 2014-344, 17 mars 2014 relative à la consommation : JO n° 0065, 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1. Pour une présentation et une approche critique du mécanisme : Cf *supra* Chapitre 4, Section 2.

progressive. Après avoir été étendu au domaine de la santé par la loi du 26 janvier 2016²²⁰⁵, son champ a été considérablement élargi, la même année, par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle²²⁰⁶. Ce nouveau texte a non seulement consacré l'action de groupe devant le juge administratif²²⁰⁷, mais l'a aussi ouverte dans trois nouveaux domaines : celui des discriminations, de l'environnement, et des données personnelles. En 2018, la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite « ELAN ») a élargi l'action de groupe au domaine de la location immobilière²²⁰⁸.

913. La densité de la production normative et le rythme soutenu auquel elle se renouvelle témoignent indéniablement des enjeux que représentent les actions de groupe en droit français. Mais à l'heure actuelle, force est de constater que le bilan reste mitigé²²⁰⁹. La succession de textes a contribué à fragmenter les régimes, tout en transposant les mêmes insuffisances sur le fond.

914. La fragmentation des régimes, facteur d'incohérence et d'inintelligibilité. Si ce n'était manifestement pas l'objectif, la loi de modernisation a contribué à renforcer la fragmentation des régimes de l'action de groupe en droit français. Son article 60 laissait présager d'un cadre procédural commun ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des actions, à l'exception de dispositions spéciales²²¹⁰. Jusqu'ici, l'existence d'un régime dérogatoire est assez classique et paraît légitime dans le cadre d'une approche sectorielle : celui-ci permet de répondre aux spécificités de chaque domaine en laissant de la place à l'ajustement. Mais, à l'analyse, les

²²⁰⁵ L. n° 2016-41, 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 184 : JO n° 0022, 27 janv. 2016, texte n° 1. Cette loi a en effet consacré la possibilité pour des associations d'usagers du service de santé d'intenter une action en justice afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des usagers en raison d'un manquement d'un producteur, fournisseur ou prestataire tel que mentionné dans le Code de la santé publique.

²²⁰⁶ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., p. 6 ; Décr. n° 2017-888 du 6 mai 2017, préc., p. 10.

²²⁰⁷ L'action de groupe devant le juge administratif a fait l'objet d'une longue réflexion. Dès 2001, elle a été abordée dans le cadre du rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice sous la présidence de Paul BOUCHET (P. BOUCHET, D. CHARVET, B. FRAGONARD, T. GRUMBACH, F. OVAERE, P. FOMBEUR, Rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, Doc. fr., mai 2001). Ensuite, celle-ci avait fait l'objet d'une réflexion plus approfondie en 2008 à travers la mise en place d'un groupe de travail chargé d'examiner en substance sa faisabilité en droit administratif (P. BELAVAL, L. HELMLINGER, P. MINDU, A. COURREGES, A. LEVASSEUR, Y. STRICKLER, « L'action collective en droit administratif », CE, 5 févr. 2009). Cette action avait pu être réclamée en doctrine : P. KIPIANI, « De la nécessité d'une action collective en droit administratif français – Éléments de droit comparé », *JCP G* 11 févr. 2013, n° 7, doctr. 190.

²²⁰⁸ L. n° 2018-1021 du 23 nov. 2018, JO du 24, art. 138, réd. C. consom., art. L. 623-1, JA n° 590/2018, p. 7). Elle est intervenue en réaction à l'échec de l'action de groupe menée par l'UFC-Que choisir contre Foncia (TGI Nanterre, 14 mai 2018, n° 14/11846, JA n° 582/2018, p. 12).

²²⁰⁹ Ce constat est largement relayé en doctrine (B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *Rép. Proc. Civ.*, févr. 2021) et il est connu aussi des parlementaires eux-mêmes (V. sur ce point le rapport des députés Philippe GOSSELIN et Laurence VICHNIEVSKY concluant leur mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, n°3085, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020).

²²¹⁰ Art. 60 de la loi du 18 novembre 2016 : « sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune de ces actions, le présent chapitre est applicable aux actions suivantes devant le juge judiciaire ».

règles spéciales ont tendance à surpasser le cadre général²²¹¹. L'on constate en effet qu'il n'y a pas, en droit français, un modèle d'action de groupe, mais six actions différentes (en consommation, santé, données personnelles, discrimination, travail, environnement). Sur le fond, ce morcellement des régimes juridiques se manifeste par de nombreuses disparités de procédures, allant finalement jusqu'à laisser penser qu'il existe « *autant de régimes que d'actions sectorielles* »²²¹². L'on se limitera à deux illustrations de cette fragmentation²²¹³.

915. D'abord, les mesures à disposition du juge varient en fonction des domaines. L'action de groupe en matière de santé permet à l'association disposant de la qualité pour agir de ne demander que la réparation des préjudices individuels et non la cessation du manquement. Si elle rejoint en cela son équivalent en droit de la consommation (les dispositions issues de la loi Hamon ne prévoient elles aussi que la réparation des préjudices), elle se distingue en revanche des autres actions de groupe récemment consacrées : en matière de discrimination, de dommage environnemental, ou encore de données à caractère personnel, les actions peuvent viser aussi bien la réparation que la cessation d'agissements illicites.

916. Ensuite, le champ d'application temporel est différent en fonction des actions. La loi du novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle prévoit que « *les chapitres III et IV du présent titre sont applicables aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi* ». Il en résulte que, dans le champ des discriminations ou en matière environnementale, les dispositions ne s'appliquent qu'à des faits générateurs postérieurs au 20 novembre 2016, date d'entrée en vigueur de la loi. À l'inverse, la loi Hamon de 2014 ne précise pas l'entrée en vigueur de l'action de groupe en matière de consommation. Dès lors, les articles 1 et 2 du Code civil s'appliquent et ceux-là prévoient que les lois procédurales ont vocation à s'appliquer immédiatement, et ce, même aux dommages causés antérieurement. Dans ce contexte, les victimes qui ont subi un préjudice, même avant l'adoption de la loi, peuvent en demander réparation. Il en va de même en matière de santé : d'application immédiate, celle-ci a vocation à s'appliquer aux faits générateurs antérieurs²²¹⁴. En revanche, la loi Hamon a pris le soin de prévoir que le domaine

²²¹¹ V. ORIF, « L'élaboration dans la loi J21 d'un modèle général d'action de groupe : un essai à transformer », *Gaz. Pal.* 2017, n°5 p. 80 ; H. CROZE, « Un droit commun de l'action de groupe ? », *Procédures*, févr. 2017, étude 4. ; S. AMRANI-MEKKI, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G*, 2016, act. 1340.

²²¹² B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *préc.*, spéc. §70.

²²¹³ Pour une présentation détaillée des différents régimes : B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *préc.*, spéc. §69 et s.

²²¹⁴ S. AMRANI-MEKKI, « Action de groupe santé. Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices ? », *JCP* 2016, p. 146 ; C. DERYCKE, S. PRUNIER, « Action de groupe en santé – La défense sera judiciaire et médiatique », *JCP*

de la concurrence bénéficie d'un champ d'application matériel plus limité : en ce domaine, la règle selon laquelle une loi instituant une procédure est d'application immédiate ne s'applique pas. Au contraire, l'action de groupe en matière de concurrence ne s'applique qu'à des manquements qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive à la date de sa publication²²¹⁵. Ces éléments participent incontestablement de l'inintelligibilité des textes.

917. La faiblesse des mécanismes, témoin des limites conceptuelles. Plus fondamentalement, cette fragmentation dissimule mal les limites conceptuelles communes des mécanismes d'action de groupe. Comme observé dans le cadre de l'examen de la loi Hamon en droit de la consommation²²¹⁶, le législateur de 2016 a une nouvelle fois fait le choix non seulement d'adopter une approche restrictive de la qualité pour agir, mais aussi de retenir le modèle de l'*opt-in* plutôt que d'*opt-out*.

918. Sur le premier point, les dispositions générales de l'action de groupe prévoient en effet que seules les associations agréées ou celles déclarées depuis plus de cinq ans et dont l'objet social comporte la défense d'intérêts auxquels il a été potentiellement porté atteinte peuvent exercer une telle action. Ce cadre commun a vocation à se préciser en fonction des domaines, mais s'applique que l'on se situe en matière judiciaire ou administrative. Deux types de justifications peuvent expliquer ce choix relatif à la qualité pour agir. La première est classique : le législateur aurait par-là cherché à éviter les excès américains, notamment au regard du risque de recours abusifs nuisibles aux entreprises. La seconde reviendrait à considérer que le législateur voit dans les associations agréées un partenaire fiable pour les autorités publiques. Si nous avons déjà eu l'occasion de souligner le caractère trop réducteur de la première justification²²¹⁷, la seconde peut s'entendre : le concours d'associations habilitées à agir sur la base de critères définis permet de s'assurer d'un certain niveau de représentativité. Pour autant, témoin de la prudence dont a fait preuve le législateur, cette définition de la qualité pour agir n'autorise qu'un accès trop limité à l'action de groupe²²¹⁸ : comme en droit de la consommation, il en découle l'exclusion de certains acteurs clés tels que les personnes morales.

E 2016, p. 1346). Ce point a d'ailleurs été validé par le Conseil constitutionnel. Cons. const. 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC, JO 27 janv. 2016, n° 98 ; *AJDA* 2016. 126 ; D. 2017. 318, obs. J.-P. CLAVIER, N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI ; Constitutions 2016. 125, chron. X. BIOY.

²²¹⁵ V. en ce sens l'article 2, III, de la loi du 17 mars 2014.

²²¹⁶ Cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

²²¹⁷ Prépondérant, l'argument des excès a contribué non seulement à réduire le débat mais également à méconnaître l'interprétation restrictive de la Cour suprême. Cf. *supra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²²¹⁸ Le constat est unanime en doctrine. Sur ce point V. not. : L. RAGIMBEAU, « Pour un développement de l'action de groupe en droit administratif », *RDP*, n°6, 2019, p. 1439.

919. À cette première limite s'ajoute celle relative aux choix des modalités de l'action collective. Sur ce point également, les principales modalités de l'action de groupe dans sa version élargie reprennent celles déjà fixées dans la loi Hamon de 2014, et par là, ses limites. L'option d'inclusion (*opt-in*) a notamment été maintenue dans le mécanisme judiciaire comme administratif. Le système de l'*opt-in* ne permet de faire bénéficier la solution qu'à un nombre limité (et souvent faible) de personnes, à savoir celles qui auront préalablement adhéré au groupe. Ce choix est peu surprenant : il repose, ici encore, sur la crainte, du modèle américain de l'*opt-out* impliquant que toute personne qui n'a pas été exclue du groupe soit considérée comme lui appartenant²²¹⁹.

920. En doctrine, il fait peu de doute que ce cadre fragmenté et cette approche minimaliste du mécanisme sont à l'origine du bilan contentieux décevant²²²⁰. Les données empiriques disponibles à ce jour montrent en effet que peu d'actions de groupe ont été intentées depuis leur consécration en droit positif²²²¹. Le rapport des parlementaires en charge de la mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe présenté le 11 juin 2020 fait état de quinze actions en matière de consommation, trois en matière de santé et deux en matière de discrimination et des données personnelles²²²². Certes plus récente, l'action de groupe devant le juge administratif ne semble pas non plus avoir suscité un rapide engouement : seulement six actions sont à ce jour en cours devant le juge administratif²²²³. Face à ce constat, des pistes de dépassement ont pu être proposées.

921. Les pistes doctrinales de dépassement. S'agissant de la qualité à agir, d'abord, les observateurs suggèrent un élargissement en faveur non seulement d'autres personnes morales

²²¹⁹ Cf *supra* Chapitre 3 pour sa présentation en droit américain.

²²²⁰ S'agissant de l'action de groupe devant le juge judiciaire, V. not. : B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », préc., spéc. §74. Pour le même constat s'agissant des actions devant le juge administratif : certains observateurs ont déjà évoqué un véritable « flop » (C. PRUDHOMME, « Le flop des “class actions” à la française », *Le Monde* 16 févr. 2018), quand d'autres ont souligné de manière plus nuancée et optimiste un « *bilan décevant mais pas désespéré* » (X. DELPECH, « Un premier bilan décevant mais pas désespéré », *JA* 2019, n° 591, p. 22).

²²²¹ V. sur le site de l'Observatoire des actions de groupe (<https://www.observatoireactionsdegroupe.fr/actionsde-groupe/actions-en-cours/>). En 2018 : M. J. AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives - Une revue de presse », *JCP E* 2018, n° 1637.

²²²² V. le rapport des députés Ph. GOSSELIN et L. VICHNIEVSKY concluant leur mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, no 3085, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juin 2020.

²²²³ La première a été intentée par un syndicat de policier contre le ministre de l'Intérieur pour discrimination dans l'évolution de carrière des personnes de la police nationale. La seconde vise le ministre de l'Enseignement supérieur en raison du refus d'inscription en master par une université. La dernière a été engagée par un syndicat d'éducateurs de jeunes enfants contre la ville de Lyon pour discrimination indirecte en raison du sexe. Informations disponibles sur le site du CE, www.conseil-etat.fr/demarches-services/actions-collectives.

que celles actuellement visées, mais aussi des personnes physiques²²²⁴. Les associations bénéficiant aujourd'hui de la qualité pour agir ne sont pas les seules à apparaître légitimes pour conduire une action dans l'intérêt collectif des membres atteints. D'autres associations qui ne répondent pas à l'agrément ou l'ancienneté demandée devraient pouvoir bénéficier de la qualité pour agir. Il en va par exemple ainsi, en matière de santé, des associations de patients dont le but est de soutenir les personnes malades et qui ne peuvent aujourd'hui agir. En ce qui concerne l'ouverture aux personnes physiques, elle permettrait à une personne victime d'agir, au même titre que les associations aujourd'hui habilitées, au nom d'autres personnes touchées de manière similaire par un comportement illicite d'une autre personne privée. Alors même qu'elle a été strictement rejetée lors des débats relatifs à l'action de groupe en droit administratif²²²⁵, cette option ne serait pourtant pas choquante, au moins en matière d'action de groupe devant le juge administratif : l'article R. 411-5 du Code de justice administrative autorise déjà plusieurs personnes physiques ou morales à se regrouper pour déposer ensemble une requête²²²⁶. En résumé, cette double extension des personnes autorisées à agir pourrait s'organiser autour d'un contrôle de la représentativité réalisé par le juge, celui-ci se basant sur un ensemble de critères allant de l'examen de l'expérience du demandeur à sa réputation et sa capacité financière. Un tel élargissement éviterait soit que les quelques associations agréées – qui se situent aujourd'hui en situation de monopole pour l'initiative de l'action – se retrouvent débordées soit, au contraire, qu'elles ne sélectionnent les affaires.

922. À propos de l'*opt-in*, ensuite, il est largement admis que celui-ci ne peut déployer ses potentialités qu'à la condition de garantir la plus grande publicité possible à l'action de groupe. Étant donné que ce mécanisme implique, contrairement à l'*opt-out*, une démarche active des personnes qui souhaiteraient se joindre à l'action de groupe, il est en effet nécessaire de s'assurer que l'ensemble des personnes susceptibles d'être intéressées puisse le faire. Sur ce point, il a été suggéré d'étendre le mode de diffusion prévu pour les actions de groupe en matière administrative. En ce domaine en effet, les actions collectives en cours ainsi que les décisions rendues sont disponibles sur le site du Conseil d'État²²²⁷. L'on peut supposer que ce mode de diffusion, non prévu pour les actions intentées devant le juge judiciaire, permette une plus

²²²⁴ Opinion largement partagée en doctrine v. not. : S. CARVAL, M.-J. AZAR-BAUD, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.*, 2015 p. 2136 ; L. RAGIMBEAU, « Pour un développement de l'action de groupe en droit administratif », préc. Dans le même sens, v. le dossier « Action de groupe - L'union fait la force », *Juris associations* 2019, n°591, p. 17.

²²²⁵ V. sur ce point le rapport BELAVAL : P. BELAVAL, L. HELMLINGER, P. MINDU, A. COURREGES, A. LEVASSEUR, Y. STRICKLER, *L'action collective en droit administratif*, CE, 5 févr. 2009, p. 21.

²²²⁶ CJA, art. R. 411-5.

²²²⁷ CJA, art. R. 77-10-10 et R. 77-12-11.

grande visibilité. Sur ce point, une harmonisation des dispositions de l'action de groupe devant le juge judiciaire sur le modèle administratif serait, pour certains, la bienvenue²²²⁸. De manière générale, dans le cadre de l'*opt-in*, les auteurs préconisent une diffusion obligatoire par des canaux plus efficaces, tels que la presse et l'ensemble des médias²²²⁹.

923. Ces propositions ont le mérite de chercher à surmonter l'ineffectivité des dispositions actuelles. Cela étant, il apparaît clair, dans le cadre de notre démonstration, que les lacunes sont plus profondes. Les insuffisances des dispositifs sont, en effet, le reflet du maintien de la fonction purement réparatrice de l'action de groupe (le mécanisme d'*opt-in* en étant une remarquable illustration) et non de la volonté de transformer l'action de groupe en véritable instrument dissuasif et de lutte contre les profits illicites²²³⁰. Dans ce contexte, si, comme le note un auteur, l'action de groupe « *peine à s'imposer comme un outil efficace pour faire appliquer la loi* »²²³¹, c'est simplement parce qu'elle n'a pas été conçue comme telle, mais continue d'être perçue comme « *le véhicule procédural utilisé par le créancier pour obtenir la réalisation de ses droits subjectifs* »²²³². L'originalité apparente de la procédure au sein du droit français n'en cache alors pas moins une logique établie : les intérêts en jeu demeurent purement individuels et ainsi, la réparation en cas d'atteinte sera établie pour chaque individu²²³³. Dès lors, les régimes juridiques consacrés en droit positif ne correspondent pas, à l'heure actuelle, au concept de *private enforcement* proposé.

924. Un constat similaire dans les autres droits nationaux. L'exemple du droit français révèle les limites de la méthode sectorielle et, de manière générale, de la conception que l'on se fait du mécanisme d'action de groupe. Mais ce constat est loin de lui être propre. Dans l'étude

²²²⁸ En ce sens v. M.-J. AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives », *JCP E* 13 déc. 2018, n° 50, 1637 ; « Perspectives et pistes d'amélioration », *JA* 2019, n° 591, p. 31.

²²²⁹ O. LE BOT, « L'introduction d'une action de groupe en contentieux administratif », in V. DONIER, B. LAPEROU-SCHENEIDER, *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, 2013, Bruylant, p. 263. V. *contra* : B. JAVAUX, « Le point de vue de l'entité visée », *JA* 2019, n° 591, p. 28 : s'exprimant à propos d'actions de groupe introduites en matière de consommation, l'auteur notait ainsi qu'une telle médiatisation « *porte atteinte à l'image des professionnels concernés, ce qui peut provoquer deux types de réactions : une incitation forte à transiger pour mettre un terme à la pression issue de cette médiatisation ou, à l'inverse, une radicalisation du professionnel considérant que le mal à son image est déjà fait* ».

²²³⁰ Sur le constat que les actions de groupe se définissent de manière individualiste, indissociable du concept de droit subjectif : M. J. AZAR-BAUD, « Droits, préjudices et prétention processuelle dans les actions de groupe », *JCP E* 2017, 1357, n° 26, spéc. n° 4.

²²³¹ N. ZIANE, B. DELPECH, « Les associations passent à l'action », *JA*, 2019, n° 591, p. 26.

²²³² B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *préc.*, spéc. §55.

²²³³ En ce sens : J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *préc.*, spéc. p. 335. (« *dans son application la plus traditionnelle, l'action de groupe ou class action reste ainsi focalisée sur la défense des individus et une réparation qui concerne exclusivement et directement les intérêts individuels* »). Les auteurs nuancent toutefois le propos en remarquant que certaines évolutions (l'action populaire au Portugal ou l'affaire *Urgenda* au Pays-Bas) témoignent d'un développement d'une véritable dimension transindividuelle de l'action collective.

de 2018 sur les procédures de recours collectifs dans les États membre de l'Union commandée par le Parlement européen²²³⁴, le bilan est relativement identique : s'appuyant sur la situation dans douze États membres (France, Belgique, Autriche, Estonie, Allemagne, Italie, Luxembourg, Pologne, Roumanie, Espagne, Pays-Bas et Royaume-Uni), l'étude révèle également les grandes divergences et insuffisances des systèmes de recours collectifs. D'abord, les observateurs notent que la méthode sectorielle est également de mise : le champ d'application des mécanismes est soit limité au droit de la consommation, soit applicable à plusieurs domaines²²³⁵. Ensuite, la définition de la qualité pour agir est également restreinte à des entités ou organisations désignées, mais selon des critères d'éligibilité différents²²³⁶. Aussi, les modalités relatives aux choix de l'*opt-in* ou *opt-out*²²³⁷, à la publicité, ou à la prise en charge des coûts de la procédure divergent également²²³⁸. Fortes de ces constats, les institutions de l'Union ont alors relancé le processus d'harmonisation en faveur d'un recours collectif européen. Loin d'apporter des pistes d'unification et encore moins de refondation, la directive 2020/1828 entérine au contraire les limites des mécanismes nationaux.

2) Les insuffisances entérinées par la directive 2020/1828

925. Le constat du maintien de la philosophie individualiste. Résultat d'un long processus de réflexion²²³⁹, la directive 2020/1828 du 25 novembre 2020 consacre un mécanisme d'action représentative en protection des intérêts collectifs des consommateurs. La nécessité de bénéficier à l'échelle de l'Union d'un cadre harmonisé a été largement mise en évidence par la dimension transfrontière de nombreuses affaires, que l'on songe à l'affaire Maximilian SCHREMS²²⁴⁰, à celle des prothèses mammaires défectueuses (PIP)²²⁴¹ ou encore à celle du *Dieselgate*²²⁴². Pour autant, les craintes de la doctrine se sont révélées justes au sujet des lacunes

²²³⁴ Disp. en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf) Pour la synthèse en français : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829\(SUM01\)_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829(SUM01)_FR.pdf)

²²³⁵ *Ibid.*

²²³⁶ *Ibid.*

²²³⁷ Sur ce point, le *Consumer Rights Act de 2015* adopté au Royaume Uni a retenu le système de l'*opt-out* dans le cadre de la nouvelle « group action litigation ».

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ Sur le processus d'élaboration de la directive 2020/1828 : cf. *supra* Partie 1, §411.

²²⁴⁰ Cf. *supra*. Chapitre précédent.

²²⁴¹ Sur cette affaire : C. JOURDAIN-FORTIER, « L'affaire PIP ou la difficile réparation en Europe des dommages corporels de masse causés par un dispositif médical défectueux », *RID éco.*, 2015/1, p. 5.

²²⁴² Cette affaire est relative au scandale industriel lié à l'utilisation par le groupe Volkswagen de dispositifs visant à réduire, de manière frauduleuse, les émissions polluantes de plusieurs moteurs.

et du défaut d'ambition de cette directive²²⁴³. Certes, tout espoir d'un changement de paradigme quant à la conception de l'action de groupe au niveau européen devait en amont être écarté : dès 2011²²⁴⁴, il a été annoncé que la philosophie individualiste du modèle d'action de groupe, jugée plus conforme à la « tradition juridique européenne », devait être conservée. Elle a été plus récemment rappelée par le rapporteur de la Commission des affaires juridiques, Geoffroy DIDIER qui a déclaré, lors des négociations le 26 mars 2019, que « *(l)'objectif n'est pas de punir qui que ce soit, mais simplement d'indemniser les victimes d'un préjudice* » et que « *[l]e texte veille par ailleurs à éviter tous les dangers et dérives des "class actions" à l'américaine* ».

926. Un champ d'application matériel limité. L'approche sectorielle a, là aussi, été privilégiée. Si celle-ci tend à s'imposer à l'échelle de l'Union compte tenu des difficultés liées aux enjeux de base juridique²²⁴⁵ – qui rendent délicate si ce n'est impossible l'adoption d'un régime général – il n'en demeure pas moins que le législateur a procédé à des exclusions contestables. Contrairement aux attentes, la directive est loin de consacrer un modèle uniforme d'action collective contribuant à assurer un accès aux personnes physiques ou personnes morales pour la défense de l'ensemble de ses droits qu'elles tirent du droit de l'Union. L'étude a déjà eu l'occasion de soulever le caractère surprenant de l'exclusion des infractions aux règles de concurrence²²⁴⁶. Axée sous l'angle du droit de la consommation, la directive n'aborde pas non plus les discriminations au travail, le champ des droits fondamentaux ainsi que l'ensemble des droits économiques, sociaux, culturels, ou encore le domaine environnemental.

927. Les insuffisances de l'harmonisation minimale. Deux instruments, qui auraient pu donner une coloration plus normative aux actions de groupe, ont été *in fine* neutralisés, contribuant à la fragmentation des régimes. D'abord, l'article 9 de la directive 2020/1828 ouvre, certes, la voie de l'*opt-out* mais ne l'impose pas²²⁴⁷. Le législateur n'a pas retenu sur ce point l'article 6, 3 de la proposition de la Commission d'avril 2018, qui énonçait que le consentement exprès de consommateurs n'était pas requis dans les affaires portant sur de petites sommes ou relatives à des consommateurs facilement identifiables et ayant subi des préjudices

²²⁴³ Les auteurs avaient remarqué, dès la proposition approuvée le 26 mars 2019 par le Parlement, que le nouveau texte n'allait pas bouleverser les mécanismes nationaux de recours collectif. Sur ce point : P. METAIS, E. VALETTE, « "Class actions" européennes – Débat sur la nécessité de prévoir des recours collectifs harmonisés au niveau européen », *JCP G*, 20 avr. 2019, n° 17, doct. 471.

²²⁴⁴ C'est la Commission elle-même qui justifiait cette prudence et le rejet de la philosophie plus punitive de l'action de groupe à l'image des class actions américaines. Document de travail de la Commission publiée le 4 févr. 2011 (SEC (2011) 173 final, n° 21, p. 11.

²²⁴⁵ Sur ce point cf. *supra*, §886 et s.

²²⁴⁶ Cf. *supra* Partie I, §411 et s.

²²⁴⁷ Art. 9§2 de la directive 2020/1828. L'*opt-out* est exclu en matière d'action en cessation (Art. 8).

comparables. Dès lors, on voit mal pourquoi la plupart des États membres, qui l'ont déjà rejeté, modifieraient leur législation. Mais, plus encore, dans les droits nationaux qui prévoient déjà l'option d'*opt-out*, les États membres devront limiter sa portée territoriale et imposer un *opt-in* pour les consommateurs d'autres États membres²²⁴⁸. Ensuite, sans surprise, la directive écarte les dommages et intérêts punitifs²²⁴⁹. Pour autant, et contrairement à ce qu'affirment certains observateurs²²⁵⁰, les termes sont mesurés et, par-là, ambigus : selon le considérant 10, il convient « d'éviter l'octroi de dommages et intérêts punitifs », et le considérant 42 énonce que « la présente directive *ne devrait pas* permettre que des dommages et intérêts punitifs soient imposés ». Est-ce à dire que si le droit national souhaite les introduire²²⁵¹, il risque de se placer en contrariété avec la directive ? Ou devra-t-il plus précisément en limiter la portée comme le législateur l'a prévu en matière d'*opt-out* ?

928. En définitive, les modèles nationaux comme européen d'actions de groupe ne sont pas en mesure de répondre à l'idée d'une mise en œuvre du droit par les personnes privées. La cristallisation des réflexions autour des excès du modèle américain de *class action* et de la culture processuelle française ou européenne a eu pour effet d'empêcher toute piste innovante.

Mais rien n'empêche alors de faire preuve de créativité et de chercher à esquisser les contours d'un modèle d'action juridictionnelle de *private enforcement* dont les traits se rapprocheraient de l'action populaire.

B) La clarification proposée *de lege ferenda* : la perspective de l'action populaire

929. Face à ces insuffisances – qui sont facteur de fragmentation – le processus de clarification s'impose. Il vise donc logiquement à répondre aux exigences d'intelligibilité et de prévisibilité d'une part, et à l'idée défendue de *private enforcement*, d'autre part. Le modèle juridictionnel proposé consiste à procéder à la reconnaissance d'une action qui permet à toute personne, qui

²²⁴⁸ Art. 9§3 de la directive 2020/1828.

²²⁴⁹ Cf. considérants 10 et 42 de la directive 2020/1828.

²²⁵⁰ P. LE MORE, « La directive action de groupe européenne : une volonté contradictoire à l'œuvre », *Contrats, conc. consom.*, 2021, vol. 6, p. 3.

²²⁵¹ À ce jour, et à notre connaissance, les pays de l'Union de tradition civiliste n'ont pas introduit de dommages et intérêts punitifs dans leur droit positif. Pour rappel, la dernière proposition de loi réformant la responsabilité civile française a même écarté le mécanisme de l'amende civile, pourtant jugée plus conforme (cf. *supra* Partie I, Titre 2, chapitre 1). Pour autant, les États membres tendent, progressivement, à reconnaître les dommages et intérêts punitifs dans le cadre du droit international privé, au stade de l'*exequatur* (L. ARCHAMBAULT, A. CHAUVEAU, « Vers la généralisation de l'acceptation des dommages et intérêts punitifs en France et en Europe ? », *Gaz. Pal.*, 2018, vol. 28, pp. 14-16).

constate une atteinte ou un risque d'atteinte à une règle, d'agir en justice, indépendamment d'un intérêt personnel. Une telle proposition semble *a priori* relever de la gageure. Proche de l'action populaire²²⁵², elle ne va pas de soi dans l'Union étant donné qu'à l'exception du Portugal²²⁵³, aucun État membre ne déroge à ce point à la condition d'individualité de l'action. Pour autant, ce constat ne doit pas faire obstacle à la possibilité d'une telle proposition. Les évolutions en cours au sein des États membres – aussi bien en droit positif²²⁵⁴ que dans les réflexions doctrinales²²⁵⁵ – traduisent une volonté d'accorder un rôle accru aux particuliers dans la défense de la loi et la cessation des pratiques illégales. Celles-ci paraissent en ce sens encourageantes pour la promotion à l'échelon européen d'une telle action. La présentation de ses caractéristiques nécessite un examen des parties à l'instance (1) et des mesures mises à disposition du juge (2).

1) La détermination des parties à l'instance

930. Les titulaires de l'action. Le premier enjeu majeur réside dans la détermination des titulaires de l'action. N'ayant pas pour finalité de revendiquer une atteinte à un droit subjectif,

²²⁵² L'action populaire était connue du droit romain qui autorisait tout citoyen à dénoncer certaines atteintes à l'ordre ou aux biens publics (F. VOEFFRAY, *L'action popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Graduate Institute publication, 2004). Elle se définit comme l'action par laquelle « le groupement se donne pour objet la défense de la loi, la cessation des pratiques illégales et l'annulation des actes illicites, voire la répression des auteurs d'infractions pénales » (N. CAYROL, « Action en justice », *Rép. Dalloz, Proc. Civ.*, préc., spéc., §424).

²²⁵³ Elle est en revanche reconnue en droit brésilien et colombien. Sur ce point : J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., spéc. p. 411.

²²⁵⁴ Sur le mouvement de fond général : cf. *supra* Chapitre précédent et notamment la section 2, § 2. Pour mémoire, les évolutions en droit positif concernent principalement la matière environnementale. En droit français : cf. les articles L. 142-2 du Code de l'environnement, et 1248 du Code civil tel qu'issu de la loi de 2016. En droit italien, l'évolution est encore plus notable puisque le législateur a ouvert une action à quiconque a un lien territorial particulier avec la ressource ou l'environnement et faisant partie de la communauté diffuse concernée. Sur ce point : J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche, n° 17-34, Avr. 2021, p. 410. L'on peut également souligner ici le rôle du droit du Conseil de l'Europe et notamment de la CEDH pour renouveler le thème de l'action populaire et participer à une transformation du contentieux, que l'on songe aux notions de « victime potentielle » ou arrêts pilotes (N. CAYROL, « Action en justice », *Rép. Dalloz, Proc. Civ.*, préc., spéc., §426). Sur ce point, v. plus précisément les arrêts CEDH, 17 juill. 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, Req. 47848/08 et CEDH, 4 juin 2020, *Association innocence en Danger c. France*, Req. N° 15343/15 et 16806/15.

²²⁵⁵ Cf. *supra*, chapitre précédent. Une partie de la doctrine française a entamé une réflexion autour de la notion des communs qui a récemment abouti à diverses propositions dont l'une d'elle consiste à créer une « action diffuse » (J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., spéc. pp. 408 et s). Plus spécifiquement dans le champ environnemental, certains auteurs se sont montrés favorables à la reconnaissance de l'action populaire (E. TRUIHLE et M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Le procès environnemental - Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, mai 2019, Rapport final de recherche – Mission de recherche droit et justice, p. 12 ; M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », *RJE* 4/2020, pp. 689-713). Et plus récemment, v. le rapport du 20 octobre 2021 du think tank Terra Nova (« Pour une approche civile et civique de la justice écologique », spéc. p. 18).

l'action en justice caractéristique d'un régime de *private enforcement* n'imposerait pas la preuve d'un intérêt individuel. Dès lors, et afin d'éviter de reproduire les insuffisances des règles existantes, notre proposition implique d'ouvrir l'action à toute personne, physique ou morale, pouvant inclure les associations, fondations, ONG etc²²⁵⁶. En théorie alors, un groupe informel, qui se sent protecteur d'un intérêt commun partagé, devrait pouvoir avoir accès au prétoire. Sans être remise en cause, cette généralité de principe pourrait néanmoins être conditionnée. Afin d'éviter les risques d'engorgement des tribunaux et de demandes infondées, il pourrait être nécessaire de demander la preuve d'un lien particulier avec l'intérêt défendu et l'ouverture au prétoire serait aussi plus ou moins large en fonction de l'intérêt en cause²²⁵⁷.

931. Regard de droit comparé, approche européenne. À l'échelle de l'Union, l'orientation n'est pas inconnue des droits positifs nationaux : l'on trouve d'ores et déjà quelques illustrations de cette ouverture de l'intérêt à agir, principalement dans la matière environnementale. D'abord, en droit italien, le législateur a reconnu une action en défense d'un intérêt diffus en ce domaine et a fait le choix du critère géographique comme critère de rattachement : toute personne qui a un lien territorial avec la ressource ou l'environnement est considérée comme faisant partie de la communauté concernée et peut donc agir en justice²²⁵⁸. Aussi, en droit belge, des associations de protection de l'environnement peuvent également demander au juge des dommages et intérêts pour sanctionner la violation par le pollueur de leur objet social, cela conduisant des auteurs à remarquer que « *par une action civile accessoire à l'action publique, ces associations jouent un rôle très proche de celui du ministère public et se font l'auxiliaire de la répression* »²²⁵⁹. Enfin, précisons qu'en droit français, l'on trouve également des traces de ce type d'actions. Le législateur a en effet largement ouvert le prétoire en matière de préjudice écologique. Interprété par certains comme une ouverture à l'action populaire²²⁶⁰, l'article 1248 du Code civil prévoit qu'une action peut être intentée par toute personne qui a qualité et intérêt à agir et vise, au-delà de l'État et autres personnes publiques, toutes les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans. Aussi, de manière plus générale, les

²²⁵⁶ L'action de personnes morales peut être privilégiée compte tenu de la difficulté, pour un individu isolé, d'assurer seul une action au regard de sa durée et de son coût.

²²⁵⁷ Par exemple, dans le champ environnemental, la défense générale de la biodiversité à l'échelle planétaire n'invite pas à la même ouverture que celle défense de la qualité de l'air dans un lieu particulier.

²²⁵⁸ J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., p. 410 et spéc. Annexe 2, « Les leçons du droit comparé », n° 4 et 5.

²²⁵⁹ X. THUNIS, B. FOSSEPREZ, « Caractère indemnitare ou punitif des dommages et intérêt. Rapport Belge », in P. JOURDAIN, B. DUBUISSON, (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etude de droit comparé*, préc., pp. 237-310, spéc., p. 252.

²²⁶⁰ J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., p. 412.

actions en défense d'un intérêt collectif²²⁶¹ participent de cette démarche. Ces actions collectives, dites classiques, sont celles exercées par des associations privées pour la défense, *a priori* désintéressée, d'un intérêt abstrait et indivisible. En dehors de cas où le législateur autorise une association à agir pour représenter la défense des intérêts individuels de ses membres²²⁶², le juge peut conférer occasionnellement à une association la qualité à agir en justice pour la défense d'un intérêt collectif, à condition que celui-ci soit compris dans l'objet social de l'association²²⁶³. Bien que la perspective de voir défendre des causes par cette voie soit nécessairement dépendante de l'appréciation du juge quant à l'adéquation entre l'action et l'objet social²²⁶⁴, des études empiriques tendent à montrer la vigueur de ce contentieux²²⁶⁵.

932. Regard de droit comparé, les actions *qui tam* en droit américain. Qualifié par la doctrine américaine de « *citizen suits* » ou « *citizen actions* »²²⁶⁶, les actions *qui tam* permettent à tout citoyen – alors même qu'il n'est pas personnellement intéressé – d'intenter une action contre tout autre particulier ou entreprise publique ou privée qui serait à l'origine d'une pratique illégale²²⁶⁷. Issu de la tradition de *common law*²²⁶⁸, ce mécanisme déroge explicitement à la

²²⁶¹ C. CHANAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil*, préc., spéc., pp. 181 et s., §211. On distingue les actions en intérêt collectif en présence d'une infraction pénale et en l'absence d'infraction pénale. On se concentre dans le cadre de l'étude sur les secondes.

²²⁶² V. not. art. L. 622-1 du C. consom.

²²⁶³ Cela est possible depuis un revirement de la Cour de cassation en 2004 (Civ. 2^{ème}, 27 mai 2004, D. 2004, 2931). Solution réaffirmée par la suite (Civ. 26 sept. 2007) et en ces termes en 2008 : « *même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* » (Civ. 1^{ère}, 18 sept. 2008, LPA, 20 févr. 2009, n° 37 p. 7, note G. CHABOT).

²²⁶⁴ Civ. 3^{ème}, 24 mai 2018, n° 17-18. 866, PBI, JCP G, n° 30-35, 2018. 857. A été déclarée irrecevable l'action d'une association ayant un objet général de protection de l'environnement mais qui, selon la Cour, ne peut se prévaloir d'un intérêt à agir en responsabilité contre l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs pour diffusion d'informations inexacts. L'objet social est apparu trop général par rapport à l'objet de l'action concernée.

²²⁶⁵ Pour le succès des actions en défense d'un intérêt collectif et l'articulation avec l'action de groupe : N. DUPONT ; M.-J. AZAR-BAUD, « Action de groupe et actions collectives classiques : concurrence ou complémentarité ? Étude à partir du droit de la consommation », *Contrat conc. conso.*, 2018, n°11, étude 15. C'est alors bien l'action de groupe qui se trouve concurrencée par les actions collectives traditionnelles et non l'inverse. Dès lors, d'un point de vue contentieux, l'on est tenté d'en déduire qu'il peut, à l'heure actuelle, s'avérer plus efficace de passer par la voie visant à défendre un intérêt collectif que par celle visant un intérêt individuel.

²²⁶⁶ V. not. B. H., Jr. THOMPSON, « The Continuing Innovation of Citizen Enforcement », *U. Ill. L. Rev.*, 2000, pp. 185-236 ; A. HOMBURGER, « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », *Buffalo L. Rev.*, 1974, vol. 23, pp. 343-410.

²²⁶⁷ Sur les différentes consécutions : R. W. FISCHER, « *Qui Tam* Actions : The Role of the Private Citizen in Law Enforcement », *UCLA L. Rev.*, 1973, vol. 20, pp. 778, 780. Pour n'en citer qu'une à ce stade, on peut mentionner le *Clean Air Act* de 1970 qui prévoit que toute personne peut intenter une action contre une personne privée ou publique à l'origine d'une pollution en violation de ladite loi (*Clean Air Act*, 1970, 42 U.S.C. § 1857h-2, 1970). Sur ce point : R. J. KAFIN, N. E. NEEDLEMAN, « The Use of *Qui Tam* Actions to Protect the Environment », *N.Y.L.F.*, 1971, vol. 17, p. 130.

²²⁶⁸ L'Angleterre connaît ce mécanisme depuis le XIV^e siècle. L'expression latine complète énonce « *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* » qui se traduit par « celui qui este en justice pour le compte de l'autorité publique (le roi) comme pour le sien propre ». Sur l'histoire des lois *qui tam* aux États-Unis et en

règle du *standing* telle que prévue à l'article III de la Constitution américaine qui impose par principe au requérant la nécessité de faire la preuve d'un intérêt personnel, direct et concret²²⁶⁹. Pour autant, la Cour suprême n'a pas jugé contraire à la Constitution la possibilité pour le législateur de prévoir une telle possibilité d'action au sein d'une loi fédérale²²⁷⁰. Si l'action est reconnue, le requérant agit, non pas au nom de ses propres intérêts, mais au nom du gouvernement. Il a pour objectif la défense d'un intérêt public et peut, s'il obtient gain de cause, obtenir une somme qu'il partagera avec le gouvernement. C'est dans ce contexte que certains auteurs n'hésitent pas à considérer que ce type d'actions correspond précisément à la véritable définition du *private enforcement*²²⁷¹, étant donné que le bénéfice pour l'intérêt commun n'est pas incident (comme en matière d'actions privées *antitrust* par exemple) mais direct²²⁷². Plus récemment, d'autres observateurs ont vu dans les actions *qui tam* une alternative pertinente pour contrer la politique jurisprudentielle restrictive de la Cour suprême²²⁷³.

933. Distinction titulaire/bénéficiaire. Contrairement aux autres types d'actions, une distinction mérite d'être faite entre les titulaires et les bénéficiaires de l'action. Étant donné que l'action n'est pas menée dans l'intérêt individuel du requérant, les titulaires de l'action ne devraient pas nécessairement en être les bénéficiaires. Dans l'hypothèse d'une réparation par indemnisation, le bénéfice de la décision judiciaire pourrait ainsi être affecté à un fonds, créé pour la protection de l'intérêt défendu par la règle²²⁷⁴. Pour autant, si l'action est menée

Angleterre : B. J. RANDY, « The False Claims Act and the English Eradication of *Qui Tam* Legislation », *North Carolina L. Rev.*, vol. 78, 2000, p. 539-642 ; D. CHARLES, *Qui Tam : The False Claims Act and Related Federal Statutes*, Rapport n R40785, Washington, D.C., Congressional Research Service, 2009.

²²⁶⁹ Sur l'Article III : cf. *supra* Chapitre 3 section 1.

²²⁷⁰ S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private enforcement », préc., spéc. p. 673 (« *Qui tam* ("whistleblower") statutes that seek to protect the interests of the United States through private enforcement present a special challenge for purposes of Article III because the private plaintiff ("relator") typically cannot allege personal injury. The Supreme Court solved this problem by treating the relator as a statutory assignee of the rights of the United States with representational standing to assert the injury in fact suffered by the assignor »).

²²⁷¹ B.H., Jr. THOMPSON, « The Continuing Innovation of Citizen Enforcement », *U. Ill. L. Rev.*, 2000, pp. 185-236.

²²⁷² En ce sens : A. HOMBURGER, « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », préc., p. 198 (« *In authorizing citizen suits in the 1970 Clean Air Act, Congress for the first time called on private citizens to play a direct rather than a collateral role in enforcing public laws. Greater deterrence was no longer a collateral benefit but became the primary benefit. Plaintiffs would no longer be pursuing a private benefit but providing a public good* »).

²²⁷³ Politique restrictive entendue comme l'ensemble des obstacles à l'accès au juge identifiés dans le cadre du Titre précédent. Sur cette idée d'action *qui tam* comme alternative : A. ELMORE, « The State *Qui Tam* To Enforce Employment Law », University of Miami, 2020.

²²⁷⁴ Cette orientation trouve, là aussi, un écho dans les évolutions proposées du droit français de la responsabilité civile. Lors de la proposition de mars 2017, il a été suggéré que la victime obtienne réparation intégrale de son préjudice et que la somme récupérée sur la base de l'amende civile soit affectée à un fond. Cf. *supra* Partie I, Titre 2 ? Chapitre 3, section 2. Aussi, cette orientation trouve les faveurs de la doctrine. Elle a déjà été proposée dans le domaine spécifique de la consommation (S. CARVAL, M.-J., AZAR-BAUD, « L'action de groupe et la réparation des

par une personne morale dont l'existence même consiste à défendre des intérêts collectifs, le législateur ou le juge pourrait prévoir de lui attribuer une partie de la somme afin de lui permettre de continuer sa mission.

934. Les défendeurs. Une conception large doit également guider la détermination des défendeurs à l'action. Afin d'assurer le respect des règles, toute personne physique ou morale doit pouvoir être poursuivie. Plus encore – et bien que l'étude se soit concentrée à titre principal aux rapports horizontaux – le défendeur pourrait être une personne morale de droit privé comme de droit public. La matière environnementale témoigne de cette nécessité : le respect des règles de protection de l'environnement s'impose aussi bien aux entreprises²²⁷⁵ qu'à l'État²²⁷⁶. Pour les systèmes qui distinguent les voies d'action comme en France, l'action pourrait être intentée devant le juge judiciaire comme administratif.

2) La détermination des mesures à disposition du juge

935. La proposition se doit ensuite de préciser les mesures à disposition du juge. Afin, là encore, d'éviter de reproduire les incohérences des règles existantes et d'assurer l'effectivité des règles, nous nous inscrivons en faveur de la reconnaissance d'une large palette de mesures. Il s'agit d'autoriser aussi bien les demandes de cessation, de réparation ou encore, celles à vocation punitive.

936. Les mesures de cessation et de réparation. Les deux premières séries de mesures n'entraînent pas de difficultés particulières étant donné qu'elles sont connues en droit positif. En droit français par exemple, le juge peut déjà prescrire des mesures visant à réparer une atteinte illicite²²⁷⁷ ou à la prévenir ou la faire cesser²²⁷⁸. Pour autant, l'originalité de notre proposition sur ce point est double. D'une part, leur généralisation à travers leur reconnaissance systématique et ce, peu importe le domaine concerné, permettrait d'éviter les incohérences

dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations, D. 2015 p. 2136) et, récemment, de manière plus générale (J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., p. 415).

²²⁷⁵ V. par exemple l'affaire *Erika* qui a donné lieu à la condamnation de Total sur le fondement de l'article L. 142-2 du Code de l'environnement (Crim. 25 sept. 2012, D. 2012, 2711).

²²⁷⁶ Sur ce point v. l'affaire désignée « l'affaire du siècle » par les associations qui ont intenté une action devant le tribunal administratif de Paris en mai 2019 en réparation du préjudice écologique. C. CURNIL et al. « L'affaire du siècle, entre continuité et innovations juridiques », préc. Cf. *supra* chapitre 7.

²²⁷⁷ C'est évidemment la finalité de l'article 1240 Cciv. La présente étude s'est consacrée à son examen en matière de concurrence.

²²⁷⁸ L'article 809 du CPC prévoit ce type de mesure dans le cadre du référé. La cessation de l'illicite figure parmi les dispositions innovantes du projet de réforme de responsabilité civile de 2017, qui place la nécessité de prévenir le dommage au même rang que celle de le réparer. Sur ce point v. article 1266 du projet de réforme et pour une présentation de celui-ci : P. GILIKER, « La cessation de l'illicite », *RDC*, 2019, n° 4, pp. 284 et s.

précédemment soulevées²²⁷⁹. D'autre part, s'agissant plus précisément des demandes en réparation, il s'agit de proposer une réparation, non pour une atteinte à un intérêt individuel, mais pour celle à l'intérêt commun protégé par la règle en cause.

937. Les mesures punitives. Si la réflexion à leur sujet s'intensifie, les mesures à vocation punitive sont encore limitées, sinon inconnues, au sein des dispositifs de responsabilité civile des États membres²²⁸⁰. Pourtant, ces mesures sont la condition du renforcement de l'effectivité des règles : l'action en justice vise ainsi à dissuader ou à punir les comportements illicites. En cas d'atteinte d'une particulière gravité à une règle porteuse d'un intérêt commun, le juge serait autorisé à condamner le contrevenant au paiement de dommages et intérêts punitifs. Largement décriés, ces derniers pourraient prendre une forme adaptée à la tradition civiliste. L'amende civile constituerait à ce jour la principale piste²²⁸¹ : elle permet de reconnaître la fonction de peine privée tout en évitant l'enrichissement des victimes : la somme correspondant à la dimension punitive n'étant pas versée à la victime, mais à un fonds. Aussi, des mécanismes d'astreinte peuvent être envisagés²²⁸².

938. En définitive, l'hypothèse d'une action en justice, dont les caractéristiques se rapprochent d'une action populaire, est selon nous la condition d'un renouvellement du modèle de *private enforcement*. Une telle proposition s'appuie incontestablement sur un soutien croissant au sein de la doctrine. Bien qu'émergentes, les évolutions demeurent en revanche timides en droit positif. C'est sur la base de ce constat que le renouvellement conceptuel du concept, entendu comme une action des particuliers déconnectée d'un intérêt subjectif, pourrait s'envisager en dehors de la voie juridictionnelle par le biais d'une collaboration institutionnalisée avec l'autorité publique en charge de la régulation.

²²⁷⁹ Cf. *supra* A) : les incohérences des mesures ouvertes dans le cadre des régimes d'action de groupe.

²²⁸⁰ Dans les pays de tradition civiliste, la responsabilité civile demeure encore à ce jour purement compensatoire. À l'échelle de l'Union, la Commission remarquait dans son rapport de 2018 que seuls la Grèce, l'Irlande et le Royaume-Uni (Angleterre, pays de Galles) autorisent, sous des formes très limitées, des dommages et intérêts à caractère punitif. Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52018DC0040#footnote1>, spéc., p. 19.

²²⁸¹ Toutefois, si elle avait précisément été envisagée en droit français (cf. article 1279-1 du Projet de réforme de responsabilité civile de 2017), l'amende civile a été écartée dans la dernière proposition de loi du 29 juillet 2020 (pour une critique de ce point : cf. *supra* Partie I, Titre 2, Chapitre 1, section 2). Ce que regrettent certains observateurs : v. not. sur ce point le rapport du think tank Terra Nova (« Pour une approche civile et civique de la justice écologique », préc., spéc. p. 18).

²²⁸² En ce sens : J. ROCHFELD, M. CORNU, G. J. MARTIN, *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, préc., p. 418).

§ 2 – La restructuration alternative à la voie juridictionnelle : la promotion du statut de « collaborateur privé »

939. Si l'on accepte de considérer que le *private enforcement* ne se réduit pas à une action en réparation d'un préjudice personnel entendu de manière restrictive, le concept peut s'entendre plus largement comme une mobilisation désintéressée de particuliers qui s'adressent, non pas au juge, mais à des autorités publiques. Dans ce contexte, le particulier agit moins comme un « procureur » en charge de détecter et sanctionner seul la pratique illicite que comme un « collaborateur » chargé d'assister l'autorité administrative défenderesse de l'intérêt public.

940. Là encore, ce type d'action proposée n'est pas inédit. Il prend appui sur des mécanismes déjà en vigueur à l'échelle de l'Union puisque la possibilité de saisir les autorités administratives est connue, comme en témoigne particulièrement le champ de l'étude²²⁸³. Cela étant, la proposition consiste à renforcer la collaboration en procédant à des réaménagements conceptuels du statut de collaborateur et en approfondissant le formalisme procédural attaché audit statut (A). Aussi, l'émergence de nouveaux modes de collaboration, tels que ceux envisagés dans le cadre du projet de règlement DSA, est le reflet d'une collaboration hybride à explorer (B).

A) Le renforcement des mécanismes de collaboration avec l'autorité publique

941. La promotion proposée d'un modèle renforcé de « collaborateur privé » pourrait trouver les pistes de sa modélisation sur la base du statut de plaignant en droit de la concurrence (1) ou, de manière plus générale, celui plus récent de lanceur d'alerte (2).

1) Le statut de plaignant

942. Présentation générale en droit de la concurrence. Le champ de l'étude constitue le domaine où le cadre processuel du statut de plaignant est particulièrement abouti²²⁸⁴. Afin d'assister la Commission dans sa mission d'intérêt public de détection des infractions aux règles de concurrence, le règlement 1/2003 a mis en place un mécanisme de plaintes qui permet de lui communiquer des informations sur des violations suspectées afin qu'elle ordonne la

²²⁸³ Cf. *infra*, §942.

²²⁸⁴ Sur ce point v. pour une présentation détaillée : E. CARPANO, « Procédure de la concurrence », *Dictionnaire permanent de droit européen des affaires*, Editions législatives, 2017, spéc. § 29 et s.

cessation, des mesures provisoires ; qu'elle accepte des engagements ou inflige une amende²²⁸⁵. Deux types de plaintes sont à distinguer. Les premières, informelles, consistent à fournir des éléments sans respect d'un formalisme spécifique : toute personne intéressée (citoyens, entreprises, associations) peut signaler en ligne une violation suspectée. Les secondes, formelles, sont visées à l'article 7 du règlement 1/2003²²⁸⁶ et doivent pour leur part satisfaire des exigences de fond et de forme, détaillées au sein du règlement 773/2004²²⁸⁷ et une communication²²⁸⁸. La recevabilité est conditionnée par la démonstration d'un « intérêt légitime »²²⁸⁹ et le retour d'un formulaire spécifique (formulaire C), détaillant notamment les informations concernant le plaignant et l'infraction présumée.

943. Cette voie ouverte dans le cadre du contentieux dit « public » ou « objectif »²²⁹⁰ conduit ainsi à faire participer les particuliers à la réalisation du droit de la concurrence, non en tant que demandeurs dans le cadre d'un procès, mais en tant que plaignants susceptibles d'être associés à la procédure devant les autorités de concurrence. Les droits procéduraux qui lui sont accordés visent précisément à lui garantir cette association au traitement du cas.

944. Les droits procéduraux attachés au statut de plaignant devant la Commission. Dès les prémisses de la procédure, ce statut implique des droits pour le plaignant²²⁹¹. Celui-ci ne bénéficie pas d'un droit à une décision sur l'existence de l'infraction, pas plus qu'un droit à l'instruction de la plainte²²⁹². En revanche, une décision de rejet impose à la Commission un devoir de motivation, expliquant les raisons qui ont poussé au rejet et sa décision est susceptible de recours²²⁹³. Ensuite, le règlement 1/2003 a explicitement posé le principe que le plaignant

²²⁸⁵ Art. 7, 8 et 9 du règlement n° 1/2003.

²²⁸⁶ Art. 7 du règlement n° 1/2003.

²²⁸⁷ Règl. n° 773/2004 de la Commission du 7 avr. 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE n° L 123 du 27 avr. 2004.

²²⁸⁸ Communication de la Commission 2004/C 101/05 relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, JO C 101/65, 27 avril 2004.

²²⁸⁹ Sur la définition de cet intérêt et ses critiques : cf. *infra* §946.

²²⁹⁰ En adéquation avec l'objet de la présente démonstration, le contentieux n'oppose pas directement le plaignant à l'entreprise visée par la plainte. Il est qualifié « d'objectif » car les intérêts en jeu sont ceux de l'ordre public concurrentiel et non ceux du plaignant. Le juge a eu l'occasion de souligner que la procédure devant la Commission est « seulement de nature administrative » (CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland e. a. c. Commission*, aff. C-204/00 P, pt 200).

²²⁹¹ Et induit, par voie de conséquence, des obligations pour la Commission dès le stade de la plainte. Elle a par exemple une obligation d'instruire les plaintes au risque de se voir attaquer dans le cadre d'un recours en carence (TPICE, ord. 29 mars 1999, *Garage Massol c. Commission*, aff. T-77/96).

²²⁹² TPICE, 18 sept. 1992, *Automec Srl c. Commission*, aff. T-24/90.

²²⁹³ La Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour rejeter les plaintes, mais le juge de l'Union s'autorise à exercer un contrôle. Cf. par exemple sur le motif de « défaut d'intérêt communautaire » : TPICE, 13 déc. 1999, *Service pour le groupement d'acquisitions SGA c/ Commission*, aff. T-189/95. V. également : E. CARPANO,

doit être étroitement associé à la procédure²²⁹⁴, et ce, peu importe le traitement procédural que choisira la Commission, que l'on songe à la procédure d'interdiction de l'article 7 mais aussi à la procédure d'engagement de l'article 9 ou à celle de transaction²²⁹⁵. À la suite de la phase d'évaluation préliminaire consécutive à la plainte, le plaignant bénéficie du droit d'obtenir une copie de la communication des griefs et de faire valoir son point de vue²²⁹⁶. Il peut également demander à la Commission d'intervenir lors des auditions des parties auxquelles une communication des griefs a été adressée²²⁹⁷.

945. Extension des droits aux tiers. Aussi, les garanties procédurales ne s'épuisent pas dans le statut de plaignant à proprement parler. Les personnes physiques ou morales qui n'ont pas déposé une plainte au sens de l'article 7 du règlement 1/2003 et qui ne sont pas celles visées par celle-ci bénéficient également de certains droits procéduraux. Dans le cadre de la procédure d'interdiction prévue à l'article 7 du règlement 1/2003, l'association des tiers à la procédure se mesure particulièrement au niveau du régime des auditions²²⁹⁸. Les tiers peuvent assister à l'audition des parties et, possiblement, exprimer leur point de vue. Le règlement 773/2004 précise par exemple que les associations de consommateurs peuvent demander à être entendues car elles bénéficient d'un intérêt suffisant pour exprimer leurs points de vue²²⁹⁹. Enfin, dans la même logique que pour les plaignants, le développement des procédures dites « alternatives »²³⁰⁰ en droit de la concurrence a, certes, visé à impliquer l'entreprise suspectée ou coupable au règlement du problème concurrentiel, mais a également contribué à faire participer des tiers à la procédure. Dans le cadre de la procédure d'engagements, les tiers peuvent par exemple présenter leurs observations au stade de l'évaluation des engagements pris par les parties.

« Procédure de la concurrence », préc., § 38 ; D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1164.

²²⁹⁴ Art. 27 du règlement 1/2003.

²²⁹⁵ Il faut noter toutefois que si le plaignant est en principe là encore associée à la procédure de transaction (en étant informé et en ayant la possibilité d'exprimer son point de vue), la Commission n'est en revanche pas tenue de lui fournir une version non confidentielle de la communication des griefs. L'article 6 du règlement 773/2004 a été modifié en 2008 et prévoit désormais une exception en matière de transaction.

²²⁹⁶ Art. 6 §1 du règlement 773/2004.

²²⁹⁷ Art. 6 §2 du règlement 773/2004.

²²⁹⁸ Cf. Art. 27 §3 du règlement 1/2003 et plus particulièrement l'art. 13 du règlement 773/2004.

²²⁹⁹ Considérant n°11 du règlement 773/2004.

²³⁰⁰ Sont visées les procédures déjà évoquées ci-dessus, à savoir celles d'engagement, de transaction ou des programmes de clémence. Cf. sur ce point : D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1205.

Dans le cadre de notre démonstration, l'on comprend dès lors à ce stade que le champ du droit de la concurrence propose un statut offrant des garanties procédurales non négligeables. Les droits attachés au statut de plaignant permettent non seulement de participer à la détection de l'infraction, mais aussi de suivre les avancées de l'enquête. Si ce cadre juridique offre des pistes intéressantes pour la promotion et la généralisation du rôle de collaborateur auprès des autorités administratives, le modèle proposé trouve également un soutien dans le cadre de notre comparaison.

946. Les avantages du statut de plaignant dans la perspective comparée. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner le caractère paradoxal des développements européens en faveur d'une forme de « juridictionnalisation » au moment même où, aux États-Unis, la tendance observable était plutôt à la restriction du prétoire²³⁰¹. Dans la perspective comparative qui est la nôtre, ce constat peut paraître regrettable : l'image des excès de la culture contestataire a fait obstacle à un examen attentif des évolutions et de solutions innovantes de l'expérience étrangère²³⁰². Or, il émerge précisément, au sein de la doctrine américaine, des pistes en faveur d'un dépassement de l'approche juridictionnelle de l'*enforcement*. Bien qu'encore prédominante, celle-ci tend à perdre du terrain au profit d'une réflexion sur l'approche non juridictionnelle²³⁰³. Dans le cadre des réflexions sur la nécessaire reconceptualisation du concept aux États-Unis²³⁰⁴, Michael SANT'AMBROGIO s'est récemment inscrit en contrariété avec les débats traditionnels, au sein de la doctrine américaine, entre les mérites et les inconvénients du *public* et *private enforcement*²³⁰⁵. Selon lui, cette conception binaire dominante a empêché de voir les atouts d'une troisième voie : le rôle des actions privées dans le contentieux administratif des agences (*agency adjudication*). Son étude part du constat que les agences font rarement respecter les règles par elles-mêmes. Elles comptent, en effet, sur les différents droits procéduraux dont bénéficient les parties privées, tels que le droit de déposer

²³⁰¹ V. not sur ce point R. D. KELEMEN, « The Impact of the Court of Justice on the European Law Enforcement Architecture » in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, (dir.), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, préc., spéc., p. 178 (« Ironically, while the EU appears to be embracing its own form of Eurolegalism with the support of the CJEU, there are indication than the US is seeking to limit its reliance on adversarial legalism and the « litigation state », with the US Supreme Court leading the drive to restrict private enforcement »).

²³⁰² La réflexion sur l'influence du système américain en Europe aurait dû conduire à s'en instruire avant de rejeter ou retranscrire certains mécanismes. En ce sens H. MUIR WATT, « Propos liminaire sur le prestige du modèle américain », in « L'américanisation du droit », *Arch. Philo. Dr.*, n° 45, 2001.

²³⁰³ M. ASIMOW, « Five Models of Administrative Adjudication », *Am. J. Comp. L.*, 2015, vol. 63 pp. 3 et s. ; M. SANT'AMBROGIO, A. S. ZIMMERMAN, « Inside the Agency Class Action », *Yale L. J.*, 2017, vol. 126, pp. 1634 et s. ; B. SHAH, « Uncovering Coordinated Interagency Adjudication », *Harv. L. Rev.*, 2015, vol. 128, pp. 805.

²³⁰⁴ Sur ce point : D. A. CRANE, « Optimizing private antitrust enforcement », préc.

²³⁰⁵ M. SANT'AMBROGIO, « Private Enforcement in Administrative Court », *Vanderbilt L. Rev.*, 2019, vol. 72, pp. 425-500.

une plainte, de déclencher des enquêtes et d'obtenir des décisions motivées. Selon lui, cette voie permet ainsi de dépasser la principale critique faite à la mise en œuvre des règles devant les juridictions fédérales, à savoir le risque que des parties privées perturbent le système de mise en œuvre public soigneusement calibré et politiquement responsable. Au contraire, un droit d'action privé devant les autorités administratives permet d'assurer un niveau nécessaire d'interaction entre les sphères publique et privée.

947. Dans cette perspective, et à l'échelle de l'Union, la promotion du modèle proposé d'un statut de collaborateur en dehors de la voie juridictionnelle pourrait être à même de dépasser l'argument central de la tradition juridique. L'étude conduite jusqu'à présent a mis en évidence l'inexorable difficulté du législateur national comme européen à dépasser le modèle individualiste de l'action en justice. La crainte de voir des opérateurs purement privés se substituer à l'action de la puissance publique dans la défense d'intérêt généraux de la société a empêché toute évolution majeure du cadre processuel. La conception du rôle des acteurs publics-privés, mais aussi de celle du juge ont été des éléments déterminants au rejet de mécanismes procéduraux ayant vocation à accorder une dimension plus normative à l'action en justice. Aussi, cette proposition de passer par le canal administratif se montre d'autant plus compatible avec les règles procédurales existantes. Cette voie paraît en effet plus conforme à la « tradition » juridique des États membres puisqu'elle permet d'éviter une transformation profonde du rôle du juge et d'assurer une collaboration avec les institutions publiques traditionnellement en charge de la définition de l'intérêt général

948. Les insuffisances actuelles du statut : la condition de l'intérêt personnel. Cela étant, avant d'en imaginer sa généralisation, le modèle du statut de plaignant en droit de la concurrence n'est pas sans présenter certaines limites. Plus particulièrement dans le cadre de notre démonstration, force est de constater que, si la procédure existante implique les particuliers au traitement du cas, la notion d'intérêt demeure au cœur du cadre processuel et conditionne les droits du plaignant. D'abord, la recevabilité de la plainte repose sur la démonstration de l'existence d'un « intérêt légitime »²³⁰⁶. Les personnes physiques ou morales qui souhaitent agir doivent faire la preuve qu'elles présentent un intérêt parce qu'elles « *opèrent sur le marché en cause ou lorsque le comportement dénoncé est susceptible de léser directement leurs intérêts* »²³⁰⁷. Au-delà des entreprises actives sur le marché concerné, seuls

²³⁰⁶ Cf. alinéa 2 de l'article 7 du règlement 1/2003.

²³⁰⁷ Communication de la Commission 2004/C 101/05 relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, JO C 101/65, 27 avril 2004.

les consommateurs présents sur ledit marché ou les associations de consommateurs peuvent également à ce titre faire preuve d'un intérêt légitime. Ensuite, les tiers qui souhaiteraient faire une demande afin d'être auditionnés doivent faire la preuve d'un « intérêt suffisant »²³⁰⁸ et spécifier par écrit leur « intérêt au résultat de la procédure »²³⁰⁹. Si le conseiller-auditeur considère qu'il ne justifie pas d'un intérêt suffisant, il notifie par écrit au demandeur les motifs du refus de son audition. C'est seulement s'il justifie de l'intérêt attendu qu'il sera informé de la nature et l'objet de la procédure en application de l'article 13.1 du règlement 773/2004.

En d'autres termes, l'on comprend dès lors que le statut existant n'est pas en mesure de correspondre pleinement à notre proposition. Si la notion paraît floue, il résulte de ce qui précède que la logique sous-jacente persiste à concevoir l'intérêt comme celui, subjectif/personnel, d'un opérateur économique. En ce sens, la limite est double. D'une part, la collaboration demeure ici conditionnée à la preuve d'un intérêt personnel entendu strictement, à savoir comme celui d'un intérêt économique d'un opérateur sur le marché. Dans ce contexte, le cadre juridique existant ne semble pas capable d'intégrer d'autres intérêts tels que, par exemple, ceux des salariés²³¹⁰. D'autre part, l'hypothèse d'une participation à la procédure de particuliers défenseurs d'intérêts communs paraît exclue. Il est établi que les particuliers ne peuvent se prévaloir de l'intérêt général ou d'un intérêt indirect à la sanction²³¹¹. Si la communication relative au traitement des plaintes évoque la contribution du « citoyen » dans le signalement²³¹², il s'agit là encore du citoyen atteint dans ses intérêts subjectifs qui serait en parallèle « *désireux d'obtenir réparation de violations suspectées des règles de concurrence* »²³¹³.

En définitive, le statut de plaignant à qui l'on garantit des droits est alors restreint à l'opérateur économique. Pour sa part, l'association ou le « citoyen désintéressé » est, au mieux, invité à collaborer dans le cadre d'une plainte informelle, loin d'offrir les mêmes garanties procédurales. L'idée d'un dépassement d'un quelconque intérêt personnel trouve un soutien

²³⁰⁸ Art. 27 §3 du règlement 1/2003.

²³⁰⁹ Art. 6 §1 du « mandat » des conseillers-auditeurs (Com. Décision du 23 mai 2001, JO n° L 162 du 19 juin 2001, p. 21). Sur ce point v. : D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1238.

²³¹⁰ Cf. *supra* chapitre 1, section 1.

²³¹¹ D. BOSCO, C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 1163.

²³¹² Cf. considérant 3 de la Communication relative au traitement par la Commission des plaintes, préc., (« la Commission incite les citoyens et les entreprises à s'adresser à ces autorités pour les informer de violations suspectées des règles de concurrence »). Cela étant, ni le règlement 1/2003 ni le règlement d'application 773/2004 n'y fait plus référence.

²³¹³ Cf. considérant 3 de la Communication relative au traitement par la Commission des plaintes, préc.

dans le statut du lanceur d'alerte issu de la directive du 23 octobre 2019, qui constitue dès lors une piste intéressante en faveur d'un renforcement du rôle des particuliers dans l'intérêt objectif d'effectivité des règles.

2) Le statut de lanceur d'alerte

949. Cadre général. La voie ici défendue visant à renforcer le statut de « collaborateur privé » déconnecté d'un intérêt subjectif trouve un écho particulier dans la directive du 23 octobre 2019²³¹⁴ relative aux lanceurs d'alerte. Un rapprochement avec notre démonstration s'impose en effet en raison de l'esprit qui la sous-tend : cette directive traduit parfaitement la démarche de la Commission consistant à compter sur la vigilance des personnes privées afin de l'aider dans la détection, la prévention et la répression des infractions au droit de l'Union. Dès son article 1^{er}, celle-ci énonce qu'elle « *a pour objet de renforcer l'application du droit et des politiques de l'Union* »²³¹⁵. Il s'agit en substance de renforcer la protection « *des personnes qui signalent des informations sur des menaces ou des préjudices pour l'intérêt public* »²³¹⁶. Si le lanceur d'alerte a fait l'objet de protections au niveau national²³¹⁷, la nécessité d'un cadre juridique à l'échelle de l'Union européenne s'est imposée au regard des différentes affaires – que l'on songe aux révélations d'Edward Snowden ou de Wikileaks, de celles dans le cadre du « Dieselgate » ou au scandale des « Panama Papers » – et qui ont pour point commun d'avoir mis en lumière des violations de règles ou d'atteintes à l'intérêt général dans différents États.

950. Les procédures de signalement. La directive reprend les trois niveaux d'alerte connus des régimes existants à savoir un signalement interne, externe et public. Néanmoins, contrairement à ceux-là, l'article 10 de la directive n'impose pas au lanceur d'alerte de signaler en priorité dans le cadre du canal interne. Dès lors, la personne peut directement adresser son signalement aux « autorités compétentes »²³¹⁸, désignées par les États membres. Celles-ci peuvent correspondre à des organismes de réglementation ou de surveillance compétents dans les domaines spécifiques concernés, des autorités judiciaires ou dotées de compétences plus générales à un niveau central au sein d'un État membre, ou encore à des services répressifs et

²³¹⁴ Dir. (UE) 2019/1937 du 23 oct. 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JO n° L305 du 26 nov. 2019.

²³¹⁵ *Ibid.* art. 1. Sur cette directive et l'origine de son adoption, v. not. : L. ROBERT, « Vers un statut harmonisé du lanceur d'alerte », préc.

²³¹⁶ Cf le considérant 31 de la directive 2019/1937.

²³¹⁷ Cf. l'annexe 6 de la directive et plus particulièrement en France la loi Sapin II.

²³¹⁸ Art. 5 §5 de la directive 2019/1937.

des organismes de lutte contre la corruption ou des médiateurs²³¹⁹. Aussi, l'article 11 de la directive détaille les obligations des États membres vis-à-vis des modalités du signalement par le canal externe. Au-delà du fait qu'ils doivent prévoir des canaux de signalement indépendants et autonomes, les États doivent s'assurer que les autorités compétentes accusent réception des signalements dans un délai maximum de sept jours ; garantissent un suivi diligent ; fournissent un retour d'informations à l'auteur du signalement et lui communiquent le résultat final des enquêtes²³²⁰. Il est en revanche laissé le même pouvoir discrétionnaire que celui de la Commission en matière de concurrence. Les autorités ont en effet le pouvoir de décider de l'opportunité du suivi de la procédure à condition que les autorités compétentes en notifient à l'auteur les motifs²³²¹. Elles peuvent clore les procédures à n'importe quel moment ou ne traiter, en cas d'afflux de signalements, que les signalements de violations graves²³²².

951. Atouts du statut harmonisé du lanceur d'alerte. Dans le cadre de notre démonstration, le statut juridique harmonisé du lanceur d'alerte présente des avantages indéniables.

En premier lieu, son champ d'application est large. D'abord, les violations sont entendues au sens large comme les actes ou omissions « *qui sont illicites et ont trait aux actes de l'Union et aux domaines relevant du champ d'application* » de la directive, ou « *qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des règles prévues dans ces actes de l'Union et ces domaines* »²³²³. En ce sens, le législateur européen n'impose pas que les faits qui font l'objet du signalement soient illicites. Cette largesse dans l'appréhension des infractions est apparue souhaitable, notamment dans le domaine fiscal, étant donné que « *la protection de l'intérêt général ne s'épuise pas dans le respect des règles de droit* »²³²⁴. Aussi, malgré les difficultés liées aux compétences de l'Union²³²⁵, la directive présente un champ d'application matériel relativement large. Sont notamment visés les domaines de la lutte contre la fraude et la corruption, la lutte contre l'évasion fiscale, la protection des consommateurs, de la santé publique et de l'environnement ; celui des données personnelles ou encore des violations en matière de concurrence et d'aides d'État²³²⁶.

²³¹⁹ Cf. considérant 64 de la directive 2019/1937.

²³²⁰ Art. 11 §2.

²³²¹ Art. 11 §3.

²³²² Art. 11, §4 et 5.

²³²³ Art. 5 de la directive 2019/1937.

²³²⁴ L. ROBERT, « Vers un statut harmonisé du lanceur d'alerte », préc.

²³²⁵ Cf. *supra* §886 et s.

²³²⁶ Pour une présentation exhaustive des domaines visés : cf. art. 2 de la directive 2019/1937.

952. En second lieu, et surtout, le statut ne repose pas sur l'exigence d'un intérêt personnel. Plus précisément, si l'on peut présumer que le lanceur d'alerte n'agit pas pour des raisons individuelles, le législateur n'a pas non plus exigé de lui la preuve de son ambition de signaler une pratique dans l'intérêt général. Contrairement aux encadrements qui l'ont précédée²³²⁷, la directive n'a pas exigé la bonne foi, se montrant ainsi indifférente aux motivations intrinsèques du lanceur d'alerte. Reflet de la démarche pragmatique retenue par les institutions européennes, cette indifférence marque la priorité accordée au renforcement de l'effectivité du droit de l'Union.

Actualité en droit américain. Dans le champ de l'étude, précisons ici que c'est également cette voie qu'a récemment décidé de renforcer le législateur américain. Le *Criminal Antitrust Retaliation Act* (CAARA), proposé en novembre 2017 et adopté le 23 décembre 2020, a en effet eu vocation à consacrer le statut de lanceur d'alerte en matière *antitrust*. L'objectif recherché est le suivant : réduire le coût de la détection pour les acteurs publics²³²⁸. Il en découle que tout employé, contractant, sous-traitant ou agent qui dénonce une infraction aux règles *antitrust* doit pouvoir la signaler sans risquer des poursuites de la part de son employeur. Contrairement aux actions *qui tam*²³²⁹, aucune récompense financière n'est, à notre connaissance, prévue.

953. Les limites des garanties accordées par le statut. De la confrontation des deux statuts (plaignant v/ lanceur d'alerte) ressort le constat que les lacunes de l'un sont les forces de l'autre et vice versa. Contrairement au statut de plaignant en droit de la concurrence, celui de lanceur d'alerte a le mérite d'une part, d'adapter une approche générale (en ne s'appliquant pas qu'un seul domaine) et, d'autre part, de dépasser la logique subjective (en n'exigeant pas la preuve d'un intérêt subjectif). Cela étant, le statut de lanceur d'alerte n'est pas pour autant à même de correspondre pleinement au modèle proposé de collaborateur privé. À la différence du plaignant, le lanceur d'alerte n'est finalement pas associé à la procédure. Les garanties procédurales se révèlent en effet assez faibles : au mieux l'obligation des autorités compétentes

²³²⁷ Au sein des droits nationaux des États membres, 21 exigent que le lanceur d'alerte soit de bonne foi. Plus spécifiquement en droit français, l'article 6 de la loi Sapin II exige que le lanceur d'alerte agisse « *de manière désintéressée et de bonne foi* ». De manière générale : V. l'annexe 6 de la Proposition de directive. Il en va de même au niveau de la protection à l'échelon du Conseil de l'Europe. La CEDH a, elle aussi, exigé la bonne foi (CEDH, 27 févr. 2018, *Guja c. Moldavie*, req. n° 1085/10 ; CEDH, 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*, req. n° 79972/12)

²³²⁸ V. sur ce point les avis de la présentation des un an du Statute par la Division *Antitrust*. <https://www.justice.gov/opa/pr/antitrust-division-observes-national-whistleblower-appreciation-day-0>

²³²⁹ Cf. *supra* §932.

se résume à *informer* l'auteur du signalement des avancées de la procédure²³³⁰. Pour autant, celui-ci ne peut demander des auditions ou formuler des observations aux différents stades du traitement du cas. Son rôle paraît en cela plus limité puisque sa collaboration se réduit au signalement sans qu'il ne puisse véritablement peser sur l'instruction de l'affaire et encore moins sur la sanction.

B) Le développement d'une collaboration hybride : illustration à la lumière du projet de règlement DSA

954. Contexte général. Les évolutions en matière de numérique ont amené au constat d'une nécessité de régulation compte tenu des nouveaux risques et enjeux que suscitent ces services en ligne. C'est dans ce contexte que, le 15 décembre 2020, la Commission a présenté deux propositions de règlement visant à réguler le marché du numérique : le *Digital Market Act* (ci-après DMA) et le *Digital Service Act* (ci-après DSA). Le premier a vocation à proposer un cadre harmonisé de règles pesant sur certains géants du secteur du numérique. Le second propose un cadre harmonisé de règles pour les services en ligne dans l'objectif principal d'assurer la transparence du service des plateformes et de modérer les contenus illicites²³³¹. L'effectivité des mécanismes de régulation mise en place suppose l'élaboration d'un système d'*enforcement*. Le DMA comptant, à ce stade, principalement sur un mécanisme de *public enforcement*²³³², on se limitera, dans le cadre de notre problématique, aux enseignements du projet DSA.

955. L'originalité du système d'application du DSA tient déjà au fait que la plateforme en ligne, principale visée par le règlement, n'est pas directement celle à l'origine de la potentielle infraction. L'article 3 de la proposition rappelle en effet que le fournisseur n'est pas responsable du contenu illicite, mais se voit attribuer un rôle central pour l'appréhension de ce dernier. Il se place ainsi comme véritable intermédiaire entre les personnes privées – utilisateurs et bénéficiaires – et les autorités publiques. S'agissant du *public enforcement*, la proposition prévoit classiquement que les États désignent des autorités compétentes qui auront la charge d'appliquer le règlement et de s'assurer du respect, par les plateformes, de leurs obligations.

²³³⁰ Cf. *supra*, art. 11 de la directive 2019/1937.

²³³¹ Ceux-ci sont définis largement comme « toute information qui en soi ou de par sa référence à une activité (...), n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre, quel qu'en soit l'objet précis ou la nature précise » (cf. Art 2, g).

²³³² Sur ce point : M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER, G. WAGNER, « Taming the giants : The DMA/DSA package », *CML.Rev.*, 2021, vol. 58, pp. 987-1028, spéc., pp. 1018 et s.

Désignées comme les « coordinateurs pour les services du numérique », ces autorités pourront adresser au fournisseur de services intermédiaires des injonctions d’agir contre un contenu illicite (art. 8) ou demander de leur fournir des informations concernant un bénéficiaire du service (art. 9). Mais à côté de ce *public enforcement*, la Commission prévoit également, dans sa proposition, l’assistance des personnes privées. Il est apparu évident que les autorités publiques ne pourraient assurer seules la surveillance.

956. La procédure envisagée devant le « signaleur de confiance ». Pour assurer la détection de contenus illicites en ligne, les plateformes se voient dans l’obligation de mettre en place un double mécanisme de « notification » de contenus potentiellement problématiques et « d’action » consistant pour le fournisseur à retirer ledit contenu ou rendre son accès impossible. Dès lors, « tout individu ou toute entité » est habilité à signaler les contenus présumés illicites par le biais d’une notification²³³³. Le signalement de la « partie notifiante » devra être traité par un « signaleur de confiance »²³³⁴ qui assurera un traitement le plus rapide et efficace possible. Ce statut ne doit pouvoir être accordé qu’à des entités qui démontrent une expertise et une compétence particulières dans la lutte contre les contenus illicites, qu’elles représentent des intérêts collectifs et qu’elles effectuent leur tâche de manière diligente et objective²³³⁵. Une fois le signalement effectué, la plateforme a la charge de mettre en place un système interne de traitement des réclamations permettant au bénéficiaire du service de contester la décision qui a conduit au retrait de l’information, à la suspension ou résiliation du compte du bénéficiaire. Si le règlement extrajudiciaire est d’abord privilégié, rien n’empêche la personne visée par la décision de contester celle-ci devant une juridiction²³³⁶.

957. Appréciation du projet d’enforcement du DSA. Le modèle hybride d’enforcement comptant sur la vigilance des utilisateurs et des plateformes est le reflet de l’insuffisance établie des autorités publiques pour détecter l’ensemble des contenus illicites sur Internet. Cela étant, à ce stade du processus législatif, le mécanisme d’enforcement envisagé présente des lacunes manifestes qu’il convient de mentionner. À l’image du constat relatif au lanceur d’alerte, le rôle du particulier se trouve limité à un simple « signalement ». Pour le moment, il est simplement prévu que la partie notifiante doit pouvoir bénéficier d’un accusé de réception de la notification

²³³³ Art 14.

²³³⁴ Art 19.

²³³⁵ Consid. 46 et art. 19

²³³⁶ Art. de la proposition DSA.

et des suites que le fournisseur a décidé de donner à celle-ci²³³⁷. La personne qui notifie est en revanche exclue des mécanismes des articles 17 et 18 de la proposition, respectivement relatifs au système interne de traitement des réclamations et au règlement extrajudiciaire des litiges. Dès lors, seules les personnes visées par la décision se voient offrir une possibilité de réclamations des décisions adoptées par les plateformes. Autrement dit, tout se règle entre la plateforme et l'infracteur désigné, sans droit de regard de la partie notifiante, exclue des suites de la procédure. Pourtant, au-delà des atteintes individuelles, les contenus illicites sont susceptibles de porter des atteintes graves et systémiques sur la société et la démocratie par une manipulation de l'opinion publique²³³⁸ qui sont susceptibles d'intéresser le citoyen, celui-ci devant ainsi pouvoir être au courant du traitement de l'affaire. Aussi, le mécanisme envisagé gagnerait à prévoir des précisions quant au rôle des particuliers dans le contrôle du respect des obligations des plateformes. L'article 43 prévoit qu'un mécanisme de plaintes doit être mis en place afin que les particuliers ou organisations représentatives puissent signaler, à l'autorité publique – en l'occurrence le « coordinateur pour les services du numérique » – des préoccupations que suscite un fournisseur de services intermédiaire. Mais la disposition seule est peu éclairante quant aux conséquences de la plainte²³³⁹.

958. Ouverture : les enjeux d'un renforcement processuel du statut de collaborateur. Dans une perspective plus générale, le projet de régulation du numérique est l'expression du passage au droit de la « régulation » voire, plus précisément, au droit de la *compliance*²³⁴⁰ et ce, dans de nombreux domaines (données personnelles, environnement, droits humains etc). En substance, il s'agit de faire participer les entreprises à la poursuite de finalités d'intérêt général. Celles-ci sont invitées ou tenues de définir leurs obligations et les contours de celles-ci dans le cadre de chartes, codes de conduites ou déclarations de responsabilité sociale et environnementale (RSE)²³⁴¹. L'émergence de cette forme de concurrence au droit classique n'est pas nouvelle et a connu des évolutions. Afin de s'assurer que les entreprises respectent les normes ou objectifs

²³³⁷ Art. 14 §4 et 5.

²³³⁸ Consid. 68.

²³³⁹ Le considérant 82 se contentant de souligner que les tiers « devraient avoir la possibilité d'être entendus ».

²³⁴⁰ Parmi une littérature abondante, v. not. les travaux de M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017 ; *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019 ; *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2020. V. également : P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires : codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in Le TOURNEAU (Mél.), Dalloz, 2008, p. 337 ; A. GAUDEMET (dir.), *La compliance : Un monde nouveau ?*, Éditions Panthéon-Assas, 2016 ; N. BORG, J.-C. MARIN, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2018. Dans la proposition de règlement, on retrouve tout le vocabulaire caractéristique : « autorégulation » ; « code de conduite », « devoir de vigilance ».

²³⁴¹ Sur les différences et rapprochement entre compliance et RSE, v. not. : *Code de la compliance*, préc.

qu'elles se sont – volontairement ou non – fixées, la tendance a été au « durcissement » de ce droit mou, en leur imposant des minimas ou des procédures auxquels elles doivent se conformer. Cette première évolution, connu sous la méthode de la procéduralisation du droit²³⁴², doit désormais s'accompagner d'un autre volet, contentieux ou para-contentieux, et ouvert aux particuliers²³⁴³.

959. La présente thèse a eu vocation à démontrer le rôle du particulier dans le respect du droit objectif, mais les réflexions menées pourraient ouvrir la voie à l'adoption d'un prisme plus large. Au-delà du droit écrit, de l'État, le renforcement du respect des règles, entendu largement comme toute règle imposée ou volontaire, coutumière, ou éthique devrait passer par un renforcement du rôle des particuliers²³⁴⁴. S'assurer que les entreprises respectent leurs engagements supposés mis en place dans l'intérêt commun²³⁴⁵ est essentiel pour le citoyen qui consomme auprès de celles-ci. Dès lors, lui concevoir un rôle équivalent à celui exercé par le juge ou l'autorité en charge du contrôle ne paraît pas illégitime. En revanche, la démarche pour y arriver peut varier. Pour certains, cela doit passer par la promotion de toujours plus de droits subjectifs²³⁴⁶. Dans la cadre de la présente étude, nous avons, au contraire, cherché à démontrer les limites de la thèse de l'efficacité d'une telle démarche. Bien qu'en apparence subversive en ce qu'elle contrevient aux logiques traditionnelles établies, l'idée défendue a reposé sur un constat que les lignes se brouillent entre intérêt individuel et collectif. Sans exclure le fait qu'il existe potentiellement un intérêt subjectif imbriqué derrière des intérêts collectifs, il est apparu que le premier n'est pas suffisamment mobilisateur et se révèle donc souvent insuffisant pour renforcer l'effectivité des règles. Par exemple, la collecte de données personnelles émeut peu chaque utilisateur d'internet²³⁴⁷. En revanche, le constat que les entreprises ne respectent pas

²³⁴² Sur la procéduralisation comme méthode de la compliance v. : Code de la compliance, Dalloz.

²³⁴³ M. LEMOINE-SCHONNE, « Environnement et développement durable - Le droit transnational de l'environnement et du climat : analyse des enjeux d'effectivités entre les sphères publiques et privées », Énergie - Environnement - Infrastructures n° 10, oct. 2018, dossier 35.

²³⁴⁴ Sur ce point, le rapport BALDASSARE relatif à la responsabilité sociale des entreprises invitait par exemple la Commission, en 2012, à prendre des mesures pour lutter contre le « greenwashing ». Il était en ce sens proposé de mettre en oeuvre un système de plaintes portées par des particuliers à l'encontre des entreprises afin d'entraîner une justiciabilité du non-respect des engagements RSE.

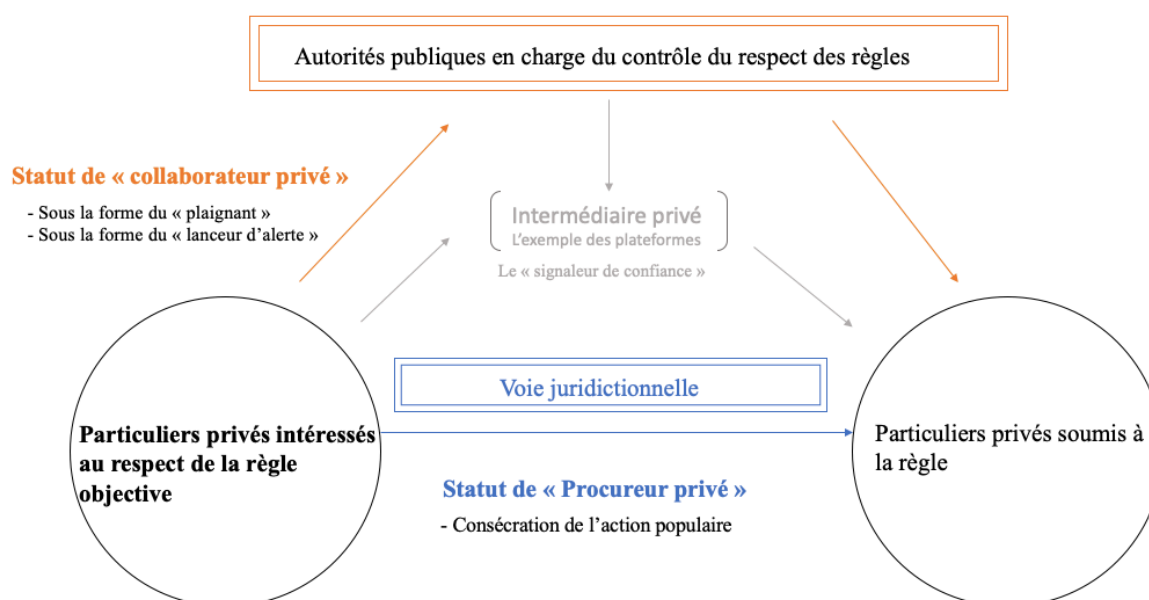
²³⁴⁵ Aujourd'hui, la jurisprudence sanctionnant le non-respect des règles éthiques est sporadique. En juillet 2019, Samsung Electronics France a été mis en examen au motif que les engagements éthiques pris par une société sont susceptibles de constituer des pratiques commerciales trompeuses dans le cadre d'une enquête sur la violation de droits de l'Homme dans les usines du groupe en Chine (v. sur ce point, Code de la compliance, préc.).

²³⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits subjectifs, outils premiers et naturels du Droit de la compliance », in M.-A. FRISON-ROCHE, (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, pp. 301-323.

²³⁴⁷ Sur ce point, une décision récente d'une juridiction allemande sera sûrement remarquée en ce qu'elle s'inscrit dans une jurisprudence encore quasi inexistante sur la réparation civile des dommages résultants des violations du

les règles de droit objectif sont susceptible de mobiliser, à une échelle plus globale, sur ce que cela nous dit sur le système de collectes de nos données personnelles par les géants du numérique. Aussi, en matière de consommation, l'intérêt subjectif du consommateur est d'accéder à un bien ou un produit à un prix bas. Néanmoins, il est aussi capable de concevoir le coût social ou environnemental d'une telle politique et doit pouvoir exiger que les autorités publiques se saisissent des atteintes dans le cadre de leur mission de régulation. La proposition défendue a ainsi reposé sur un présupposé plus politique selon lequel « *si le droit peut sauver l'humanité* »²³⁴⁸, c'est à la condition de repenser la mobilisation des requérants en dehors de la seule voie des droits subjectifs.

960. Schéma récapitulatif de la section 2.



RGPD. Le 21 décembre. 2021, le juge allemand a reconnu un préjudice de 2500 euros sur le fondement de l'article 82 du RGPD pour violation de données à caractère personnel. Cf. la veille en ligne du cabinet Vigo-Avocat.

²³⁴⁸ D. ROMAN, *La cause des droits : écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2022.

Conclusion du chapitre 2

961. Ce chapitre reposait sur l'*a priori* que les instruments disponibles en droit positif n'étaient pas à même d'offrir un cadre adapté à la restructuration proposée du concept de *private enforcement*. L'on pouvait, certes, pressentir que le bouleversement processuel qu'induit l'observation préalable – selon laquelle les enjeux soulevés par les nouvelles réalités sociales impliquent une remise en cause de la distinction classique entre intérêt individuel/intérêt général – n'était pas encore advenu. Il s'agissait toutefois d'évaluer l'état des évolutions et d'interroger, en creux, la capacité du droit de l'Union à faire émerger un véritable modèle européen de *private enforcement*.

962. En adoptant de la directive 2020/1828, le législateur européen a pris conscience des insuffisances des cadres nationaux en matière de recours collectifs. Mais pour l'heure, l'idée selon laquelle le processus de « *densification normative où le principe d'autonomie procédurale des États membres disparaît peu à peu au profit d'une harmonisation européenne maximale* »²³⁴⁹ s'éloigne manifestement de la réalité. Au contraire, la directive est le reflet des difficultés des institutions politiques et juridiques de l'Union à s'arracher du cadre traditionnel de responsabilité civile au sein des États membres. Non seulement les dispositifs reprennent les limites de ceux existant en droit national – et participent aussi de la fragmentation des régimes – mais ils sont, plus fondamentalement, loin de mettre à mal la conception purement individualiste de l'action.

963. Si la démarche de restructuration du *private enforcement* est, dans ce contexte, nécessairement prospective, ses caractères indispensables peuvent d'ores et déjà s'envisager à l'échelle de l'Union. Le premier consiste à faire sauter le verrou de l'intérêt personnel, en principe indispensable à toute action du particulier, mais véritable obstacle à la reconceptualisation du concept. Une fois ce postulat admis, sa concrétisation peut prendre deux formes. L'on pourrait, d'abord, tirer les conséquences de l'échec des évolutions actuelles en matière de recours collectif, qui reposent sur la logique individualiste, pour développer un modèle d'action populaire. L'on pourrait, ensuite, prendre appui sur le modèle européen du régime des lanceurs d'alerte pour développer un modèle d'action non juridictionnelle au service d'un renforcement de l'application du droit et de politique de l'Union. L'idée d'un signalement

²³⁴⁹ P. METAIS, E. VALETTE, « “Class actions” européennes – Débat sur la nécessité de prévoir des recours collectifs harmonisés au niveau européen », JCP G 20 avr. 2019, n° 17, doct. 471.

par les particuliers d'infractions devant des autorités administratives déconnecté de toute preuve d'intérêt est déjà amorcée.

964. Certes, la faisabilité de cette restructuration implique de dépasser les contraintes juridiques et surtout politiques à l'échelle de l'Union. Mais il apparaît clairement que le mouvement en faveur d'un accroissement du rôle des particuliers dans la détection des infractions aux règles objectives ne peut trouver un véritable écho qu'à cette échelle. Le droit de l'Union, et sa logique par nature subversive, pourrait contribuer à dépasser les logiques nationales de responsabilité civile.

CONCLUSION DU TITRE 2

965. À travers l'exemple du champ de la concurrence, notre étude a tenté de démontrer que la logique instrumentale sur laquelle repose actuellement le *private enforcement* est incapable d'atteindre les objectifs qu'elle s'est elle-même fixés, à savoir celui de réparation individuelle et celui de régulation de l'ordre concurrentiel. Cet échec est, en creux, celui de la conception utilitariste de l'intérêt général aux États-Unis selon laquelle la satisfaction de l'intérêt individuel contribue spontanément au bien-être collectif. Dans le cadre d'une perspective plus générale, il était ainsi question d'interroger la pérennité de cette conception du *private enforcement*. Le dernier titre de notre thèse s'articulait plus précisément autour de l'idée selon laquelle ce concept demeure pertinent à l'heure actuelle, à condition toutefois d'en réviser les fondements et les instruments.

966. À l'échelle de l'Union, l'intérêt de surpasser la conception américaine du concept s'impose compte tenu de l'échec des institutions à faire véritablement émerger un « modèle européen du *private enforcement* » : la crainte du modèle américain, globalement jugé incompatible avec la « culture juridique européenne », a constitué un blocage de principe à toute innovation juridique. Comme le remarquait justement un auteur américain dès les premières réflexions en matière *antitrust*, les réformes dans l'Union ont consisté simplement en un processus de « copie et d'effacement simultanés » alors même que « la clé pour éviter les pièges du système américain est de partir d'un ensemble différent de prémisses sur ce qu'est le *private enforcement* et pourquoi il devrait exister »²³⁵⁰.

967. Aussi, identifier les pistes d'un renouvellement du concept de *private enforcement* nous est apparu indispensable à ce stade de l'étude.

968. Ce renouvellement pourrait prendre appui sur un mouvement de fond, autorisant à promouvoir un usage renouvelé du droit par les particuliers. Dans le champ de l'étude, comme dans une perspective plus générale, des évolutions témoignent d'une remise en cause du postulat selon lequel le particulier ne peut poursuivre que son intérêt personnel. Plus particulièrement d'un point de vue procédural, son intérêt à agir ne se réduit pas nécessairement à un intérêt individuel ou privé, entendu exclusivement comme celui d'obtenir réparation suite

²³⁵⁰ D. A. CRANE, « Optimizing private antitrust enforcement », *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, pp. 675-723, spéc., p. 722 (« the process of implementing a private (antitrust) system often resembles a simultaneous copying and erasing exercise (...) The key to avoiding the pitfalls of the U.S. system is to start with a different set of premises about what private enforcement is and why it should exist »).

à un prix élevé dans le cadre du champ de la consommation. Contrairement à la conception martelée par la *doxa* dominante au sein de la science économique, le particulier est capable de concevoir le collectif, et peut ainsi se révéler à même de défendre les intérêts généraux protégés par les règles objectives, en complément de l'action de la puissance publique.

969. Cela étant dit, le contraste entre la remise en cause des soubassements théoriques du *private enforcement* et les instruments disponibles en droit positif est frappant. Bien que l'observation de celui-ci reflète quelques évolutions, la promotion d'une action des particuliers déconnectée de tout intérêt personnel ne trouve pas, à l'heure actuelle, sa concrétisation. Compte tenu de l'attachement manifeste des droits nationaux aux logiques classiques de responsabilité civile, le renouvellement du *private enforcement* et, par-là, des règles qui lui donnent corps, ne pourrait être insufflé que par le droit de l'Union et ses propensions à subvertir les cadres de pensées.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

970. La première partie de la thèse a mis en évidence que, si les deux systèmes étudiés reconnaissent la dualité fonctionnelle du *private enforcement* – subjective et objective –, ils ne l’aménagent pas de la même manière. Une fois établi, ce constat conduit à éprouver la capacité des deux régimes à atteindre les finalités communes qu’ils se sont fixées. L’hypothèse évaluée dans cette seconde partie de l’étude était, plus précisément, que le cadre processuel sur lequel repose le concept de *private enforcement* dans chaque système n’est pas statique ; mais connaît, au contraire, des mutations profondes, susceptibles de faire évoluer non seulement l’utilisation des règles techniques, mais aussi les fondements et la raison d’être du concept. L’examen de ces mutations s’est fait en deux temps.

971. Dans un premier temps, l’étude s’est concentrée sur les évolutions observables dans le champ particulier de l’étude. Si les deux systèmes étudiés n’accordent pas la même place aux actions privées au sein du système général de mise en œuvre des règles de concurrence, il n’en demeure pas moins qu’ils se trouvent confrontés à des difficultés communes. La promotion de l’intérêt personnel des particuliers à obtenir une satisfaction individuelle peut entrer en confrontation avec d’autres intérêts. Celui défendu par les autorités publiques, d’abord, dont la mission principale est de détecter, dissuader ou sanctionner les pratiques illégales. Celui du système juridique dans son ensemble ensuite, de par les risques de *forum shopping*. Face à ces enjeux, les institutions juridiques aménagent *ex ante* ou *ex post* les règles qui régissent les actions privées. Mais face à ces aménagements, les acteurs réagissent. L’on comprend, dès lors, que le *private enforcement* s’inscrit dans un contexte évolutif, dépendant des interprétations et des usages à la fois des autorités publiques et des sujets de droit. Les deux peuvent mobiliser les règles dans un sens attendu, c’est-à-dire conforme aux finalités poursuivies, mais, aussi, dans le but de les contourner voire de les détourner.

972. Aux États-Unis, le tournant idéologique des années 1980 a conduit à percevoir la multiplication des actions privées comme un risque pour l’ordre concurrentiel. Dans cette perspective, la Cour suprême a ainsi neutralisé les effets des instruments procéduraux censés faciliter les actions dans le but de restreindre l’accès au prétoire et ainsi assurer un niveau de régulation qu’elle a estimé suffisant. Dans l’Union, les craintes se sont exprimées, en amont, dès le stade de l’élaboration des règles relatives aux actions privées. C’est alors la faiblesse des

instruments qui conduit les particuliers à contourner les règles au gré de leurs intérêts et en suivant leurs propres stratégies.

973. Un constat paradoxal a ainsi vu le jour : aux États-Unis comme dans l'Union, les mutations consistent *de facto* à promouvoir, volontairement (aux États-Unis) ou par dépit (dans l'Union), un évitement de la voie judiciaire au profit de la résolution extrajudiciaire des différends.

974. L'on pourrait concéder qu'un tel phénomène – en soi peu surprenant si le *private enforcement* est compris comme une lutte de droits privés – constitue une voie intéressante, dans la mesure où elle permet d'éviter *a priori* la longueur de la procédure ou les coûts du procès. En ce sens, il constituerait une méthode efficace de résolution des litiges *antitrust* permettant d'assurer la réparation des victimes, mais aussi le caractère dissuasif des règles de concurrence. Pourtant, l'on peut difficilement conclure que les modes de résolution extrajudiciaire peuvent correspondre à un modèle abouti de *private enforcement*. Au contraire, l'étude s'est attachée à démontrer, dès la première partie, que le concept ne correspond pas à une lutte entre purs droits et intérêts privés. Cet évitement du juge comporte des effets délétères tant pour la réparation des victimes (pas certaines d'obtenir une satisfaction équivalente à son préjudice) que pour la mise en œuvre effective des règles de concurrence. Aussi, il traduit l'absence de contrôle institutionnel sur la mise en œuvre des règles de concurrence pourtant porteuses d'intérêts publics.

975. Plus fondamentalement, l'on aboutit à un résultat paradoxal. Tandis que la démarche originelle consiste à promouvoir l'intérêt personnel du particulier à obtenir une satisfaction individuelle afin de satisfaire l'intérêt général en assurant un niveau élevé de détection, de cessation et de sanction des pratiques illégales, c'est finalement au nom dudit intérêt général qu'il convient de restreindre ou d'encadrer l'intérêt personnel. L'on comprend, dans ce contexte, que le modèle de *private enforcement* des règles de concurrence s'opère *in fine* au détriment des deux fonctions, subjective et objective. Au fond, ces manifestations expriment les limites de la logique instrumentale sur laquelle repose le *private enforcement*, elle-même reflet de l'approche utilitariste, consistant à ne percevoir l'intérêt général que comme la somme d'intérêts particuliers.

976. C'est ainsi, dans un second temps, qu'il nous est apparu essentiel de tenter de proposer des pistes de renouvellement. Celles-ci se fondent, cette fois, sur l'observation de mutations plus générales du rapport entre les individus et le Droit et des notions d'intérêt personnel/intérêt général. Un changement de paradigme est apparu indispensable. Il a ainsi été question de

remettre en cause la démarche instrumentale, afin de penser le *private enforcement* dans le cadre d'une logique plus spontanée et collective. La thèse défendue consistait à prétendre que le particulier peut participer au contrôle du respect des règles, sans qu'il soit nécessaire de passer par le truchement de l'intérêt personnel. Si l'ambition paraît considérable, nous n'avons pas été complètement démunis.

977. D'abord, cette thèse s'appuie sur mouvement doctrinal bien engagé. D'une part, dans le champ de l'étude, l'approche restrictive de l'intérêt du particulier, perçu comme un intérêt individuel/privé, économique, évaluable en argent, montre ses limites et tend ainsi à perdre du terrain. D'autre part, dans une perspective plus générale, les enjeux contemporains liés au pouvoir des grandes entreprises du numérique, à la protection des données, au changement climatique, etc. brouillent plus fondamentalement la ligne entre intérêt individuel et intérêt général. L'étude a montré que ces réflexions trouvent un écho, encore mesuré, mais croissant, en droit positif.

978. Ensuite, cette thèse s'appuie aussi sur un constat empirique : alors qu'ils reposent précisément sur un intérêt personnel à défendre, les instruments procéduraux récemment consacrés (notamment en matière de recours collectifs) dévoilent un bilan mitigé. Leur ineffectivité constitue la preuve que le recours à l'intérêt personnel est insuffisant et doit être dépassé. Force est, à notre sens, d'admettre qu'il n'y a précisément pas d'intérêt personnel à agir pour un faible préjudice et ce, peu importe les instruments, mais d'autant plus lorsque les instruments ne sont pas assez incitatifs. Si le préjudice est indolore à l'échelle individuelle du particulier, celui-ci le *ressent*, en revanche, une fois appréhendé à l'échelle collective. À titre d'illustration, la collecte des données personnelles paraît certes regrettable à l'échelon individuel, mais devient largement problématique une fois appréhendée de manière globale. L'intérêt à se mobiliser se situe alors ici : dans la prise de conscience de ce que cela nous dit d'un point de vue systémique (collecte d'informations personnelles par des entreprises privées).

979. Si le potentiel que revêt le renouvellement du *private enforcement* déconnecté de la preuve d'un intérêt personnel est prometteur, il faut toutefois rappeler que sa concrétisation à l'échelle de l'Union est loin d'être évidente. Les conceptions procédurales des États, appartenant majoritairement à la tradition civiliste, bloquent le processus de dépassement de la logique individualiste de l'action. Sur ce point, les orientations récemment prises par la directive 2020/1828 en matière de recours collectif des consommateurs en constituent une illustration.

980. Pourtant, compte tenu de l'importance que revêt le particulier dans la mise en œuvre du droit à l'échelle de l'Union, l'Union gagnerait à s'émanciper complètement de l'étroite dépendance qu'elle entretient à l'égard des traditions juridiques nationales (et des logiques de responsabilité civile), et cherche à définir un modèle européen de *private enforcement*. Il s'agit, au fond, de régénérer les rapports entre intérêt particulier et intérêt général au sein du droit de l'Union, afin de repenser la voie de leur conciliation et de mettre, par-là, l'action du particulier au service d'un renforcement de l'effectivité des règles. Ce processus incarnerait un renouvellement profond quant aux relations qu'entretiennent les particuliers avec le processus d'intégration.

CONCLUSION GÉNÉRALE

981. La problématique du rôle du particulier dans la mise en œuvre du Droit dans l'Union européenne imposait un rapprochement avec le concept américain de *private enforcement*.

982. Force est néanmoins de reconnaître qu'un tel rapprochement n'était pas évident au regard des divergences profondes que ce concept révèle entre les deux traditions juridiques dont les systèmes étudiés sont issus. Trouvant sa source dans la tradition de *common law*, le *private enforcement* repose sur la conception selon laquelle la juxtaposition des intérêts subjectifs s'agrège spontanément au service de la régulation de l'ordre social. C'est sans doute un doux euphémisme de souligner que le modèle individualiste du procès de la tradition civiliste est rétif à cette perception libérale et éprouve, en ce sens, les plus grandes réticences idéologiques à la reconnaissance de cet ordre spontané. Sur le plan juridique, la dichotomie intérêt privé/intérêt public sépare ainsi nettement le rôle des acteurs : le particulier poursuit son intérêt personnel quand les autorités publiques assurent la régulation de l'ordre social dans l'intérêt général.

983. Traduction parfaite de cette opposition idéologique, la greffe d'un modèle hybride à l'instar du *private enforcement* ne peut qu'imparfaitement se loger dans le symbiote civiliste dont les États membres de l'UE sont porteurs. L'on comprend, dès lors, qu'il y a une opposition innée à l'hypothèse d'une mise en œuvre du droit objectif.

984. Cela étant dit, le droit de la concurrence perturbe cette première présentation des choses. Illustration sectorielle d'un phénomène plus global, le champ de l'étude est le reflet d'un dépassement de cette appréhension initiale dans le cadre des traditions juridiques. Aux États-Unis, le droit d'action accordé en réparation du dommage concurrentiel ne trouve pas sa source dans la *common law*, mais dans une loi fédérale, au sein de laquelle le législateur a expressément prévu des modalités de mise en œuvre spécifique dans le but d'inciter les victimes à agir pour dénoncer les pratiques illicites. Dans l'Union et ses États membres, le champ de l'étude met à l'épreuve cette résistance à l'objectivation de l'action privée, étant admis que le développement des actions privées participerait au renforcement de l'effectivité des règles de concurrence.

985. Mais c'est sans doute leur confrontation à des modèles supra-étatiques qui en exacerbe les perspectives de dépassement. Le modèle institutionnellement fédéral des États-Unis ou celui

qui, intellectuellement au moins, se destine à l'être dans l'UE, superpose à la contrainte du respect des règles de concurrence celle, plus profonde, de préserver l'intégrité de l'ordre juridique qui leur sert de support. Dès lors, la primauté du droit de l'UE autant que la suprématie des règles fédérales américaines expliquent que le respect des règles de concurrence, une fois tombées dans leur orbite, participe à la crédibilité du système juridique dans son ensemble. De la sorte, l'action privée s'inscrit dans un processus, dont l'envergure excède le champ concurrentiel sur lequel elle porte, pour contribuer, de manière plus générale, à l'impératif existentiel de l'ordre juridique dans son entier. C'est en ce sens que l'on peut concevoir le rôle du « Procureur privé » adossé à la figure du particulier en droit américain, ou celui de « vigie » du droit de l'UE dont la Cour de justice a investi le particulier par la voie de l'effet direct.

986. En dépit de l'affinité profonde qui unit ces constructions intellectuelles de part et d'autre de l'Atlantique, leur degré d'aboutissement reste indexé par la différence de maturité entre l'ordre juridique américain et celui de l'Union. Aux États-Unis, le modèle du « Procureur privé » a été éprouvé dans de nombreux domaines qui relèvent de la compétence fédérale. L'expérience a permis de lui donner une consistante théorie et normative : pour la doctrine comme pour le juge, il est apparu évident qu'en attribuant un droit d'action – qui permet aux particuliers de revendiquer leurs droits à l'encontre des autres particuliers – le législateur fait le choix de déléguer une partie de la mise en œuvre des règles. Le *private enforcement* exprime ainsi une « privatisation » du contrôle du respect des règles. Contrairement à la conception répandue, celle-ci est toutefois loin de signifier une absence de la puissance publique. Compter sur les particuliers pour mettre en œuvre le droit est le reflet d'une stratégie du législateur fédéral pour assurer l'effectivité des règles qu'il édicte et non, véritablement, d'une tendance naturelle des individus américains, réputés contestataires. L'étude a cherché à nuancer, sinon à rejeter, cette tendance à l'essentialisation du *private enforcement*, rendant par-là pertinente la question de sa transposition à l'échelle de l'Union.

987. Dans l'Union, la figure de « vigie » est elle aussi bien connue des juristes européenistes. Il est établi que l'effet direct vise à contraindre les États membres à respecter leurs obligations grâce à la « *vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits* ». Par la poursuite de leurs intérêts propres, ils sont transformés en agent au service de l'intégration. En revanche, sa transposition aux rapports horizontaux n'est pas aussi aboutie qu'aux États-Unis. « [R]ésultat de l'imperfection, de l'institutionnalisation incomplète du droit de l'Union »²³⁵¹,

²³⁵¹L. AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », préc., p. 843.

les droits individuels que le droit de l'Union engendre dans le cadre des rapports horizontaux sont placés sous la vigilance des autorités nationales qui ont la charge d'en assurer le respect. Néanmoins, il nous est apparu évident qu'il n'y a pas de raison de limiter la portée normative aux litiges verticaux. L'effet direct des règles du traité qui s'appliquent entre particuliers témoigne de la même logique : au lieu de contraindre les États, il s'agit de contraindre les autres particuliers à respecter leurs obligations.

988. Malgré une légère différence de degré, il est apparu à ce stade que les deux modèles, de « Procureur privé » et de « vigie », postulent une harmonie au plan théorique entre intérêt subjectif et objectif. Finalement, dans les deux ordres étudiés, le premier est censé servir spontanément le deuxième.

989. Si l'on comprend alors que la contribution de la mise en œuvre du droit s'organise ainsi autour de la dialectique, protection individuelle et instrumentalisation, encore fallait-il examiner comme cela se matérialise concrètement au sein des droits positifs.

990. Le droit américain a permis de démontrer que le concept de *private enforcement* repose nécessairement sur un processus d'objectivation visant à transformer l'action privée en instrument de régulation par la détection et la répression des pratiques illicites. Aux États-Unis, ce processus rejaillit visiblement sur les règles procédurales relatives à l'action privée. Les règles fédérales de procédure civile, auxquelles s'ajoutent celles, plus spécifiques à la matière *antitrust*, témoignent manifestement d'un dépassement de la seule logique réparatrice. Au contraire, au sein de l'UE, l'aboutissement de ce processus d'objectivation se heurte avec obstination aux conceptions nationales peu propices à extraire l'action privée du champ de la subjectivité dans laquelle elle semble irrémédiablement circonscrite. Il a suffi, pour s'en convaincre, de mesurer les timides incises que le droit dérivé européen, pourtant destiné à renforcer l'efficacité de l'action privée en matière concurrentielle, a apportée au quasi-monopole du *public enforcement* dans la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, témoin visible d'une défiance marquée vis-à-vis du *private enforcement* en la matière.

991. D'un point de vue des règles de fond, les figures de « Procureur privé » ou de « vigie » s'organisent, dans les deux systèmes étudiés, autour d'une logique subjective : la preuve d'un intérêt personnel est nécessaire pour intenter une action. Pour autant, il faut, sur ce point, souligner la significative contribution qu'ont apportée la Cour Suprême et la Cour de justice au travers de l'interprétation des règles substantielles qui entourent l'action privée, et dont le

résultat est de mettre celle-ci au service de l'effectivité du droit. Ce processus consiste, en substance, à déceler des mécanismes interprétatifs de nature à décroisonner la portée subjective de l'action privée. Les juridictions empruntent, sur ce point, des voies diverses. Au besoin de l'accès au prétoire, la Cour suprême nuance l'importance du préjudice personnel du requérant, pour lui préférer la figure – prétorienne – du *proper plaintiff* : qu'on le dise sans ambages, c'est ici la capacité d'un requérant à assurer la mise en œuvre effective des règles *antitrust* qui déterminera la recevabilité de son action. Pour la Cour de justice de l'Union, l'interprétation des conditions de l'action doit s'opérer en tenant pleinement compte de la corrélation entre, d'une part, l'effet utile des règles de concurrence et, d'autre part, le droit à réparation de ceux qui en subissent le non-respect.

992. L'étude des aménagements des régimes de *private enforcement* aux États-Unis et dans l'Union n'avait pas pour seule ambition de dresser les points de convergence ou de divergence entre les systèmes étudiés. Au fond, il était question d'esquisser les difficultés de l'alliance supposée entre l'intérêt subjectif et l'intérêt objectif. Car, l'étude a révélé que le cadre juridique américain tend progressivement à favoriser l'intérêt objectif, en refusant l'intérêt à agir de ceux dont l'action serait finalement perçue comme perturbatrice pour l'ordre concurrentiel. Pour sa part, le droit de l'UE, en dépit des interprétations de la Cour de justice, est resté figé sur la dimension subjective de l'action étant donné que les instruments se révèlent incapables de servir véritablement l'intérêt objectif. Les aménagements sont en ce sens révélateurs et annonciateurs des problèmes que posent les modèles théoriques à travers ce décalage entre le primat de l'un sur l'autre. En somme, les régimes juridiques malmènent l'harmonie théorique en faisant prévaloir l'un sur l'autre.

993. Ce premier résultat a trouvé écho dans l'examen de la mise en œuvre pratique du concept. Le second temps de la thèse a en effet eu vocation à démontrer que le cadre processuel sur lequel repose le concept de *private enforcement* dans chaque système n'est pas statique. Pour le dire autrement, si le *private enforcement* ne se prête que difficilement à une identification procédurale figée, il se conçoit plus aisément en regard de son identité fonctionnelle, à savoir qu'il est un instrument visant à mettre l'action privée au service de la satisfaction individuelle et de l'effectivité du droit objectif. Or, bien qu'identifiée, la poursuite d'une telle dualité fonctionnelle ne s'opère pas sans contraintes. En tant qu'il conduit à placer l'action privée dans un champ traditionnellement réservé à l'action publique, le *private enforcement* oblige à repenser les rapports entre ces deux domaines d'action, sous l'angle de leur concurrence et/ou complémentarité.

994. Concurrence, d'abord, dans la mesure où l'action publique et l'action privée partagent, certes, une finalité ici comparable – l'effectivité du droit objectif – mais en suivant un itinéraire divergent : car c'est seulement à travers la satisfaction de l'intérêt individuel que l'action privée se donne à contribuer à l'intérêt général. Aussi, le risque ne saurait être négligé de ne percevoir l'intérêt public qu'en subsumption de l'intérêt privé, et de soumettre, partant, la défense d'enjeux collectifs aux aléas conjoncturels propres aux stratégies contentieuses des particuliers, et notamment celles de *forum shopping*. Aux États-Unis, les institutions juridiques et notamment la Cour suprême ont progressivement perçu les actions privées comme un risque pour l'ordre concurrentiel en ce qu'elles étaient susceptibles de remettre en cause, systématiquement et facilement, les comportements d'entreprises. Cette approche de l'intérêt objectif a ainsi conduit à une restriction de l'accès au prétoire des particuliers en neutralisant l'effectivité des instruments procéduraux.

995. Complémentarité, ensuite, dans la mesure où, idéalement, l'objectif d'effectivité des règles incite à penser les actions publiques et privées en reflet de leur insuffisance respective. C'est à cette conception supplétive de l'action privée que semble adhérer l'évolution des règles européennes en la matière. Cherchant à surmonter l'insuffisance du *public enforcement* à garantir l'effectivité des règles de concurrence, le législateur européen a diversement harmonisé les règles procédurales et substantielles destinées à favoriser les actions privées. Mais, la crainte que ces dernières ne menacent les actions publiques a conduit le législateur européen à affaiblir, sinon à neutraliser, l'impact des évolutions pour le développement du *private enforcement*. Les insuffisances et la complexification du système normatif sont ainsi de nature à dissuader la mobilisation des voies juridictionnelles par les particuliers.

996. En somme, et alors même que les causes et les manifestations sont variables et propres à chaque système, l'étude a mis en évidence un résultat identique : l'élévation progressive du *private enforcement* comme instrument de l'effectivité du droit objectif a conduit à dissuader – par le haut (le droit américain ayant restreint les facilités d'accès au prétoire) ou par le bas (faiblesse et complexification excessive des règles procédurales dans l'Union incitant les justiciables à s'en détourner) – le particulier de s'en saisir à cet effet. C'est alors en dehors du cadre juridictionnel que l'action privée cherche à s'épanouir en marge des contraintes procédurales que lui apposent les systèmes juridiques observés.

997. Un tel constat est à la fois inquiétant et regrettable. Inquiétant en ce qu'il postule une représentation de l'intérêt public en dehors des systèmes institutionnels propres à en assurer le

respect. Dès lors, l'encadrement du *private enforcement* en vient à une accapARATION de l'intérêt public par la justice privée ; en dévoyant par-là l'essence même du concept. Regrettable, en ce qu'il est largement permis de douter que la voie extrajudiciaire se révèle à même d'assurer non seulement l'effectivité des règles, mais aussi la satisfaction individuelle des victimes.

998. Ainsi, l'étude a abouti à un constat paradoxal. Alors que la promotion de l'intérêt individuel se justifiait, à l'origine, par l'objectif de servir l'intérêt général – en assurant l'effectivité des interdictions consacrées par les règles de concurrence – l'approche instrumentale s'opère *in fine* au détriment des deux intérêts. Loin d'en apaiser les tensions, celle-ci renforce au contraire, les contradictions entre les deux finalités subjective et objective sur lesquelles repose le *private enforcement*. Il en résulte que le concept, tel qu'actuellement conçu et aménagé en droit américain comme en droit de l'Union, n'est pas en mesure de répondre pleinement aux attentes d'une contribution des particuliers à la réalisation du droit.

999. Sur ce point, l'approche comparative s'est révélée essentielle : en entamant cette étude, nous avons choisi d'interroger ce que pouvait apporter le concept américain de *private enforcement* à la problématique du rôle normatif des particuliers. L'expérience américaine, laquelle est le reflet d'une vision mature – car éprouvée – du *private enforcement* a permis d'en comprendre les atouts, mais aussi les limites. Contrairement à l'opinion dominante en Europe, les motifs du rejet ne sont pas les excès des mécanismes procéduraux, mais la nécessité de reconceptualiser le *private enforcement* compte tenu de son incapacité à assurer les finalités attribuées. C'est alors sur la base du constat de l'échec de la logique instrumentale que notre réflexion nous a conduits à envisager les perspectives d'un renouvellement du concept de *private enforcement*. Il a été question d'éprouver l'hypothèse selon laquelle celui-ci est intéressant à condition d'en réviser le fonctionnement, notamment en l'adaptant aux enjeux contemporains et aux nouvelles réalités sociales. Plutôt que d'opposer intérêt individuel et intérêt général – ou d'espérer encore que la poursuite du premier puisse spontanément servir le second –, il a été question de rechercher la voie d'un usage désintéressé du droit par les particuliers.

1000. Un tel renouvellement suppose que l'intérêt individuel cesse d'être réduit à un intérêt purement égoïste, personnel et calculateur. Au contraire, renouveler le *private enforcement* exige de reconnaître que le particulier peut défendre le droit sans calcul utilitariste. C'est alors, par-là, le caractère extrêmement poreux de la frontière entre intérêt individuel et intérêt collectif qu'il convient d'admettre, de sorte que du point de vue de l'action du justiciable « *l'initiative*

est privée, mais la fonction est la même que celle engagée par une autorité publique »²³⁵². Certes, l'ampleur du renouvellement proposé pourrait sembler démesurée, sinon utopique, en ce qu'il implique de bousculer la dichotomie ancestrale public-privé : la sphère privée, ou société civile, guidée par des intérêts particuliers est séparée par une cloison étanche de la sphère publique, représentée par les personnes publiques, qui porte l'intérêt général. Pourtant, un tel dépassement peut trouver la voie de sa réalisation dans un mouvement de fond, que le droit de l'Union gagnerait à promouvoir et accompagner.

1001. D'abord, notre thèse a soutenu que la problématique de la mise en œuvre du droit par les particuliers trouverait, dans une régénération des fondements du *private enforcement* américain, les outils conceptuels de son renouvellement. Il a ainsi été question de démontrer que le concept a été progressivement dévoyé par l'approche instrumentale, reflet de la conception utilitariste de l'intérêt général, mais que les signes de ses insuffisances s'imposent, à l'heure actuelle, de manière manifeste.

1002. Dans le champ de l'étude, la restriction de l'accès au juge aux États-Unis, par la conception restrictive de l'intérêt personnel, entendu uniquement comme celui du consommateur à obtenir des prix bas, n'a visiblement pas permis d'assurer la préservation de l'ordre concurrentiel. Le constat du pouvoir économique de certains opérateurs, notamment dans le domaine du numérique, en constitue une remarquable illustration. Mais, c'est ensuite de manière plus générale que l'étude a cherché à interroger la pertinence de la conception de l'intérêt à agir au regard des enjeux contemporains et des nouvelles réalités sociales qui brouillent, plus fondamentalement encore, la ligne entre intérêt personnel et intérêt général. À l'échelle plus spécifique de l'Union, il a été défendu que le renouvellement de la conception de l'intérêt du particulier permettrait, par voie de conséquence, celui de son rôle dans la défense du droit et des politiques de l'Union. Si la logique initiale de *Van Gend en Loos* a été de compter sur la vigilance des particuliers au respect de leurs droits individuels, s'inscrivant par-là de manière peu surprenante dans l'idéologie libérale, la thèse a tenté de démontrer qu'un retour vers l'idée d'intégration passerait désormais par la défense de causes collectives.

1003. Par ailleurs, une telle refondation du *private enforcement* implique nécessairement la restructuration de ses instruments. À ce stade, force a été de constater que si l'on tend à

²³⁵² FISS à propos des class actions (cf chapitre 3) *Ibid.* p. 23 (« *The power of initiation is vested in the individual citizen, but the function of the suit is the same as one brought by the attorney general, namely to vindicate the public interest* »).

concevoir l'idée d'une mise en œuvre désintéressée du droit par les particuliers, on peine manifestement à en concevoir les outils procéduraux. En dépit d'évolutions sporadiques du cadre processuel, c'est surtout le constat de leur insuffisance et de l'inadéquation des voies procédurales qui a retenu l'attention. Les États membres comme l'Union paraissent bloqués sur les logiques traditionnelles en assimilant chaque mécanisme procédural, et notamment les recours collectifs, à des contentieux subjectifs. Le poids de la tradition civiliste des États membres, qualifiée par les institutions de l'Union de « tradition juridique européenne », constitue un frein à toute innovation en voulant nécessairement maintenir les logiques de responsabilité civile et d'intérêt subjectif à défendre.

1004. C'est dans ce contexte que la recherche a proposé de repenser le rôle normatif des particuliers hors des voies traditionnelles. Notre réflexion s'est alors portée, à titre ouvertement prospectif, sur les enjeux de la création d'une action à l'initiative des particuliers, déconnectée de tout intérêt individuel, préfigurant une méthode européenne de *private enforcement*. Concrètement, la proposition consisterait, pour l'Union et ses États membres, à promouvoir des voies processuelles (juridictionnelles ou non) qui ne reposent pas sur la preuve d'un intérêt personnel à agir. Une telle évolution paraîtrait en adéquation avec les phénomènes globaux qui ne se prêtent pas à l'individualisation de l'intérêt à agir, que l'on songe aux impératifs sanitaires, environnementaux, ou encore à la protection des données.

1005. En dépit des limites et obstacles actuels, l'étude a tenté de montrer le rôle moteur que pourrait jouer le droit de l'Union dans ces mutations processuelles. Compte tenu de la portée des enjeux, lesquels s'affranchissent de la division de l'espace en frontières nationales, seule une action européenne paraît s'imposer. Compte tenu du poids des traditions juridiques à l'échelle nationale, seul le caractère subversif du droit de l'Union paraît capable de surmonter les conceptions et cloisonnements nationaux.

1006. Dans *Essai sur le don* publié en 1950, Marcel MAUSS énonçait qu'« [i]l ne faut pas souhaiter que le citoyen soit ni trop bon et trop subjectif, ni trop insensible et trop réaliste. Il faut qu'il ait un sens aigu de lui-même, mais aussi des autres [...]. Cette morale nouvelle consistera sûrement dans un bon et moyen mélange de réalité et d'idéal »²³⁵³. Sous sa plume,

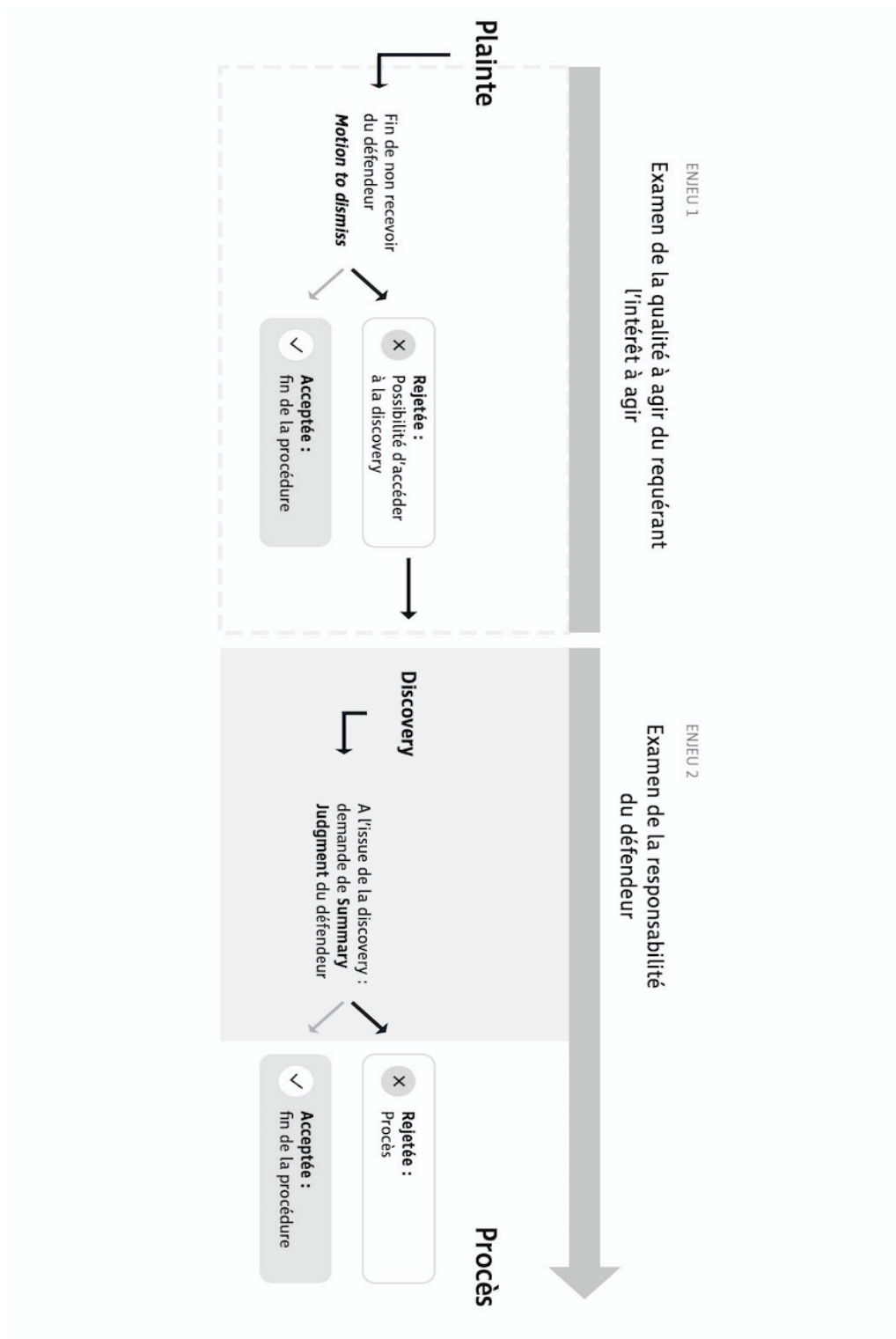
²³⁵³ M. MAUSS, *Essai sur le don*, in *Sociologie et anthropologie*, 7e éd., PUF, 1950, 1997, p. 263, cité par F. LORDON, *L'intérêt souverain. Essai d'anthropologie économique spinoziste*, La découverte, 2011, p. 16.

cette promotion du juste milieu vise à réaliser la synthèse idéale de l'individualisme de l'homme moderne et de la solidarité collective des premières civilisations.

1007. S'il y a là l'expression d'une certaine candeur, il n'en demeure pas moins que la thèse de Marcel MAUSS a préfiguré la tension contemporaine au sein de l'ensemble des sciences sociales entre les partisans du comportement rationnel et ceux qui ne peuvent se résoudre à l'idée que l'intérêt égoïste est le moteur de l'action humaine. Si le modèle individualiste, et la figure de l'*homo oeconomicus* comme modèle anthropologique indépassable ont su s'imposer dans la sphère juridique, n'est-il pas temps pour celle-ci de servir de véhicules à une nouvelle conception du rôle de l'individu dans la réalisation du droit.

ANNEXES

Annexe 1 : Schéma des étapes procédurales en droit américain (« litigation process »)



Annexe 2 – Données statistiques retraçant les évolutions des actions privées *antitrust* aux États-Unis

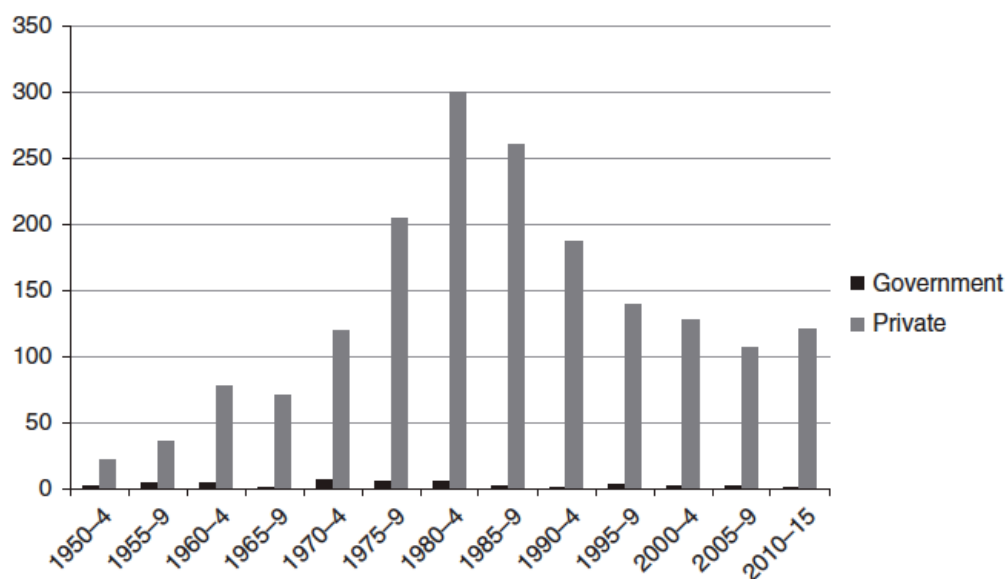
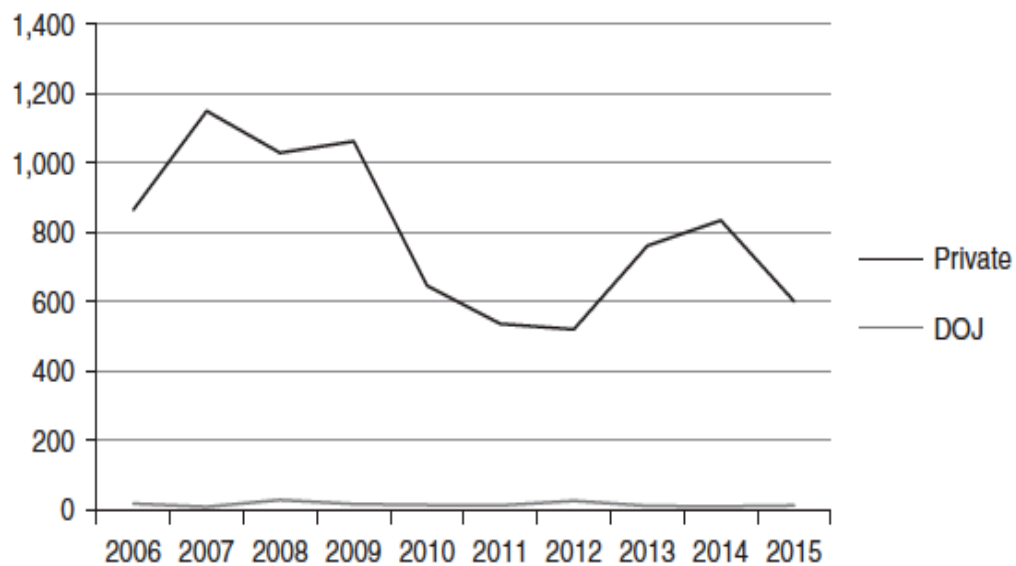


FIGURE 17.2 Monopolization cases in federal appellate courts by five-year period



Source : D. A. CRANE, « Toward a Realistic Comparative Assessment of Private Antitrust Enforcement », in D. GERARD, I. LIANOS, *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy*, pp. 341-54, Cambridge University Press, 2019.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

PLAN

I - DROIT EUROPEEN (DROIT DE L'UNION – DROIT NATIONAL)

II - DROIT AMERICAIN

III - DROIT COMPARE (THEORIE ET METHODE)

**IV - THEORIE GENERALE, METHODOLOGIE ET THEORIE DE LA
PROCEDURE**

V - RAPPORTS, TEXTES OFFICIELS

I- DROIT EUROPEEN (DROIT DE L'UNION – DROIT NATIONAL)

A) Ouvrages

1) Ouvrages généraux, traités, manuels

AMRANI-MEKKI (S.), CADIET (L.), NORMAND (J.), (dir.), *Théorie générale du procès*, 3^{ème} éd., PUF, 2020

AMRANI-MEKKI (S.), STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, PUF, 2014

BERGE (J.-S.), ROBIN-OLIVIER (S.), *Droit européen – Union européenne Conseil de l'Europe*, PUF, 2^{ème} éd., 2011

BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2019

BLUMANN (C.), DUBOIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019

BOSCO (D.), PRIETO (C.), *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013

BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2018

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. IV, « Les obligations », PUF, 22^{ème} éd., 2002

CHANAIS (C.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), LAGARDE (X.) et al., *Droit processuel, Droit commun du procès*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2021

CHANAIS (C.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.), MAYER (L.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 35^{ème} éd., 2020

CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008

CHENEDE (F.), LEQUETTE (Y.), SIMLER (P.), TERRE (F.), *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2018

CROZE (H.), *Procédure civile*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2020

DECOCQ (G.), DECOCQ (A.), *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2021

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2021

DUBOUT (E.), *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, 2021

LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, réimp. 1976, Bruylant, 2008

MARTUCCI (F.), *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021

MARTUCCI (F.), *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, PUF, 2021

MONTI (G.), *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007

MUIR WATT (H.), BUREAU (D.), *Droit international privé*, T.1, PUF, 4^{ème} éd., 2017

PORCHY-SIMON (S.), *Droit des obligations*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2022

SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., 2001

VINEY (G.), **JOURDAIN (P.)**, **GHESTIN (J.)**, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013

2) Ouvrages spéciaux

AMARO (R.), **LABORDE (J.-F.)**, *La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles. Recueil de décisions commentées*, Concurrences, 2^{ème} éd., 2021

ASHTON (D.), *Competition Damages Actions in the EU. Law and Practice*, Edward Elgar, 2nd ed., 2018

BERGE (J.-S.), *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013

BERNARDEAU (L.), **CHRISTIANNE (J.-P.)**, *Les amendes en droit de la concurrence*, Larcier, 2013

BOUTARD LABARDE (M.-C.), **CANIVET (G.)**, **CLAUDEL (E.)**, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008

BRUNET (Fr.), **CANIVET (G.)**, (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008, en particulier : G. CANIVET (G.), CHAMPALAUNE (C.), « La décentralisation du droit communautaire de la concurrence : le rôle du juge national », pp. 447 et s.

CHAGNY (M.), **DEFFAINS (B.)**, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, 2015

COMBE (E.), *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2020

CORTESE (B.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Kluwer Law International, 2013

DORANDEU (N.), *Le dommage concurrentiel*, PUP, 2000

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, PUF, 2004

FRISON-ROCHE (M. -A.), **PAYET (M.-S.)**, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006

HAGUENEAU (C.), *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, 1995

HARTLEY (T. C.), *The foundations of European Community law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Community*, Oxford University press, 6th ed., 2007

HODGES (C.), *The Reform of Class and Representative actions in European legal systems : A New framework for Collective Redress in Europe*, Hart publishing, 2008

PIERRE (Ph.) et LEDUC (F.), (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Étude comparative des droits nationaux*, Larcier, 2012

LIANOS (I.), **GERADIN (D.)**, *Handbook on European Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2013

- LUCAS DE LEYSSAC (C.), PARLEANI (G.),** *Droit du marché*, PUF, 2002
- MAINGUY (D.),** *L'action de groupe en droit français : après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso, 2014
- MALAUURIE-VIGNAL (M.),** *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 8^{ème} éd., 2019
- NOURISSAT (C.), DE CLAVIERE-BONNAMOUR (B.),** *Droit de la concurrence. Libertés de circulation, Droit de l'Union, Droit interne*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2020
- PRECHAL (S.),** *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2005
- RODGER (B. J.),** *Comparative Private : Enforcement & Consumer Redress across the EU*, Kluwer Law International, 2014
- SIMON (D.),** *La directive européenne*, Dalloz, 1997
- SOUTY (F.),** *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 4^{ème} éd. 2013.
- VANDE WALLE (S.),** *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan – A Comparative Perspective*, Maklu Publishers, 2013
- VAUCHEZ (A.),** *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2013
- VOGEL (L. et J.),** *L'action civile de concurrence*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2020
- WILMAN (F.),** *Private enforcement of EU law before national courts : the EU legislative framework*, Edward Elgar Publishing, 2015

3) Ouvrages collectifs, actes de colloques et mélanges

- ALMAŠAN (A.), WHELAN (P.), (dir.),** *The Consistent Application of EU Competition Law: Substantive and Procedural Challenges*, 1st ed., 2017
- AMARO (R.), (dir.),** *Private enforcement of Competition Law in Europe : Directive 2015/104 / EU and Beyond*, Bruylant, 1^{ère} éd. 2021, en particulier :
- F. BIEN, M. CELEYA, « Arbitration and Private Enforcement of Competition Law in Europe », pp. 63-86
 - C. FRATEA, « Cross-Border Damage Antitrust Claims and Private International Law Rules on Jurisdiction », pp. 123-146
- ARCELIN-LECUYER (L.), (dir.),** *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, Presses universitaires de Rennes, 2015, en particulier : M. J. AZAR-BAUD, « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », p. 105 s.
- AZOULAI (L.), POIARES MADURO (M.), (dir.),** *The Past and Future of EU Law: the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, en particulier :

- P. PESCATORE, « Van Gend en Loos, 3 February 1963 - A View from Within », pp. 3-8
- B. DE WITTE, « The Continuous Significance of Van Gend en Loos », pp. 9-15

AZOULAI (L.), BARBOU DES PLACES (S.), PATAUT (E.), (dir.), *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing, 2016

- L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, É. PATAUT, « Being a person in the European Union », p. 3-11
- F. DE WITTE, *Emancipation Through Law* », pp. 15-34
- A. SOMEK, « Alienation, Dispair and social freedom », pp. 35-54
- L. AZOULAI, « The European Individual as Part of Collective Entities (Market, Family, Society) », pp. 203-223

BASEDOW (J.), (dir.), *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer Law International, 2007

BARNARD (C.), ODUDU (O.), (dir.), *The Outer limits of European Union Law*, Hart publishing, 2009, en particulier : A. P. KOMNINOS, « Civil antitrust Remedies Between Community and National Law » pp. 363-382

BEHAR-TOUCHAIS (B.), BOSCO (D.), PRIETO (C.), (dir.), *L'intensification de la réparation des dommages issus des pratiques anticoncurrentielles*, IRJS, 2016

BERGSTRÖM (M.), IACOVIDES (M.), STRAND (M.), (dir.), *Harmonising EU Competition Litigation : The New Directive and Beyond*, Hart Publishing, 2016

BESSON (S.), CLERC (E.), LEVRAT (N.), (dir.), *L'interprétation en droit européen*, Bruylant, 2011, en particulier : L. AZOULAI, « Un nouveau téléologie », pp. 139-148

BIOY (X.), (dir.), *L'identité du droit public*, LGDJ, 2010, en particulier : S. BARBOU DES PLACES, « Summa divisio et droit communautaire : dépassement, déplacement ou reconstitution d'une frontière disciplinaire », pp. 39-72

BLANKE (G.), LANDOLT (P.), (dir.), *EU and US Antitrust Arbitration*, vol. 1, Wolters Kluwer, 2011, en particulier : A. P. KOMNINOS, « Arbitration and EU Competition Law in the Post Modernization Era », pp. 433-488

BLUMANN (C.), (Mél.), *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2015, en particulier : É. DUBOUT, « L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus », pp. 135-150.

BOLLEE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PERES (C.), (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, en particulier : S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridiction) », pp. 121-136

BONNET (B.), DEUMIER (P.), (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2010, en particulier : J.-S. BERGE, « La summa divisio droit privé/droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? une question pour quoi ? », pp. 45-56

BOULOUIS (L.), (Mél.), *L'Europe et le droit*, Dalloz, 1991, en particulier : R. LECOURT, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », pp. 349-361

BOUVERESSE (A.), RITLENG (D.), (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2018, en particulier :

- L. COUTRON, « Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme », pp. 161-190
- É. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », pp. 87-120

CAFAGGI (F.), MICKLITZ (H.-W.) (dir.), *New frontiers of consumer protection*, Intersentia, 2009, en particulier : J. STUYCK, « Public and Private Enforcement in Consumer Protection : General Comparison EU/ USA, Enforcement of Consumer Rights and Legal Redress for Consumers in the EU : An institutional Model », pp. 63-90.

CANIVET (G.), (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, en particulier :

- É. CLAUDEL, « La processualisation du droit de la concurrence », pp. 285-313
- D. J. GERBER, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », pp. 107-129

CAPPELLETTI (M.), SECCOMBE (M.), WEILER (J. H. H.), (dir.), *Integration through law. Europe and the American Federal Experience*, de Gruyter, 1986

CARPANO (É.), CHASTAGNARET (M.), MAZUYER (E.), (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruylant, 2016

CAUDAL (S.), (dir.) *Les principes en droit*, Economica, 2008, en particulier : SIMON (D.), « Les principes en droit communautaire », pp. 287-304

CAYROL (N.), (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016

CERQUEIRA (G.), MONTEILLET (V.), (dir.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2021

CHABAS (F.), (Mél.), *Leçons du Droit Civil*, Bruylant, 2011, en particulier : G. DECOCQ, « Leçon sur la responsabilité civile du fait d'une pratique anticoncurrentielle », pp. 197-233

CHARONAC (J.), (dir.), *Lanceurs d'alerte, regards comparatistes*, Société de législation comparée, 2020, en particulier : L. ROBERT, « Vers un statut harmonisé du lanceur d'alerte », pp. 155-178

CURTIN (D.), HEUKELS (T.), (dir.), *Essays in honour of Henry G. Schermers, volume II: institutional dynamics of European integration*, Martinus Nijhoff Publisher, 1994, en particulier : D. CURTIN, K. MORTELMANS, « Application and Enforcement of Community Law by Member States: Actors in Search of a Third Generation Script », pp. 423-466

D'AMBRA (D.), BENOIT-ROHMER (F.) et GREWE (C.), (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, en particulier : M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », pp. 1-23

DE LA ROSA (S.), DUBOUT (E.), MARTUCCI (F.), (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, Bruylant, 2015

DERENNE (J.), MORGAN DE RIVERY (E.), PETIT (N.), *Antitrust damages in EU Law and Policy*, Bruylant, 2015

- R. AMARO, « Plurality is the key : collective redress, consensual settlements and other incentive devices », p. 81 et s.

- B.-J. RODGER, « State of play of antitrust damages in the EU and overview of the proposed reform, p. 29 et s.

DRAKE (S.), SMITH (M.), (dir.), *New directions in the effective enforcement of EU law and policy*, Edward Elgar Publishing, 2016, en particulier : S. DRAKE, « More effective private enforcement of EU law post-Lisbon: aligning regulatory goals and constitutional values », pp. 12-44

DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruylant, 2013, en particulier :

- J.-S. BERGE, « Existence/exercice des droits subjectifs et libertés de circulation : l'hypothèse (à nouveau) d'un rapport de mise en œuvre », pp. 103-111
- L. AZOULAI, « Le sujet des libertés de circulation », pp. 385-411

DUBOUT (E.), MARTUCCI (F.), PICOD (F.), (dir.), *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, en particulier : É. CLAUDEL, « Territorialité vs extraterritorialité : Les affres du champ d'application dans l'espace du droit européen de la concurrence », pp. 135-187

EHLERMANN (Cl.-D.), ATANASIU (I.), (dir.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, en particulier :

- W. VAN GERVEN, « Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before National Courts »
- E.-J. MESTMACKER, « The Modernisation of EC Antitrust Policy : Constitutional Challenge or Administrative Convenience? », pp. 233 et s.

FALLON (M.), LAGARDE (P.), POILLOT-PERUZZETTO (S.), (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, Dalloz, 2009, en particulier : L. IDOT, « Le cas du droit de la concurrence dans les textes de référence », pp. 171-188

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL JAQUET (S.), (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité*, Bruylant, 2012, en particulier : R. MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union », pp. 295-330

FLAUSS (J.-Fr.), (Mél.), *L'homme et le droit*, Pédone, 2014, en particulier : C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », pp. 77-100

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021 ; en particulier : M. A. FRISON- ROCHE, « Les droit subjectifs, outils premiers et naturels du Droit de la compliance, pp. 301-323.

GAUDEMET-TALLON (H.), (Mél.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, en particulier : C. KESSEDJIAN, « Le droit entre concurrence et coopération », pp. 119-132

GODIVEAU (G.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe*, Bruylant, 2021, en particulier :

- L. GRARD, « Le systématique des contentieux concurrence en Europe. Propos introductif et ... intuitifs », pp. 1-22

- R. AMARO, « Pratiques anticoncurrentielles : la systématique entre contentieux de la réparation et contentieux devant les autorités de concurrence. Comparaison des règles antérieures à la directive 2014/104 et des règles qui en sont issues », pp. 161-180

GIACOBBO PEYRONNEL (V.), VERDURE (C.), (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, 1^{ère} éd., Bruylant, 2017, en particulier :

- F. MARTY, « Chapitre 2 – La révolution n'a-t-elle pas eu lieu ? De la place de l'analyse économique dans le contentieux concurrentiel de l'Union européenne », pp. 27-80
- S. PIETRINI, « Chapitre 6 – Le Private Enforcement et le Public Enforcement après la directive 2014/104/UE : des nouvelles synergies pour un nouvel équilibre dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », pp. 309-346

GRARD (L.), SAINTOURENS (B.), (dir.), *La libre concurrence face aux juges*, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, en particulier : J. LORY (J.), « Le rôle du juge civil dans la libre concurrence », pp. 97 et s.

GROUPE DE RECHERCHES EN DROIT DES AFFAIRES, *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles*, Actes du colloque du Mans, 5 déc. 2006, *Concurrences* n° 2-2007, en particulier :

- M. CHAGNY (M.), « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts », pp. 2-7
- V. LASSERRE-KIESOW (V.), « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », pp. 25-30
- É. MORGAN DE RIVERY (E.), « Quels doivent être les effets des décisions des autorités de concurrence dans leur État et à l'étranger ? », pp. 35-43

GUINCHARD (S.), (Mél.), *Justices et droit du procès*, Dalloz, 2010

JOERGES (C.), FURRER (A.) et GERSTENBERG (O.), *Challenges of European Integration to Private Law*, Kluwer Law International, 1996

JOURDAIN (P.), DUBUISSON (B.), (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé*, Larcier, 2015, en particulier : S. HOCQUET-BERG, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêts. Rapport français », pp. 215-236

KESSEDJIAN (C.), (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, éd. Panthéon Assas, 2013, en particulier :

- L. IDOT, « Autonomie et concurrence : un couple impossible ? », pp. 167-186
- L. AZOULAI, « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », pp. 187-205

KILPATRICK (C.), NOVITZ (T.), SKIDMORE (P.), (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, 2000

MARTUCCI (F.), MONGOUACHON (C.), (dir.), *La Constitution économique, en hommage à Guy Carcassonne*, Edition la mémoire du droit, 2015, en particulier : F. MARTUCCI, « La Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », pp. 43 et s.

MASCLET (M.), (Mél.), *La Constitution, l'Europe et le droit*, Publications de la Sorbonne, 2013, en particulier : É. DUBOUT, « Les mutations du champ d'application des libertés de circulation : la triple inconstance », pp. 542-570

MICKLITZ (H-W.), WECHSLER (A.), (dir.), *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, Hart Publishing, 2016, en particulier :

- C. HODGES, N. CREUTZFELDT (N.), « Transformations in Public and Private Enforcement », pp. 115-133
- J. DREXL, « The interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law », pp. 135-159
- R. D. KELEMEN, « The impact of the Court of Justice on the European Law Enforcement Architecture », pp. 163-178
- C. HODGES, « US Class Actions: Promise and Reality », pp. 199-226
- A. RENDA, « Private Antitrust Damages Actions in the EU: Chronicle of an Attempted Golpe », pp. 273-299

MIRON (A.) et TAXIL (B.), (dir.), *Extraterritorialité et droit international*, Pedone, 2020, en particulier : F. MARTUCCI, « L'extraterritorialité dans le droit de la concurrence – États-Unis et Union européenne », pp. 129-154

NOURISSAT (C.), WITTERWULGHE (R.), (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004, en particulier : C. NOURISSAT, « La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence », pp. 185 et s.

OMARJEE (I.), SINOPOLI (L.), (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, 2014

PARCU (L.), MONTI (G.), BOTTA (M.), (dir.), *Private Enforcement of EU Competition Law : The Impact of the Damages Directive*, European University Institute, Edward Elgar, 2018

PASCHALIDIS (P.), WILDEMEERSCH (J.), (dir.), *L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, 2018, en particulier : M. KARPENSCHIF, « L'avènement du Private enforcement en droit des aides d'État », pp. 477-493

PICOD (F.), RIZCALLAH (C.), VAN DROOGHENBROECK (S.), (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2ème éd., 2019, en particulier : PICOD (F.), « Article 51. Champ d'application », pp. 1224-1248

PIROVANO (A.), (Mél.), *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, en particulier : L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », pp. 277-309

PRIETO (C.), (dir.), *Cohérence européenne des recours collectifs*, Société de législation comparée, 2011

RIDEAU (J.), (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998

RUIZ-FABRI (H.), SINCLAIR (G. F.), ROSEN (A.), (dir.), *Revisiting Van Gend en Loos*, Société de législation comparée, 2014, en particulier : ROBIN-OLIVIER (S.), « The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, Problems, Projections », pp. 29-58

SCHERMERS (H. G.), (Mél.), *Institutional dynamics of European integration*, Nijhoff Publishers, 1994, en particulier : D. CURTIN, K. MORTELMANS, « Application and Enforcement

of Community Law by Member States : Actors in Search of a Third Generation Script », pp. 423-466

SHAW (J.), MORE (G.), (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press, 1995, en particulier : G. DE BURCA, « The Language of Rights and European Integration », pp. 29-54

SLOT (P. J.), MCDONNELL (A.), (dir.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet and Maxwell 1993, en particulier : W. D. COLLINS, S. C. SUNSHINE, « Is Private Enforcement Effective Antitrust Policy », pp. 50 et s.

TINIERE (R.), VIAL (C.) (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : entre évolution et permanence*, Bruylant, 2015

TINIERE (R.), VIAL (C.) (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union, Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruylant, 2020

TIZZANO (A.), KOKOTT (J.), PRECHAL (S.), (dir.), *50^{ème} Anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, Actes du colloque du 13 mai 2013, Cour de justice de l'Union européenne, OPUE, 2013, en particulier :

- J. H. H. WEILER, « Revisiting Van Gend en Loos : Subjectifying and Objectifying the Individual », pp. 11-21
- B. DE WITTE, « The Impact of Van Gend en Loos on Judicial Protection at European and National Level: Three Types of Preliminary Questions », pp. 93-101

TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.), (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. 3, Dalloz, 2012, en particulier : J.-Y. CHEROT, « Constitution et économie », pp. 530-561

VANDERSANDEN (G.), (Mél.), *Promenades au sein du droit européen*, Bruylant, 2009, en particulier : M. WAELBROECK, « La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne », pp. 829-841

WEILER (J. H. H.), *The Constitution of Europe: « Do the new clothes have an emperor? » and others essays on European integration*, Cambridge University Press, 1999

Droit international privé, années 2016-2018, Pedone, 2019, en particulier : J.-B. RACINE, « Le forum actoris en droit international privé », pp. 31-74

Travaux du comité français de droit international privé, 2002-2004, Pédone 2005, en particulier : N. MEYER-FABRE, « L'obtention des preuves à l'étranger », in pp. 199 et s.

« La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Bilan prospectif », colloque tenu à l'Université de Chambéry les 7 et 8 déc. 2000, *Resp. civ. et assur.* 2001

« La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives », colloque tenu à Paris le 17 oct. 2005, disp. sur le site de la Cour de cassation

« Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », colloque tenu à l'Université Paris I le 29 avr. 2004, *LPA*, 2005

« Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : Compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ? », colloque tenu à l'Université du Maine le 5 déc. 2006, *Concurrences*, n° 2-2007, pp. 2 et s.

« Les actions de groupe : implications processuelles et substantielles », colloque tenu le 22 juin 2006 à l'Université Paris X Nanterre, *RLDC*, 2006/32, pp. 57 et s.

« Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », colloque tenu à l'Institut de droit comparé de Paris II le 13 juin 2008, IDOT (L.), (dir.), *Concurrences* n° 2-2009, p. 11

« La dimension internationale des actions en réparation », colloque tenu à Paris II/Afec, *Concurrences*, 2-2009

« Sur la voie de l'action de groupe », colloque du 26 avr. 2013 tenu à Paris et organisé sous la direction scientifique de l'IRJS de l'Université de Paris I, *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n°136

« Quelle réparation ? Quel(s) responsable(s) ? », colloque codirigé CARVAL (S.), DERENNE (J.), DEFFAINS (B.), CHARLIER-BONATTI (B.), BENZONI (L.), CALISTI (D.), METEAUT (C.), *Concurrences*, 2014, n° 3

« La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir », colloque tenu à Paris le 13 mai 2014, CHAGNY (M.), (dir.), *Concurrences*, 2014, n°3, en particulier :

- C. FAVRE, « L'action privée après l'action publique : quelle utilité ? », pp. 29-35
- É. CLAUDEL, « Sur l'hypothèse de l'action privée après l'action publique », pp. 36-37
- I. LUC, « Les actions privées sans action publique : une voie inutile ? », pp. 38-41

« La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », CHONE-GRIMALDI (A.), (dir.), *Concurrences*, 2015, n°2, pp. 11-37, en particulier :

- F. BIEN, « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », pp. 13-16
- S. PIETRINO, « La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien », pp. 17-20
- R. AMARO, « La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français », pp. 21-24
- P. HITCHINGS, L. LORAS (L.), M. ANGEL MALO (M.), « Considerations concerning the implementation of the EU Competition Law Damages Directive in Spain », pp. 2528
- F. WAGNER-VON PAPP, « Implementation of the Damages Directive in England and Wales », pp. 29-34

« Les actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles après la loi sur l'action de groupe et la directive européenne », colloque tenu le jeudi 25 sept. 2014, *RLC*, 2015, vol. 42, pp. 168-192

« Les actions privées en réparation du dommage concurrentiel : Transposition de la Directive Dommages », colloque tenu à la Cour d'appel de Paris le 10 mars 2017, organisée par la revue *Concurrences* en partenariat avec l'ENM et la Cour d'appel de Paris

« Les actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et en Europe », colloque tenu à la Cour d'appel de Paris le 29 mars 2018, rapport de synthèse disp. sur la revue *Concurrences*

« Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », colloque tenu à la Cour d'appel de Paris le 29 mars 2019, rapport de synthèse disp. sur la revue *Concurrences*

« Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », colloque tenu à la Cour d'appel de Paris le 29 mars 2020, rapport de synthèse disp. sur la revue *Concurrences*

« La directive dommages du 26 novembre 2014 : l'âge de raison du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *RAE*, 2020, n°3, pp. 521 et 591

« Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union », colloque tenu à la Cour d'appel de Paris le 29 mars 2021, rapport de synthèse disp. sur la revue *Concurrences*

B) Dictionnaires, encyclopédies, fascicules et recueils des grands arrêts

ALLAND (D.) et RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

ALLARD (B.), **JOURDAN-MARQUES (J.)**, *Action de groupe*, Rép. de proc. civ., 2021

AMARO (R.), *Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles – Actions. Compétence et pouvoir juridictionnel*, Jcl. Concurrence – Consommation, Fasc. 316, 2021

AMARO (R.), *Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : preuve et sanctions*, Jcl. Concurrence – Consommation, Fasc. 317, sept. 2015

AMARO (R.), *Les actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aspects internationaux : juridiction compétente, loi applicable (droit international privé européen)*, Jcl. Concurrence - Consommation, Fasc. 318, 2021

BLANQUET (M.), *Effet direct du droit communautaire*, Rép. de droit eur., 2008

CAYROL (N.), *Action en justice*, Rép. de proc. civ., 2021

CARPANO (E.), *Procédure de la concurrence*, Dictionnaire permanent de droit européen des affaires, Editions législatives, 27 p.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2017

FAUVARQUE-COSSON (E.), **LÖÖF (R.)**, **DICKSON (J.)**, **WEST (T.)**, (dir.), *Dictionnaire juridique français-anglais. Harrap's : Law dictionary english-french*, Dalloz Sirey, 2004

KARPENSCHIF (M.), NOURISSAT (C.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne (GAJUE)*, 4^{ème} éd., PUF, 2021

PICOD (F.), *Juridictions nationales et application du droit de l'Union européenne*, Jcl. Europe Traité, Synthèse, 2020

PICOD (F.), *Jurisprudence de la CJUE 2018*, Bruylant, 2019, en particulier : F. PICOD, « Cour de justice, 3e ch., 24 octobre 2018, Apple Sales International, aff. C-595/17 », pp. 963-970

PRIETO (C.), *Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère privée*, Jcl. Europe Traité, Fasc. 1455, 2018

PRIETO (C.), *Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère publique*, Jcl. Europe Traité, Fasc. 1450, 2018

Dictionnaire juridique, Law Dictionary, français/anglais, Dalloz, 2004

C) Thèses

ABADIE (P.), *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013

ABDELGAWAD (W.), *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001

ALLARD (B.), *L'action de groupe, étude franco-américaine des actions collectives en défense des intérêts individuels d'autrui*, Paris V, 2016

AMARO (R.), *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014

ANDREANGELI (A.), *Private Enforcement of Antitrust. Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and the US*, Edgar Elgar, 2014

AZAR-BAUD (M.-J.), *Les actions collectives en droit de la consommation, Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, 2013

AZOULAI (L.), *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherche sur la procédure et le bon gouvernement*, European University Institute, 2000

BALLOT-LENA (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires : des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008

BARTHE (D.), *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence : étude comparative des procédures communautaires et française*, PUAM, 2000

BERROD (F.), *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003

BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008

- BONDON (M.-S.),** *Le principe de réparation intégrale du préjudice : contribution à une réflexion sur l'articulation des différentes fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020
- CARVAL (S.),** *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, t. 250
- CLAMOUR (G.),** *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.
- DE MONCUIT DE BOISCUILLE (G.),** *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020
- DE SCHUTTER (O.),** *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruylant, 1999
- DUMARCAY (M.),** *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles*, LexisNexis, 2010
- FARTUNOVA (M.),** *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2013
- FOULQUIER (N.),** *Les droits publics subjectifs des administrés, Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, 2003
- HERVAS HERMIDA (C.),** *La notion d'action de groupe : étude de droit comparé*, Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2013
- IOANNIDOU (M.),** *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford University Press, 2015
- JAULNEAU (E.),** *La subjectivisation du droit, étude de droit privé*, Université d'Orléans, 2007
- JAULT (A.),** *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005
- KOMNINOS (A.),** *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008
- LE BAUT (B.),** *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, thèse Lyon 3, 1996
- LE BONNIEC (N.),** *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2017
- LECLERC (M.),** *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Larcier, 2012
- LEHAIRE (B.),** *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, Université de La Rochelle et de Laval, 2014
- MAIL-FOUILLEUL (S.),** *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2002
- MELLERAY (F.),** *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001

- PIETRINI (S.)**, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruylant, 2012
- POIARES MADURO (M.)**, *We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, 1998
- PORTA (J.)**, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ, 2008
- RODA (J.-C.)**, *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américains et européens*, PUAM, 2008
- RONDU (J.)**, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2020
- SIBONY (A.-L.)**, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008.
- STARK (B.)**, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947
- TERCINET (A.)**, *La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2010
- TORRELLI (M.)**, *L'Individu et le droit de la Communauté économique européenne*, Presses de l'Université de Montréal, 1970
- TROMMER (J.)**, *The Responsibility of Private Actors in the Internal Market. Private Actors taking over?*, Institut de Florence, 2017
- VOEFFRAY (F.)**, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, 2004
- WARIN (C.)**, *Individual rights under Union law. A study on the relation between rights, obligations and interests in the case law of the Court of Justice*, Nomos, 2019
- ZAMBRANO (G.)**, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Université Montpellier I, 2012

D) Chroniques, articles et commentaires

- ABADIE (P.)**, « Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté », *RDH*, 2016, n°10
- ADDA (J.)**, **AMARO (R.)** et **LABORDE (J.-F.)**, « Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif », *AJDA* 2019, pp. 320-329
- ALLAIN (M.-L.)**, **BOYER (M.)**, **PONSSARD (J.-P.)**, « The Determination of Optimal fines in Cartel cases: Theory and Practice », *Concurrences*, 2011, n°4, pp. 32-40

ALBORS-LLORENS (A.), « Antitrust Damages in EU Law : The Interface of Multifarious Harmonisation and National Procedural Autonomy », *U. Queensland L. J.*, 2018, vol. 37, pp. 139-151

AMARO (R.),

« Le contentieux judiciaire des pratiques anticoncurrentielles entre espoir et déception », *RJC*, 2014, pp. 157 et s.

« L'actualité du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *RLC*, 2015, n° 45, n° 2866

« De quelques cailloux procéduraux dans les bottes des victimes de pratiques anticoncurrentielles », *Contrats, conc., consom.*, 2015, n°3, étude 4

« Actions en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles : la directive 2014/104/UE est transposée ! », *Contrats Conc. Conso.*, 2017, n°6 étude 8

« Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (Sept 2018- Juin 2019) », *Concurrences*, 2019, n° 3, pp. 230- 246

« Prescription extinctive : conflit de lois dans le temps et effectivité du droit de l'Union européenne », *D.*, 2019, pp. 2235 et s.

AMARO (R.), THOMAS (B.), « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, 2020, n°1, pp. 218-232

AMARO (R.), THOMAS (B.), IDRI (M.), « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (juin 2020- mars 2021) », *Concurrences*, 2021, n° 2, pp. 244-258

AMRANI-MEKKI (S.), « Action de groupe : mode d'emploi », *Procédures*, 2014, étude 16

AMPHOUX (J.), « Note sur l'arrêt Van Gend en Loos », *RGDIP*, 1964, pp. 110-157

ANCELIN (O.), DE CAUSANS (M.), « Les prémices du Third Party Litigation Funding en France - Ou l'introduction progressive du financement du procès par un tiers », *JCP E*, 2015, n° 45, comm. 1527

ANDREANGELI (A.), « Collective Redress in EU Competition Law : An Open Question with Many Possible Solutions », *World comp.*, 2012, n°3, pp. 529 et s.

ARCHAMBAULT (L.), CHAUVEAU (A.), « Vers la généralisation de l'acceptation des dommages et intérêts punitifs en France et en Europe ? », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 28, pp. 14-16

ARHEL (P.), « Action de groupe des autres dispositions "concurrence" de la loi consommation », *JCP E*, 2014, act. 184

AZAR-BAUD (M. J.),

« L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.*, 2013, p.1487

« L'action de groupe au service des consommateurs », *LPA*, 2014, n° 128, p. 29

« Ce que l'action de groupe va changer », *Revue de l'Union internationale de juristes*, juill. 2014

« Droits, préjudices et prétentions processuelles dans les actions de groupe », *JCP E*, 2017, n° 26, doct. 1357

« En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives », *JCP E*, 2018, n° 50, doct. 1637

« La directive européenne sur les actions représentatives : un texte mi-figue, mi-raisin », *JCP E*, 2020, n° 51, doct. 1542

AZAR-BAUD (M.-J.), DUPONT (N.), « Action de groupe et actions collectives classiques : concurrence ou complémentarité ? Étude à partir du droit de la consommation », *Contrat conc. Conso.*, 2018, n° 11, étude 15

AZOULAI (L.),

« En attendant la justice sociale, vive la justice procédurale ! À propos de la libre circulation des patients dans l'Union (CJCE, 16 mai 2006, Watts, aff. C-372/04) », *RDSS*, 2006, p. 843

« Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD Eur.*, 2008, pp. 29-45

« Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne*, 2015, n°4, pp. 82-98

« Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2010, pp. 842-860

BACACHE (M.),

« Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.*, 2014, p. 450

« L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie – Env. – Infrastr.*, mars 2017, n° 3, étude 8

« Responsabilité civile : une réforme *a minima* ? », *JCP G*, n°38, 14 sept. 2020, doct. 1007

BADET (L.), « À propos de l'article 19 du TUE, pierre angulaire de l'action de l'Union européenne pour la sauvegarde de l'État de droit », *Cah. dr. eur.*, 2020, pp. 57-106

BALATE (E.), MENETREY (S.), « Des magistratures économiques à la régulation judiciaire », *RIDE*, 2013, pp. 533-543

BARAV (A.), « State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts », *Yearbook of European Law*, 1996, pp. 87-128

BARBA (M.),

« La dénonciation en droit de la concurrence. De la clémence publique à la "clémence privée" », *RLC*, n° 91, 2020, pp. 25-37

« Leçon 1 : De la connexité et de son instrumentalisation... », *RLDA*, 2016, pp. 28-32

BARDUTZKY (S.), FAHEY (E.), « The subjects and objects of EU Law: Exploring a research platform », *Report*, The City Law School, Londres, 2017

BARRUE-BELOU (R.), « La transposition tardive en droit français de la directive 2014/104/UE ou la délicate adaptation des règles processuelles », *RUE.*, 2018, n° 2, pp. 169-186

BARRUOL (V.), « Private enforcement. Quels enseignements procéduraux tirer de la jurisprudence la plus récente ? », *Cah. Dr. Entreprise*, 2020, n° 5, pp. 29-34

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

« Imputabilité : La Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles en cas de succession de sociétés mère et sur la solidarité des amendes en cas de succession de sociétés mères dans les restructurations d'entreprises (Simens, Areva, Alstom) », *Concurrences*, juill. 2014, 2014, n° 3, pp. 69-74

« L'action de groupe à la française, voie prometteuse ou (trop) limitée ? », *Concurrences*, n° 191 à 198, pp. 56- 58

BERNARDEAU (L.), « La Cour de justice de l'Union européenne apporte des précisions sur l'application dans le temps de la directive 2014/104/ UE et sur la conformité au droit de l'Union européenne de dispositions de droit interne relatives à la prescription des actions en dommages et intérêts, antérieures à la transposition de ladite directive (Cogeco) », *Concurrences*, 2019, n° 2, pp. 152 et s.

BERNFELD (C.), **BIBAL (F.)**, « Encore un effort Messieurs les Sénateurs ! », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 32, p. 43

BIEN (F.), « La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand », in *Dossier Concurrences*, n° 2-2015, pp. 13-16

BLOCH (L.), « Le déconfinement de la réforme du droit de la responsabilité civile : proposition de loi du 29 juillet 2020 », *RCA*, oct. 2020, n° 10, Alerte 20.

BOSCO (D.), « Directive “Damages” : il reste tant à faire », *Contrats, conc., consom.*, 2015, n°5, repère 5

BOURGEOIS (J.), « EC Competition Law and Member State Courts », *Fordham Int'l L.J.*, 1993, pp. 331 et s.

BOVIS (C. H.), **CLARKE (C. M.)**, « Private Enforcement of EU Competition Law », *Liverpool Law Review*, 2015, pp. 49-71

BOY (L.), « Réflexions sur l'action en justice », *RTD civ.*, 1979, p. 497

BOY (L.), « Réflexions sur le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 3031

BRÖMMELMEYER (C.), **JEULAND (E.)**, **SERAFIMOVA (M.)**, « Directive “Private enforcement” : l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes ? », *JCP G*, 2015, n° 12, doct. 343

BRUNET (F.), **DUPUIS (A.)**, **PAROCHE (E.)**, « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels ? », *D.*, 2014, p. 1600.

CABALLERO (F.), « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *R.T.D. Civ.*, 1985, pp. 251 à 261, n° 4 à 13

CADIET (L.), **AMRANI MEKKI (S.)**, **NIBOYET (M.-L.)**, « Les actions de groupe », *RLDC*, 2006, n° 32 et 33

CADIET (L.), « Action de groupe : cela marchera-t-il mieux ? », *Procédures*, 2020, n° 8-9, repère 8

CAFAGGI (F.), « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, 2004/1 n°109, p. 23-35

CAILLOSSE (J.), « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, pp. 955 et s.

CALISTI (D.), « Quelles propositions de l'Union européenne pour une meilleure réparation des dommages concurrentiels ? », *Concurrences*, 3-2014, pp. 27-31

CAMILLERI (E.), « Damages claims for anticompetitive conduct after the Directive 2014/104/EU : Is it (still) worth talking about a private law remedy? », *Concurrences*, n°3-2019

CANIVET (G.), « Réflexion sur la place du citoyen dans le marché unique européen », *RTD Eur.*, 2008, pp. 119 et s.

CARANTA (R.), « Judicial Protection Against Member States: A New Jus Commune Takes Shape », *CML Rev.*, 1995, vol. 32, pp. 703-726

CARPANO (É.), « La dynamique dérégulatoire de l'entrave dans le marché intérieur », *RUE*, 2018, n° 616, p. 140

CARPANO (É.),

« Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisation des échanges entre les États membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA*, 2013/87, n° 4835

« Les personnes physiques en droit européen, analyse comparée du droit européen des droits de l'homme et du droit communautaire », *ADE*, 2005, pp. 7-31

« Retour critique sur la liberté économique dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ADE*, 2016, pp. 45-84

CARVAL (S.),

« L'estimation du montant des préjudices concurrentiels : Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2015 p. 1290

« La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : Le point de vue d'un civiliste », *Concurrences*, 2014, n° 2, p. 52

« Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles – À propos de l'ordonnance et du décret du 9 mars 2017 », *JCP G*, 2017, n° 12, doct. 298

« Les intérêts compensatoires. La réparation de la dimension temporelle des préjudices économiques », *D.*, 2017, p. 414

CARVAL (S.), **AZAR-BAUD (M.-J.)**, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.*, 2015, p. 2136

CATALA MARTY (J.), « Réflexions autour de l'action de groupe en droit de la concurrence », *Gaz Pal.*, 2014, n° 60, p. 11

CHAGNY (M.),

« La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *RLC*, 2005 n° 4, pp. 186 et s.

« La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. - Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G.*, 2006, n° 25, doct. 149

« Quelle(s) mutation (s) dans la réparation des dommages concurrentiels », *RLC*, 2010, n°22, p. 88

« Faut-il désespérer du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles », *CEE*, 2013, n° 1, comm. 6

« La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles », *D.*, 2013, p. 2532

« L'accès judiciaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles au dossier de l'Autorité de la Concurrence après la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *D.*, 2013, p. 851

« La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles. Changements en vue en droit français de la concurrence, ... de la procédure et de la responsabilité civile ? », *D.*, 2013, p. 2532 et s.

« Approche critique et prospective à la lumière de la directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, 2014, n°3, pp. 32-42

« L'indemnisation des dommages concurrentiels devant la Cour de cassation... à l'heure de la transposition de la directive », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2015, n°6, p. 558

« Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnitaires en droit de la concurrence ? », *AJCA*, 2015, pp. 316 et s.

« Transposition en droit français de la directive sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : L'actu-concurrence », n° 26, 2017

« Selon le droit de l'Union européenne, toute personne doit pouvoir demander réparation de tout préjudice ayant un lien de causalité avec une pratique anticoncurrentielle. CJUE, 12 décembre 2019, Otis GMBH et a., aff. C-435/18 », *Rev. Aff. Eur.*, 2019, n°4, p. 831-836

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), RASCHEL (L.), « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre », *Resp. civ. Assur.*, mai 2014, étude 14

CHONE-GRIMALDI (A.), « Dossier sur la transposition de la directive 2014/104/UE », *Concurrences*, 2015, n°3

CISOTTA (R.), « Some considerations on the Last Dvpm on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union », *The Competition Law Review*, 2014, vol. 10, n° 1, pp. 103 et s.

CLAUDEL (E.),

« Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier ; Note sous Loi numéro 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *RTD com.*, 2014, vol. 2, pp. 339-354

« Action en réparation des dommages concurrentiels subis par une collectivité publique : quel tribunal compétent ? (débat avec le Pr A. Louvaris) », *AJCA* n° 2016-1, p. 34-38

« Autonomie et notion d'entreprise », *Cont. Conc. Conso.*, 2020, vol. 6, pp. 46-50

« Clémence : première décision d'application !, obs. ss. Cons. Conc., 11 avr. 2006, déc. n.° 06-D-09 “cartel des portes” », *RTD Com.* 2006. 328

« Feu le principe d'autonomie procédurale ? », *Concurrences*, n° 1-2015, pp. 5-7

« La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences*, n° 4-2012, pp. 38-55

« La temporalité des règles de concurrence est-elle adaptée au numérique ? », *Cah. Dr. Entr.*, 2019, vol. 3, pp. 45-48

« Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer- 2^{ème} volet. L'accès au dossier des autorités de concurrence : un cavalier législatif au secours (provisoire ?) de la clémence », *RTD Com.*, 2013, p. 512

« Organisation générale du commerce ; Note sous Ordonnance numéro 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles et Décret numéro 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.*, 2017, vol. 2, pp. 305-335

« Responsabilité au sein d'un groupe ; Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 27 avr. 2017, Akzo Nobel e.a. contre Commission, affaire numéro C-516/15 P », *J. du Dr. International*, 2018, vol. 2, pp. 648-649

« Responsabilité au sein des groupes en droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2017, vol. 5, pp. 23-26

COMBES (E.), MONNIER (C.),

« Cartel Profiles in the European Union », *Concurrences*, 2007, n° 3, pp. 181-189

« Le calcul des amendes en matière de cartel : une approche économique », *Concurrences*, 2007, n° 3, pp. 39-45

« Les amendes contre les cartels : la Commission européenne en fait-elle trop ? », *Concurrences*, 2009, n° 4, pp. 41-50

COMERT (M.), NASSER EI DINE-POMAR (S.), « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrat conc. consom.*, mars 2013, spéc. n° 22 et s.

CONSTANS (A.), ALES (T.), « L'ordonnance et le décret du 9 mars 2017 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles Au-delà d'une simple transposition de la directive 2014/104 », *JCP E*, n° 13-14, 30 mars 2017, n° 242, p. 10

- CONSTANTINESCO (L.-J.)**, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977
- COSTA (O.)**, « Les citoyens et le droit communautaire : les usages élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », *Revue internationale de Politique comparée*, 2002, vol. 9, pp. 100 et s.
- COURET (A.)**, « Les figures du procureur privé », *D.* 2018, p. 1545
- COUSIN (M.)**, « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *RLC*, 2017, n° 60
- CRAIG (P. P.)**, « One Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law », *OJLS*, 1992, vol. 12, pp. 453-479
- CURTINS (D.)**, « Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights », *CML Rev.*, 1990, vol. 27, pp. 709-739
- D'AVOUT (L.)**, « La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 févr. 2016- Premières analyses de droit des conflits de loi en perspective française », *D.* 2017, p. 457
- D'ALES (Th.), CONSTANS (A.)**, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union Européenne », *JCP E*, 2014, n°1306
- D'ALES (Th.), CONSTANS (A.)**, « Le futur arsenal au bénéfice des victimes des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E*, 2015, n° 1164
- D'ALES (T.) TERDJMAN (L.)**, « L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? », *AJ contrat*, 2017, p. 69
- DANI (M.)**, « The subjectification of the citizen in European public law », *EUI Working Paper Law*, 2015, p. 7 (disp. en ligne)
- DANOV (M.)**, « EU competition law enforcement : is Brussels I suited to dealing with all the challenges ? », *ICLQ*, 2012, vol. 61, pp. 27 et s
- DE MONTECLER (M.-C.)**, « Dix propositions pour la réparation du préjudice écologique », *AJDA*, 2013. 1773
- DE SOUZA E ALVIM (M.)**, « The New EU Directive on Antitrust Damages - A Giant Step Forward ? », *ECLR*, 2015/6, vol. 36, pp. 245 et s.
- DECOCQ (G.)**, « Private enforcement c/ Programme de clémence », *Contrats, conc., cons.*, n° 8-9, août 2011, comm. 198
- DEFFAINS (B.), FEREY (S.)**, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? », *Revue d'économie industrielle*, 2010/3, n° 131, pp. 51-68
- DEFROMONT (J.A.), MENETREY (S.)**, « Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? », *RIDE*, 2014, pp. 499-515
- DELATRE (J. G.)**, « Beyond the White Paper : Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8, p. 29-58

DELAUNAY (B.), « Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles », *AJDA*, 2016, pp. 781 et s.

DENIZOT (A.), « Pour une vraie réforme de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 2020, p. 958

DEWOST (J.-L.), **LASSERRE (B.)**, **SAINT-ESTEBEN (R.)**, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Contrats, conc., consom.*, 2012, vol. 35, n°2, pp. 187-219

DIEMER (C.), « The Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules », *E.C.L.R.* 2006, 27(6), pp. 309-316

DRAKE (S.), « Scope of the Courage and the principle of "Individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice », *E.L.Rev.*, 31(6), 2006, pp. 854 et s.

DREYER (E.), « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile : Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017, p. 1136

DUBOS (O.), « The Origins of the Proceduralisation of EU Law: a Grey Area of European Federalism », *REA Law*, 2015, vol. 8, pp. 7-26

DUBOUT (E.), « En guise d'introduction : la dimension constitutionnelle de l'arrêt *Keck* », *RTD Eur.*, 2014, pp. 851-858

DUE (O.), « The Law-Making Role of the European Court of Justice Considered from the Perspective of Individuals and undertakings », *Nordic Journal of International Law*, 1994, Vol. 63, pp. 123-137

DUNNE (N.),

« Courage and compromise: the directive on antitrust damages », *E. L. Rev.*, 2015/4, p. 581

« The Role of Private Enforcement within EU Competition Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 16, 2014, pp. 143-187

EILMANSBERGER (T.), « The Relationship Between Right and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link », *CML.Rev.*, 2004, vol. 41, pp. 1199-1246

EIFERT (M.), **METZGER (A.)**, **SCHWEITZER (H.)**, **WAGNER (G.)**, « Taming the giants : The DMA/DSA package », *CML.Rev.*, 2021, vol. 58, pp. 987-1028, spéc., pp. 1018 et s.

EMILIOU (N.), « State Liability Under Community Law : Shedding More Light on the Francovich Principle ? », *E. L. Rev.*, 1996, vol. 21, pp. 399-411

ERESEO (N.), « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *Revue de l'Union européenne*, 2015, pp. 378-385

EVARD (C.), **GORDON (F.)**,

« Abrégé de private enforcement 1/3 », *RLC*, 2014, n°41, n° 2657, p. 93

« Abrégé de private enforcement 2/3 », *RLC*, 2015, n° 42, p. 110

« Abrégé de private enforcement 3/3 », *RLC*, 2015, n° 43, p. 110

FASQUELLE (D.), « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.*, 1998, pp. 763 et s.

FERRAND (F.), « Action de groupe : l’outil de droit comparé », *RLDC*, 2006, p. 65

FONTMICHEL (M.), « Concurrence entre les Modes Alternatifs de Règlement des Différends (MARD) », *...* 2021, vol. 105, pp. 56-59

FOURGOUX (J.-C et J.-L.), « La concurrence des compétences en matière de droit de la concurrence interne et communautaire », *JCP E* 1994, n° 4, p. 325

FRANCK (A.), « Les modes alternatifs du droit de la concurrence », *RLDC*, 2021, vol. 105, pp. 30-33

FRANÇOIS-MARTIN (L.), « L'action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence après l'ordonnance du 9 mars 2017 », *Options Droit & Affaires*, vol. 350, pp. 6-7

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilité », *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, pp. 22 et s.

GAMBLE (R.), « The Parliament, the Commission and the Court – Three European Institutions and their Effect on Private Enforcement of Anti-competitive Conduct in the EU », *European Competition L. Rev.*, Vol. 36, 2015, pp. 501–512

GERADIN (D.), « Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is this a Reality Now ? », *George Mason University Law Review*, 2015

GERADIN (D.), **GRELIER (L.-A.)**, « Cartel Damages claims in the European Union : have we only seen the tip of the iceberg ? », *Concurrences*, n°4-2014, pp. 1-13

GERBER (D. J.),

« Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe », *The American J. of. Comp. L.*, 1994, vol. 42, pp. 25-84

« The Transformation of European Community Competition Law », *Harv. Intern. L. J.*, 1994, pp. 97-147

« The Origins of European Competition Law Tradition in Fin-de-Siècle Austria », *The American Journal of Legal History*, 1992, 405, pp. 405-440

GESTEL (R.), **MICKLITZ (H-S.)**, « Why Methods Matter in European Legal Scholarship », *ELJ*, 2014, vol. 20, pp. 292–316

GESTEL (R.), **MICKLITZ (H-W.)**, « Revitalising Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology? », *EUI Working Paper Law*, 2011, (disp. en ligne).

GIANSETTO (F.), « Les fonds dits “vautours” et la dette souveraine - Un nouvel enjeu de la régulation financière », *Cah. de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2012, dossier 33

GIRAUD (A.), **PIDANCET (A.)**, « L’impact de la réforme du private enforcement sur l’équilibre institutionnel de mise en œuvre du droit de la concurrence », *RLC* 2015/45, pp. 110-114

GRAC-AUBERT (V.), **BROUSSEAU (J.)**, « La “clémence privée” : une innovation au service de la compensation du dommage concurrentiel », *Concurrences*, 2015, pp. 1607 et s.

GRARD (L.), « Droit des aides d'État et préjudice économique : l'autre visage du private enforcement », *Concurrences*, n°4-2021, pp. 40-48

GRANGEON (J.), « La directive relative aux actions en réparation à la suite d'une pratique anticoncurrentielle : révolution ou évolution du *private enforcement* dans l'Union ? », *RLDA* 2015/101, n° 5478

GUINCHARD (S.), « Une class action à la française ? », *D.* 2005, pp. 2180 et s.

HAASBEEK (L.), « La directive sur les actions en dommages et intérêts pour violation au droit de la concurrence », *Contrats, conc., consom.*, 2015, pp. 26 et s.

HAMON (B.), « L'action de groupe à la française comme outil de dissuasion et de répression des pratiques anticoncurrentielles », *New Frontiers of Antitrust*, 21 févr. 2014, mai 2014, *RDLC*, 2014, n° 2, art. n° 66167

HARDING (C.), « Who Goes to Court ? An Analysis of Litigation against the European Community », *E. L. Rev.*, 1992, pp. 105-125

HECKER (P.), LAVIN (C.), « Directive "private enforcement" : un premier bilan mitigé », *JDE*, 2015, pp. 235-239

HODGES (C.), « Competition Enforcement, Regulation and Civil Justice : What Is the Case », 2006, 43, *CML Rev.*, pp. 1381-1407

HOEPFNER-LEGER (S.), « Les poursuites privées en matière de pratique anticoncurrentielles : piste de réflexion », *JCP E*, 2006. 2050

HOFMANN (H.), WARIN (C.), « Identifying Individual Rights in EU Law », *Law Working Paper Series*, Faculty of Law, Economics and Finance, Université du Luxembourg, n° 4, 2017

HOLMES (K.), « Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK », *ECLR.*, 2004, 25 (1), pp. 25 et s.

HOMOBONO (N.), « L'introduction d'une action de groupe en droit de la concurrence », *Concurrences*, 2013/3, art. n° 53092, p. 54

HÜCHELRATH (K.), PEYER (S.), « Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach », *World Competition Law and Eco. Rev.*, 2013, vol. 36, pp. 585-613

IDOT (L.),

« Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, p. 321

« Le Livre vert de la Commission relatif aux actions en dommages et intérêts pour ententes et abus de position dominante... et maintenant ? », *Revue Europe*, juill. 2006, n° 7

« La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, pp. 2681 et s.

« Private enforcement. Entre actions de contournement et *forum shopping* », *Concurrences*, 2013, n° 2

« Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles », *RDC*, 2013, n°4, pp. 1381 et s.

« L'efficacité d'une clause attributive de juridiction remise en cause par la simple invocation du droit de la concurrence, *JCP G*, 2015, note 1322

« La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : Quelles possibilités ? », *Concurrences* n° 3-2014, art. n° 67552, pp. 43 et s.

« The international aspects of private enforcement after the directive 2014/104/EU: Gaps in the EU system and competition between national laws? », mai 2017, *Concurrences* n° 2-2017, Art. n° 83833

« Brefs regards sur 60 ans de politique européenne de concurrence », *RUE*, 2018, pp. 639 et s.

« Actions en réparation et notion d'entreprise », *Europe* n° 5, mai 2019, comm. 206

« Actions en réparation et prescription », *Europe* n°5, mai 2019, comm. 207

« Chronique Droit du contentieux de l'UE – Le “private enforcement” au cœur de l'actualité », *RTD Eur.*, 2019, pp. 907 et s.

« Le contentieux international des actions en réparation pour violation du droit de la concurrence : l'arrêt CDC revisité », *Rev. crit. DIP*, 2019, pp. 786-815

« Ordre public, concurrence et arbitrage : état de la rencontre », in *Ordre public, concurrence et arbitrage*, *Concurrences* n°3-2006, pp. 12 et s.

IDOT (L.), ZIVY (F.), « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : État des lieux deux ans après l'arrêt Pfleiderer », *Concurrences*, 2013, n° 3, p. 34

IOANNIDOU (M.), « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement : A normative and practical approach », *Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 8, pp. 59-85

IOANNIDOU (M.), EZRACHI (A.), « Access to Justice in European Competition Law - Public Enforcement as a Supplementary Channel for 'Corrective Compensation' », *Asia Pacific L. Rev.*, 2011, vol. 19, n°2, pp. 195-216

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 8

JANUEL (P.), « Réforme du droit de la responsabilité civile : annonce d'une proposition de loi sénatoriale », *D.*, 2020, p. 1519.

JENNY (F.), COMBES (E.), CONNOR (J. M.), BUCCIROSSI (P.) et SPAGNOLO (G.), « L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique », *Concurrences*, 2006, n° 4, pp. 10-30

JOERGES (C.), « La constitution économique européenne en processus et en procès », *RIDE*, 2006, pp. 245-284

JOERGES (C.), « Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *RIDE*, 2004, pp. 133-170

JOERGES (C.), KREUDER- SONNEN (C.), « European Studies and the European Crisis: Legal and Political Science between Critique and Complacency », *ELJ*, 2017, vol. 23, pp. 118-139

JOERGES (C.), RÖDL (F.), « The “Social Market Economy” as Europe’s Social Model? », *EUI Working Paper Law*, 2004 (disp. en ligne)

JOURDAIN (P.), « Rapport introductif au colloque Paris V », in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 3

JUEN (E.), « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français. Présentation d’un régime », *RTD civ.*, 2017, p. 565-579

JUSKA (Z.), « The Effectiveness of Private Enforcement and Class Actions to Secure Antitrust Enforcement », *The Antitrust Bulletin*. 2017, vol. 62(3), pp. 603-637

KOMNINOS (A. P.),

« New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law : Courage v Crehan and the Community Right to Damages », *CML Rev*, 2002, vol 39., pp. 447-487

« Relationship between Public and Private Enforcement : Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari », 16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, juin 2011

KORTMANN (J.), « The tort law industry », *European Rev. of Private Law*, n°5, 2009, pp. 789 et s.

LABAYLE (H.), « L’effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, pp. 619 et s.

LABORDE (J.-F.), « Cartel damages actions in Europe : How courts have assessed cartel overcharges (2021 ed.) », sept. 2021, *Concurrences* n° 3-2021, Art. N° 102086, pp. 232-242

LACRESSE (A.) MONTI (B.), « Actions privées : La Cour de justice de l’Union européenne reconnaît à la victime indirecte d’une entente le droit de saisir les juridictions de son domicile même en l’absence de relations contractuelles avec l’entreprise défenderesse (Tibor-Trans) », *Concurrences*, n° 4-2019, Art. N° 92314, pp. 158-159

LACRESSE (A.), « Procédure de signalement : Le Parlement européen et le Conseil adoptent une directive visant à garantir un niveau minimum de protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union », *Concurrences*, n°1-2020

LAHOUAZI (M.), « La réparation du préjudice subi par les acheteurs du fait des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics : le nouveau régime du *private enforcement* », *JCP A*, 2018, vol. 15, pp. 22-29

LASSERRE-KIESOW (V.), « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles » *D.*, 6 sept. 2007, n° 30, p. 2116-2120

LE MORE (P.),

« La directive action de groupe européenne : une volonté contradictoire à l’œuvre », *Contrats, conc. consom.*, 2021, vol. 6, p. 3

« Plaidoyer pour une vraie réforme de l’action de groupe en droit de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, 2017, alerte 29

LEHAIRE (B.), « La liquidation de la créance d'indemnisation obtenue après l'action privée », *BDE* (2015), p. 8.

LEMONTEY (J.), MICHON (N.), « Les class actions américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *JDI*, 2009, p. 535

LEVALLOIS (P.), « Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement », *Contrats et Marchés publics*, 2020, vol. 11, pp. 13-17

LUC (I.), « L'approche des juridictions européennes et françaises en matière d'imputabilité et les incidences sur le montant de la sanction pécuniaire », *AJ Contrats d'affaires- Concurrences Distribution*, 2015, p. 58

MAGNIER (V.) e.a., *Lanceur d'alerte dans l'Union européenne*, dossier spécial, *RAE*, 2019/4, pp. 677-715

MAINGUY (D.), « L'introduction en droit français des class actions », *LPA*, 22 déc. 2005, n°254, p. 6 s.

MARECHAL (C.), « Le volet "concurrence" de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc. Consom.*

MARTUCCI (F.),

« Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Revue de jurisprudence commerciale*, nov./ déc. 2014, n°6, pp. 444-455

« L'extraterritorialité en droit de la concurrence », *Cah. de droit de l'entreprise*, juill.-août, 2018, n°4, pp. 42-47

MARX (C.), SOLZBACH (J.), « The EU Court of Justice holds that national rules on limitation of antitrust damages claims may violate the principle of effectiveness (Cogeco) », *Concurrences*, n° 90719, mars 2019

MCDUGALL (A.), VERZARIU (A.), « Vitamins Litigation : Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account of Profits in Private Competition Law Claims », *ECLR*, 2008, vol. 29, pp. 181 s.

MENETREY (S.), « Des fonctions de la procédure dans le droit économique européen. Propos introductif », *RIDE*, 2015, pp. 405-415

MERTENS DE WILMARS (J.), « L'effectivité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *Cah. dr. eur.*, 1981, pp. 379-409

MESTMACKER (E.-J.), « The EC Commission's modernization of competition policy: a challenge to the Community's constitutional order », *European Business Organization L. Rev.*, 2000, vol. 3, pp. 401-444

METAIS (P.), VALETTE (E.),

« "Class actions" européennes – Débat sur la nécessité de prévoir des recours collectifs harmonisés au niveau européen », *JCP G*, 2019, doct. 471

« Class action à la française : une promesse séduisante, une application décevante », *JCP*, 2018, p. 558

« L'approche européenne en matière de recours collectifs pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs Une modification législative imminente ? », *JCP E*, 2019, étude 1251

MICKLITZ (H.- W.), « La main visible du droit privé réglementaire européen », *RIDE*, 2014, pp. 5-57

MONTI (G.), (dir.), *EU law and interest on damages for infringements of competition law – A comparative report*, EUI Working papers, 2016

NEBBIA (P.), « Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence ? », *E. L. Rev.*, 2008, 33(1), pp. 23 et s.

NIBOYET (M.-L.), « Action en justice », *Droits*, 2001/2, pp. 81-90

NOURISSAT (C.),

« Action indemnitaire en droit de la concurrence : quand la Cour de justice instaure un nouveau *forum actoris* au bénéfice des victimes », *Procédures*, 2015, comm. 225

« Actions indemnitaires en droit des pratiques anticoncurrentielles : quelques enseignements procéduraux récents », *RLC.*, n° 85, 1^{er} juill. 2019

NUSSENBAUM (M.), « L'évaluation des préjudices économiques : l'application des critères Daubert », Colloque de la CEACC du 7 avr. 2010, *La force probante de l'expertise et/ ou l'apport de l'approche américaine par les critères Daubert*, disp. en ligne : <https://sorgemeval.com/wp-content/uploads/2016/01/l-evaluation-des-prejudices-economiques-application-des-criteres-daubert-par-Maurice-Nussenbaum-Colloque-CEACC-du-7-4-10-3.pdf>

NUSSENBAUM (M.), **KARSENTI (C.)**, « L'application du critère Daubert aux contentieux de la concurrence en France », *Concurrences*, 2010/4

ODUDU (O.), « The public/ private distinction in EU Internal Market Law », *RTD Eur.*, 2010, pp. 827-841

OLIVEIRA COSTA (G.), « The EU Court of Justice holds that national rules on limitation of antitrust damages claims may violate the principle of effectiveness (Cogeco) », *Concurrences*, n° 90999, mars 2019

PEIFFERT (O.), « Un possible malentendu en droit de l'Union européenne : le “droit subjectif” comme condition de l'effet direct », *RTD Eur.*, 2017, pp. 665-695

PEJOUT (O.), « Le contentieux indemnitaire, nouvelle forme de private enforcement des aides d'Etat en France », *RUE*, 2019, pp. 532-536

PESCATORE (P.),

« Public and Private Aspects of Community Competition Law », *Fordham International Law Journal*, 1987, pp. 373-419

« The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law », *E.L. Rev.*, 1983, vol. 8, pp. 155-177

PETIT (N.), NEYRINCK (N.), « Les fonctions de la procédure en droit européen de la concurrence », *RIDE*, 2015, pp. 483-502

PEYSNER (J.), « Costs and Financing in Private Third-Party Competition Damages Actions », *Comp. L. Rev.*, 2006, vol. 3, pp. 97 et s.

PFISTER (L.), « Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIXe siècle », *RDC* 2012, vol. 2, pp. 349 et s

PHILIPPE, TRABUCCHI (M.), GORDON (F.), « La réforme du programme modèle européen de la clémence. Avancées et prochains défis des programmes de clémence au sein du Réseau européen de la concurrence », *RLC*, 2013/35, pp. 120 et s.

PICOT (Th.), « Cupidité et droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, n° 365, 31 déc. 2013

PICOD (F.), « Le charme discret de la class action », *D.*, 2005. Chron. 657

PIEDELIEVRE (S.), « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d’avenir », colloque Chambéry préc., p. 68, spéc. p. 69, n° 6

PIETRINI (S.),

« L’introduction d’une action de groupe en droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2013, n° 246, p. 21 s.

« La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private enforcement en droit de la concurrence », *Contrats, conc., consom.*, 2015, étude 12

« Relations entre juges de droit commun et autorités de concurrence : approche européenne », *Contrats conc. consom.*, 2013/5, dossier 10, n° 17 à 19

PINNA (A.), « La mobilisation de la créance indemnitaire », *RTD Civ.*, 2008, 229 spéc. n° 6

PIRONON (V.), « Les aspects internationaux : le choix de la loi et du juge », *AJCA*, 2014, p. 268

POLLAUD-DULIAN (F.), « De quelques avatars de l’action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.*, 1997, p. 349

PREVOST (J.-B.), « À propos de la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 32, p. 44.

PRIETO (C.),

« L’Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G*, 21 mars 2007, I, 132

« Les enseignements de l’expérience américaine en matière de private enforcement », *Concurrences*, 2008, pp. 50 et s.

« Actions de groupe parmi les recours collectifs, impulsions et démonstrations en droit européen de la concurrence », *D.*, 2012, p. 1831

« La cession de créance, palliatif à l'absence d'action de groupe pour les entreprises victimes de surenchérissements résultant d'un cartel. Obs. ss. OLG Düsseldorf, 18 févr. 2015, affaire Zement II (CDC) », *RDC*, 2015, p. 568

« Incitations aux réparations spontanées dans le cadre du public enforcement », *Concurrences*, n° 2016/2, étude n° 78881

PROROK (J.), « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale », *RTD civ.*, 2018. p. 327

PROVOST (M.), THILL-TAYARA (M.), « Indemnisation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles : le « pass-on » est-il le maillon faible ? », *RLC*, 2020/91, n°3740, pp. 17 et s.

RADE (Ch.), « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, chron. 2247

RAGIMBEAU (L.), « Pour un développement de l'action de groupe en droit administratif », *RDP*, 2019, n°6, p. 1439

REICH (N.),

« The “Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries? » *CML Rev.*, 2005, pp. 35-66

« Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights », *CMLR*, 2007, vol. 44, n° 3, 705–742

« Rights Without Duties? Reflections on the State of Liability Law in the Multilevel Governance System of the Community: Is There a Need for a More Coherent Approach in European Private Law? », *EUI Working Paper Law*, 2009

REZZOUK (M.), « Portée extraterritoriale du *Sherman Act* : Perspective après l'épilogue de l'affaire du cartel des vitamines », *RIDE*, 2007, pp. 69 et s.

RIDEAU (J.), « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864 et s.

RIGOLOT (G.), « Communication des pièces et secret d'affaires. Pratiques du Tribunal de commerce de Paris en matière de recherche de preuve », *Concurrences*, 2019, n° 3, pp. 29-31

ROCATTI (M.), « Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres », *RIDE*, 2015, pp. 429-439

RODGER (B. J.), « Competition Law litigation in the UK Courts: a study of all cases to 2005-2008 » Part 1 : *G.C.L.R.*, 2009, 2(2), pp. 93 et s. et Part 2 : *G.C.L.R.*, 2009, 2(3), pp. 136 et s.

RONZANO (A.),

« Action privée : La Cour de cassation confirme la faute civile imputable à un opérateur dominant qui n'a pas séparé ses masses d'enjeux en points de vente physiques et en ligne (*Betclic / Pari Mutuel Urbain*) », *Concurrences* n° 1-2021, art. n° 97533

« Faute civile : La Cour de cassation confirme l'existence d'une faute civile imputable à l'opérateur dominant qui n'a pas procédé à la séparation de ses masses d'enjeux en dur et en ligne (*Betclic/PMU*), 14 octobre 2020 », *Concurrences*, n° 4-2020, art. n° 97533

« L'avocat général Kokott rend ses conclusions dans une affaire portugaise où est invoquée pour la première fois l'application de la directive Dommages (Cogeco/ Sport TV Portugal) », *Concurrences*, n°2-2019

ROSEAU (M.) et F. MASMI-DAZI, « L'arrêt *Pfleiderer* ou la mise en balance des intérêts protégés par la clémence avec le droit des victimes à réparation », *RLC*, 2012/30, p. 146 s.

ROUBIER (P.), « Le droit et l'action. Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ*, 1952

ROUSSEAU (Ch.), « Note sous l'arrêt Van Gend en Loos », *RGDIP*, 1963, p. 421

ROUVILLOIS (F.), « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working paper*, Fondation pour l'innovation politique, 2006, disp. en ligne

RU'GGERBERG (J.), **SCHINKEL (M. P.)**, « Consolidating Antitrust Damages in Europe : A Proposal for Standing in line with Efficient Private Enforcement », *Amsterdam Center of Law & Economics*, 2004-04

SAINT-ESTEBEN (R.), « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles », *AJCA*, 2014, pp. 258 et s.

SAINT-ESTEBEN (R.), « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : la voie du silence », *Concurrences*, n° 3-2014, p. 5

SAINT-PAU (J.-Ch.), « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *Resp. civ. Et assur.* 2013, dossier 23

SALAH MATOUSSI (M.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001, pp. 251-302

SAVOV (S.), « Actions indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles », *Contr. conc. conso.*, 2019, vol 7, pp. 2-2

SCHARPF (F. W.), « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », *JCMS*, 2002, pp. 645-670

SCHOCKWEILER (F.), « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTD eur.*, 1992, pp. 27-50

SCHREIBER (T.), « Private Antitrust Litigation in the European Union », *Int'L Law*, 2020, vol. 44, pp. 1157 et s.

SNYDER (F.), « The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques », *MLR*, 1993, vol. 56, pp. 19-54

- SOUTY (F.)**, « Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », *RLC*, 2015/ 43, n° 2770F
- STEFAN (O.)**, **VAN WAEYENBERGE (A.)**, « L'évolution du droit européen de la concurrence : défis et transformation de la méthode communautaire », *Cah. Dr. Eur.*, 2013, 2, pp. 395-444
- STEPHAN (A.)**, « Does the EU's Drive for Private enforcement of competition Law Have a Coherent Purpose ? », *U. Queensland L. J.*, 2018, vol. 37, pp. 153 et s.
- SZYSZCZAK (E.)**, « Making Europe More Relevant to its Citizens: Effective Judicial Process », *E. L. Rev.* 1996, p. 351-364
- TASSO-DE PANAFIEU (Ch.)**, « La protection de la divulgation des documents relatifs aux procédures de clémence : de nouvelles limites à l'accès au dossier pour les entreprises », *RLDA* n° 74, sept. 2012, n° 4219
- TESAURO (G.)**, « La responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire », *RMUE*, 1996, pp. 15-34
- TESAURO (G.)**, « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and National Courts », *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 1-17
- THIBIERGE (C.)**, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD. civ.*, 1999, p. 561
- TROIANIELLO (A.)**, « Vers un assouplissement de l'application extraterritoriale de la législation antitrust », *Concurrences*, 1-2012, I, Horizons 1
- UMMEN ALMEIDA (A.)**, « Private Enforcement of EU State Aid Law through Damages Claims : Achieving Effective Redress », *Eur. St. Aid. L. Q.*, 2019, pp. 169 et s.
- UTZSCHNEIDER (Y.)**, **PARMENTIER (H.)**, « Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence : la Cour de cassation accepte le "passing-on defence" », *D.*, 2010. 2781
- VAN CLEYNENBREUGEL (P.)**, « Le contentieux des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence », *Journal de droit européen*, déc. 2015, n° 224, pp. 386 et s.
- VAN DEN BERGH (R.)**, **VISSCHER (L.)**, « The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law », *Erasmus Law Review*, 2008, vol. 1, p. 5.
- VAN DEN BOSSCHE (A.-M.)**, « Private Enforcement, Procedural Autonomy and Article 19 (1) TEU: Two's Company, Three's a Crowd », *Yearbook of European Law*, 2014, pp. 41-83
- VAN GERVEN (A. G.)**, « Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies? », *CML Rev.*, 1995, vol. 32, pp. 679-702
- VANDERMEEREN (R.)**, « Dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles : l'apport d'une jurisprudence administrative récente », *RJDA*, 2021, vol. 2, pp. 95-98
- WATHELET (M.)**, **S. VAN RAEPENBUSCH (S.)**, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *Cah. dr. eur.* 1997, pp. 13-66

WEILER (J. H. H.),

« Décoder l'ADN politique et juridique de l'intégration européenne », *RUE*, 2012, pp. 569-583

« The Community System: The Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, pp. 267-306

« The Transformation of Europe », *Yale L. J.*, 1991, vol. 100, pp. 2403-2483

« Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma of European Legitimacy », *IJCL*, 2014, vol. 12, pp. 94-103

WIGGER (A.), NÖLKE (A.), « Enhanced Roles of Private Actors in the EU Business Regulation and the Erosion of the Rhenish Model of Capitalism: The Case of Antitrust Enforcement », 2007, vol. 45, *JCMS*, pp. 487-513

WILMAN (F.), « The end of the absence? The growing body of EU legislation on private enforcement and the main remedies it provides for », *CML Rev.*, 2016, vol. 53, pp. 887-936

WILS (W. P. J.), « Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future », *World Competition Law and Eco Rev.*, 2017, pp. 3-46

WIND (E.), « Remedies and sanctions in Article 82 of the EC Treaty », *ECLR*, 2005, pp. 659 et s.

YEUNG (K.), « Privatizing Competition Regulation », *OJLS*, 1998, vol 18, pp. 581-615

ZARCA (J.-C.), « L'action de groupe en matière environnementale dans le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *LPA*, 20 juill. 2016, n° 144, p. 6

II- DROIT AMERICAIN

A) Ouvrages

1) Ouvrages généraux, traités, manuels

ALTMAN (L.), POLLACK (M.), *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, 1981, 4th ed. 2018

BAKER (J. H.), *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Oxford University Press, 2002

BURNHAM (W.), *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, LEG Inc., 6th ed., 2016

CLARK (D.), ANSAY (T.), *Introduction to the Law of the United States*, Wolters Kluwer, 2nd ed., 2001

DAVID (R.), *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Sirey, 1948

DEYSINE (A.), *La Justice aux États-Unis*, PUF, 1^{ère} éd., 1998

FARNSWORTH (E. A.), *An Introduction to The Legal System of the United States*, Oxford University Press, 4th ed., 2010

FLETCHER (G. P.), *Basic concepts of legal thought*, Oxford University Press, 1st ed., 1996

FLETCHER (G. P.), SHEPPARD (S.), *American Law in a global context*, Oxford University Press, 2005

GLOVER (J. M.), ERICHSON (H. M.), *Civil Procedure*, Wolters Kluwer, 4th ed., 2021

HAMILTON (A.), JAY (J.), MADISON (J.), *Le Fédéraliste*, édition par Anne AMIEL de l'ouvrage de 1788, Classiques Garnier, 2012

HOLDSWORTH (W.), *A History of English Law*, 4^{ème} ed., 1936

HOLMES (O.), *The Common Law*, M. Howe ed., 1963

KAY KANE (M.), *Civil Procedure*, West Academic Publishing, 7th ed, 2018

KINDER-GEST (P.), *Droit anglais : tome I, Institutions politiques et judiciaires*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1998

KINTNER (E. W.), *Federal Antitrust Law : A Treatise on the Antitrust Laws of the United States*, Anderson Pub. Co., 1980

LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, M. Giard, 1921

LEVASSEUR (A.), BAKER (J.) (dir.), *An Introduction to the Law and Legal System of the United States*, University Press of America, 1992

LEVASSEUR (A.), *Droit des États-Unis*, 2^{ème} ed., Dalloz, 1997

LEVASSEUR (A.), *Le droit américain*, Dalloz, 2004

LIPSET (S. M.), *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, Norton, 1996

MILSON (S.), *Historical Foundations of the Common Law*, 2^{ème} éd., 1981

PROSSER (W.), *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. 1971

PROSSER (W. L.), KEETON (W. P.) (et al.), *The Law of Torts*, 5th ed., 1984

SPENCER (A. B.), *Civil Procedure. A Contemporary Approach*, West Academic Publishing, 6th ed., 2021

SUBRIN (S. N.), MINOW (M. L.), BRODIN (M. S.), MAIN (T. O.), LAHAV (A.), *Civil Procedure. Doctrine, Practice and context*, 6th ed., 2020

VON KALINOWSKI (J.O.), SULLIVAN (P.), MCGUIRL (M.), *Antitrust Laws and Trade Regulation*, M. Bender Elite Products, 2nd ed., 1996

ZOLLER (E.), *Le droit des États-Unis*, PUF, 2001

2) Ouvrages spéciaux

ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Class Actions Handbook*, ABA Publishing, 2010

AREEDA (P. E.), HOVENKAMP (H.), *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Wolters Kluwer, 4th ed., 2013

BAKER (J. B.), *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019

BORK (R.), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itslef*, Basic Book, 1978

CRANE (D. A.), *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011

DEVLIN (A. J.), *Reforming Antitrust*, Cambridge University Press, 2021

ELZINGA (K. G.), BREIT (W.), *The Antitrust Penalties: a Study in Law and Economics*, Yale University Press, 2nd ed., 1976

FOX (E. M.), SULLIVAN (L. A.), PERITZ, (R. J. R.), *U. S. Antitrust in a Global Context*, Thomson West, 2nd ed., 2004

GAVIL (A. I.), KOVACIC (W. E.), BAKER (J. B), WRIGHT (J.D.), *Antitrust Law in Perspective : Cases, Concepts and Problems in Competition policy*, West academic, 3th ed., 2016

GELLHORN (E.), KOVACIC (W.E.), CALKINS (S.), *Antitrust law and economics In a Nutshell*, West Publishing, 5th ed., 2004

- HENSLER (D. R.), PACE (N. H.), DOMBEY-MOORE (B.), GIDDENS (B.), GROSS (J.), MOLLER (E. K.),** *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, RAND Institute for Civil Justice, 2000
- HOVENKAMP (H.),** *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, West Academic Press, 2011
- HOVENKAMP (H.),** *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard Univ. Press, 2005
- JONES (C. A.),** *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, 1999
- KINTNER (E.),** *Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, Clark Boardman Callaghan, 1978
- KRITZER (H.),** *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States*, Stanford University Press, 2004
- KRITZER (H.),** *The Justice Broker: Lawyers and Ordinary Litigation*, Oxford University Press, 1990, en particulier : LANDE (R. H.), « Introduction : Benefits of private enforcement »
- OLSON (M.),** *The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965. Version publiée en français : *Logique de l'action collective*, PUF, 1978
- POSNER (R.),** *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, 1976
- POSNER (R.),** *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Wolters Kluwer, 2007
- RUBENSTEIN (W.), CONTE (A.), NEWBERG (H. B.),** *Newberg on Class Actions*, 5th ed., 2013
- SOUTY (F.),** *La politique de la concurrence aux États-Unis*, PUF, 1995
- SULLIVAN (E. T.), HARRISON (J. F.),** *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, Carolina Academic Press, 7th ed., 2019
- SULLIVAN (L. A.), GRIMES (W. S.), SAGERS (C. L.),** *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, West Academic Publishing, 3th ed., 2016
- WRIGHT (C. A.), MILLER (A. R.), MARCUS (R. L.),** *Federal Practice and Procedure*, 3rd ed., 2010
- YEAZELL (S. C.),** *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, Yale University Press, 1987
- MULHERON (R.),** *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2004
- VEDIA JEREZ (H.),** *Competition Law Enforcement and Compliance across the World : A Comparative Review*, Kluwer Law International, 2015
- ZOLLER (É.),** *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 1^{ère} éd., Dalloz, 2010

3) Ouvrages collectifs, actes de colloques et mélanges

BASEDOW (J.), FRANCK (S.), IDOT (L.), (dir.), *International Antitrust Litigation : Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012, en particulier:

- W. WILDERSPIN, « Jurisdiction Issues : Brussels I Regulation Articles 6 (1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation », pp. 41-60
- S. FRANCK et W. WURMNEST « International Antitrust Claims under the Rome II Regulation », pp. 91-129
- H. BUXBAUM, R. MICHAELS, « Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law – A US Perspective », pp. 225-244
- C. KESSEDJIAN, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments », pp. 245-256
- J. BASEDOW, « International Cartels and the Place of Action under Article 5(3) », pp. 393-402
- M. E. STUCKE, « Discovery in Global Economy », pp. 315-342
- B. VILÀ COSTA, « How to Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law : a Coherent Approach, pp. 405-406

BASEDOW (J.), TERHECHTE (J. P.), TICHY (L.), (dir.), *Private enforcement of Competition law*, Nomos, 2011, en particulier:

- H.-W., MICKLITZ, « Collective Private Enforcement in Antitrust Law – What is Going Wrong in the Debate »
- A. A. FOER, « The ideal model for private enforcement of competition law »

FOER (A. A.), J. W. CUNEO, (dir.), *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edward Elgar, 2010

FOER (A. A.), STUTZ (R. M.), (dir.), *Private enforcement of antitrust law in the United States. A Handbook*, Edward Elgar, 2012

FOX (E. M.) et D. A. CRANE, (dir.), *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007

GERARD (D.), LIANOS (I.), (dir.), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge University Press, 2019, en particulier : D. A. CRANE, « Toward a Realistic Comparative Assessment of Private Antitrust Enforcement », pp. 341-354

KOZIOL (K.), WILCOX (V.), (dir.), *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer Wien New York, 2009, en particulier :

- V. WILCOX, « Punitive Damages in England », pp. 7-53
- J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », pp. 55-73
- A. J. SEBOK, « Punitive Damages in the United States », pp. 155-196
- B. A. KOCH, « Punitive Damages in European Law », pp. 197-209

LOWE (P.) and MARQUIS (M.), (dir.), *Integrating public and Private Enforcement of Competition Law- Implications for Courts and Agencies European Competition Law Annual 2011*, Oxford, Hart Publishing, 2014, en particulier : A. I. GAVIL, « Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependance and the Advantage of a Sequential Approach »,

MARSDEN (P.), (dir.), *Handbook of Research in trans-atlantic Antitrust*, en particulier : A. A. FOER, « The Goals of Antitrust : Thoughts On Consumer Welfare in the U.S. », pp. 566-593

MATEUS (A. M.), MOREIRA (T.), (dir.), *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, 2010, en particulier D. H. GINSBURG, « Costs and Benefits of Private and Public Antitrust Enforcement: An American Perspective »

MCCHESNEY (F. S.), SHUGHART (W. F. II), (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public Choice Perspective*, University of Chicago Press, 1995, P. POSNER, « A Statistical Study of Antitrust Enforcement », p. 79

NEWMAN (R. A.), (dir.), *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1962, en particulier :

- KAHN- FREUND (A.), « English Law and American Law. Some Comparative Reflections », pp. 862-409

PITOFSKY (R.) et a., *How the Chicago Scholl Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on Antitrust*, Oxford University Press, 2008, en particulier : E. FOX, « The Efficiency paradox », pp. 77-100

TORCHIANA (W. D.), « Expérience nationale : Les États-Unis », in *Les Recours collectifs : Etude comparée*, Journée d'études du 27 janv. 2006, Société de législation comparée, Colloques, vol. 5, pp. 30 et s.

VISCUSI (W. K.), (dir.), *Regulation Through Litigation*, AEI Brookings, 2002, en particulier : D. ROSENBERG, « The Regulatory Advantages of Class actions », pp. 831-897

WHITE (L. J.), (dir.) *Private Antitrust Litigation. New Evidence, New Learning*, MIT Press, 1988, en particulier:

- SALOP (S. C.), WHITE (L. J.), « Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework », pp. 3-16
- KAUPER (T.E), SNYDER (E. A.), « Private Antitrust Cases that Follow on Government Cases »

Les Recours collectifs : Etude comparée, Journée d'études du 27 janv. 2006, Société de législation comparée, Colloques, vol. 5, en particulier W. D. TORCHIANA, « Expérience nationale : Les États-Unis », pp. 30 et s.

B) Chroniques, articles et commentaires

AREEDA (P.), « Antitrust Violations Without Damages Recovery », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89 (6), pp. 1127-1139

AUSTIN (A. D.), « Negative Effects of Treble Damage Actions: Reflections on the New Antitrust Strategy », *Duke L. J.*, 1978, pp. 1353-1374

BAKER (D. I.), « Revisiting History, What we have Learned about Private Antitrust Enforcement that we Would Recommend To Other », *Loy. Consumer L. Rev.*, 2004, vol. 16, pp. 379-408

BAKER (J. B.), « Economics and Politics : Perspectives on the Goals and Future of Antitrust », *Fordham L. Rev.*, 2013, vol. 81, pp. 2175-2196

BAKER (J.), « The Case for Antitrust Enforcement », *Journal of Economic Perspective*, 2003, vol. 17, pp. 27-50

BALKIN (J.), « Wrong the day it was decided : Lochner and Constitutional Historicism », *Boston University L. Rev.*, 2005, vol. 85, p. 677

BARNETT (R. E.), « Foreword: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction », *Harv. J. L. & Pub. Pol.*, 1986, vol. 9, pp. 267 et s.

BARRETT (A. C.), « Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals », *Geo. Wash. L. Rev.*, 2005, vol. 73, pp. 317-352

BARRINGTON WOLFF (T.), « Federal Jurisdiction and Due Process in the Era of the Nationwide Class Action », *U. Pa. L. Rev.*, 2008, vol. 156, pp. 2035-2133

BARTHOLOMEW (C. P.), « Death by Daubert: the Continued Attack on Private Antitrust », *Cardozo L. Rev.*, 2014, vol. 35, pp. 2147-2198

BAUMOL (W. J.), ORDOVER (J. A.), « Use of Antitrust to Subvert Competition », *J. L. & Eco.*, 1985, vol 28, pp. 247-265

BAVLI (H. J.), FELTER (J. K.), « The Admissibility of Sampling Evidence to Prove individual Damages in Class Actions », *Boston College L. Rev.*, 2018, vol. 59, pp. 656-723

BECKER (G. S.), « Crime and punishment : an Economic Approach », *J. of Political Economy*, 1968, vol. 76, pp. 169-217

BECKER (G. S.), STIGLER (G. J.), « Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers », *J. Legal Stud.*, 1974, vol. 3, pp. 1-18

BELTON (R.), « Comparative Review of Public and Private Enforcement of Title VII of the Civil Rights Act of 1964 », *Vanderbilt L. Rev.*, 1978, vol. 31, pp. 905-961

BERGEN (C.), « Generating Extra Wind in the Sails of the EU Antitrust Enforcement Boat », *Journal of International Business and Law*, 2006, vol. 5, pp. 203-231

BERGER (D.), BERNSTEIN (R.), « An Analytical Framework for Antitrust Standing », *Yale L. J.*, 1977, vol. 86, pp. 809-883

BERNSTEIN (D. E.), « Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism », *Geo. L. J. I*, 2003, p. 58

BERNSTEIN (D. E.), « Lochner's Legacy's Legacy », *Tex. L. Rev.*, 2003, vol. 82, p. 63

BLAIR (R. D.), HARRISON (J. L.), « Rethinking Antitrust Injury », *Vand. L. Rev.*, 1989, vol. 42, pp. 1539-1573

BLAIR (R. D.), SCHAFER (C. D.), « Antitrust Law and Evolutionary Models of Legal Change », *U. Fla. L. Rev.*, 1988, vol. 40 pp. 379-410

BLOCK (M. K.), SIDAK (J. G.), « The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then ? », *Geo. L. J.*, 1980, vol. 68, pp. 1131-1139

BOHLEN (F. H.), « Fifty Years of Torts », *Harvard L. Rev.*, 1937, vol. 50, pp. 725-748

BOURJADE (S.), « The Role of Private Litigation in Antitrust Enforcement », *G.C.L.R.*, 2010, vol. 3, pp. 118

BOYER (B.), MEIDINGER (E.), « Privatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assessment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws », *Buff. L. Rev.*, 1985, vol. 34, pp. 833-964

BUCH (P. H.), « Private Justice », *S. Cal. L. Rev.*, 2002, vol 76, pp. 3-81

BUTLER (H.), « Restricted Distribution Contracts and the Opportunistic Pursuit of Treble Damages », *Wash. L. Rev.*, 1983, vol. 59, pp. 27-60

BUXBAUM (H. L.), « The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation », *Yale J. of International L.*, 2001, vol. 26, pp. 219-263

CALKINS (S.),

« An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions », *Ariz. L. Rev.*, 1997, vol. 39, pp. 413-451

« Corporate Compliance and the Antitrust Agencies' Bi-Modal Penalties », *Law & Contemp. Problems*, 1997, vol. 60 (3), pp. 127-167

« Summary Judgments, Motions to Dismiss and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System », *Geo L. J.*, 1986, vol. 74, pp. 1065-1161

CANNON (W. S.), « The Administration's Antitrust Remedies Reform Proposal: Its Derivation and Implications », *Antitrust L. J.*, 1986, vol. 55, pp. 103-122

CARRINGTON (P. D.), « Renovating Discovery », *Alabama L. Rev.*, 1997, vol. 49, pp. 51-73

CAVANAGH (E. D.),

« Contribution, Claim Reduction and Individual Treble Damage Responsibility: Which Path to Reform of Antitrust Remedies? », *Vand. L. Rev.*, 1987, vol. 40, pp. 1277- 1336

« Detrebling Antitrust Damages : An Idea Whose Time Has Come ? », *Tul. L. Rev.*, 1987, vol. 61, pp. 777-848

« Attorneys' Fees in Antitrust Litigation: Making the System Fairer », *Fordham L. Rev.*, 1988, vol 57, pp. 51-73

« Antitrust Remedies Revisited », *Oregon. L. Rev.*, 2005, vol. 84, pp. 147-225

« Twombly: The Demise of Notice Pleading, the Triumph of Milton Handler, and the Uncertain Future of Private Antitrust Enforcement », *The Rev. of Litigation*, 2008, vol. 28, pp. 1-33

« The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American experience », *Loyola U. Chicago Law J.*, 2010, vol. 41, p. 629-649

CENGIZ (F.), « Antitrust Damages Actions : Lessons From American Indirect Purchasers' Litigation », *I.C.L.Q.*, vol. 59, 2010, pp. 39-63

CHAIHLOUDJ (W.),

« États-Unis : La Cour d'appel du troisième circuit adopte une approche restrictive de l'intérêt antitrust à agir (Wellbutrin XL Antitrust Litigation Indirect Purchaser Class), 14 février 2018 », *Concurrences*, 2018, n° 1, pp. 209-211

« États-Unis : Le Tribunal du district nord de Californie est saisi d'une class action accusant trois grands fabricants de puces à mémoire d'avoir conclu des accords anticoncurrentiels (Michele Jones and alii / Micron Technology, Micron Semiconductor Products, Samsung Electronics, Samsung Semiconductor, Hynix, Hynix America), 19 avril 2018 », *Concurrences*, 2018, n° 3, pp. 195-196

« Abus de position dominante et big tech : une affaire Apple Store après l'affaire Google Android ?, novembre 2018 », *Concurrences*, 2018, n° 4, pp. 215-222

« États-Unis : La Cour d'appel du district de Columbia confirme que des moteurs de recherche, leaders du marché de la recherche en ligne, bénéficient d'une immunité antitrust (Google / Marshall's Locksmith Service), 7 juin 2019 », *Concurrences*, 2019, n°3, pp. 211-213

« États-Unis : Le Tribunal du district nord de Géorgie est saisi par une plainte déposée par une entreprise spécialisée dans la publicité en ligne accusant un célèbre moteur de recherche de monopoliser le marché (Inform / Google, Alphabet, Youtube), 25 novembre 2019 », *Concurrences*, 2020, n°1, pp. 199-202

« États-Unis : La Cour d'appel du neuvième circuit renverse le jugement du tribunal du district nord de Californie dans l'affaire des puces électroniques pour smartphones (Qualcomm), 11 août 2020 », *Concurrences*, 2020, n° 4, pp. 252-255

« États-Unis : l'U.S. District court du district nord de Californie reçoit la plainte du développeur d'un célèbre jeu vidéo qui accuse l'entreprise hébergeant le jeu dans son magasin d'applications de monopolisation (Epic games / Apple) », *Concurrences*, 2020, n° 4, p. 215

« Le droit de la régulation numérique marginalisera-t-il le droit de la concurrence ? Réflexions à la lumière de l'affaire Epic Games c/ Apple », *Concurrences*, 2021, n°3

« États-Unis : Le Department of Justice et la Federal Trade Commission s'attaquent à l'épineux sujet des « Killers acquisitions » (USA/ Visa ; Facebook / FTC), *Concurrences*, 2021, n°1, pp. 231-235

CHAPMAN (B.), TREBILCOCK (M.), « Punitive Damages : Divergence in Search of Rationale », *Ala. L. Rev.*, 1989, vol. 40, pp. 741-829., spéc. pp. 745-750

CONNOR (J. M.), « The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence », *Concurrences*, n° 4-2006, p. 18

CONNOR (J. M.), LAND (R. H.), « Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays », *Cardozo L. Rev.*, 2012, vol. 34, pp. 427-490

COOTER (R. D.), « Passing On the Monopoly Overcharge: A Further Comment on Economic Theory », *U. Pa. L.Rev.*, 1981, vol. 129, p. 1523

COOTER (R. D.), ROBINFELD (D. L.), « An Economic Model of Legal Discovery », *J. of Legal Studies*, 1994, vol. 23, pp. 435-463

CRANE (D. A.), « Optimizing Private Antitrust Enforcement », *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, pp. 675-723

CRANE (G.), « The Path of Law and Literature », *American Literary History*, 1997, vol. 9, pp. 758-775

DAVIS (R.), « Indirect Purchaser Litigation: ARC America's Chickens Come Home to Roost on the Illinois Brick Wall », *Antitrust Law J.*, vol.65, 1997, p. 375-406

DERFNER (M. F.), « One Giant Step: The Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976 », *St Louis U. L. J.*, 1977, vol. 21, pp. 441-451

DESANTI (S. S.), KOVACIC (W. E.), « Matsushita: Its Construction and Application by the Lower Courts », *Antitrust L. J.*, 1991, vol. 59, pp. 609-653

DICKERSON (Th. A.), MECHMANN (B. V.), « Consumer class actions and coupon settlements : are consumers being shortchanged », *Advancing The Consumer Interest*, 2000, vol. 12, pp.6-10

DODGE (J.), « The Limits of Procedural Private Ordering », *Va. L. Rev.*, 2011, vol. 97, pp. 723-799

EASTERBROOK (F. H.),

« Detrebling Antitrust Damages », *J. L. & Econ.*, 1985, vol. 28, pp. 445-467

« Treble what ? », *Antitrust L. J.*, 1986, vol. 55, pp. 95 et s.

« Discovery as Abuse », *Boston University L. Rev.*, 1989, vol. 69, pp. 635-648

EINSENBURG (T.), MILLER (G.), « Attorney fees in Class Action settlements: an empirical study », *J. of Empirical Legal Studies*, 2004, vol. 1, pp. 27-78

ELZINGA (K. G.), BREIT (W.),

« Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages », *J. L. & Econ.*, 1974, vol. 17, pp. 329-356

« Private Antitrust Enforcement: The New Learning », *J. L. & Econ.*, 1985, vol. 28, pp. 405-443

EMONS (W.), GAROUPA (N.), « The Economics of US-style Contingent fees and UK-style Conditional Fees », May 2004, University of Bern, Departement "Volkswirtschaft"

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC*, vol. 51, 1999, pp. 621-632

FIORINA (M. P.), « Legislative Choice of Regulatory Forms : Legal Processor Administrative Process? », *Pub. Choice*, 1982, vol. 39, pp. 33-66

FIRST (H.), « An Antitrust Remedy For international Price Predation : Lessons From Zenith v. Matsushita », *PAC Rim L. J.*, 1995, vol. 4, pp. 211-248

FIRST (H.), WEBER WALLER (S.), « Antitrust's Democracy Deficit », *Fordham L. Rev.*, 2013, vol. 81, pp. 2543-2574

FITZPATRICK (B.), « Do Class Action Attorneys Make Too Little? », *U. Pa. L. Rev.*, 2011, vol. 58, pp. 2043-2083

FLOYD (C. D.), « Antitrust Victims Without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions », *Minn. L. Rev.*, 1997, vol. 82, pp. 1-72

FOER (A. A.), « Enhancing Competition Through the Cy Pres Remedy: Suggested Best Practices », *American Antitrust Institute*, 2007

FUYUNO (J.), KIRCH (P.), Mc CANN (K.), « US Antitrust Class Action Procedure: What European Lawyers need to know », *Concurrence*, 2008, n°2

GALLIGAN, « Punitive Damages Today and Tomorrow », *Louisiana Law Rev.*, 2010, vol.70, p. 741

GARTH (B. W.), NAGEL (I. H.), PLAYER (S. J.), « The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Actions », *S. Cal. L. Rev.*, 1988, vol. 61, pp. 353-398

GAVIL (A. I.),

« After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line Between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation », *Antitrust L. J.*, 1997, vol. 65, pp. 663-711

« Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation », *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 69, 2001, p. 860 et s.

GELBACH (J. B.), KOBAYASHI (B. H.), « The Law & Economics of Proportionality in Discovery », *Univ. of Penn. Inst. for Law & Econ.*, Research Paper No. 15-1, disp. en ligne : <http://papers.ssm.com/sol3/papers.cftn?abstract-id=2551520>.

GILLES (M.), « Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action », *Mich. L. Rev.*, 2005, vol. 104, pp. 373-430

GILLES (M.), FRIEDMAN (G.), « Exploding the Class Action Agency Costs Myth: the Social Utility of Entrepreneurial Lawyers », *U. Pa. L. Rev.*, 2006, vol 155, pp.103-164

GINSBURG (D.H.), BRANNON (L.), « Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States », *CPI*, 2005, vol. 1, pp. 28-43

GOTANDA (J. Y.), « Punitive Damages : A Comparative Analysis », *Colum. J. Transnational L.*, 2004, vol. 42, pp. 391-444

GOTANDA, (J. Y.), « Punitive Damages : A Comparative Analysis », *Colum. J. Transnational L.*, 2004, vol. 42, pp. 391-444. (ou : Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 2003-6)

GREENE (J.), « The Anticanon », *Harv. L. Rev.*, 2011, vol. 125, p. 379

GREVE (M. S.), « The Private Enforcement of Environmental Law », *Tul. L. Rev.*, 1990, vol. 65, pp. 339-394

GUILFOIL (J. D.), « Private Enforcement of U. S. Antitrust Law », *Antitrust Bull.*, 1965, vol. 10, pp. 747- 777

HADFIELD (G. K.),

« Don't Forget the Lawyers: The Role of Lawyers in Promoting the Rule of Law in Emerging Market Democracies », *Depaul L. Rev.*, 2007, vol. 56, pp. 401-422

« Higher Demand, Lower Supply? A Comparative Assessment of the Legal Resource Landscape for Ordinary Americans », *Fordham Urban L. J.*, 2010, vol. 37, pp. 129-156

HANDLER (M.), « The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits – The Twenty-Third Annual Antitrust Review », *Colum. L. Rev.*, 1971, vol. 71, pp. 1-36

HASKETT (D. L.), « Locus Standi and Public Interest », *Canada U.S. L. J.*, 1981, vol. 4, pp. 39-89

HAWK (B. E.), « Public and Private Enforcement of Merger Law in the United States », in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations (Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes les 22 et 23 novembre 1993)*, Luxembourg 1994, pp. 79 et s.

HENSLER (D. R.),

« Revisiting the Monster: New Myths and Reality of Class Action », *Duke J. of Comp & Int.*, 1981, vol. 11, pp. 179-213

« The Globalization of Class Actions: An Overview », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2009, vol. 622, pp. 7-29

« Happy 50th Anniversary, Rule 23: Shouldn't We Know You Better after All This Time », *U. Pa. L. Rev.*, 2017, vol 165, pp. 1599-1623

HENSLER (D. R.), ROWE (T. D. Jr.), « Beyond “It Just Ain't Worth It” : Alternative Strategies for Damage Class Action Reform », *Law & Contemp. Probs.*, 2001, vol. 64, pp. 137-161

HODAS (D. R.), « Enforcement of Environmental Law in a Triangular Federal System », *Md. L. Rev.*, 1995, vol. 54, pp. 1552-1657

HOMBURGER (A.), « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », *Buffalo L. Rev.*, 1974, vol. 23, pp. 343-410

HORTON (D.), « Arbitration as Delegation », *NYU L. Rev.*, 2011, vol. 86, pp. 437-499

HOVENKAMP (H.),

« Antitrust Trade and Regulation – Antitrust Standing – Apple Inc. V. Pepper » *Harv. L. Rev.*, 2019, vol. 133, pp. 382- 391

« Apple v. Pepper : Rationalizing Antitrust’s Indirect Purchaser Rule », *Columbia L. Rev.*, 2020, pp. 14-28

JAFFE (L.), « The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff », *U. Pa. L. Rev.*, 1968, vol. 116, pp. 1033-1047

JOHNSON (S. M.), « Private Plaintiffs, Public Rights: Article II and Environmental Citizen Suits », *U. Kan. L. Rev.*, 2001, vol. 49 pp. 383-421

JOLLS (C.), **SUNSTEIN (C. R.)**, **THALER (R.)**, « A Behavioral Approach to Law and Economics », *Stan. L. Rev.*, 1998, vol. 50, pp. 1471-1550

JONES (C. A.), « Exporting Antitrust Courtrooms to the World : Private Enforcement in a Global Market », *Loyola Consumer L. Rev.*, 2004, vol.16, p. 409

KALVEN (H. JR), **ROSENFELD (M.)**, « The Contemporary Function of the Class Suit », *U. Chi. L. Rev.*, 1941, vol. 8, pp. 684-721

KAPLAN (B.), « Continuing Work of the Civil Committee:1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (1) », *Harv. L. Rev.*, 1967, vol. 81, pp. 356-416

KARLAN (P. S.), « Disarming the Private Attorney General », *U. Ill. L. Rev.*, 2003, vol. 1, pp. 183-210

KAUPER (T. E.), **SNYDER (E. A.)**, « An Inquiry into the Efficiency of Private Antitrust Enforcement : Follow-on and Independently Initiated Cases Compared », *Geo. L. J.*, 1986, vol. 74, p. 1163- 1230

KAY ESQUIBEL (A.), « Protecting Competition: The Role of Compensation and Deterrence for Improved Antitrust Enforcement », *Florida L. Rev.*, 1989, vol. 41, pp. 153-177

KHAN (L.),

« Amazon’s Antitrust Paradox », *Yale L. J.*, vol. 126, 2017, pp. 710- 805

« The New Brandeis Movement : America’s Antimonopoly Debate », *J. of Euro. Comp. L. & Practice*, 2018, vol. 9, pp. 131-132

KLONOFF (R. H.), « The Decline of Class Actions », *Wash. U. L. Rev.*, 2013, vol. 90, pp. 729-838

KLUG (H.), « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the “Rise of World Constitutionalism” », *Wis. L. Rev.*, 2000, p. 597

KNIGHT (W. S. W.), « Public policy in English Law », *L. Q. Rev.*, 1922, vol. 38, p. 215

KOHN (H. E.), **KAPLAN (A. M.)**, « The Antitrust Class Suit: A Manageable Instrument for Social Justice », *Antitrust L. J.*, 1972, vol 41, pp. 292-300

KOVACIC (E.), « Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement », *Chi.-Kent L. Rev.*, 2001, vol. 77, pp. 265-315

KOZIOL (H.), « Punitive Damages - A European Perspective », *Louisiana L. Rev.*, 2008, vol. 68, p. 741

KRITZER (H. M.), « The English Rule: Searching for Winners in a Loser Pays System », *ABA Journal*, 1992, vol. 78, pp. 54-58

LANDE (R. H.),

« Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged », *Hastings L. J.*, 1982, vol. 34, pp. 65-151

« Are Antitrust “Treble” Damages Really Single Damages ? », *Ohio St. L. J.*, 1993, vol. 54, pp. 115-174

« Five myths about Antitrust Damages », *University of San Francisco L. Rev.*, 2006, vol. 40, pp. 651-674

LANDE (R. H.), DAVIS (J. P.),

« Benefits from Private Antitrust Enforcement: an Analysis of Forty Cases », *University of San Francisco L. Rev.*, 2008, vol. 42, pp. 879-915

« Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal enforcement of US Antitrust Law », *Buy L. Rev.*, 2011, vol. 2, pp. 315-389

« Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement », *Georgia L. Rev.*, 2013, vol 48, pp.1-81

« Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement », *Seattle University L. Rev.*, 2013, vol. 36, pp. 1269-1317

LANDES (W. M.), « Optimal Sanctions for Antitrust Violations », *U. Chi. L. Rev.*, 1983, vol. 50, pp. 652-678

LANDES (W. M.), POSNER (R. A.),

« The Private Enforcement of Law », *J. Legal Stud.*, 1975, vol. 4, pp. 1-46

« Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick », *U. Chi. L. Rev.*, 1979, vol. 46, p. 602

« The Economics of Passing On: A reply to Harris and Sullivan », *U. Pa. L. Rev.*, 1980, vol. 128, p. 1274

LANG (C. G.), « Class actions and the US Antitrust Law: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Law Value Claims », *W. Comp.*, 2001, vol. 24, p. 286

LAWRENCE (S.), « Participation through Mobilization of the Law: Institutions Providing Indigents with Access to the Civil Courts », *Polity*, 1991, pp. 423-442

LEMONS (M. H.), « The Consequences of Congress’s Choice of Delegate: Judicial and Agency Interpretations of Title VII », *Vand. L. Rev.*, 2010, vol. 63, pp. 308-359

LESLEY (C. M.), « Making Rule 23 Ideal: Using a Multifactor Test to Evaluate the Admissibility of Evidence at Class Certification », *Michigan L. Rev.*, 2019, vol. 118, pp. 149-171

LESLIE (C. R.), « De Facto Deterbling: The Rush to Settlement in Antitrust Class Action Litigation », *Ariz. L. Rev.*, 2008, vol. 50, p. 1009-1053

LEWIS (B. W.), « The “Consumer” and “Public” Interests under public regulation », *J. Pol. Econ.*, 1938, vol. 46, p. 97

MACINTYRE (E.), « The Role of the Private Litigant in Antitrust Enforcement », *Antitrust Bull.*, 1962, vol. 7., pp. 113-129

MARTY (F.), « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence, une mise en perspective sur la base de l’histoire de l’antitrust américain », *RIDE*, 2014, vol. 28, pp. 471-497

MCCONNAUGHAY (P. J.), « Reviving the “Public Law Taboo” in International Conflict of Laws », *Stan. J. Int’l L.*, 1999, vol. 35, pp. 255-312

MCGOVERN (F. E.), « Punitive Damages and Class Actions », *Louisiana L. Rev.*, 2010, vol. 70, pp. 435-462

MELTZER (D.), « Deterring Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants As Private Attorneys General », *Colum. L. Rev.*, 1988, vol. 88, pp. 247-328

MILLER (A. R.),

« Class Actions and Employment Discrimination under Title VII of the Civil Rights Act of 1964 », *Miss. L. I. J.*, 1972, vol. 43, p. 275

« Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the Class Action Problem », *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 92, pp. 664-694

MOLOT (J. T.), « Reexamining Marbury in the Administrative State: A Structural and Institutional Defense of Judicial Power over Statutory Interpretation », *NYU L. Rev.*, 2002, vol. 96, pp. 1239-1338

MULLENIX (L. S.),

« Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences of Unfounded Rulemaking », *Stanford L. Rev.*, 1994, vol. 46, pp. 1393-1445

« Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action », *Emory L. J.*, 2014, vol. 64, pp. 399-449

NAGAREDA (R. A.), « Aggregation and Its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA », *Colum. L. Rev.*, 2006, vol. 106, pp. 1872-1923

NANNES (J.), « Le private enforcement : l’expérience américaine », *Concurrence & consommation*, n° 153, juin 2007, Numéro spécial, p. 27-30

NORLANDER (K.), « Discovering Discovery – US Discovery of EC Leniency Statements », *ECLR*, 2004, Issue 10, p. 646.

PAGE (W. H.),

« Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury », *U. Chi. L. Rev.*, 1980, vol. 47, pp. 467-504

« Class Certification in the Microsoft Indirect Purchaser Litigation », *J. Comp. L. & Econ.*, 2005, vol. 1, pp. 303-338

« The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust injury, and Evidentiary Sufficiency », *Va. L. Rev.*, 1989, vol. 75, pp. 1221-1308

« The Scope of Liability for Antitrust Violations », *Stan. L. Rev.*, 1985, vol. 37, pp. 1445-1512

PERCIVAL (V.), MILLER (G. P.), « The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation », *Law Contemp. Probs*, 1984, vol. 47, p. 233

PLAIDY (C.), « La réforme de la politique de concurrence aux États-Unis », *Contrats Conc. Conso.*, 2004, Étude pp. 7 et s

POLINSKY (A. M.),

« Private versus Public Enforcement of Fines », *J. Legal Stud.*, 1980, vol. 9, pp. 105-127

« Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement », *Geo. L. J.*, 1986, vol. 74, pp. 1231-1236

POSNER (R.), « The Chicago School of Antitrust Analysis », *U. Pa. L. Rev.*, 1997, vol 127, p. 92

RAJABIUN (R.), « Private Enforcement and Judicial Discretion in the Evolution of Antitrust in the United States », *J. of Competition L. & Eco.*, 2012, vol. 8, pp. 187-230

ROACH (K.), TREBILOCK (M. J.), « Private Enforcement of Competition Laws », *Osgoode Hall L. J.*, 1996, vol. 34, pp. 462-508

RODA (J.-C.), « La Cour suprême des États-Unis confirme que les “class arbitrations waivers” sont valables et doivent être appliqués strictement (American Express / Italian Colors Restaurant) », *Concurrences*, n° 3-2013, p. 183

RODA (J.-C.),

« USA : La cour d’appel du septième circuit facilite la tâche des plaignants américains pour leurs poursuites à l’encontre de cartels étrangers (Min-Che, Atrium), *Concurrences*, n°4/2012

« La Cour suprême des États-Unis rejette la certification d’une class action en matière d’antitrust et complique la tâche des plaignants (Comcast Corp. / Behrend) », *Concurrences*, n°2-2013, p. 195

« Le tribunal du district nord de Californie ordonne à la Federal Trade Commission de produire des documents contre l’avis de plusieurs autorités étrangères de concurrence (FTC v. Qualcomm Inc.) », *Concurrences*, n° 2-2018, pp. 211-212

« La Cour suprême des États-Unis juge que les utilisateurs d'Applications pour téléphones sont des acheteurs directs et ont qualité à agir contre la plateforme qui les distribue (*Apple / Pepper*), 13 mai 2019 », *Concurrences* n° 3-2019, pp. 208-211

ROSENBERG (D.),

« Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases », *N.Y.U. L. Rev.*, 1996, vol. 71, p. 210

« Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss », *Va. L. Rev.*, 2002, vol. 88, p. 1871

ROWE (T. D. Jr.), « State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences from – and Lessons for – Federal Rule 23 », *W. St. U. L. Rev.*, 2008, vol. 35, pp. 101-102

RUSSELL (T.), « Exporting Class actions to the European Union », *Boston U. Int. L. J.*, vol., 28, 2010, pp. 145-148

SALOP (S. C.), WHITE (L. J.), « Economic Analysis of Private Antitrust Litigation », *Geo. L. J.*, 1986, vol. 74, pp. 1001 et s.

SANT'AMBROGIO (M.), « Private Enforcement in Administrative Court », *Vanderbilt L. Rev.*, 2019, vol. 72, pp. 425-500

SARRIS (V.), « The Efficiency of Private Antitrust Enforcement : The “Illinois Brick” decision », *Yale University*, 1979

SCHEUERMAN (B.), « Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Actions », *Missouri L. Rev.*, 2009, vol. 74, pp. 103-152

SCHMIDT (A. H.), « Challenging the Supreme Court's American Express Decision Under the First Amendment Petition Clause », *Antitrust*, 2014, vol. 28, pp. 39-45

SCHWARTZ (M. J.), « An Overview of the Economics of Antitrust Enforcement », *Geo. L. J.*, 1980, vol. 68, p. 1075-1102

SCHWARTZ (E.), SILVERMAN (C.), « Common-Sense Construction of Consumer Protection Acts », *Kansas L. Rev.*, 2005, vol. 54, pp. 1-72

SCHWARTZ (M. J.), MITCHELL (D. J. B.), « An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal Injury Litigation », *Stan. L. Rev.*, 1970, vol. 22, pp. 1125-1162

SCHWARZER (W. W.), « Structuring Multiclaime Litigation: Should Rule 23 Be Revised? », *Mich. L. Rev.*, 1996, vol 94, pp. 1250-1266

SEBOK (A. J.), « What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today », *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, vol. 78, p.163

SHAMAN (J. F.), « On the 100th Anniversary of *Lochner v. New York* », *Tennessee L. Rev.*, 2005, vol. 72, p. 455

SHAVELL (S.), « The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System », *J. Legal Stud.*, vol. 26, pp. 575-612

SILBERMAN (L.), « The Vicissitudes of the American Class Action—With a Comparative Eye », *Tul. J. INT'L & Comp. L.*, 1999, vol. 7, pp. 201-218

SIMON (W.), « Class Actions – Useful Tool or Engine of Destruction », *F.R.D.*, 1973, vol. 55, p. 375

SNYDER (E. A.), KAUPER (T. E.), « Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff », *Mich. L. Rev.*, 1991, vol. 90, pp. 551-603

SOUTY (F.),

« Droit antitrust, concurrence et innovation : réflexions sur les origines et les objectifs de la politique de la concurrence », *RLC*, 2012/31, n° 2086

« La Cour suprême des États-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel v. AMD* », *LPA*, 21 sept. 2004, pp. 3 et s.

« Sanctions et réparations en droit antitrust des États-Unis », *RLC*, 2015/43, n°2770

SOUTY (F.), DAUDRET-JOHN (F.), « Class action : arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Bell Atlantic Corp. V. Twombly* », *Concurrences*, 2007, pp. 155-157

STEDMAN (R. W.), « Consent Decrees and Private Antitrust Actions : An Antitrust Dilemma », *Cal. L. Rev.*, 1965, vol. 53, pp. 627 et s

STEWART (R. B.), « The Reformation of American Administrative Law », *Harv. L. Rev.*, 1975, vol. 88, pp. 1667-1813

STRAUSS (D. A.), « Why Was *Lochner* Wrong? », *U. Chi. L. Rev.*, 2003, vol. 70, p. 373

SUBRIN (S. N.), « How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective », *University of Pennsylvania L. Rev.*, 1987, vol. 135, pp. 909-1002

SULLIVAN (L. A.), « Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, judges, and Enforcement Officials in a Less Determinate World », *Antitrust L. J.*, 1995, vol. 63, pp. 669-681

SUNSTEIN (C. R.) et al., « Assessing Punitive Damages », *Yale L. J.*, 1998, vol. 107, pp. 2071-2074

THOMPSON (B. H., Jr.), « The Continuing Innovation of Citizen Enforcement », *U. Ill. L. Rev.*, 2000, pp. 185-236

VITON (P. A.), WINSTON (C. M.), « Passing On the Monopoly Overcharge: The Welfare Implications », *U. Pa. L. Rev.*, 1981, vol. 129, p. 1516

WEBER WALLER (S.), « The Incoherence of Punishment in Antitrust », *Chicago-Kent L. Rev.*, 2003, vol. 78, pp. 207-238

WELLS (M.), « A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages », *Louisiana L. Rev.*, 2010, vol. 70, p. 557

WHEELER (M. E.), « Antitrust Treble-Damage Actions: Do They Work? », *Cal. L. Rev.*, 1973, vol. 61, p. 1319-1352

WILS (W.), « The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages », *World World Competition Law and Eco. Rev.*, vol. 32, 2009

WINFIELD (P. H.), « Public Policy in the English Common Law », *Harv. L. Rev.*, 1928, vol. 42, n°1

ZAMBRANO (D.), « A Comity of Errors : The Rise, Fall, and Return of International Comity in Transnational Discovery ? », *Berkeley Law J.*, vol. 34, 2016, pp. 157-215

ZEMANS (F. K.),

« Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System », *American Political Science Rev.*, 1983, vol. 77, pp. 690-703

« Fee Shifting and the Implementation of Public Policy », *Law Contemp. Probs*, 1984, vol. 47 pp. 187-210

ZOLLER (É.), « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, vol. 294, pp. 39-166

ZOLLER (É.), « Présentation de la Cour suprême des États-Unis », *Cah. du Cons. const.*, 1998, n° 5, pp. 34-43

« Exemplary Damages in the Law of Torts », *Harv. L. Rev.*, 1957, vol. 70, pp. 517 et s.

« Developments in the Law- Class Actions », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, pp. 1319-1644.

III- DROIT COMPARE (THEORIE ET METHODE)

A) Ouvrages

BANAKAR (R.), TRAVERS (M.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, en particulier : R. MICHAELS, « The Fonctionnal Method of Comparative Law », p. 339

CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd. 1995, en particulier : « À beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger »

CARPANO (E.), MAZUYER (E.), *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Gualino, 2009

CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé, tome II, La méthodologie comparative*, LGDJ, 1974

CUNIBERTI (G.), *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011

DAVID (D.), GORE (M.), JAUFFRET SPINOSI (C.), *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016

DAVID (D.), *Le droit comparé droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982

FAIRGRIEVE (D.), MUIR WATT (H.), *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, 2006

- FRANKENBERG (G.)**, *Comparative Law as critique*, Elgar Studies, 2019
- GEMAR (J.-C.), KASIRER (N.)**, (dir.), *Jurilinguistique : entre langue et droit*, Bruylant, 2005, en particulier : O. MORETEAU, « Premiers pas dans la comparaison des droits », p. 407
- GLENDON (M. A.), GORDON (M. W.), OSAKWE (Ch.)**, *Comparative legal traditions*, 2nd ed., 1994
- GLENN (H. P.)**, *Legal Traditions of the World*, 4th ed., Oxford University Press, 2010
- GUTTERIDGE (H. C.)**, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge University Press, 1946
- LAITHIER (Y.-M.)**, *Droit comparé*, Dalloz, 2009
- LAMBERT (E.)**, (Mél.), *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT*, t.1, LGDJ, 1938, en particulier : E. RABEL, « Unification du droit de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types des divers commerces », pp. 688 et s.
- LEGRAND (P.)**, (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009
- LEGRAND (P.)**, *Le droit comparé*, PUF, 6^{ème} éd., 2016
- LEGRAND (P.), MUNDAY (R.)**, (dir.), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, en particulier : M. M. GRAZIADEI, « The Functionalist Heritage », pp. 100-127
- PONTHOREAU (M. -C.)**, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, 2010
- RAMBAUD (Th.)**, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, 2014
- SACCO (R.)**, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991
- SAMUEL (G.)**, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, 2014
- VAN HOECKE (M.)**, (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, 2004
- VANDERLINDEN (J.)**, *Comparer les droits*, E. Story-Scientia, 1995
- ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.)**, (trad. T. WEIR), *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, 1998

B) Chroniques, articles et commentaires

- CARBONNIER (J.)**, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », *RIDC*, 1969
- FLETCHER (G.P.)**, « Comparative Law as a Subversive Discipline », *Am. Jour. Comp. Law*, 1998, p. 683

FRANKENBERG (G.), « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », *Harvard International L. J.*, vol. 26, 1985, p. 414 et s.

GLENN (H. P.),

« La civilisation de la *common law* », *RIDC*, 1993, vol. 3, p. 559

« La tradition juridique nationale », *RIDC*, 2003, vol. 2, p. 263

HELMHOLZ (R. H.), « Continental law and Common law : Historical Strangers of Companions ? », *Duke L. J.*, 1990, vol. 39, p. 1207-1228

HUSA (J.), « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility ? », *RIDC*, vol. 4, 2006, p. 1095, spéc. p. 1099

IDOT (L.), « Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur une rencontre indispensable », in X. BLANC-JOUVAN, (Mél.), *De tous horizons*, LGDJ 2005, p. 292 et s.

JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspectives, *RIDC*, vol. 1, 2005, pp. 29-48

KAGAN (R. A.), « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 471-495

KÖTZ (H.), « Comparative Law in Germany today », *RIDC*, 1999, vol. 4, pp. 753-758

LEGRAND (P.), « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, 1999, pp. 1053- 1071

MARKESINIS (B.), « Unité ou divergence ; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC*, vol. 4, 2001, p. 807 et s.

MASTOR (W.), « L'épreuve de la comparaison en droit. Réaction et adresse aux jeunes comparatistes », *Les Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 2020, vol. 3, pp. 1424-1438

MATTEI (U.), « Efficiency in Legal Transplants : An Essay in Comparative Law and Economies », *Internat. Rev. Law & Economies*, 1994, vol. 3

MERRYMAN (J.), « The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law », *J. Pub. L.*, 1968, vol. 17, p. 3

MORISSETTE (Y.-M.), « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *RIDC*, 2013, vol. 65, n°3, pp. 613-636

MUIR WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 3, pp. 503 et s.

MUIR WATT (H.), « Les forces de résistances à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, pp. 37 et s.

OGUS (A.), « Competition between National legal systems: A contribution of economic analysis to Comparative Law », *ICLQ* 1999, vol. 84, pp. 405-418

PFERSMANN (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, vol. 2, p. 287

PICARD (É.), « L'état du droit comparé en France », *RIDC*, 1999, vol. 4, pp. 885-915

PONTHOREAU (M. -C.),

« Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, vol. 1, p. 7, spéc. p. 8

« Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », *RIDC*, 2015, vol. 67, pp. 299-315

SCHLESINGER (R. B.), « The Past and Future of Comparative Law », *American J. of Comp. L.*, 1995, vol. 43, p. 477

SEFTON-GREEN (R.), « Compare and contrast : monstre à deux têtes », *RIDC*, 2002, vol. 54, pp. 85-95

STÜRNER (R.), « Procédure civile et culture juridique », *RIDC*, 2004, vol. 4, pp. 1053-1071

« Numéro spécial : L'américanisation du droit », *Arch. Phil. Dr. t.45*, 2001, en particulier :

- B. AUDIT, « L'américanisation du droit, Introduction », pp. 7-11
- L. CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité », pp. 89-115
- J.-Cl. MAGENDIE, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », pp. 13-19
- H. MUIR WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », pp. 29-36

IV- THEORIE GENERALE, METHODE ET THEORIE DE LA PROCEDURE

A) Ouvrages

ARLETTAZ (J.), BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Acte du colloque du 12 déc. 2014, Pedone, 2015, en particulier :

- L. MAURIN, « Le droit privé échappe-t-il au mouvement d'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux ? », pp. 43-53
- R. TINIERE, « La Cour de justice de l'Union européenne protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union européenne », pp. 77-91
- A. ANTOINE, « L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Le cas britannique », pp. 95-110

AUBY (J.-B.), FREEDLAND (M.), (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2004

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012

BURBANK (S. B.), FARHANG (S.), *Rights Retrenchment: The Counterrevolution Against Federal Litigation*, Cambridge University Press, 2017

BURKE (T. F.), *Lawyers, lawsuits, and legal rights: the battle over litigation in American society*, University of California Press, 2002

- CAPPELLETTI (M.),** *Le pouvoir des juges*, PUAM Economica, 1990
- CARBONNIER (J.),**
Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996
Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ 10^e éd., 2014
Sociologie juridique, 3^{ème} éd., PUF, 2016
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.),** *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2016
- CHEROT (J-Y), FRYDMAN (B.), (dir.),** *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, en particulier : B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », pp.17-48
- CHEVALLIER (J.),** *L'État post moderne*, LGDJ, 2017
- COHEN-TANUGI (L.),** *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985
- COMMAILLE (J.),** *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015
- DABIN (J.),** *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- DE ALMEIDA RIBEIRO (G.),** *The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*, Hart Publishing, 2019
- FARHANG (S.),** *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States*, Princeton University Press, 2010
- FRYDMAN (B.),** *Le sens des lois*, LGDJ, 2005
- GOTTWALD (P.), HESS (B.) (dir.),** *Procedural Justice*, Gieseking-Verlag, 2014, en particulier : S. B. BURBANK, S. FARHANG, H. M. KRITZER, « Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries) », pp. 197-318
- IONESCU (O.),** *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, 2^{ème} éd, 1978
- JESTAZ. (P.), JAMIN (C.),** *La doctrine*, Dalloz, 2004
- KAGAN (R. A.),** *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2th ed., 2019
- KELEMEN (R.D.),** *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, 2011
- LAFERRIERE (E.),** *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome I, BERGER LEVRAULT et C., Libraires-éditeurs, 2^{ème} éd., 1887
- LAHAV (A.),** *In Praise of Litigation*, Oxford University Press, 2017
- LEBON (L.), MEZAGUER (M.), PEIFFERT (O.),** *Études européennes critiques. Actes de la Première journée Jeune recherche de l'Association française des études européennes (AFÉE)*, Nice, 19 oct. 2018, Pedone, 2020, en particulier : A. CRAVAREZZA, J. GRANGEON, « Du bon usage de la critique en droit de l'Union européenne », pp. 25 et s.

- LEONARD (T.)**, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Larcier, 2005
- MIAILLE (M.)**, (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995
- MIAILLE (M.)**, *Une introduction critique du droit*, F. Maspero, 1976
- MOTULSKY (H.)**, *Les principes de la réalisation méthodique du droit : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002
- NUSSBAUM (M.)**, *L'art d'être juste*, Climats Essais, 2015
- OST (F.)**, (dir.), *Droit et intérêt. Volume 2, Entre droit et non-droit*, Université Saint-Louis, 1990
- OST (F.)**, *À quoi sert le droit*, Bruylant, 2016
- OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Université Saint Louis, 2010
- RAYNAUD (P.)**, (Mél.), Dalloz, 1985, en particulier : P. HEBRAUD, « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », pp. 854 et s.
- ROUBIER (P.)**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, réimpr. 2005
- ROMAN (D.)**, *La cause des droits : écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2022
- SUEUR (J.-J.)**, *Recherches sur le concept de droit subjectif*, Thèse, Nice, 1980
- TROPER (M.)** et **CHAGNOLLAUD (D.)** (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, t. 3, 2012, en particulier : I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », pp. 706-735
- VIZIOZ (H.)**, *Études de procédure*, Paris, 1956
- VON IHERING (R.)**, *Le combat pour le droit*, Durand et Pedone-Lauriel, 1875
- VON JHERING (R.)** (Trad. O. DE MEULENAERE), *Esprit du droit romain, tome 3*, éd. A. Marescq aîné et F. Clemm 1890

B) Chroniques, articles et commentaires

BURBANK (S. B.),

- « Procedure, Politics and Power: The Role of Congress », *Notre Dame L. Rev.*, 2004, vol. 79, pp. 1677-1744
- « Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah ? », *J. of Empirical Legal Studies*, 2004, vol. 1, pp. 591-626
- « Judicial Accountability to the Past, Present, and Future: Precedent, Politics and Power », *University of Arkansas at Little Rock L. Rev.*, 2005, vol. 28, pp. 19-61

« The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View », *University of Pennsylvania L. Rev.*, 2008, vol. 156, pp. 1439-1551

« Pleading and the Dilemmas of Modern American Procedure », *American Judicature Society*, 2009, vol. 93, pp. 109-120

« Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States », *Int'L Lis*, 2011, pp. 153 et s.

« Proportionality and the Social Benefits of Discovery: Out of Sight and Out of Mind? », *Rev. Litig*, 2015, vol. 34, pp. 647-654

BURBANK (S.), FARHANG (S.),

« Litigation Reform: An Institutional Approach », *U. of Pennsylvania L. Rev.*, 2014, vol. 162, pp. 1543-1618

« Federal Court Rulemaking and Litigation Reform: An Institutional Approach », *Nev. L. J.*, 2015, vol. 15, pp. 1559 et s.

« Class Actions and the Counterrevolution Against Federal Litigation », *U. Pa. L. Rev.*, 2017, vol. 165, pp. 1495-1530

« Rights Retrenchment in the Trump Era », *Fordham L. Rev.*, 2018, vol. 87, pp. 37-64

BURBANK (S. B.), FARHANG (S.), KRITZER (H. M.), « Private enforcement », *Lewis & Clark L. Rev.*, 2013, vol. 17, pp. 637-722

BURBANK (S. B.), SUBRIN (S. N.), « Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial », *Harvard Civil Rights - Civil Liberties L. Rev.*, 2011, vol. 46, pp. 399-414

CAILLOSSE (J.), « Le public et le privé », *Arch. Phil. Dr.*, 1997

CAPPELLETTI (M.),

« Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study », *Mich. L. Rev.*, 1975, vol. 73, p. 793

« La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », *RIDC*, 1975, vol. 3, pp. 571-597

« Vindicating the Public Interest Through The Courts: a comparativist's contribution », *Buff. L. Rev.*, 1976, vol. 25, pp. 643-690

CHASE (O. G.), « American "Exceptionalism" and Comparative Procedure », *American J. of Comp. L.*, 2002, vol. 50, pp. 277-301

CHAYES (A.), « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, pp. 1281-1316

COFFEE (J. C.),

« Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working », *Md. L. Rev.*, 1983, vol. 42, pp. 215- 288

« Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions », *Columb. L. Rev.*, 1986, vol. 86, pp. 669-727

COHEN (M. A.), RUBIN (P.H.), « Private Enforcement of Public Policy », *Yale J. on Reg.*, 1985, vol. 3, pp. 167-193

COUTURE (E.), « Le procès comme institution », *RIDC*, 1950, vol. 2, p. 276

FARHANG (S.),

« Congressional Mobilization of Private Litigants: Evidence from the Civil Rights Act of 1991 », *J. Empirical Legal Stud.*, 2009, vol. 6, pp. 1-34

« The Political Development of Job Discrimination Litigation, 1963-1976 », *Stud. Am. Pol. Dev.*, 2009, vol. 23, p. 24

FISS (O. W.),

« Foreword: The Forms of Justice », *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 93, pp. 1-58

« The Political Theory of the Class Action », *Wash. & Lee L. Rev.*, 1996, vol. 53, pp. 21-31

FRISON ROCHE (M.-A.), « Vers le droit processuel économique », *Revue Justices*, 1995, p. 91

GLOVER (J. M.),

« "Encroachments and Oppressions": The Corporatization of Procedure and the Decline of Rule of Law », *Fordham L. Rev.*, 2018, vol. 86, pp. 2113-2130

« A Regulatory Theory of Legal Claims », *Vand. L. Rev.*, 2017, vol. 70, pp. 221-309

« Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements », *Vand. L. Rev.*, 2006, vol. 59, pp. 1735-1764

« The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law », *WM. & Mary L. Rev.*, 2012, vol. 53, pp. 1137-1217

« The Federal Rules of Civil Settlement », *NYU L. Rev.*, 2012, vol. 87, pp. 101-167.

HORWITZ (M. J.), « The History of the Public/ Private Distinction », *U. Pa. L. Rev.*, 1982, vol. 130, pp. 1423-1428

ISSACHAROFF (S.),

« Group Litigation of Consumer claims: Lessons from the US Experience », *Tex Int L. J.*, 1999, vol. 34, pp. 135-150

« Regulating After the Fact », *DePaul L. Rev.*, 2007, vol. 56, pp. 375-388

KAGAN (R. A.),

« American and European ways of law : six entrenched differences », Institute of European Studies, paper n°060407, 2006, p. 11

« L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine"? », *Droit et Société*, n° 48, 2001, pp. 471-495

KELEMEN (R. D.),

« Americanisation of European Law? Adversarial Legalism à l'européenne », *European Political Science* 2008, vol. 7, pp. 32-42

« Suing for Europe: Adversarial Legalism and European Governance », *Comparative Political Studies*, 2006, vol. 39, pp. 101-127

MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle un archaïsme ? », *JCP A*, 2005, n° 30

MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. philo. Dr.*, 1964, repris in *Écrits*, Dalloz, 1973, p. 85

OST (F.), BAILLEUX (A.), « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, pp. 25-44

POUND (R.),

« Do We Need a Philosophy of Law? », *Columbia L. Rev.*, 1905, vol. 5, pp. 339-353

« Liberty of Contract », *Yale L. J.*, 1909, vol. 18, p. 454

« The Deviation of American Law from English Law », *Law Quarterly Rev.*, 1951, vol. 67, pp. 46-66

ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », *Arch. Phil. dr.*, 1960, p. 81

STEPHENSON (M.-C.),

« Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts », *Harv. L. Rev.*, 2006, vol. 119, pp. 1035-1070

« Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies », *Va. L. Rev.*, 2005, vol. 91, pp. 93-173

TESTU (Fr-X.), « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 345

ZENATI (F.), « Le procès, lieu du social », *Arch. Phil. dr.*, 1995, T. 39, pp. 329 et s.

« Court Awarded Attorney's Fees and Equal Access to the Courts », *U. Pa. L. Rev.*, 1974, vol. 122, pp. 636-712

« Private Attorneys-General Group Action in the Fight for Civil Liberties », *Yale L. J.*, 1949, vol. 58, pp. 574-598

V- RAPPORTS, TEXTES OFFICIELS

A) Rapports

1) Rapports officiels

Assemblée nationale :

- CHATEL (L.), *Rapport de la mission parlementaire sur l'information, la représentation et la protection du consommateur*, La Documentation française, 9 juill. 2003
- CERUTTI (G.) et GUILLAUME (M.), *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, 2005
- LAFFINEUR (M.), *Rapport d'information sur le livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (COM [2005] 672 final / E 3047)*, n° 3200, 28 juin 2006
- GAUVAIN (R.), D'URSO (C.), DAMAIS (A.) et JEMAI (S.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, 26 juin 2019
- GOSSELIN (P.), VICHNIEVSKY (L.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, 11 juin 2020, n° 3085

Commission européenne

- *Thirteenth Report on Competition policy*, Brussels, Luxembourg, 1984
- *Fifteenth Report on Competition Policy*, 1990
- Rapport Ashurst, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules : Comparative Report*, 2004
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen *concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, 2013/396/UE, COM (2018) 40 final, 25 janv. 2018
- Rapport de la Commission du 14 déc. 2020 *on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, SWD (2020) 338 final

Conseil d'État :

- *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public 1999, EDCE n° 50, 1999, p. 257.

Conseil de la concurrence :

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

Cour d'appel de Paris :

- *Fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique*, mars 2021

Parlement européen :

- *Rapport sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Parl. Eur. 9 mars 2009
- *Rapport P. SVOBODA sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances*, du 16 juill. 2018
- *Rapport R. PANIZZA, (dir.) 2018, Collective redress in the Member States of the European Union*, PE 608.829
- *Résolution législative du Parlement européen du 13 févr. 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances*

Sénat :

- **ANZIANI (A.), BETEILLE (L.)**, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, n° 558 (2008-2009)
- *Les actions de groupe*, série Législation comparée, document de travail du Sénat n° LC 206, mai 2010
- **BIGOT (J.), REICHARDT (A.)**, *Responsabilité civile : 23 propositions pour faire aboutir une réforme annoncée*, n° 663 (2019-2020) - 22 juill. 2020

CATALA (P.), (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (article 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport remis à M Pascal CLEMENT, Garde de Sceaux, sept. 2005

CERUTTI (G.), GUILLAUME (M.), *Rapport sur l'action de groupe*, remis à M Thierry Breton, ministre de l'économie des finances et de l'industrie et Pascal Clément, garde des sceaux, 16 déc. 2005

ENCAOUA (D.), GUESNERIE (R.), *Rapport sur les politiques de la concurrence*, La Documentation française, 2006

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-3030 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, JORF N° 0059 du 10 mars 2017, texte n° 28

2) Autres rapports

ROCHFELD (J.), CORNU (M.), MARTIN (G. J.), (dir.), *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche, n° 17-34, avr. 2021

TERRA NOVA, *Pour une approche civile et civique de la justice écologique*, 20 oct. 2021

TORRE-SCHAUB (M.), (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique Usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Rapport final de recherche, déc. 2019

B) Textes de l'Union

1) Règlements et propositions de règlement

Règl. n° 44/2001 du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L012 du 16 janv. 2001

Règl. (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOCE 31.5.2001, L 145/43

Règl. n° 1/2003 du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE n° L 1/1 du 4 janv. 2003

Règl. n° 773/2004 de la Commission du 7 avr. 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOCE n° L 123 du 27 avr. 2004

Règl. n° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, JOUE n° L 171 du 1 juill. 2008

Règl. n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), JOUE n° L 199/40, 31 juill. 2007

Règl. n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (« Bruxelles I bis »), JOUE n° L 351, 20 déc. 2012 (« Bruxelles I bis »)

Proposition de règlement du 12 mars 2018 sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances, COM/2018/96 final

Proposition de règlement du 15 déc. 2020 visant à mettre en place une législation sur les marchés du numérique (*Digital Market Act*), COM/2020/842 final

Proposition règlement du 15 déc. 2020 visant à mettre en place une législation sur les services du numérique (*Digital Service Act*), COM/2020/825 final

2) Directives et propositions de directive

Dir. 93/13/ CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° L 95 du 21 avr. 1993

Dir. 2004/35 du 21 avr. 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOCE n° L 143 du 30 avr. 2004

Dir. 2014/104/UE du 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE n° L 349/1 du 5 déc. 2014

Dir. (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE n° L 157/1 du 16 juin 2016.

Dir. 2019/1937/UE du 23 oct. 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JOUE L 305/17 du 26 nov. 2019

Dir. 2020/1828/UE du 25 nov. 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JOUE n° L 409 du 4 déc. 2020

Proposition de directive du 11 juin 2013 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, SWD (2013) 203 final

Proposition de directive du 23 avr. 2018 sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union (lanceurs d'alerte), COM (2018) 218 final

Proposition de directive de la Commission du 11 avr. 2018 relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, COM (2018) 184 final

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 28 nov. 2019 relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE, 2019

3) Communications, lignes directrices et documents de travail

Communication de la Commission du 27 avr. 2004 sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE, JOCE n° C 101/54

Communication de la Commission du 27 avr. 2004 relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, JOCE n° C 101/65

Livre vert de la Commission du 19 déc. 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final

Livre blanc de la Commission du 2 avr. 2008 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

Communication de la Commission du 2 juill. 2008 relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, *JOCE* n° C 167/ 01

Document de travail de la Commission publiée le 4 févr. 2011 (SEC (2011) 173 final, n° 21

Communication de la Commission du 13 juin 2013 relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE*, n° C 167/19

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs*, 2013

Guide pratique de la Commission du 11 juin 2013 sur la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013/396/UE

Communication de la Commission du 9 août 2019, Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects, *JOUE* n° C 267/4

Communication de la Commission du 14 déc. 2020, *Commission staff working document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, SWD (2020) 338 final

C) Textes américains

Sherman Act (1890)

Clayton Act (1914)

Federal Rules of Civil procedure (2020)

Criminal Antitrust Anti-retaliation Act, 134 Stat. 1147, (dec. 23. 2020)

D) Textes nationaux

Lois et propositions de loi :

Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065, 18 mars 2014

Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n° 0022, 27 janv. 2016, texte n° 1

Loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXème siècle, JORF 19, JA n° 550/2016, 18 nov. 2016, p. 6

Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017

Proposition de loi (Sénat) n° 678 du 20 juill. 2020 portant réforme de la responsabilité civile, disp. en ligne : <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>

Ordonnances :

Ord. n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles

Décrets :

Décret n° 2014-1081 du 24 sept. 2014, d'application de la loi relative à la consommation, *JORF* 26 sept. 2014, p. 15643

Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles datés du 9 mars 2017, *JORF* n°0059 du 10 mars 2017

Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0109 du 10 mai 2017

Décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires, *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018

Circulaires :

Circulaire du 26 sept. 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, BOMJ n° 2014-10 du 31 oct. 2014

TABLE DE JURISPRUDENCE

N.B : Les nombres en gras qui suivent les références des arrêts et décisions renvoient aux numéros de paragraphe de la thèse (l'arrêt ou la décision pouvant se trouver dans le corps du texte ou notes de bas de page)

I – Juridictions américaines

A) Cour suprême

Connolly v. Union Sewer Pipe Co., 184 U.S. 540 (1902) : **115**

W. W. Montague & Co. v. Lowry, 193 U.S. 38 (1904) : **115**

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) : **99-102**

Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

Adkins v Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923) : **102**

West Coast Hotel v. Parrish, 00 U.S. 379 (1937) : **102**

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) : **212**

Charles Lawlor and Mitchell Pantzer, Co-Partners v. International Parts Corp. et al, 88 S. Ct. 1981 (1955) : **231, 258, 280**

Conley v. Gibson, 355 U.S. 41 (1957) : **656**

Brown Shoe v. United States, 370 U.S. 294 (1962) : **440**

Poller v. Columbia Broadcasting System. Inc., 368 U.S. 464 (1962) : **667**

Minnesota Mining & Mfg. Co. v. New Jersey Wood Finishing Co., 381 U.S. 311 (1965): **231**

United States v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967) : **431**

Utah Pie Co. v. Cont'l Baking Co., 386 U.S. 685 (1967) : **431**

Hanover Shoe, Inc v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968) : **458, 461, 796, 500**

Newman v. Piggie Park Enterprises, 390 U.S. 400 (1968) : **212**

Perma Life Mufflers v. International Parts Corp. 392 U.S. 134 (1968) : **233, 280, 281, 354**

Zenith Radio Corp. V. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969) : **233, 354, 447**

Hawaii v. Stanford Oil Co., 405 U.S. 251 (1972) : **232, 354, 363, 422, 431, 447**

Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society, 421 U.S. 240 (1975) : **316, 318**

Brunswick Corp. V. Puelo Bowl-O-Mat. Inc., 429 U.S. 477 (1977) : **430, 432-435, 440-448**

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977) : **41, 229, 232, 325, 448, 456-461**

Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977) : **440**

Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979) : 325, **422, 440, 771, 777**

Broadcast Music Inc (BMI) v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S. 1 (1979) : **440**

Deposit Guaranty National Bank v. Roper, 445 U.S. 326 (1980) : **219, 353**

Texas Indus., Radcliff Materials, Inc., 451 U.S. 630 (1981) : **114, 232**

American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp. 456 U.S. 556 (1982) : **232, 325**

Blue Shield of Va. v. Mc Cready, 457 U.S. 465 (1982) : **233, 449, 457**

Associated General Contractors, Inc. V. California State Council of Carpenters, 459 U. S. 519 (1983) : **450, 454**

Smith v. Wade 461 U.S. 30 (1983) : **325**

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler- Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) : **698**

Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co., 473 U.S. 479 (1985) : **325**

City of Riverside v. Rivera, 477 U.S. 561 (1986) : **213, 229**

Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104 (1986) : **440-445**

Matsushita Electric Industrial Co v Zenith Radio Corp, 475 U.S. 774 (1986) : **669-672**

Agency Holding Corp. v. Malley-Duff Associates, Inc., 483 U.S. 143 (1987) : **214, 216, 325**

Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court Iowa, 482 U.S. 522 (1987) : **574-578, 581-582**

California v. ARC Am. Corp., 490 U.S. 93 (1989) : **325**

Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum, 495 U.S. 328 (1990) : **451-453**

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992) : **675**

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993) : **661, 676**

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993) : **681-685**

Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001) : **324**

Intel v. AMD, 124 St. Ct 2466 (2004) : **575**

F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran SA et al., 542 U.S. 155 (2004) : **610**

Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007) : **657-665**

Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009) : **656**

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 131 S.Ct. 2541 (2011) : **686-687**

AT&T Mobility, 31 S. Ct. 1740, 1753 (2011) : **700**

Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (2013) : **689-693**

American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 570 U.S. 228, (2013) : **701**

Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo, 577 U.S. 136 S. Ct. 1036 (2016) : **693**

Apple Inc. V. Pepper et al. 587 U.S (2019) : **462-470 ; 791-797**

B) Juridictions fédérales inférieures (*district et circuit courts*)

Loeb v. Eastman Kodak Co., 183 Fed. 704 (3d Circ. 1910) : **446**

Frye v. United States, 293 Fed. 1013 (D.C.Cir. 1923) : **680**

Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes, 134 F.2d 694 (2d. Cir. 1943) : **26, 208, 242**

Karseal Corporation v. Richfield Oil Corporation, 221 F. 2d 358 (9th Cir. 1955) : **234**

Jewel Tea Co. v. Local Unions Nos. 274 F.2d 217 (1960) : **234**

Olympic Refining Co. v. Carter, 332 F.2d 260 (1964) : **234**

Highland Supply Corp. v. Reynolds Metals Co. (8th Cir. 1964) : **446**

Waldron v. Cities Service Co., 361 F.2d 671 (1966) : **234**

Silvercup Bakers, Inc. v. Fink Baking Corp., 273 F.Supp. 159 (1967) : **234**

Data Digests, Inc. v. Standard & Poor's Corp., 57 F.R.D. 42 (1972) : **234**

In re Pittsburgh & Lake Erie R. Co. Securities and..., 387 F.Supp. 906 (1974) : **234**

Judice's Sunshine Pontiac, Inc. v. General Motors Corp., 418 F.Supp. 1212 (1976) : **234**

MCI Commun Corp v. American Tel & Tel Co. 708 F. 2d 1081. 1197 (7th Cir. 1983) : **234**

Ostofe v. H.S. Crocker Co., 670 F.2d 1378 (9th Cir. 1982) : **234**

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth. Inc., 723 F.2d 155 (1st Cir. 1983) : **234**

Jackson v. Johns-Manville Sales Corp. 781 F.2d 394 (5th Circuit 1986) : **325**

Los Angeles Memorial Coliseum Common v, National Football League, 791 F.2d 1356 (9th Cir. 1986) : **234**

America West Airlines v. Burnley, 838 F.2d 1343 (D.C. Circ. 1988) : **422**

Todorov v. DCH Healthcare Authority, 921 F.2d 1438, (11th Cir.1991) : **428, 455**

Capital Imaging Assocs., PC v. Mohawk Valley Med. Assos., Inc., 996 F. 2d 537 (2d Cir. 1993) : **441**

Perrone v. Gen. Motors Acceptance Corp. 232 F.3d 433 (5th Cir. 2000) : **325**

F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran SA et al., 315 F. 3d 338 (D. C. Cir. 2003) : **609**

Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F. 3d 297, 308 (2007) : **441**

In re Vivendi Universal SA, Securities Litigation, 242 F.R.D. 76 (S. D. N. Y. 2007) : **606**

In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation, 552 F.3d 305, 311-12 (3d Cir. 2008) : **692**

Morrison v. National Australia Bank Ltd 547 F. 3d 167 (2008) : **606**

In re Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F. 3d 622, 7th Cir. 2010) : **663**

Behrend v. Comcast Corp., 655 F.3d 182, (3d Cir. 2011) : **690**

Min-Che, Inc. v. Atrium Inc., n° 10-1712, (7th Cir. 2012) : **613**

Federal Trade Commission c/ Qualcomm Incorporated, (N. D. Cal, 2017), n°17-CV-00220-LHK : **579-584**

Wellbutrin XL Antitrust Litigation Indirect Purchaser Class, (3d Cir. 2017) N° 15-2875 : **471**

Michele Jones and alii v. Micron Technology, Micron Semiconductor Products, Samsung Electronics, Samsung Semiconductor, Hynix, Hynix America, (Trib. north dist. of California, N° 3:18-cv-02518, 19 April 2018)

Google c/ Marshall's Locksmith Service, (US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 7 June 2019, N°. 18-7018)

Inform v. Google ; Alphabet ; Youtube, Case 1 :19-cv-05362-JPB, U.S. D. C for the Northern District of Georgia Atlanta Division, 25 nov. 2019) : **799**

Epic Games Inc., vs Apple Inc., Case N° 4:20-cv-05640-YGR (U.S. D. C. Northern District of California, 24 août 2020) : **470, 800-802**

II – Juridictions européennes

A) Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, req. n°18, §36. 9 déc. 1994 : **146**

CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n°5029/71 : **147**

CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A, req. n°32 : **148**

CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n°12323/11 : **147**

CEDH, 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*, req. n° 79972/12 : **953**

CEDH, 27 févr. 2018, *Guja c. Moldavie*, req. n° 1085/10 : **653**

B) Cour de justice des Communautés européennes / de l'Union européenne

CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62 : **4, 22, 27, 38, 243-255, 257-259, 262, 265, 270-271, 817, 822-823, 860, 1001**

CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64 : **38, 155, 245**

CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke*, aff. C-57/65 : **253**

CJCE, 19 déc. 1968, *Salgoil*, aff. 13/68 : **265, 882**

CJCE, 6 oct. 1970, *Grad*, aff. 9/70 : **253**

CJCE, 14 déc. 1971, *Politi*, aff. 43/71 : **253**

CJCE, 30 janv. 1974, *BRT Sabam*, aff. 127/73 : **155, 271**

CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74 : **253**

CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74 : **253, 507**

CJCE, 30 nov. 1976, *SA G.J. Bier et la fondation Rheinwater c/ SA Mines de potasse d'Alsace*, aff. 21/71 : **619**

CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76 : **265, 290, 883**

CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli et Volpi*, aff. 74/76 : **253**

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77 : **266, 271, 276**

CJCE, 10 juill. 1980, *Mireco*, aff. 826/79 : **265**

CJCE, 9 juill. 1985, *Bozzetti*, aff. 179/84 : **265**

CJCE, 23 avr. 1986, *Les Verts/ Parlement*, 294/83 : **263**

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84 : **149, 261**

CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, aff. 222/86 : **149**

CJCE, 19 juin 1990, *Factortame I*, aff. C-213/89 : **266**

CJCE, 19 nov. 1991, *Francoovich*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90 : **266, 279**

CJCE, 26 févr. 1991, *Commission c. Italie*, aff. C-120/88 : **245**

CJCE, 28 févr. 1991, *Stergios Delimitis*, aff. C-234/89 : **155**

CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil (Dioxyde de titane)*, aff., C-300/89 : **893**

CJCE, 13 avr. 1994, *Banks c. British Coal*, aff. C-128/92 : **279**

CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93 : **626**

CJCE, 14 déc. 1995, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93 : **169**

CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 : **265**

CJCE, 18 janv. 1996, *SEIM*, aff. C-446/93 : **265**

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. Jtes C-46/93 et C-48/93 : **266**

CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. C-282/95 : **155**

CJCE, 17 sept. 1997, *Dorsh Consult Ingenieurgesellschaft*, aff. C-54/96 : **265, 882**

CJCE, 27 nov. 2001, *Commission / Autriche*, aff. C-424/99 : **149**

CJCE, 20 sept. 2001, *Courage*, aff. C-453/99 : **9, 155, 156, 258, 272- 279, 280-282, 401, 474, 499, 512, 882**

CJCE, 25 juill. 2002, *Union de Pequenos Agricultores / Conseil*, aff. C-50/00 P : **149**

CJCE, 17 sept. 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99 : **253**

CJCE, 13 juill. 2006, *Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et a.*, aff. C-295/04-C-298/04 : **9, 155, 265, 276, 291, 384, 474, 486, 563**

CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05 : **31, 149, 265, 292, 882**

CJUE, 29 mars 2009, *Akzo Nobel et a. c/ Commission*, aff. C-97/08 P :

CJUE, 18 mars 2010, *Alassini e.a.*, aff. C-317/08 à C-320/08 : **287-288**

CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellamt*, aff. C-360/09 : **287, 379**

CJUE, 15 déc. 2011, *Banca*, aff. C-427/10 : **290**

CJCE, 25 oct. 2012, *Folien Fisher*, aff. C-133/11 : **629**

CJUE, 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis*, aff. C-199/11 : **276, 493**

CJUE, 15 janv. 2013, aff. C-416/10, *Krizan et a.* : **266**

CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde c/ Donau Chemie AG et a.*, aff. C-536/11 : **164, 276, 289, 291, 379**

CJUE, 12 déc. 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, aff. C-362/12 : 290

CJUE, 5 juin 2014, *Kone e.a c/ ÖBB-Infrakstruktur AG*, aff. C-557/12 : **287, 493, 505, 509, 515, 524**

CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contre Akzo Nobel NV et autres*, aff. C-352/13 : **165, 622-623, 635-639**

CJUE, 21 déc. 2016, *Commission européenne contre Aer Lingus Ltd et Ryanair Designated Activity Company*, aff. jtes C-164/15 P et C-165/15 P : **164**

CJUE, 23 nov. 2017, *Gasorba c/ REPSOL*, aff. C-547/16 : **481**

CJUE, 25 janv. 2018, *Schrems*, aff. C-498/16 : **825, 925**

CJUE, 27 févr. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16 : **269**

CJUE, 5 juill. 2018, *flyLAL II*, aff. C-27/17 : **623-626**

CJUE, 24 oct. 2018, *Apple Sales International*, aff. C-595/17 : **642-645**

CJUE, 14 mars 2019, *Vantaan kaupunki c/ Skanska Industrial Solutions Oy et al.*, aff. C-724/17 : **276, 287, 521-527, 874**

CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, aff. C-637/17 : **506-513**

CJUE, 29 juill. 2019, *Tibor-Trans*, aff. C-451/18 : **623-626, 630**

CJUE, 12 déc. 2019, *Otis e.a./ Land Oberösterreich e. a.*, aff. C-435/18 : **493, 514-520, 874**

CJUE, 24 nov. 2020, *Wikingerhof & Co. c/ Booking.com*, aff. C-59/19 : **631**

CJUE, 15 juill. 2021, *Volvo*, aff. C-30/20 : **306, 618, 627**

CJUE, 6 oct. 2021, *Sumal*, aff. C-882/19 : **276, 282, 529, 873**

CJUE, *Volvo et DAF Trucks*, aff. C-267/20 (pendante) : **29, 306**

III – Juridictions et autorités françaises

A) Juridictions judiciaires

1) Cour de cassation

Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, n° 94-14. 798, *Bull. Civ. I*, n° 378 : **391**

Cass. com. 1^{er} juill. 2003, n° 01- 13052 : **487**

Civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006, n° 03-17839, *Bull. civ. I*, n° 6 : **710**

Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15816 : **497**

Civ. 1e, 7 oct. 2015, n° 14-16.898, D. 2015.2620 : **642**

Cass. com., 13 sept. 2017, n°15-22837, *EDF c/ Nexans* : **489**

Civ. 1e, 11 oct. 2017, n° 16-25.259 : **642**

Civ. 3^{ème}, 24 mai 2018, n° 17-18. 866, PBI, JCP G, n° 30-35, 2018. 857 : **931**

Cass Com., 8 juill 2020, *Renault Trucks*, n° 19-25.065: **381**

Cass. Com., 14 oct. 2020, *Betclic c/ GIE Pari Mutuel Urbain (PMU)*, n° 18-24.221 : **481-482**

2) Juridictions du second et premier degré / Cour d'appel de Pariss / Tribunal de commerce

CA Paris, 1^{re} ch. C, 19 mai 1993, *Labinal c/ Mors et Westland* : **696**

TGI Paris, 22 févr. 2018, *Betclic c/ PMU*, n° 15/ 09129 : **481**

CA Paris, 12 sept. 2018, pôle 5, ch. 4 : **481**

CA Paris, 6 févr. 2019, *Doux Aliments c/ Timab Industries*, RG 17/04101 : **489, 494**

CA Paris, ch. 5-4, 6 mars 2019, *SARL Arkeos et al. c/ SA EDF, SASU EDF Énergies Nouvelles Réparties et SASU EDF ENR Solaire*, RG 17/21261 : **494**

CA Paris, 7 janv. 2020, *LeGuide.com c/ Google*, n° 19/12553 : **632**

B) Juridictions administratives

CAA, Paris, 22 avr. 2004, *Campenon Bernard*, confirmé par le Conseil d'État (CE, 19 déc. 2007, n° 268918) : **489**

CAA Nantes 4ème ch., 10 mai 2017, n° 16NT01778, *Département du Morbihan c/ Signalisation France* : **35, 489**

CAA Nantes 4ème ch., 10 mai 2017, n°16NT01778, *Département Côtes d'Armor c/ Signalisation France* : **35, 489**

CAA Nancy, 4ème ch., 21 mars 2017, n°15NC02367, *Département de la Meuse c/ Signaux Girod* : **35, 489**

CAA Douai, 1ère ch., 15 juin 2017, n°17DA00538, *Signalisation France c/ Département de l'Eure* : **35, 489**

CAA, Bordeaux, 5ème ch. 19 mars 2019, *Département de la Charente Maritime c/ Stés Laporte Service Route et al.*, n°17BX01521 : **35, 489**

CE, 27 mars 2020, n° 420491 : **388**

CE, 1^{er} juill. 2021, n° 427301, aff. « Grande Synthe » : **844**

C) Conseil constitutionnel

Cons. const. 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC, JO 27 janv. 2016, n° 98 : **916**

III – Juridictions et autorités étrangères

A) Royaume-Uni

Wilkes v. Wood, 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763) : **97, 322**

Huckle v. Money 2 Wils. 205, 95 Eng. Rep. 768 (C. P. 1763) : **97**

Ashby v. White, 1 Sm LC.13th Edn 253, 273-74 (1703) : **112**

Darcy v. Allein, 11 Co. Rep. 84b, 77 Eng. Rep. 1260 (K. B. 1602) : **113**

Mogul Steamship Co. v. McGregor, 1892 App. Cas. 25 : **113**

B) Autres

Tribunal régional de Düsseldorf, 17 déc. 2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. Zementkartell II, v. F. Bien : *Concurrences*, n° 2-2014, chronique jurisprudences européennes, p. 207 : **719-720**

Cour d'appel de Düsseldorf, 18 févr. 2015, Az. : VI-U (Kart) 3/14 – Zement II (Cartel Damages Claims) F. Bien: *Concurrences* n° 2-2015, chronique jurisprudences européennes : **719-720**

Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. C. Shell*, 26 mai 2021 : **844**

INDEX

– A –

Arbitrage : 695-703 ; 743 ; 753

Action collective :

- Action de groupe : 141 ; 156 ; 164 ; 170-171 ; 912-924 ; 398-415 ; 706 ; 714 ; 830 ; 911-928
- *Class action* : 164 ; 210 ; 340-367 ; 399 ; 407 ; 413 ; 469 ; 557 ; 606-609 ; 654 ; 678-703
- Action populaire : 902 ; 929 ; 931 ; 962
- *Qui tam* action : 932
- *Public Trust* : 845

Amende civile : 16 ; 393-396 ; 937

Acheteurs directs / indirects : 448-449 ; 456-470 ; 496-500 ; 791

Analyse économique du droit : 62 ; 237 ; 427 ; 442 ; 561 ; 591 ; 593 ; 674 ; 729 ; 738 ; 754 ; 789 ; 857

Articulation action publique/ action privée : 562-599

– C –

Cession de créance indemnitaire : 622 ; 709-719 ; 732-735 ; 741

Class action : (v. Action collective)

Clause attributive de juridiction : 640-645 611

Contentieux objectif / subjectif : 66 ; 130-133 ; 162 ; 166 ; 169

Coût du procès : 238 ; 315-319

– D –

Discovery : (v. « Preuve »)

Dommages :

- Dommages et intérêts punitifs : 97-98 ; 171 ; 322-324 ; 368 ; 383-386 ; 391 ; 419 ; 597 ; 927 ; 937
- *treble damages* : 109 ; 115 ; 231-234 ; 238 ; 320-326 ; 418 ; 539 ; 566 ; 585-598 ; 605-608 ; 706
- *double damages* : 105 ; 109

Droit international privé : v. « Arbitrage », « forum shopping », « law shopping », « clause attributive de juridiction »

– E –

École de pensée

- École de Chicago : 427 ; 438-444 ; 455 ; 461 ; 598 ; 672-677 ; 771-774 ; 777-783 ; 789-792
- École de Harvard : 438-440 ; 771 ; 784
- *New Brandeis Movement* : 776 ; 784-788

Extraterritorialité : 572 ; 582 ; 607-609 ;

– F –

Forum shopping : 600-646 ; 750 ; 762 ; 819 ; 826 ; 970 ; 993

Fin de non-recevoir (*motion to dismiss*) : 463 ; 655-656

– I –

Intérêt à agir

- *Antitrust injury* : 428-445 ; 450 ; 455 ; 519 ; 689 ; 691 ; 777
- *Antitrust standing* : 445-471
- Intérêt commun à agir : 806 ; 811 ; 830-853

– L –

Law shopping : 600

– M –

Marchandisation / contentieuse : 708 et s. ; 728 et s.

Médiation : 743

Motion to dismiss : v. fin de non-recevoir

– O –

One way cost : 156 ; 317-319 ; 706

Opt-out / opt-in : 345 ; 361-362 ; 404 ; 407 ; 409 ; 415 ; 654 ; 706 ; 917 ; 919 ; 922 ; 924 ; 927

– P –

Peine privée : 386 ; 392 ; 937

Public trust : v. action collective

Preuve :

- *Discovery* : 164 ; 328-336 ; 370 ; 418 ; 557 ; 56-577 ; 580-584 ; 655-665 ; 704 ; 754
- Accès aux preuves ANC : 370-381

Procureur privé / Private Attorney General : 36 ; 66 ; 179-223 ; 227 ; 236-242 ; 247 ; 256 ; 259 ; 281 ; 295 ; 300-302 ; 307 ; 312-316 ; 337 ; 346 ; 352 ; 423 ; 429 ; 479 ; 540 ; 550 ; 650 ; 794 ; 802 ; 904 ; 985 ; 940

– Q –

Qui tam action : v. action collective

– R –

Répercussion des surcouts : 457-459 ; 460 ; 492 ; 497-500

– S –

Subjectivisation : 4 ; 124 ; 253 ; 425 ; 472 ; 501 ; 811 ; 815

Secret des affaires : 331 ; 372-374

Summary judgment : 655 ; 666-677

– T –

Transaction (MARD) : 34 ; 586 ; 622 ; 636-637 ; 709 ; 713 ; 726 ; 742-744 ; 750 ; 796
Transaction (contentieux public) : 31 ; 380 ; 944

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	v

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	vii

SOMMAIRE.....	xiii

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1

I – Naissance de la recherche et éléments de contexte	4
II – Objet, intérêts et enjeux de la recherche	9
A) Clarifier le concept de <i>private enforcement</i>	9
B) Mesurer l’influence du droit américain et interroger la perméabilité du droit de l’Union au concept de <i>private enforcement</i>	13
C) Interroger la pérennité de la conception du rôle du particulier au sein de l’ordre juridique.	16
D) Clarifier les régimes assimilables au <i>private enforcement</i>	18
III - Délimitation du champ de l’étude	19
A) Délimitation en fonction de l’action	19
1) Une action	19
2) Une action privée	21
B) Délimitation en fonction des droits	24
1) Le champ matériel : le droit de la concurrence	24
2) Le champ processuel	26
IV – Méthodologie de la recherche	27
A) Méthodologie générale.....	27
B) Méthodologie comparative	29
1) Les objectifs de la comparaison	30
2) La méthode de la comparaison.....	33
V – Problématique et annonce de plan	37

PARTIE 1 – IDENTIFICATION FONCTIONNELLE DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i>	41

TITRE 1 – Une dualité fonctionnelle fondatrice.....	45

CHAPITRE 1 – UNE FINALITE SUBJECTIVE INHERENTE A L’ACTION PRIVEE	47

SECTION 1 – Une finalité subjective instrumentale en <i>common law</i>	49

§ 1 – L’instrumentalisation originelle de l’action privée au service de l’ordre social	50

A) Le temps des origines : les présupposés pragmatiques	51

B) Les débuts de la période moderne : les considérations idéologiques.....	58

1) Présentation théorique	58

2) Manifestations concrètes	60
§ 2 – L’instrumentalisation sectorielle de l’action privée au service de l’ordre concurrentiel.....	66
A) La dimension instrumentale du droit d’action prévue par le législateur	67
B) La dimension instrumentale du droit d’action reconnue par la doctrine	69
SECTION 2 – Une finalité subjective fondamentale en <i>civil law</i>	75
§ 1 – L’élaboration progressive du modèle individualiste : l’action en justice au service de la réalisation des droits substantiels.....	76
A) La construction doctrinale du modèle individualiste : les présupposés théoriques.....	76
1) Le fondement du modèle individualiste : expression d’une conception du droit	76
2) Le renouvellement du modèle individualiste : expression d’une conception du rôle des acteurs	80
B) La consolidation textuelle et prétorienne du modèle individualiste : les sources nationales et internationales	90
§ 2 – La transposition problématique du modèle individualiste de l’action en justice en matière concurrentielle	94
A) Le renforcement progressif de la dimension subjective de l’action privée : expression du modèle individualiste	95
B) La difficile catégorisation du contentieux des actions privées : expression de l’affaiblissement du modèle individualiste	101
Conclusion du Chapitre 1	109
CHAPITRE 2 – UNE FINALITE OBJECTIVE INTEGREE A L’ACTION PRIVEE.....	111
SECTION 1 – L’action privée comme instrument de réalisation du droit fédéral : le modèle abouti du <i>Private Attorney General</i>	113
§ 1 – Les fondements du modèle objectif de « Procureur privé » en droit américain	113
A) Les fondements culturels : l’insuffisance de l’ <i>American Way of Law</i>	114
B) Les fondements institutionnels : clé de voute du <i>private enforcement</i>	119
1) Les relations verticales entre le gouvernement fédéral et les États fédérés : l’action privée comme dépassement des États	120
2) Les relations horizontales au sein de l’échelon fédéral : l’action privée comme contournement de l’organisation constitutionnelle fédérale	124
§ 2 – La consécration du modèle objectif de « Procureur privé » en droit américain	126
A) La consécration du modèle dans le cadre général	127
1) Le modèle « révélé » par le juge	127
2) La signification du modèle consolidé par la doctrine.....	133
B) La consécration du modèle dans le cadre particulier du droit <i>antitrust</i>	137
1) L’autonomisation du droit d’action vis-à-vis des torts.....	138
2) L’appréciation délicate de la démarche objective du « Procureur privé » dans le champ antitrust.....	144
SECTION 2 – L’action privée comme instrument de réalisation du droit de l’Union : la figure retenue de <i>vigie</i>	148

§ 1 – La construction établie de la figure objective dans les rapports verticaux.....	149
A) Un fondement originel : l’effet direct comme consécration de la dimension objective de l’action privée	150
1) Une originalité défendue en droit de l’Union	151
2) Une originalité relativisée par l’étude comparative	159
B) Un fondement surabondant : le droit au juge au service de la dimension objective de l’action privée	162
1) Le droit à une protection juridictionnelle effective comme outil originel d’encadrement puis de dépassement de l’autonomie procédurale.....	163
2) Le droit à une protection juridictionnelle comme outil récent de contrôle systémique du respect de l’État de droit	167
§ 2 – La transposition progressive de la figure objective dans les rapports horizontaux : l’exemple du droit de la concurrence	168
A) L’effet direct comme fondement prédominant à la reconnaissance du droit à réparation ..	170
1) Une solution prévisible en droit de l’Union	170
2) Une solution influencée par le droit américain	173
B) Le droit au juge comme fondement inopérant à la consolidation du droit à réparation	176
1) Le cas de l’article 47 de la Charte	177
2) Le cas de l’article 19 §1 alinéa 2 TUE	179
Conclusion du Chapitre 2.....	183
CONCLUSION DU TITRE 1	185
Titre 2 – Une dualité fonctionnelle perturbatrice.....	187
CHAPITRE 1 – DIMENSION DE DROIT PROCEDURAL.....	189
SECTION 1 – Une objectivation procédurale intégrée en droit américain	191
§ 1 – Le modèle procédural fédéral, témoin d’une instrumentalisation des intérêts subjectifs	191
A) Les incitations économiques au déclenchement de l’action : facteurs de mobilisation des personnes privées.....	192
1) La facilitation du financement de l’action privée	192
2) La perspective de la réparation : l’exemple des treble damages	196
A) Les outils juridiques nécessaires au déroulement de l’action privée : facteurs de participation des personnes privées	200
1) La procédure de discovery, outil traditionnel d’objectivation contentieuse	200
2) Les règles spécifiques en matière antitrust, reflet d’une objectivation contentieuse atténuée	207
§ 2 – Le modèle de <i>class action</i> , méthode aboutie de dépassement des intérêts subjectifs	209
A) La notion de <i>class action</i>	209
1) La régulation des litiges individuels au nom de la bonne administration de la justice ..	211
2) La réalisation des règles objectives par les contentieux individuels.....	213
B) L’exercice de la <i>class action</i>	220
1) Les aménagements textuels	220

2) Les difficultés sous-jacentes	224
SECTION 2 – Une objectivation procédurale inexploitée en droit de l’Union	227
§ 1 – Les aménagements en matière d’actions individuelles, témoin de l’ignorance de la finalité objective de l’action privée.....	228
A) L’exclusion du rôle de détection dans l’aménagement de l’accès aux preuves	228
1) La facilitation des preuves détenues par l’autre partie	229
2) Les restrictions de l’accès aux dossiers des autorités de concurrence.....	233
B) L’exclusion du rôle de sanction dans la réparation	237
1) La consécration officielle du principe de réparation intégrale	238
2) Les atténuations potentielles du principe de réparation intégrale	242
§ 2 – Les modèles d’actions collectives, méthodes limitées de régulation des intérêts subjectifs	246
A) L’illustration du modèle français de l’action de groupe	248
1) L’esprit général du modèle : reflet de la dualité fonctionnelle.....	250
2) Les modalités de l’action de groupe, témoin d’une objectivation procédurale limitée ..	251
B) L’illustration du « modèle européen » de recours collectif en matière de protection des consommateurs	257
Conclusion du Chapitre 1	261
CHAPITRE 2 – DIMENSION DE DROIT SUBSTANTIEL.....	263
SECTION 1 – Une objectivation substantielle assumée en droit américain	265
§ 1 – La consécration prétorienne de l’ <i>antitrust injury</i> ou l’insuffisance du préjudice personnel	266
A) Les origines de la doctrine de l’ <i>antitrust injury</i>	267
B) La signification de la doctrine de l’ <i>antitrust injury</i>	271
§ 2 – La redéfinition prétorienne de l’ <i>antitrust standing</i> ou l’exigence d’un intérêt légitime	275
A) Le resserrement du lien de causalité au service d’une détermination délicate du « requérant approprié »	276
1) L’évolution jurisprudentielle relative au « requérant approprié »	278
2) Les enseignements de la doctrine du « requérant approprié »	281
B) Le rejet de l’action des acheteurs indirects en application du principe du « requérant approprié »	283
1) Une solution consacrée : les affaires Hanover et Illinois Brick	283
2) Une solution nuancée ? Illustration de l’affaire Apple.....	286
SECTION 2 – Une subjectivisation substantielle privilégiée en droit de l’Union.....	291
§ 1 – L’établissement facilité des conditions de l’action en réparation par la directive, la prévalence maintenue de la logique subjective	292
A) Le recours aux preuves par présomption.....	293
1) L’établissement de la faute	293
2) L’établissement du préjudice.....	298
3) L’établissement du lien de causalité	303
B) La reconnaissance de l’action des acheteurs indirects	307

§ 2 – L’encadrement des conditions de l’action en réparation par l’exigence d’effectivité, la résurgence attendue de l’instrumentalisation subjective	310
A) Le recours au critère d’effectivité comme méthode classique du processus d’instrumentalisation subjective	311
1) Illustration avec l’affaire Cogeco	312
2) Illustration avec l’affaire Otis	316
B) Le recours au principe d’effectivité des articles 101/102 TFUE comme méthode ambitieuse du processus d’instrumentalisation subjective	319
Conclusion du chapitre 2	325
CONCLUSION DU TITRE 2	327
Conclusion de la Partie I	329
<u>PARTIE 2 – MUTATIONS PROCESSUELLES DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i></u>	<u>333</u>
Titre 1 – Un cadre processuel neutralisé	338
CHAPITRE 1 – LES VECTEURS DE LA NEUTRALISATION	341
SECTION 1 – L’articulation délicate des actions publiques/privées	344
§ 1 – L’impact de la <i>discovery</i> sur l’efficacité des programmes de clémence	346
A) Un impact constaté	346
B) Un impact réaffirmé dans le cadre des rapports internationaux	348
§ 2 – L’impact des <i>treble damages</i> sur l’efficacité des programmes de clémence	355
A) Un impact en principe encadré aux États-Unis : le <i>detrebling</i>	355
B) Un impact contesté : la détermination délicate de la « sanction optimale »	358
SECTION 2 – L’appréhension variable du <i>forum shopping</i>	363
§ 1 – L’évitement du <i>forum shopping</i> dans les rapports États-Unis/Union européenne	366
A) Un risque <i>a priori</i> élevé en matière d’infractions à l’échelle internationale	367
B) Un risque <i>a posteriori</i> limité par la Cour suprême	370
§ 2 – L’encouragement du <i>forum shopping</i> dans les rapports intraeuropéens	373
A) Illustration en l’absence de clause attributive de juridiction	375
1) La pluralité des lieux de rattachement (l’article 7 § 2)	375
2) L’attrait du for des codéfendeurs (l’article 8 § 1)	383
B) Atténuation en présence d’une clause attributive de juridiction	385
Conclusion du chapitre 1	389
CHAPITRE 2 – LES MANIFESTATIONS DE LA NEUTRALISATION	391
SECTION 1 – Le resserrement des voies contentieuses par la Cour suprême aux États-Unis	392
§ 1 – Le renforcement des moyens de défense au détriment du demandeur	393
A) Les fins de non-recevoir : le risque de <i>motion to dismiss</i> barrière à la <i>discovery</i>	393
B) La défense au fond : le risque de <i>motion for summary judgement</i> , barrière au procès	399
§ 2 – Le renforcement des obstacles à la procédure de <i>class action</i>	406
A) Les exigences renforcées des conditions de certification de la <i>class</i>	406

1) La recevabilité du témoignage de l'expert avancée à l'étape de la certification de la class	406
2) Les difficultés confirmées d'obtention de la certification de la class : l'arrêt Comcast	412
B) La reconnaissance facilitée des clauses de renonciation aux <i>class actions</i>	416
SECTION 2 – Le détournement des voies contentieuses par des acteurs privés dans l'Union	423
§ 1 – L'émergence d'une marchandisation contentieuse comme modèle supplétif de <i>private enforcement</i>	425
A) Les manifestations en matière de contentieux anticoncurrentiel	425
1) Le mécanisme établi de cession de créances indemnitaire	426
2) Le prolongement inédit du mécanisme : la « clémence privée »	427
B) Les doutes relatifs au régime juridique des mécanismes	429
1) Le régime incertain de la cession de créances indemnitaire	429
2) Le régime incertain de la clémence privée	433
§ 2 – L'opportunité discutable d'une marchandisation contentieuse pour le <i>private enforcement</i>	434
A) Une efficacité apparente	437
1) Le gain d'efficacité procuré par la cession de créances	437
2) Le gain d'efficacité procuré par la clémence privée	440
B) Une efficacité douteuse	441
1) La marchandisation contentieuse comme facteur de transposition des mécanismes américains et leurs dérivés	442
2) La marchandisation contentieuse comme facteur d'érosion du droit objectif	444
Conclusion du chapitre 2	449
CONCLUSION DU TITRE 1	453
Titre 2 – Un cadre processuel renouvelé	455
CHAPITRE 1 – LA REGENERATION DES FONDEMENTS DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i>	457
SECTION 1 – La régénération constatée des fondements idéologiques du droit <i>antitrust</i>	459
§ 1 – L'émergence d'un revirement doctrinal	461
A) Les fondements de la remise en cause des préceptes de Chicago	462
B) Les apports substantiels des propositions contemporaines de réformes	465
§ 2 – L'opportunité d'un revirement jurisprudentiel	469
A) Une déconstruction amorcée	470
B) Une reconstruction embryonnaire	473
SECTION 2 – La régénération proposée des fondements idéologiques généraux du <i>private enforcement</i>	476
§ 1 – La reconnaissance d'un usage processuel du droit pour la défense d'intérêts communs	477
A) Le dépassement nécessaire de la logique individualiste	480
1) La dérive individualiste : approche générale	480
2) La dérive individualiste : l'approche spécifique en droit de l'Union	482
B) L'avènement envisageable de la démarche collective	484
1) Les ressources spécifiques en droit de l'Union	484

2) Les ressources en théorie générale	487
§ 2 – Les enjeux de la reconnaissance d’un usage processuel du droit pour la défense d’intérêts communs	490
A) La détermination des porteurs de l’action : la question du <i>locus standi</i>	490
1) L’insuffisance des intérêts traditionnellement reconnus	491
2) L’émergence d’une prise en compte d’intérêts transindividuels	492
B) La légitimité du « récepteur » de l’action : la détermination du rôle du juge	497
Conclusion du chapitre 1	503
CHAPITRE 2 – VERS UNE RESTRUCTURATION DES INSTRUMENTS DU <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> ...	505
SECTION 1 – Les conditions de la restructuration à l’échelle de l’Union	508
§ 1 – Le dépassement de la construction prétorienne	509
§ 2 – Le dépassement des contraintes de l’harmonisation	511
A) Des contraintes juridiques surmontables	511
1) L’évitement possible du principe d’autonomie procédurale	511
2) Les enjeux certains de la base juridique	513
B) Des contraintes politiques à surmonter	518
SECTION 2 – Les modalités de la restructuration à l’échelle de l’Union	522
§ 1 – La restructuration ambitieuse de la voie juridictionnelle : la consécration du statut de « Procureur privé »	523
A) Les difficultés constatées <i>de lege lata</i> : illustration en matière de recours collectifs	523
1) Les insuffisances constatées en droit national, l’exemple du droit français	523
2) Les insuffisances entérinées par la directive 2020/1828	530
B) La clarification proposée <i>de lege ferenda</i> : la perspective de l’action populaire	532
1) La détermination des parties à l’instance	533
2) La détermination des mesures à disposition du juge	537
§ 2 – La restructuration alternative à la voie juridictionnelle : la promotion du statut de « collaborateur privé »	539
A) Le renforcement des mécanismes de collaboration avec l’autorité publique	539
1) Le statut de plaignant	539
2) Le statut de lanceur d’alerte	545
B) Le développement d’une collaboration hybride : illustration à la lumière du projet de règlement DSA	548
Conclusion du chapitre 2	553
CONCLUSION DU TITRE 2	555
Conclusion de la Partie 2	557
<u>Conclusion gÉNÉrale</u>	<u>561</u>
<u>Annexes</u>	<u>571</u>
<u>Bibliographie indicative</u>	<u>573</u>

I-	DROIT EUROPEEN (DROIT DE L'UNION – DROIT NATIONAL)	574
A)	Ouvrages.....	574
1)	Ouvrages généraux, traités, manuels	574
2)	Ouvrages spéciaux.....	575
3)	Ouvrages collectifs, actes de colloques et mélanges	576
B)	Dictionnaires, encyclopédies, fascicules et recueils des grands arrêts.....	584
C)	Thèses	585
D)	Chroniques, articles et commentaires.....	587
II-	DROIT AMERICAIN	607
A)	Ouvrages.....	607
1)	Ouvrages généraux, traités, manuels	607
2)	Ouvrages spéciaux.....	608
3)	Ouvrages collectifs, actes de colloques et mélanges	610
B)	Chroniques, articles et commentaires.....	611
III-	DROIT COMPARE (THEORIE ET METHODE).....	624
A)	Ouvrages.....	624
B)	Chroniques, articles et commentaires.....	625
IV-	THEORIE GENERALE, METHODE ET THEORIE DE LA PROCEDURE	627
A)	Ouvrages.....	627
B)	Chroniques, articles et commentaires.....	629
V-	RAPPORTS, TEXTES OFFICIELS	633
A)	Rapports	633
1)	Rapports officiels.....	633
2)	Autres rapports	634
B)	Textes de l'Union	635
1)	Règlements et propositions de règlement.....	635
2)	Directives et propositions de directive	635
3)	Communications, lignes directrices et documents de travail	636
C)	Textes américains	637
D)	Textes nationaux	637

Table de jurisprudence..... 639

I – Juridictions américaines	639
A) Cour suprême	639
B) Juridictions fédérales inférieures (<i>district et circuit courts</i>)	641
II – Juridictions européennes	643
A) Cour européenne des droits de l'homme	643
B) Cour de justice des Communautés européennes / de l'Union européenne	643
III – Juridictions et autorités françaises	647
A) Juridictions judiciaires.....	647
1) Cour de cassation.....	647

2) Juridictions du second et premier degré / Cour d'appel de Paris / Tribunal de commerce	647
B) Juridictions administratives	648
C) Conseil constitutionnel.....	648
III – Juridictions et autorités étrangères	648
A) Royaume-Uni	648
B) Autres	649
Index	<u>651</u>