HAL
archives-ouvertes.fr

L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien

Benjamin Lehaire

▶ **To cite this version:**

Benjamin Lehaire. L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien. Droit. Université de La Rochelle, 2014. Français. <NNT : 2014LAROD002>. <tel-01175493>

HAL Id: tel-01175493
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01175493

Submitted on 10 Jul 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE

ÉCOLE DOCTORALE
Droit et science politique « Pierre Couvrat »

Centre d'études juridiques et politiques (CEJEP)

THÈSE

présentée par :

Benjamin LEHAIRE

soutenue le 11 octobre 2014
pour l'obtention du grade de Docteur de l'Université de La Rochelle
et de l'Université Laval, Québec, Canada

Discipline : Droit

L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien

---

JURY :

Linda ARCELIN-LÉCUYER	Maître de conférence, HDR, Université de La Rochelle, co-directrice de thèse
David BOSCO	Professeur, Université Aix-Marseille, Rapporteur
Charlaine BOUCHARD	Professeur, Université Laval, Québec
Muriel CHAGNY	Professeur, Université de Versailles-Saint Quentin-en-Yvelines, Rapporteur
Karounga DIAWARA	Professeur, Université Laval, Québec, co-directeur de thèse

Résumé

La régulation de la concurrence est dualiste en France et au Canada. D'un côté, des autorités publiques de régulation encadrent le marché et sanctionnent le cas échéant les pratiques contraires aux dispositions législatives en vigueur, et, d'un autre côté, les victimes de pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les consommateurs et les entreprises, peuvent intenter des poursuites privées sur le fondement d'une action en responsabilité civile afin d'obtenir la réparation du préjudice concurrentiel subi. Il s'agit respectivement de l'action publique et de l'action privée en matière de concurrence, qualifiées aussi de *public enforcement* et de *private enforcement* du droit de la concurrence. Cependant, dans l'Union européenne, et en France particulièrement, le préjudice concurrentiel reste sans réparation effective. En effet, en France, les consommateurs n'avaient pas, jusqu'à l'adoption de l'action de groupe, de moyen procédural d'accéder au juge de la réparation. De plus, le droit civil français se montre trop rigide pour permettre l'indemnisation d'un préjudice économique aussi complexe que le préjudice concurrentiel.

Pour alimenter sa réflexion à ce sujet, le législateur français s'est souvent tourné vers les modèles canadien et québécois pour réformer son droit civil bicentenaire. En effet, le droit civil québécois se montre particulièrement souple dans les litiges liés au droit de la concurrence. De plus, la *Loi sur la concurrence* canadienne offre un droit à réparation adapté aux contraintes des victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'auteur a ainsi cherché à comprendre comment fonctionne le mécanisme canadien de *private enforcement* pour évaluer si ce modèle, par le truchement du droit civil québécois, pourrait inspirer une réforme du modèle civiliste français adopté par le législateur notamment lors de l'introduction de l'action de groupe. L'analyse se situe principalement en droit civil pour permettre une lecture de l'action privée qui s'éloigne des stéréotypes classiques tirés de l'expérience américaine dans ce domaine. L'objectif ultime de cette comparaison est de rendre effectif le recours privé des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien à la suite d'un préjudice découlant d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Abstract

Regulation of competition is dualistic in France and Canada. On one side, public authority frame the market and impose sanction, if appropriate, to the practices contrary to existing legislation, and, on other side, the victims injured by antitrust practices, that is consumers and company, may bring a private procecussion based on the liability to obtain a compensation for the antitrust injury. They are respectively of public action and private action, also referred to as public enforcement and private enforcement of competition law. However, in the European Union, and particularly in France, the antitrust harm has no effective remedy. Indeed, in France, consumers had not, until the adoption of the collective redress, procedural means to access the judge of compensation. In addition, the French civil law proves too rigid to allow compensation for something as complex as the competitive harm.

For its thinking about it, the French legislator has often turned to the Canadian and Quebec models to reform its bicentenary civil law. Indeed, the Quebec civil law is particularly flexible in disputes related to competition law. In addition, the Canadian *Competition Act* provides a right to compensation adapted to the constraints of the victims of anticompetitive practices. The author has sought to understand how the Canadian private enforcement mechanism works to assess whether this model, through the Quebec civil law, could inspire a reform of French civil law model adopted by the legislature in particular during the introduction of collective redress. The analysis is primarily civil law to allow a reading of private action that departs from conventional stereotypes of the American experience in this field. The ultimate goal of this comparison is to make effective use of the private businesses and consumers in French and Canadian rights following an injury resulting from a violation of anti-competitive practices.

Table des matières

Résumé ..... **iii**

Abstract ..... **v**

Table des matières ..... **vii**

Liste des principales abréviations ..... **xiii**

Remerciements ..... **xv**

Avant-Propos ..... **xvii**

Introduction **1**

PREMIÈRE PARTIE - LE DROIT À L'ACTION PRIVEE EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES **37**

TITRE I – LA RECONNAISSANCE D'UN VERITABLE DROIT À L'ACTION PRIVÉE EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES **39**

Chapitre I – La quête d'un droit à réparation pour les consommateurs et les entreprises **41**

Section I – L'effectivité du droit d'action privée en droit de la concurrence et le droit à un recours effectif au juge 43

§1 : La faiblesse du droit d'action privée en droit de la concurrence 43

§2 : Le droit à l'action privée comme traduction du droit fondamental d'accès à la justice 55

Section II - La notion d'action privée concurrentielle 61

§1 : L'objet de l'action privée concurrentielle : la réparation d'un préjudice collectif et consumériste résultant d'une violation du droit antitrust 62

§2 : La définition de l' « action privée concurrentielle » 69

Conclusion du chapitre I **72**

Chapitre II – La mutation du contentieux concurrentiel vers la protection de l'intérêt général par la défense d'un intérêt privé **77**

Section I – La collectivisation du droit à l'action privée concurrentielle : une action d'intérêt général favorable à la protection du marché 78

§1 : L'adaptation du droit d'agir en justice à la forme collective de l'action privée concurrentielle 79

1) La définition du recours collectif 79

A. La présentation générale du recours collectif 79

B. Le recours collectif comme modèle de justice sociale 84

2) Le rôle social du recours collectif en droit de la concurrence 88

A. L'action collective canadienne en droit de la concurrence 88

B. La défense de l'intérêt individuel des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles en France 95

§2 : L'élargissement des titulaires du droit à l'action privée concurrentielle 100

1) Les mandants à l'action privée concurrentielle 101

A. Les critères de définition des victimes de pratiques anticoncurrentielles 101

B. Les adaptations du recours collectif aux particularités de l'entreprise victime de pratiques anticoncurrentielles 108

2) Les mandataires dans l'action privée concurrentielle : la représentation du groupe victime 110
A. Le représentant au sens large 113
B. La représentation spécialisée ou associative 123
Section II – La fin du monopole de l'action publique sur le droit des pratiques anticoncurrentielles : la place de la victime dans l'ordre concurrentiel 127
§1 : La place du contentieux privé en droit des pratiques anticoncurrentielles dans l'environnement juridictionnel de la concurrence 128
1) La compétence des juridictions civiles *de lege lata* 128
A. La compétence territoriale 128
B. La compétence matérielle 132
2) La compétence des autorités de concurrence *de lege feranda* 136
A. La possibilité d'entendre les parties privées sur leur demande 136
B. La possibilité pour l'autorité de concurrence de se prononcer sur les dommages et intérêts 144
§2 : L'impact réciproque de l'action privée sur l'action publique des autorités de concurrence dans la mise en œuvre parallèle du droit des pratiques anticoncurrentielles 147
1) La réception des actions privées par leur juge naturel dans la procédure en responsabilité civile 148
2) L'impact de l'action privée dans l'ordonnancement de la poursuite des pratiques anticoncurrentielles 151
Conclusion du chapitre II 155
Conclusion du Titre I 157
TITRE II – LA CONNEXITÉ DES PROCÉDURES CONCURRENTIELLES : DÉSENTRAVER LE DROIT À L'ACTION PRIVÉE 159
Chapitre I – Le temps dans l'action privée concurrentielle 161
§1 : Les aménagements nécessaires à la prescription de l'action privée concurrentielle 162
1) Les délais de droit commun 162
2) Les délais propres au droit de la concurrence 163
A. Les délais spéciaux 163
B. Le ravivement du délai de prescription de l'action privée par l'action des autorités de concurrence 166
§2 : Les mesures conservatoires au service des victimes dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles 171
1) Les mesures conservatoires en France 171
2) Les injonctions interlocutoires au Canada 178
Section II – Le temps de la preuve 185
§1 : La collecte de la preuve via le procédé du discovery 186
1) Les systèmes probatoires français et européen 186
2) La pratique du discovery au Canada 190
§2 : L'aide de l'action publique pour la collecte de la preuve en cas d'action privée subséquente : le conflit avec le programme de clémence 196
1) Entre la protection de la procédure publique et la volonté de promouvoir l'action privée : le dilemme français 197
2) Entre la défense de l'intérêt public et la protection de l'intérêt de la justice: le dilemme canadien 206
Conclusion du Chapitre I 210

Chapitre II – La valeur probante de l'acte juridictionnel dans le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles 212
Section I – L'autorité morale de l'acte juridictionnel dans l'action privée 213
§1 : L'autorité matérielle des décisions des autorités de concurrence 214
§2 : L'autorité fonctionnelle de l'action privée à travers la dissuasion 220
Section II – L'autorité internationale de l'acte juridictionnel dans l'action privée 222
§1 : Le forum shopping des victimes en droit des affaires 223
§2 : Les recours collectifs pancanadiens 225
1) Le statut d' « étranger » des provinces canadiennes 225
2) Clause de retrait ou clause d'adhésion ? 227
Conclusion du Chapitre II 229
Conclusion du Titre II 231
Conclusion de la Première partie 233
SECONDE PARTIE - LE DROIT DE L'ACTION PRIVÉE CONCURRENTIELLE 235
TITRE I – LA RÉORIENTATION DU DROIT COMMUN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE VERS L'ACTION PRIVÉE 237
Chapitre I – La rigidité des conditions d'engagement de la responsabilité civile en droit de la concurrence 239
Section I – La perception de la faute et du lien de causalité dans l'action privée concurrentielle 240
§ 1 : La faute concurrentielle en tant que faute lucrative 240
1) La nature de la faute dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles 240
A. La faute concurrentielle… 240
a) Les contours de la faute concurrentielle en France et au Canada : la nécessité d'un objet anticoncurrentiel 241
b) Les contours flous de la faute concurrentielle en droit canadien 248
B. … une faute lucrative 253
2) La clémence privée comme cause d'exonération partielle de responsabilité civile 255
A. L'hypothèse d'une clémence privée en droit civil 255
B. Les autres causes d'exonération de responsabilité civile 257
§ 2 : L'ambiguïté du lien de causalité en matière de pratiques anticoncurrentielles : le cas des acheteurs indirects 258
1) Le lien de causalité dans l'action privée 258
2) La recevabilité de l'action des acheteurs indirects : une question de causalité 260
Section II – La volatilité du préjudice concurrentiel réparable 267
§1 : L'identification d'un préjudice concurrentiel réparable 268
1) La distinction entre le préjudice concurrentiel et le dommage concurrentiel 268
2) Le préjudice concurrentiel de consommation et le préjudice concurrentiel d'affaire 271
§2 : L'évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel de consommation .. 273
1) Inférer la faute du préjudice en droit des pratiques anticoncurrentielles 275
2) Pour une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires 279

Conclusion du Chapitre I 285
Chapitre II – La portée punitive des dommages et intérêts dans l'action privée 287
Section I – La peine privée comme réponse alternative aux pratiques anticoncurrentielles 288
§1 : Le concept des dommages et intérêts punitifs.....288
1) Les dommages et intérêts punitifs en droit canadien 288
2) La peine privée en droit français 294
§2 : La controverse suscitée par l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence 297
1) Le débat autour des pratiques anticoncurrentielles 297
2) Les solutions en propriété intellectuelle et droits d'auteur.....303
Section II – Le caractère évolutif de la nature des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence 306
§1 : Les implications des dommages et intérêts punitifs dans l'action privée concurrentielle 307
§2 : La nature hybride des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence : entre sanction et compensation.....310
1) La fonction naturelle des dommages et intérêts punitifs en droit civil : la sanction.....310
2) La fonction cachée des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence : la réparation 320
Conclusion du Chapitre II..... 323
Conclusion du Titre I 325
TITRE II – LA RÉALISATION DE L'ACTION PRIVÉE PAR LA JUSTE INDEMNISATION DES VICTIMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES.....329
Chapitre I – La liquidation de la créance d'indemnisation obtenue après l'action privée 331
Section I – Les modes de liquidation de la créance indemnitaire favorables aux victimes de pratiques anticoncurrentielles 331
§1 : La récupération du gain illicite.....332
§2 : Le recouvrement de la réparation dans le recours collectif.....336
§3 : Réparation fluide et réparation en nature 338
§4 : Le recouvrement de l'indemnisation par les acheteurs indirects 343
Section II – Les co-indemnisateurs des victimes de pratiques anticoncurrentielles 348
§1 : L'indemnisation par les coauteurs.....348
1) Le droit commun de la solidarité.....348
2) L'application de la solidarité face aux dommages et intérêts punitifs 350
§2 : L'indemnisation par les tiers.....355
1) Le tiers assureur.....355
2) La tierce entreprise 359
A. La société spécialisée dans les actions privées : financement de l'action ou représentation cachée ? 360
B. Le changement de débiteur suite à une modification de la personne morale auteur de pratiques anticoncurrentielles.....363
Conclusion du Chapitre I 370

Chapitre II – Les bénéficiaires de la créance d'indemnisation à l'issue de l'action privée concurrentielle 375
Section I – Les bénéficiaires légaux de la créance d'indemnisation 375
§1 : Le paiement des honoraires d'avocats 376
§2 : La partie ayant à sa charge les frais de procédure et les dépens 381
Section II – Les bénéficiaires *ad hoc* de la créance d'indemnisation 388
§1 : La victime : bénéficiaire naturel 388
1) L'attribution légitime à la victime 388
2) La concurrence illégitime de l'État 389
§2 : Le tiers intéressé : bénéficiaire par défaut 392
1) Le tiers fonds d'aide aux recours collectifs 392
2) Le tiers bénéficiaire selon la doctrine *cy-près* 397
Conclusion du Chapitre II 404
Conclusion du Titre II 406
Conclusion de la seconde partie 408

Conclusion générale : Quelle place pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles dans la régulation de la concurrence ? 413

Bibliographie 421

Annexe 1 – Tableau comparatif des autorités de concurrence canadienne et française 487

Annexe 2 – Textes des principales législations 489

Annexe 3 – Récapitulatif des propositions de l'étude 503

Index 509

Liste des principales abréviations

Advocates Q' : *The Advocates' Quaterly*
Ass. Plén. : *Assemblée plénière de la Cour de cassation*
B.D.E : *Bulletin de droit économique*
C. de. D. : *Les cahiers de droit*
C.com. : *Code de commerce*
c.conso. : *code de la consommation*
C.c.Q. : *Code civil du Québec*
C.p.c.Q. : *Code de procédure civile du Québec*
Can. Comp. Rec. : *Canadian Competition Record*, anciennce référence de la *Canadian Competion Law Review*
Can. J.L. & Soc. : *Canadien Journal of Law and Society*
Cons. conc. : *Conseil de la concurrence*
Cons. cons. : *Conseil constitutionnel*
D. : *Recueil Dalloz*
Harv. J. on Legis. : *Harvard Journal on Legislation*
Int' Bus. Law : *International Business Law review*
J.L. & Econ. : *Journal of Law and Economy*
JCP : *La semaine juridique*
JORF : *Journal officiel de la République française*
JOUE : *Journal officiel de l'Union européenne*
L.c. : *Loi sur la concurrence*
LPA : *Les petites affiches*
Ottawa L.R. : *Ottawa Law Review*
R. D. McGill : *Revue de droit de l'Université McGill*
R.D. bancaire et fin. : *Revue de droit bancaire et financier*
R.D.U.S. : *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*
R.G.D. : *Revue Générale de Droit*
R.I.D.C.: *Revue internationale de droit comparé*
R.J.T : *Revue juridique Thémis*
Rev. Conc. Consomm. : *Revue concurrence consommation*
Rev. crit. DIP : *Revue critique de droit international privé*
RLC : *Revue Lamy Concurrence*
RLDA : *Revue Lamy Droit des affaires*
RLDC : *Revue Lamy Droit civil*
RTD Com. : *Revue trimestrielle de droit commercial*
S. : *Sirey*
UNBLJ : *University of New-Brunswick Law Journal*

Remerciements

Je tiens à remercier mes directeurs de thèse pour leur aide précieuse tout au long de ce travail doctoral. Tout d'abord, Mme Linda ARCELIN-LÉCUYER, Maître de conférences, HDR, à l'Université de La Rochelle, qui a cru dès le début de mon Master II en ce projet. Elle a permis, par sa détermination, la réalisation de cette cotutelle de thèse de la préparation du projet à la soutenance de thèse, qu'elle trouve ici toute ma gratitude pour ce soutien constant. Ensuite, je remercie M. Karounga DIAWARA, Professeur à l'Université Laval, pour avoir accepté cette codirection. Sa présence dès le début de mes recherches et ses conseils ont été d'une grande valeur. Je lui adresse tous mes remerciements.

Je souhaite aussi remercier les enseignants de la Faculté de Droit de La Rochelle, Mme Marie-Luce BERNARD, Mme Sabine BERTOLASO, Mme Stéphanie HOURDEAU-BODIN et M. Emmanuel SAVATIER avec qui j'ai eu l'honneur de travailler en tant que chargé de travaux dirigés pendant mes trois premières années de thèse. Ils ont aussi permis par leur souplesse et leur compréhension la réalisation de cette cotutelle. Je veux les remercier infiniment pour leur flexibilité. J'adresse également mes remerciements à Monsieur le Doyen, André GIUDICELLI et au Centre d'études juridiques et politiques de la Faculté de Droit de La Rochelle pour leur soutien organisationnel et financier. Le soutien est aussi venu de la Direction de programme des cycles supérieurs de la Faculté de droit de l'Université Laval. J'adresse mes remerciements les plus chaleureux à M. le Vice Doyen, Dominic ROUX, à Mme Marjolaine CARON et M. Michel BÉLANGER pour leur présence tout au long de mon cheminement. Je garde, parmi cette équipe, une pensée particulière pour le formidable travail réalisé par M. Sylvain LAVOIE, conseiller à la gestion des études de 2ème et 3ème cycles, et pour ses encouragements répétés à mon égard.

En terminant, je voudrais exprimer toute ma reconnaissance à mes proches et amis sans qui cette thèse n'aurait pas pu voir le jour. Pour commencer, Maître Gilles BABERT, qui m'a appris la rigueur et l'exigence. Il a su, par son regard attentif sur mon travail et un temps inestimable consacré à me lire, améliorer mes compétences de juriste. Je le remercie sincèrement pour tous ses conseils. Je pense aussi à ma famille qui a su se faire à mon éloignement et m'a encouragé dans cette voie. Je n'oublie pas mes compagnons de La Rochelle : Thomas, Hubert, Charlotte et Hugo. Et enfin, mes chums du Québec, Frédéric et Marie-Élyse, qui m'ont fait découvrir cette si belle province.

Je garde la meilleure pour la fin, ma conjointe, Anaïs. Je ne sais comment la remercier pour ses encouragements, son soutien, ses relectures minutieuses et ses nombreux sacrifices. Sans elle, cette thèse n'aurait pas pu se faire dans d'aussi bonnes conditions ; qu'elle trouve dans ces lignes toute ma reconnaissance.

Avant-Propos

La présente thèse a été réalisée en cotutelle entre la France et le Québec. Ainsi, l'auteur a dû se conformer à un système de référencement le plus homogène possible, tout en étant conforme aux deux systèmes juridiques. Pour parvenir à cet objectif, les références sont citées selon le guide de Didier LLUELLES, *Guide des références pour la rédaction juridique*, Montréal, Édition Thémis, 2008. En effet, ce guide présente les règles formelles des références québécoises et canadiennes, ainsi que les normes valables en France.

Des libertés ont toutefois été prises pour compléter le mode de citation des références françaises et adapter le référencement aux citations propres au droit de la concurrence. De plus, les références des revues accès sur une approche internationale ou comparative suivent le mode de citation nord-américain qui veut que la citation commence par la date, puis le numéro de volume ou de la revue, le titre de la revue en italique et enfin la page.

Par exemple, Prénom NOM, « Titre de l'article », (2014) 1 *Titre de la revue* 01

Ce système de référencement consiste dans ses grandes lignes :

- à citer le prénom entier des auteurs lors de la première citation, puis, dans les citations suivantes, à avoir recours à l'initiale du prénom ;
- à citer les revues nord-américaines avec l'année de publication entre parenthèses, le numéro de volume ou de la revue, le nom de la revue en italique et la page de début et de fin de l'article ;
- à citer les sources gouvernementales et législatives en commençant par le nom du pays en majuscule (ce qui facilite, dans une thèse de droit comparé, la localisation des sources), puis le nom de l'organe à l'origine du document. À titre d'exemple, nous avons utilisé pour les sources législatives canadiennes et françaises, le terme de « PARLEMENT », sans distinguer l'Assemblée nationale du Sénat en France ou la Chambre des communes du Sénat au Canada ;

Le lecteur voudra donc bien être avisé de ces caractérisques formelles lors de la consultation du présent texte.

Enfin, les recherches sont à jour au 1er avril 2014.

Introduction

1. **Le droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles** – Le droit des pratiques anticoncurrentielles permet de réguler et de sanctionner les pratiques comportementales des entreprises qui faussent la concurrence sur le marché. Ces règles visent la prohibition des ententes entre entreprises afin de réduire la concurrence ou les abus de position dominante réalisés par des entreprises en situation de monopole. Pour les européens, l'encadrement du marché est une idée née aux États-Unis, en 1890, lors de l'adoption du *Sherman Act*[1] à l'initiative du sénateur John Sherman. Pourtant, il ne faut pas ignorer que les canadiens sont les premiers à avoir adopté un droit de la concurrence, en 1889[2], un an avant le *Sherman Act*. Toutefois, la doctrine européenne considère que la loi américaine est l'acte de naissance du droit de la concurrence moderne[3]. En 1914, le *Clayton Act*[4] est venu compléter cette première législation en offrant aux victimes de violation du droit dit « antitrust » d'agir contre les auteurs de ces atteintes au marché par la voie judiciaire. Notamment, elles pouvaient obtenir le triplement de l'indemnité réclamée. Depuis, le droit antitrust américain est majoritairement mis en œuvre par les personnes privées victimes d'agissements anticoncurrentielles, on parle d'actions privées ou de *private enforcement* du droit de la concurrence[5].

Cette situation contraste avec celle présente en Europe. Bien que la législation antitrust européenne soit la « fille » du droit américain[6], il demeure que la mise en œuvre du droit de la concurrence dans l'Union européenne n'est pas le fait exclusif des personnes privées victimes de pratiques anticoncurrentielles. En effet, le modèle

[1] 15 U.S.C. §§ 1-7.
[2] *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, 52 Vict., ch. 41.
[3] André DECOCQ et Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2010, au par. 1.
[4] 15 U.S.C. §§ 12-27.
[5] En France, les études sur le droit américain et l'action privée sont nombreuses v. Rafael AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Thèse, Buxelles, Bruylant, 2014 ; Mélanie LECLERC, *Les* class actions*, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Préf. J. MONÉGER, Thèse, Bruxelles, Larciers, 2012 ; Silvia PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Préf. E. CLAUDEL, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; Guillaume ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Thèse, Université Montpellier I, 2012.
[6] François SOUTY, *La politique de concurrence aux États-Unis*, Paris, PUF, 1995, p. 5.

européen fait confiance à l'État pour assurer la protection de l'intérêt général à travers le marché. Plus précisément, au niveau communautaire, la Commission européenne joue le rôle de gardien du marché commun, mettant en œuvre les articles 101 et 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*[7] (ci-après TFUE) qui régissent respectivement les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante. On retrouve la même logique dans les États membres. La France a créé une autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence, pour appliquer le droit de la concurrence interne prévu aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du *Code de commerce* pour ce qui est des ententes et des abus de position dominantes. Cette mise en œuvre du droit de la concurrence par l'État est qualifiée de *public enforcement* ou d'action publique[8]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sont donc pas appelées à jouer un rôle dans le droit de la concurrence français et européen. Toutefois, la violation d'une règle légale étant constitutive d'une faute sur le fondement des articles 1382 et 1383 du *Code civil* français, le préjudice subi par les victimes devrait être en principe réparable. Or la pratique révèle que les actions privées sont presque absentes en Europe[9].

2. **L'effectivité du droit communautaire de la concurrence** – Pourtant, la Cour de justice des communautés européennes (ci-après CJCE, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, ci-après CJUE) l'avait clairement affirmé en 2001 et 2006. Dans l'arrêt *Courage* de 2001, la Cour rappelle :

> L'article 85 du traité s'oppose à une règle de droit national interdisant à une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de ladite disposition, de demander des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat au seul motif que l'auteur de la demande est partie à celui-ci.[10]

Les faits étaient les suivants. La société Courage, une brasserie domiciliée au Royaume-Uni et une société d'hôtellerie et de restauration, proposent à la location leurs débits de boissons. M. Crehan était locataire d'un de ces débits. Cependant, le bail contenait une clause d'achat exclusif non négociable de bière auprès de la société Courage pour une quantité minimale. À la suite d'une livraison de bière impayée, la société Courage

[7] JOUE n° C 83/49 du 30.3.2010.
[8] L'action publique ne devra être confondue avec celle du même nom en droit pénal français à défaut de précisions contraire dans les développements.
[9] Comme nous le verrons plus loin, la situation pourrait toutefois s'améliorer avec l'adoption récente de l'action de groupe en France et la directive européenne sur les actions privées.
[10] CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd* c. *Bernard Crehan* et *Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, aff. C-453/99, Rec. 2001, p. I-6297, au par. 36.

assigne M. Crehan en justice pour en obtenir le paiement. Il conteste la demande, en invoquant que la bière était vendue moins chère à des tenanciers indépendants par rapport au prix pratiqué par la société Courage à son égard. Cette pratique mettait M. Crehan dans une situation financière délicate et pouvait conduire à la cessation de l'activité. La CJCE fut saisie d'une question préjudicielle. En effet, « [s]elon la juridiction de renvoi, le droit anglais ne permet pas à une partie à un accord illicite de réclamer des dommages et intérêts à l'autre partie. Il en résulte que, en admettant même que soit fondé le moyen soulevé par M. Crehan au soutien de sa défense, selon lequel le bail qu'il a conclu contrevient à l'article 85 du traité, le droit anglais opposerait une fin de non-recevoir à son action en dommages et intérêts »[11]. Dès lors, la Cour a statué que « tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité, même lorsqu'il est partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de cette disposition »[12]. Le motif principal de cette décision est de donner un plein effet au droit de la concurrence de l'Union[13].

En 2006, la Cour a réitéré le principe dans la décision *Manfredi* : « toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE »[14]. L'affaire avait pour objet une augmentation de primes d'assurances responsabilité civile automobile suite à une entente sur les prix entre des assureurs italiens. Après une condamnation par l'autorité de concurrence italienne, le tribunal italien, saisi d'une demande en indemnisation, s'interrogea sur le droit de prononcer la nullité de l'entente et le droit pour les consommateurs d'obtenir des dommages et intérêts, et même des dommages et intérêts punitifs. Ainsi, la Cour italienne décida de surseoir à statuer et exerça un recours préjudiciel devant la juridiction communautaire en lui posant la question de savoir si elle pouvait indemniser la victime sur le fondement du droit communautaire.

[11] *Id.*, au par. 11.
[12] *Id.*, au par. 24.
[13] *Id.*, au par. 26.
[14] CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jointes C-295-298/04, Rec. 2006, p. I-6619, au par. 61. Le dernier arrêt en date qui fixe le principe est CJUE, 6 juin 2013, C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG e.a.*

3. **Les prises de position de la Commission européenne** – En parallèle de ce mouvement jurisprudentiel, la Commission européenne avait pris l'initiative de demander une étude sur les actions privées dans l'Union européenne. Le *Rapport Ashurst* de 2004[15] dressait alors un tableau éloquent du *private enforcement* en Europe. Contrairement aux États-Unis où 90 % du contentieux antitrust est d'origine privée[16], seulement 10 % de ce contentieux est le fait des victimes de pratiques anticoncurrentielles dans l'Union. Désireuse de remédier à ce total sous-développement du *private enforcement*, la Commission a lancé des consultations sur des propositions ayant pour objectif d'importer en Europe les clés du succès américain. La Commission européenne a proposé d'agir sur ces éléments pour rendre effective l'action privée dans l'Union européenne dans un livre vert en 2005 puis dans un livre blanc en 2008[17]. Elle s'intéressait[18] notamment aux recours collectifs[19], à l'accès aux preuves[20], à l'évaluation des dommages et intérêts et à leur caractère punitif[21], au coût des actions en dommages et intérêts[22] et à l'interaction entre les actions privées et les programmes de clémence[23]. Tous ces éléments renvoient aux *class actions* pour l'accès à la justice, au *discovery* pour l'accès aux preuves et aux *punitive damages* du droit américain. En effet, le succès de l'action privée aux États-Unis ne s'explique pas seulement par les dommages triples

---

[15] Denis WAELBROECK, Donald SLATER et Gil EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 août 2004, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>.

[16] Pour des statistiques v. par exemple, U.S. GENERAL ACCOUNTING OFFICE, *Justice Departement* : *Changes in Antitrust Enforcement Policies and Activities* (Washington, D.C. : GAO/GGD-91-2, October 1990), p. 15. Le tableau est reproduit dans KHEMANI R.S. et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991. p. 667. Le tableau indique un taux de 90,9 % de poursuite privée pour la décennie 1980-1989.

[17] COMMISSION UE, *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) 0672, (ci-après *Livre vert*) ; COMMISSION UE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008*, COM(2008) 165 final, (ci-après *Livre blanc*) ; COMMISSION CEE, *La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE*, Bruxelles, 1966. Pour l'opinion du Parlement européen sur ces réflexions, v. PARLEMENT UE, *Résolution 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*, Bruxelles, 26 mars 2009, (2008/2154(INI)). Sur ce sujet v. Donncadh WOODS, « Private Enforcement of Antitrust Rules – Modernization of the EU Rules and the Road Ahead », (2003-2004) 16 Loy. Consumer L. Rev. 431.

[18] Signalons que depuis, certaines de ces options ont été abandonnées comme la création d'un recours collectif au niveau européen ou des dommages et intérêts doubles pour les ententes horizontales.

[19] *Livre blanc*, *id.*, au par. 2.1.

[20] *Id.*, au par. 2.3.

[21] *Id.*, au par. 2.5. Comme l'avait annoncé le livre blanc à ce paragraphe au dernier point, la Commission européenne a produit une étude permettant aux juridictions nationales d'évaluer le préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles en date de décembre 2009 intitulé « Quantifying antitrust damages », [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf>.

[22] *Id.*, au par. 2.8.

[23] *Id.*, au par. 2.9.

de la section IV du *Clayton Act*. Si cette mesure incite à l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles, c'est parce qu'elle est la promesse d'une contrepartie financière significative suite à l'action en justice. En effet, le préjudice concurrentiel est diffus et peut être minime à l'échelle d'un consommateur. Les victimes ne seront donc pas tentées par l'action privée antitrust si le gain à l'issue de l'action est minime. La *class action* est une action issue de la procédure civile américaine qui permet une représentation sans mandat des victimes. Par conséquent, il est possible de regrouper les demandes d'un faible montant pour mutualiser les coûts de l'action. Le coût de l'action est alors moindre par rapport au préjudice subi. Également, la procédure du *discovery* permet de se faire communiquer l'intégralité des pièces nécessaires au dossier par la partie adverse. Bien que coûteuse, cette procédure permet d'étoffer un dossier délicat à constituer en raison de la nature économique et secrète de l'infraction.

4. **Remédier à l'ineffectivité du *private enforcement*** – En Europe, les victimes d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles agissent sur le fondement de la responsabilité civile. Cela suppose de prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité qui relie ces deux éléments constitutifs de la responsabilité civile. En France, la pratique judiciaire a révélé une extrême difficulté pour les victimes à mettre en œuvre le droit de la responsabilité civile dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles[24]. Au plan juridique, les éléments de preuve à fournir pour engager la responsabilité civile des entreprises auteurs de pratiques anticoncurrentielles sont trop exigeants. En effet, la faute nécessite une analyse économique pour attester que le comportement en cause a bien réduit la concurrence. L'existence d'un préjudice n'est pas évidente sur un marché où la liberté du commerce légitime le préjudice infligé aux concurrents. Enfin, le lien de causalité est ténu dans la mesure où il est difficile de relier une perte de chiffre d'affaire à une pratique anticoncurrentielle sur un marché soumis à certains aléas comme une crise économique. D'un point de vue conceptuel, il est difficile de faire valoir la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle par des personnes privées quand le fonctionnement du marché est déjà encadré par une autorité de concurrence étatique. La place des victimes de ces pratiques dans l'application du droit de la concurrence est remise en cause dans la mesure où elles remettent en cause la

[24] Daniel FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, *RTD com.* 51, n° 4, oct-déc 1998.

compétence historique de ces autorités de régulation. Dès lors, l'effectivité de l'action privée en Europe est incertaine.

Pour prendre des mesures afin de remédier à ce manque d'effectivité, la Commission européenne a adopté, en juin 2013, un « paquet *private enforcement* »[25] qui comprend notamment une *Proposition de directive sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*[26]. La proposition de directive réaffirme le droit à réparation des victimes des États membres et propose des dispositions relatives à la conciliation des procédures privées et publiques pour éviter notamment que l'action privée nuise au programme de clémence[27]. En effet, le programme de clémence permet aux autorités de concurrence de bénéficier de l'aide des auteurs de pratiques anticoncurrentielles pour mettre à jour ces pratiques en échange d'une immunité d'amendes. Or cette procédure permet aux victimes d'identifier facilement les auteurs et d'agir ainsi contre eux par la voie judiciaire. Le risque financier encouru peut dissuader les auteurs de participer au programme de clémence mettant ainsi les autorités de concurrence dans l'incapacité de lutter contre certaines pratiques anticoncurrentielles. Notamment, si la divulgation des preuves entre les parties doit être incitée par un assouplissement des règles de la procédure civile, il convient de la limiter lorsqu'elle touche au programme de clémence afin de ne pas dissuader les auteurs de communiquer des éléments de preuve dans le cadre de l'action publique. En outre, les décisions de condamnation des autorités de

[25] L'expression figure dans Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1424. Ce paquet contient 5 textes :

- une communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulé « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs » ;
- une recommandation de la Commission relative à des principes communs en matière de recours collectifs ;
- la proposition de directive à laquelle nous ferons référence dans l'étude ;
- une communication sur la quantification du préjudice concurrentiel résultant d'une violation des articles 101 et 102 TFUE ;
- et un dernir document explicatif de cette communication sur la quantification du préjudice appelé « Guide pratique ».

[26] COMMISSION UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, Strasbourg*, 11 juin 2013, COM(2013) 404 final, (ci-après *Proposition de directive sur les actions privées*) [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/proposal_directive_en.pdf>.

[27] Catherine GRYNFOGEL, J cl. Commercial, v° Clémence et actions civiles devant les juridictions de droit commun, Fasc. N° 288, 2012 ; Jean-Christophe RODA, *La clémence en droit de la concurrence, étude comparative des droits américains et européens*, Préf. C. PRIETO, Thèse, PUAM, 2009.

concurrence en Europe doivent pouvoir servir à prouver la faute civile en tant que violation d'une disposition légale. Le temps de l'action est également important. Le délai de prescription doit être suffisamment long pour ne pas priver les victimes de pratiques anticoncurrentielles d'un recours au juge. La difficulté à révéler certaines pratiques peut ne pas permettre aux victimes d'agir dans les temps. Quant au préjudice, la complexité de son évaluation a amené la Commission à considérer que l'auteur devait lui-même démontrer que la victime n'avait pas subi de surcoût. Ces propositions devraient permettre de faciliter l'action privée pour plus d'effectivité.

Cependant, on constate que certaines mesures d'inspiration américaine sont absentes. Moins ambitieuse que les livres vert et blanc, la proposition de directive ne retient pas le recours collectif, ni les dommages et intérêts punitifs comme des pistes à poursuivre. Les fortes oppositions à ces propositions, notamment de la France, ont eu raison de ces mesures. En effet, lors de la publication des livres vert et blanc de la Commission, les États membres ont été appelés à se prononcer sur les propositions avancées par l'Union européenne. Dans ce cadre, un rapport avait été rendu par l'Assemblée nationale française. Le groupe de travail de l'Assemblée nationale avait dénoncé une « américanisation » du droit français[28], tant de sa procédure civile que de son droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Pourtant, ce rapport ne doit pas être considéré comme l'opinion dominante en France. Le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, s'était prononcé sur le sujet par un avis favorable en ce qui concerne l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles pour améliorer la réparation des victimes[29].

5. **Réflexions françaises sur une réforme globale de la responsabilité civile et de la procédure civile** – Cette réflexion sur la prise en compte du contentieux indemnitaire par le droit antitrust est étroitement liée à d'autres réflexions générales sur la responsabilité civile et la procédure civile en France. Même si la Commission

[28] FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne, 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), (Présenté par Marc LAFFINEUR), n° 3200 (2005-2006) – 28 juin 2006, (ci-après *Rapport Lafineur*).

[29] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Avis du Conseil de la concurrence relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 21 septembre 2006, [en ligne] : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>.

européenne n'a pas retenu de proposition sur le recours collectif, la France a adopté un modèle d' « action de groupe »[30].

Depuis 30 ans[31], l'action de groupe était un « serpent de mer » législatif. Toujours évoquée, jamais adoptée, elle faisait débat, notamment pour assurer l'effectivité du recours indemnitaire des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Finalement, en 2014, le projet de loi sur la consommation ou « projet de Loi Hamon »[32] a été adopté par le parlement. Le fait est marquant tant pour le droit français, qui se dote d'un instrument novateur pour l'accès à la justice des consommateurs, que pour son droit de la concurrence en particulier. Ce texte prévoit opportunément des dispositions spéciales pour les actions indemnitaires des victimes de pratiques anticoncurrentielles empruntant une voie collective.

6. **Les similarités du contexte canadien** – Au Canada, la logique fut la même qu'en Europe, c'est-à-dire que le gouvernement fédéral a entrepris une réflexion sur le thème du *private enforcement*. Le Ministre canadien de la consommation et des entreprises, déclara, le 14 mars 1974, qu'il s'agissait d' « une proposition nouvelle que chacun qui subit un préjudice résultant d'une violation de la *Loi sur la concurrence*[33] devrait être capable d'obtenir la réparation des dommages et des coûts »[34]. Aussi, des études ont été depuis entreprises sur ce sujet[35]. On y retrouve les mêmes interrogations de la

[30] FRANCE, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, *Avis relatif au Vocabulaire de droit*, JO 13 mai 2006, p. 7072. La Commission remplace le terme « *class action* » par « action de groupe ». C'est finalement le terme qui a été retenu dans la projet de loi sur l'action de groupe, v. le chapitre III, du Titre II dans le Livre IV du *code de la consommation* intitulé « action de groupe ». Pour des commentaires sur l'introduction de l'action de groupe, v. Nathalie HOMOBONO, « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », *Concurrences* n° 3-2013, p. 54 ; Catherine PRIETO, « Attermoiements récurrents sur l'action de groupe », *Concurrences* n° 3-2013, p. 5.

[31] La réflexion à ce sujet a repris en France en 2005 suite au Discours de l'ancien Président de la République, Jacques CHIRAC, devant les forces vives de la Nation, Paris, le 4 janvier 2005.

[32] FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire*, n° 201 (2010-2011) - 22 décembre 2010. Plus récemment, un autre projet de loi tentait d'introduire l'action de groupe en droit français, v. FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi visant à instaurer le recours collectif de consommateurs*, n° 110 (2011-2012) - 24 juillet 2012.

[33] L.R. (1985), ch. C-34, art. 1; L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 19.

[34] Traduction libre : "Equally new is the proposal that anyone injured by a violation of the act would be able to sue for full damages and costs" dans CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 4ème sess., 30ème parl.

[35] Les études peuvent être consultées sur le site Internet du Bureau de la concurrence canadien : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01330.html>. A noter, plus spécifiquement, l'étude demandée par Industrie Canada sur l'action privée, R. Jack ROBERTS, *Analyse comparative internationale des droits d'action privés*, Rapport, Toronto, 15 janvier 2000. Pour une référence plus ancienne v. CANADA, DEPARTMENT OF CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS, *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976.

pertinence d'un recours collectif en droit de la concurrence. Le projet de loi qui a introduit l'action privée en droit de la concurrence canadien fut le *Projet de loi C-2 portant modification la Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*[36] dans les années 70. Il est le premier à avoir proposé l'introduction d'un recours spécial pour les parties privées fondé sur la Partie V de la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*[37].

Elle visait les dispositions criminelles de la Loi, notamment les ententes. Le *Projet de loi C-256*[38] a finalement modifié la Loi. Ce projet était une refonte du droit de la concurrence canadien qui allait au-delà de la question de l'action privée. Il faisait suite au *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* du Conseil économique du Canada[39], institution aujourd'hui disparue. Entrée en vigueur le 1er janvier 1976, il donna naissance au droit d'action privée à l'article 31.1 qui fut la première version de l'actuel article 36 de *Loi sur la concurrence* (ci-après L.c.)[40]. Par la suite, le législateur s'est penché sur la question de l'action collective en droit de la concurrence. Les *projets*

Également, la liste non-exhaustive des mémoires et études remis au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes lors de l'étude du *Projet de loi C-23* que nous avons pu nous procurer auprès du greffe de la Chambre des communes, notamment CHAMBRE DE COMMERCE DU CANADA, *Sommaire des observations à propos du projet de loi C-23 présentés au Comité permanent de l'industrie, de la science et de la technologie*, 16 octobre 2001 ; BUREAU DE LA CONCURRENCE, DIVISION DES AFFAIRES LEGISLATIVES, *Déclaration sur les mesures législatives, Projet de loi C-23* (*Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence)*, Conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien, Section droit de la concurrence, 20 septembre 2001 ; GROUPE DE LA POLITIQUE ET DU DROIT DE LA CONCURRENCE, *Mémoire au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie*, 6 novembre 2001 ; ASSOCIATION CANADIENNE DES CONSOMMATEURS, *Mémoire présenté au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie concernant le projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le tribunal de la concurrence***,** 24 octobre 2001 ; Georges ADDY, *Exposé sur les modifications apportées à la Loi sur la concurrence et aux lois connexes (projet de loi C-23)*, Montréal ; Konrad VON FINCKENSTEIN, *Lettre à Mme WELAN, Présidente du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, en réponse à l'exposé de M. Georges ADDY*, Ottawa, 22 octobre 2001 ; Thomas W. ROSS, *Le projet de loi C-23 et la permission donnée aux particuliers : commentaires et observations sur les modifications qu'il est proposé d'apporter aux lois sur la concurrence et le Tribunal de la concurrence, Observations formulées devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes*, 23 octobre 2001.

[36] *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, Projet de loi C-2, 1ère sess., 30e Parl.

[37] CANADA, MINISTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATION, *Proposition pour une action collective en matière de législation sur la politique de concurrence*, Ottawa, Information Canada, 1976, [ci-après *Rapport Williams*].

[38] *Loi encourageant la concurrence, prévoyant la réglementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, Projet de loi C-256, 3e sess., 28e Parl.

[39] CONSEIL ECONOMIQUE DU CANADA, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Imprimeur de La Reine, 1969.

[40] Toutefois, ce n'est plus la partie V qui est visée mais désormais la partie VI de la *Loi sur la concurrence* qui contient les mêmes dispositions que la précédente partie V.

de loi C-42[41] et *C-410*[42] avaient pour objectif d'introduire un recours collectif au niveau fédéral dans la législation sur la concurrence[43]. Il s'agissait d'améliorer le droit privé d'action qui venait d'être consacré dans la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*[44]. Les projets ont été rejetés.

Mais le développement du recours collectif au cours de ces dernières années dans les provinces canadiennes a permis à l'article 36 de s'intégrer au sein de la politique de concurrence. Plus récemment, au début des années 2000, la L.c. a été réformée concernant l'action privée[45]. Un recours privé devant le Tribunal de la concurrence[46] a

---

[41] *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois*, Projet de loi C-42, 1ère sess., 30e parl.

[42] *Loi tendant à modifier la loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, Projet de loi C-410, 2e sess., 30e Parl.

[43] CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 2e sess., 30e parl., Vol. I, 12 oct. au 16 nov. 1977, p. 327 et 328 ; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 2e sess., 30e parl., Vol. IV, 22 fév. au 28 mars 1977, p. 4039 ; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 2e sess., 30e parl., Vol. V, 29 mars au 6 mai 1977, p. 5316, 5323 et 5392 ; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DES FINANCES, DU COMMERCE ET DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES, *Quatorzième rapport du Comité permanent des finances, du commerce et des affaires économiques sur le projet de loi C-42, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, 2e sess., 30e parl., 1977, pp. 54-59 ; H. J. HEMENS, W.A. MACDONALD, J. W. YOUNGER (Avocats), *Mémoire présenté au sujet des dispositions relatives aux actions collectives du Bill C-42*, Ottawa, Mai 1977. Mais le premier acte de réforme d'envergure est sans nul doute le *Rapport provisoire du Conseil économique du Canada*, v. CANADA, CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *op. cit.*, n° 39.

[44] S.R.C. 1970, c. C-23.

[45] Pour des études récentes consacrées à l'action privée fondée sur l'article 36 de la L.c, v. Benjamin LEHAIRE, « La collectivisation du recours privé en droit des pratiques anticoncurrentielles : réalité canadienne et perspectives françaises », (2013) 1 *BDE* 1-9 ; Serge BOURQUE et Catherine LAMARRE-DUMAS, « Canada : Les recours collectifs en matière de dommage concurrentiel », Concurrences N° 1 – 2006, p. 207 ; Suzanne CÔTE et David TOURNIER, « De l'évaluation des dommages suivant la résiliation des contrats de service et les contraventions à la *Loi sur la concurrence* », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Les dommages en matière civile et commerciale*, Éd. Yvon Blais, 2006. Pour les ouvrages traitant en français de la question v. Yves BÉRIAULT, Madeleine RENAUD, Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Thomson, Carswell, 1999 ; LAVERY, DE BILLY avocats, *Manuel de droit de la concurrence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, vol. I, p. NG/281.

La littérature anglophone est plus importante, v. pour les références récentes, W. Michael G. OSBORNE, « The Loss Stops Here : Should Indirect Purchasers Be Able To Sue For Price Fixing Losses ? », (2012) 25/1 *Canadian Competition Law Review* 50-95 ; Jean-Marc LECLERC and David STRENS, « The Case For Permetting Indirect Purchaser Claims in Canada : A Critical Analysis of Pro-sys Consultants and Sun-Ryoe, (2012) 25/1 *The Canadian Competition Law Review* 96-116 ; Laura COOPER, Charles M. WRIGHT and Vaso MARIC, « Section 36 of The Competition Law : Still a Work In Progress ? », (2012) 25/2 *The Canadian Competition Law Review* 236-275 ; M. JAMAL, "Competition Act Changes Improve Access to Tribunal", (2002) 22 *The Lawyers Weekly* 15 ; T. KENNISH, "Bill C-23 May Expand Competition Law Enforcement", (2002) 21 *The Lawyers Weeklly* 45 ; M. J. NICHOLSON, Y. ERMAK, "Private Enforcement: Five Years Retrospective", *Annual Fall Conference On Competition Law*, CBA National Competition Law Section, 2007 ; Paul Erik VEEL, "Private Party Access To The Competition Tribunal: A Critical Evaluation of The Section 103.1 Experiement", (2009) 18 *Dalhousie J. Legal Stud.* 1 ; WONG S. & WRIGHT K. J., "Class Actions and Private Actions under the Competition Act", (2003) 31 *Int' l Bus. Law.* 157.

Pour les références plus anciennes, D.S. AFFLECK, « A Civil Cause of Action Under The Combines

été introduit par le *projet de loi C-23*[47] à l'article 103.1 de la Loi. L'article 103.1 prévoit un droit pour les parties privées de saisir le Tribunal de la concurrence en ce qui concerne les articles 75, 76 et 77 de la Loi. Ces articles concernent le refus de vendre, les pratiques d'exclusivité, de ventes liées, de limitation du marché et les maintiens de prix. L'abus de position dominante n'est pas visé par l'article 103.1 L.c. Ces dispositions relèvent de la partie civile de la Loi. En effet, au-delà des dispositions criminelles sanctionnées pénalement par la L.c., existent dans la Loi des dispositions civiles fonctionnant selon un système d'amendes administratives pour les infractions de moindre importance, au rang desquels figure l'abus de position dominante (Art. 78 et 79 L.c.). Le projet a pu donner lieu à un débat quant à la place de l'action privée dans la

---

Investigation Act, (April 1964) 22 *University of Toronto Faculty of Law Review* 153-159 ; CANADA, DEPARTMENT OF CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS, *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976 ; A.C. CHRYSLER, « Civil Action Arising from Restraint of Trade », in LITVAK, I. and MALLEN, B. (eds), *Marketing: Canada*, Toronto, MacGraw-Hill, 1964, pp. 182-187 ; J.A. KAZANJIAN, « Class Actions in Canada », *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 11, No. 3, 1973, pp. 397-436 ; B.C. MC DONALD, « Private Actions and the Combines Investigation Act », in Prichard, J.R.S., Stanbury, W.T. and Wilson, T.A. (eds), *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*, Toronto, Butterworths, 1979 ; G.F. MCFADYEN, « Consumer Class Actions », *Queen's Law Journal*, Vol. 2, 1973, pp. 50-58; J. B. MUSGROVE, « Civil Actions in the Competition Act », (1994) 16 *Advoc. Q.* 94 ; Daniel Martin BELLEMARE, « Les récents développements concernant les recours privés en droit de la concurrence au Canada et aux Etats-Unis » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1991, p. 35 ; J. Robert S. PRICHARD and Michael TREBILCOCK, « Class Action and Private Law Enforcement », (June 1978) 27 *University of New Brunswick Law Journal* 5-17 ; J. Robert S. PRICHARD, « Private Enforcement and Class Actions », in Prichard, J.R.S., Stanbury, W.T. and Wilson, T.A. (eds), *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*, Toronto, Butterworths, 1979 ; Robert S. REID, « Class Actions: Deference, Redress, or Legal Nightmare? » in J.W. ROWLEY and W.T. STANBURY (eds), *Competition Policy in Canada: Stage II, Bill C-13*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 1978, pp. 205-233 ; K. ROACH, M. J. TREBILCOCK, *Private Enforcement of Competition Laws*, (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 461-508 ; Jo' Anne STREKAF, « Private Enforcement Of Canadian Competition Law » in R. S. KHEMANI et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991, pp. 645-657 ; M.J. TREBICOCK, « Private Law Remedies for Misleading Advertising », (1972) 22-1 *University of Tronto Law Journal* 1-32 ; I.G. WADDELL, *A Practical Approach to Consumer Class Actions in Civil Litigation in Canada*, Vancouver, Western Institute for Legal Research and Reform, 1974 ; Jennifer WHYBROW, « The Case For Class Actions in Canadian Competition Policy: An Economist's Viewpoint », in *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976, pp. 196-251 ; Neil J. WILLIAMS, « Class actions in Canada », *Canadian Consumer*, Vol. 5, October 1975, pp. 18-20 ; « Consumer Class Actions in Canada: Some Proposals for Reform », (June 1975) 13-1 *Osgoode Hall Law Journal* 1-88 ; du même auteur « Damages Class Action Under the Combines Investigation Act », in *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976, pp. 1-195 ; George W. WILSON, « Anti-combines and Injury to the Public », *Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 23, February 1957, pp. 73-169 ; J.S. ZIEGEL, « The Future of Canadian Consumer Class Action », (1974) 32 *The Advocate* 289-294.

[46] *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R., 1985, ch. 19 (2e suppl.).

[47] CANADA, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, Ottawa, Avril 2002, p. 34, 49 et 54 ; *Loi modifiant la loi sur la concurrence et la loi sur le tribunal de la concurrence*, Projet de loi C-23 adopté le 4 juin 2002, 1ère sess., 37e parl.

politique de concurrence canadienne[48]. Actuellement, l'accès au Tribunal de la concurrence n'est pas autorisé pour les complots et les abus de position dominante[49].

7. **Le bijuridisme, le recours privé et la répartition des pouvoirs dans la fédération canadienne** – L'originalité du recours privé canadien tient à son bijuridisme et à la répartition du pouvoir législatif entre la fédération et les provinces. Le bijuridisme est une particularité de l'ordre juridique canadien qui consiste en la présence de deux traditions juridiques dans un même pays. La Constitution canadienne[50] prévoit la répartition des compétences entre le pouvoir fédéral et le pouvoir provincial. Les provinces ont notamment compétences en matière de propriété et de droit civil[51]. Cependant, il arrive que le gouvernement fédéral prenne une loi qui concerne le droit privé ou utilise des termes inspirés de la *Common law* ou du droit civil dans ses lois. Pour que le texte s'applique correctement dans les provinces de *Common law* et au Québec, le législateur fédéral doit prendre garde au bilinguisme et au sens juridique des termes dans les deux traditions juridiques. Aussi, concernant la propriété et le droit civil, ces domaines sont de la compétence des provinces.

La Cour suprême s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 36 au regard de la compétence du parlement fédéral. S'agissant d'un article pris manifestement en matière de droit civil, puisqu'il permet une réparation du préjudice concurrentiel par le droit fédéral, la question se posait de savoir si le gouvernement n'avait pas empiété sur le pouvoir provincial. La Cour suprême a jugé par deux décisions rendues en 1989 que l'article 36 relevait du pouvoir fédéral en matière de trafic et de commerce tel que prévu à l'article 91(2)[52] de la Constitution[53]. Il s'agit d'une disposition accessoire de la L.c, le

---

[48] CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Septième rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, sur le projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, 1ère sess., 37e parl., 2001. V. aussi les délibérations du Comité lors de la réunion du mardi 6 novembre 2001, [en ligne] : <http://www.parl.gc.ca/committeebusiness/>.

[49] BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur l'accès privé au Tribunal de la concurrence*, Ottawa, Avril 2005. Cependant, l'élargissement du droit d'accès privé au Tribunal de la concurrence est systématiquement rejeté par le milieu des affaires, v. en ce sens, CHAMBRE DE COMMERCE DU CANADA, *Sommaire des observations à propos du projet de loi C-23 présentés au Comité permanent de l'industrie, de la science et de la technologie*, 16 octobre 2001, p. 3 « En fait, nous n'avons reçu aucun commentaire favorable à cette proposition [d'ouverture du Tribunal de la concurrence aux parties privées] ».

[50] *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

[51] *Id.*, art. 92.13.

[52] *Loi constitutionnelle de 1982* (R-U), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

recours privé canadien trouve donc sa légitimité dans la compétence du gouvernement canadien en matière d'échange et de commerce. Bien que légitimé sur le fondement de cette compétence, l'article 36 L.c. est une redite du droit à réparation consacré par l'article 1457 du *Code civil du Québec*[54] (ci-après C.c.Q). Dès lors, il coexiste deux droits à réparation, l'un fédéral, l'autre provincial, l'un spécial, l'autre général. La partie requérante peut invoquer les deux dans son recours devant une Cour provinciale. En ce sens, le C.c.Q. agit comme un « fonds commun »[55] dans lequel le requérant peut venir « piocher » pour agir en justice et obtenir la sanction d'une violation à la L.c., de la même manière qu'en France, le C.c.Q. sert de fondement général à l'action privée.

Le droit civil agit ici au côté du droit fédéral dans le même objectif de réparation du préjudice concurrentiel. Le régime juridique applicable sera cependant différent : si la fin est la même, les moyens d'y parvenir divergent[56]. En résumé, selon le vocabulaire du bijuridisme, il y a « complémentarité » et « dépendance implicite » entre le droit fédéral et le droit provincial[57]. La complémentarité vient du fait que l'article 36 s'appliquera selon les modalités du droit civil ou de la *Common law*, en ce qui concerne par exemple, la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité. Enfin, la dépendance implicite s'explique par l'utilisation de termes non définis dans la L.c. Ils prendront ainsi la signification qu'ils ont en droit civil québécois ou en *Common law*. L'action privée au Canada est donc dualiste et complexe.

En 2013, la Cour suprême du Canada a rendu trois décisions sur les recours collectifs d'acheteurs indirects. Nous parlerons de trilogie sur les acheteurs indirects.

---

[53] *General Motors of Canada Limited* c. *City National Leasing*, (1989) 93 N.R. 326 (ci-après *General Motors*) ; *Quebec Ready Mix Inc*. c. *Rocois Construction Ltd*, (1989), 93 N.R. 388 (ci-après *Quebec Ready Mix*).

[54] L'article dispose : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ».

[55] Benoît MOORE, « Le système juridique canadien et le droit des affaires », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, Thémis, 2006, p. 10.

[56] À titre d'exemple, on peut citer la possibilité d'obtenir un délai de prescription plus long sur le fondement du C.c.Q. mais la possibilité de se prévaloir du dossier d'enquête du Bureau de la concurrence au fédéral.

[57] Louise MAGUIRE WELLINGTON, « Bijuridisme canadien : Méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, fascicule 4, 1-26.

Dans ces décisions[58], la plus haute cour du Canada autorise l'action privée des acheteurs indirects tant en *Common law* qu'en droit civil. La Cour suprême n'avait pas eu à examiner l'article 36 de la L.c. depuis sa décision sur sa constitutionnalité en 1989, soit plus tôt 24 ans. Ces décisions ont révélé des difficultés liées à l'action privée dans le cadre du recours collectif.

Dans le même temps, au Québec, suite à un cartel de l'essence[59], plusieurs recours collectifs ont été intentés. Comme en Europe, la violation du droit de la concurrence est à la base de ces actions. Cependant, elles révèlent des difficultés dans la conciliation de l'action privée avec l'action publique. Par exemple, la communication d'informations dans le cadre de l'action privée, lorsque la procédure criminelle est en cours, peut compromettre la situation des auteurs en donnant des informations au procureur en charge des poursuites criminelles[60]. De telles difficultés nuisent *in fine* à l'effectivité de l'action privée.

Si les actions privées en France et au Canada évoluent dans des contextes juridiques différents, elles présentent des difficultés similaires.

8. Problématique – Dans ce contexte, il faut se poser la question de savoir comment les entreprises et les consommateurs pourraient avoir un accès effectif au juge pour la réparation du préjudice concurrentiel suite à des pratiques anticoncurrentielles tels une entente ou un abus de position dominante[61] ?

---

[58] *Pro-Sys Consultants Ltd.* c. *Microsoft Corporation,* 2013 CSC 57 (ci-après *Pro-Sys*) ; *Sun-Rype Products Ltd.* c. *Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58 (ci-après *Sun-Rype*) et *Infineon Technologies AG* c. *Option consommateurs*, 2013 CSC 59 (ci-après *Infineon*).

[59] *R.* c. *Gosselin*, 2013 CanLII 1223 (QC CS).

[60] *Jacques* c. *Ultramar ltée*, 2011 CanLII 5272 (QC CS).

[61] Le droit canadien considère cependant que l'entente est plus grave que l'abus de position dominante, v. James B. MUSGROVE, « Civil Actions in the *Competition Act* », (1994) 16 *Advoc. Q.* 94, p. 113. Un passage édifiant de la décision canadienne *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, (1992) 74 C.C.C. (3d) 289 (CS) atteste de cette importance: « [La disposition sur les ententes] en est de plus la disposition la plus ancienne. Même aujourd'hui, il reste au cœur de la partie pénale de la Loi. L'interdiction des complots visant à restreindre le commerce représente la quintessence de la législation sur la concurrence et elle a sa place dans toute *Loi sur la concurrence*, du premier article de la *Sherman Act* à l'article 85 du Traité instituant la Communauté économique européenne ». Cité dans Yves BÉRIAULT, Madeleine RENAUD et Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada,* Scarborough, Thomson, Carswell, 1999, p. 106. Par ailleurs, dans son témoignage devant le Comité permanent de l'industrie de la Chambre des communes, sur la question de l'action privée lors du projet de loi C-23, le Professeur Trebilcock affirme, lors de la réunion du 6 novembre 2001, que « il y a une trentaine d'années que nous en discutons. Nous en discutons en fait depuis que le Conseil économique du Canada, dans son rapport de 1969, a recommandé que l'on verse l'équivalent du double des dommages aux parties privées ayant subi un préjudice en raison d'infractions à la loi. Cette proposition ou cette recommandation n'a pas été adoptée

La question sous-jacente à la première est de savoir si le droit des pratiques anticoncurrentielles peut jouer un rôle social de protection des consommateurs et des entreprises ? Ce qui, dans l'affirmative, légitimerait l'action privée dans la politique de concurrence en tant que véritable *private enforcement* du droit de la concurrence. Cela revient à s'interroger sur les destinataires du droit de la concurrence. Si le droit de la concurrence doit bénéficier aux consommateurs et aux entreprises les plus faibles comme les PME, les droits processuel et substantiel de l'action en responsabilité civile sera impacté. Il s'agit alors de savoir comment le droit de la concurrence et le droit des obligations seront impactés et comment l'action spéciale du droit de la concurrence, comme elle existe au Canada, se conjugue avec l'action de droit commun sur des questions précises telles que les délais de prescription, la preuve, l'accès au juge de droit commun ou au juge de la concurrence ou encore les modalités de réparation les plus adaptées au préjudice concurrentiel. L'objectif est de savoir comment ces parties privées pourraient s'approprier le droit des pratiques anticoncurrentielles, jusqu'ici mis en œuvre par des autorités de concurrence étatiques sans que ces autorités en prennent ombrage.

9. Hypothèses – Le droit de la concurrence peut avoir une fonction protectrice des intérêts des opérateurs économiques sur le marché sans pour autant que la compétence historique des autorités de concurrence soit remise en cause[62]. Cette protection passerait alors par une action privée en réparation émanant de ces opérateurs qui ne peut être protectrice que si elle est effective. L'action privée concurrentielle aurait une fonction complémentaire de l'action publique : la réparation du préjudice concurrentiel. Pour être

---

mais en 1976, des dommages simples ont été prévus en cas d'infraction criminelle à la loi », v. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Procès-verbaux*, 1ère sess., 27e parl., 6 novembre 2001, 0915 (M. Michael J. Trebilcock).

[62] En ce sens, Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse, Paris, Dalloz, 2004, n° 6, p. 9 et au par. 91 et 178 « La protection des intérêts économiques individuels est loin d'être sans lien avec la préservation du fonctionnement harmonieux du marché ». Le droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit réservé à l'État par principe, dans ce sens v. K. DIAWARA, préc., note 99, p. 3 : « le droit des pratiques anticoncurrentielles, véritable compétence régalienne (…) ». Pour étude générale des questions d'ordre d'intérêt général, v. Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Préf. J.-L. AUTIN, Thèse, LGDJ, 2006, p. 31 et s.

mise en œuvre, l'action devrait alors se fonder sur le droit spécial de la concurrence[63] quand il existe, comme au Canada, et à défaut sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, issu du droit commun des obligations, comme en France ou dans les provinces canadiennes. À cette fin, des adaptations du droit des obligations et de la procédure civile doivent être envisagées pour assurer la cohérence des textes. Ces modifications se fondent sur le postulat que l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles doit permettre la réparation du préjudice concurrentiel de manière effective[64].

10. L'effectivité du recours – L'effectivité est une notion utilisée par les juristes avec celle d'efficacité et d'efficience[65]. Il faut néanmoins prendre garde aux confusions entre ces notions. L'efficacité permet d' « évaluer les résultats et les effets sociaux du droit »[66]. Il faut la distinguer de l'effectivité. L'effectivité « mesure les écarts entre le droit et son application »[67]. Cependant, « [n]otion d'origine économique, l'efficacité est le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur. Comme l'effectivité, l'efficacité est l'appréciation *a posteriori* des résultats réels d'une norme, de ses effets concrets. Mais l'efficacité recouvre un champ différent, à la fois plus large et plus restreint que celui couverts par l'effectivité »[68]. Ainsi, le droit est efficace s'il produit l'effet recherché[69]. Toutefois, il n'intègre pas nécessairement une logique économique contrairement à l'efficience de la règle de droit qui suppose une réduction des coûts[70]. Les dictionnaires juridiques français et canadiens semblent confondre

---

[63] Il s'agit de l'article 36 L.c. mais dans la mesure où ce droit spécial n'existe pas en France et dans L'Union européenne, il convient de choisir une formulation générale s'adaptant aux différents droits étudiés.

[64] Régis LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement* Law & Economics, Préf. J.-M. DENQUIN, LGDJ, 2010, p. XIV « (…) le droit [est] un puissant instrument de transformation du réel ».

[65] Le principe de légalité de la norme aurait cédé le pas à l'efficacité avec le développement de l'État gestionnaire, v. Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », (2007) XLV/138 *Revue européenne des sciences sociales* 83-101. V. sur l'efficacité du droit communautaire, Patrick LONGUET, « L'efficacité de la norme : le point de vue de l'Union européenne », La Lettre, Fondation pour l'innovation politique, n° 13, juin 2005, p. 3. En droit comparé, l'efficacité est le moyen de porter un jugement sur les systèmes juridiques. Les systèmes juridiques réputés efficaces justifieraient leur comparaison avec le droit d'un pays car leur efficacité permet de mesurer l'intérêt à transposer certaines règles, v. Yves-Marie LAITHIER, « Le droit comparé et l'efficacité économique », (2010) 1 *Revue de Droit Henri Capitant* [en ligne] : <http://henricapitantlawreview.net/article.php?id=224>.

[66] François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, [en ligne] : <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf>, p. 127.

[67] *Id*.

[68] *Id.*, p. 130.

[69] *Id.*, p. 131.

[70] *Id.*, p. 132.

l'effectivité et l'efficacité. D'abord, seule une entrée pour le mot « effectivité » existe. Ensuite, la définition retenue est celle considérant qu'est effective « la règle de droit qui est appliquée réellement ou qui produit l'effet recherché »[71]. L'efficience se distingue plus facilement de l'effectivité et de l'efficacité. Elle comporte un objectif économique de réduction des coûts. Cet objectif économique permet de mesurer l'efficacité de la norme juridique en tant qu'objectif parmi d'autres. En matière d'action privée, le souci de justice pour rétablir l'équilibre entre l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle et sa victime n'est pas atteint par la seule efficience de l'action[72]. Par exemple, le recours collectif est un moyen d'assurer l'efficience de l'action privée en ce qu'il permet une économie d'échelle au système judiciaire mais, également, il favorise la justice en donnant un moyen d'agir à des victimes en situation de faiblesse sur le marché. Les dommages et intérêts punitifs favorisent le rééquilibrage entre les pertes des victimes et les gains des auteurs de pratiques anticoncurrentielles sans rendre l'action efficiente, c'est-à-dire sans nécessairement réduire le coût de l'action. Enfin, la divulgation de la preuve par le *discovery* n'est pas efficiente pour l'action en ce qu'il augmente son coût. Cependant, il favorise la justice en permettant aux victimes de faire valoir leur droit substantiel à réparation par la constitution d'un dossier solide. Dès lors, si la norme efficace est celle « atteignant l'objectif poursuivi par l'autorité à l'origine de son édiction »[73], la norme effective est celle qui remporte un degré de réalisation élevé dans les pratiques sociales[74]. L'effectivité consiste alors en l'évaluation de l'utilisation des moyens permettant de conduire à l'efficacité de la norme, c'est-à-dire à constater le degré de réalisation du droit[75]. L'expression « droit à un recours effectif », retenu dans les droits fondamentaux de l'Homme, témoigne de ce que l'effectivité du droit concerne les moyens de la mise en œuvre d'un droit substantiel. Le recours effectif au juge doit

[71] Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, p. 384 et Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 229.

[72] En effet, l'efficacité de l'action privée ne se mesure pas uniquement en fonction des coûts économisés dans la procédure. Il s'agit de permettre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles de se présenter devant un juge et d'en retirer la justice. Ainsi, l'efficacité ne saurait être un objectif en soi, elle dépend d'objectifs précis recherchés par le législateur, v. Anne-Lise SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », dans Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 62.

[73] Laurence GAY, « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *op. cit.*, note 72, p. 108.

[74] *Id.*

[75] *Id.* Pour une analyse épistémologiques des termes d'efficacité, d'effectivité et d'efficience, notamment sous forme de tableau comparatif, v. Luc HEUSHLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit : Analyse des mots et des concepts », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *op. cit.*, note 72, p. 59.

permettre la mise en œuvre d'autres droits, de les exercer pleinement et de les faire sanctionner[76]. Ainsi, « l'exigence d'effectivité implique que l'intéressé puisse accéder concrètement à un tribunal et, en cas de violation avérée, obtienne le redressement de sa situation »[77]. Par conséquent, il s'agit bien d'effectivité en matière de recours privé suite à des pratiques anticoncurrentielles. En effet, il s'agira dans cette thèse d'étudier les moyens permettant de tendre à la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Pour cela une étude de l'accès au juge suivie des moyens permettant de sanctionner la violation du droit à réparation de ces victimes apparaît nécessaire.

Pour parvenir à cet objectif, le droit fédéral américain n'est pas la meilleure source d'inspiration pour les réformes européennes et françaises de l'action privée, comme le souhaitait la Commission européenne. À bien y regarder, le modèle canadien offre un outil de comparaison plus pertinent que le droit américain. Le Canada est constitué de plusieurs provinces majoritairement de *Common law* mais avec un bastion civiliste au Québec. Les interactions entre la *Common law* et le droit civil issues du bijuridisme canadien peuvent témoigner de l'intérêt d'une influence de l'un sur l'autre pour les juridictions civilistes européennes comme la France[78]. De plus, la mise en œuvre d'actions privées d'origine fédérale dans la province civiliste du Québec peuvent être une source d'expérience profitable à la France alors qu'elle a introduit dans son droit civil une forme collective d'action privée par l'action de groupe. Le droit civil semble trop rigide pour donner à l'action privée une effectivité telle que les victimes de pratiques anticoncurrentielles pourraient obtenir la réparation de leur préjudice. À l'inverse, le droit d'origine anglo-américaine serait plus favorable à l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, l'analyse brute d'outils américains qui pourrait dynamiser l'action privée est sans intérêt si l'incommensurabilité[79] des systèmes juridiques est telle que toute comparaison perd en

[76] Lucie LEMONDE et Julie DESROSIERS, « Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté », (2002) 62 *R. du B.* 205, à la p. 209.
[77] Olivier LE BOT, « Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », (2009) 7 *CRDH* 107, à la p. 110.
[78] Depuis les rapports *Doing Businness* de la Banque mondiale pour 2004 et 2005, la *Common law* est considérée comme plus valable au plan économique que le droit civil, pour des développements sur ce thème, v. Guy CANIVET, Marie-Anne FRISSON-ROCHE et Michael KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005.
[79] Emprunté aux mathématiques, ce concept veut que certaines choses ne puissent être comparées en l'absence de commune mesure, v. Donald POIRIER et Anne-Françoise DEBRUCHE, *Introduction générale à la Common law*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 710.

pertinence. Il faut des références culturelles communes pour procéder à des emprunts valables. Tel ne semble pas être le cas du droit américain. Par l'analyse du droit canadien, nous démontrerons que le droit civil est aussi capable d'adaptations favorables aux victimes de pratiques anticoncurrentielles.

11. Cadre théorique – La recherche vise à présenter une théorie de l'action privée en droit de la concurrence dans « une perspective unificatrice permettant de mieux comprendre le droit positif et d'évaluer et de contrôler son application dans des cas particuliers »[80]. Après une analyse théorique des notions étudiées, elle a aussi une visée pratique en formulant des propositions de réformes du droit afin de « rehausser son efficacité » [81].

L'analyse se fera dans un cadre théorique précis. L'analyse économique du droit et la notion de justice corrective seront utilisées pour établir ce cadre. En effet, l'analyse économique du droit vise à connaître la règle dans sa fonction incitative, c'est-à-dire celle qui incite les sujets de droit à modifier leur comportement et les conséquences de ces changements[82]. L'analyse économique du droit s'inscrit dans les philosophies conséquentialistes qualifiées plus communément sous le vocable d'utilitarisme[83]. Cependant, l'efficacité économique ne doit pas être le seul but recherché. Une certaine justice doit aussi être poursuivie dans le traitement du sujet, c'est pourquoi la position adoptée vise aussi à vérifier l'impact des propositions en termes de justice corrective.

12. L'analyse économique du droit : cadre dominant – L'analyse économique du droit répond en général à une triple finalité. D'abord, elle peut avoir une visée *critique* qui consiste à prédire quels seront les effets non attendus d'une loi. Ensuite, elle peut avoir une fonction *normative***,** qui vise à déterminer quelle législation devrait être adoptée, c'est-à-dire quelle est la règle souhaitable. Enfin, l'approche *prédictive* cherche à prédire quelle législation sera adoptée[84].

---

[80] CANADA, CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983, p. 74.
[81] *Id.*.
[82] Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, au par. 2126.
[83] *Id.*.
[84] Bruno OPPETIT, « Droit et économie », (1992) 37 *ADP* 17-26.

L'approche choisie sera alors normative et prédictive. Il conviendra de dire ce que devrait être la règle de droit (normative[85]) pour dynamiser les actions privées et émettre des hypothèses sur ses effets concrets (prédictive). L'analyse économique du droit est un cadre pertinent car la question des actions privées en droit de la concurrence est celle de leur dynamisme. Il y a trop peu d'actions privées en Europe et la Commission européenne veut inciter les consommateurs et les entreprises à y requérir. À l'inverse, au Canada, l'action privée connaît un renouveau avec l'instauration de procédures de recours collectif dans ses provinces. En ce sens, l'analyse économique du droit dans sa fonction normative « nous aide à former un jugement éclairé sur le caractère souhaitable d'un changement proposé du droit (…) »[86].

Toutefois, il ne s'agit pas de faire l'analyse économique des concepts utilisés[87]. Comme ils sont présentés comme une source d'effectivité de l'action privée, notre étude vise plus à constater cette effectivité pour préconiser ou non une transposition. En effet, certains instruments nord-américains sont intéressants car dit « efficaces »[88] au sens de l'analyse économique du droit. Ce faisant, le lecteur ne trouvera pas dans cette recherche une étude économique de certaines notions de droit.

L'analyse économique du droit sera utilisée simplement comme « un outil »[89] théorique d'appréhension des propositions faites par les instances européennes et

[85] Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas, 2002, p. 12. L'auteur estime que l'analyse économique du droit « ambitionne de provoquer des changements législatifs si se révèle une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité ».

[86] *Id.*, p. 13.

[87] À la manière de Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008. Dans cet ouvrage, les auteurs décortiquent une par une les notions du droit pour révéler leur nature économique. Cela demande une connaissance poussée en économie. Ainsi, nous limiterons à une appréciation rapide de l'efficience en faisant référence à des analyses plus poussées qui confirmeront notre propos.

[88] Catherine PRIETO, « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de *private enforcement* », *Concurrences* 2008/4, p. 50.

[89] E. MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », préc., note 85, au par. 727. Le droit aurait, selon l'auteur, pour objectif de réduire les coûts de transaction. Selon Coase, les coûts de transaction « sont ce qui empêche deux personnes d'arriver à une entente en apparence profitable pour elles. L'analyse économique du droit vise à réduire les coûts de transaction, c'est-à-dire que pour toute règle, sa mise en œuvre doit s'avérer incitative et le coût impliqué par son non respect est acceptable. Le phénomène d'*agency* apparaît chaque fois qu'il est nécessaire de passer par un tiers pour réaliser un acte, comme l'avocat qui représente son client en justice. Le choix des honoraires est concerné puisque dans le cas d'une facturation à l'heure, il faudra que le client puisse vérifier que le nombre d'heures facturées par l'avocat est bien celui réalisé. On parle alors d'asymétrie d'informations. Or si le coût de ce contrôle est plus élevé que le montant des honoraires, il n'est pas intéressant pour le client de vérifier le travail de son avocat, lequel pourra alors tromper son client jusqu'à un niveau acceptable pour

gouvernementales en matière d'action privée[90]. L'aspect moralisateur de l'action privée restera très présent au côté de l'analyse économique du droit. Le débat sur les dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence en est un aspect[91]. D'un point de vue moral, la sanction, par les dommages et intérêts punitifs des fautes lucratives, permettrait de moraliser les comportements antisociaux misant sur le profit rapporté par une faute, en plus de rétablir l'équilibre économique entre les joueurs sur le marché. La théorie de la justice corrective trouve donc sa place en parallèle de l'apport théorique de l'analyse économique du droit.

13. La théorie de la justice corrective et l'accès à la justice : cadre complémentaire – La justification ultime du droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles peut être que l'action privée contribue à la protection des entreprises et des consommateurs. En ce sens, la Commission européenne voudrait favoriser les actions privées. Il demeure que ses objectifs sont obscurs. Dans la mesure où les autorités de concurrence européennes œuvrent pour protéger le marché, contrairement aux États-Unis, la pertinence d'une action privée dynamique est moins évidente. L'explication tenant à l'effet utile du droit de l'Union ne suffit pas[92]. En réalité, la réponse n'est pas seulement économique, elle est aussi éthique. Le système actuel ne permet pas de réparer le préjudice concurrentiel, ce qui crée une injustice avant même de poser le problème de l'effectivité de la règle.

La justice vise aussi le bien-être dans la société[93] ; la justice est une manière de parvenir au bien-être commun[94]. L'efficience économique de la règle de droit n'a donc

---

celui-ci. Les honoraires de résultats pratiqués aux États-Unis ont le mérite de certifier au client que son avocat se consacrera véritablement à l'affaire pour augmenter son profit moyennant pour le client une perte d'une partie de la réparation octroyée par le tribunal, v. E. MACKAAY et St. ROUSSEAU, préc., note 87, au par. 65.

[90] Horatia MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », dans B. DEFFAINS (dir.), préc., note 85, p. 44.

[91] L'analyse économique du droit nous apprend que la réparation intégrale est en réalité un leurre, v. Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans B. DEFFAINS (dir.), préc., note 85 p. 11.

[92] Joaquín ALUMNIA, *La politique de la Concurrence de l'UE en 2010 et au-delà*, "New Frontiers of Antitrust" – 1ère Conférence annuelle de la revue Concurrences, Assemblée Nationale, Paris, 15 février 2010, SPEECH/10/25.

[93] John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987, p. 517. On retrouve ici le même objectif que celui de l'efficacité dans l'analyse économique du droit.

[94] *Id.*, « le sens de la justice apparaît aux individus comme une extension de leurs affectifs naturels et comme une manière de se préoccuper du bien commun », p. 535. Aristote ne dit pas autre chose lorsqu'il énonce : « (…) nous appelons justes les prescriptions susceptibles de produire et de garder le bonheur et

pas le monopole du bien-être social. La justice est entendue comme une justice corrective. La particularité de la justice corrective est qu'elle rétablit l'égalité entre les parties par l'intervention du juge. « Aller devant le juge, c'est se rendre à ce qui est juste (…) »[95]. Seul le dommage est pris en compte, peu importe l'éthique de son auteur[96]. Elle rétablit l'équilibre entre le profit et la perte[97].

La responsabilité civile extracontractuelle, fondement de l'action privée, permet la prévention d'actes antisociaux mais surtout de compenser la perte subie par une personne dans son patrimoine par l'allocation de dommages et intérêts compensatoires[98]. Ainsi, cette étude analysera les propositions faites en matière d'action privée en droit de la concurrence en fonction de leur efficacité et du rétablissement de la justice entre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles et les victimes.

Permettre aux agents économiques d'agir pour recouvrer leur perte nous paraît être la justification de cette quête de l'effectivité de la réparation du préjudice concurrentiel poursuivie par les instances européennes et canadiennes. Cette justification est fondée sur la justice. L'action privée s'explique non seulement comme une source de dissuasion aux côtés de l'action publique[99] mais aussi par le souci de maintenir les patrimoines dans l'état dans lequel ils étaient avant le préjudice concurrentiel. Or la compensation n'est possible que par la responsabilité civile extracontractuelle. On trouve alors le fondement de la conciliation entre l'action publique et l'action privée : à l'action publique revient le rôle de dissuader et de sanctionner ; à l'action privée revient le rôle de compenser la perte. Bien sûr, la

---

ses parties constituantes au profit de la communauté des citoyens » v. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* (nouvelle traduction de Richard BODÉÜS), Paris, Flammarion, 2004, p. 229.

[95] *Id.*, p. 244.

[96] *Id.*, p. 242 : « Ce qui importe, au contraire, c'est le dommage occasionné, et la seule chose que considère la loi, traitant les personnes sur un pied d'égalité, c'est de savoir si l'une a commis une injustice dont l'autre a été victime, autrement dit, si l'un a causé un dommage dont l'autre a été victime. »

[97] *Id.*, p. 243. Aristote articule la justice corrective autour des mots de perte et de profit. La justice corrective vient rétablir l'équilibre entre le trop, le profit, et le trop peu, la perte.

[98] E. MACKAAY et St. ROUSSEAU, préc., note 82, p. 327 à 329. Les auteurs prennent l'exemple des assurances obligatoires ou de la prise en charge directe des accidents de la route par un système de sécurité sociale. Les exemples néo-zélandais et québécois de système de réparation s'abstenant de faute, et reposant financièrement sur un système d'assurance sociale, en matière d'assurance automobile, ont systématiquement révélé une augmentation des accidents de la circulation donc un relâchement dans le comportement des individus qui, devenus moins vigilants, ont contribué à accroître le nombre d'accident ce qui représente un coût social.

[99] Karounga DIAWARA, *Le contrôle de la puissance de marché : Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. 387-388.

responsabilité civile a une double fonction à la fois dissuasive et compensatrice[100]. Mais, autant il est économiquement efficient de compenser, et corrélativement de dissuader, autant il est plus contestable de multiplier les actions aux seules fins de punir et de dissuader. Une exception existe toutefois. En l'absence d'action publique, par exemple pour les micro-pratiques anticoncurrentielles[101] ou en l'absence de poursuite de la pratique par les autorités de concurrence, il est logique d'instituer une réparation-sanction. En dehors de ces hypothèses, le fondement de l'action est la compensation du préjudice par la voie judiciaire.

14. **Méthodologie du droit comparé** – Le droit comparé sera utilisé comme méthode critique et explicative des notions étudiées. Le droit comparé s'impose par nature à notre étude. Les multiples reprises par la doctrine du pourcentage d'actions privées en droit de la concurrence aux États-Unis à hauteur de 90 % sont un appel à la comparaison. Dire que les actions privées sont développées aux États-Unis ne répond en rien au problème de l'action privée. Cela permet uniquement de s'intéresser aux raisons de cette effectivité. Les institutions juridiques américaines favorisant l'action privée, dont les plus fameuses sont la *class action* et les dommages et intérêts triplés, doivent inspirer des réflexions sur le système d'indemnisation en place pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles dans des juridictions où l'action privée ne connaît pas un tel dynamisme. Les réflexions européennes et l'introduction de l'action de groupe en droit de la concurrence français amènent naturellement à l'étude de l'action privée dans un contexte où la volonté politique est de ne plus laisser les victimes de pratiques anticoncurrentielles sans réparation. Quant au Canada, sa situation géographique limitrophe des États-Unis et la présence d'une province civiliste sur son territoire induit une comparaison qui semble plus légitime avec la France. Le sujet ne peut être traité dans une approche comparative avec le droit français en passant par une comparaison directe avec le droit américain.

---

[100] Cyril SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Thèse, Université de Montréal, 2009.

[101] En Europe, les micro-pratiques anticoncurrentielles sont celles qui sont en dessous du seuil de sensibilité déclenchant les poursuites publiques. Il s'agit d'une notion française renvoyant au principe *de minimis*. C'est-à-dire que ces pratiques sont trop peu importantes pour affecter le marché national ou européen. Pourtant, nous défendons l'idée que l'impact sur le tissu économique local est réel. Ainsi, les entreprises victimes et les consommateurs doivent pouvoir agir même à l'échelle d'une région contre ces pratiques. Nous y voyons là une manière de démocratiser le droit de la concurrence et d'en faire un champ d'application privilégié de l'action privée.

15. Une remise en cause de la comparaison européenne avec le droit américain – Dans la *Proposition de directive sur l'action privée*, les solutions emblématiques du droit américain n'ont pas été retenues. Une explication de ce choix peut se trouver dans l'absence de pertinence de la comparaison de certains droits des États membres, comme le droit civil français, avec le droit américain. Tous les droits ne seraient pas comparables. Il existe des droits spécialisés, le droit de la concurrence en fait partie. En tant que droit spécial, il est déconnecté des valeurs fondamentales du système juridique dans lequel il se trouve. Dans ce cas, une comparaison est possible. Le droit antitrust américain peut être comparé au droit antitrust européen pour la simple raison que ce droit, en Europe, s'inspire du droit américain. Cependant, 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 ce cas, la comparaison n'est pas universelle. Le droit américain peut interroger utilement le droit civil français. Cependant, ce questionnement ne peut que rester en l'état et au mieux permettre une réforme « francisée » à partir du droit américain dans le système de droit civil français[102]. Dans ce cas, l'action privée, traduction de la responsabilité civile en droit de la concurrence, doit être analysée et comparée à l'aune du droit américain avec prudence.

Cette prudence s'explique par le fait que les américains critiquent eux-mêmes leur droit. Le *Class Action Fairness Act* de 2005[103] en est le témoin. Par cette loi, les américains ont tenté de réduire les excès des *class actions*, notamment la pratique du *coupon settlement* liée aux honoraires d'avocats. Le système américain recèle, au-delà de la *class action*, des éléments qui tendent à créer des dérives. Par exemple, les dommages et intérêts punitifs ou la recherche de la preuve par le *discovery*, c'est-à-dire la communication totale et excessive des pièces du dossier par les parties, l'attestent. Il est remarquable de voir que la Commission européenne s'inspire de ces différents éléments. Dès lors, il n'est pas étonnant de constater une réticence chez les juristes français. Mais cette réticence est-elle légitime ? Si on peut attester de certaines dérives,

[102] Pierre LEGRAND, « L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité) », (2001) 45 *APD* 37, à la p. 38.
[103] Public Law No : 109-2.

quelle est la part du réel et quelle est la part du mythe en l'absence d'étude empirique[104] ? La pertinence de la comparaison avec le droit américain ne peut pas se fonder uniquement sur les données statistiques indiquant un nombre important d'actions privées aux États-Unis.

D'un point de vue culturel, nous pourrions envisager d'apporter des explications objectives à l'absence de pertinence de la comparaison avec le droit américain. À titre d'exemple, la fonction de juger est différente aux États-Unis par rapport à la France. En France, la magistrature est un corps de fonctionnaire construit dans la philosophie de Montesquieu, à savoir que le magistrat n'est que la bouche de la loi[105]. Ce choix s'inscrit dans la lignée d'une conception du droit civil qui veut que « [n]otre tradition romano-canonique nous maintient dans cette conviction que c'est bien la loi – règle de droit édictée par le législateur de manière générale et abstraite –, qui constitue le mode normal d'expression »[106]. Sous-entendu, en France, la réforme du droit, et donc potentiellement son effectivité, vient du législateur. Aux États-Unis, la modification de la pensée juridique peut venir du juge. Si en France, le juge n'est qu'un « diseur de droit »[107], dans la tradition anglo-américaine, le juge est un faiseur de droit. La différence explique pourquoi la *class action* est largement contrôlée par le juge dans la tradition anglo-américaine et qu'il était difficile de la concevoir en droit français, notamment parce qu'elle conférait aux magistrats un rôle de premier plan qui en faisait un créateur de solutions novatrices pour indemniser les victimes à l'image de la *fluid recovery*[108]. Dans le même sens, Carbonnier nous dit « que la doctrine n'a pas auprès des juges l'autorité de la jurisprudence qui s'impose par le poids hiérarchique des tribunaux supérieurs »[109]. Dans cette phrase, on trouve néanmoins la contradiction du système juridique français. Les juges français peuvent respecter une forme de précédent tout comme le juge américain. Mais, à l'inverse du juge américain, la doctrine française

---

[104] V. à ce sujet, Loïc CADIET, « *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité*, (2001) 45 *APD* 89-115 ; Jean-Claude MAGENDIE, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », (2001) 45 *APD* 13-19 ; Antoine Du CHASTEL, « L'action de groupe en France : mythe ou réalité ? », *JCP G*, 3 septembre 2012, 926, n° 36.

[105] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, ch. 6, « De la constitution d'Angleterre », Paris, Éd. De La Pléiade, t. II, p. 404.

[106] Marie-Dominique TRAPET, « L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire », (2001) 45 *APD* 117, à la p. 121.

[107] *Id.*, p. 120.

[108] Il s'agit d'un système de réparation qui s'émancipe de la réparation individuelle du préjudice en choisissant une forme collective réparation qui peut aller au-delà du groupe des victimes, v. *infra* au par. 137.

[109] Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 71.

n'est jamais citée par les juges français dans leur décision. Du côté des auxiliaires de justice, les avocats sont en France des professionnels du droit, singulièrement différents de ceux que l'on connaît aux États-Unis. La judiciarisation de l'économie est souvent imputée à ces cabinets d'avocats américains qui sont davantage des entreprises que des professionnels du droit appartenant, comme en France, à ce qu'on a pu appeler la noblesse de robe.

D'un point de vue philosophique, l'empirisme et le pragmatisme sont souvent associés au droit américain[110]. Or « issu d'un système de droit écrit, le droit français reste ordonnateur, normatif, cependant que le droit américain est par essence contentieux, jurisprudentiel »[111]. Cette essence contentieuse crée la méfiance des juristes français. Ces conceptions philosophiques du droit nous amènent à douter de la pertinence d'une comparaison avec le droit français dans le cadre d'une étude qui a pour objectif de faire des propositions de réforme du droit favorables à l'effectivité de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles dans un système de droit civil.

Au fondement du droit privé, la différence entre le droit américain et le droit français reste élémentaire[112]. Le « prestige » du droit américain ne doit pas cacher cet état de fait[113], même dans le domaine de la concurrence pourtant hérité en Europe du droit antitrust américain. Il est erroné de considérer que l'origine antitrust de l'action privée suffit à permettre une comparaison avec le droit américain.

Enfin, lorsqu'il a été question de répondre au *Livre vert* de la Commission européenne, l'Assemblée nationale française a recensé des critiques à l'égard du système américain. Ces critiques étaient les suivantes : la *Class action* créait du chantage à la transaction. Elle pouvait entraîner la faillite des entreprises en raison des dommages et intérêts triples du droit antitrust ; le coût total de la responsabilité civile

[110] Jean-Claude MAGENDIE, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », (2001) 45 *APD* 13, à la p. 14.
[111] *Id.*, p. 15.
[112] Au mieux, on peut parler de convergence des droits, v. Ioannis PAPADOPOULOS, « Pas d'américanisation du droit mais des convergences avec les droits anglo-saxons », Lemonde.fr, 25 mai 2004, [en ligne] : < http://www.lemonde.fr/societe/article/2004/05/25/ioannis-papadopoulos-pas-d-americanisation-du-droit-mais-des-convergences-avec-les-droits-anglo-saxons_366114_3224.html>.
Notamment, sur la différence singulière entre la manière d'écrire le droit, v. Mitchel LASSER, « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », (2001) 45 *APD* 137.
[113] Horatia MUIR-WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », (2001) 45 *APD* 29.

(*tort system*) était considérable. De même, elle créait un enrichissement des avocats au lieu d'une indemnisation des victimes. Les abus se manifestaient principalement dans la pratique du *coupon settlement*, c'est-à-dire ces bons de réduction offerts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles qui tiennent lieu d'indemnisation à l'issue d'une transaction. Dans le *Rapport Lafineur* de 2006 de l'Assemblée nationale, on peut lire que la culture de judiciarisation de l'économie caractérise les États-Unis[114]. Le rapport poursuit en indiquant qu'elle est rejetée en France mais aussi au Canada. Dès lors, les juristes français sont enclins à avoir une certaine proximité avec le droit canadien, notamment le droit provincial du Québec. M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation à cette époque, s'est ainsi prononcé en faveur du recours collectif québécois[115]. Le rapport poursuit : « Si le système américain fait l'effet d'un repoussoir, en revanche, celui du Québec suscite un intérêt croissant en France, notamment »[116]. Le droit québécois est réputé équilibré[117]. En effet, il est le « parfait tampon entre la pensée française et la pratique étatsunienne »[118]. Le rapport précise : « (…) la culture judiciaire propre au Canada contribue également de façon non négligeable à cet équilibre. Car à la différence des juges américains, les juges canadiens sont réticents à accorder des dommages et intérêts démesurés »[119]. En présence d'un droit américain critiqué et de fondements philosophiques et culturels différents, le droit canadien apparaît aux yeux du législateur français comme un droit plus favorable à la comparaison que le droit américain.

En effet, il faut une interface entre le droit d'origine anglo-américaine et le droit civil français. Dans le cas contraire, on ne fait que questionner le droit français, le renvoyant à ses principes, impuissant à s'adapter au droit de l'indemnisation en matière de concurrence. Il faut donc procéder en deux étapes : d'abord, trouver les outils du droit civil pour répondre aux enjeux de l'action privée, et, ensuite, comparer le droit civil français à un droit voisin dans son fonctionnement. Ce droit voisin est le droit canadien. Non seulement, il s'agit d'un droit en partie civiliste mais, au surplus, le droit fédéral canadien connaît l'action privée mise en œuvre par les processus provinciaux.

---

[114] *Rapport Lafineur, op. cit.*, note 28, p. 44.
[115] *Id.*, p. 45.
[116] *Id.*, p. 49.
[117] *Id.*, p. 50.
[118] Selon le mot de Sylvette GUILLEMARD, « Survol québécois de la question des dommages-intérêts punitifs », RLDA 2013/85, p. 120.
[119] *Id*.

En raison de leur parenté, lorsque viendra le temps d'étudier des considérations de droit national, l'étude du droit civil français se fera naturellement à l'aune du droit civil québécois. Cependant, des incursions dans la *Common law* s'imposeront à certains moments de l'étude. Elles ne seront pas systématiques mais plutôt faites en suivant un critère d'opportunité de la comparaison. Il convient de chercher une approche rationnelle et prospective de l'action privée en droit civil pour parvenir, par le droit comparé, mais sans dénaturer les institutions civilistes, à proposer une lecture mesurée et innovante du droit de la réparation suite à une pratique anticoncurrentielle.

16. **Éthique de la comparaison** – Le législateur a une double responsabilité en droit comparé : celle de transposer une norme aux conséquences souhaitables du point de vue de la morale et celle de refuser la transposition d'une norme *a priori* morale qui aurait des conséquences immorales une fois transposée. Dès lors, « le comparatiste (…) peut mettre les objectifs souhaités en rapport avec les contraintes structurales appropriées »[120]. Ce sont ces conséquences immorales que les juristes français redoutent dans les propositions européennes d'inspiration américaine.

La première fonction du droit comparé est de « donner un éclairage différent de celui qui est habituellement mis en avant[121] ». Le droit comparé, par l'exemple du droit civil québécois, serviront à démontrer l'adaptabilité du droit civil français[122] à l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles.

La seconde fonction de l'approche comparative est « de proposer une grille de lecture de solutions éparses »[123]. En droit de la concurrence, le Canada et la France connaissent des difficultés de mise en œuvre du droit d'action privée. Étudier les deux actions dans chacun de ces pays permet de dégager les lignes forces de l'institution pour proposer une grille d'analyse commune profitable aux deux systèmes juridiques. La

[120] Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et théorie du droit », (2001) 2-53 *R.I.D.C.*, 275-288 à la p. 288.
[121] Horatia MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 3-52 *R.I.D.C.* 503-527.
[122] *Id.*, p. 517 et s.
[123] H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, note 121, au par.29.

méthode comparative remplira donc sa fonction de « fonds utile »[124] pour des réformes législatives.

En comparant le droit français au droit canadien, nous pourrons observer, dans un premier temps, l'incorporation d'outils américains dans un milieu voisin mais différent de celui-ci pour constater de quelle manière l'outil s'est « acclimaté » au droit civil. Il sera ainsi possible d'évaluer la pertinence de certains instruments en droit civil français.

Dans ce processus de comparaison, nous souhaitons d'emblée faire une clarification terminologique au sujet du juge. Le juge en droit de la concurrence a plusieurs visages. Il peut prendre l'apparence d'une autorité administrative indépendante[125], c'est le cas de l'Autorité de la concurrence française[126], ou du juge judiciaire[127]. Au Canada, le Tribunal de la concurrence est un tribunal administratif, en ce sens qu'il n'a pas de compétence criminelle. Les ententes sont donc des infractions criminelles qui ne sont pas traitées par une autorité administrative au Canada[128] mais bien par les juridictions provinciales en matière criminelle. Cependant, comme en France, les actions privées en réparation du préjudice concurrentiel relèvent de la compétence des tribunaux en matière civile et commerciale. Dès lors, pour faciliter la comparaison et faire une synthèse des droits, nous considérerons dans cette étude comme une juridiction en droit de la concurrence tout juge appelé à juger une question publique ou privée de fait ou de droit relevant du droit de la concurrence[129]. Nous parlerons d'environnement juridictionnel du droit de la concurrence. Pour les actions

---

[124] Borislav T. BLAGOJEVIC, « Le droit comparé. Méthode ou science », (1953) 5-4 *R.I.D.C.* 649-657.

[125] Pour une présentation, v. Merryl HERVIEU, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Préf. D. MAZEAUD, Thèse, Paris, Dalloz, 2012, p. 2 et s. Sur leur rôle dans la protection du marché, v. p. 21, au par. 32. Sur la distinction entre le juge et l'autorité administrative indépendante, v. p. 577 et s.

[126] Jean DONNEDIEU DE VABRES, « La Commission de la concurrence et le Conseil de la concurrence », dans Claude-Albert COLLIARD et Gérard TIMSIT, *Les autorités administrative indépendantes*, Paris, PUF, 1985, p. 173.

[127] Le juge judiciaire sert aussi en France de moyen de contrôle juridictionnel de l'Autorité de la concurrence, c'est le cas de la Cour d'appel de Paris, à ce sujet v. Jacqueline RIFFAULT, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », dans Hervé de CHARRETTE (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, p. 23.

[128] Sur les juridictions administratives et les organismes de régulation, notamment pour les activités économiques, au Canada, v. Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010, p. 452 et s.

[129] Même si l'Autorité de la concurrence en France n'est pas une juridiction au sens propre. Il s'agit d'un organe « para-juridictionnel » en tant qu'autorité administrative indépendante, v. Isabelle BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Préf. M. TROPER, Paris, Dalloz, 2005.

d'origines étatiques exercées dans l'intérêt général, les termes de *public enforcement*, d'action publique ou d'action des autorités de concurrence seront utilisés comme qualificatifs de ce type d'actions en opposition à l'action privée ou *private enforcement.*

17. La prise en compte des acteurs du marché par les objectifs du droit de la concurrence – L'action privée est la matérialisation procédurale et substantielle de la protection des entreprises et des consommateurs par le droit de la concurrence. Elle s'explique par la pluralité des objectifs poursuivis en matière de concurrence. Certains prônent un objectif unique d'efficience économique[130]. D'autres estiment que la politique de concurrence a des objectifs multiples[131], certains principaux et d'autres secondaires[132], la protection des plus faibles sur le marché figurant parmi ces objectifs de second plan. L'action privée suppose la reconnaissance d'un objectif social du droit de la concurrence en ce sens qu'il assure la protection des consommateurs et des PME. Cet objectif social ne fait pas l'unanimité[133]. Le contexte idéologique post-Chicago où l'emprise de l'école de Chicago, résolument tournée vers l'efficience économique à l'image des travaux de Robert Bork[134], a laissé place à la critique d'une telle vision[135]. D'autres courants de pensée se sont imposés. L'école de Bruxelles a pu proposer une vision plus sociale du droit de la concurrence en Europe. La logique d'intégration des marchés dans l'Union européenne[136] permet de prendre en compte les différences de

---

[130] Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox, A Policy At War With Itself*, New York, Basic Books, 1978. R. H. BORK, "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act",(1966) 9 *J.L. & Econ*. 7 ; Robert H. BORK, "The Goals of Antitrust Policy", (1970) 58 *Am. Econ. Rev., Papers And Proceedings* 242.

[131] Harlan M. BLAKE and William K. JONES, "In Defense of Antitrust", (1965) 65 *Colum. L. Rev.* 377; Harlan M. BLAKE and William K. JONES, "Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy", (1965) 65 *Colum. L. Rev.* 422. En droit canadien, voir la discussion au sujet de l'influence de l'école du *Public choice*, David MACQUEEN, "On Some Other Objectives Of Competition Policy" in R. S. KHEMANI et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991, pp. 21-27.

[132] Sur les objectifs principaux et secondaires de la politique canadienne de concurrence, v. Paul K. GORECKI and W.T. STANBURY, *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983*, The Institute For Research on Public Policy, 1984.

[133] OCDE, « Les objectifs du droit et de la politique de concurrence », (2003) 5-1 *Revue sur le droit et la politique de concurrence* 8-30. Les pays de l'OCDE, bien qu'ils ne tiennent pas compte des objectifs d'intérêt général, admettent prendre en compte le bien-être du consommateur. En réalité, il n'est que rarement pris en compte et quand il l'est, c'est au travers des gains en efficience qui lui sont redistribués. p. 12. La quasi-totalité des pays donnent comme objectifs au droit de la concurrence : i) promouvoir et protéger le processus concurrentiel ; ii) atteindre la plus grande efficience économique. Les pays n'ayant pas opté pour ce choix place une allocation efficiente des ressources et la protection du consommateur au premier plan. p. 16.

[134] R. H. BORK, *op. cit.*, note 130.

[135] Eleanor M. FOX, "The Efficiency Paradox", in Robert PITOFSKY (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, New-York, Oxford University Press, p. 90 to 97.

[136] COMMISSION UE, *XXVe rapport sur la politique de concurrence 1995*, Bruxelles, 1996, p. 23, au par. 30 : « L'un des objectifs essentiels de la politique européenne de concurrence est d'assurer que

modèles sociaux d'un État membre à un autre, notamment dans le domaine de la protection sociale des travailleurs. La France représente cette perspective sociale du droit de la concurrence puisque différentes réformes législatives vont dans ce sens[137]. Aux États-Unis, il semble que les juges admettent timidement d'autres objectifs aux côtés de l'efficience économique[138]. Au Canada, malgré la pluralité des objectifs de la L.c., il semble que l'objectif économique d'allocation optimale des ressources soit le principal. Les objectifs sociaux d'accès des PME au marché et d'amélioration de la qualité et du prix des produits pour le consommateur seraient secondaires en pratique[139]. De toute évidence, il serait illusoire de prétendre que le droit de la concurrence a un objectif unique. La pluralité des objectifs paraît plus vraisemblable et la reconnaissance d'objectifs sociaux, eux-mêmes pluriels, une évidence[140]. Pourtant, encore récemment, des auteurs proposent que le choix du consommateur soit vu comme le but unique du droit de la concurrence, allant jusqu'à dire qu'il pourrait permettre une unification des idéologies européenne et américaine en la matière[141]. Bien que la proposition paraisse

---

l'achèvement du marché intérieur apporte aux consommateurs et à l'économie européenne dans son ensemble tous les avantages d'un marché à l'échelle de la Communauté ». Sur l'objectif de bien-être du consommateur en matière d'abus de position dominante en Europe, v. Hugues CALVET, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur, *Revue Lamy Concurrence* 2005, n° 4.

[137] En France, à l'article L. 420-4, al. 2 sur les exemptions, pose le critère de la contribution au progrès économique qui distingue le cas particulier de la création ou du maintien d'emploi, v. Laëtitia DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Préf. L. IDOT, Bruylant, 2006, p. 14. Antoine PIROVANO, « Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001 », D. 2002.62 : « La formule « progrès économique » est inscrite dans un article du droit de la concurrence depuis une loi du 19 juillet 1977 (art. L. 430-7 c. com.) relative au contrôle des concentrations. Une « avancée sociale » plus ciblée résulte désormais de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques. La « création ou le maintien d'emplois » peuvent constituer le fait justificatif d'une entente ou d'une position dominante (art. L. 420-4 c. com.) sous certaines conditions. Mais une dimension sociale peut être repérée dans d'autres dispositions qui, soit au titre des pratiques anticoncurrentielles (art. L. 420-2 c. com.), soit au titre des pratiques restrictives (art. L. 442-6, I, n° 2, b, c. com.) stigmatisent l'abus de dépendance économique. Atténuer des phénomènes de domination n'est-ce pas le progrès social par excellence ? ». V. aussi A. PIROVANO, « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence) », D. 1980, Chron. 145. Sur l'efficience économique en droit français, v. Ch. COLLARD *et al.*, « De l'efficience économique à la validité juridique d'une technique d'attraction de la clientèle : contribution à une nouvelle approche de la concurrence déloyale », *Dr. & patr.* 2000, n° 24, p. 28.

[138] E. FOX , *op. cit.*, note 135.

[139] Karounga DIAWARA, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience », (2012) 53 *C. de D.* 257-302.

[140] Pour un panorama des fondements du droit de la concurrence v. Lionel ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris-Ouest Nanterre, 2010, p. 16. Après avoir étudié les conceptions de la concurrence de plusieurs auteurs français, l'auteur conclut que « Les «fondements » du droit de la concurrence peuvent autant se référer à l'efficience économique qu'à la loyauté des échanges, à l'intégration des marchés, à la protection du consommateur ou à celle de l'emploi ». V. aussi sur le concept de concurrence-moyen et concurrence-résultat, Pierre BONASSIES, « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », dans *Études dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 51-66. Selon l'auteur cette conception de la concurrence explique ses objectifs. La concurrence-moyen assure plusieurs objectifs notamment sociaux alors que la concurrence-résultat vise la concurrence pure et parfaite donc la réalisation d'une finalité économique.

[141] Neil AVERITT, Robert LANDE et Paul NIHOUL, « "Consumer choice" is where we are all going - so

intéressante, elle demeure restrictive. Les auteurs s'interrogent à juste titre sur le point de savoir quand le droit de la consommation doit assurer la défense des consommateurs et quand cette mission doit revenir au droit de la concurrence ? Sous-entendu, le critère de « choix du consommateur » permettrait la défense du consommateur en droit de la concurrence. Si nous n'adhérons pas totalement au critère, nous admettons en revanche un rôle de protection du consommateur dont l'action privée est la garante en droit de la concurrence. En effet, dans la mesure où l'action privée se fonde sur une violation du droit antitrust, il est une source de protection des agents économiques.

Comme le relève un auteur français[142], au sujet d'une jurisprudence européenne[143] accordant le droit à un syndicat, consommateur et client de l'entreprise, de consulter

---

let's go together », (2011) 2 *Concurrences* 1-3, [en ligne] : <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/Editorial_Concurrances.pdf>. V. aussi Neil W. AVERITT, Robert H. LANDE, "Using the "Consumer Choice" Approach in Antitrust Law", (2007) 74 *Antitrust L.J*. 175.

[142] G. DECOCQ, « Vers une *class action* des consommateurs dans les procédures de concurrence », *Contrat Concurrence Consommation*, 2006, n° 8, comm. 162.

[143] TPIUE, 7 juin 2006, *Österreichiseche Postsparkasse AG, Bank für Arbeit und wirtschaft AG* c/ *Commission*. aff. jtes T-213/01 et aff. T-214/01. Dans ces affaires, dites des « banques lombardes » ou du « club lombard », le conseiller-auditeur, gardien de la procédure concurrentielle en Europe, avait décidé de communiquer une version non-confidentielle de la communication des griefs à un parti politique autrichien. Les deux banques en cause dans l'affaire ont décidé de saisir le TPIUE pour contester cette décision par une demande de sursis à exécution des décisions du conseiller-auditeur. Déboutées par le TPIUE, elles l'ont saisi d'un autre recours en annulation. L'argument des banques était que le parti politique n'était pas un tiers ayant un intérêt légitime à intervenir dans l'instance communautaire et ainsi sa demande devait être rejetée. Le TPIUE conclut que le parti n'est pas un tiers. Conformément à sa jurisprudence, le Tribunal décide que le parti en tant que client de services bancaires et victime opérant sur le marché dans lequel se déroule une pratique anticoncurrentielle, lésée dans ses intérêts économiques, même en tant que consommateur final, a le droit d'accéder à la procédure. Dans une autre décision du TPIUE à la fin de la même année, le Tribunal confirme sa jurisprudence : TPIUE, 14 déc. 2006, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, *Raiffeisein Zentralbank Österreich e.a.* c/ *Commission*. Cette décision s'inscrit toujours dans l'affaire du « club lombard ». V. sur ce sujet la chronique de A.-L. SIBONY, « Du droit des consommateurs de prendre part aux procédures de sanction des infractions au droit de la concurrence », *R.L.C*, Actualités, 2007-11. L'auteur explique : « Le Tribunal fait très explicitement découler leurs droits procéduraux de l'objectif ultime des règles de concurrence, à savoir l'accroissement du bien-être du consommateur (pt. 99) ». Cette jurisprudence confirme notre point de vue sur le rôle correctif de l'action privée en droit de la concurrence contribuant à assurer un objectif social de protection du consommateur. Toutefois, nous jugeons maladroit l'utilisation du terme de « bien-être du consommateur ». En effet, ce terme est trop lié à l'analyse de l'efficience économique avec les notions de surplus du consommateur. Il serait plus pertinent de parler d' « intérêt du consommateur » en tant qu'objectif social distinct de l'efficience économique v. dans ce sens John B. KIRKWOOD, Robert H. LANDE, "The Chicago School's Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency" in Robert PITOFSKY (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, New-York, Oxford University Press, p. 94. La notion de bien-être sous-entend que toute action du consommateur participe au bien-être général. Même si cela peut y contribuer, la fonction d'une telle action n'est pas distributive, c'est-à-dire visant à rétablir une juste répartition des ressources, mais corrective, c'est-à-dire visant à rétablir l'équilibre rompu entre deux parties. Or s'agissant du domaine de la procédure, il est difficile d'y voir un aspect distributif, la procédure étant le moyen de règlement d'un conflit entre deux parties et non de répartir également les richesses entre tous.

l'accusation portée par la Commission européenne contre une banque, « l'objectif du droit et de la politique de la concurrence est d'accroître le bien-être du consommateur et la réalisation de cet objectif passe par la reconnaissance d'un intérêt légitime à faire constater par la Commission une infraction ». La position est valable pour toute forme d'action en droit de la concurrence ; elle révèle la capacité du droit processuel à assurer un objectif social de protection de l'intérêt du consommateur aux côtés du droit de la consommation. Par conséquent, l'originalité de la présente étude est qu'elle s'inscrit dans une logique sociale défendant et matérialisant l'intérêt du consommateur en tant qu'objectif du droit de la concurrence. Le défi réside alors dans le fait de concilier le droit des pratiques anticoncurrentielles avec l'intérêt des victimes de pratiques contraires à l'intérêt des acteurs du marché. Le terme de consommateur est entendu largement, dans un sens économique, sans lien avec la définition juridique donnée par le droit de la consommation.

18. **Délimitation du champ de l'étude –** Le présent travail de recherche devait nécessairement se limiter à certains points de droit relatifs à la problématique de l'action privée de manière à présenter une étude synthétique et d'une longueur raisonnable. S'agissant d'un sujet d'actualité, le caractère mouvant de l'objet comparé nécessitait de centrer l'analyse sur des points précis. Ces points ont été choisis en fonction des réflexions menées par la Commission européenne et de leur pertinence en droit canadien. Ainsi, par recoupement, nous avons orienté l'étude sur l'action en responsabilité civile extracontractuelle devant le juge judiciaire. Les recours contractuels sont ainsi exclus de l'étude. Il en va de même pour les actions privées intentées devant le juge administratif dans le cadre du droit public[144]. L'actualité de l'action de groupe en France et le surcroît d'activité judiciaire au Canada autour du recours collectif en droit de la concurrence, nous a amené à nous concentrer principalement sur cet aspect collectif de l'action privée, plutôt que sur l'action individuelle. Enfin, s'agissant d'une thèse relative à la notion d'action en justice dans le cadre de la responsabilité civile en droit de la concurrence, la question des règlements amiables ou hors cour ne sera pas traitée[145].

[144] Sur cette question, se référer à la thèse de Rafael AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions juridiciaires*, Préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Thèse, Buxelles, Bruylant, 2014.
[145] Toutefois, pour des développements à ce sujet, v. C. PRIETO et D. BOSCO, *op. cit.*, note 25, p. 1467 et s.

19. Annonce de plan – Nous procéderons à une présentation en deux temps. D'abord, l'action privée est une action en justice classique. Les victimes doivent avoir un accès effectif au juge. Il s'agit de la première condition pour identifier des leviers permettant d'améliorer l'effectivité de l'action privée. **Le droit à l'action privée** est la traduction du droit des victimes de pratiques anticoncurrentielles d'accéder à la justice (**Première partie**).

Cependant, se concentrer sur le droit à l'action privée n'est pas suffisant. Il est nécessaire d'apporter un éclairage sur les règles qui gouvernent l'action privée devant le juge et les modalités d'application de cette action en tant que réalisation du droit substantiel à réparation. Cette étude des règles qui gouvernent la réalisation et la sanction de l'action privée au travers de la responsabilité civile relèvent du **droit de l'action privée** (**Seconde partie**).

PREMIÈRE PARTIE - LE DROIT À L'ACTION PRIVEE EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

En principe, le droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit objectif qui assure par principe la protection du marché et non la protection de ses acteurs. La question de l'action privée, qu'elle se pose en Europe ou au Canada, reflète une même réalité : le conflit qui existe entre la volonté d'assurer une protection nécessaire à la sécurité des agents économiques et les moyens d'y parvenir. Faut-il se contenter des autorités de régulation dans cette lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ? Ou bien faut-il admettre un rôle des victimes de ces pratiques dans un contentieux subjectif en réparation ? Le constat européen du sous-développement des actions privées cache en réalité cette problématique. Il n'est pas simplement question de savoir si la revendication d'un droit à réparation pour ces victimes est légitime, il est plutôt question de savoir quel rôle elles peuvent jouer dans la politique de régulation et de répression des pratiques anticoncurrentielles[146].

Ainsi, la reconnaissance d'un droit subjectif à réparation en Europe et en France, attenant au droit des pratiques anticoncurrentielles, sur le modèle du droit canadien, apparaît non seulement comme une nécessité mais comme une source de mutation du contentieux concurrentiel. D'un contentieux objectif et étatique, la reconnaissance d'un droit à réparation pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles fait basculer *a priori* le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, dans un système privatisé et individuel où le bien du marché passerait après celui des agents économiques. De toute évidence, une telle analyse est erronée. Il s'agit d'un tout. La protection du marché passe par un droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Nous proposons donc une réflexion sur l'effectivité du droit à l'action privée par sa

[146] En Europe, le rôle que peuvent jouer les victimes de pratiques anticoncurrentielles semble passer nécessairement par l'adoption d'un recours collectif européen ou national, v. Maria IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement: A normative and practical approach », (2011) 8/1 *The Competition Law Review* 59-85 ; Iris BENÖHR, « Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures », (2013) 36/1 *Journal of Consumer Policy* 87-110 ; Dimitrios-Panagiotis L. TZAKAS, « Effective Collective Redress In Antitrust And Consumer Protection Matters: a Panacea Or a Chimera ? », (2011) 48 *Common Market Law Review* 1125–1174.

reconnaissance en droit des pratiques anticoncurrentielles (Titre I). En France, le droit commun permet, en théorie, cette réparation. En pratique, la réalité est différente et révèle ce que les analyses européennes dénoncent : un sous-développement du contentieux privé en droit de la concurrence. La collectivisation du contentieux privé canadien par le recours collectif atteste que ce contentieux n'est pas seulement individuel mais aussi collectif. L'action de groupe française tient justement compte de cette réalité en adaptant sa procédure d'action collective à la question précise des pratiques anticoncurrentielles.

La présence de recours collectifs en droit de la concurrence au Canada et en France assure non seulement l'effectivité de l'action privée concurrentielle mais entraîne une nécessaire adaptation des procédures publiques de poursuite des infractions au droit de la concurrence, à la présence d'actions parallèles de la part des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les délais de prescription, la clémence, la preuve, sont autant de points qui s'entremêlent lors de la dynamisation du contentieux privé concurrentiel[147]. Il s'agit d'éléments qui peuvent, lors de l'action en justice, non seulement réduire l'accès au juge, déjà compromis en pratique pour les consommateurs et les PME[148], mais aussi entraver l'action privée de ces victimes. La connexité des procédures doit ainsi être envisagée afin de désentraver le droit à l'action privée des victimes de pratiques anticoncurrentielles[149] (Titre II).

[147] Christopher HODGES, « Competition Enforcement, Regulation And Civil Justice: What Is The Case ? », (2006) 43 *Common Market Law Review* 1381-1407.
[148] Sur la question de l'accès à la réparation pour les consommateurs en droit de la concurrence en Europe, v. Hans-W. MICKLITZ, « Consumers and Competition – Access and Compensation Under EC Law », (2006) 17/1 *European Business Law Review* 3-21.
[149] Comme le constate Dan WILSHER, « The Public Aspects of Private Enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture », (2006) 3/1 *The Competition Law Review* 27-45.

TITRE I – LA RECONNAISSANCE D'UN VERITABLE DROIT À L'ACTION PRIVÉE EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Il existe actuellement un droit à réparation fondé sur le droit commun des obligations pour les entreprises et les consommateurs. En France, il est admis que la violation des articles L. 420-1 (ententes) et L. 420-2 (abus de position dominante) du *Code de commerce* fonde un recours en responsabilité sur les articles 1382 et 1383 du *Code civil*. La doctrine constate cependant un manque de dynamisme de cette action en réparation du préjudice concurrentiel. Les travaux de la Commission européenne témoignent de cette atonie des victimes de pratiques anticoncurrentielles dans les droits nationaux des États membres. Il convient dans ce contexte de se pencher sur la question des moyens à mettre en œuvre en droit interne français pour parvenir à ce vœu d'effectivité formulé par les autorités européennes. En allant au-delà des constats, il convient de formuler des propositions pour parvenir à faciliter l'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles au juge. Il n'est pas équitable de laisser ces victimes sans réparation. Pour corriger cette situation, le législateur français pourrait trouver dans le droit canadien une source d'inspiration raisonnable et viable qui se distingue du droit américain.

En effet, au Canada, la L.c. est la législation qui encadre le droit des pratiques anticoncurrentielles. La législation se divise en deux catégories d'infractions. D'un côté, dans la partie VII de la Loi, se trouve les infractions criminelles comme l'entente (art. 45 L.c.), de l'autre (Partie VIII) se trouvent les infractions civiles à la législation canadienne sur la concurrence. Cette dernière catégorie vise des infractions qui ne sont pas illicites en elles-mêmes. Elles font l'objet d'une étude par une juridiction spécialisée qui est le Tribunal de la concurrence. Les abus de position dominante figurent dans cette catégorie (art. 78 et 79 L.c.). Cependant, l'article 36 L.c. ne s'applique qu'aux infractions criminelles, excluant ainsi le recours privé pour les abus de position dominante. De toute évidence, il n'est pas satisfaisant que le droit canadien n'ouvre pas ce recours spécial à l'abus de position dominante. Il demeure que l'article 36 L.c. ouvre un droit intéressant aux victimes canadiennes en cas d'entente. Les *torts* de la *Common law* et l'article 1457 du C.c.Q permettent en droit provincial une indemnisation sur la base du droit commun des obligations. L'organisation de l'ordre juridique canadien en

un droit fédéral et provincial est une composante déterminante du recours privé dans ce pays. Même si en Europe, un droit spécial n'existe pas dans les textes, les jurisprudences *Manfredi* et *Courage* vont dans le sens d'une réalisation du droit à réparation et d'un accès au juge pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles par le droit commun des obligations. Il s'agit d'une quête pour un droit à réparation en droit des pratiques anticoncurrentielles (**Chapitre I**). Cette quête doit aboutir à la reconnaissance d'un véritable droit à réparation du préjudice concurrentiel, lequel devrait entraîner la mutation du contentieux concurrentiel en raison de la protection de l'intérêt général par la défense d'un intérêt privé, notamment par le développement des recours collectifs. (**Chapitre II**).

Chapitre I – La quête d'un droit à réparation pour les consommateurs et les entreprises

En Europe, le constat unanime des spécialistes, juristes et économistes, est celui d'un sous-développement total de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles. Le point de départ de ce constat est l'étude *Ashurst* réclamée par la Commission européenne au début des années 2000[150]. La conclusion de ce rapport préoccupe désormais les acteurs de la régulation de la concurrence. Seulement 10 % des actions en droit de la concurrence seraient d'origine privée. Le chiffre inquiète d'autant plus que la même étude nous révèle que le rapport de force est inversé aux États-Unis où 90 % du contentieux relève du *private enforcement*. Depuis, les États-Unis sont devenus, en Europe, la « terre promise » de l'action privée comme le démontre le *forum shopping* des demandeurs en la matière, attirés par la *class action* américaine et les *treble damages* de son droit antitrust[151]. Les États-Unis ont toujours été une source d'inspiration pour le droit de la concurrence européen et ses États membres. La raison de cette influence se trouve historiquement en Allemagne. Après la seconde guerre mondiale, les États-Unis ont notamment imposé la décartellisation de la partie de l'Allemagne dont ils avaient la responsabilité[152]. Par ailleurs, les États-Unis sont incontestablement le pays de naissance du droit de la concurrence moderne[153]. À la fin du 19ème siècle, face au *Standard Oil Trust*, le sénateur John Sherman, dans un mouvement politique « populiste »[154] , chercha à protéger les exploitants agricoles, les petites industries et les consommateurs contre les énormes conglomérats d'entreprises[155]. Ainsi fut adoptée la première loi *antitrusts*. Il est aussi dans la pensée américaine de se méfier de la concentration du pouvoir, même économique. Si le droit antitrust américain a connu un succès important inspirant l'Europe, les européens ignorent qu'historiquement, le premier pays à avoir voté une loi encadrant la concurrence est le Canada. Le droit canadien est en réalité le premier à être né en

[150] D. WAELBROECK, D. SLATER et G. EVEN-SHOSHAN, *op. cit.*, note 15.
[151] Pour une présentation du système américain de *private enforcement*, v. C. PRIETO, *passim*, note 88.
[152] Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010, au par. 11.
[153] C. PRIETO, *op.cit.*, note 88, au par. 4 : « Le droit antitrust est né aux États-Unis de la volonté politique de préserver l'accès au marché des petits opérateurs économiques, et non d'une sollicitude à l'égard du concept abstrait de marché ».
[154] Dans ce sens, Emmanuel COMBE, *Économie et politique de concurrence*, Paris, Dalloz, 2008, p. 4.
[155] Appelé *Trust* en anglais d'où l'expression « droit antitrust ».

1889[156], un an avant le *Sherman Act*[157]. Il faut attendre 1986 et la *Loi sur la concurrence*[158] pour qu'un droit moderne apparaisse. La dernière réforme d'envergure date de 2010[159]. Le droit canadien de la concurrence connaît lui aussi un recours privé à l'article 36 L.c. À l'instar du droit européen, son introduction a fait débat dans les années 70 et, jusqu'au début des années 2000, son sous-développement était aussi manifeste qu'en Europe[160]. Le droit canadien n'a amorcé un changement dans ce domaine que depuis quelques années. Il est à ce titre un sujet d'étude intéressant pour l'expérience européenne du recours privé.

Le problème fondamental du recours privé canadien et européen semble être dans un premier temps son ineffectivité ; laquelle contrevient pourtant au principe fondamental du droit à un recours effectif au juge (**Section I**). En nous intéressant au droit d'accès au juge, nous démontrerons que l'action privée en droit de la concurrence est une forme de réalisation du droit général de tout justiciable d'accéder à un juge.

Une fois les termes du débat présentés. Il nous faudra définir avec précision l'action privée du droit des pratiques anticoncurrentielles. De cette manière, nous délimiterons précisément notre sujet d'étude. La définition de la notion d'action privée concurrentielle (**Section II**) sera l'occasion de clarifier la nature du préjudice qui affecte les victimes d'une pratique anticoncurrentielle. Il convient aussi d'identifier qu'elle est cette « action » en justice que l'on qualifie de « privée » en droit de la concurrence. Il existe beaucoup de manière de défendre ses droits subjectifs pour une victime de pratiques anticoncurrentielles. De même que la typologie des victimes est plus complexe qu'il n'y paraît. Notre propos tentera de clarifier ces éléments afin d'aborder

[156] *L'Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C 1892 c. 29. La loi a été adoptée en 1889. À noter toutefois que l'Angleterre connaît déjà un texte sur la concurrence en 1623 avec le *Statutes of Monopolies*, 21 Jac 1 c 3.
[157] *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 1-7.
[158] L.R.C. 1985, c. C-34.
[159] Karounga DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », (2010) 3 *B.D.E.* 23-28 ; Mistrale GOUDREAU et Jennifer QUAID, « De quelques développements récents en droit de la concurrence », (2010) 22/2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 317-333 ; Madeleine RENAUD et Dominic THÉRIEN, « La Loi sur la concurrence », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2013DEV2072.
[160] Son introduction date du 1er janvier 1976, il a fallu attendre 1986, soit 10 ans après l'introduction du recours, pour que la Cour suprême du Canada se prononce simplement sur sa constitutionnalité, v. l'affaire *General Motors, op.cit.*, note 53.

avec précision le sujet de l'action privée en droits de la concurrence français et canadien.

Section I – L'effectivité du droit d'action privée en droit de la concurrence et le droit à un recours effectif au juge

Le constat est celui d'une ineffectivité du recours privé. L'affirmation est valable pour la France et, plus largement, pour l'Union européenne mais reste à relativiser pour le Canada (§1). Il est nécessaire de prendre en compte l'atteinte fondamentale au droit de la victime à agir en justice. Elle est la conséquence du sous-développement des actions privées. Le droit à l'action privée devrait être la traduction du droit à un recours effectif en droit de la concurrence (§2).

§1 : La faiblesse du droit d'action privée en droit de la concurrence

1. **La renaissance du droit d'action privée au Canada** – Comme nous l'avons vu au sujet du bijuridisme[161], la situation d'une victime de pratiques anticoncurrentielles au Canada n'est pas homogène au niveau de ses droits subjectifs. Avant 1976, le justiciable canadien ne pouvait pas prétendre à une action en réparation sur le fondement de la L.c. Au Québec, par l'effet de l'article 1457 du C.c.Q, ancien article 1053 du *Code civil du Bas-Canada*, les québécois pouvaient toujours agir devant leur juridiction provinciale car la violation d'une loi était – et est toujours – une faute civile[162]. De plus, l'introduction du recours collectif québécois en 1978[163] leur a permis de bénéficier d'un outil procédural favorable à leur action. La disparité des législations provinciales ne mettait pas, du moins dans un premier temps, les canadiens sur un pied d'égalité lors de l'introduction du recours privé fondé sur la législation relative à la concurrence. Un parlementaire relevait à juste titre devant la Chambre des communes, le 21 octobre 1976, quelque mois seulement après l'introduction du recours privé dans la L.c, que l'hétérogénéité du recours privé au Canada offrait « une protection inégale contre les mêmes pratiques déloyales aux consommateurs de différentes provinces » et plaçait également « les entreprises dans une incertitude nuisible et inutile quant aux règles à

[161] *Supra*, au par. 7.
[162] Pierre-Gabriel JOBIN, « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne t-elle la responsabilité civile ? », (1984) 44 *R. du B.* 222.
[163] *Loi sur le recours collectif*, LRQ, c R-2.1

suivre »[164]. Pourtant, « le maintien d'un niveau optimum de concurrence au sein de l'économie canadienne dépend dans une large mesure de l'existence et de l'efficacité de recours privés »[165].

La doctrine canadienne aborde de deux manières le recours privé de la L.c. Certains pensent qu'il y a une faiblesse inhérente au recours privé depuis son introduction au Canada[166]. D'autres se contentent en revanche de présenter le recours privé sans relever une quelconque difficulté, même à titre préliminaire[167]. Utilité pour l'économie canadienne, constat d'une faiblesse du recours privé ou relative indifférence de la doctrine sur la place du recours privé dans l'*enforcement* de la L.c., le sujet soulève des questionnements car les enjeux qu'il comporte en termes de justice pour les victimes sont cruciaux. Le thème a toutefois été remis à l'ordre du jour par le biais d'une action voisine de l'article 36, celle relative à l'accès privé au Tribunal de la concurrence prévu à l'article 103.1[168]. Toutefois, il se distingue de l'article 36 puisque le texte n'autorise pas une demande en dommages et intérêts[169]. Le Tribunal intervient pour éviter justement qu'un dommage ne survienne pour la partie le saisissant. En effet, l'article 103.1(7) dispose que le Tribunal prend une ordonnance si le demandeur « est directement et sensiblement gêné dans son entreprise ». Le lien avec l'article 36 tient en la possibilité d'obtenir la protection de ses droits subjectifs par l'intermédiaire de la L.c. La comparaison s'arrête ici puisque s'agissant de la pratique en cause et de la personne

[164] CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, 30e Parl., 2e sess., 21 octobre 1976, Vol. I, p. 1-1084, p. 328.
[165] Daniel Martin BELLEMARE, « Les récents développements concernant les recours privés en droit de la concurrence au Canada et aux États-Unis » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1991, à la p. 35.
[166] Michael TREBILCOCK, Ralph A. WINTER, Paul COLLINS et Edward M. IACOBUCCI, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, University of Torronto Press, 2002, p. 764 ; Serge BOURQUE et Catherine LAMARRE-DUMAS, « Canada : Les recours collectifs en matière de dommage concurrentiel », (2006) 1 *Concurrences* 207 ; Kent ROACH, Michael J. TREBILCOCK, « Private Enforcement of Competition Laws », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 461-508, au par. 9 : « The level of private enforcement activity under section 36 since its enactment has been extremely sparse »; Stanley WONG and J. Kevin WRIGHT, « Class Actions and Private Actions under the Competition Act », (2003) 31 *Int' l Bus. Law*. 157-163, p. 157: « Since 1976, relatively few cases have been commenced and hardly any have gone to trial. This trend appears to be changing ».
[167] J. Robert S. PRICHARD et M. J. TREBILCOCK, « Class Actions and Private Enforcement », (1975) 27 *U.N.B.L.J.* 5 ; Suzanne CÔTE et David TOURNIER, « De l'évaluation des dommages suivant la résiliation des contrats de service et les contraventions à la Loi sur la concurrence », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, 2006, Droit civil en ligne (DCL), EYB2006DEV1242 ; Robert S. NOZICK, *The 2007 Annotated Competion Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.
[168] *Supra*, note 45.
[169] Art. 77(3.1) L.c. : « Il demeure entendu que le présent article n'autorise pas le Tribunal à accorder des dommages-intérêts à la personne à laquelle une permission est accordée en vertu du paragraphe 103.1(7). »

habilitée à se fonder sur la L.c., les deux textes divergent. L'article 36 vise notamment les ententes alors que l'article 103.1 vise les pratiques restrictives du commerce. De plus, les consommateurs sont de droit exclus du champ d'application de l'article 103.1 par l'utilisation du terme « entreprise ». Seuls des professionnels peuvent agir devant le Tribunal. L'article 103.1, comme l'action en concurrence déloyale en droit civil français et québécois, est un droit de professionnels visant à garantir des rapports loyaux entre eux. Bien que cette disposition soit en faveur du milieu des affaires, il est apparu à cette occasion une certaine hostilité de sa part envers cette procédure[170].

En outre, le Canada traite la question des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles selon un principe de justice incarné par la procédure de recours collectif. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux réflexions qui ont précédé l'introduction de l'article 31.1, prédécesseur de l'article 36, et sur la possibilité d'introduire une action collective en matière de concurrence. Dans le *Rapport Williams*[171] de 1976, on peut lire que « [l'action collective] permet aux économiquement faibles, aux consommateurs, aux locataires, aux petits entrepreneurs et à d'autres de s'assurer un recours collectif devant les tribunaux pour les pertes réelles ou éventuelles infligées par le gouvernement ou l'industrie »[172]. Les victimes des pratiques anticoncurrentielles sont donc évoquées par la désignation des « consommateurs » et des « petits entrepreneurs », lesquels sont opposés à « l'industrie ». Des termes similaires sont utilisés dans les débats devant la Chambre des communes lors de l'adoption de la deuxième étape de la réforme de la politique de concurrence[173]. Dans un autre rapport du Ministère de la consommation et des corporations de mars 1976[174], publié après l'entrée en vigueur de l'article 31.1, on peut lire que des actions privées fondées sur la législation antitrust, « ne seraient vraisemblablement intentées à titre individuel, que lorsque de grosses sommes sont en jeu, et non quand les dommages sont minimes au regard des frais judiciaires à assumer en cas d'échec de la poursuite »[175].

---

[170] *Surpa*, note 49.
[171] *Op.cit.*, note 37
[172] *Id.*, p. 34.
[173] *Supra*, note 164, p. 327 : « Les consommateurs ont lieu de s'inquiéter, je pense, qu'il ne soit nullement question, dans cette deuxième étape, que le bill accorde finalement aux *consommateurs* ainsi qu'aux *propriétaires de petites entreprises* le droit de recourir à l'action collective » [Nos italiques].
[174] *Op.cit*. note 37.
[175] CANADA, MINSTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada*, Modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, mars 1977, p. 71.

Les canadiens voyaient l'action collective comme la suite logique de l'introduction du droit à réparation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle. L'effectivité même de l'action privée canadienne était en jeu. L'avenir a confirmé cette intuition. Dans le fameux complot de l'essence, lors de l'autorisation d'un recours collectif en 2012, l'Honorable Juge Bélanger n'a pas manqué de rappeler que « les fins de la justice ne seraient pas bien servies si le Tribunal rejetait [un recours collectif en matière de concurrence]»[176]. Bien que le projet de loi de 1976 ne fut jamais adopté par le Parlement fédéral, les provinces ont de leur côté introduit une action collective générale, non spécifique au droit de la concurrence, dans leur procédure civile. Le Québec a ouvert la voie en 1978[177] et, désormais, toutes les provinces ont une action similaire. La Cour fédérale s'est également dotée de cette procédure pour les recours fédéraux. Depuis, le contentieux privé portant sur les pratiques anticoncurrentielles s'est accru au Canada[178]. Il y a donc *a priori* un lien de causalité entre les recours collectifs et l'augmentation des recours privés. Il faut toutefois être prudent sur ce lien de cause à effet. Le recours collectif en lui-même n'est peut-être pas la seule cause du dynamisme qui est né outre-Atlantique pour l'action privée. En effet, une procédure civile anglo-américaine et des dispositions procédurales adaptées au contentieux privé en droit de la concurrence dans la L.c. expliquent probablement l'effectivité soudaine du recours privé au Canada.

D'un point de vue empirique, les chiffres montrent une recrudescence des recours privés fondés sur la L.c. grâce au recours collectif. La faiblesse du recours privé canadien est alors relative[179]. Pourtant, nous soutenons que ce recours recèle une faiblesse que nous qualifierons de structurelle. La *faiblesse structurelle* du recours privé de la L.c. tient à la difficulté historique du droit de la concurrence canadien à s'imposer

[176] *Jacques* c. *Petro Canada*, (2009) CanLII 5603 (QC CS), au par.79.
[177] V. par exemple, Manon BAUMIER, « Le recours collectif au Québec et aux États-Unis », (1987) 18 *R.G.D.* 775 ; Hubert REID, « Le recours collectif au Québec », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 18.
[178] Paul Erik VEEL, « Private Party Access To The Competition Tribunal : A Critical Evaluation of The Section 103.1 Experiement », (2009) 18 *Dalhousie J. Legal Stud.* 1-31 à la page 2 : « Section 36 has seen significant use, especially since the introduction of class action legislation (…) » ; Steve SZENTESI, « The Expending Playing Field After Sweeping Competition Act Amendements and Plaintiff Favourable Class Action Decisions » (20 juillet 2011), [en ligne] : <http://www.ipvancouverblog.com/2010/08/competition-law-private-actions-in-canada-%e2%80%93-the-expanding-playing-field-after-sweeping-competition-act-amendments-and-plaintiff-favourable-class-action-decisions/>.
[179] CANADA, PARLEMENT, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Plan d'actualisation du régime de concurrence*, Ottawa, Avril 2002 [en ligne], <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1032077&Mode=1&Parl=37&Language=F&File=60#c0006>. Selon ce rapport de 2002 : « un droit privé limité d'action existe en cas d'affaire criminelle, mais, il est rarement appliqué ». Depuis la situation tend à se modifier vers un accroissement des recours privés.

dans le milieu des affaires[180] en tant que norme respectable. Le sommeil de la règlementation en matière de concurrence a duré presque un siècle[181]. Au début des années 70, seulement 29 % de l'économie canadienne était soumise à la règlementation en matière de concurrence[182]. L'absence de culture de concurrence au Canada[183] ne profite pas à la crédibilité du recours privé. Selon nous, le succès du recours privé peut s'expliquer par le rôle de protection du consommateur que joue implicitement la législation canadienne sur la concurrence dans un objectif social[184]. La réticence à l'endroit du recours de l'article 103.1, recours de « professionnels » à caractère privé devant une juridiction spécialisée en concurrence, témoigne de la méfiance des acteurs du marché dès que le recours vise la protection de l'entreprise. Toutefois, dès lors que l'action privée vise un objectif de justice corrective en faveur du consommateur, elle est moins suspecte. En effet, la crainte de litiges stratégiques *via* l'action privée est importante au Canada[185]. Cela démontre que le recours privé n'est pas vu comme une source d'*enforcement* du droit de la concurrence canadien, donc un outil de protection du marché, mais comme un instrument indirect de protection du consommateur. Lors de la réforme de mars 2009, le Bureau de la concurrence a eu l'occasion d'affirmer que les modifications de la L.c. visaient *in fine* à protéger les canadiens « de tout préjudice découlant des pratiques anticoncurrentielles »[186]. Les autorités de régulation canadiennes démontrent ainsi un intérêt pour la prévention du préjudice concurrentiel subi par les consommateurs.

De son côté, le droit européen est plus sensible à la culture de concurrence, fondement de la politique unificatrice européenne. Cependant, malgré les nombreuses critiques de ces dernières années, l'action privée en droit de la concurrence n'est pas

[180] Michael WISE, « Examen du droit et de la politique de concurrence au Canada », (2003) 1/5 *Revue sur le droit et la politique de concurrence* 53-127.
[181] Charlaine BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Tome 2 : Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 254. L'auteur parle de « léthargie législative ».
[182] *Id.*, p. 115.
[183] Depuis les récentes réformes, notamment les plus importantes en 1986 et 2010, des changements de la perception de la concurrence semble s'amorcer.
[184] K. DIAWARA, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience », *op.cit.*, note 139.
[185] En ce sens, v. le *Plan d'actualisation du régime de concurrence*, *op.cit.*, note 179 : « Le principal argument contre l'attribution du droit privé d'accès est le risque d'abus sous la forme de « litige stratégique », c'est-à-dire des actions en justice entamées non pour obtenir réparation du préjudice causé par des agissements anticoncurrentiels, mais pour obtenir un avantage sur un concurrent ».
[186] CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Guide sur les modifications à la Loi sur la concurrence*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 22 avril 2009, à la page 1, [en ligne] : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-f.pdf/$file/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-f.pdf>.

adaptée aux particularités d'une action en réparation dans un contentieux de nature économique.

2. **La faiblesse de l'action privée en Europe et en France –** La problématique de la place du recours privé dans la politique de concurrence européenne est née une décennie avant qu'elle n'apparaisse au Canada. Déjà en 1966, une première étude de la Commission s'est penchée sur la question[187]. Trois ans avant, la Cour de justice européenne avait affirmé le droit pour les victimes d'une infraction au Traité européen de demander au juge interne de sauvegarder leurs droits[188], y compris en droit des pratiques anticoncurrentielles. Cet arrêt concernait une affaire relative à des droits de douane. Le véritable premier arrêt rendu sur le sujet qui nous concerne date de 1962[189] ; il s'agissait entre autre d'une demande en nullité d'une convention contraire à l'ancien article 85, aujourd'hui 101 du TFUE[190]. Toutefois, il faut véritablement attendre les décisions *Courage*[191] et *Manfredi*[192] pour qu'un droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles soit consacré par la Cour de Luxembourg[193].

Au-delà des principes consacrés au niveau communautaire, le système de droit civil français peine à accueillir favorablement ces actions fondées sur le droit commun de la responsabilité civile, à savoir l'article 1382 du *Code civil*. Faute civile délictuelle, l'acte contraire au droit des ententes et des abus de position dominante reste soumis à la lourdeur des exigences procédurales et probatoires d'une affaire en responsabilité civile classique. De plus, un autre élément complique la tâche de la victime. Le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour objectif la protection du marché et non la protection des consommateurs ou des entreprises[194]. Il est donc impératif de démontrer que la victime est un destinataire du droit des pratiques anticoncurrentielles et que, par la défense de ses droits personnels, elle contribue à l'édification du droit de la concurrence et à sa mise en œuvre. La remarque vaut autant pour la France, et l'Union

[187] COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE, La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE, Bruxelles, 1966.
[188] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, aff. C-26/62, Rec. 1963, p. 28.
[189] CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd / Bosch e.a.*, aff. C-13/61, Rec. 1962, p. 89.
[190] *Op. cit.*, note 7.
[191] *Op. cit.*, note 10.
[192] *Op. cit.*, note 14.
[193] S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5, p 117, au par.103 et s.
[194] Jacqueline RIFFAULT-SILK, « Le Livre blanc et les actions en réparation », RLC n°23/2010, pp. 122-127.

européenne en général, que pour le Canada. En effet, il s'agit d'un « enjeu d'intérêt public »[195]. Pourtant, « les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles sont « réduites à la portion congrue... (…) »[196]. Certains auteurs avancent des chiffres : « si 20 % seulement des dommages et intérêts demandés sont accordés, c'est que 20 % uniquement du montant demandé est prouvé »[197]. Il reste que « l'octroi de dommages et intérêts apparaît comme une sanction nécessaire qui concourt à la fois à la sauvegarde des intérêts subjectifs et à la préservation de l'ordre public concurrentiel »[198].

Une telle difficulté est contraire au principe du droit communautaire. En effet, à la lecture de l'article 169 du TFUE, « la Commission contribue à la protection (...) des intérêts économiques des consommateurs (...) ». La position des instances européennes sur les actions privées s'explique par la volonté de remplir cette mission de protection. Par ailleurs, limitée par le principe de subsidiarité, la Commission ne peut que demander aux États membres d'intervenir en ce sens. La proposition de directive de 2013 en est un exemple[199]. Cependant, « la faiblesse en nombre des actions privées engagées dans les États membres sur le fondement du droit communautaire – voire national – de la concurrence fait douter de l'efficacité concrète du dispositif proposé aux consommateurs et d'abord, du parallélisme affiché [entre l'action privée et la régulation] par la réforme [issue du règlement 1/2003] »[200]. Fort justement, le règlement a voulu décentraliser la régulation de la concurrence dans l'Union européenne. Cependant, les résultats n'ont pas démontré un dynamisme de l'action privée. Un auteur a pu dire, au sujet de la régulation de la concurrence et des actions privées, qu'elles étaient les deux faces d'une même médaille[201]. Même les États membres n'ont pas une approche harmonisée de la question. Par exemple, une décision de la Cour de cassation

[195] *Id.*, p. 125.
[196] Muriel CHAGNY, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », RLC 2005/08, p. 186.
[197] Béatrice CHARLIER-BONATTI, « Éléments du préjudice » dans *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspectives*, Colloque du 17 octobre 2005, Cour de cassation, Paris, [en ligne] : <http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/quot_r_8013.html>.
[198] M. CHAGNY, « La place des dommages et intérêts », *op. cit*, note 196, p. 187. Sur l'ordre public concurrentiel, v. Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLÉANI, « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », dans *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001.
[199] Proposition de directive sur l'action privée, op. cit., note 26.
[200] J. RIFFAULT-SILK, *op.cit.*, note 194, p. 123.
[201] *Id.* citant les propos du Professeur Martinello.

italienne a reconnu le droit d'agir des acheteurs indirects[202]. L'Italie est également à l'origine de l'arrêt *Manfredi* dans lequel les juges italiens s'étaient interrogés sur la possibilité d'octroyer des dommages et intérêts punitifs[203] dans un contentieux en réparation suite à une infraction au droit de la concurrence[204]. Comme nous le verrons, les dommages et intérêts punitifs font partie des pistes à explorer pour renforcer l'action privée. D'un autre côté, la France refuse les dommages et intérêts punitifs. Au plan procédural, elle avait introduit « une action en représentation conjointe » des consommateurs par leurs associations. À ce stade, notons simplement, s'agissant de cette action, qu'elle permettait à une association de recevoir un mandat de la part de deux consommateurs, au moins, pour porter à leur place l'action en réparation de leur préjudice[205]. En 2005, l'ancien Conseil de la concurrence français, devenu l'Autorité de la concurrence, a jugé que les trois opérateurs de téléphonie mobile présents sur le marché, en situation oligopolistique, avaient réduit la concurrence dans ce secteur occasionnant un dommage grave pour l'économie française[206]. L'association de consommateurs *UFC-Que choisir* a alors utilisé l'action en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs pour demander la réparation du préjudice subi par ses membres. À cette fin, l'association avait créé un site Internet permettant aux clients qui se pensaient victimes de s'informer pour savoir s'ils étaient une victime réelle. Le site leur proposait également de calculer leur préjudice. La Cour de cassation a rejeté leur action au motif que le site Internet constituait un démarchage des consommateurs[207], confirmant ainsi la requalification par la Cour d'appel de Paris de cette action en une action en représentation conjointe, laquelle interdit le démarchage[208]. Cette décision démontrait les limites de l'action en représentation conjointe. L'adoption en 2014 de

[202] Cour de cassation, *Ricciarelli* c/ *Spa Unipol Assicurrazioni*, 4 février 2005.
[203] Une juridiction anglaise s'est prononcée contre cette possibilité, v. High Court of Justice of England and Wales, 19 oct. 2007, *Devenish Nutrition Ltd. & Ors. v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors.* [2007] EWHC 2394 (Ch.). La juridiction anglaise estimait qu'il y avait violation du principe *non bis in idem* si elle octroyait des dommages et intérêts punitifs alors que l'entreprise en cause dans une action en réparation subséquente à une action de la Commission (action follow-on) avait déjà été condamnée dans une action publique européenne. A ce sujet, v. Benjamin CHEYNEL, « Actions de suite : pas de dommages et intérêt punitifs devant les juridictions anglaises », RLC 2008/14, pp.102-105.
[204] *Manfredi*, *op.cit.*, note 14, aux points 98-100, disp. 5.
[205] V. pour des précisions *infra*, au par. B.
[206] Cons. conc., déc. n° 05-D-65, 30 nov. 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile : BOCC 29 avril 2006.
[207] Civ. 1ère, 26 mai 2011, n° 10-15.676 : Bull. I, n° 531, D. 2011.1548, obs. X. DELPECH ; note N. DUPONT, « L'action en représentation conjointe des associations de consommateurs ou l'action mal-aimée des juges », D. 2011. p. 1884 ; note B. BOULOC, *RTD com.* 2011, p. 627.
[208] L. 422-1, al. 2 c.conso. : « Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur ».

l'action de groupe a pour objectif de remédier à l'ineffectivité de l'action en représentation conjointe en permettant le regroupement des demandes sans que l'association de consommateurs n'ait besoin d'un mandat. Toutefois, les victimes devront manifester leur volonté de participer à l'action.

Le Canada et l'Union européenne ont un intérêt inégal pour l'action privée malgré une attirance certaine pour celle-ci. Le Canada semble s'appuyer sur le mécanisme des recours collectifs pour dynamiser le contentieux privé sans nécessairement s'interroger sur une réforme d'envergure de son droit privé d'action alors que l'Europe, consciente de ses obligations envers les consommateurs, tente de convaincre les États membres de l'utilité d'une réforme globale de l'action privée. À ce titre, les exemples français et italien démontrent l'inégalité de traitement des consommateurs au sein même de l'UE.

3. **L'exemple de l'action civile dans le contentieux pénal français –** La situation en France est d'autant plus surprenante que le pays connaît une action qui a pu soulever les mêmes questions que l'action en réparation pour une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit de l'action civile devant les juridictions répressives[209]. L'action civile est réservée à la victime d'une infraction pénale, qu'elle résulte d'un délit ou d'un crime, afin de faire valoir ses droits lors du procès pénal. Le nom

[209] Dans le même sens, v. Yves CHAPUT, « La PME, « victime » de pratiques anticoncurrentielles », Table ronde, dans Jean-Paul DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 169 : « En vous écoutant, je pensais d'ailleurs aussi au droit pénal. Il y a toujours cette idée de sanction et de constitution de partie civile devant les juridictions répressives. Le droit pénal en tant que tel n'est pas fait pour défendre une victime particulière. Il est fait pour défendre l'intérêt général et l'ordre public. Dès lors, la constitution de partie civile est une exception mais qui présente un avantage, celui de permettre d'accéder au dossier. Il y a un inconvénient actuellement, c'est le mélange des genres dans le projet de réforme devant l'Assemblée nationale qui permettra, s'il est adopté en l'état, à la partie civile de faire appel d'une décision qui est une décision purement pénale de sanction. Et là on voit le danger de confondre deux choses, la défense de l'ordre public et la défense d'intérêts privés. Dans les explications que vous nous avez données, on voit très bien comment est défendu l'intérêt général lorsqu'il s'agit de la concurrence puisque c'est un choix économique qui a été fait et c'est une défense de la concurrence et non pas du consommateur, non plus que de tel agent économique. Simplement, mais un peu comme le secret de l'instruction ou le secret des affaires, on se demande ce qu'il en est de la victime qui, elle, veut invoquer autre chose. La victime, en réalité, n'invoque pas une atteinte à la concurrence. La victime invoque une faute, en quelque sorte un préjudice qui découle directement de l'infraction. C'est pour cela que je pensais au domaine pénal. La constitution de partie civile, c'est pour obtenir réparation d'un préjudice qui découle directement de l'infraction. La victime a aussi cette problématique. Elle pense qu'une infraction a été commise – ce sont la concurrence, l'intérêt général, l'ordre public. Elle n'est donc pas directement concernée, mais en même temps, cette faute qui porte atteinte à des valeurs essentielles pour une société a des conséquences pour ses intérêts particuliers. Et là, on voit que les choses ne sont pas aussi bien organisées qu'elles ne le sont en droit pénal. La victime n'a pas d'accès au dossier. On va lui opposer un secret de l'instruction et un secret des affaires. Et c'est dans ce cas probablement que le temps va jouer un rôle. Il y a une durée de procédure et il n'y a pas de concordance, d'harmonie dans cette juridicité entre la poursuite des infractions et la réparation d'un dommage. Là, il y a tout de même un mur, alors que l'on sent bien qu'il y a un lien ».

« d'action civile » a été retenu pour qualifier ce type d'action par nature privée au sein d'un procès pénal assurant la protection de l'intérêt général. En pratique, la victime se fait représenter par un avocat ou elle assure sa propre représentation et demande une réparation pour le préjudice subi en se constituant partie civile, soit avant l'audience, par courrier postal, soit pendant l'audience à l'invitation du Président du tribunal. L'action civile permet de réaliser des économies de coûts. Lors d'une même audience, la victime et le Ministère public sollicitent du même juge la protection de l'intérêt général et la protection des droits subjectifs de la victime[210]. Cette dernière peut se réserver un procès uniquement sur ses intérêts civils par la renonciation à agir lors de l'instance pénale. L'histoire de cette action illustre les problématiques relatives à l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles.

À sa création, une action civile exercée au pénal était autant risquée que l'action privée en droit de la concurrence. L'intérêt général est représenté dans tout type de contentieux pénal même le contentieux pénal économique. Dans ce contentieux précis, proche de notre sujet, l'action civile s'est vue opposer la défense de l'intérêt général en matière économique. Malgré tout, « on est passé du refoulement le plus absolu à la recevabilité la plus large »[211]. Le premier arrêt rendu fut l'arrêt *Milhaud*[212]. Dans cette affaire, les faits portaient sur une hausse illicite des prix. L'action civile de particuliers était irrecevable notamment parce que *l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix*[213], alors applicable, avait été prise dans un but d'intérêt général et non pour protéger les intérêts des particuliers. La similitude avec le dilemme soulevé par l'action privée est patente. La protection d'intérêts particuliers dans le cadre d'un droit assurant la protection de l'intérêt général se retrouve tant en droit pénal économique qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles, du temps où le premier était encore une matière pénale avant le mouvement de dépénalisation institué par l'*Ordonnance de 1986*[214]. Un revirement est intervenu en 1977[215]. L'action civile pouvait alors être

[210] Art. 3 c.proc.pén.
[211] Serge GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à législation économique », dans *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 138 et 139.
[212] Crim. 19 nov. 1959, JCP 1960, II 11 448, obs. CHAMBON ; D. 1960.463, note DURUY ; S. 1960-283 ; *RTD Com.* 1960, p. 377, obs. HÉMARD ; *RTD Civ.* 1960, p. 314, obs. MAZEAUD.
[213] JORF 8 juillet 1945 rectificatif JORF 21 juillet et 8 septembre 1945, modifiée par l'*Ordonnance 67-835 du 28 septembre 1969*, art. 6 JORF du 29 septembre 1967 et abrogée par l'*Ordonnance 86-1243 du 1er décembre 1986*, art. 1 JORF 9 décembre 1986 en vigueur le 1er janvier 1987.
[214] Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF du 9 décembre 1986 (ci-après l'Ordonnance de 1986).

fondée dans un contentieux pénal économique pour obtenir la protection d'un intérêt particulier. Au mois de juillet suivant cet arrêt, l'article 15-III de la *Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante* a admis l'action civile des associations de consommateurs agréées devant la Commission de la concurrence, ancêtre de la présente Autorité de la concurrence. M. Serge Guinchard relève que « c'est reconnaître que les ententes illicites et les abus de position dominante ne lèsent pas seulement les intérêts des concurrents, mais aussi ceux des consommateurs »[216]. L'éventualité de l'exercice de l'action privée devant l'autorité nationale de concurrence n'est donc pas une hérésie. La France l'a institué même si le texte a finalement été retiré à la faveur de *l'Ordonnance de 1986*.

L'action civile est attachée à une infraction pénale. Parce qu'il y a une infraction pénale, la victime peut agir par la voie de l'action civile comme un accessoire suit son principal. Si les faits autrefois pénalisés ne relèvent plus du *Code pénal*, l'action civile n'est plus possible en droit des pratiques anticoncurrentielles. Ne reste de nos jours que l'article L. 421-1, alinéa 1 du *code de la consommation* pour permettre la constitution de partie civile de l'association de consommateurs pour les infractions concernant le droit de la consommation[217] ou la constitution de partie civile de la victime lors de la poursuite pénale des auteurs de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de l'article L. 420-6 du *Code de commerce*[218]. Aucune infraction au droit de la concurrence n'est prévue par le droit de la consommation. Les associations de consommateurs sont donc dans l'impossibilité de défendre les consommateurs sur ce terrain. L'exemple de l'affaire de la téléphonie mobile démontre que cette incapacité est générale puisque même l'action en représentation conjointe, détachée de toute infraction pénale, fut inopérante en droit des pratiques anticoncurrentielles[219]. Pour cette raison, le législateur français a longtemps hésité à introduire une action de groupe. Finalement, choisissant

---

[215] Crim. 28 avril 1977, Bull. n° 144, p. 354 ; *D.S.* 1977, Inf. Rap. 424, obs. PUECH.
[216] S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », *loc. cit.*, note 211.
[217] Marie-Chantal BOUTARD LABARDE et Guy CANIVET, *Droit français de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1994, au par. 144.
[218] L'article dispose : « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ».
[219] *Infra*, à la p. 95.

un modèle d'action de groupe avec participation explicite (*opt-in*), le consommateur français peut désormais être représenté en cas de pratiques anticoncurrentielles[220].

La doctrine aide en ce domaine à la compréhension des rapports qui peuvent exister entre l'intérêt général et l'intérêt particulier mais aussi sur le rôle d'une action privée dans le champ d'intervention d'une loi protégeant l'intérêt général[221]. Par exemple, Demogue nous rappelle que « Merkel a soutenu que la coaction civile et pénale coïncident, visant toutes les deux à l'intérêt social et protégeant l'ordre public »[222]. Le rôle de l'action civile est si important que certains auteurs parlent de privatisation de l'action publique[223]. Dès lors, d'autres considèrent que « l'action civile est donc bien un droit de poursuite, c'est-à-dire une action pénale, bref, l'action publique »[224]. « L'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu, elle consacre une aide, elle accorde une facilitée aux victimes pour obtenir plus sûrement une réparation »[225]. Enfin des auteurs pensent que « l'intervention des parties privées apparaît pour l'intérêt de tous comme un moyen d'intéresser les citoyens à la vie de la cité en instaurant une coopération, et une concurrence avec le ministère public »[226]. L'auteur va même jusqu'à qualifier les consommateurs de nouveaux acteurs de la démocratie[227]. Le raisonnement peut être transposé à l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles.

L'action civile est donc un instrument de réparation des préjudices par la voie pénale[228] permettant à la victime de bénéficier non seulement du dossier pénal constitué par la poursuite mais également d'une audience unique pour statuer sur sa cause.

---

[220] *Id*.
[221] Pour des études sur le sujet v. Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Paris, CUJAS, 5ème éd., p. 87 et s. pour l'action civile en elle-même, p. 137 et s. pour l'action civile des groupements ; Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, Litec, 6ème éd., p. 920 et s. sur l'action civile en elle-même ; Marie-Laure RASSAT, *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, 2001, p. 511, au par. 318 ; Marie-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, 2010, p. 185 et s. et p. 408 et s.
[222] DEMOGUE, Traité des obligations en général, Source des obligations, Tome IV, Paris, 1924, p. 764. p. 186. *Contra* S. GUINCHARD, *op.cit.*, note 211.
[223] Julie SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010, p. 341, au par. 593.
[224] *Id.*, p. 340, au par. 590.
[225] Bertrand PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Préf. J.-H. ROBERT, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 37 et 38, au par. 71.
[226] J. SEGAUD, *op.cit.*, note 223, p. 367, au par. 642.
[227] *Id*.
[228] Denis BARTHE, La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence, Étude comparative des procédures communautaires et françaises, Préf. L. IDOT,

§2 : Le droit à l'action privée comme traduction du droit fondamental d'accès à la justice

4. **Le droit à l'action privée : un droit d'accès au juge** – Pour obtenir la réparation de leur préjudice, la voie naturelle pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles est celle de l'action en responsabilité civile. En France, il s'agira des articles 1382 et 1383 du *Code civil* alors qu'au Canada, l'article 36 L.c. sera un fondement possible en plus des *torts* de la *Common law* ou de l'article 1457 du C.c.Q. au Québec selon la province où se déroule l'action. L'article 36 L.c. est donc un fondement possible mais pas nécessaire de l'action privée canadienne. Toutefois, en France et au Canada, les victimes peuvent s'adresser aux autorités de concurrence pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles. Mais, « le flux des entreprises vers les autorités de concurrence ne résulte pas tant de l'efficacité – très réduite – du contentieux objectif pour leur situation, que du risque d'échec qui reste trop présent dans le cadre du contentieux subjectif ». Aussi, « favoriser l'action civile des entreprises victimes devant les tribunaux de droit commun, c'est accepter qu'elles deviennent un instrument essentiel de la mise en vigueur du droit des pratiques anticoncurrentielles à la place des autorités de concurrence »[229] ce qui suppose d'abandonner « le dogme de l'interventionnisme libéral retenu actuellement en France comme le modèle de régulation du marché »[230]. La remarque vaut aussi pour le Canada, même si ce dernier a réalisé des efforts considérables en matière d'accès des victimes aux tribunaux en droit des pratiques anticoncurrentielles. Si l'entreprise victime a le droit de saisir l'Autorité de la concurrence en droit français et la Commission européenne en droit communautaire[231], ce droit est-il suffisant pour caractériser un accès effectif au juge[232] ? En droit canadien, le recours de l'article 36 est-il suffisant pour permettre l'accès au juge des victimes ?

Thèse, Aix-en-provence, PUAM, 2000, p. 47 ; M.-L. RASSAT, op.cit., note 221, p. 513 : « L'action civile est une action de droit privé liée à l'action publique ce qui permet à la victime de saisir une juridiction pénale ».

[229] D. BARTHE, *op.cit.*, note 228, au par. 13.

[230] Id.

[231] *Id.*, au par. 370.

[232] Sur le sujet du droit de la concurrence et des droits fondamentaux, v. « Droits et liberté fondamentaux face au droit de la concurrence », *Rev. Conc. Consomm*. 1995/86, p. 47. V. en particulier sur les droits de la défense, Olivier DOUVRELEUR, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Préf. C. GAVALDA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

L'accès au juge se fait par la procédure civile[233] ; elle est la réalisation en justice des droits privés[234]. Ainsi, « la théorie de l'action repose en effet sur la reconnaissance de l'action comme expression d'une liberté fondamentale, la liberté d'agir en justice »[235]. Pourtant, force est de constater les difficultés d'accès à la justice, notamment pour les consommateurs[236]. Cette situation nuit à l'effectivité de l'action privée. En effet, « le droit qui ne s'incarne pas peut être jugé inutile »[237] et nous rajouterons, ineffectif.

5. **Définition de l'accès à la justice** – L'accès à la justice doit être défini. La justice peut être entendue comme une valeur ou comme l'institution garante de cette valeur[238]. « On a tendance à oublier que l'accès à la justice comporte deux segments : l'un est l'accès, l'autre est la justice »[239]. Il faut distinguer l'accès à la justice et l'accès aux tribunaux[240]. Pour notre part, nous entendons par « accès à la justice », l'accès aux tribunaux[241]. Cependant, l'accès au prétoire est une chose, obtenir du juge la réparation attendue en est une autre. La justice comme accès au prétoire minimise la réalité de la victime de pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, le recours privé canadien a mis plusieurs

---

[233] Ce qui n'est pas sans poser des problèmes de compatibilité des procédures civiles européennes, v. Magdalena TULIBACKA, « Europeanization Of Civil Procedures: In Search Of A Coherent Approach », (2009) 46 *Common Market Law Review* 1527-1565.

[234] Serge GUINCHARD, Cécile CHANAIS et Frédérique FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 30ème éd., p. 14.

[235] *Id*.

[236] Monsieur Alain BAZOT, Président de l'association de consommateurs UFC-Que choisir a déclaré que les pouvoirs publics menés en France « une politique d'éloignement des consommateurs de la justice ». Il conclut que « la justice doit marcher sur ses deux jambes : l'action publique et l'action privée » sans parler expressément du droit de la concurrence, v. Alain BAZOT, « Accès au juge, une justice qui se dérobe », [en ligne] : <http://www.quechoisir.org/droits-justice/systeme-judiciaire/action-en-justice/editorial-acces-au-juge-une-justice-qui-se-derobe>. Au Québec, des auteurs font le même constat, v. Pierre-Claude LAFOND, « Le consommateur et le procès – rapport général », (2008) 49 *C. de D.* 131-157 au par. 1. L'auteur qualifie l'action du consommateur d'un « chemin de Damas » dissuasif, au par. 4, *in fine* ; Marc LACOURSIÈRE, « Le consommateur et l'accès à la justice », (2008) 49 *C. de D.* 97-130 au par. 1 : « L'accès aux tribunaux est un mythe aux yeux de plusieurs citoyens » ; V. aussi, Allan C. HUTCHINSON, *Access to civil justice*, Toronto, Carswell, 1990 ; Louise ROZON, « L'accès à la justice et la Cour des petites créances », (1999) 40 *C. de D.* 243-250 ; Richard DEULIN, « Breach of Contract ? The New Economy, Acess to Justice and the Ethical of Legal Profession », (2002) 25 *Dalousie L. J.* 335-347 ; Pierre-Claude LAFOND, « L'exemple québécois de la Cour des petites créances : « cour du peuple » ou tribunal de recouvrement », (1996) 37 *C. de D.* 63-83.

[237] P.-C LAFOND, « Le consommateur et le procès », *op.cit.*, note 236, au par. 5.

[238] Nous ne parlons pas de l'accès à la justice comme accès au droit, sur cette question v. Xavier SOUVIGNET, « L'accès au droit, principe de droit, principe du droit », (2008) 1 *Jurisdoctoria* 23-50 à la p. 25.

[239] Marie DESCHAMPS, « L'accès à la justice, l'affaire de chacun », (2009) 50 *C. de D.* 247-258 au par. 2. L'auteur explique que l'accès est mesurable mais que la notion de justice pose plus de question sur ce qu'elle recouvre.

[240] P.-C. LAFOND, « Le consommateur et le procès », *op.cit.*, note 236, au par. 3.

[241] L'idée n'est pas nouvelle, v. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, (traduction de Richard BODÉÜS), Paris, GF Flammarion, 2004, p. 244 : « (...) aller devant le juge, c'est se rendre à ce qui juste, puisque le juge se veut en quelque sorte la justice animée ».

années à être utilisé en pratique[242]. Bien que présent dans la L.c., il n'a pas suffi pour parvenir à la justice. Il a été nécessaire d'attendre le recours collectif pour que les victimes canadiennes aient un accès au juge. L'action en représentation conjointe française était un exemple de droit qui ne parvenait pas à incarner l'accès à la justice. Pour ces raisons, une étude critique du seul accès au juge serait insuffisante. Le droit au juge ou à l'action privée ne suffit pas à dresser un portrait complet de notre sujet si l'on omet d'aborder sa conséquence : la qualité de la réparation et le sentiment de justice qu'elle véhicule dans la population ou, plus particulièrement, la satisfaction morale de la victime. Cet aspect sera étudié dans la seconde partie de notre étude. Dans cette partie, il est question de la réalité de l'accès au juge pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Les critiques de l'accès à la justice ne sont pas récentes. Déjà, au XIII^{ème} siècle, un écrit britannique attestait de cette préoccupation[243]. En réalité, la critique de l'accès à la justice semble présente dès qu'il existe un système judiciaire[244]. Pourtant, l'exemple du recours collectif démontre que l'accès à la justice doit être pris au sérieux. Le recours collectif, instrument « miracle », souvent invoqué pour faciliter l'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux prétoires, est l'outil principal d'accès à la justice pour tous de nos jours. Ce système de regroupement des demandes apparaît comme la panacée face à un système judiciaire inadapté pour des réclamations individuelles importantes[245]. La concurrence ne fait pas exception en raison du préjudice de masse survenant sur le marché suite à une pratique anticoncurrentielle. L'accès à la justice est un objectif du recours collectif ; il vise à « rendre la justice accessible à des tranches entières de la population »[246]. Mais le recours collectif ne semble parvenir qu'à une justice « approximative »[247]. En effet, l'accès au juge ne garantit pas une réelle compensation. Il s'agit plus d'un simple appauvrissement du défendeur ou d'un

[242] S. BOURQUE et C. LAMARRE-DUMAS, *op.cit.*, note 166, *passim*.
[243] M.-D. DESCHAMPS, *op.cit.*, note 239, aux paragraphes 5 et 6. À cette époque, on dénonce les recours frivoles dont seraient responsables les avocats en raison de leur nombre élevé. Il est ironique de constater que ces critiques refont surface en Europe au sujet de l'action privée en droit de la concurrence. On peut s'interroger alors sur la part de critiques justifiées et la part de critiques fondées sur des croyances ancestrales.
[244] *Id.* au par. 7.
[245] P.-C. LAFOND, *op.cit.*, note 236, au par. 5 ; H. Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale » (1998-1999) 29 *R.D.U.S.* 39-55, au par. 2.
[246] Id.
[247] *Id.*, au par. 17.

« transfert arbitraire de richesses » [248]. La justesse de la réparation est indispensable pour bénéficier d'une action privée effective. En effet, il faut que le transfert de richesse soit égal au préjudice réellement subi, voire supérieur à celui-ci, pour inciter les victimes à s'aventurer dans une action complexe. L'avantage du recours collectif est qu'il permet de parvenir à une transaction satisfaisante pour le demandeur[249]. Le bémol est que ce type de transaction, au Québec, semble exclure les membres éventuels, et profite seulement aux membres connus[250]. Le membre éventuel est la victime d'un déni de justice. Cependant, la dissuasion qu'apporte le recours collectif est importante pour parvenir à une transaction et donc à un accès à la justice au sens large. Un auteur propose une pyramide de la justice qui atteste que la justice passe d'abord par l'autorégulation et la dissuasion avant de passer aux étages supérieurs que sont la justice alternative et, au sommet, le Tribunal[251]. L'accès à la justice ne passe pas nécessairement et directement par la justice en tant qu'institution étatique mais si l'on veut parvenir à l'autorégulation et à la dissuasion, encore faut-il que la menace que représente l'accès au juge institutionnel soit réelle.

6. **Le droit positif du recours effectif** – L'Europe est familière de la question. Son fameux article 6, paragraphe 1, de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* (ci-après CEDH) pose le principe du droit à un procès équitable. Aucune référence à l'accès au juge n'y figure explicitement[252]. Seule la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est venue développer la notion d'accès à la justice comme conséquence du droit à un procès équitable[253]. Dans une société démocratique, la Cour a estimé que le procès équitable suppose que le droit d'accéder aux tribunaux ne doit pas être théorique ou illusoire[254]. Le droit d'accéder à un juge est d'autant plus important en matière d'action privée, que l'élément de droit privé est déterminant dans

[248] *Id.*, au par. 22.
[249] *Id.*
[250] *Id. Contra* Louise ROZON, « Le recours collectif favorise l'accès à la justice pour les consommateurs », (1998-1999) 29 *R.D.U.S* 57-66 au par. 4 : « Sans l'existence du recours collectif, la grande majorité des consommateurs concernés n'auraient tout simplement pas obtenu justice ».
[251] Jacques DUFRESNE, « De la règle de droit à la *philia* », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada*, Ottawa, Ministère de la justice, Division de la recherche et de la statistique, mars 2000, [en ligne] : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2000/po00_2-op00_2/po00_2.pdf>.
[252] Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne, (2001/1) 96 *Pouvoirs* 123-141, à la p. 125.
[253] CEDH, 21 février 1975, *Golder*, série A, n°18, p. 17-18.
[254] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, série A, n° 32.

l'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention[255]. La Cour de justice de l'Union européenne s'est, elle aussi, attachée à préciser cette notion. La Cour a pu affirmer « l'obligation de faire prévaloir l'effectivité de la norme communautaire prise sur tout juge qui « a, en tant qu'organe d'un état membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire » »[256]. Du recours effectif aux tribunaux en matière de préjudice concurrentiel dépend l'effectivité des articles 101 et 102 du TFUE[257]. La Cour a encore précisé que les procédures judiciaires des États membres ne doivent pas être de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ses droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder[258]. Il reste que le droit à un recours juridictionnel n'est pas directement reconnu par la Cour de Luxembourg. Le droit au juge n'est reconnu que comme garantie de l'effectivité du droit de l'Union. En droit de la concurrence, cela ne pose pas de difficultés puisque l'Union européenne a une législation sur la concurrence[259]. On pourrait donc imaginer dans l'absolu la possibilité de se prévaloir du droit de l'Union relatif à la concurrence pour contester l'effectivité du recours privé qui en découle en droit interne. D'où les fameuses décisions *Courage* et *Manfredi*. Dans la décision *Manfredi*[260], les juges concluent :

> « Il résulte du principe d'effectivité et du droit du particulier de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (damnum emergens), mais également du manque à gagner (lucrum cessans) ainsi que le paiement d'intérêts. »

En 2001, déjà la Cour affirmait dans l'arrêt *Courage*[261] :

> « L'article 85 du traité (désormais 101) s'oppose à une règle de droit national interdisant à une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, au sens de ladite disposition, de demander des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat au seul motif que l'auteur de la demande est partie à celui-ci. »

---

[255] J. DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, *op.cit.*, note 252, p. 127.
[256] *Id.*, p. 129 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec., p. 629.
[257] *Id*.
[258] CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. C-33/76 et C-45/76, Rec. p. 1989 et 2043 ; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. C-611/79, Rec., p. 1205 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. C-199/82, Rec. p. 3595 ; CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, aff. C-88-99, Rec., p. I-10465.
[259] CJCE, 29 mai 1997, *Kremzov*, aff. C-299/95, Rec., p. I-2629.
[260] *Manfredi*, *op.cit.*, note 14, p. I-6674.
[261] *Courage*, *op.cit.*, note 10, p. I-6328.

La Commission européenne, dans sa *Proposition de directive sur l'action privée*[262] de 2013, énonce non seulement à plusieurs reprises l'existence d'un droit à réparation[263], mais rappelle dans les considérants que ce droit à l'action privée repose sur l'article 47[264] combiné à l'article 51, paragraphe 1, de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE*, et à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH[265].

En France, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur du droit au juge[266]. La Cour de cassation a, elle aussi affirmé, le droit d'accès au juge pour les justiciables[267]. Lorsque le Conseil a été saisi de l'action de groupe, il a validé sa constitutionnalité sur le fondement de l'article 16 de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 qui pose le droit à un recours juridictionnel effectif[268].

7. **L'accès au juge en droit canadien** – Le droit canadien s'attache lui aussi à défendre le droit au juge : « L'un des principes fondamentaux du système de justice veut que tous les citoyens et les résidents autorisés du Canada y aient accès »[269]. Le recours collectif au Canada, notamment le recours collectif québécois, est la démonstration de la réalisation du droit d'accès au juge. La Cour suprême du Canada fait de cette notion une analyse récurrente, qu'elle porte sur tout domaine du droit[270] ou sur le recours collectif

---

[262] *Op.cit.*, note 26.
[263] Aux pages 2, 4 et 12, au csdrt n° 4, p. 26, au csdrt n° 11 p. 27, et aux art. 2, al. 1 et art. 1er, al. 1de la proposition de directive.
[264] *Id.*, p. 13 et csdrt n° 4 : « Le droit à réparation garanti par le droit de l'Union pour les préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 47, premier alinéa, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne ».
[265] Selon les conclusions de l'avocat général M. JÁN MAZÁK, dans l'affaire CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer AG c/ Bundeskartellam*t, JOUE 2011 I-05161, au par. 3.
[266] Cons. cons., Déc. 93-325 du 13 août 1993 ; Cons. cons., Déc. 93-335 du 21 janvier 1994 ; Cons. cons., Déc. 96-373 du 9 avril 1996 ; Cons. cons., Déc. 96-378 du 23 juillet 1996.
[267] Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20302, Bull. 1995 A.P. n° 4, p. 7. Elle énonce dans cette décision :
« Vu le principe du respect des droits de la défense ;
Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge, chargé de statuer sur sa prétention ; »
[268] Cons. cons., Déc. n° 2014-690 du 13 mars 2014.
[269] Ab CURRIE, « Surfer sur la troisième vague – Notes sur l'avenir de l'accès à la justice », dans *Élargir nos horizons*, *op.cit.*, note 251, p. 40. Pour une autre étude sur l'accès à la justice au Canada, v. Patricia HUGHES et Mary Jane MOSSMAN, *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Ottawa, Ministère de la Justice, Division de la Recherche et de la Statistique, Mars 2011, [en ligne] : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2003/rr03_2/rr03_2.pdf>.
[270] *Colombie-Britannique (Procureur général)* c. *Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873 ; *Walker* c. *Ritchie*, [2006] 2 R.C.S. 428 ; *Colombie-Britannique (Ministre des forêts)* c. *Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S.

en particulier[271]. La lecture de ces décisions démontre un souci constant de la Cour de concilier les impératifs du litige avec le droit d'accéder à un juge. En matière de recours collectif, les législations des provinces canadiennes de *Common law* posent comme condition de recevabilité du recours collectif qu'il soit le meilleur moyen de solutionner le litige[272]. La condition « du meilleur moyen » démontre le pragmatisme de cette procédure tournée vers l'accès au juge. C'est parce qu'elle permet l'accès au juge du plus grand nombre que le recours collectif est la procédure la plus à même de résoudre le conflit[273], ce faisant le « meilleur moyen ». Nous constatons donc un lien étroit au Canada entre l'impératif d'accès au juge et le recours collectif.

Section II - La notion d'action privée concurrentielle

L'action privée, au sens du *private enforcement*, peut se traduire par les termes d' « action privée concurrentielle ». L'expression « action privée » est en elle-même ambiguë. Certains juristes français utilisent l'expression d' « action civile », d'autres parlent de *private enforcement*. La difficulté liée à l'utilisation des termes « action civile » est qu'en droit français, ces termes sont réservés à l'action de la victime d'une infraction pénale devant le juge répressif pour obtenir la réparation de son préjudice. Il y a un risque de confusion. Quant à l'expression « *private enforcement* », elle met l'accent sur une mise en œuvre, une application du droit des pratiques anticoncurrentielles par les victimes de ces pratiques. Pour clarifier ce que recouvrent ces termes, il faut s'attacher à identifier l'objet de l'action privée concurrentielle (§1). De cette manière, il sera possible de définir l'action privée concurrentielle (§2).

---

371 ; *Canada (Procureur général)* c. *Telezone Inc*., [2010] 3 R.C.S. 585, on peut y lire : « L'accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu'il a choisi et, autant que possible, sans détours procéduraux », p. 600, § 19 ; *Canada (Procureur général)* c. *Mc Arthur*, [2010] 3 R.C.S. 626 ; *Little Sisters Book and Art Emporium* c. *Canada (Commissaire des Douanes et du revenu),* [2007] 1 R.C.S. 38.

[271] *Infra*, note 273.

[272] V. par exemple le recours collectif ontarien, Art. 5(1) d), *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, 2006, chap. 19, annexe C, par. 1 (1), [ci-après *Loi de 1992*].

[273] La jurisprudence de la Cour suprême va dans ce sens : *Seidel* c. *TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 R.C.S. 531 ; *Marcotte* c. *Longueil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, sur l'accès collectif à la justice des contribuables ; *Hollick* c. *Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158 ; *Western Canadian Shopping Centres Inc*.c. *Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534 ; *Breslaw* c. *Université de Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666 ; *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

§1 : L'objet de l'action privée concurrentielle : la réparation d'un préjudice collectif et consumériste résultant d'une violation du droit antitrust

8. **D'un préjudice collectif à un préjudice consumériste** - La caractéristique de l'action privée ou du *private enforcement* tient dans le préjudice collectif et consumériste qu'elle répare ; elle détermine la nature du litige et les modalités de réparation. Il s'agit d'un dommage de masse[274]. Il apparaît évident que toute action privée en droit de la concurrence ne trouve pas sa source dans un dommage concurrentiel de masse. Par conséquent des concurrents peuvent agir par la voie privée de la cessation, de la nullité, de la réparation ou de la transaction, à titre individuel. Leur action est alors une action individuelle classique devant les tribunaux. Aucun problème particulier ne se pose, même si dans le cadre de la réparation, l'évaluation du préjudice concurrentiel est un problème tant dans l'action individuelle que dans l'action collective[275]. L'entreprise n'est pas la première victime à laquelle on pense à l'évocation du préjudice de masse. Le consommateur est un destinataire plus naturel de l'expression dans nos sociétés modernes qui connaissent une consommation de masse[276]. La concurrence agit sur les produits consommés par la population. L'élément le plus palpable porte sur le prix du produit mais aussi sur sa qualité. En cas de pratique anticoncurrentielle, l'impact sur le consommateur n'est pas théorique. Le consommateur présent sur le marché pertinent représente alors une infime partie des victimes. Par conséquent, les pratiques anticoncurrentielles génèrent, elles aussi, des dommages de masse.

---

[274] Anne GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Préf. P. JOURDAIN, Thèse, Paris, LGDJ, 2006. Nous tenons à la distinction dommage et préjudice comme nous le rappellerons dans la suite de nos développements, v. *infra* p. 273. À ce stade de l'étude, nous emploierons les deux termes indifféremment. En droit de la concurrence, v. Nicolas DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Préf. Y. SERRA, Thèse, PUP, 2000 ; Laurence IDOT, « L'application du droit européen des pratiques anticoncurrentielles par les juridictions de droit commun, la situation en France », XXIV[ème] congrès de la Fédération Internationale de Droit Européen, [en ligne] : <www.fide2010.eu/multisites/fide2010/templates/yoo_beyond/pdf/France/France-2.PDF>. L'auteure y explique que la difficulté de l'action en réparation tient au préjudice de masse, v. p. 21.

[275] Daniel FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD Com.* 1998.778 : « On sait qu'en matière de concurrence déloyale la tendance de la jurisprudence est de déduire le dommage de l'existence de la faute. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, l'objectif principal du juge étant alors de réparer le préjudice et non de sanctionner l'auteur de la pratique anticoncurrentielle ».

[276] Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile », (1975) 27/3 *R.I.D.C.* 571-597 à la p. 572 ; Yves CHAPUT, *op.cit.* note 209, p. 170 : « On comprend très bien que, pour les consommateurs, il y ait des préjudices de masse. Mais, s'agissant des PME et des actions qui pourraient être menées en matière de concurrence pour la réparation des préjudices, je le vois moins nettement que pour les consommateurs ».

Le dommage de masse se définit comme l'« atteinte aux personnes, aux biens et au milieu naturel qui touchent un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait dommageable unique, ce dernier pouvant consister en un ensemble de faits dommageables ayant une origine unique »[277]. Face aux dommages de masse, le regroupement des victimes, que nous qualifions de *collectivisation du préjudice*, devient indispensable pour assurer l'effectivité de la réparation. Comme le droit de l'environnement, le droit de la concurrence est aussi concerné par le phénomène de collectivisation du préjudice[278]. La théorie de l'action en justice, élaborée sur un modèle individualiste, doit s'adapter à ce changement[279]. Le recours collectif semble la meilleure adaptation de l'action en justice ; il « (...) constitue une réponse judiciaire et économique aux nouveaux modes de production et aux nouvelles forces de relation entre les acteurs sociaux »[280].

Au dommage de masse répond le recours collectif. Mais l'action privée ne peut pas être résumée au recours collectif. Si l'objet de l'action privée est le préjudice de masse que nous rebaptisons « préjudice collectif », terme plus proche des problématiques de consommation en droit de la concurrence[281], le recours collectif n'est qu'une modalité d'exercice de cette action. Une définition de l'action privée qui retiendrait comme élément déterminant de celle-ci le recours collectif limiterait notre sujet d'étude[282]. Le caractère collectif du préjudice concurrentiel indique une seule chose : l'aspect consumériste du préjudice résultant des pratiques anticoncurrentielles. En effet, contrairement à la concurrence déloyale, le droit des pratiques

---

[277] A. GUÉGAN-LÉCUYER, *op.cit.*, note 274, n° 428.

[278] Valérie LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », D. 2007.2116, au par. 3.

[279] Roger PERROT, « L'action en justice des syndicats professionnels, des associations et des ordres professionnels », dans *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio juridica,* X Badapest, 1969, pp. 99-106 cité par M. CARPELLETTI, *op.cit.*, note 276, p. 571, l'auteur parle quant à lui de « révolution ».

[280] Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 4-35 à la p. 3, [en ligne], < http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_29/29-12-lafond.pdf>.

[281] Les expressions utilisées autour du recours collectif et du droit de la concurrence en lien avec le consommateur sont souvent : « intérêt collectif du consommateur », « action collective », « défense collective », le terme même de « recours collectif » témoigne d'une filiation terminologique. En droit français, on parle d' « action de groupe » et non d' « action de masse » pour parler du recours collectif. Seul le droit américain connaît l'expression « *mass action* ». Ainsi, dans un souci d'homogénéité du vocabulaire et de cohérence nous qualifions de « collectif » le préjudice de masse en droit de la concurrence s'agissant d'un préjudice affectant les consommateurs.

[282] Une étude sur l'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles a déjà été soutenue. v. S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5.

anticoncurrentielles n'est pas réservé aux seules entreprises comme les PME[283], le consommateur peut aussi en bénéficier dans une action en réparation de son préjudice dans la mesure où la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles est une faute civile[284]. À ce titre, « la protection que peut trouver le consommateur [dans le droit des pratiques anticoncurrentielles], n'est qu'une conséquence, heureuse, mais secondaire du but essentiellement poursuivi » par ce droit, à savoir l'organisation du marché[285]. Toutefois, la notion de consommateurs est ambiguë.

9. La notion de consommateur dans le recours privé en droit des pratiques anticoncurrentielles – En droit de la concurrence, le terme de consommateur est synonyme d'acheteur. Il existe deux types d'acheteurs : l'acheteur direct et l'acheteur indirect. Il s'agit de présenter cette typologie de victimes. La question de leur réparation sera traitée dans la seconde partie de l'étude.

L'acheteur direct a contracté sans intermédiaires avec les membres d'un cartel ou avec l'auteur d'un abus de position dominante. L'acheteur indirect s'est procuré un bien ou un service objet d'une pratique anticoncurrentielle par l'intermédiaire un distributeur du produit objet de la pratique ou du produit transformé contenant le produit objet de la pratique[286]. Ces deux types de consommateurs sont-ils différents ?[287] La situation témoigne d'une difficulté dans la définition des bénéficiaires de l'action privée. Sans prétendre proposer une définition précise du consommateur et de l'entreprise, le terme de « consommateur » au sens du droit de la consommation évoque l'acheteur indirect tandis que le mot « entreprise » fait spontanément penser à l'acheteur direct. Mais l'entreprise qui se procure un bien pour le transformer n'est-elle pas consommatrice au

[283] Catherine PRIETO, dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence, op.cit.* note 209, p. 170 : « L'intérêt stratégique du droit des pratiques anticoncurrentielles pour les PME est resté jusqu'à présent dans l'ombre, à la différence du droit de la concurrence déloyale » .
[284] Sur la distinction entre la concurrence déloyale et le droit des pratiques anticoncurrentielles, v. Laetitia DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Préf. L. IDOT, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 13 : « Le droit de la concurrence doit enfin être distingué du droit de la concurrence déloyale qui apprécie la loyauté des rapports entre concurrents sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. » L'auteur poursuit en affirmant qu'il s'agit d'un « contentieux subjectif visant la réparation d'un préjudice personnel ». Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1, p. 184 ; André BERTRAND, *Le droit français de la concurrence déloyale*, CEDAT, 1998, p. 10 et 11.
[285] Luc BIHL, « La défense de la liberté de la concurrence par les consommateurs », dans Y. SERRA et J. CALAIS-AULOIS (dir.), *Concurrence et consommation*, Paris, Dalloz, 1994, p. 31.
[286] Daniel BELLEAU et Violette LEBLANC, « Concurrence : mode d'emploi », *Développements récents en matière de recours collectifs*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2012, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2012DEV1838.
[287] Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Préf. Paris, Dalloz, 2001, p. 44, au par. 30.

sens large ? Elle n'est certes pas le consommateur du droit de la consommation, c'est-à-dire celui qui se procure un bien à des fins autres que professionnelles[288]. L'expression de « consommateur » prête à confusion. D'autant que la situation de l'entreprise et du consommateur diffère en matière d'action privée. Il ne faut donc pas les confondre. La réponse aux difficultés rencontrées dans l'exercice de l'action privée ne peut être exactement la même pour ces deux acteurs du marché. En effet, la question de la collectivisation du contentieux privé en droit de la concurrence ne concerne que les consommateurs. De son côté, l'entreprise, surtout si elle est d'une taille importante, agira seule en justice. De plus, le recours au juge revêt un aspect stratégique pour une entreprise dans la mesure où cette action peut entrainer des représailles sur le marché ou influer sur son image auprès de futurs clients.

10. **Les particularités de la PME dans l'action privée –** Ainsi, la distinction entre l'entreprise de taille importante et la PME doit se faire en matière d'action privée. Il ne faut pas confondre le consommateur de masse, l'entreprise, et la masse des consommateurs. La PME se trouve dans la même position que le consommateur ; elle manque de connaissance juridique et dispose d'une faible capacité financière[289] pour lancer une action en justice. Par ailleurs, la PME peut craindre des représailles de la part d'enseignes plus puissantes sur le marché[290]. Comme le consommateur, elle gagnerait à mutualiser les coûts de l'action et l'union la protègerait des représailles[291]. Pour une PME, le choix stratégique d'agir en justice sera souvent celui de l'inaction consciente – la PME sait qu'elle est victime d'une pratique anticoncurrentielle – ou inconsciente – la

[288] Le droit québécois retient cette définition tout comme l'avis du Conseil National de la consommation, Paris, le 4 décembre 2012, sur l'introduction d'une action de groupe en France, p. 2, 1°), [en ligne] : <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cnc/avis/2012/Avis_action_groupe04122012.pdf> et l'article préliminaire du code de la consommation.

[289] Rainer BECKER, dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence, op.cit.* note 209, p. 169 : « Les toutes petites entreprises n'ont simplement aucune chance, étant donné les coûts assez complexes d'une action en droit de la concurrence ». L'expert rajoute : « Lorsque l'on s'intéresse aux différents groupes de victimes, ce sont incontestablement le groupe des PME, ainsi que celui des consommateurs finals, qui sont les moins protégés ». Rainer Becker est *Policy officer, private enforcement,* à la DG concurrence de la Commission européenne. Au Canada, un témoin auditionné par le Comité permanent de l'industrie des sciences et de la technologie relevait que « les coûts pour qu'un plaignant fasse aboutir une affaire sont très importants et que c'est encore plus un problème dans le cas des petites et moyennes entreprises » [Neil Campbell, McMillan Binch, 59:11:55] dans *Plan d'actualisation du régime de concurrence, op.cit.,* note 179.

[290] Jacqueline RIFFAUT-SILK, dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence, op.cit.* note 209, p. 174 : « (...) les PME se trouvent dans une situation tout à fait différente de celle des consommateurs. Elles, elles ont à craindre d'une action en justice et des représailles qui peuvent s'ensuivre, tel un déréférencement qui les condamnerait à mort, tout simplement ».

[291] R. BECKER, *op.cit.*, note 289, p. 169 : « La meilleure protection contre les représailles est encore de se regrouper (...) ».

PME ignore la pratique dans la mesure où les autorités de concurrence sont peu enclines à agir sur des marchés de petite taille qui sont pourtant ceux des PME[292]. Dans ce cas, faut-il craindre un alignement du régime juridique de l'action privée de l'entreprise de type PME sur le consommateur ? Nous ne le pensons pas. Un chef d'entreprise ne pourrait-il pas représenter ses concurrents ou ses partenaires commerciaux au sein d'un groupe pour obtenir réparation d'un préjudice concurrentiel ? En théorie, rien ne s'y oppose. En pratique, la prudence est de rigueur. Représenter ses concurrents suppose un conflit d'intérêt. Peut-on représenter ceux que l'on combat sur le marché le temps d'un recours ? Et le temps de ce recours, ces entreprises ne restent-elles pas en concurrence ?[293] L'évidence s'impose. Une telle représentation est inconcevable en pratique. Une *représentation horizontale*, c'est-à-dire une représentation des concurrents, est exclue. Reste l'hypothèse d'une *représentation verticale*, c'est-à-dire une représentation des partenaires commerciaux. L'égalité de force entre ces partenaires est souvent divergente. Le grossiste qui va vendre un produit objet d'une pratique anticoncurrentielle n'a pas le même poids que l'enseigne nationale de grande distribution qui va revendre ce produit. Le droit des pratiques restrictives témoigne d'ailleurs de ces rapports de force inégaux. Ensuite, que fera le partenaire commercial qui a transféré son surcoût au consommateur final (Théorie dite du « *passing-on* ») ? Il est à craindre qu'il refuse de s'associer à l'action. Et, s'il le faisait, son action serait-elle recevable ? La réponse fait débat[294]. Pour ces raisons, il faut distinguer chaque fois que cela sera nécessaire la question de l'entreprise, au sens d'une PME, de celle du consommateur.

Un argument économique et statistique plaide en faveur d'une protection vigilante des PME en droit de la concurrence, celui de leur poids dans l'économie. Au Canada, la petite entreprise est celle de moins de 100 employés pour la production de biens et moins de 50 employés dans les services. Il y a un million de petites entreprises au Canada et leur nombre a augmenté de 9 000 entre 2002 et 2008. Elles représentent 30 % du PIB du Canada et 98 % des entreprises canadiennes. Une moyenne entreprise est

[292] Toutefois, en France, les « micro-pratiques anticoncurrentielles » sont réglementées. La Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes peut lutter contre des pratiques anticoncurrentielles à l'échelle locale, v. art. L. 464-9 c.com.
[293] Pierre GACHE, Président-Directeur général de Gaches Chimie, faisait remarqué lors d'un colloque : « Une entreprise qui a été victime ne va pas demander réparation parce qu'elle est obligée de continuer à vivre avec le dominant qui a fraudé et qui peut par la suite la mettre en échec », dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, *op.cit.* note 209, p. 167.
[294] Il s'agit de la délicate question des acheteurs indirects, v. *infra*, p. 265 et s. et 352 et s.

celle de moins de 250 employés. Enfin, le terme de « PME » (Petites et moyennes entreprises) fait référence aux entreprises de moins de 500 employés[295]. Le référentiel du nombre d'employés est arbitraire. Le chiffre d'affaires peut aussi être pris en compte. Cependant, la masse salariale de l'entreprise est un indicateur stable de son activité alors que le chiffre d'affaires peut enregistrer de fortes fluctuations, surtout en temps de crise économique. Le même référentiel est utilisé en France. Les chiffres sont similaires. La petite entreprise correspond à moins de 50 salariés tandis que la moyenne entreprise représente moins de 250 salariés. Les PME françaises représente 97,4 % des entreprises du pays[296]. Dans l'Union européenne, la PME est définie de la manière suivante :

Catégorie d'entreprise	Salariés	Chiffre d'affaires	ou	Total du bilan
Moyenne	< 250	≤ 50 millions d'euros		≤ 43 millions d'euros
Petite	< 50	≤ 10 millions d'euros		≤ 10 millions d'euros
Microentreprise	< 10	≤ 2 millions d'euros		≤ 2 millions d'euros

Source : COMMISSION UE, Qu'est-ce qu'une PME ?, [en ligne] :< http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_fr.htm>.

L'objectif de l'Union européenne est d'avoir une définition commune de la PME en raison du marché unique. Elles représentent 99 % des entreprises dans l'Union[297].

Ces chiffres font dire à Monsieur Bruno LASSERRE, Président de l'Autorité de la concurrence française, que le thème des PME et de la réparation du préjudice concurrentiel est un sujet d'avenir[298]. Il ajoute que le lien entre l'indemnisation et les PME passe par le *pouvoir de marché*. Plus une entreprise a un pouvoir de marché, plus elle est en mesure d'obtenir réparation[299]. Le Président de l'Autorité de la concurrence

[295] Pour les statistiques canadiennes, v. CANADA, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA PETITE ENTREPRISE, *Principales statistiques relatives aux petites entreprises*, Industrie Canada, Ottawa, Juillet 2012, [en ligne] : < http://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/fra/h_02711.html>.

[296] Pour les statistiques françaises, v. FRANCE, CENTRE DE DOCUMMENTATION ECONOMIE-FINANCE, *Comment définit-on les petites et moyennes entreprises ?*, Paris, Ministère de l'économie et des finances, 16 et 22 novembre 2012, [en ligne] : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises> et < http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>.

[297] COMMISSION UE, *La nouvelle définition des PME. Guide de l'utilisateur et modèle de déclaration*, Entreprises et Industrie, Publications, 2006, p. 5, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_fr.pdf>.

[298] Bruno LASSERRE, « Propos introductifs », dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence, op.cit.* note 209, p. 152.

[299] *Id.*, p. 153. La problématique est la même pour le consommateur, v. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis,

pose une question simple : « Pourquoi, selon que l'on est puissant ou misérable, devrait-on avoir accès à la réparation ou pas ? (...) C'est aussi un enjeu de confiance en l'économie »[300]. La solution est évidente : un regroupement des PME pour renforcer leur pouvoir de négociation face, par exemple, à de grandes centrales d'achat[301]. L'objection principale à ce regroupement, au-delà des conflits d'intérêts potentiels entre les PME membres du groupe, reste alors la qualification d'entente anticoncurrentielle de ce genre de regroupement. Est-ce dire qu'il faut « combattre le mal par le mal » ? Il faut vraisemblablement trouver un équilibre dans le rétablissement du rapport de force sur le marché, sans pour autant que la concurrence y perde. Au fond, la question à se poser est la suivante : un regroupement de PME pour assurer la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle est-il anticoncurrentiel ? En théorie rien ne s'y oppose, par exemple, le droit québécois prévoit que le recours collectif est ouvert à des personnes morales de droit privé ou à des sociétés[302]. Un autre exemple se trouve dans les travaux canadiens qui projetaient une action collective en droit de la concurrence. Le *Rapport Williams* faisait l'observation suivante :

> « [L'action collective] se révèlera également utile pour les créances plus importantes comme, par exemple, lorsque quelques petits commerçants ont subi des pertes en raison du comportement déloyal d'une entreprise rivale ou d'un fournisseur. L'action commune en revendication incitera les hommes d'affaires à collaborer d'une manière constructive lorsqu'ils se prépareront à affronter en Cour leur adversaire commun »[303].

Le consommateur était souvent entendu, dans les projets français d'introduction du recours collectif, comme le consommateur, non professionnel, excluant ainsi les entreprises[304]. Il s'agit de la définition retenue lors de l'introduction de la définition du consommateur en 2014 dans l'article préliminaire du *code la consommation*. L'article dispose : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». En revanche, l'action abusive, tant redoutée par les experts sur cette question, reste une menace crédible. Des entreprises

---

1996, p. 39 : « (...) le consommateur ne jouit pas d'un pouvoir économique comparable à celui de l'entreprise avec laquelle il s'engage, encore moins lorsqu'il contracte avec une importante société ou une multinationale. Soumis à la puissance économique de son cocontractant, le consommateur se découvre à la remorque de celui-ci. Son infériorité économique se traduit par une réduction, voire une annihilation de son pouvoir de négociation avec l'autre partie ».

[300] *Id*.

[301] Daniel FASQUELLE, « La PME, « auteur » de pratiques anticoncurrentielles », Table ronde, dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, *op.cit.*, note 209, p. 155.

[302] Art. 999, *d)*, du C.p.c.Q.

[303] *Op. cit.*, note 37, p. 2 et 38.

[304] *Avis du Conseil national de la consommation*, *loc. cit*., note 288.

mal intentionnées pourraient s'allier contre une autre dans une action privée afin de la discréditer. Toutefois, le stade de la certification du recours collectif semble être un rempart efficace contre ce genre d'actions au Canada.

Nous venons de voir que le *private enforcement* a un objet unique : la réparation du préjudice concurrentiel en tant que préjudice consumériste et collectif. Le caractère consumériste du préjudice concurrentiel explique pourquoi il est systématiquement fait référence au consommateur dans ce domaine. Ce faisant, la définition du consommateur est une étape indispensable à la définition de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles. Il ressort des éléments précédents qu'il n'est pas possible d'ignorer le « fait PME » dans le *private enforcement*. Le droit du marché, lors de son application à titre privé, ne peut pas mettre de côté 98 % des entreprises présentent sur le marché. Le consommateur dans l'action privée est ainsi l'acheteur direct, indirect, consommateur ou PME. Leur point commun est d'être des victimes ayant un faible pouvoir de marché[305]. Ainsi, une entreprise avec un pouvoir de marché important peut être victime d'une pratique anticoncurrentielle, comme une PME ou un consommateur, mais les moyens qu'elle a pour se défendre sont différents par rapport à la faiblesse des PME et des consommateurs. Ainsi, nous proposons de mettre l'accent sur les PME et les consommateurs dans cette étude.

§2 : La définition de l' « action privée concurrentielle »

L'action privée concurrentielle, au sens du *private enforcement*, se compose de trois éléments spécifiques : une pratique anticoncurrentielle source du préjudice concurrentiel, une action tendant à la réparation de ce préjudice et enfin la protection d'un droit personnel par cette action.

11. Une pratique anticoncurrentielle – L'action privée vise à réparer un préjudice « concurrentiel ». Le terme fait référence au droit antitrust ou droit des pratiques anticoncurrentielles. Nous utiliserons indifféremment ces expressions. Lorsqu'il sera question du droit de la concurrence, terme générique, il s'agira du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques restrictives est parallèle à notre étude mais n'y figure pas en tant qu'objet d'étude. Les explications de cette étude à la marge du

[305] Sur les critères de la domination sur le marché, v. K. DIAWARA, *Le contrôle de la puissance de marché*, *op.cit.*, note 99, à la p. 181 et s.

droit des pratiques restrictives de concurrence tiennent au fait qu'il bénéficie en droits français et canadien d'un traitement spécifique et qu'il concerne des pratiques commerciales précises correspondant à des enjeux professionnels[306]. Même s'il y est toujours question de concurrence, il s'agit moins de droit du marché que d'un dérivé du droit de la concurrence déloyale. Il tend surtout à rétablir un équilibre entre les partenaires commerciaux. Le droit des pratiques anticoncurrentielles recouvre quant à lui deux infractions : les ententes et les abus de position dominante. Par « action privée concurrentielle », nous entendons celle qui se fonde sur une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pourtant, force est de constater que les débats portent en France et en Europe sur les ententes et les abus de position dominante. Au Canada, seules les infractions criminelles à la L.c. sont susceptibles d'un recours privé. Les autres pratiques sont éventuellement l'objet de recours si une ordonnance d'un tribunal, prise pour l'application de la L.c, vise ces autres infractions à la loi. C'est le cas pour l'abus de position dominante. De plus, l'action privée canadienne ne permet que la réparation alors que le droit français prévoit seulement un recours en nullité de l'acte passé en violation des articles L. 420-1 et L. 420-2 du *Code de commerce*, à l'article L. 420-3 du même code.

12. Une action en réparation – L'action privée concurrentielle est une action en réparation du préjudice concurrentiel. En effet, l'expression *private enforcement* n'est pas claire. Ainsi, « [i]l faut préciser ce que l'on entend par *private enforcement*. Vise-t-on le contentieux entre entreprises ou les actions éventuelles des consommateurs ? Vise-t-on uniquement le contentieux en réparation ou l'ensemble des actions privées ? Si l'on raisonne sur le contentieux entre entreprises, le sous-développement des actions privées n'est pas aussi évident qu'on l'affirme »[307]. Dans ce cas, il est pertinent de s'intéresser au contentieux en réparation des consommateurs, en incluant les PME, c'est-à-dire les entreprises ayant un pouvoir de marché. Nous ne pensons pas qu'une distinction entre un *private enforcement* vertical, qui concernerait seulement les consommateurs, et un *private enforcement* horizontal, qui concernerait seulement les entreprises, soit

[306] Au Canada, ces pratiques relèvent de la compétence du Tribunal de la concurrence et ne font pas l'objet d'une condamnation criminelle contrairement à l'entente. En France, l'article L. 442-6 du *Code de commerce* prévoit une action en réparation spéciale pour ces pratiques. Il s'agit d'une procédure d'exception devant des juridictions spécialisées. Les exceptions les plus marquantes sont la possibilité pour le Ministre de l'économie d'agir à la place de la victime qui craint des représailles et la possibilité pour le juge de condamner le défendeur à une amende civile.
[307] L. IDOT, *op.cit.*, note 274, p. 21.

pertinente sans définition de ces notions[308]. Toutefois, le constat d'une difficulté à les concilier est certain.

13. Un droit personnel - La conséquence d'un *private enforcement* « réparateur », au sens de l'action en dommages et intérêts, est qu'il exclut d'office les actions en nullité ou en cessation du préjudice concurrentiel, non pas juridiquement mais pratiquement. Le débat porte sur la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts, et même des dommages et intérêts punitifs suite à une atteinte personnelle de la victime dans ses droits protégés par la Loi. L'hypothèse de l'action en cessation est peu probable pour une raison de bon sens. La nature même des pratiques anticoncurrentielles exclut qu'un consommateur ou une entreprise de petite taille en est connaissance, même si elle est plus à même de s'en rendre compte que le consommateur. Mais la peur de représailles de la part d'un partenaire commercial dissuadera la PME d'agir en cessation de l'illicite. Quant à la nullité, elle n'est pas ce que recherche le consommateur ou l'entreprise en premier lieu ; elle est au mieux un accessoire de l'action en réparation du préjudice concurrentiel. La nature privée du préjudice concurrentiel explique la division fondamentale entre l'action privée et l'action publique, la protection de l'intérêt privé et la protection de l'intérêt général.

En somme, le droit à l'action privée concurrentielle est le droit à une *action en réparation pour des consommateurs ou des entreprises dans l'objectif d'obtenir la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle, en tant que violation d'un droit personnel.*

[308] Antoine MASSON, « « *Private enforcement* » vertical et horizontal : les difficultés d'une conciliation », RLC 2006/7, p. 79.

Conclusion du chapitre I

L'action privée concurrentielle n'est pas une action spéciale. L'action en réparation d'un préjudice concurrentiel n'est pas consacrée de la sorte par le droit commun des obligations ou dans une législation relative au commerce en France. Même au Canada, où le droit fédéral prévoit un droit spécial à réparation, il se superpose au droit commun des provinces. L'action en réparation du préjudice concurrentiel peut être fondée sur la responsabilité extracontractuelle au Québec. Même si l'origine du contentieux est commune à celle de l'article 36 L.c.[309], elle demeure, devant la Cour supérieure, une action en responsabilité extracontractuelle trouvant sa source dans une infraction à la L.c. Son champ d'application est donc plus large. Il englobe toute faute civile en raison de la violation de la L.c.[310] contrairement à l'article 36 qui ne prévoit qu'une action devant la Cour fédérale pour les ententes anticoncurrentielles et, le cas échéant, pour violation d'une ordonnance prise dans le cadre de la L.c. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'une autre infraction prévue dans la loi canadienne sur la concurrence peut, éventuellement, être appréhendée indirectement dans un contentieux en réparation. Tel est le cas de l'abus de position dominante. En revanche, en droit civil québécois, une faute trouve sa source dans tout manquement à la loi, que ce soit en violant l'article 45 L.c. sur les ententes, ou sur la base de l'article 79 L.c. sur l'abus de position dominante. Il y a là un avantage certain du droit provincial québécois qui se trouve finalement compétent pour toutes les pratiques anticoncurrentielles alors que la loi fédérale ouvre un droit à réparation pour les seules infractions criminelles excluant ainsi l'abus de position dominante du dispositif.

---

[309] *Rocois construction inc.* c. *Québec ready mix inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440 (ci-après *Québec Ready Mix*) : « En l'espèce, les agissements reprochés aux intimés sont identiques. Ils peuvent s'analyser comme une faute ayant causé préjudice en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.* et comme un comportement générateur de préjudice allant à l'encontre des dispositions prévues par la Loi. Un examen du régime de responsabilité civile délictuelle de droit commun et du régime instauré par la Loi démontre que l'on se trouve en présence de deux régimes relevant du même principe juridique. Il s'agit dans les deux cas d'un régime compensatoire de responsabilité civile fondé sur le comportement fautif. Les différences mineures quant aux moyens de preuve applicables ne modifient pas cette identité de principes juridiques. En ce qui concerne l'effet virtuel des régimes appliqués aux faits allégués, bien que le concept de faute civile soit beaucoup plus englobant que celui de concurrence déloyale au sens de la Loi, il est manifeste que les deux notions se chevauchent ».

[310] On parle aussi de faute statutaire ou règlementaire qui vise la violation d'une obligation légale spécifique, v. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 167, par. 1.188 ; Pour de la jurisprudence attestant qu'une violation d'une disposition criminelle de la L.c. est une faute au sens du Code civil du Québec v. *Acier d'armature Rô Inc.* c. *Steco Inc.* (1er mars 1996), Montréal 500-09-000944-892, J.E. 96-853 (CA). Pour une affaire récente v. l'affaire du complot sur l'essence au Québec, *Association pour la protection automobile* c. *Ultramar Ltée*, [2012] QCCS 4199 (CSQ).

En France, nous avons vu que la situation est différente. Aucun droit spécial à réparation n'est consacré dans le *Code de commerce*. La seule disposition civiliste qui s'y trouve concerne la nullité des conventions prises dans le cadre des articles L. 420-1 (ententes) et L. 420-2 (abus de position dominante) du *Code de commerce*. En ce qui concerne le droit à réparation, la situation serait comparable à celle du Québec, sans préjudice du droit spécial fédéral en matière d'entente. Aucun cadre particulier n'y est présent. Il s'agit une action classique en responsabilité civile. Mais comment, dans ce cas, comprendre la présence dans le *Code de commerce* de l'action en nullité prévue à l'article L. 420-3[311] et non de l'action en réparation ? Des auteurs ont déjà relevé cette incohérence[312]. Il s'agit d'une conséquence logique de l'ordre public. L'article 6 du *Code civil* prévoit la nullité des conventions contraires à l'ordre public[313]. Par conséquent, l'accord pris dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante est nul car contraire à l'ordre public concurrentiel. Dès lors, « la volonté de faire respecter l'ordre public doit l'emporter sur le désir de sanctionner le responsable de l'acte nul »[314]. La réparation n'est pas proposée par le texte malgré une « redondance de précaution »[315] pour la nullité parce que le droit des pratiques anticoncurrentielles est déjà prévu pour sanctionner ces pratiques *via* l'action publique. Le législateur révèle implicitement sa volonté de ne pas faire de la réparation du préjudice concurrentiel une forme de peine privée qui s'ajouterait à la peine publique. On perçoit alors qu'en France, les pratiques anticoncurrentielles sont vues comme un droit objectif dans lequel nul droit subjectif ne doit venir interférer. Le traitement jurisprudentiel du contentieux en réparation du préjudice concurrentiel le laissait déjà présumer[316]. L'analyse des textes le démontre. La victime est, au mieux, instrumentalisée pour faire ce que l'action publique ne peut pas faire : demander la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public suite à une infraction au droit de la concurrence.

---

[311] Le texte dispose : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-1 ».

[312] Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLÉANI, « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », dans *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 602.

[313] Art. 6 C.c. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

[314] C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *op.cit.*, note 312, p. 607, a/.

[315] *Id.* p. 604, citant le Professeur Robert VOUIN.

[316] Daniel FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op.cit.*, note 275.

Avant l'adoption de l'action de groupe, l'ineffectivité de l'action privée en France, tel que nous l'avons constaté, était, somme toute, voulue par le législateur. Désormais, non seulement l'action de groupe existe mais elle s'adapte spécialement au droit des pratiques anticoncurrentielles. Le désintéressement français pour l'action privée s'expliquait par une conception du droit des pratiques anticoncurrentielles comme un droit objectif pour la défense du marché et non comme un droit qui assure la protection des victimes de ces pratiques. Avec l'action de groupe, cette tendance change. À l'avenir, le contentieux objectif de la concurrence devant les autorités françaises et européennes, devra faire place à ce contentieux collectif.

Au Canada, la logique n'est pas la même. La conjugaison de l'article 36 avec les recours collectifs provinciaux et l'augmentation des action privées concurrentielles qui a suivie, démontrent que l'ineffectivité du droit spécial s'explique davantage par des procédures inadaptées à ce type de contentieux qu'à une conception foncièrement objective du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le modèle canadien témoigne d'une évolution juridique inévitable en matière d'action privée, celle de la possibilité de voir des personnes privées assurer la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par le biais d'actions collectives. Ainsi, le contentieux public en matière de pratiques anticoncurrentielles vit une mutation qu'il convient d'envisager.

Chapitre II – La mutation du contentieux concurrentiel vers la protection de l'intérêt général par la défense d'un intérêt privé

En droit des pratiques anticoncurrentielles, le recours privé existe comme une voie d'action particulière, son existence est accessoire[317] à la législation antitrust ; elle ne caractérise en rien un objectif social de protection des entreprises et des consommateurs. Le droit français illustre cet aspect secondaire du droit à un recours privé puisqu'il ne prévoit aucun recours spécial dans le *Code de commerce*. Seule la possibilité d'une action en nullité de l'acte fondant une entente ou un abus de position dominante est explicitement prévu à l'article L. 420-3 du *Code de commerce*[318]. Quant au droit canadien, s'il prévoit une action spéciale en réparation, il reste que le dynamisme de l'action privée n'est pas comparable avec son voisin du Sud.

Au plan des principes, la reconnaissance d'un droit à l'action privée remet en cause la compétence historique des autorités de régulation du marché en France et au Canada. Les critiques dirigées contre l'action privée prennent leur source dans l'opposition de deux concepts : l'intérêt privé et personnel du consommateur et de l'entreprise et l'intérêt général du marché. La défense de l'un ne peut assurer la protection de l'autre et inversement, dans la conception classique du droit des pratiques anticoncurrentielles. Il ne peut résulter d'une action privée en réparation d'un dommage concurrentiel aucune protection du marché. Pourtant, le phénomène de collectivisation du contentieux privé en droit de la concurrence atteste d'une représentation si large des victimes qu'elle est assimilable à une action d'intérêt général favorable à la protection du marché (Section I). De cette collectivisation de l'action privée concurrentielle résulte

[317] *General motors*, *op. cit*, note 53, p. 48 : « L'article 31.1 ne constitue qu'un recours parmi ceux que la Loi a établis pour décourager les pratiques monopolistiques. L'article 31.1 sert simplement à renforcer les autres sanctions prévues par la Loi ». L'examen de constitutionnalité de la L.c. a révélé un rapport fonctionnel de l'action privée avec la législation canadienne sur la concurrence.

[318] L'article L. 420-3 est une curiosité du droit français à plusieurs titres. D'abord, il prévoit ce que le droit civil pose en évidence : la nullité de l'acte contraire à la loi. Ensuite, il est étrange d'affirmer une évidence pour la nullité et d'ignorer cette évidence pour les dommages et intérêts. D'autant plus que cet article fait suite aux articles L. 420-1 et 2 se posant ainsi comme les suites civiles de l'entente et de l'abus de position dominante. Enfin, l'article L. 420-3 bénéficie notamment aux concurrents qui peuvent alors invoquer la nullité de l'accord anticoncurrentiel. L'art. 50, al. 3, de *l'Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945* prévoyait déjà cette nullité. La nullité était invocable par les parties et par les tiers mais ne pouvait être opposée aux tiers. Ce n'est pas repris dans le texte mais on peut penser que s'agissant de la protection du marché et donc de l'intérêt général, elle peut être invoquée, en théorie, par tout intéressé. Sur le sujet v. Claude LUCAS DE LEYSSAC et Gilbert PARLÉANI, « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », dans *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

la fin du monopole de l'action publique sur le droit des pratiques anticoncurrentielles pour connaître la place de la victime dans l'ordre concurrentiel[319] (Section II).

Section I – La collectivisation du droit à l'action privée concurrentielle : une action d'intérêt général favorable à la protection du marché

L'action privée concurrentielle est avant tout une action en justice individuelle dans sa forme ; elle n'échappe pas à ce titre aux principes fondateurs de toute action à savoir le droit d'agir en justice. Cette théorie classique est confrontée au phénomène de collectivisation[320] du contentieux privé. La consommation de masse génère un préjudice de masse lequel incorpore les dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles[321]. Ainsi, les victimes de pratiques anticoncurrentielles sont nombreuses, de même que leur profil : acheteurs directs et indirects, consommateurs et entreprises. La particularité du préjudice concurrentiel est qu'il est diffus et difficilement évaluable. Son montant est souvent minime à l'échelle d'une personne mais très élevé en totalité. Cette évanescence du préjudice concurrentiel nuit à sa récupération par le biais de l'action en justice classique[322]. L'apathie rationnelle s'oppose à toute action de la part des victimes. Le bénéfice illicite retiré par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles reste impuni. La solution à cette forme de déni de justice est le rassemblement des victimes dans un groupe de plaignant agissant pour le compte de tous en justice.

La très honorable Berveley McLachlin, Juge en chef à la Cour suprême du Canada, résuma parfaitement la fonction du recours collectif, telle que nous la défendons en droit de la concurrence :

> « (...) les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une poursuite dépasseraient largement la réparation probable. Le partage des frais diminue le coût des

[319] Sur la notion d'ordre concurrentiel, v. Laurence BOY (dir.), *L'ordre concurrentiel*. *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éd. Frisson-Roche, 2003.
[320] Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, chapitre 7, p. 217-269.
[321] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op.cit.*, note 299, p. 53.
[322] Pourtant, comme le relève Monsieur Pierre-Claude Lafond : « nous ne pourrions que nous insurger contre toute conception du système judiciaire dans laquelle les réclamations des justiciables ordinaires, aussi modestes soient-elles, seraient laissées pour compte. Il n'y a pas de place dans une société civilisée pour une justice de second basée sur la distinction des réclamations en fonction du montant en jeu », dans P.-C. LAFOND, *Id.*

> recours en justice et dissuade donc les défendeurs éventuels qui pourraient autrement présumer que de petits méfaits ne donneraient pas lieu à un litige »[323].

Ce regroupement n'est pourtant pas compatible avec la procédure de pays civilistes comme c'est le cas en France. La collectivisation du recours remet en cause la théorie individualiste et libérale de l'action telle qu'elle fut conçue au 19ème siècle. Le principe selon lequel nul ne peut plaider par procureur se révèle un frein considérable à la collectivisation des recours privés en droit de la concurrence, particulièrement en France. Il devient alors nécessaire d'adapter le droit d'agir en justice à la forme collective du contentieux privé concurrentiel (§1) ce qui amène à un élargissement des titulaires du droit à l'action privée concurrentielle (§2).

§1 : L'adaptation du droit d'agir en justice à la forme collective de l'action privée concurrentielle

Pour présenter les nécessités d'une adaptation du droit d'agir en justice en matière de concurrence en tant que source de collectivisation du contentieux, il convient de définir le recours collectif dans son acception générale (I) pour ensuite déterminer le rôle du recours collectif en droit de la concurrence (II).

1) La définition du recours collectif

Le recours collectif est un outil procédural d'origine anglaise qui a connu son succès moderne aux États-Unis[324]. Une présentation générale du recours collectif nous permettra de rappeler les étapes historiques allant de sa genèse anglaise à son application aux États-Unis (A). Une fois cette présentation générale[325] faite, nous nous pencherons sur l'exemple du recours collectif québécois comme modèle de justice sociale en droit de la concurrence (B).

A. La présentation générale du recours collectif

---

[323] *Western Canadian Shopping Centres* c. *Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, au par. 29.

[324] Cela justifie l'analyse comparative des auteurs européens avec le modèle américain pour l'introduction de la *class action* dans l'UE, v. notamment, Fabrizio CAFAGGI et Hans-W. MICKLITZ, « Collective Enforcement Of Consumer Law: A Framework For Comparative Assessment », (2008) 3 *European Review of Private Law* 391-425 ; Fabio POLVERINOB, « A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union », (2007) 30/3 *World Competition* 479-499.

[325] Nous ne cherchons pas ici à faire une présentation exhaustive de l'histoire du recours collectif et de ses déclinaisons au plan mondial. Il s'agit d'un simple rappel. Pour une présentation exhaustive v. P.-C. LAFOND, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », *op.cit*., note 280. Pour une étude complète touchant au droit des pratiques anticoncurrentielles, v. S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5.

14. Des origines anglaises... - Il faut aller en Angleterre et remonter jusqu'à l'an 1309 pour trouver la première décision où un litige est tranché de manière collective.

> « Le premier cas rapporté faisant preuve d'une amorce d'action représentative serait le jugement rendu dans une action exercée par les habitants des îles de Jersey, Guernsey, Alderney et Sark, au large de St-Malo. Le propriétaire de ces îles, Sir Otes Grandison, avait édicté un décret obligeant tous les insulaires à le payer en devises françaises, plutôt qu'en monnaie locale, ce qui avait pour effet de tripler le montant des dettes et des loyers d'un seul coup. Les insulaires réagissent par un déluge de protestations auprès du Roi d'Angleterre. Pour une raison de *commodité* et pour *gagner du temps*[326], les deux commissaires affectés à la cause recommandent qu'un seul citoyen représente l'ensemble des demandeurs et que le jugement du Conseil Privé (*King's Council*) gouverne toutes les réclamations similaires. Quelques réclamants se présentent à Westminster pour faire valoir leurs droits et attaquer le décret de Sir Otes, en leur nom personnel et au nom de tous les autres locataires. Malheureusement pour eux, le Conseil Privé décide qu'ils devaient payer leurs dettes dans la devise demandée. Ainsi, le premier recours collectif rapporté connaît une défaite »[327].

Il y a eu d'autres recours collectifs en 1565 et en 1676. L'affaire *Brown*[328] est considérée comme le véritable premier recours collectif posant des règles nouvelles de procédure.

L'autre date à retenir est 1873, quand la procédure de recours collectif est codifiée en Angleterre suite à une réforme judiciaire d'ampleur. La règle est alors énoncée ainsi : « Lorsque de nombreuses parties ont le même intérêt dans une action, l'une ou plusieurs d'entre elles peuvent poursuivre ou être poursuivies ou peuvent être autorisées par le tribunal à se défendre dans cette action, au nom et au profit de toutes les parties ainsi intéressées »[329].

Le problème est que la conception collective de la société qui prévalait à l'époque médiévale a cédé le pas à la conception individualiste du procès et les juges ont commencé à freiner cette procédure. Par ailleurs, il faut observer que le recours collectif

---

[326] Nos italiques.
[327] P.-C. LAFOND, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », *op.cit.*, note 280, à la page 6.
[328] *Brown* c. *Vermuden*, (1676) 1 Ch. 271.
[329] *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.U.), 36 & 37 Vict., c. 66, sch. A, s. 10 (entrée en vigueur : 1874) ; plus souvent cité sous 1874-1875 (R.U.), Ord. XVI, r. 9 of Amendment of 38 & 39 Vict., c. 77, cité par P.-C. LAFOND, « Le recours collectif : entre commodité procédurale et la justice sociale », *op.cit.*, note 327, à la note 28.

est conceptuellement très proche de la jonction d'instance[330] et donc s'en distingue peu en *Common law*[331].

Par la suite, le concept est bien sûr arrivé au Canada, en tant que membre du *Commonwealth*. Il y a connu un avenir funeste puisque la procédure a été abandonnée progressivement par un excès de formalisme de la part des juges[332]. Aujourd'hui, le concept a été pleinement réintégré au Canada tant au niveau de ses provinces qu'au niveau fédéral depuis les années 2000.

15. ... au modèle de la *class action* américaine[333] - L'ancêtre du recours collectif est donc anglais mais sa version moderne est née aux États-Unis. Le terme de *class action* est utilisé pour qualifier cette procédure américaine accusée de tous les maux[334]. Même si la procédure civile américaine permet des excès tout comme la pratique du Barreau américain, il demeure que le modèle américain est à la base de bon nombre d'analyses doctrinales françaises[335]. Le débat semble se cristalliser sur les difficultés rencontrées aux États-Unis, bloquant malheureusement son introduction en France. Dans ce contexte, la question se pose de savoir comment est apparu le recours collectif aux États-Unis. La première règle américaine date de 1842, il s'agit de la règle fédérale 48 qui se lit ainsi :

> « Lorsque les parties, en demande ou en défense, sont très nombreuses et ne peuvent être toutes présentes devant le tribunal, sans retarder indûment le cours de la poursuite, le tribunal peut, à sa discrétion, les dispenser de l'obligation de se constituer toutes parties à l'action et juger de l'action à partir d'un nombre suffisant de celles-ci, pourvu que tous et

---

[330] Sylvette GUILLEMARD et Séverine MENÉTREY, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. 169 au paragraphe 271 : « Si plusieurs personnes intentent des actions similaires, soit, selon l'article 67 C.p.c., des actions qui « le même fondement juridique ou [qui] soulèvent les mêmes points de droit et de fait », elles peuvent se regrouper et présenter alors une seule demande en justice, dont l'intitulé ressemblera à : *A, B et C*, demandeurs, c. *X* défendeur. Il n'est pas question ici d'une action collective, où l'un agirait pour le compte et au nom d'un groupe de personnes mais tout simplement d'une pluralité de demandeurs, d'un ensemble de codemandeurs ».

[331] P.-C. LAFOND, *op.cit.* note 327, p. 12 et 13.

[332] Exemple de l'Ontario en 1983, *id.* p. 14 et 15.

[333] En France, plusieurs études sont consacrées aux *class actions* américaines v. par exemple, Dimitri HOUTCIEFF, « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », dans *Les petites affiches*, 10 juin 2005, n° 115, L'extenso.fr, PA200511510 ; Frédéric HASTINGS, « La *class action* et ses conséquences sur le cours des affaires », dans *Les petites affiches*, 13 décembre 2007, n° 249, L'extenso.fr, PA200724904 ; Guillaume JAHAN, « Doit-on importer les *class actions* en France pour mieux défendre le consommateur ? », dans *La gazette du Palais*, 19 octobre 2006, n° 292, L'extenso.fr, GP20061019009 ; Séverine CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », dans *Les petites affiches*, 18 août 2006, n° 165, L'extenso.fr, PA200616501.

[334] Un auteur américain a qualifié cette procédure de monstre de Frankenstein, v. A. R. MILLER, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the 'Class Action Problem'*, (1979) 92/3 *Harv. L. Rev*., p. 664.

[335] Le Québec s'est aussi beaucoup inspiré du modèle américain, v. Manon BAUMIER, « Le recours collectif au Québec et aux Etats-Unis », (1987) 18 *R.G.D.* 775.

chacun des intérêts opposés dans le litige soient représentés. Toutefois, dans ce cas, le jugement doit préserver les droits et les réclamations des parties absentes »[336].

L'exigence d'un intérêt commun fait son apparition en 1912 lors de la réforme de la règle. En 1938, la Cour suprême des États-Unis adopte la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* ; elle est la base de la *class action* moderne après une dernière réforme de 1966. Enfin, la version définitive se trouve codifiée en 1975 aux articles 901 à 909 des *New-York Civil Practice Law and Rules*. La *class action* se présente donc aux deux paliers de compétence aux États-Unis, soit au niveau fédéral, soit au niveau des États fédérés. La même déclinaison se retrouve au Canada, puisque la Cour fédérale a adopté des règles de pratique qui prévoient la possibilité d'un recours collectif[337].

Au-delà de la présentation historique du modèle, il faut préciser quelles sont les modalités de son fonctionnement. Jusqu'ici, il ressort de l'étude historique de la *class action* qu'elle permet la représentation de plusieurs personnes en demande par une seule personne sans qu'elle en est reçu mandat. Concrètement, les modalités de la *class action* se présente comme suit. La règle fédérale 23.a. *Prerequisites to a class action*[338] prévoit quatre conditions permettant la certification du recours. Même s'il n'est pas besoin d'avoir un mandat, le représentant du groupe devra répondre à certains critères.

D'abord, il lui faut démontrer que la jonction des instances est impraticable et non impossible[339]. Ensuite, la nécessité de questions de droit et de fait communes aux parties est requise. En théorie, il pourrait y avoir une jonction d'instance mais dans la mesure où elle est impraticable, la *class action* s'avère être le seul moyen de réunir les demandes. La troisième condition est la *typicality*, qui signifie que le représentant partage des questions communes avec les membres du groupe ; il ne peut être étranger au groupe. Enfin, le procureur du groupe devra satisfaire au critère de représentation adéquate. En somme, il ne devra pas y avoir de conflits d'intérêt ou de collusion. Avant tout, le représentant doit être compétent pour assurer cette fonction[340].

[336] *Federal Rules of Equity 48*, U.S. (1 How.) lvi (1843).
[337] Partie V.1 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.
[338] Federal Rules of Civil Procedure, r. 23, 39 F.R.D. 98 (1966).
[339] M. BAUMIER, *op.cit.*, note 335, p. 784.
[340] La Cour suprême des États-Unis a précisé ce critère dans *Eisen* v. *Carlisle and Jacquelin*, 391 F 2d 555 (2d Cir. 1968).

A priori, ces critères semblent permettre un contrôle de l'introduction des *class actions*. Toutefois, la pratique judiciaire américaine a interprété largement ces exigences laissant place à une grande facilité d'introduction et à des déviances souvent dénoncées[341]. En France, cette mauvaise réputation a eu pour principal impact de générer une hostilité de principe à l'endroit du recours collectif. Il est déplorable que le principal défaut de l' « action de groupe », selon la formule française[342], soit son origine anglo-américaine. Les récentes études menées sur ce thème[343] ont pour principal avantage de démontrer que la *class action* est un phénomène mondial. Plusieurs pays ont su se doter d'un modèle propre de *class action*[344], même en Europe[345]. L'inconvénient principal du modèle américain est qu'il présume que les dérives de la *class action* lui sont peut-être entièrement imputables. Comment faire la part entre les dérives issues du système de la *class action* et celles issues de la déontologie du Barreau américain, de la présence de jury dans les affaires civiles, pour notre sujet en droit de la concurrence, de l'appât du gain que représente des dommages triples ou encore des fameuses *fishing expeditions*[346] permises par le *discovery* ? Le modèle canadien offre à ce titre un témoignage et un gage de sécurité juridique dans un système judiciaire certes anglo-américain, mais aussi civiliste s'agissant de la province du Québec. Le caractère social que revêt le recours collectif québécois dans un environnement civiliste doit rassurer le législateur français sur les conséquences futures de l'action de groupe[347].

---

[341] Le 18 février 2005, l'administration Bush introduisait une loi sur la *class action* pour lutter contre les abus, v. *Class Action Fairness Act of 2005,* 28 U.S.C. Sections 1332(d), 1453, and 1711–1715

[342] FRANCE, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET NEOLOGIE, *Avis relatif au vocabulaire de droit*, NOR : CTNX0609246X, JO 13 mai 2006, p. 7072.

[343] Les études de Monsieur Lafond et de Madame Pietrini, *supra* note 299 et note 5 pour l'opinion de Silvia Pietrini sur l'avantage de sortir des stéréotypes en ouvrant le champ d'étude du recours collectif à d'autres modèles que le modèle américain de la règle 23.

[344] Citons à titre d'exemple le Brésil.

[345] Le Portugal a introduit la forme la plus critiquée de la *class action*, à savoir un modèle avec une adhésion ouverte, *opt-out*, permettant d'intégrer au groupe de demandeur un nombre important de citoyens. Contrairement à ce que laisse sous-entendre les origines anglaises du recours collectif, l'Angleterre n'est pas favorable à ce type de recours.

[346] Nous aborderons ce sujet quand viendra le temps d'étudier la preuve à fournir par la victime, v. *infra*, p. 193 et s. Pour le moment, nous expliquerons qu'il s'agit d'une « pêche » à la preuve permise par le *discovery*. Ce système de collecte de la preuve permet à l'avocat d'obtenir une multitude de documents de son adversaire, même les moins pertinents, sur simple demande, sans désigner clairement ce qu'il cherche, pour cette raison, les anglophones parlent de « pêche à la preuve » (*fishing expedition*).

[347] Depuis 2005, la France souhaitait accroître la protection des consommateurs. Lors de ses vœux aux « forces vives », le 4 janvier 2005, l'ancien Président de la République, Jacques CHIRAC, proposa d'introduire la *class action* en droit français pour les litiges de consommation. Cette proposition a fait l'objet d'un rapport sur l'action de groupe du 16 décembre 2005 : Guillaume CERUTTI et Marc GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, 16 décembre 2005, [en ligne] : <http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_rappactiondegroupe.pdf>. Pour une analyse doctrinale, Daniel MAINGUY (dir.), « L'introduction en droit français des *class actions* », *Actualités du droit de la consommation* 2005/5, pp. 1-37.

Enfin, lorsqu'il a adopté l'action de groupe, il a choisi un modèle de représentation limité aux associations de consommateurs. Bien que prudent ce choix laisse craindre un manque d'effectivité contraire à l'objectif social poursuivi.

B. Le recours collectif comme modèle de justice sociale

16. Une procédure civile sociale - Le recours collectif est présenté de deux manières, soit il est vu comme un outil pragmatique au service de la justice, soit il est un outil de justice social. Du côté du pragmatisme, les économies d'échelle qu'il permet de réaliser sont un argument qui lui est favorable surtout si les budgets consacrés à la justice sont réduits. L'aspect économique de cet argument ne doit pas empêcher la cohabitation avec un autre effet du recours collectif : l'accessibilité à la justice. Comme indiqué plus haut, la problématique de l'accès à la justice pour le consommateur[348] est inhérente à une société de consommation de masse. Les pertes minimes mais réelles pour le consommateur se multiplient constituant un profit illégal important pour les entreprises. Cet état de fait favorise les comportements antisociaux dans le milieu des affaires alors moins enclin à se conformer à la Loi[349]. En facilitant l'accès à la justice du plus grand nombre et notamment des moins nantis, le recours collectif participe à l'accessibilité du juge. Le recours collectif a en ce sens une portée sociale[350]. La jurisprudence canadienne est d'ailleurs venue appuyer cette vision moderne du recours collectif dans l'arrêt *Dutton*. La Cour suprême du Canada lui attribue trois avantages : 1) il permet des économies judiciaires ; 2) il participe à l'accès à la justice et 3) il modifie les comportements sociaux[351]. Le rôle social du recours collectif se décline ainsi sous deux aspects. D'abord, il permet l'accès à la justice et, ensuite, il génère une discipline chez les professionnels susceptibles de commettre des comportements antisociaux. Cet effet en droit de la concurrence est intéressant puisque ce droit vise, par la dissuasion que représentent les menaces de poursuites administrative ou criminelle, une *discipline de marché*. Le recours collectif peut également jouer ce rôle avec l'action privée.

---

[348] *Supra*, à la p. 55 et s.

[349] Shaun FINN, *Recours singulier et collectif, Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. 78 : « Incapables d'amasser des fonds suffisants et dépourvus de l'énergie et de la sophistication nécessaires pour bien piloter un litige, ces particuliers se voient obligés d'absorber eux-mêmes leurs perte ». L'auteur poursuit en affirmant que cela génère des comportements antisociaux.

[350] *Id.*, p. 71.

[351] *Western Canadian Shopping Centres Inc.*c. *Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534 [ci-après *Dutton*]. Un autre arrêt marquant avait affirmé l'objectif d'accès à la justice, v. *La salle* c. *Kaplan*, [1988] R.D.J. 112 à la page 114, EYB 198863128 (CA QC).

« Ironiquement, la première province à avoir adopté cet enfant terrible de la Cour de la chancellerie anglaise fut le Québec, une juridiction de tradition civiliste »[352]. Le système de recours collectif québécois est particulièrement plébiscité en France[353]. La contribution à une forme de « procédure civile sociale »[354] que remplit le recours collectif québécois est appréciable dans un État providence comme la France. La notion de « justice sociale »[355] fait alors une apparition remarquée dans le système français par rapport à la conception classique du droit à agir en justice. En France, comme dans la province du Québec, la procédure civile permet l'action en justice[356] de celui qui a un intérêt personnel à agir, on peut parler de « droit subjectif processuel ». Or l'introduction d'une conception sociale de la procédure civile, et de la justice en général, sous-entend une meilleure accessibilité du juge par la réunion des demandeurs. L'isolement du plaignant est ainsi limité. Cette *collectivisation du procès* entre en conflit avec l'aspect subjectif et donc personnel de l'action. Il est remarquable de retrouver cette collectivisation au Québec, province canadienne de tradition civiliste dont la procédure civile est à la fois inspirée du système britannique et du système français. Notamment, pendant le régime français de 1608 à 1760, la procédure civile de la Nouvelle-France était celle de l'*Ordonnance de 1667*, dit Code Louis du nom de Louis XIV[357]. En 1763, avec la *Proclamation royale*, le Québec est passé sous le régime de la *Common law*. Enfin, la procédure civile québécoise s'est aussi inspirée des États américains[358]. L'intérêt à agir se retrouve dans le *Code de procédure civile du Québec*

[352] S. FINN, *op.cit.*, note 349, p. 79.
[353] Luc GIROUX, « Le recours collectif au Québec: un bref aperçu » dans *Les actions collectives: point commun et divergences des expériences américaines et européennes*, Colloque de la Cour de cassation, Paris, jeudi 2 juin 2005, [en ligne] < http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/points_communs_8141.html>.
[354] P.-C. LAFOND, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », *op.cit.*, note 280, p. 33.
[355] Pierre DESCHAMPS, « La preuve en matière de recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n°115, *Développements récents en recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, p. 177.
[356] Sur le sujet, v. Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p. 313 et s.
[357] J.E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103 et s.
[358] Sur l'historique de la création de la procédure civile codifiée au Québec, v. S. GUILLEMARD et S. MENÉTREY, *op.cit.*, note 330, p. 12, au par. 14 ; Jean-Maurice BRISSON, « La procédure civile au Québec avant la codification : un décret mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, PUAM, 1989, p. 93 et s.

(ci-après C.p.c.Q.) à l'article 55[359]. Ainsi, la conception individualiste du procès prévaut.

Malgré la conception individualiste du droit processuel québécois, le Québec a su introduire le recours collectif. En ce sens, le Québec connaît une collectivisation institutionnalisée, c'est-à-dire codifiée, du recours collectif. En dehors du Québec, la province de l'Ontario a, elle aussi, institué un recours collectif[360]. Le phénomène de collectivisation du procès civil n'est pas nouveau au Canada. En revanche, la nouveauté vient de l'assise idéologique du recours collectif. L'aspect social du recours collectif semble être désormais son fondement. Un auteur québécois résume bien l'enjeu social du recours collectif, il parle d' « un moyen non négligeable de régulation des comportements en société et [d'] un apport inestimable au développement d'une société plus respectueuse des droits de tous et chacun »[361]. L'accessibilité à la justice semble être la raison d'être du recours collectif tout en contribuant à une régulation non étatique des comportements par la menace que représente ce type de recours[362]. La capacité du représentant du groupe à « lever une armée » de demandeurs, sans pour le moment aborder la question de l'indemnisation de ces demandeurs, comporte une force dissuasive non négligeable. Le recours collectif permet la réunion de problématiques sociétales et non plus personnelles.

La mutation du droit à agir induite par le recours collectif est inévitable pour tout législateur introduisant cette collectivisation des recours. L'atteinte à la conception classique du droit subjectif d'agir en justice est le corolaire du recours collectif, laquelle est compensée par la satisfaction de voir les droits « mieux » défendus, à tout le moins défendus. En effet, le regroupement des demandes n'inclut pas automatiquement une

[359] Le texte dispose : « Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant ». L'intérêt n'est pas défini mais la jurisprudence l'entend comme « l'intérêt que retirera la partie demanderesse du recours qu'elle exerce s'il est fondé », v. par exemple, *Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne* c. *Fondation du théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491.
[360] *Loi de 1992*, *op.cit.*, note 272.
[361] P. DESCHAMPS, *op.cit.*, note 355, p. 200.
[362] Certains auteurs s'inquiètent du fait que le recours collectif soit vu comme une source de régulation : « Il ne faut surtout pas en faire un instrument de contrôle économique et une mesure de nature punitive », dans Barreau du Québec, *Rapport sur le recours collectif*, 25 janvier 1977, p. 21, cité dans S. FINN, *op.cit.*, note 349.

qualité de la justice rendue et la satisfaction des demandeurs[363]. Son utilité est dans son potentiel à limiter l'isolement des victimes économiquement faibles. Cependant, la collectivisation du contentieux n'est qu'une option parmi d'autres pour agir en justice. La voie individuelle reste ouverte. En somme, la liberté du droit d'ester en justice reste préservée[364]. Le recours collectif se présente alors comme une procédure d'exception et le législateur québécois ne s'y est pas trompé. En posant à l'article 1003, c) du C.p.c.Q. que le recours collectif est une exception au principe de la jonction des instances et du principe selon lequel nul ne plaide par procureur, il reconnaît au recours collectif son caractère d'exception dans la procédure civile d'un système civiliste.

Le recours collectif répond à la question de Monsieur René DAVID, celle de « (...) savoir si, dans les conditions que créent le capitalisme des grandes entreprises et le développement des activités de l'État, permettre à tous de saisir les tribunaux est un moyen suffisant pour assurer le respect du droit et faire régner la justice ; la tâche même confiée aux tribunaux ne doit-elle pas d'autre part être repensée, pour obtenir une meilleure harmonisation des intérêts en conflit ? »[365]. L'auteur poursuit :

> « Mais qui va en fait agir parce qu'il manque dix grammes dans un kilo de sucre ou parce qu'une paire de patins à roulettes est défectueuse ? Selon la conception classique toute personne ayant subi un préjudice peut agir, mais seulement pour obtenir la réparation du préjudice qu'elle a personnellement subi et dont elle peut administrer la preuve. Personne en fait n'ira en justice dans notre cas, ne serait-ce que parce que le fabricant sera prêt à indemniser les réclamants. L'ignorance ou la passivité de la masse lui permettra en fait de réaliser un très important profit. La réglementation établie risque fort ainsi de demeurer largement théorique. Un service officiel de contrôle peut être institué pour lutter contre les abus ; il est fort à craindre pourtant qu'il soit débordé et inefficace. Il peut être jugé souhaitable, pour remédier à ses insuffisances, que les intéressés eux-mêmes contribuent à faire respecter la réglementation qui vise à les protéger ; mais il faut pour cela réviser nombre de règles qui font obstacles à ce qu'ils recourent aux tribunaux (...) »[366].

Les enjeux du recours collectif en droit de la concurrence sont bien résumés. Il en ressort principalement la nécessité d'un accès au juge pour le plus grand nombre dans le but de favoriser la protection des consommateurs et des entreprises mais aussi la régulation des comportements des entreprises sur le marché.

---

[363] On parle d'une apparence de justice au Canada.
[364] Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure* civile, Paris, PUF, 1996, p. 333.
[365] René DAVID, « Préface », dans Mauro CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, p. 3.
[366] *Id.*, p. 5.

Le recours collectif s'inscrit dans la deuxième vague d'accessibilité à la justice. La première est l'accès des pauvres à la justice par un système public d'aide financière, la deuxième est constituée de la protection des intérêts diffus et fragmentés et la troisième aborde la question des modes alternatifs de règlement des conflits[367]. Nous avons déjà vu que l'action privée soulève une question fondamentale d'accès au juge[368]. Le recours collectif pouvait apparaître comme une solution se situant dans la deuxième vague d'accessibilité à la justice. L'analyse des fonctions du recours collectif et de son fondement social confirme cette hypothèse. Les entreprises de petites tailles et les consommateurs représentent des groupes de victimes sériels, c'est-à-dire qu'elles sont des victimes en série d'un seul et même dommage commis par un agent économique. Le recours collectif apparaît comme le meilleur moyen d'accéder au juge pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

2) Le rôle social du recours collectif en droit de la concurrence

En affirmant que le recours collectif permet l'accès à la justice des personnes faibles au plan économique, il est difficile de ne pas penser à la situation du consommateur ou de la PME victime d'une pratique anticoncurrentielle. Pour faciliter cette action, le recours collectif semble la voie à privilégier, comme le démontre le modèle canadien et l'adoption d'une action de groupe spéciale au droit de la concurrence en France. Une analyse historique et jurisprudentielle de ce sujet permettra de percevoir la portée du recours collectif en droit de la concurrence ainsi que la manière dont il peut être au service de l'action privée. Nous commencerons par l'étude de l'action collective canadienne en droit de la concurrence (A) pour ensuite envisager la manière dont est défendu l'intérêt individuel des consommateurs en France (B).

A. L'action collective canadienne en droit de la concurrence

17. Analyse textuelle de l'article 36 - Le 1er janvier 1976, entrait en vigueur l'article 31 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*[369]. Pour la première fois, le droit de la concurrence canadien se dotait d'une action privée permettant à toute personne ayant subi un préjudice du fait d'une violation d'une partie de la réglementation sur la

[367] Cette division est proposée dans M. CAPPELLETTI (dir.), *op.cit.*, note 365.
[368] *Supra*, p. 55 et s.
[369] S.R., ch. C-23, art. 1.

concurrence ou d'une ordonnance prise dans le cadre de la Loi de demander réparation des pertes et préjudices subis. En ce sens, il permettait ce que la Section 4 du *Clayton Act* américain prévoyait. Cependant, il existe certaines différences avec le fameux recours américain permettant l'octroi de dommages et intérêts triples. Une rapide analyse littérale des termes des deux textes sera un préalable indispensable à la compréhension du système canadien par le lecteur ; elle suivra une reproduction des textes.

L'article 36 (ancien article 31) de la L.c. canadienne dispose :

> **« 36.** (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :
> *a*) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;
> *b*) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,
> peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article ».

La Section 4 du *Clayton Act*[370], dispose :

> « Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee ».

Les différences notables concernent les personnes dépositaires du droit d'action privé et le montant de l'indemnité. La Loi canadienne réserve l'action à toute personne pouvant se prévaloir d'un préjudice ou d'une perte alors que le droit américain exige une atteinte aux biens ou à l'entreprise. En revanche, le droit canadien retient une réparation égale au préjudice ; en termes de droit civil, on parlerait d'une réparation intégrale, alors que le *Clayton Act* prévoit les fameux *treble damages*, c'est-à-dire la possibilité de demander trois fois les dommages et intérêts compensatoires[371].

La réforme du droit canadien de la concurrence s'est faite en deux étapes, une en 1976 et une autre en 1986. Pourtant, lors de la réforme de 1986, aucune modification à la L.c. concernant le recours privé n'est intervenue. L'état actuel du droit à réparation

[370] 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53.
[371] Serge BOURQUE (dir.), *La nouvelle loi sur la concurrence*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1989, p. 25.

prévu par la L.c. est très inférieur aux objectifs que s'était fixé le gouvernement canadien dans les années 1970. En effet, à cette époque, des études sur l'action collective en droit de la concurrence avaient été commandées par le gouvernement, comme par exemple le *Rapport Williams*. En mars 1977, furent publiées des *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada*[372]. Dans ce rapport, il est rappelé que la première étape de la réforme de 1976 « a introduit un droit civil de poursuite en dommages-intérêts à l'intention des victimes d'une infraction à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. [...] Cependant, des poursuites de ce genre ne seraient vraisemblablement intentées à titre individuel que lorsque de grosses sommes sont en jeu [...]. Aussi les Ministres qui se sont succédés au portefeuille de la consommation se sont-ils publiquement déclarés en faveur de l'introduction d'une procédure de groupe qui permettrait aux consommateurs, notamment, de chercher à obtenir *collectivement* et économiquement un dédommagement pour les préjudices subis par suite d'infractions à la loi »[373]. L'objectif était là encore social puisqu'il était sujet de la protection des victimes économiquement faibles[374].

Ces projets, emportés par les changements de gouvernements, n'ont pas vu le jour. Depuis cette époque, les provinces canadiennes se sont toutes dotées d'un système de recours collectif général et non spécifique au droit de la concurrence[375]. Une telle modification du droit provincial a permis l'intégration des valeurs du recours collectif au recours privé en droit de la concurrence. À titre d'exemple, on peut citer l'arrêt *Chadha* de la Cour d'appel de l'Ontario[376] qui reconnaît dans la lignée de l'arrêt *Dutton*, mais dans une affaire de concurrence, que le recours collectif poursuit trois objectifs :

> « [17] Three important objects have been identified as underlying the Act: (1) judicial economy, (2) improved access to the courts for those whose actions might not otherwise be asserted, and (3) modification of behaviour of actual or potential wrongdoers who might otherwise be tempted to ignore public obligations ».

---

[372] CANADA, MINISTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada, Deuxième étape, Modification à la loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, Ottawa, Ministre des approvisionnement et services Canada, mars 1977.
[373] Nos italiques. *Id.*, p. 71.
[374] V. *supra*, note 172.
[375] Le Québec fut la première province a adopté le recours collectif, v. *Loi sur le recours collectif*, LRQ, c R-2.1, codifiée aux articles 999 et s. du *Code de procédure civile du Québec*. L'Ontario et la Colombie-Britannique ont ensuite suivi mais ce n'est qu'en 2002 que la Saskatchewan, Terre-Neuve, le Manitoba, l'Alberta et la Cour fédérale du Canada ont adopté des législations similaires.
[376] *Chadha* c. *Bayer Inc.*, [1998] O.J. No 6419, [ci-après *Chadha*].

La Cour procède à cette analyse pour vérifier si sur le fondement de ces trois objectifs le groupe peut être certifié.

La jurisprudence québécoise suit la même voie puisqu'il est souvent rappelé par les juges que le recours collectif a une vocation sociale. Dans l'affaire du complot de l'essence, des recours collectifs ont été introduits au Québec. Ils ont donné lieu à deux décisions d'autorisation, le dossier *Jacques*[377] en novembre 2009 et le dossier *Thouin*[378] en septembre 2012. Dans ces deux affaires, il s'agissait d'obtenir la réparation des victimes d'un complot ayant touché les stations-services de plusieurs villes du Québec, comme Victoria Ville, Thetford Mines, Sherbrooke ou Québec. Les stations-services concurrentes s'étaient concertées pour augmenter les prix à la pompe. Les groupes se constituaient des automobilistes ayant consommé de l'essence dans ces régions à au moins une reprise. Dans ces deux décisions d'autorisation du recours collectif, l'Honorable Juge Bélanger, qui a statué dans ces deux dossiers, rappelait l'objectif social du recours collectif. Par exemple, le Juge Bélanger constate que le groupe est mal défini dans l'affaire *Jacques*. Pourtant, il conclut que « les fins de la justice ne seraient pas bien servies si le Tribunal rejetait le présent recours »[379] sur ce fondement. Il réaffirme ensuite que la loi québécoise impose des « objectifs, lesquels sont d'offrir un accès plus large à la justice, d'économiser les ressources judiciaires et d'inciter les contrevenants à modifier des comportements illégaux »[380]. Cela confirme les analyses précédentes ainsi que la jurisprudence Ontarienne sur la question.

En conséquence, à travers le recours collectif, le recours privé fondé sur la L.c. peut être qualifié de recours à portée sociale. Ce qui n'est pas incompatible avec l'article 1.1 de la L.c. Celui-ci dispose :

> « La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits » [Nous soulignons].

[377] *Jacques* c. *Petro Canada*, (2009) CanLII 5603 (Qc CS) [ci-après le dossier *Jacques*].
[378] *Association pour la protection automobile et Daniel Thouin* c. *Ultramar ltée*, (2012) REJB (CS Qc) EYB 2012-210957 [ci-après le dossier Thouin].
[379] Dossier *Jacques*, *op.cit.*, note 377, au par. 79.
[380] *Id*., au par. 142.

Les deux derniers objectifs de la L.c. semblent traduire des objectifs sociaux du droit de la concurrence canadien[381]. La question se pose de savoir si le recours privé de l'article 36 L.c. peut contribuer à ces objectifs, notamment avec la collectivisation du recours privé ? L'étude du recours collectif au Canada atteste bien qu'un rôle social est imputable à celui-ci comme le démontre la jurisprudence. Le recours privé n'est pas en reste. Il apparaît difficile de ne pas croire qu'il joue un objectif social dans le droit de la concurrence. Comme le recours collectif, on lui prête la vertu de participer à la discipline des comportements, de favoriser l'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux tribunaux et de contribuer à une meilleure allocation des ressources publiques en permettant aux autorités régulatrices de concentrer leurs efforts sur les pratiques les plus graves. La victime joue ainsi le rôle de « procureur privé » comme dans les actions collectives en défense des consommateurs[382]. À ce titre, il n'y a rien de surprenant dans la conjugaison du *private enforcement* avec le recours collectif. Le dernier assurant les mêmes fins que le premier, celui-ci lui donne un moyen d'expression procédural plus fort que le recours de droit commun en réparation. En ce sens, les statistiques attestent d'une augmentation des recours collectifs en matière de concurrence et de protection du consommateur depuis les années 2000 au Canada.

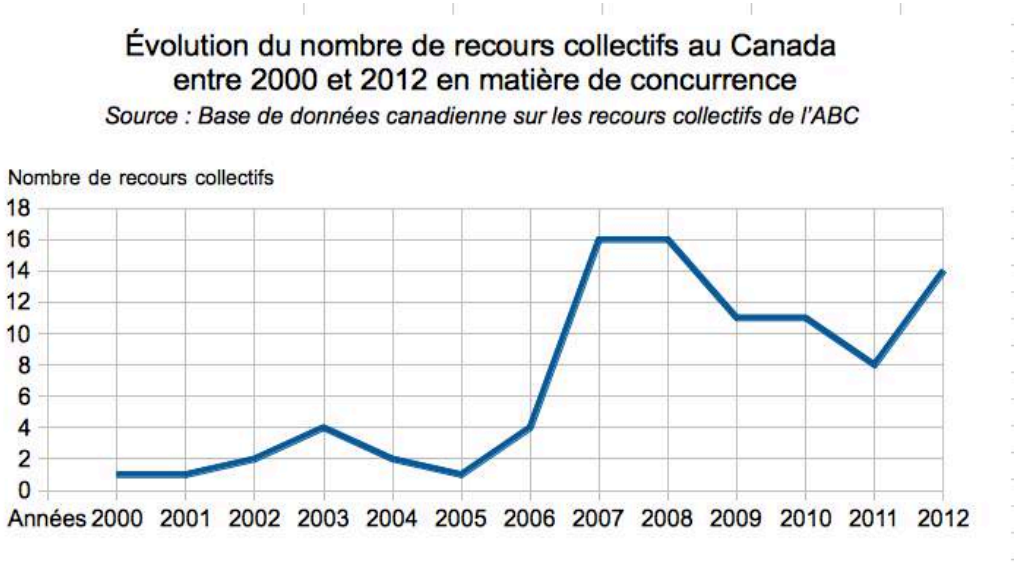
18. Statistiques canadiennes sur le recours collectif – Le Barreau du Canada tient une *Base de données canadienne sur les recours collectifs*[383]. Celle-ci a une portée restreinte dans la mesure où les recours collectifs n'y sont inscrits que depuis le 1er janvier 2007. Autre difficulté, les recours collectifs ne sont pas indiqués automatiquement par les avocats en charge des dossiers. Cela est soumis à leur libre volonté. Le caractère exhaustif de cette base de données n'est donc pas défendable. Toutefois, une recherche

[381] Pour rappel sur ce sujet, v. Karounga DIAWARA, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience », (2012) 53 *C. de D.* 257-302. La question fait débat que se soit en Amérique du Nord ou en Europe, v. Laëtitia DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Préf. L. IDOT, Thèse, Bruylant, 2006 ; Eleanor M. FOX, "The Efficiency Paradox", in Robert PITOFSKY (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, New-York, Oxford University Press, p. 90 to 97 ; OCDE, « Les objectifs du droit et de la politique de concurrence », (2003) 5-1 *Revue sur le droit et la politique de concurrence* 8-30 ; Catherine PRIETO, « L'Europe et le droit de la concurrence : Des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G* 12.I.132 ; Antoine PIROVANO, « Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001 », D. 2002.62 ; Lionel ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris-Ouest Nanterre, 8 décembre 2010 ; Neil AVERITT, Robert LANDE et Paul NIHOUL, « "Consumer choice" is where we are all going - so let's go together », *Concurrences* n° 2-2011, art. n° 35606.

[382] Serge GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », *op. cit.*, note 211, p. 152, au par. 26 ; Russel B. STEVENSON, « Le « procureur général privé » dans le droit des sociétés des Etats-Unis », (1978) 30/3 *R.I.D.C.* 779.

[383] [en ligne] : < http://www.cba.org/CBA_ClassAction/SearchFr.aspx>.

sur le site permet d'indiquer une tendance. Nous ne cherchons pas ici à faire une étude statistique précise mais simplement à déceler si les recours collectifs en lien avec la concurrence se multiplient. En cherchant le nombre de recours collectifs entre 2000 et 2012, toutes les provinces du Canada confondues, on obtient un résultat de 91 recours collectifs en lien avec la concurrence dont l'évolution dans le temps correspond au graphique ci-dessous[384] :



La courbe indique une tendance claire à l'augmentation du nombre de recours collectifs depuis 2000. Cependant, pour la période de référencement annoncée par l'Association du Barreau Canadien, soit à partir de 2007, la tendance est à la baisse avec une reprise en 2012. Il est intéressant de constater que durant cette période, les provinces canadiennes se sont toutes dotées d'un recours collectif ; même la Cour fédérale l'a adopté. La théorie selon laquelle le recours collectif favoriserait les recours privés en matière de concurrence paraît donc plausible[385]. La portée sociale de l'accessibilité aux tribunaux s'applique ainsi au droit de la concurrence.

Nous avons cherché à comparer ces chiffres avec le *Registre des recours collectifs* au Québec. En effet, l'article 1050.2 du C.p.c.Q exige la tenue d'un registre. Depuis le 1er janvier 2009, la Cour supérieure tient ce registre. Pour les domaines de la concurrence uniquement ou de la concurrence et de la protection des consommateurs

[384] Le graphique a été réalisé par l'auteur à partir des résultats empiriques disponibles sur le site Internet de l'Association du Barreau Canadien.
[385] Sur cette opinion, v. par ex. Antoine GARAPON et Ioannis PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 246.

réunis, nous obtenons un résultat de 26 recours collectifs en lien avec notre domaine d'étude dont l'évolution dans le temps correspond au graphique ci-dessous[386].

La tendance enregistrée indique une hausse. La baisse de 2010 et 2011 qui se manifeste à l'échelle du Canada se retrouve également dans la province du Québec. L'étude de ces statistiques confirme l'impression générale des observateurs de la matière : il y a bien une tendance à l'augmentation des recours collectifs en lien avec la concurrence au Canada depuis les années 2000. L'observation d'un phénomène de collectivisation du contentieux concurrentiel démontre que les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent agir plus facilement en justice. Cependant, il s'agit d'une tendance quantitative et non qualitative. La justice est-elle mieux rendue aux requérants ? Il est difficile de le savoir, d'autant que les recours collectifs recensés n'en sont qu'à l'étape de l'autorisation pour les plus récents. Une étude plus précise du contenu des décisions permettrait de faire le point sur la qualité de la justice rendue. Notons simplement à ce stade qu'une rapide étude empirique vérifie l'hypothèse d'une augmentation des recours privés en droit de la concurrence canadien, lesquels bénéficient du recours collectif, ce qui permet selon nous une imprégnation des valeurs du recours collectif dans l'action privée et se faisant dans le droit de la concurrence.

La France s'inscrit aussi dans cette tendance à l'ouverture des prétoires aux victimes de pratiques anticoncurrentielles depuis l'adoption, en 2014, d'une action de groupe en droit de la consommation avec des dispositions spéciales pour les actions

[386] Comme pour le graphique concernant le Canada, l'auteur a réalisé ce graphique à partir des résultats mis en ligne par la Cour supérieure du Québec, [en ligne] : <http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/Accueil/Accueil.aspx>.

privées. Il conviendra d'observer dans les prochaines années si l'évolution suit celle constatée au Canada.

B. La défense de l'intérêt individuel des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles en France

19. La défense de l'intérêt collectif des consommateurs - Le consommateur français était jusqu'en 2014 sans recours effectif en matière de concurrence. Pourtant, le législateur français avait cherché à doter le droit de la consommation d'une action proche du recours collectif mais totalement ineffective : l'action en représentation conjointe des associations de consommateurs agréées[387]. Avant l'introduction de l'action de groupe, les tentatives ont été nombreuses[388]. Le modèle d'action de groupe « à la française », selon l'expression consacrée[389], se distingue des modèles nord-américains. Il fonctionne en deux phases distinctes.

La première phase consiste en un procès classique. L'association de consommateurs, seule habilitée à représenter le groupe, introduit un certain nombre de cas-types (sans que le texte précise combien)[390], afin que le juge statue sur la responsabilité civile du professionnel. À l'issue de cette première phase, le juge ordonne la publicité de la condamnation et invite les victimes à se faire connaître par une publicité aux frais du professionnel[391]. La certification n'existe pas dans l'action de

---

[387] Art. L. 422-1 c.conso.

[388] On compte sept propositions de loi depuis 2007, soit en moyenne presque une proposition par an. Le rapport le plus récent, avant l'adoption de l'action de groupe, datait de 2010 : FRANCE, SÉNAT, *L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs*, n° 499 (2009-2010) - 26 mai 2010, [en ligne] : < http://www.senat.fr/rap/r09-499/r09-4991.pdf>. Plusieurs autres rapports concernant d'autres domaines d'action politique abordaient le sujet de l'action, v. Rapport de la commission présidée par M. François MARTINEAU, décembre 2005, le Rapport de la commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de M. Jacques ATTALI, janvier 2008, [en ligne] : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041/0000.pdf> et le Rapport du groupe de travail présidé par M. Jean-Marie COULON sur la dépénalisation de la vie des affaires, janvier 2008, [en ligne] : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>.

[389] Luc EVRARD, « Faut-il ou non une *class action* à la française ? », dans *Les Petites Affiches*, 13 septembre 2005, n° 182, L'extenso.fr, PA200518201, à la page 3 ; Serge GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », D. 2005.2180 et Serge GUINCHARD, « L'action de groupe en procédure civile française », (1990) 42/2 *R.I.D.C.* 599.

[390] Art. L. 423-3, c.conso. : « [Le juge] statue sur la responsabilité du professionnel au vu des cas individuels présentés par l'association requérante ». Ce qui ressemble au *test case* américain. Le *Test case* américain est une « affaire test », c'est-à-dire que le demandeur cherche à voir la réaction du Tribunal face à un type d'affaire déterminé. Il se peut que ce test donne lieu à un précédent si bien qu'il s'appliquera ensuite à toutes les affaires similaires mais non à toutes les personnes se trouvant dans la même situation. Le *test case* est une demande sur laquelle de futurs justiciables pourront se fonder.

[391] Art. L. 423-4, al. 2, c.conso.

groupe contrairement aux modèles canadiens, il s'agit plutôt d'un mélange entre la certification et l'instance au fond. L'intervention à l'instance de la victime se fait de manière volontaire[392], c'est-à-dire par le mode *opt-in* ou par clause d'adhésion volontaire ou encore clause de participation explicite[393]. Le risque d'apathie rationnelle risque de compromettre l'effectivité de l'action à ce stade. La seconde phase permet de déterminer la liste des victimes recevables qui sont ainsi invitées à démontrer qu'elles ont été victimes.

Jusqu'à l'introduction de l'action en représentation conjointe et de l'action de groupe, la France ne connaissait qu'un système basé sur la représentation de l'intérêt collectif des consommateurs. La notion d'intérêt collectif des consommateurs est à notre connaissance absente au Canada, ce qui est d'ailleurs critiqué au Québec[394]. L'existence de cette notion en France repose sur la volonté de ne pas créer de représentation de l'intérêt général autre que le Ministère public[395] tout en assurant la défense d'un intérêt collectif, notamment celui des consommateurs[396]. Pour éviter le risque d'une « vengeance privée » et la création de « procureurs privés »[397], le législateur français confie la défense d'un intérêt collectif aux associations de consommateurs par le biais de l'agrément. En 1973, peu de temps avant les réflexions sur l'action collective au Canada, la loi dite « Royer »[398] a reconnu à son article 46 le droit d'action des associations de consommateurs agréées devant toutes les juridictions pour un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs[399]. L'action est très éloignée du recours collectif canadien. D'abord, l'action en représentation de l'intérêt collectif n'est possible que pour les associations de consommateurs. Ensuite, l'association doit recueillir un agrément des pouvoirs publics. Enfin, le consommateur

[392] Art. L. 423-5 c.conso.
[393] Un tel choix s'explique pour des raisons d'ordre constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a en effet affirmé qu'en France il n'est pas possible de représenter une personne en justice sans mandat, v. Cons. cons. Déc., 25 juill. 1989, n° 89-257. Ainsi, le modèle *opt-out* permet de représenter des personnes sans mandant. Le législateur n'avait guère le choix s'il souhaitait éviter l'inconstitutionnalité de la loi que de choisir le modèle *opt-in*.
[394] Carole YOUNES, « Le recours collectif québécois : Les réalités collectives à travers le prisme du droit », (2000) 15 *Can. J.L. & Soc*. 111.
[395] Serge GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », *op. cit.*, note 211, p. 137.
[396] *Id.*, p. 152, au par. 26.
[397] Russel B. STEVENSON, « Le « procureur général privé » dans le droit des sociétés des Etats-Unis », (1978) 30/3 *R.I.D.C.* 779.
[398] *Loi 73-1193 du 27 décembre 1973*, JORF du 30 décembre 1973 rectificatif au JORF 19 janvier 1974.
[399] Agata DE LAFORCADE, « L'évolution du droit d'agir en justice des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD Com* 2012, p. 711. S. GUINCHARD, *op. cit.*, note 395.

en lui-même ne peut obtenir de réparation individuelle pour son préjudice. Seul le préjudice infligé à l'intérêt collectif des consommateurs est réparable. En conséquence, la somme revient à l'association de consommateurs, ce qui peut constituer un véritable « trésor de guerre »[400]. Le consommateur ne perçoit pas un euro, seul son intérêt et celui de ses semblables est protégé. En somme, une simple satisfaction morale.

Une autre loi contenait une action originale. L'article 15-III de la *loi n° 77-806 du 19 juillet 1977* avait admis l'action civile des associations de consommateurs agréées devant la Commission de la concurrence, ancêtre de la présente Autorité de la concurrence.

Avant l'adoption de l'action de groupe, une action en réparation avait finalement été adoptée en France pour protéger l'intérêt individuel des consommateurs. Le nom donné à cette action était « l'action en représentation conjointe ». L'intérêt individuel du consommateur y était défendu ainsi que son droit à une réparation individuelle. Le Titre II du *code de la consommation* consacré aux actions des associations de consommateurs, contient toujours ces dispositions. L'action en représentation conjointe est une action dirigée par une association, comme pour l'action de groupe. Les articles L. 422-1 et suivants du *code de la consommation* fixent les conditions de cette action. Les consommateurs doivent confier un mandat écrit à l'association. Au moins deux consommateurs doivent mandater l'association. L'association mandatée doit être agréée et reconnue représentative sur le plan national[401]. Par conséquent, toute association ne peut pas agir en justice ; il y a un contrôle de l'État et il faut des mandats écrits. L'alinéa 2, de l'article L. 422-1 complique davantage l'action en interdisant de solliciter un mandat par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. L'action en représentation conjointe n'est finalement pas utilisée en raison de sa trop grande exigence. L'introduction de l'action de groupe condamne définitivement cette action. Le législateur devrait abroger ces dispositions dans un souci de cohérence. D'ailleurs, la démonstration de cette ineffectivité s'est révélée dans l'affaire du *cartelmobile*.

[400] S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence », *id*., note 395, p. 153, au par. 28.
[401] V. art. L. 411-1 et R. 411-1 et s. du c.conso.

En 2011, la Cour de cassation[402] met fin à un suspense judiciaire débuté devant le Tribunal de commerce de Paris par une décision du 6 décembre 2007. L'objectif était d'obtenir l'indemnisation des clients des membres de l'entente de la téléphonie mobile[403]. Il s'agissait à la base d'une action en intervention[404] et en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs, c'est-à-dire que chaque consommateur n'était pas représenté individuellement, seul leur intérêt collectif l'était. Le recours a été rejeté en première instance par le Tribunal de commerce de Paris qui a considéré qu'il s'agissait d'une action en représentation conjointe déguisée prévue à l'article L. 422-1 du *Code de commerce*. La Cour d'appel en est arrivée à la même conclusion[405]. Le 22 janvier 2010, elle déclare nulle la procédure et la dit fondée en réalité sur l'article L. 422-1 du *code de la consommation*, c'est-à-dire sur l'action en représentation conjointe. L'association UFC Que-choisir se pourvoit alors en cassation. La question était de savoir si une association de consommateurs représentative et agréée pouvait agir en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs en ayant procédé à un appel public à l'action individuelle des consommateurs par le réseau Internet.

La Cour de cassation a, sans surprise, rejeté l'action de l'association, la qualifiant d'action en représentation conjointe illégale. La « pomme de discorde » est cet appel public par Internet réalisé après la décision de condamnation des trois opérateurs de téléphonie mobile par le Conseil de la concurrence, le 30 novembre 2005. L'association avait élaboré un mécanisme pour évaluer son préjudice sur Internet. Les juges reprochent principalement la création de ce calculateur. Il faut dire que l'association avait déjà été à l'origine de la saisine du Conseil de la concurrence dans cette affaire.

> La Cour de cassation rejette le recours aux motifs suivants :
>
> Mais attendu que la cour d'appel, après avoir constaté, par motifs propres et adoptés, que l'UFC Que choisir était, en réalité, l'initiatrice de la procédure, celle-ci qui savait ne pouvoir agir en introduisant l'instance et qui très rapidement avait pris conscience du caractère très limité du préjudice individuel de chaque abonné s'étant efforcée d'organiser et d'orchestrer l'assignation et les interventions volontaires des abonnés au mépris des interdictions de démarchage et d'appel au public qui y faisaient obstacle, ayant fait préalablement réaliser à cet effet un calculateur de préjudice et prévu sur son site internet la possibilité pour les internautes de souscrire un contrat d'engagement la mandatant pour agir en justice, mandat

[402] *Supra*, note 207.
[403] V. la présentation de l'affaire, *supra* p. 3.
[404] L. 421-7 c.conso.
[405] CA Paris, 22 janv. 2010, RG n° 08/09844.

> qui n'avait aucune réalité puisque l'association indiquait supporter toute la procédure et la conduire, a exactement retenu qu'elle n'avait pas respecté les dispositions de l'article L. 422-1 du code de la consommation lequel, étranger à la préservation de l'image et de la présomption d'innocence, prohibe notamment tout appel public par moyen de communication de masse ou par lettre personnalisée ;
> Que par ces seuls motifs, lesquels ne sont ni contradictoires ni inintelligibles, l'arrêt est légalement justifié [406].

S'agissant particulièrement de la question du mandat sollicité par Internet, la première chambre civile de la Cour de cassation est allée au-delà du texte en lui faisant dire ce qu'il ne dit pas ; elle considère que la liste fournie concerne plus largement « tout appel public par moyen de communication de masse ». La Cour corrige ainsi l'oubli du législateur quant à l'outil Internet dans les moyens de sollicitation du mandat. Mais elle aurait pu tout aussi bien profiter de la brèche pour reconnaître le droit de solliciter un mandat par ce nouveau moyen de communication. Ce choix serait allé dans le sens de la justice, conformément à l'esprit de la loi, profitant ainsi aux consommateurs. Même si la décision est conforme à la lettre de la loi, elle ne sert pas les consommateurs. Pourtant, même en France, la vocation sociale de la collectivisation des recours privés en droit de la concurrence pourrait s'appliquer[407].

L'action de groupe adoptée ne devrait pas rencontrer les mêmes difficultés puisqu'elle consacre une représentation sans mandat, sous réserve que les victimes se fassent connaître. De plus, les mesures de publicité autour de la décision déclarant le professionnel responsable, éliminent tout mal entendu puisque la publicité autour de l'action de groupe est encadrée par la loi.

Après cette description sommaire de l'état du droit français et canadien sur le thème de la collectivisation du recours collectif, une tendance à la collectivisation du recours privé comme phénomène juridique apparaît en droit de la concurrence. Si au Canada, cette collectivisation est admise par la pratique judiciaire, il en va autrement en France dans la mesure où les juges, avant l'adoption de l'action de groupe, n'ont pas fait une application de l'action en représentation conjointe favorable à la réparation d'un

[406] Civ. I, 26 mai 2011, n° 10-15676, Bull. I, n° 98 ; D. 2011, p. 1884, note N. DUPONT ; D. 2012.849, obs. E. POILLOT ; *RTD Com.* 2011, p. 627, obs. B. BOULOC.
[407] Pierre SYLVESTRE, « Le recours collectif : un outil de mise en œuvre de législations et de politiques d'intérêts public », *Développements récents en matière de recours collectifs*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006DEV1225, p. 4 et 5.

groupe de consommateurs. Il découle de la collectivisation du recours privé l'élargissement des titulaires du droit d'action.

§2 : L'élargissement des titulaires du droit à l'action privée concurrentielle

20. Les problématiques relatives aux titulaires du droit d'action - La collectivisation de l'action privée concurrentielle suppose une adaptation du droit d'agir en justice afin de faciliter l'accès au juge des victimes de pratiques anticoncurrentielles par le recours collectif. Cette adaptation va dans le sens de la justice sociale en droit de la concurrence. Une fois ce constat fait, il est nécessaire de passer à un examen des moyens permettant de faciliter l'action des consommateurs et des entreprises dans le cadre d'un recours collectif dans le domaine de la concurrence. Nous nous poserons, pour le moment, seulement la question de l'introduction de l'instance. Par voie de conséquence, nous nous attacherons à ce stade de l'étude à la première étape du recours collectif, celle de son introduction devant les tribunaux. Or à cette étape, nous prônons un élargissement des titulaires du droit à l'action privée concurrentielle afin de rendre dissuasive cette action. L'élargissement des titulaires du droit d'action recouvre deux questions :

- *Qui sont les personnes qui ont un droit à l'action privée concurrentielle sous la forme d'un recours collectif ?* Cette question est inspirée par l'état du débat en France sur la question plus générale des victimes appelées à exercer une action de groupe dans un système *opt-in*. En effet, le législateur privilégie une action de groupe seulement en faveur des personnes physiques consommateurs non professionnelles ce qui exclut une partie des victimes, à savoir les entreprises et particulièrement les PME qui, pourtant, semblent être des victimes similaires aux consommateurs[408]. Une autre raison de se poser cette question figure à l'article 999 du C.p.c.Q. ; il autorise le recours collectif seulement pour les personnes morales de droit privé comptant dans l'année qui précède l'action au plus 50 salariés, excluant ainsi les entreprises de plus de 50 salariés. Cette particularité du droit québécois démontre bien que le recours collectif se veut un outil au service des plus faibles sur le marché. En Ontario, il est à noter que la *Loi de 1992*[409] ne fait pas cette distinction, ni d'ailleurs la Cour fédérale du Canada.

[408] *Supra*, p. 64 et s.
[409] L.O. 1992, Chapitre 6.

- *Qui peut représenter ces victimes dans un recours collectif ?* Le choix français en faveur d'une représentation associative et la méfiance plus générale à l'égard des avocats doit nous amener à nous interroger sur la pertinence de ces choix et de ces conceptions du représentant du groupe et du représentant *ad litem*[410].

Le lien juridique entre les victimes et leurs représentants passe par le mandat, contrat nommé du *Code civil*, qu'il soit français[411] ou québécois[412]. Pour cette raison, nous traiterons le sujet d'abord du côté des mandants (1) et ensuite, du côté des mandataires (2).

1) Les mandants à l'action privée concurrentielle

Les mandants sont, en droit de la concurrence, de deux espèces. Ils peuvent être des consommateurs, c'est-à-dire des personnes physiques se procurant un bien ou un service dans le cadre d'une activité non professionnelle, ou des entreprises, c'est-à-dire *a contrario* des personnes morales ou physiques se procurant un bien ou un service pour se livrer à une activité professionnelle. Inévitablement, se pose la question de la définition des titulaires du droit à l'action privée (A) et ensuite des éventuelles adaptations du recours collectif en matière de concurrence à certains plaideurs, comme les entreprises (B).

A. Les critères de définition des victimes de pratiques anticoncurrentielles

Si, comme nous l'avons vu, les victimes de pratiques anticoncurrentielles, qu'elles soient des consommateurs ou des entreprises, sont toutes liées par un dénominateur commun qui est un préjudice concurrentiel consumériste, il demeure que ce critère est suffisant pour identifier un intérêt à agir mais insuffisant pour analyser si la procédure d'action collective en droit de la concurrence répond aux attentes de ces publics. Au Canada, le recours collectif présente-t-il l'attractivité nécessaire pour des entreprises et les PME ? En France, l'action de groupe devrait-elle tenir compte de la spécificité de ces publics ? Si l'objectif est l'effectivité du droit de la concurrence et la préservation du marché, il est important de tenir compte des particularités, non seulement du

[410] L'expression signifie « en vue du procès ». Elle vise principalement l'avocat qui représente les parties dans l'instance et non le représentant du groupe qui joue le rôle de demandeur à l'instance. v. Louise GALIPAULT, « Le mandat de l'avocat », (1954) 1/1 *C. de D.* 70-76.
[411] Art. 1984 C.civ.
[412] Art. 2130 et s. du C.c.Q.

contentieux en matière de concurrence, mais aussi des motivations des acteurs du marché dans une action en justice suite à une atteinte au droit de la concurrence.

21. La définition du consommateur dans le recours collectif – La définition d'un consommateur est celle qui pose le moins de difficulté[413]. Les juges canadiens certifient de nombreux recours collectifs de consommateurs et la notion ne pose guère de difficulté. Au plan légal, citons par exemple l'article 999, c) du C.p.c.Q. qui définit le membre du groupe comme :

> « Une personne physique, une personne morale de droit privé, une société ou une association faisant partie d'un groupe pour le compte duquel une de ces personnes, une société ou une association exerce ou entend exercer un recours collectif; »

Cette définition inclut sans réserve le consommateur. De plus, la *Loi sur la protection du consommateur*[414] (ci-après *L.p.c.*) définie à l'article 1, e), le consommateur[415] comme :

> « Une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce »

En France, la même définition est retenue[416]. L'article préliminaire du *code de la consommation* a consacré cette définition en même temps que l'adoption de l'action de groupe. Le consommateur au sens du droit français est :

> « (…) toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Les deux modèles civilistes s'accordent donc sur la définition du consommateur. D'emblée notons qu'un consommateur peut recevoir le qualificatif d'acheteur direct ou indirect. Le terme « acheteur » recouvre les deux espèces de victimes en droit des pratiques anticoncurrentielles. Il inclut à la fois l'entreprise et le consommateur. Il n'est pas synonyme d'entreprise ou de consommateur même si l'acheteur indirect sera le plus souvent un consommateur et l'acheteur direct une entreprise[417].

---

[413] En revanche, la question de la définition du groupe est centrale, v. Jean-Philippe LINCOURT et Jean SAINT-ONGE, « La définition du groupe : pierre angulaire du recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 295, *Développement récents en matière de recours collectifs*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 155.
[414] L.R.Q., chapitre P-40.1.
[415] Sur la définition du consommateur en droit québécois, v. P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, *op.cit*., note 299, à la p. 18 et s.
[416] Stéphane PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Paris, Economica, 2008, p. 13 et s.
[417] À ce sujet, v. *supra* au par. 9.

Le législateur français n'a pas à s'inquiéter de cette problématique de la définition du consommateur car il désigne une association de consommateurs comme représentante exclusive des groupes[418]. Il y a peu à craindre qu'un professionnel puisse agir par cette voie. La jurisprudence canadienne témoigne d'une absence de difficultés sur cette question. Ce n'est que lorsque les juges ont à trancher la question des acheteurs directs et indirects que le problème se pose. Au final, le critère n'est pas tant celui de l'activité professionnelle ou non mais du préjudice subi. Le préjudice du consommateur détermine sa qualité à agir plus que sa place dans le marché.

Faut-il aboutir à la même conclusion pour les entreprises ? En somme, cela reviendrait à dire que l'entreprise peut être membre d'un recours collectif sous forme d'action privée concurrentielle du moment qu'elle a subi un préjudice. La procédure civile et la notion d'intérêt à agir répondent positivement à cette question. Il serait injustifiable de refuser l'action en réparation de l'entreprise victime d'un préjudice concurrentiel. Dès lors qu'elle a un intérêt à agir, l'entreprise doit avoir accès au juge. En revanche, il paraît incontournable d'expliquer en quoi une entreprise n'est pas un consommateur et comment le droit de la concurrence la conçoit pour déceler si la procédure de recours collectif s'applique correctement à l'entreprise, notamment à la PME.

22. La conception qualitative de l'entreprise et de la PME – La notion d'entreprise est polyandrique, elle « épouse la cause des sciences qui l'utilise »[419]. C'est une notion malléable que le législateur aborde ponctuellement dans des lois sans jamais chercher à la définir. L'objectif est d'adapter la notion à la matière qui l'utilise. L'entreprise est d'abord une notion économique et utilitaire[420]. Ses formes sont d'ailleurs multiples. Si l'on parle des PME, il s'agit d'une catégorie d'entreprises correspondant à une réalité différente de l'entreprise de taille plus importante. Nous nous sommes donc intéressés aux caractéristiques de la PME en tant que destinataire particulier de notre étude au même titre que le consommateur. Comme « il est anormal que le droit ne tienne pas compte des caractéristiques des PME alors qu'elles constituent le cœur du tissu

[418] Art. L. 423-1 c.conso.
[419] Charlaine BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Tome 2 : Entrepreneurs et sociétés de personnes*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 151.
[420] *Id.* p. 152 : « La réalité est que le mot entreprise est polysémique et l'institution pluriforme et pluridimensionnelle ».

économique »[421], nous considérons que le recours privé doit tenir compte des spécificités de la PME pour contribuer à la correction de cette faiblesse du droit économique. En réalité, la PME peut être définie de deux manières : soit qualitative, soit quantitative.

La méthode quantitative utilise des variables telles que le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires. Ces aspects ne nous sont d'aucune aide dans notre objectif de définition et d'adaptation du recours collectif. De plus, lorsque le législateur québécois a entrepris la révision du recours collectif en 2003, suite au *Rapport du Comité de révision de la procédure civile*[422], il a été décidé d'autoriser les recours collectifs de personnes morales de droit privé ne comptant pas plus de 50 salariés. Un tel seuil fixe la limite entre l'entreprise capable de se défendre par ces propres moyens et celle qui a besoin d'une aide. La PME est bien sûr visée par ces dispositions. Ce n'est qu'à cette fin qu'une définition quantitative de la PME est utile.

La méthode qualitative est incontournable. L'effectivité d'une disposition autorisant le recours collectif de la PME est compromise si le législateur ne s'interroge pas sur l'adéquation de la procédure avec son destinataire. L'autonomie décisionnelle, la présence d'un entrepreneur, l'indépendance (financière), la présence sur des marchés locaux et régionaux, la non-dominance sur le marché, la flexibilité et l'adaptation sont autant de critères qualitatifs désignant la PME[423]. La typologie francophone *Julien et Marchesnay*[424] résume ces critères sous les acronymes PIC et CAP. La PME est caractérisable avec quatre mots qui désignent ses objectifs : la pérennité, l'indépendance financières, la croissance et l'autonomie. Les acronymes regroupent ces mots et établissent deux profils de PME. Parmi ces critères, les deux plus intéressants en droit de la concurrence sont la non-dominance sur le marché et l'autonomie décisionnelle.

Dans la *Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises*[425], la Commission européenne

---

[421] Charlaine BOUCHARD, (dir.), *Droit des PME*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. VII.
[422] QUÉBEC, COMITÉ DE REVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Sainte-Foy (Québec), Juillet 2001, [en ligne] : < http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf>, [ci-après : *Rapport du Comité de révision de la procédure civile*].
[423] Denis J. GARAND, « De la nécessité de définir clairement l'entrepreneur et sa PME », dans C. BOUCHARD, *op.cit.*, note 421, p. 26 et s.
[424] Une autre typologie est celle de *Louis-Jacques Fillion* (2000), v. *id.*
[425] 2003/361/CE, JOUE L. 124/36 du 20.5.2003.

prend en compte le critère quantitatif pour définir les PME. Elle combine à la fois l'effectif de l'entreprise, le chiffre d'affaire et le total du bilan. Ces deux derniers critères, qualifiés de financiers, permettent d'établir la situation de l'entreprise par rapport à la concurrence[426].

Au regard de la concurrence, la non-dominance sur le marché suppose un risque de représailles plus élevé, lequel peut nuire *in fine* à la croissance de l'entreprise et son incapacité à obtenir une indemnisation en raison de son faible pouvoir de marché[427]. Ces questions amènent à s'interroger sur la manière dont le droit de la concurrence perçoit l'entreprise en général et la PME en particulier.

23. Le silence du droit de la concurrence sur sa conception de la victime - En droits français et canadien, l'entreprise est avant tout un critère d'applicabilité du droit de la concurrence. Parce que telle activité est qualifiable d'entreprise au sens du droit de la concurrence, elle est soumise à ses règles[428]. Le droit de la concurrence se place toujours du point de vue du responsable d'une violation du droit de la concurrence, il n'adopte jamais le point de vue de la victime. Seul le droit canadien connaît une

---

[426] *Id.*, au csdrt 4.

[427] Ce dernier aspect était évoqué par M. Bruno Lasserre, Président de l'autorité française de la concurrence, v. *supra*, au par. 9.

[428] En droit canadien, l'entreprise est définie à l'article 2 de la L.c. par rapport à des secteurs d'activité comme la fabrication ou la production d'articles ou les prestations de services. La version anglaise utilise le terme de « *business* ». Dans la L.c., l'article 45 sur les ententes parle de « quiconque » ou de « personne ». L'article 79 sur l'abus de position dominante parle de « une ou plusieurs personnes ». L'article 90.1 sur les accords ou arrangements empêchant ou diminuant la concurrence parle de « personnes » et de « concurrents ». Les *Lignes directrices sur l'abus de position dominante* expliquent que l'expression « catégories d'entreprises » équivaut à déterminer les marchés de produits pertinents » et que l'expression « une ou plusieurs personnes » vise un groupe d'entreprises, v. CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la L.c.)*, Ottawa, 2012, [en ligne] : < http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00168.html>, p. 3 et 10. Les *lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* relatives aux articles 45 et 90.1 fournissent également peu d'éléments. On peut noter qu'elles définissent un concurrent, v. CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Ottawa, 2009, [en ligne] : < http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00168.html>. Il s'agit de la conception canadienne de l'entreprise en tant que coupable de pratiques anticoncurrentielles.
En droit français, v. Laurence IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur d'un ordre concurrentiel », dans *L'ordre concurrentiel* : *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frisson-Roche, 2003, p. 523 ; Linda ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Préf. M.-D. HAGELSTEEN, Thèse, Paris, Litec, 2003 ; Linda ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2013, p. 31, au par. 46. La définition retenue vise l'applicabilité du droit de la concurrence français et communautaire. Le C.com. est muet à l'article L. 420-1 sur les ententes, le style est impersonnel et prohibe des « actions concertées ». L'article L. 420-2 parle l'abus de position dominante d'une « entreprise ou d'un groupe d'entreprise ». Les articles 101 et 102 du TFUE utilisent le terme « entreprise(s) ».
Que ce soit en droit canadien ou français, la notion d'entreprise est utilisée aux fins d'applicabilité et d'efficacité du droit de la concurrence.

exception à cette règle puisqu'il prévoit explicitement l'action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles à l'article 36 L.c. et l'accès des parties privées au Tribunal de la concurrence à l'article 103.1 L.c. Les deux articles visent « toute personne » et l'article 103.1 parle aussi d' « auteur de la demande » d'accès au Tribunal. Le *Bulletin d'information sur l'accès privé au Tribunal de la concurrence*[429] évoque des « parties privées » et des « entreprises ». Les textes du droit de la concurrence ne se soucient pas de la qualité des victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'exemple le plus frappant est l'accès des parties privées au Tribunal de la concurrence canadien. Ce recours ne concerne pas les ententes et les abus de position dominante, ni même les accords de l'article 90.1 L.c.[430]. Il concerne les pratiques restrictives de concurrence qui touchent plus facilement les PME et n'aménage pourtant pas la procédure afin de tenir compte de la fragilité de ces acteurs du marché. Il exige même la production d'un écrit suffisamment technique pour avoir l'autorisation d'agir devant le Tribunal. Cette exigence exclut de fait les PME n'ayant pas les moyens matériels, financiers et le temps pour préparer cette action :

> « 103.1 (1) Toute personne peut demander au Tribunal la permission de présenter une demande en vertu des articles 75, 76 ou 77. La demande doit être accompagnée d'une déclaration sous serment faisant état des faits sur lesquels elle se fonde. »

En France, l'action de groupe touche directement au droit de la concurrence. Les litiges visés sont ceux « ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles : 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2° Ou 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 »[431]. La règle de l'article L. 423-1 du *code de la consommation* est sans ambigüité. L'acheteur professionnel est exclu du recours qui ne s'adresse qu'aux consommateurs. Ce n'est ici

---

[429] CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur l'accès privé au Tribunal de la concurrence*, Ottawa, Avril 2005, [en ligne] : < http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00168.html>.

[430] L'article 90.1 L.c. énonce que « (1) Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement conclu ou proposé entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :
a) interdisant à toute personne qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;
b) enjoignant à toute personne qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

[431] Art. L. 423-1 c.conso.

que par le truchement du *code de la consommation* que le droit de la concurrence est concerné par la victime de pratiques anticoncurrentielles et seul le consommateur est visé.

Au Canada, les recours collectifs qui acceptent qu'un groupe de personnes morales soient membres d'un groupe, comme en Ontario ou en Colombie-Britannique[432], sans restriction sur un critère quantitatif, tel le nombre d'employés comme au Québec, sont conformes à l'article 36 L.c. qui ouvre le recours privé à « toute personne ».

Cependant, le choix québécois d'exclure les entreprises de plus de 50 salariés s'explique par la portée sociale du recours collectif qui répond à la nécessité de protection des PME, usant implicitement d'un critère quantitatif, le nombre d'employés[433], pour réaliser cet objectif social. Il s'agit d'une restriction discutable en droit de la concurrence par rapport au recours privé de la L.c. mais favorable aux PME, ce qui, d'une certaine manière, correspond à la philosophie de la Loi, telle qu'énoncée à son article 1.1 L.c.[434].

En revanche, la critique du recours collectif québécois se trouve dans le mélange qu'il opère entre les personnes physiques et les personnes morales. En effet, le recours collectif des personnes morales est ouvert au Québec depuis 2003 dans sa version actuelle[435]. Cependant, il ne permet pas la constitution d'un groupe de personnes physiques d'un côté et, d'un autre côté, d'un groupe de personnes morales. Tout au mieux, il revient au juge de définir des sous-groupes en fonction de ces types de personnes s'il le juge pertinent[436]. À ce sujet, les mélanges annoncés dans les affaires *Nutri-Mer I* et *II* proposant des recours collectifs mêlant des consommateurs et des

[432] *Rapport du Comité de révision sur la procédure civile*, *op.cit*., note 422, p. 206.
[433] Dans la réforme de 2003 à l'article 999 C.p.c.Q.
[434] Rappelons que l'article 1.1 définit les objectifs de la L.c. et figure dans ces objectifs : « assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne ».
[435] Pour une jurisprudence, v. *Nutri-Mer Inc.* c. *Avantage Link Inc.*, (2003) CanLII 1096 (QC CS), au par. 21, [ci-après *Nutri-Mer I*].
[436] La décision *Nutri-Mer I* posait la question de savoir si après la réforme, l'existence d'un recours collectif de personnes physiques avant 2003, empêchait la constitution dans la même affaire d'un groupe de personnes morales dans un autre recours collectif. L'arrêt *Nutri-Mer I* a autorisé cette possibilité. Cependant, dans une seconde décision rendue dans la même affaire en 2005, l'honorable juge Victor Melançon explique : « À l'avenir, une seule requête en autorisation pourra être déposée pour tous les intéressés, personnes physiques ou morales, sociétés, ou associations », v. *Nutri-Mer Inc.* c. *Avantage Link Inc*, (2005) CanLII 14070 (QC CS) au par. 28 [ci-après *Nutri-Mer II*].

entreprises risquent de poser des problèmes en droit de la concurrence[437]. En effet, selon les caractéristiques qualitatives de la PME, le consommateur peut sans crainte se regrouper et céder de son autonomie décisionnelle à un représentant dans un recours collectif. En revanche, une entreprise de type PME peut-elle être représentée par un consommateur ? Peut-elle renoncer à son autonomie décisionnelle ? Peut-elle accepter d'être présente dans un recours collectif sans un minimum de garanties contre des représailles commerciales ? Le représentant d'un groupe d'entreprises ne doit-il pas présenter des compétences autres que le représentant classique dans un recours collectif ? Il apparaît à la lumière de ces questions qu'il faut s'interroger sur les adaptations du recours collectif aux particularités qualitatives de l'entreprise victime de pratiques anticoncurrentielles.

B. Les adaptations du recours collectif aux particularités de l'entreprise victime de pratiques anticoncurrentielles

24. La pertinence d'une adaptation du recours collectif aux PME – Il faut rappeler que le recours collectif peut fonctionner de deux manières. La participation à ce recours peut être implicite, on parle d'*opt-in*, ou explicite, on parle d'*opt-out*. Les termes de « clause d'inclusion » et « clause d'exclusion » sont aussi utilisés. Ces options consistent pour la victime, une fois informée de l'existence du recours collectif, soit en la possibilité de devenir membre de ce groupe et d'être liée par la décision finale en manifestant sa volonté d'adhérer au groupe (modèle *opt-in*), soit en la possibilité de s'exclure du groupe, à défaut de quoi elle sera présumée participer à l'action sans s'être manifestée positivement (modèle *opt-out*). Le modèle canadien fonctionne sur le principe de la participation implicite à défaut d'exclusion, c'est-à-dire le modèle *opt-out*, à l'instar de son voisin du Sud. En matière de pratiques anticoncurrentielles, le choix devrait être celui de la participation implicite (*opt-out*) car il englobe le plus de victimes et lutte ainsi contre l'apathie rationnelle du consommateur. Les systèmes d'*opt-in* font confiance au militantisme du consommateur. Or il est probable que le seul consommateur qui fera preuve de militantisme sera le représentant du groupe, celui à qui l'on devra très probablement l'existence du recours collectif. La majorité restera silencieuse. Plus le nombre de victimes représentées sera élevé, plus les indemnités que devra verser l'auteur des pratiques anticoncurrentielles seront élevées et dissuasives.

[437] Cette tendance au mélange entre consommateurs et entreprises a été confirmée en droit de la consommation, v. *Laflamme* c. *Bell Mobilité inc.*, 2014 CanLII 525 (QC CS).

Peut-être même peut-on espérer que la faute lucrative sera supprimée. Ce raisonnement tient pour le consommateur du point de vue de l'incitation à agir et de la dissuasion. Cependant, du point de vue de la PME, l'analyse doit être nuancée.

25. *Opt-in* ou *opt-out* ? - La PME n'est pas un consommateur même si, sur le marché, elle est autant vulnérable que lui. Si l'on reprend les deux axes de réflexion utilisés pour le consommateur, nous n'arrivons pas aux mêmes conclusions. L'apathie rationnelle de la PME se fonde certes sur le coût de l'action et l'avantage qu'elle peut en retirer mais cet avantage prend en compte un calcul que le consommateur ne fait pas : les représailles économiques. L'avantage du recours collectif est de mutualiser les coûts. En ce sens, le facteur coût pour la PME disparaîtra. De plus, le risque lié à la non-dominance sur le marché concernant l'incapacité à obtenir réparation sera également supprimé. Quant aux représailles, le risque diminue objectivement ; il ne serait pas pertinent pour une entreprise accusée de pratiques anticoncurrentielles, dans un recours collectif de PME, de prendre, en plus, des représailles contre ses partenaires commerciaux. En effet, seule la PME, partenaire commerciale du ou des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, peut craindre des représailles[438]. Reste à espérer que subjectivement, l'entrepreneur aura également cette perception. Si ce n'est pas le cas, il renoncera au recours collectif. Ainsi, le modèle *opt out* est adapté aux avantages liés au coût de l'action. La PME est de ce point vue similaire au consommateur. *C'est en somme leur absence de dominance sur le marché qui justifie une protection accrue de ces deux acteurs de l'économie*. Mais le recours collectif sous la forme *opt-out* n'est-il pas une atteinte à l'autonomie décisionnelle ? Notamment, si le chef d'entreprise craint des représailles.

Il est préférable de respecter la liberté d'entreprise, laquelle passe par la liberté de décision en toute autonomie. Il n'y a pas de balance à faire entre *private enforcement vs*. respect de l'autonomie de l'entrepreneur. Les deux doivent être conciliés. De là, deux analyses sont possibles. Soit on considère que le modèle *opt-out* n'est pas conforme à cette liberté car il concède implicitement au représentant du groupe une partie du processus décisionnel de l'entrepreneur sur le choix de recourir à la justice même si au fond, l'entrepreneur reste libre de se retirer de l'action en en informant le tribunal. Soit, pour protéger la liberté décisionnelle de l'entrepreneur, il faut choisir un modèle *opt-in* pour les recours collectifs de PME afin que l'entrepreneur ne soit pas inclus sans avoir

[438] La PME peut aussi ne pas être un partenaire commercial de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles mais être appelée à le devenir, dans ce cas, les autorités régulatrices du marché devront être vigilantes.

fait de choix quant à la pertinence de se joindre au recours collectif. En réalité, dans les deux cas, l'entrepreneur doit prendre une décision, soit s'inclure, soit s'exclure. Cela revient au même. L'autonomie décisionnelle est de prime abord préservée.

Il découle de notre exposé que l'élargissement des titulaires du droit à l'action privée est indispensable pour accroître la portée dissuasive du droit de la concurrence. Cela passe par la collectivisation du recours collectif.

De lege lata, le droit canadien offre un exemple de modèle ouvert, permettant aux consommateurs et aux entreprises de se joindre à un recours collectif. Cependant, il convenait d'analyser cette ouverture. Bien que restreinte aux entreprises de moins de 50 salariés au Québec, selon un critère quantitatif, le recours collectif québécois présente une procédure adaptée au cas des PME victimes. Du point de vue du mandant, la capacité de s'inclure ou de s'exclure préserve l'autonomie décisionnelle de la PME, critère qualitatif pertinent pour cette analyse.

De lege feranda, la France devrait poursuivre sa réflexion sur l'action de groupe après son adoption sur la question précise de l'accès à la justice des PME. Elle doit le faire en ne refusant pas des recours collectifs composés d'entreprises comme elle le fait à l'article L. 423-1 du *code de la consommation*. Rien ne milite en faveur d'une restriction totale. Au contraire, l'effectivité de la réparation et de l'accès aux tribunaux pour les PME est un enjeu. Les critères qualitatifs de la PME abondent aussi dans ce sens, même en France. La restriction apportée au recours collectif québécois tenant au nombre de 50 salariés maximum pourrait être une piste. *La collectivisation de l'action privée n'a réellement de sens que pour les acteurs du marché non-dominant sur celui-ci*. Cependant, la représentation du groupe doit elle aussi tenir compte de la spécificité de l'entreprise membre d'un groupe. Nous étudierons ainsi la question de l'élargissement des titulaires du droit à l'action privée concurrentielle du point de vue du mandataire.

2) Les mandataires dans l'action privée concurrentielle : la représentation du groupe victime

Lorsque la victime d'une pratique anticoncurrentielle confie un « blanc-seing » à un représentant dans un recours collectif, il est nécessaire que le représentant soit capable de mener à bien sa mission dans l'intérêt de tous. Le choix du représentant est ainsi une question décisive de l'effectivité de l'action privée collectivisée.

26. La théorie économique de l'agence – Pour bien comprendre les enjeux de la représentation, nous commencerons par exposer la théorie économique de l'agence (*agency*), qui présente les rapports entre mandant et mandataire. En effet, le rapport entre la victime de pratiques anticoncurrentielles et le représentant du groupe ressemble à un mandat. Cependant, le mandat n'étant pas requis pour introduire un recours collectif, signe distinctif de ce dernier par rapport à une action classique, il n'est pas possible de dire que juridiquement, il s'agit d'un mandat au sens des droits civils français et québécois. Pourtant, le représentant agit pour le compte des victimes. Ce mandat est double, il existe un mandataire *à* l'instance, la victime qui va représenter le groupe, et un mandataire *dans* l'instance, l'avocat qui va porter la procédure devant les tribunaux, de concert avec le représentant du groupe[439]. Pour l'avocat, il s'agit d'un mandat *ad litem* classique, en ce sens son mandat n'est pas « fictif »[440].

Dans ces conditions, un phénomène d'agence peut se produire. Le phénomène d'agence survient lorsqu'une personne confie à une autre une mission alors que les objectifs de ces deux personnes sont différents : « Une relation d'agence désigne une situation ou une (ou plusieurs) personne(s) (le déléguant) a recours aux services d'une autre (le délégataire) pour accomplir en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation de pouvoir décisionnelle »[441]. La définition correspond trait pour trait à la définition du recours collectif et notamment au problème de la concession de cette autonomie décisionnelle par l'entreprise. Cette situation peut se produire dans un recours collectif lorsque l'avocat du groupe obtient un accord d'indemnisation de la partie adverse pour éviter l'action et que les membres du groupe ou le représentant refusent, alors que lui souhaiterait accepter cet accord. Le risque est aussi qu'un accord

[439] Le C.p.c.Q. prévoit expressément l'obligation d'avoir un avocat pour exercer un recours collectif à l'art. 1049 : « Le représentant ou le membre qui demande d'agir à ce titre doivent se faire représenter par un procureur ».
[440] Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », dans *Les Petites Affiches*, 10 juin 2005, n° 232, L'extenso.fr, PA200511504.
[441] Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, au par. 1749.

soit signé alors qu'il désavantage le groupe mais qu'il est favorable à l'avocat. Pour éviter cette situation, qui n'est pas rare aux États-Unis, le législateur québécois exige la validation par le tribunal[442] et l'information des membres du groupe dès qu'une transaction amiable est envisagée. Ces précautions, également prévues par le modèle français d'action de groupe[443], tendent à éviter l'opportunisme du mandataire entendu comme « la recherche d'un intérêt personnel avec un élément de tromperie », cela s'oppose à la confiance et s'« associe à une divulgation sélective ou tronquée d'informations et à des promesses que l'on ne croit pas soi-même au sujet de sa conduite future »[444]. Pour éviter ce problème, il faudrait supporter des coûts de surveillance du mandataire. On parle de *pertes résiduelles*, c'est-à-dire les coûts résultant de l'impossibilité de surveiller parfaitement l'opportunisme du représentant[445], ce qui, dans un recours collectif, est un coût réel pour les membres du groupe parfois très éloignés du déroulement de l'action pour des raisons géographiques ou d'incapacité à comprendre et mesurer tous les enjeux. Dans ce contexte, un recours collectif efficient est un recours collectif qui minimise, par le contrôle du tribunal, les coûts de transactions[446] en assurant une publicité suffisante et claire sur l'issue possible du litige afin qu'ils puissent y adhérer ou le rejeter en connaissance de cause. La problématique de la représentation doit donc être analysée sous l'angle de la confiance. Les modalités de représentation du groupe doivent permettre aux membres du groupe de surveiller à moindre coût leur représentant afin de s'assurer que les décisions qu'il prend leur sont favorables. D'où l'intérêt d'étudier comment le droit aborde cette question de la représentation au sens large (A) et si une représentation spécialisée ou associative ne

---

[442] L'art. 1025 C.p.c.Q. dispose que : « La transaction, l'acceptation d'offres réelles ou l'acquiescement, sauf s'il est sans réserve à la totalité de la demande, ne sont valables que s'ils sont approuvés par le tribunal. Cette approbation ne peut être accordée à moins qu'un avis n'ait été donné aux membres.
L'avis contient les renseignements suivants:
a) le fait qu'une transaction sera soumise au tribunal pour approbation à une date et à un lieu déterminés;
b) la nature de la transaction et le mode d'exécution prévu;
c) la procédure que suivront les membres pour prouver leur réclamation;
d) le fait que les membres peuvent faire valoir au tribunal leurs prétentions sur la transaction proposée et sur la disposition du reliquat, le cas échéant.
Le jugement détermine, le cas échéant, les modalités d'application des articles 1029 à 1040. »

[443] c.conso, Art. L. 423-16.-Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire. Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette adhésion.

[444] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 441, au par. 740.

[445] *Id.*, au par. 1049.

[446] Les coûts de transaction sont la traduction imparfaite des théories de Coase rédigées en anglais. Il faut les comprendre comme les coûts qui empêchent deux personnes d'arriver à un accord qui leur soit profitable. v. *id.*, au par. 726 et s.

serait pas plus adaptée au droit des pratiques anticoncurrentielles (B) comme solution à ce problème d'agence.

A. Le représentant au sens large

27. L'avocat « entrepreneur » - Le premier représentant auquel on pense en matière de recours collectifs est l'avocat. Il est celui qui nourrit le plus de fantasmes dans la conception américaine du recours collectif[447], à l'image de l'*ambulance chasing* où l'avocat américain poursuit l'ambulance suite à un accident pour inciter la victime à la poursuite des responsables de ses blessures.

S'agissant de la question particulière de l'avocat, il apparaît que ce qui dérange le juriste civiliste soit ce que nous qualifierons d' « avocat-entrepreneur ». L'avocat-entrepreneur est celui qui profite du système de recours collectif, très lucratif mais aussi très risqué pour les finances d'un cabinet d'avocats, pour accroître ses bénéfices au mépris supposé de l'intérêt de ceux qu'il représente. Il y a une démarche spéculative. Le recours collectif serait ainsi instrumentalisé au profit du Barreau.

Là encore, la réalité est différente. Sans pour autant cautionner les excès, il faut avoir en tête que l'avocat américain prend un risque financier très important en supportant un recours collectif. Contrairement au modèle québécois qui a créé un fonds de soutien au recours collectif, l'avocat américain ne peut compter que sur les deniers de son cabinet. De toute évidence, l'analyse du représentant-avocat n'est pas praticable aux États-Unis tant les différences de culture processuelle sont grandes avec la France. En revanche, le modèle canadien apparaît comme un modèle acceptable pour la France, notamment en raison du recours collectif tel qu'il existe dans la province du Québec, ainsi que de la culture du Barreau québécois en matière de déontologie[448]. La tradition civiliste est-elle autant exposée aux dérives spéculatives des avocats ? Un auteur a

---

[447] S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5, p. 227, au par. 229. Selon l'auteur, l'avocat doit rencontrer le critère de l'*adequacy*, c'est-à-dire l'adéquation entre ses compétences et l'objet du recours collectif, pour pouvoir défendre le groupe : « Le critère de l'*adequacy* s'applique également à l'avocat, lequel doit être un professionnel compétent et expérimenté. Le fait d'avoir acquis une certaine expérience dans l'antitrust *class litigation* peut être considéré comme suffisant pour remplir la condition d'*adequacy*. La capacité à financer le litige constitue un autre facteur dont le juge tient compte pour déterminer l'*adequacy* de l'avocat. Si ces conditions sont remplies, il est désigné officiellement *lead counsel* par la décision de certification ».

[448] Des auteurs canadiens relevaient le rôle entrepreneurial de l'avocat dans le recours collectif au Canada, v. Roberts S. PRICHARD et Michael J. TREBILCOCK, « Class Actions and Private Enforcement », (1975) 27 *U.N.B.L.J.* 5 à la p. 17.

qualifié l'avocat au Québec de « prestataire commercial de services juridiques »[449], ce qui n'augure pas d'une réponse positive. Il dénonce une logique marchande. Les avocats québécois seraient devenus des entrepreneurs qui fonctionnent dans un marché fortement concurrentiel où chacun cherche à proposer le meilleur service juridique au détriment de l'intérêt du public qui ne peut pas dans ces conditions s'offrir les services d'un avocat. Le recours collectif ne semble pas en cause ; la dérive semble structurelle puisant sa source dans des origines sociologiques[450]. Le fait est qu'au Québec, le C.p.c.Q oblige le représentant du groupe à prendre un avocat. L'article 1049 dispose que le ministère d'avocat est une condition d'exercice du droit d'agir pour le représentant.

En France, l'action de groupe a attiré l'attention des avocats à deux titres, comme l'attestait la *Résolution du Barreau de 2012 relative à l'action de groupe*[451]. D'abord, ils souhaitaient que l'action de groupe soit générale et non pas limitée à un type de contentieux. De même, la représentation ne devait pas être réservée aux seules associations. Ensuite, l'avocat devait impérativement établir une convention d'honoraires, « elle [devait être conclue] dans le respect des dispositions législatives et règlementaires en vigueur applicables à la fixation libre des honoraires de l'avocat. La convention [pouvait] déterminer une répartition entre l'honoraire de base et un honoraire de résultat, selon des modalités qui [auraient été] définies par le *Règlement intérieur national de la profession d'avocat* »[452]. Si le Barreau français ne veut pas d'une représentation exclusivement associative, est-ce pour permettre aux avocats de diversifier leur clientèle ? Selon nous, comme nous le verrons plus loin, l'arbitrage entre une représentation ouverte aux personnes physiques ou réservée aux associations ne doit pas se fonder sur des raisons corporatistes mais plutôt d'utilité de l'action pour les victimes. Sur le contentieux concerné, pour des raisons tenant au bon sens, nous rejoignons le Barreau. Il n'y pas de raison de réparer uniquement, par exemple, les préjudices de consommation par cette voie, comme l'a privilégié le législateur dans l'action de groupe, et d'ignorer le préjudice écologique. Cela reviendrait à reconnaître

[449] Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273 – 293 au par. 17.
[450] *Id.*, au par. 18.
[451] CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, *Résolution du Conseil nationales des Barreaux, L'introduction de l'action de groupe en droit français*, Paris, 6 et 7 juillet 2012, [en ligne] : < http://cnb.avocat.fr/docs/textes/CNB-RE2012-07-06_TXT_Introduction-action-de-groupe-en-France.pdf>.
[452] *Id.*, Résolution n° 6 à la p. 2.

une importance plus grande au préjudice des consommateurs qu'au préjudice environnemental. Cependant, plus les types de contentieux concernés sont larges, plus les sources de revenus le sont aussi. La résolution du Barreau prend alors une coloration financière qui s'achève par cette précision sur les honoraires. Bien que fixés par voie de convention, ils devaient être libres et comprendre un honoraire de résultat en plus d'un honoraire de base conformément à la règlementation française. Nous laisserons de côté pour le moment la question du calcul des honoraires de l'avocat, relevons simplement que le recours collectif est empreint d'un enjeu financier pour l'avocat. Lequel peut compromettre la représentation du groupe s'il prend une place telle que l'avocat n'exercera que les actions collectives les plus rentables et allongera les délais de procédures pour maximiser ses gains à l'heure ou, au contraire, obtiendra une transaction avantageuse pour lui mais pas nécessairement pour les membres du groupe. Bien qu'il s'agisse d'une caricature américanisante, les avocats français ne semblent pas désintéressés par l'action de groupe[453]. Mais cet intérêt justifiait-il pour autant leur exclusion de l'action de groupe[454] ?

En droit québécois, l'avocat ne peut se prêter à ce type de dérives en raison de certaines dispositions du C.p.c.Q. L'article 1045 C.p.c.Q prévoit que le Tribunal peut accélérer la procédure si cela est dans l'intérêt des membres du groupe. L'article 1025 dispose que la transaction doit être approuvée par le Tribunal. L'article 1035 explique que les honoraires de l'avocat sont les deuxièmes imputées sur la somme obtenue par le groupe après les frais de justice et avant les réclamations des membres, ce qui garantit la solvabilité des membres pour l'avocat. L'article 1050.1 limite les honoraires en cas de condamnation aux dépens à un type d'honoraire en référence au *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*[455]. L'avocat-entrepreneur est ainsi détourné, au moins dans les

[453] Un auteur considère que l'intérêt de l'avocat est d'agir par voie de recours collectif pour des raisons financières. Il pourra en effet toucher « un pourcentage de l'indemnité recouvrée pour l'ensemble des membres du groupe», v. Pierre DESCHAMPS, « La preuve en matière de recours collectif », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 115, *Développements récents en recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, p. 177.

[454] V. à ce sujet, le débat sur l'exclusion des avocats de la procédure d'action de groupe : Marine BABONNEAU, « Action de groupe : l'avant-projet de loi exclut des avocats », *Dalloz actualité*, 3 avril 2013 ; Marine BABONNEAU, « Action de groupe : la profession tente de rallier les parlementaires à sa cause », *Dalloz actualité*, 31 mai 2013 ; Jean-Daniel BRETZNER, « Ombres et lumières autour de la « qualité pour agir » dans l'action de groupe », dans la *Gazette du Palais*, 16 mai 2013, n° 136, L'extenso.fr, GPL130j6 ; Caroline FLEURIOT, « Action de groupe : le projet de loi présenté en Conseil des ministres », *Dalloz actualité*, 3 mai 2013 ; Anne PORTMANN, « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », *Dalloz actualité*, 29 avril 2013 ; Bernard VATIER, « Peut mieux faire », dans la *Gazette du Palais*, 16 mai 2013, n° 316, L'extenso.fr, GPL130d1.

[455] Chapitre B-11, r. 2.

textes, de toute logique marchande contraire aux intérêts du groupe. La France aurait pu adopter des garanties similaires, au-delà du contrôle par le juge de la médiation.

Une autre question se situe dans le prolongement de la représentation entrepreneuriale du groupe par l'avocat, celle du démarchage des victimes.

28. Le démarchage par l'avocat - Dans le cadre d'un recours collectif, le démarchage permet aux avocats américains de diffuser l'information sur l'introduction de l'action auprès des victimes et ainsi d'accroître la taille de la classe[456]. La taille du groupe augmentera l'effet dissuasif et sanctionnateur mais aussi le nombre potentiel de victimes indemnisées.

Par démarchage, nous entendons le fait pour un avocat de solliciter des clients dans certains lieux privés ou publics mais aussi à distance par de la publicité. En France, contrairement à l'idée reçue, la publicité est possible. L'article 10.1, alinéa 2 du *Règlement Intérieur National* (ci-après *RIN*) du Barreau français prévoit cette possibilité dès lors qu'elle est dans l'intérêt du public[457]. L'article 10.2 du *RIN* complète et encadre cette publicité :

> « Tout acte de démarchage, tel qu'il est défini à l'article 1er du décret n° 72-785 du 25 août 1972, est interdit à l'avocat en quelque domaine que ce soit.
> Toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel est interdite à l'avocat.
> La publicité personnelle de l'avocat ne peut être faite par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées. »

L'esprit du règlement est d'éviter toute dérive commerciale[458]. La prohibition des moyens classiques de publicité commerciale atteste de cette préoccupation. L'article 1er du *Décret n° 72-785 du 25 août 1972* (ci-après *Décret de* 1972) précise :

> « Constitue un acte de démarchage au sens de l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971 le fait d'offrir ses services, en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique ou de provoquer à la souscription d'un contrat aux mêmes fins, notamment en se rendant personnellement ou en envoyant un mandataire soit au domicile ou à la résidence d'une personne, soit sur les lieux de travail, de repos, de traitement ou dans un lieu public ».

---

[456] José María PÉREZ, « Introduction à la class action en droit américain », dans Véronique MAGNIER (dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, Paris, PUF, 2004, p. 26.

[457] Le texte dispose : « La publicité fonctionnelle destinée à faire connaître la profession d'avocat et les Ordres relève de la compétence des institutions représentatives de la profession. [en ligne] : <http://cnb.avocat.fr/docs/RIN/RIN_2010-05-08_Consolide+Commentaire%5bFinal%5d.pdf>.
La publicité est permise à l'avocat si elle procure une information au public et si sa mise en œuvre respecte les principes essentiels de la profession.
La publicité inclut la diffusion d'informations sur la nature des prestations de services proposées, dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage ».

[458] L'article 10.2 du *RIN* prohibe sur dans les publicités « toutes mentions laudatives ou comparatives ».

Il est frappant de voir la similitude de rédaction de l'article 2 du *Décret de 1972*[459] avec l'article L. 422-1 du *code de la consommation* sur l'action en représentation conjointe des consommateurs. L'alinéa 2 dispose en effet :

> « Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur. »

L'association de consommateurs est soumise indirectement aux mêmes règles déontologiques que les avocats. Cette règle a d'ailleurs été sanctionnée par la Cour de cassation dans l'affaire du *cartelmobile*[460].

Cela traduisait bien le souci du législateur et des juges d'éviter le démarchage et donc les dérives spéculatives en matière d'actions collectives. Les avocats ne sont ainsi pas les seuls suspectés d'intentions commerciales, démontrant par la même que les dérives entrepreneuriales ne dépendent pas du Barreau mais du recours collectif en lui-même. Il semble que la collectivisation du contentieux induise nécessairement un risque de dérives spéculatives.

Finalement, l'action de groupe française consacre des mesures sur la publicité après le jugement sur la responsabilité du professionnel[461]. Cette disposition évite que l'association démarche les victimes.

Au Québec, Barreau francophone pratiquant le droit civil, l'encadrement de la profession n'est pas aussi précis qu'en France. À notre connaissance, aucun scandale n'est venu jeter l'opprobre sur la profession à la suite d'un recours collectif. Le *Code de déontologie des avocats*[462] pose des règles similaires aux règles françaises quoique moins précises. La provocation de litiges par l'avocat est interdite, ce qui démarque le Barreau québécois des habitudes américaines[463]. L'article 4.02.01 considère, aux points *i* et *m*, qu'est dérogatoire à la dignité de la profession :

---

[459] Le *Décret de 1972* avait déjà posé cette formule à son article 2 : « La publicité en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer son assistance en matière juridique ne peut être faite par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées ».
[460] *Supra*, note 406.
[461] *Infra*, note 464.
[462] Chapitre B-1, r. 3.
[463] Art. 2.02. : « L'avocat ne doit pas fomenter de dissensions ou provoquer de procès en recherchant les défauts, inexactitudes ou lacunes dans des titres ou documents de nature privée et en les portant à la connaissance d'autrui dans le but d'obtenir, pour lui ou une autre personne, un contrat ayant pour objet d'intenter des procédures ou d'en retirer un avantage ».

« i) d'inciter une personne de façon pressante ou répétée à recourir à ses services professionnels ;
m) d'employer ou de payer des agents ou démarcheurs pour inciter des personnes à avoir recours à ses services professionnels ».

Même si cela est dit différemment et avec moins de précisions, les objectifs sont les mêmes que le *RIN*. On peut donc conclure que le Barreau français ne s'expose pas à des dérives spéculatives tout comme le Barreau du Québec. Le choix français d'évincer l'avocat de l'action de groupe n'est donc pas fondé.

Cependant, le recours collectif québécois présente des particularités en matière de publicité qui viennent aussi expliquer cette absence de dérives. Comme il l'a été signalé plus haut, le Tribunal orchestre largement la publicité du recours collectif, comme en France[464], avec le soutien du Fonds d'aide au recours collectif. De cette manière, l'avocat n'a pas à démarcher les clients, ces derniers sont informés par voie de presse ou par Internet de l'existence du recours collectif. Les risques d'un groupe largement inférieur au nombre réel des victimes est de cette manière évité. Le recours collectif conserve son utilité politique à savoir sa valeur dissuasive, sanctionnatrice et réparatrice. Des valeurs particulièrement recherchée en droit de la concurrence.

Nous venons de voir que le démarchage, à tout le moins la publicité autour du recours, est un gage de son succès. Dès lors, *toute forme de limitation de la publicité du recours collectif de sa création à la liquidation de la créance d'indemnisation met en péril son effectivité*. L'action de groupe française, par les mesures de publicité prescrites, favorise ainsi l'indemnisation des victimes, tout comme le modèle québécois de recours collectif.

29. Le choix du représentant personne physique en fonction de sa compétence – Qu'il s'agisse du représentant-avocat ou du représentant-membre du groupe, la compétence est un critère qui leur est commun. L'avocat ne peut prendre en charge une affaire que s'il se juge compétent pour la mener à bien conformément aux règles déontologiques de

[464] Art. L. 423-3-1 c.conso. : « S'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe ».
« Les mesures de publicité du jugement sont à la charge du professionnel. Elles ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation ».

la profession[465]. La question de la compétence de l'avocat ne pose pas de problèmes autres que ceux réglés par la déontologie. Toutefois, pour le représentant du groupe, les tribunaux canadiens ont exigé, dans le cadre d'un recours collectif, un type de compétence particulière au-delà des critères de représentativité du groupe.

De la même manière que dans une action classique, l'intérêt à agir est une cause de rejet de l'action. En droit français, la qualité à agir est une condition parfois attribuée aux associations de consommateurs alors qu'elles ne sont pas des victimes directes et personnelles[466]. L'analyse est transposable au représentant du groupe[467] dans le cadre d'une action de groupe. Même en France, la procédure civile permet par ce biais un contrôle de la représentation du groupe. Cependant, contrairement au Canada, le contrôle ne va pas jusqu'à vérifier la compétence du représentant. L'explication réside dans le fait que le législateur français habilite lui-même les associations qui peuvent agir au nom d'un groupe de victime. Les associations bénéficient alors d'une forme de *présomption légale irréfragable de compétence*.

La phase de certification est une phase durant laquelle le représentant doit démontrer son aptitude à défendre les intérêts du groupe. L'exemple québécois est parfaitement clair sur ce sujet. Dans le recours collectif québécois, la qualité du représentant est primordiale. Le législateur québécois a tenu à s'assurer que le recours soit introduit, non pas par des « opportunistes », mais bel et bien par une personne qui « est *en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres* »[468]. Le tribunal doit donc s'assurer que la représentation est adéquate. À l'origine, les tribunaux québécois exigeaient que le représentant ait fait des recherches précises sur son recours

[465] En France, v. art. 1er, 1.3 du *RIN* : « Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence » ; art. 21.3.1.3. L'avocat n'accepte pas de se charger d'une affaire s'il sait ou devrait savoir qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour la traiter, à moins de coopérer avec un avocat ayant cette compétence.
Au Québec, le *Code de déontologie des avocats* prévoit aux articles :
3.00.01. : « L'avocat a, envers le client, un devoir de compétence ainsi que des obligations de loyauté, d'intégrité, d'indépendance, de désintéressement, de diligence et de prudence » ;
3.02.03. : « L'avocat doit éviter toute fausse représentation quant à son niveau de compétence ou quant à l'efficacité de ses services professionnels ou, le cas échéant, quant au niveau de compétence ou à l'efficacité des services des personnes qui exercent leurs activités au sein de la même société que lui » ;
5.02. : « L'avocat ne peut s'attribuer des qualités ou habiletés particulières, notamment quant à son niveau de compétence ou quant à l'étendue ou à l'efficacité de ses services professionnels, que s'il est en mesure de les justifier ».
[466] S. AMRANI MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », dans *Liber amicorum, Études Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, aux par. 22 et 28.
[467] *Id*., au par. 30.
[468] Art. 1003, d), C.p.c.Q. V. S. PIETRINI, *op.cit.*, note 447 sur l'*adequacy*.

et qu'il ait été en contact avec un certain nombre de membres du groupe qu'il entendait représenter. L'inconvénient est que de telles exigences sont élitistes. En effet, seul un spécialiste du droit, pour tout dire un avocat, est capable de se renseigner précisément sur le recours collectif et d'en cerner tous les enjeux. Par voie de conséquence, l'objectif de justice sociale était perdu. La Cour supérieure du Québec est donc venu préciser que « *le représentant adéquat est essentiellement le justiciable moyen, de bonne foi, qui, au meilleur de ses capacités, agit dans l'intérêt des membres de concert avec ses procureurs* »[469]. Cette exigence date de 2002 mais rappelons qu'en 2003, le recours collectif québécois a été révisé pour permettre l'action des personnes morales. En droit de la concurrence, les préoccupations concernent l'entreprise qui se ferait représentée dans un recours collectif suite à une entente, seule pratique anticoncurrentielle susceptible de recours en droit canadien[470]. La définition ne correspond plus dès lors à la réalité. Un justiciable moyen ne peut pas représenter une entreprise. En revanche, un

[469] *Hotte* c. *Servier Canada Inc*.,[2002] R.J.Q. 230, au par. 39. La citation *in extenso* est la suivante, elle est particulièrement enrichissante pour le droit français qui souhaite être raisonnable et éviter que les avocats soient les seuls à bénéficier de l'action : « Le représentant adéquat est essentiellement le justiciable moyen, de bonne foi, qui, au meilleur de ses capacités, agit dans l'intérêt des membres de concert avec ses procureurs. L'élitisme n'est pas de mise en cette matière et celui qui se propose pour agir comme représentant n'a pas à être le meilleur. Au stade de l'autorisation, l'essentiel du travail étant à venir, celui qui a fait en sorte que la requête en autorisation a été entendue, a, jusqu'à preuve contraire, représenté adéquatement les membres. Il a travaillé avec ses procureurs, a prêté serment, a été interrogé, accomplissant ainsi les formalités requises pour l'exercice du recours. Les tribunaux dans leur sagesse ont évité de créer une catégorie de superjusticiables ou une fonction avec le rôle de représentant ce qui aurait été à l'encontre de la philosophie même du recours collectif. La ménagère prestataire de l'aide sociale, et le détenu sont sur le même pied que le notaire ou l'avocat pour agir à ce titre. On examine la démarche du requérant dans le contexte précis de chaque recours. L'on donne la chance au coureur et l'on ignore les procès d'intention que l'on fait parfois à son égard. Le rôle de représentant est donc situé dans sa juste perspective, soit l'accès à la justice, l'intérêt des membres, le tout sous surveillance étroite et constante du tribunal ».
La notion de « justiciable moyen » est intéressante eu égard au droit de la consommation français. La notion de « consommateur moyen » y est beaucoup utilisée pour évaluer la faute du professionnel dans les infractions publicitaires. C'est une conception objective du consommateur. Elle vise comme dans notre cas à évaluer la compétence des consommateurs pour appréhender une publicité trompeuse. V. Linda ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la publicité*, Rennes, PUR, 2010, p. 140 à 150. Il reste que cette compétence n'a pas les mêmes fins que le recours collectif, il faut distinguer la représentativité de la compétence du groupe de la compétence à représenter le groupe. Toutefois, l'utilisation d'une compétence moyenne est souvent utilisée en matière de consommation que ce soit en droit substantiel ou procédural pour régler le problème de l'hétérogénéité des profils des consommateurs. Au Canada, sur la notion de consommateur moyen, v. *Richard* c. *Time Inc*., [2012] 1 R.C.S. 265 ; Annie-Claude BEAUCHEMIN et Hubert SIBRE, « L'affaire *Richard* c. *Time* : jusqu'où peut aller le publicitaire pour éblouir le consommateur ? » dans Pierre-Claude LAFOND, *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012, 23-46 ; Marc LACOURSIÈRE, « Richard c. Time Inc. : à la recherche de la définition du « consommateur-moyen » ! », (2012) 90/2 *La revue du Barreau canadien* 495-510. Sur la question précise des dommages et intérêts punitifs dans cette affaire, v. Daniel GARDNER, « Les dommages punitifs et la protection du consommateur: un commentaire de l'arrêt Time inc. », (2011) 90 *R. du B. can.* 701-717.

[470] Sous réserve de toute autre faute civile au sens du C.c.Q. qui ouvrirait un droit général à réparation.

entrepreneur ayant une expérience des affaires présente des qualités plus pertinentes tout comme organisation professionnelle.

30. La représentation des entreprises – Lors du débat sur l'action de groupe en France en 2013, le rapport dit « Hammadi » de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le *projet de loi relatif à la consommation*[471], du nom de son rapporteur, Razzi Hammadi, faisait la remarque suivante :

> En effet, certaines questions ont pu surgir pour savoir si des entreprises (notamment des sous-traitants par rapport à des grands groupes) pouvaient ou non former une action de groupe en vue d'obtenir réparation d'un préjudice qu'elles auraient subi. Telle n'a pas été la volonté poursuivie dans ce texte.

Nous souhaitons nous interroger davantage sur la pertinence de ce rejet. En droit de la concurrence, il n'est pas possible de faire l'économie d'une étude de la représentation des entreprises. Nous pouvons distinguer deux types de difficultés. Si le représentant est une personne physique, le risque de la représentation par un consommateur de l'entreprise est réel. Il n'est pas en mesure de percevoir les enjeux du recours pour l'entreprise. Pourtant, au Québec, la décision de 2005, *Nutri-Mer II*[472], permet le regroupement des recours collectifs de personnes morales et de personnes physiques. Les risques de confusions des genres sont bien réels au Québec. Il s'agit de la première difficulté.

La seconde difficulté résulte dans une solution envisageable en France et au Québec. Une organisation professionnelle, de type syndicale, pourrait agir en représentation de ses membres. La solution est séduisante en France en raison du caractère associatif[473] de l'action de groupe. Au Canada, le *Réseau des entreprises canadiennes*[474] (REC) tenu par Industrie Canada démontre l'existence d'un maillage associatif important chez les entreprises. En France, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) est un exemple d'organisation professionnelle représentant à l'échelle

---

[471] FRANCE, PARLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la consommation*, n° 1156, (2012-2013) – 13 juin 2013 (ci-après *Rapport Hammadi*).
[472] *Op.cit.*, note 436.
[473] En effet, en France, les syndicats possèdent un large pouvoir de représentation des salariés. Ils peuvent se substituer au salarié dans l'action en justice par voie d'action ou encore le représenter. Ils peuvent aussi agir par voie d'intervention. Même si l'objet du contentieux concerne l'intérêt individuel du salarié et non l'intérêt collectif des travailleurs. V. à ce sujet notamment, Pierre-Yves VERKINDT, « Action en justice et action de groupe », dans V. MAGNIER (dir.), *op.cit.*, note 456, p. 39 et s.
[474] [en ligne] :< http://www.ic.gc.ca/eic/site/ccc-rec.nsf/fra/accueil>.

nationale l'intérêt des entreprises. La difficulté tient ici au conflit d'intérêt. Le problème de ce type d'associations est qu'elles représentent à la fois les victimes et les « bourreaux ». Ce conflit d'intérêt est insolvable. Il écarte d'office la proposition. Le risque est que l'association reçoive des pressions pour éviter une action en justice de la part d'un membre important, qui se trouvera être souvent l'auteur de pratiques anticoncurrentielles. De plus, les chefs d'entreprises membres de l'association, voire membres de sa direction, peuvent eux-mêmes être impliqué dans une affaire de pratiques anticoncurrentielles ou avoir un lien privé ou professionnel avec les auteurs des pratiques. Dans ces conditions, cette représentation professionnelle, même si elle résout la question de la compétence, pose des problèmes plus dangereux encore.

Une solution pourrait être une représentation en duo par deux personnes physiques, l'une serait consommateur et l'autre entrepreneur, chacun œuvrant pour chaque partie du groupe de victime auquel il correspond. L'hypothèse n'est pas nouvelle. Par exemple, dans les dossiers *Thouin* et *Jacques* relatifs au complot de l'essence, l'honorable Juge Bélanger avait adjoint aux représentants personnes physiques, l'association de protection automobile (ci-après APA) pour ces raisons :

> « Il faut souligner que le présent recours risque d'être lourd pour le représentant. Il est bien indiqué qu'un organisme voué à la défense des droits des automobilistes agisse à ce titre »[475].

La personne morale vient ici aider la personne physique en raison de la difficulté du litige, caractérisée dans le présent exemple par sa lourdeur. La possibilité d'aider un représentant en lui en adjoignant un autre n'est donc pas une nouveauté. Elle est recommandée dans un recours collectif en droit de la concurrence en raison de la complexité des affaires[476].

La France, quant à elle, a anticipé les difficultés en permettant à l'association de « s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, pour l'assister,

---

[475] *Thouin*, *op.cit.*, note 378, au par. 229.

[476] En droit de la concurrence, la complexité est une donnée à prendre en compte dans un procès. C'est cette complexité qui a amené une Cour d'appel fédérale américaine à exclure la présence d'un jury de citoyen. Dans ce cas, le 5ème amendement prévoyant le droit à un procès équitable à supplanter le 9ème amendement sur le jugement devant un jury populaire. V. In re *Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 631 F.2d 411, 430 (9th Circuit 1979) citée dans A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *op.cit.*, note 385, p. 194.

notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation »[477].

Nous venons d'étudier la représentation au sens large, elle regroupe la représentation par l'avocat et par un représentant personne physique ou morale membre de groupe. Pour ce dernier, une compétence particulière lui est demandée s'il veut représenter le groupe. Une autre question se pose, particulièrement en France, celle de la représentation spécialisée ou associative. Elle concerne les hypothèses d'actions collectives réservées exclusivement aux associations de consommateurs. Il apparaît opportun de voir si cette forme de représentation est adéquate en droit de la concurrence.

B. La représentation spécialisée ou associative

31. La représentation de l'intérêt collectif en France – Le droit français privilégie la représentation associative dans les actions collectives. De même, l'action de groupe est réservée aux associations de consommateurs[478]. Cependant, en France, on reproche aux associations et aux syndicats, dans la défense d'intérêts collectifs, d'empiéter sur le rôle du parquet[479] et plus particulièrement les groupements sont la principale source de concurrence[480]. Au Québec, on a aussi remarqué que lorsqu'un recours collectif concernait le droit public, le risque était que le représentant endosse le rôle du procureur général. Il faut donc, pour avoir l'autorisation d'agir, que l'intérêt du groupe et du représentant se distingue de celui du Procureur général[481].

---

[477] Art. L. 423-9 c.conso.

[478] V. l'art. L. 423-1 c.conso. : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire et ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles (…) ».

[479] Julie SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010, au par. 614 et 619.

[480] *Id.*, au par. 638. Sur la privatisation de l'action publique et la remise en cause du principe d'indisponibilité de l'action publique voir André DECOCQ, « L'avenir funèbre de l'action publique », dans *L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ*, 1999, p. 781, *passim*.

[481] André RIENDEAU, « La susceptibilité d'exercice collectif d'un recours en droit québécois », (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 109-110.

Il faut observer qu'en France, en procédure pénale, dès lors qu'une association est habilitée à agir en justice en se constituant partie civile[482], elle palie le cas échéant l'inertie du parquet et devient un auxiliaire privé de justice[483]. Il s'agit de la même situation en droit de la concurrence : on espère que les recours collectifs permettront des actions dans des affaires qui pourraient être délaissées par les autorités nationales de concurrence (action *stand-alone*). Une action de groupe a le mérite de laisser au parquet la représentation de la société en tout cas dans le lancement des poursuites pénales, l'action de groupe étant un outil de procédure civile. Cependant, l'action de groupe des associations de consommateurs crée une confusion supplémentaire[484] entre la représentation de l'intérêt collectif et la représentation d'une somme d'intérêts individuels. La loi reconnaît aux associations le droit de défendre un intérêt collectif, cela n'a rien de contestable. En revanche, accepter qu'une association représente des intérêts individuels paraît en contrariété avec leur « objet légal », c'est-à-dire la défense d'intérêts collectifs comme objet statutaire explicite posé à L. 421-1 du *code de la consommation*[485].

32. La représentation critiquable par l'association de consommateurs – Donner l'action de groupe aux associations, comme le fait l'action de groupe française, risque de créer la confusion des groupes. En effet, les victimes qui forment le groupe ne sont pas forcément les membres de l'association. Pour cette raison, il est suggéré que la représentation par une association ne soit pas subordonnée à l'adhésion à l'association[486], elle-même passant par le versement d'une cotisation[487]. Sinon les dérives spéculatives évoquées plus haut reviendraient sur la scène. Par rapport à son

[482] V. *supra*, au par. 3.
[483] S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », *op.cit.*, note 211, au par. 23.
[484] La première confusion est celle entre l'intérêt général et l'intérêt collectif.
[485] Le texte dispose : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », *op.cit.*, note 211, au par. 24 ; B. PAILLARD, *op.cit.*, note 225, au par. 81 ; Louis BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant des juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, Thèse, 1997, au par. 44 et s.
[486] S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5, p. 347.
[487] S'il est tout à fait normal pour un consommateur de contribuer financièrement à l'association à laquelle il demande de l'aide à titre individuel, il en va autrement dans un recours collectif, ne serait-ce que parce que seules les victimes identifiables pourront payer dans un système *opt-out* mais aussi pour éviter les dérives spéculatives tant redoutées par le législateur français chez les avocats. De plus, aussi modique que puisse être la contribution, elle constituera, à n'en pas douter, un obstacle psychologique supplémentaire dans un domaine qui en comporte déjà beaucoup.

objet, l'association, bien que qualifiée de « consommateurs », ne représente pas forcément tous les contentieux de la consommation. Par exemple, des petits épargnants seraient bien mieux représentés par une association compétente dans le domaine financier qu'une association généraliste de consommateurs. On retrouve ici les problématiques de compétence. En outre, c'est prendre le risque de voir l'association la plus « riche » mener une politique de poursuite en choisissant elle-même les causes qui méritent une action judiciaire[488]. De plus, il existe un risque de mise en concurrence des associations. Pour reprendre notre exemple des petits épargnants, si l'association généraliste veut agir en représentation et que l'association spécialisée dans la défense des petits épargnants souhaite elle aussi agir, comment le juge tranchera cette question ? Quelle association sera la mieux à même de mener le groupe ? Celle qui est généraliste mais d'une taille suffisamment importante pour avoir des moyens financiers nécessaires au financement de l'action ou bien l'association spécialiste de la question qui aura moins de moyens mais qui aura une meilleure représentativité ? On voit bien toute la difficulté pratique et le risque de tensions que cela pourrait générer dans le monde associatif, sans compter sur de possibles dérives spéculatives d'associations petites et grandes qui profiteraient des actions de groupes pour renflouer leur caisse soit par le biais des actions elles-mêmes, soit par la publicité[489] qui serait faite autour de certaines actions par la voie des médias et qui pourrait laisser croire aux consommateurs que l'adhésion à l'association est un moyen sûr de faire partie du groupe. L'article L. 423-1 du *code de la consommation* solutionne la question en faisant intervenir le juge en cas de concurrence entre les associations pour agir sur les mêmes faits[490].

Ainsi, nous retombons sur notre postulat de départ, celui d'une confusion des groupes. L'action de groupe exercée par l'association ne signifie pas que le groupe est constitué des membres de l'association. Une confusion réelle est alors possible dans

---

[488] ASSOCIATION FRANÇAISE D'ÉTUDE SUR LA CONCURRENCE, *Consultation de la Commission sur le recours collectif*, p. 27 et 30, [en ligne] : < http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/afec.fr.pdf> ; S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5, p. 347.

[489] Affirmé par J. SEGAUD, *op.cit.*, note 479, p. 353.

[490] L'article dispose : « Lorsque plusieurs associations introduisent une action portant sur les mêmes faits, elles désignent l'une d'entre elles pour conduire celle qui résulte de la jonction de leurs différentes actions. À défaut, cette désignation est effectuée par le juge ». V. aussi, l'art. L. 423-24 du même code qui affirme : « Toute association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut demander au juge, à compter de sa saisine en application de l'article L. 423-1 et à tout moment, sa substitution dans les droits de l'association requérante, en cas de défaillance de cette dernière ».

l'esprit du consommateur. Pour remédier à cela, l'article L. 423-5 du *code de la consommation* énonce à son alinéa 4 que « l'adhésion au groupe ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante ».

Il faut évoquer à ce sujet l'hypothèse intéressante de Monsieur Louis BORÉ, qui proposait pour certaines associations de défense que leurs statuts prévoient que l'adhésion vaut mandat d'agir en justice[491]. Cette hypothèse est contestable en raison des dérives spéculatives énoncées précédemment[492] et en raison de la confusion entre le groupe des victimes et le groupe des sociétaires. Bien entendu, la confusion n'est valable que dans le cas d'une association préconstituée sans objectif de défense précis. Cependant, l'association créée pour la défense d'un préjudice précis instaure une confusion logique entre le groupe de victimes et le groupe des sociétaires.

Comme le rappelle l'auteur québécois Pierre-Claude Lafond, relativement à l'adhésion positive du consommateur au groupe : « Exiger du consommateur qu'il prenne du temps et fasse une démarche pour réclamer une somme modeste conduit inévitablement à un taux extrêmement bas de participation »[493]. L'effet dissuasif et sanctionnateur s'en verrait affaibli ainsi que la réparation d'un maximum de victimes. Il s'agit pourtant du choix français.

Par ailleurs, le *Rapport Hammadi* énonçait qu' « [u]ne association de défense des consommateurs, aussi active soit-elle, peut avoir à faire face à une très lourde charge de travail dans le cadre d'une action de groupe, en particulier dans l'hypothèse où les victimes du dommage se comptent par centaines ou par milliers. Le traitement des demandes d'adhésion au groupe, la vérification de la situation de chacun, le lien à assurer entre les victimes et le professionnel... autant d'éléments qui ont conduit l'article [L. 423-9] à prévoir que l'association pourrait s'adjoindre les services d'une personne pour l'assister ». Ce choix élimine partiellement les difficultés de la représentation associative.

---

[491] Louis BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant des juridictions administratives et judiciaires*, Thèse, Paris, LGDJ, 1997, au par. 111.
[492] Serge GUINCHARD parle de « trésor de guerre », v. S. GUINCHARD, *op.cit.*, note 211, au par. 28.
[493] Pierre-Claude LAFOND, « L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice », (2007) 37 *R.G.D.* 349-367, à la p. 361, au par. 19.

Il est heureux que la France ait fini par adopter une procédure d'action de groupe qui répond dans les grandes lignes à la logique de la collectivisation du recours privé[494]. Cette collectivisation annonce cependant la fin du monopole de l'action publique sur le droit des pratiques anticoncurrentielles.

Section II – La fin du monopole de l'action publique sur le droit des pratiques anticoncurrentielles : la place de la victime dans l'ordre concurrentiel

La collectivisation du recours privé en matière de concurrence, en tant que phénomène juridique prenant en compte les victimes de pratiques anticoncurrentielles par l'instrument du recours collectif, induit nécessairement la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par les victimes de ces pratiques. De ce fait, le monopole actuellement exercé par les autorités de concurrence au Canada et en France sur la poursuite des pratiques anticoncurrentielles tend à se restreindre. On peut alors envisager plusieurs hypothèses pour concilier les procédures. Une hypothèse serait de confier aux autorités de concurrence le contentieux privé relatif aux pratiques anticoncurrentielles[495]. La compétence spécialisée de l'autorité de régulation permettrait une analyse pertinente du dossier. De plus, il en résulterait une économie judiciaire puisqu'il n'y aurait qu'un seul procès[496]. Une autre solution serait de spécialiser les tribunaux de droit commun en les sensibilisant au droit des pratiques anticoncurrentielles pour trancher ce litige. Il faut dans ce contexte envisager, non seulement une répartition du contentieux entre le *public enforcement* et le *private enforcement*, mais aussi veiller à ce que l'un ne prenne pas ombrage de l'autre. Pour accomplir cet objectif, nous devons envisager la place du contentieux privé en droit des pratiques anticoncurrentielles dans l'environnement juridictionnel du droit de la concurrence (§1) pour comprendre l'impact réciproque de l'action privée sur l'action

---

[494] Benjamin LEHAIRE, « La collectivisation du recours privé en droit de la concurrence : réalité canadienne et perspectives françaises », (2013) 1 *B.D.E.* 1-9.

[495] En Angleterre, le *Competition Appeal Tribunal* peut prononcer des dommages et intérêts sur demande des victimes une fois que la décision de l'autorité régulatrice, l'*Office of Fair Trading*, a été rendue, v. Muriel CHAGNY et Jacqueline RIFFAULT-SILK, « Actualité du contentieux des dommages concurrentiels », RLC 2008/20, p. 154.

[496] À l'image de l'action civile française au pénal, v. *supra* au par. 3. À ce titre, il faut remarquer que la victime conserve la possibilité d'attraire l'auteur devant les juridictions judiciaires de droit commun dans une action en responsabilité civile. Dans ce cas, il y aura dédoublement de la procédure si la victime choisit d'agir seule en parallèle de l'action publique. Mais, en l'absence de l'action publique, il restera une seule instance qui sera privée. L'économie est donc à nuancer.

publique des autorités de concurrence dans la mise en œuvre parallèle du droit des pratiques anticoncurrentielles (§2).

§1 : La place du contentieux privé en droit des pratiques anticoncurrentielles dans l'environnement juridictionnel de la concurrence

Pour comprendre si la place du contentieux privé doit évoluer dans l'environnement juridictionnel de la concurrence[497], il faut envisager un mouvement du contentieux privé des juridictions de droit commun vers les autorités de concurrence. Il faut étudier s'il est souhaitable ou si les juridictions de droit commun peuvent, par exemple en se spécialisant, traiter du contentieux privé afin de favoriser le droit à l'action privée concurrentielle. Dans un premier temps, nous envisagerons l'état du droit positif en ce qui concerne la compétence des juridictions civiles (1), dans un second temps, le droit tel qu'il pourrait être en ce qui concerne la compétence des autorités de concurrence (2).

1) La compétence des juridictions civiles *de lege lata*

En droit, l'analyse de la compétence d'une juridiction se décline toujours en deux aspects que nous respecterons aussi dans notre étude, à savoir, d'abord, l'analyse de la compétence territoriale (A) et, ensuite, l'analyse de la compétence matérielle de la juridiction (B).

A. La compétence territoriale

33. Le choix du lieu du domicile de la victime – L'action privée est exercée selon les règles classiques de la procédure civile. Le litige se déroule devant le Tribunal du lieu de résidence de l'adversaire. Le Tribunal compétent est donc celui du lieu de résidence du défendeur. La règle est énoncée par les Codes de procédure civile français[498] (ci-après C.p.c.) et québécois[499] (ci-après C.p.c.Q.). Pour la protection du consommateur, il

[497] Au sujet des procédures judiciaires en matière de concurrence, v. Cyril NOURISSAT, « À propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », RLC 2008/17, pp. 93-94.
[498] Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2010, p. 621 et 622. Les auteurs nous rappellent que par principe ce sont les règles de procédure civile qui s'appliquent aux litiges de consommation.
[499] Denis FERLAND, Benoît EMERY et Jocelyne TREMBLAY, *Précis de procédure civile du Québec, (Art. 1-481 C.p.c.)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1992. Art. 68 C.p.c.Q.

est préférable de faire le choix du Tribunal de son lieu de résidence. Sa faiblesse par rapport au défendeur milite en faveur d'un Tribunal compétent à proximité de son domicile. Le *Règlement CE du 22 décembre 2000*[500] dit *Bruxelles I* a choisi cette solution à l'article 16§1 pour les litiges transfrontaliers entre ressortissants des États membres de l'Union européenne[501]. De manière générale, en droit de l'Union européenne, les parties privées à une instance en réparation d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle sont soumis au *Règlement (CE) n° 44/2001* du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*[502]. Dans le cas précis de la concurrence déloyale, la loi applicable est celle du pays sur le territoire duquel « les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être »[503]. Le *code de la consommation* français prévoit quant à lui une option pour le consommateur dans ce même esprit. En effet, à l'article L. 141-5 de ce code, en plus du lieu de résidence du défendeur, le législateur propose au consommateur de choisir le lieu où il résidait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du dommage comme siège du tribunal compétent.

La territorialité du litige se divise en trois paliers. En France, le premier palier consiste en la présence du défendeur en France. Au deuxième palier, le défendeur est dans un pays de l'Union européenne. Enfin, au troisième palier, le défendeur est à l'extérieur de l'Union européenne. Au Canada, les paliers sont similaires, bien que la fédération canadienne ne soit pas l'Union européenne. On retrouve un contentieux au niveau de la province, puis au niveau interprovincial et enfin entre un individu d'une province et une entreprise étrangère, par exemple, une entreprise américaine. Même si l'entreprise auteur de pratiques anticoncurrentielles a son siège en Ontario et que la victime est un consommateur québécois, le C.p.c.Q. prévoit en principe la compétence du Tribunal du lieu de résidence du défendeur, ce qui pour les entreprises, correspond à

---

[500] COMMISSION CE, *Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO 16.1.2001, L 12/1.

[501] Au sujet d'une action privée posant la question de la compétence du Tribunal de commerce de Charleroi sur sa compétence territoriale, v. T. com. Charleroi, 15 mai 2006, n° A/05/03843, obs. C.N., « Compétence du Tribunal de commerce pour connaître d'une action en dommages et intérêts concurrentiels », RLC 2006/8, pp. 1001-101.

[502] JOUE n° L 012 du 16.1.2001, p. 0001 – 0023.

[503] COMMISSION CE, *Règlement CE n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, JOUE n° L199 du 31.7.2007, dit Rome II, art. 6.1.

son lieu d'établissement à défaut d'une remise de l'assignation en main propre au Québec ou de la présence de biens sur le territoire de la province du Québec[504]. Il faut noter que la règle du *forum non conveniens*, permettant à une juridiction de renvoyer l'affaire devant un autre Tribunal dans un souci d'une meilleure administration de la justice, n'existe pas au Québec[505]. C'est également le cas en France où seules les notions de litispendance et de connexité peuvent justifier un dessaisissement[506]. Nous reviendrons plus loin dans l'étude sur la question des contentieux extraterritoriaux en matière de recours privé et le *forum shopping* que cela implique.

Pour le moment, rappelons que les principes fondamentaux d'élection du tribunal en matière de compétence territoriale s'appliquent à l'action privée. Si le demandeur est une PME, elle ne pourra pas bénéficier des règles favorables au consommateur en France. Le Tribunal compétent sera celui du lieu de résidence du défendeur ou le lieu d'établissement de l'entreprise, c'est-à-dire concrètement là où se trouve son siège social. Il s'agit de règles dont la pertinence est relative pour un recours privé fondé sur le droit des pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où la règle n'est pas favorable aux PME. Les règles du C.p.c s'appliqueront à l'action privée exercée seule par une entreprise ou un consommateur. Selon la nature du litige, contractuelle ou extracontractuelle, le lieu du litige sera soit le lieu de résidence du défendeur[507], soit le tribunal compétent sera celui du lieu de livraison de la chose ou du service pour un

[504] Sur cette question, v. la décision très instructive *Option consommateurs* c. *Infineon Technologies a.g.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000251-047, 17 juin 2008, j. Mongeau (ci-après *Option consommateurs (2008)*). Cette affaire concernait un recours collectif intenté au Québec dans une affaire de complot sur les prix de la mémoire vive DRAM. La requérante s'était procurée un ordinateur par le site Internet de Dell Canada localisé en Ontario. Le plaidoyer de culpabilité avait été rendu aux États-Unis, en Californie. Aucun lien contractuel ne liait la requérante aux intimés. Après avoir confronté l'article 68 C.p.c.Q. prévoyant l'élection du juge du lieu de résidence du défendeur, à l'article 3148 du C.c.Q., qui prévoit que la faute, le préjudice ou un fait dommageable survenus au Québec donnent compétence aux autorités québécoises, le juge Mongeau considérait que les arguments de la requérante n'établissaient pas un lien direct et substantiel avec le Québec. Il rejeta la demande. Il nous apprend dans le cadre précis de la compétence territoriale qu'elle est celle de la Cour supérieure du district où le demandeur aurait subi le préjudice. L'hypothèse est envisagée au début de la décision, avant l'analyse, et conformément à l'article 3148 du C.c.Q. Le juge nous explique, en effet, que c'est le recours individuel du requérant qui sert de base à l'analyse (au par. 20). De plus, la question de la compétence *ratione loci* doit se régler au stade de l'autorisation (au par. 22).

[505] La règle du *forum non conveniens* ne s'applique pas au Québec, c'est-à-dire la règle selon laquelle un Tribunal peut se dessaisir s'il juge qu'un autre Tribunal pourrait mieux servir la justice. V. D. FERLAND, *op.cit.*, note 499, citant *Aberman* c. *Solomon*, [1986] R.D.J. 385, 390 (C.A). Toutefois, pour la Cour supérieure, sous l'empire de l'article 234 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, la règle trouve à s'appliquer.

[506] Hélène GAUDEMET-TALLON, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », (1994) 46/2 *R.I.D.C.* 423-435.

[507] Art. 42 C.p.c.

contrat. En matière délictuelle, le lieu du fait dommageable ou celui où le dommage a été subi[508] sera préféré. Il en va de même au Québec[509].

La logique de la compétence territoriale en droit de la consommation mériterait d'être transposée à l'action privée concurrentielle. Les deux types de contentieux reflètent la défense d'une partie faible et exigent la protection de celle-ci[510]. Si l'objectif est le renforcement du droit des victimes, il semble que la solution offrant un choix au consommateur soit à prescrire.

De toute évidence, la règle *ratione loci* est risquée pour le consommateur. Au Québec, on voit qu'elle laisse parfois les consommateurs victimes d'une entente anticoncurrentielle américaine sans voie de recours[511]. Les règles de compétence territoriale, même assouplies par les règles civilistes de compétence du Tribunal du lieu du dommage[512] restent rigides. À peine introduite, l'action privée peut être rejetée si la

---

[508] Art. 46 C.p.c.

[509] L'article 3149 du C.c.Q. dispose que **:** « Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée ». Pour une jurisprudence en matière de contrat d'adhésion, v. *Mofo Moko* c. *Ebay Canada Ltd*., (2013) C.S. 500-17-071900-123. On le voit, pour les contrats, la règle n'a pas le même esprit qu'en France mais le résultat est le même : la protection du consommateur. Pour les règles en matière de responsabilité civile extracontractuelles, v. *infra* note 512.

[510] Le C.c.Q. prévoit à l'article 3117 que : « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation » [Nous soulignons].

[511] *Option consommateurs (2008), op.cit.*, note 504. En outre, l'article 54.2 de *Loi sur la protection du consommateur* LRQ, c P-40.1 au Québec, prévoit que le tribunal compétent est celui du lieu de résidence du consommateur en cas de contrat électronique conclut en ligne. Cependant, dans cette affaire, il n'y avait pas de lien contractuel direct avec le coupable.

[512] Art. 3126 C.c.Q : « L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.

Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique ».

Et v. aussi l'art. 3148 : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants:

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

victime n'a pas les moyens d'aller plaider sa cause au lieu du siège social de l'entreprise. En France, la difficulté est résolue par des dispositions favorables aux consommateurs. Pour les PME, il faudra confier le dossier à un avocat plus proche avec les frais que cela comporte[513]. Au Canada, la solution n'est pas favorable aux PME et aux consommateurs. Par exemple, pour un québécois, plaider un dossier en Ontario, à Toronto, parce que l'entreprise coupable y est domiciliée, suppose un jugement rendu selon la conception de la responsabilité civile qui prévaut en *Common law*, loin de la résidence de la victime. En effet, la L.c. ne définit pas comment il faut comprendre les termes de l'article 36, c'est donc à chaque tradition juridique que revient la tâche de l'interpréter[514]. Toutefois, cela ne préjuge pas d'une interprétation moins favorable en *Common law*[515]. De plus, les règles de droit international privé peuvent désigner le droit québécois comme droit applicable au litige[516].

Nous venons de voir les règles *ratione loci* qui s'appliquent en France, en Europe, au Canada et particulièrement au Québec. Il reste à envisager les règles de compétence matérielle des tribunaux.

B. La compétence matérielle

34. Le choix de la juridiction civile spécialisée – En matière de recours privé en droit des pratiques anticoncurrentielles, la compétence matérielle est la même que pour les actions en responsabilité civile extracontractuelle ou contractuelle. Il convient ici de se concentrer sur l'impact du recours collectif sur la compétence matérielle des tribunaux.

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;
5° Le défendeur a reconnu leur compétence » [Nous soulignons].
Chaque élément est considéré comme étant un lien réel et substantiel avec le Québec, v. *Hoteles Decameron Jamaïca Ltd.* c. *D'Amours*, [2007] R.J.Q. 550 (CA).

[513] Même si elle prend un avocat proche de son domicile, l'avocat devra se déplacer devant la juridiction et facturera alors des frais de déplacement. La PME est perdante dans tous les cas.

[514] *Supra*, au par. 7.

[515] On peut toutefois relever que l'interprétation du texte en *Common law* diffère du droit civil puisque ce recours ne repose pas sur le non-respect d'une obligation statutaire, mais bien sur une obstruction illégale avec les intérêts économiques des demandeurs. C'est donc cet effet du complot qui donne droit à un dédommagement. Le non-respect de loi ne représente qu'un élément de preuve du complot en question et n'empêche pas de se baser sur les recours de droit commun, v. *Westfair Foods Ltd.* c. *Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629 cité dans Serge BOURQUE, Patrick BUCHHOLZ et Larry MARKOWITZ, *Loi sur la concurrence annotée*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2000, p. 83, 36/2.

[516] *Infra*, à la p. 231.

Au Québec, l'article 1000 du C.p.c.Q. précise que « la Cour supérieure connaît exclusivement, en première instance, des demandes exercées [en vertu du recours collectif] ». Le choix d'une compétence spécialisée se retrouve aussi en France. Avant l'adoption de l'action de groupe, plusieurs projets de loi avaient prévu une compétence dite d' « attribution », selon le vocabulaire de la procédure civile, en faveur de certains tribunaux[517]. En effet, le TGI de Paris était compétent pour les actions de groupe[518] ou encore les TGI choisis, depuis le 1er janvier 2006[519], pour être des tribunaux spécialisés, par exemple, en matière de concurrence[520]. L'action de groupe française revient finalement aux tribunaux de grande instance comme en dispose l'article L. 211-15 du *Code de l'organisation judiciaire*. Toutefois, en matière de pratiques anticoncurrentielles, en dehors de l'action de groupe, l'article L. 420-7 du *Code de commerce* prévoit que l'action privée sera traitée par les TGI spécialisés. Par conséquent, il y a une incohérence à désigner des TGI spécialisés pour l'action privée individuelle et à laisser l'action de groupe, par nature complexe, entre les mains de tous les TGI de France, indépendamment de leur spécialisation en matière de concurrence.

35. Les raisons de la spécialisation – La spécialisation des juridictions de droit commun est une nécessité en matière de pratiques anticoncurrentielles. L'objectif est que ces litiges soient confiés à des « juges-experts ». Les actions privées nécessitent des

[517] Par exemple, FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire*, n° 201, (2010-2011) – 22 décembre 2010, qui prévoit qu'un article L. 211-15 du *Code de l'organisation judiciaire* devait être créé et prévoir ce qui suit : « Art. L. 211-15. – Des tribunaux de grande instance spécialement désignés connaissent des actions de groupe définies au chapitre II du titre II du livre IV du code de la consommation ».

[518] FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à créer une action de groupe*, n° 2677, (2009-2010) – 24 juin 2010. Ce projet devait prévoir une réforme du Code civil en introduisant un Titre III *bis* après l'article 1369-11. L'article 1369-11 nouveau devait énoncer : « L'action est exercée devant le tribunal de grande instance de Paris qui a compétence exclusive pour en connaître ». Nous observons que la proposition de loi la plus complète au plan procédural, ce qui paradoxal pour une proposition inscrite au Code civil. La majorité des détails de la procédure sont prévues comme l'élection de domicile au leur de la constitution d'avocat (art. 1369-15), le dépôt de l'assignation au greffe du TGI (art. 1369-16), les détails que doit contenir l'assignation spécialement dans le cadre d'une procédure d'action de groupe (art. 1369-16), *etc.* Il s'agit de précisions peut-être redondantes par rapport à la procédure civile française mais appréciables dans la mesure où cela aurait limité les interrogations des premiers représentants dans le cadre de cette action.

[519] Art. R. 420-4 du C.com, annexe 4-1 ; « Liste des juridictions spécialisées en concurrence, RLC 2006/1, p. 47 ; Jean-Louis FOURGOUX, « Quel rôle pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence ? », RLC 2005/4, n° 335 ; Benjamin CHEYNEL, « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite... », 2006/1 RLC, pp. 71-74 ; David BOSCO, « Misère de la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence), *Contrats, conc., consomm.*, avril 2011, Repère 4. Pour un raisonnement plus général sur le rôle du juge en matière économique, v. Anne-Lise SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique*, Paris, LGDJ, 2008.

[520] Il s'agit des TGI et Tribunaux de commerce des villes de Bordeaux, Fort-de-France, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris et Rennes.

connaissances tant juridiques qu'économiques. Elles supposent de comprendre des analyses économétriques, la jurisprudence des autorités de concurrence, la législation ainsi que la politique en matière de concurrence. Les recours collectifs comportent une difficulté supplémentaire. Un tribunal de petite taille ne peut avoir raisonnablement les moyens humains et matériels de gérer ces procédures lourdes et longues. Dans le modèle français d'action de groupe *opt-in,* lorsque les consommateurs vont devoir se déclarer au tribunal, il faudra qu'il soit en mesure de traiter les demandes. Pour cette raison, le choix du législateur a été de faire s'adresser les consommateurs, soit au professionnel en cause, soit à l'association, soit enfin aux tiers, membres d'une profession judiciaire mentionnée à l'article L. 423-9 du *code de la consommation*[521]. De cette manière, le coût de l'administration de l'action de groupe ne repose pas sur l'autorité judicaire. Cependant, le coût assumé alors par l'association peut nuire à l'effectivité de l'action de groupe en dissuadant des associations d'agir. Mais, le choix d'une compétence généralisée des tribunaux de grande instance est ne va pas dans le sens d'un traitement efficace des dossiers.

La spécialisation est la voie la plus raisonnable si l'on veut un traitement effectif de l'action privée. Au Canada, les recours exercés seulement sur l'article 36 L.c. relèvent de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Ce n'est que par l'intermédiaire du recours collectif que la Cour supérieure est compétente, comme c'est le cas au Québec. En Ontario, la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*[522] ne prévoit pas de compétence particulière d'un Tribunal ; elle évoque même explicitement une compétence possible de la Cour des petites créances à l'article 31(3), l'équivalent en France d'un juge de proximité[523]. Au Québec, la compétence de la Cour supérieure n'intervient que si le recours privé s'exerce par la voie du recours collectif et sur le fondement conjoint de l'article 36 L.c. et surtout de l'article 1457 du C.c.Q. Un recours collectif introduit au Québec devant la Cour supérieure sur le seul fondement de l'article 36 de la loi fédérale

[521] L'article énonce : « L'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, pour l'assister, notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation ».

[522] L.O. 1992, Chapitre 6.

[523] L'article dispose : « Si les demandes individuelles visées à l'article 24 ou 25 ne dépassent pas la limite pécuniaire de la compétence d'attribution de la Cour des petites créances où le recours collectif a été introduit, les dépens qui se rapportent aux demandes sont liquidés comme si les demandes avaient été décidées par la Cour des petites créances. 1992, chap. 6, par. 31 (3) ».

est irrecevable. Le fait que la voie du recours collectif soit empruntée ne justifie pas à elle seule une compétence de la Cour supérieure. Autrement dit, le recours collectif ne rachète pas la validité de l'action fondée uniquement sur le droit fédéral devant la cour provinciale québécoise[524]. Seul le fondement de droit civil québécois, le cas échéant allié à l'article 36 L.c., justifie la compétence de la Cour supérieure. Le recours collectif n'est qu'un moyen de procédure comme un autre[525]. En effet, l'article 36(3) L.c. prévoit la compétence exclusive de la Cour fédérale ce qui est confirmé par la jurisprudence[526].

La compétence matérielle signifie dans notre étude une compétence exclusive de certaines juridictions, dans un nombre restreint, pour connaître d'un contentieux technique et spécialisé[527]. Les recours collectifs en sont une illustration. Il semble qu'au Canada, la culture n'est pas celle de la spécialisation des juges. Au contraire, les juges sont polyvalents. Au Québec, la compétence de la Cour supérieure laisse présumer une spécialisation de fait du tribunal pour traiter d'un recours privé. Dans la mesure où ils prennent la forme quasi-systématiquement d'une action collective, le traitement répété entraîne *de facto* une spécialisation par l'expérience. Dans le modèle français, l'absence de spécialisation est une carence.

Une autre solution à envisager serait d'attribuer une compétence exclusive aux autorités de concurrence pour traiter dans le cadre de l'action publique des actions en

---

[524] Pour une tentative en dehors du recours collectif, v. *Québec Ready Mix Inc.* c. *Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695.

[525] Art. 999, d), C.p.c.Q. V. à ce sujet, S. FINN, *op.cit.*, note 349, p. 3.

[526] Il est admis de longue date que la Cour fédérale n'est compétente que pour les litiges fondés sur le droit fédéral, v. par ex. *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre* c. *La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654 ; *Québec North Shore Paper Co. et autre* c. *Canadien Pacifique Limitée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054 citées dans *Québec Ready Mix Inc*. c. *Rocois Construction Inc*., [1989] 1 R.C.S. 695. Dans la décision *Rocois construction inc.* c. *Québec ready mix inc*., *op. cit.*, note 524, le juge Gonthier explique au sujet de la différence entre le régime de responsabilité posé dans le C.c.Q et celui de la L.c. : « En ce qui concerne l'effet virtuel des régimes appliqués aux faits allégués, je conviendrai d'abord que le concept de faute civile est beaucoup plus englobant que celui de concurrence déloyale au sens de la Loi; il couvre un éventail beaucoup plus vaste de situations factuelles. Il faut donc admettre que le droit de l'appelante à la réparation trouve son origine légale ultime en deux règles de droit bien distinctes. En revanche, il est également manifeste que les deux notions se chevauchent car, de prime abord, je ne peux envisager aucun comportement qui, tombant sous le coup de la Loi, ne constituerait pas en outre une faute entraînant la responsabilité civile. En l'espèce, il semble bien qu'aucun des aspects de l'ensemble de faits allégués par l'appelante ne dépasse l'aire de chevauchement des deux notions; il s'agirait donc de l'un des rares cas où l'application de deux règles distinctes ne donne lieu qu'à une seule et même cause ».

[527] En France, par exemple, le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, en vertu de l'art. L. 442-6 du Code de commerce, ne reviennent pas à l'Autorité de la concurrence mais aux juridictions de droit commun, Véronique SELINSKY et Johanne PEYRE, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », RLC 2005/2, pp. 114-121.

réparation du préjudice concurrentiel des victimes. *De lege feranda*, il est possible d'envisager des solutions originales favorables à la victime de pratiques anticoncurrentielles.

2) La compétence des autorités de concurrence *de lege feranda*

La compétence des autorités de concurrence pourrait en théorie concerner, d'une part, la possibilité d'entendre les parties privées sur leur demande (A), et, d'autre part, la possibilité de se prononcer sur les dommages et intérêts demandés par celles-ci (B).

A. La possibilité d'entendre les parties privées sur leur demande

36. L'Autorité de concurrence statuant sur les intérêts privés – Une hypothèse à envisager pour simplifier le recours des personnes privées est celle consistant à attribuer à l'autorité de concurrence la compétence de trancher la question de l'indemnisation des victimes. Cette hypothèse n'est pas infondée au plan théorique. Il est vrai que, de prime abord, l'autorité de concurrence doit prévenir ou sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Elle assure ainsi la protection du marché et non celle des concurrents. Elle est de cette manière la garante de l'intérêt général. En revanche, les acteurs du marché défendent leurs intérêts privés. Ils n'ont pas à défendre l'intérêt général. On retrouve cette logique en droit pénal.

La défense d'un droit personnel ne revient pas en principe à une autorité publique comme l'autorité de concurrence. En France, la remarque est discutable. L'action civile au pénal[528] témoigne d'une conciliation de l'intérêt personnel de la victime avec l'intérêt général. Ces deux intérêts se retrouvent dans un procès pénal par nature public[529]. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi pu affirmer que l'action civile de la victime est recevable en ce qu'elle permet d'établir l'existence de l'infraction pénale[530]. La victime fait bien plus que demander réparation, elle aide l'autorité de poursuite. D'une certaine manière, son droit de parole et de réparation dans le procès sont la juste rétribution de son aide, non seulement à l'enquête, mais plus

[528] *Supra*, au par. 3.
[529] Par « public », nous entendons un procès représentant l'intérêt général et non son ouverture à des spectateurs, en ce sens le terme s'opposerait au huis clos.
[530] B. PAILLARD, *op.cit.*, note 225, aux par. 69 à 71.

largement au maintien de l'ordre dans la société. En effet, les représentants de l'État ne sont pas omniprésents pour détecter toutes les infractions. La victime joue un rôle d'auxiliaire utile à la détection, la dénonciation et à la poursuite des auteurs d'infractions pénales. Au plan théorique, la France pourrait donc plus facilement franchir le pas en confiant à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de se prononcer sur les intérêts civils sur le modèle de l'action civile au pénal.

Au Canada, la procédure pénale est issue de la *Common law* et n'a rien à voir avec la procédure pénale française. La victime est absente de la procédure. Elle n'est que le témoin principal de la poursuite. Elle n'est pas représentée dans le procès pénal, ni par un avocat, ni par le Ministère public. La réparation de la victime est conçue comme un objectif de la peine publique[531]. La victime n'est pas au Canada un auxiliaire de la poursuite jouant un rôle vindicatif et dénonciateur de l'infraction. Par conséquent, il serait très surprenant de voir la victime canadienne d'une pratique anticoncurrentielle agir devant une Cour se prononçant sur une infraction criminelle prévue par la L.c.[532], comme un complot anticoncurrentiel prévu à l'article 45 de cette loi. Pour ces raisons, nous ne nous risquerons pas à le proposer. Le contraire heurterait les principes fondamentaux du système juridique canadien. En revanche, en France, la proposition semble plus réalisable au plan des principes.

37. La saisine des juridictions de droit commun par le Ministre de l'économie en France – En effet, en France, une situation particulière existe qui tend à prouver qu'en matière de concurrence, le mélange des intérêts est possible. L'article L. 442-6, III, du *Code de commerce*, prévoit que le Ministre de l'économie peut saisir des juridictions

[531] V. Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénale*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, aux par. 267, 269, 270, 271. Il faut relever qu'au mieux la victime pourra s'exprimer *via* un formulaire administratif pour donner des éléments au juge pour fixer le *quantum* de la peine. De plus, une ordonnance de dédommagement peut toutefois être rendue par le juge, v. p. 1048, au par. 2499.

[532] Précisons ici qu'au Canada, le droit de la concurrence se divise en une branche criminelle et une branche civile, administrative dirait le juriste français, c'est-à-dire que certaines infractions font l'objet d'une poursuite pénale, comme les ententes, au même titre et devant les mêmes tribunaux que pour les contrevenants au *Code criminel*. L'abus de position dominante est quant à lui une infraction civile traitée par le Tribunal de la concurrence, lequel ne se prononce que sur les infractions civiles à la L.c. On retrouve cette distinction en matière d'accord entre concurrents, certain relèvent de la législation criminelle, d'autres des dispositions civiles de la Loi, v. Randal HUGHES et Emmy DAVID, « Competitor Agreements : Interpreting Criminal Conspiracy In A Blended Criminal-Civil Regime » (2012) 25/2 *Canadian Competition Law Review* 215-235. En France, le même système a été pratiqué entre 1977 et 1986 avec un régime à la fois pénal et administratif avec la loi du 19 juillet 1977, *supra* note 211. Face à une infraction, le ministre de l'économie pouvait transmettre l'affaire au Parquet ou à la Commission de la concurrence.

spécialisées dans le cadre d'un contentieux dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence[533]. À la lecture de cet article, on comprend que le ministre peut se substituer à la victime d'une pratique restrictive de concurrence pour demander la sanction de cette pratique. Selon la Cour de cassation, il s'agit d' « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs »[534]. Elle nécessite simplement la constatation d'un avantage indu[535]. Au sujet d'un contentieux portant sur la compétence territoriale des juridictions dans ce contentieux, la Haute juridiction française a pu

[533] L'article énonce : « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

[534] Il s'agit d'une jurisprudence inaugurée en 2008, v. Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. IV, n° 143 (arrêt *Le Galec*) ; Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.350 (arrêt ITM) confirmée par Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-15264, D. (arrêt *Baguyled*) v. obs. Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « Autonomie de l'action de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence du ministre », RLC 2009/20, p. 39. Cependant, l'article L. 442-6 III a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel (système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*), sur la question de savoir si cette action était contraire à la liberté contractuelle, car un tiers intervient dans le contrat, mais aussi contraire au droit à un recours juridictionnel effectif, puisque la victime se voit « subrogée » dans son droit d'agir en justice par le ministre. Dans sa décision Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, JO 13 mai 2011, le Conseil énonce : « que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées » [Nous soulignons]. Le Conseil constitutionnel précise donc sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Si le consentement de la victime n'est pas nécessaire, elle droit être informée qu'une action est engagée. Une jurisprudence de la Cour de cassation rendue en Assemblée plénière énonce le 22 avril 2011 que : « constitue une demande reconventionnelle, en vertu de l'article 64 du Code de procédure civile, la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ; qu'ayant relevé que le cessionnaire ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant la remise des parties dans l'état antérieur à la signature de l'acte et la condamnation des demanderesses à lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle et qu'elle était irrecevable faute d'avoir été faite à l'encontre des autres parties à l'acte, tiers à l'instance, dans les formes prévues par l'article 68, alinéa 2, du Code de procédure civile », dans Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16.008, P+B+R+I.
Cette décision semble annoncer un changement dans la jurisprudence mais l'interprétation en est délicate, v. Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « L'arrêt d'Assemblée plénière du 22 avril 2011 va-t-il influer sur le régime de l'action du Ministre fondée sur l'article L. 442-6-III du Code de commerce ? (ou l'action du ministre : acte 3), RLC 2011/29, p. 30.

[535] Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10.15296, P+B, note anonyme, « Action du ministre de l'économie en répétition de l'indu », RLDA 2011/66, p. 45, n° 3774.

affirmer que cette action était une action quasi-délictuelle[536]. L'action du ministre est étonnante car elle mêle l'intérêt général symbolisé par le marché à l'intérêt privé des victimes. Elle tire prétexte du dommage de la victime pour assurer la protection du marché. Dans ce cas, pourquoi la réciproque ne serait-elle pas envisageable ? Les victimes pourraient prendre prétexte du contentieux objectif pour assurer la défense de leur intérêt privé.

38. La saisine des autorités de concurrence par les parties privées dans le cadre de l'action publique – En droit positif canadien et français, la victime d'une pratique anticoncurrentielle n'est donc pour le moment qu'un moyen d'alerte de l'autorité de concurrence. En effet, en France, les entreprises et les consommateurs peuvent adresser une plainte à l'Autorité de la concurrence. On parle de saisine directe. L'article L. 462-5 II du *Code de commerce*, permet aux entreprises et aux organismes représentant des intérêts collectifs de saisir l'Autorité de la concurrence. Toutefois, ces personnes morales doivent saisir l'Autorité d'une pratique susceptible d'affecter la concurrence et non d'une plainte *ad nomimem*[537].

Au Canada, l'article 9 L.c. prévoit la possibilité pour six résidents personnes physiques[538] majeures de demander au Commissaire de la concurrence de faire une enquête[539]. Ils doivent fournir une déclaration solennelle indiquant leur identité mais aussi les preuves qui appuient leurs dires ainsi que le nom des personnes impliquées et les pratiques en cause. Ces exigences demandent une connaissance technique de la L.c. et laissent penser que cette disposition n'est pas d'un grand secours pour les victimes[540]. On peut relever qu'en France, il n'est pas nécessaire d'indiquer le nom des personnes

[536] Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-28500, P+B.
[537] *Lamy Droit Économique*, Paris, Lamy, 2013, n° 1232, p. 465.
[538] Le fait que ces personnes ne soient pas citoyen canadien n'affecte pas la décision du Commissaire de tenir une enquête, v. *Petrofina Canada Ltd.* c. *Canada (Commission sur les pratiques restrictives de commerce)*, (1979) 46 C.P.R. (2d) 1.
[539] Yves BÉRIAULT, Madeleine RENAUD et Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Thomson, Carswell, 1999, p. 21, les auteurs parlent de « plainte formelle ». Nous ne préférons pas utiliser ce terme et parler de « demande » pour éviter les confusions avec la notion de plainte en droit pénal français. De plus, à notre sens, la réalité juridique de ce mode de saisine du Bureau de la concurrence ne peut pas s'assimiler à une plainte, tout au plus pouvons nous parler d'un « système d'alerte ».
[540] Il demeure que les éléments de preuve soumis lors de la demande d'enquête ne constituent pas la preuve de l'enquête en tant que telle, v. *Stevens* c. *Canada (Commission des pratiques restrictives de commerce)*, (1979) 98 D.L.R. (3d) 662 (C.F. (1re inst.)). Il en va de même sur le fondement de l'article 36 L.c., en cas de complot, le demandeur n'a pas à donner de détails ou à identifier entièrement les auteurs et les victimes du complot en raison du caractère par nature privé de cette infraction, v. *British Columbia's Children's Hospital* c. *Air Products Canada Ltd.*, [1997] B.C.J. n° 494 (C.S. C.-B.).

impliquées car seule la pratique anticoncurrentielle doit être visée[541]. En revanche, comme en droit canadien, il faudra indiquer le fondement de droit interne ou européen[542].

Si une entreprise canadienne souhaite mettre fin à un complot – pratique qui n'ouvre pas un droit d'accès au Tribunal de la concurrence – son chef d'entreprise devra agir en sa qualité de personne physique et s'allier à cinq autres chefs d'entreprises pour pouvoir saisir le Commissaire d'une pratique suspecte ou d'ores et déjà néfaste. Dans ces conditions, le recours privé de l'article 36 L.c. et le recours collectif apparaissent pour les victimes canadiennes être les seuls moyens de faire entendre leur voix. L'article 10 L.c. prévoit quant à lui l'auto-saisine du Commissaire[543]. Concrètement, on peut imaginer que le Commissaire soit informé d'une pratique par voie de presse. Il peut alors enquêter de son propre chef. Pour les victimes, le droit positif canadien ne propose pas d'options satisfaisantes. Ce « droit de plainte » n'offre pas à la victime un moyen de se faire entendre du Bureau de la concurrence.

D'un point de vue organique, en France, il n'y a pas de division fonctionnelle entre l'autorité de poursuite des pratiques anticoncurrentielles et l'organe chargé de leur sanction. Le tout revient à l'Autorité de la concurrence en tant qu'organe chargé de veiller au respect des règles de concurrence. Mais, en son sein, il y a une division claire des fonctions. Au Canada, cette division est organique. Le Bureau de la concurrence instruit l'affaire et, ensuite, soit il saisit le Tribunal de la concurrence s'il estime être en présence d'une infraction civile (ou non-criminelle)[544], soit il saisit la Direction des poursuites criminelles et pénales du Canada, l'équivalent en France du Procureur de la République[545], s'il estime être en présence d'une pratique anticoncurrentielle sanctionnée pénalement par la L.c.[546]. La division fonctionnelle des pouvoirs de

[541] Cons. conc., Déc. n° 90-D-16, 15 et 16 mai 1990, *Travaux d'assainissement* : [en ligne] : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/03d10.pdf>.
[542] Cons. conc. Déc. n° 06-D-39, 15 décembre 2006, *Impression des Pyrénées* : BOCCRF 22 mars 2007, p. 570.
[543] Au Canada aussi, le Ministre de l'industrie peut intervenir directement sur le contentieux concurrentiel en demandant au Commissaire de tenir une enquête, v. art. 10(1)*b)*(iii).
[544] Pour ne pas perdre le lecteur français, il doit avoir à l'esprit que le terme « civil » ne renvoie pas nécessairement au droit civil au Canada. En droit de la concurrence canadien, le terme de droit français qui serait le plus synonyme du mot « civil » serait le terme « administratif ».
[545] En France, cette hypothèse existe mais seulement pour la poursuite pénale, et non plus administrative, des auteurs de pratiques anticoncurrentielles.
[546] V. Annexe 1 – Tableau comparatif des autorités de concurrence canadienne et française.

l'Autorité de la concurrence en France pourrait permettre d'envisager de lui conférer un nouveau pouvoir, celui d'octroyer des dommages et intérêts à la victime[547] à l'image de l'action civile en droit pénal. La combinaison des actions devant l'Autorité de la concurrence représenterait une économie de coûts. La division organique des autorités de concurrence au Canada semble également favorable à la création d'une telle possibilité. Seulement, comme relevé plus haut[548], cela est dans le concept inenvisageable au regard du traitement pénal de la victime au Canada. En effet, même s'il s'agit de la *Loi sur la concurrence*, elle constitue une législation criminelle sur certains points[549]. Il n'est donc pas possible d'envisager une exception à ce titre. Pourtant, malgré les éléments qui viennent d'être énoncés, le droit de la concurrence canadien offre un accès privé au Tribunal de la concurrence pour certaines infractions et à certaines conditions.

39. Le Tribunal de la concurrence et le droit d'accès privé – Nous l'avons évoqué jusqu'à présent de manière ponctuelle, il convient désormais d'exposer en quoi consiste le modèle canadien d'accès privé au Tribunal de la concurrence. D'abord, précisons qu'il ne s'agit pas de l'action privée telle qu'elle est entendue dans notre étude[550]. En effet, l'action n'a rien de consumériste, ni d'indemnisateur[551]. Elle vise en réalité des litiges entre professionnels. Elle participe au maintien d'une loyauté dans les rapports commerciaux. Elle ne concerne pas l'entente ou l'abus de position dominante puisque ne sont concernés par cet accès privé que les articles 75, 76 et 77 de la L.c. Ces articles traitent du refus de vendre, des pratiques d'exclusivité, de vente liées, de limitations du marché et des maintiens de prix[552], c'est-à-dire les pratiques restrictives de concurrence. L'accès privé au Tribunal de la concurrence est prévu à l'article 103.1 L.c.[553]. Comme

[547] Un courant doctrinal émerge en France en faveur de cette hypothèse, v. G. ZAMBRANO, *op.cit.*, note 5, p. 434 et 435.
[548] *Supra*, par. 37.
[549] Il faut préciser que les dispositions sur les ententes ont figuré dans le *Code criminel* canadien de 1892 à 1960, v. Y. BÉRIAULT, *et al.*, *op.cit.*, note 539, p. 107.
[550] *Supra*, p. 70 et s.
[551] *Supra*, par. 62.
[552] Cette disposition a rejoint les dispositions civiles de la L.c. depuis sa décriminalisation en mars 2009. Sur la réforme de 2009, v. l'analyse de la Commissaire de la concurrence en poste à ce moment, Melanie L. AITKEN, « The 2009 Amendments To The Competition Act : Reflecting on Their Implementation and Enforcement and Looking Toward The Future » (2012) 25/2 *Canadian Competition Law Review* 659-678.
[553] V. *supra* à la p. 48 pour des explications sur le contenu de l'article 103.1. L'article est aussi présenté au par. 106 *supra*.

nous l'avons vu, il n'offre pas un droit à réparation[554]. Il propose en revanche l'arbitrage du Tribunal de la concurrence dans un contentieux entre professionnels. Par conséquent, les consommateurs en sont exclus[555]. Cependant, si le Commissaire de la concurrence a présenté une demande sur le même fondement que la partie privée, la demande d'accès privé sera rejetée. L'article 103.1, aux paragraphes (3) et (4) met en place un mécanisme d'information du Tribunal, par le Commissaire, de l'existence d'une procédure similaire instruite par le Bureau de la concurrence. Le Tribunal rejettera donc la demande si le Commissaire agit lui-même. Entre l'action publique et l'accès privé au Tribunal de la concurrence, le droit canadien choisit d'écarter la partie privée s'il y a conflit.

Au plan des principes, il demeure que le Canada a fait un choix qui va à l'encontre de l'histoire de son droit de la concurrence, réservé à la base aux instances gouvernementales[556]. On a craint que cette ouverture génère des actions abusives[557]. Il faut signaler que le système mis en place est prudent car il est nécessaire d'obtenir l'accord du Tribunal pour agir. Cela passe par un exposé écrit, sans présentation orale, des raisons de l'action. Dans une décision *National Capital News Canada* c. *Milliken*[558],

---

[554] Id.

[555] En effet, l'article 103.1 parle d' « entreprise » et non de consommateurs.

[556] Paul Erik VEEL, « Private Party Access to the Competition Tribunal : A Critical Evaluation of the Article 103.1 Experiement », (2009) 18/1 *Dalhousie J. Legal Stud.* 1-30, à la p. 2 ; STIKEMAN ELLIOTT (avocats), *Competition Act & Commentary*, Markham, LexisNexis, 2013, p. 43 : « The purpose of the requirement for leave is to create a "gate keaper" mechanism to prevent frivolous or tangential cases from being pursued ».

[557] *Id.*, p. 5. Pour un exemple d'abus de procédure voir la décision, *Annable* c. *Capital Sports and Entertainment Inc.*, (11 avril 2008), TC-2008-002, 2008 (Trib. conc.). À l'origine, le Tribunal de la concurrence ne pouvait être saisi que par le Directeur des enquêtes, les personnes touchées n'avaient alors qu'un droit d'intervention fondé sur le par. 9(3).v. (*Canada) Director of Investigation and Research* c. *Air Canada*, (1988) 33 Admin. L.R. 229 : « (...) Parliament gave them [les concurrents et les consommateurs] no such right of action and they are not, either by the law or the Constitution, entitled to be parties in the proceedings or to play the full role of parties », p. 12.

[558] (13 déc. 2002) TC-2002-005, 2002 (Trib. conc.). Cette décision a été confirmée dans la décision *Barcode Systems Inc*. c. *Symbol Technologies Canada ULC*, (15 janv. 2004), TC-2003-008, 2004 (Trib. conc.), (ci-après *Barcode*), le juge Lemieux s'exprime comme suit :

« [8] Le Tribunal doit avoir des raisons de croire que Barcode est directement et sensiblement gênée dans son entreprise par le refus de vendre de Symbol. À ce stade, il n'est pas nécessaire que le Tribunal ait des raisons de croire que ce refus a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

[9] J'apporte cette précision parce que Symbol, contestant avec vigueur la demande de permission, a décrit ce qu'elle considère être un marché où règne une vive concurrence et a fait vive concurrence et a fait valoir que Barcode n'avait apporté aucun élément de preuve quant à cette exigence énoncée à l'alinéa 75(1)e) de la Loi.[10] Selon mon interprétation de la Loi, il doit y avoir atteinte à la concurrence dans un marché pour que le Tribunal conclue à l'existence d'une contravention à l'article 75 et prononce l'ordonnance corrective prévue par cette disposition. Cette atteinte, toutefois n'est pas une exigence du critère appliqué par le Tribunal pour déterminer s'il accordera ou non une permission ». Cette analyse a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Symbol Technologies Canada ULC.* c. *Barcode Systems Inc.*, (2004) CAF 339.

le Tribunal de la concurrence a eu l'occasion de préciser les conditions d'admission de la demande et le niveau de preuve nécessaire pour obtenir une autorisation :

> « La norme appropriée en vertu du paragraphe 103.1(7) consiste à se demander si la demande de permission est appuyée par des éléments de preuve crédibles suffisants pour qu'on puisse croire de bonne foi que le demandeur a pu être directement et sensiblement gêné dans son entreprise à cause d'une pratique susceptible d'examen et que cette pratique pourrait faire l'objet d'une ordonnance » [Nous soulignons].

En effet, l'article 103.1(7) fixe les conditions de la demande pour violation des articles 75 ou 77 (refus de vendre, exclusivité, ventes liées et limitations du marché), et notamment celle exigeant que le Tribunal croit que l'entreprise demanderesse est directement gênée par le comportement en cause[559]. Cette exigence est celle qui crée un obstacle important pour la victime. Il ne s'agit certes pas de prouver une gêne directe et sensible en tant que tel mais il faut amener un certain nombre d'éléments pour le faire croire de bonne foi au Tribunal. Le standard de preuve reste souple. Les statistiques démontrent qu'en grande majorité, les demandes d'autorisation sont rejetées par le Tribunal. En revanche, une menace réelle de cessation de l'approvisionnement du demandeur compte tenu de sa situation sur le marché autorise la demande[560]. Mais la menace hypothétique sur le demandeur ne justifie pas une autorisation[561]. Des éléments objectifs comme les parts de marché des joueurs en cause sont susceptibles de faire croire au Tribunal qu'il existe une gêne directe et sensible sur le demandeur. Dans tous les cas, comme le précise la jurisprudence *Barcode*, le demandeur n'aura pas à prouver que le comportement a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché donné[562].

Enfin, dans le cadre de l'article 76 sur le maintien des prix, la norme de preuve est différente, l'article 103.1(7.1) exige « des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement gêné en raison d'un comportement qui pourrait faire l'objet d'une

---

[559] L'article énonce que : « (7.1) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu de l'article 76 s'il a des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement gêné en raison d'un comportement qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du même article » [Nous soulignons].

[560] *Nadeau Poultry Farm Limited* c. *Groupe Vestco Inc. et autres*, (12 mai 2008), TC-2008-003, 2008 (Trib. conc.). Les entreprises défenderesses détenaient 75% de l'approvisionnement sur le marché en cause. Le demandeur, en cas de refus d'approvisionnement, ne pouvait pas se tourner vers d'autres sources d'approvisionnement.

[561] *Canadian Standard Travel Agent Registry* c. *Association du transport aérien international*, (17 juin 2008), CT-2008-006, 2008 (Trib. conc.).

[562] Standard normalement exigé pour établir la preuve d'une pratique anticoncurrentielle en droit de la concurrence canadien.

ordonnance en vertu du même article (76) ». Dans *Safa Enterprises Inc.* c. *Imperial Tobacco Company Limited*[563], le juge Rennie décide d'appliquer le même standard de preuve que pour l'article 103.1(7) :

> « Bien que le paragraphe 103.1(7.1) soit d'un libellé différant quelque peu de celui du paragraphe 103.1(7), il ressemble suffisamment à celui-ci pour que les principes énoncés par la juge Dawson dans Milliken, précitée, lui soient applicables. J'en conclus qu'en application du paragraphe 103.1(7.1), le Tribunal doit établir si la demande de permission est appuyée par des éléments de preuve crédibles suffisants pour qu'on puisse croire de bonne foi que la demanderesse a pu être directement gênée en raison d'un comportement qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu de l'article 76 »[564].

Dans le cadre de cet accès privé à l'autorité de concurrence canadienne, le demandeur ne pourra se contenter que d'une cessation du comportement pour l'avenir. Le système canadien d'accès privé au Tribunal de la concurrence reste limité[565]. Si le comportement a généré un préjudice, la victime ne pourra pas obtenir son indemnisation devant ce tribunal spécial. Le modèle canadien pose alors la question du prononcé de dommages et intérêts par les autorités de concurrence.

B. La possibilité pour l'autorité de concurrence de se prononcer sur les dommages et intérêts

40. L'opportunité d'une réforme législative – L'analogie de l'action privée devant l'autorité de concurrence avec l'indemnisation de la victime au sein de l'instance pénale française doit de nouveau être évoquée. Nous avons vu qu'au Canada, la proposition ne correspond pas à l'orthodoxie du droit criminel. En France, même si la place de la victime est reconnue dans une action publique, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée en défaveur de cette option[566]. Nous pensons qu'en France, il revient au

---

[563] (9 décembre 2013), CT-2013-007, 2013 (Trib. conc.).
[564] *Id.*, au par. 15.
[565] Jo' Anne STREKAF, « Private Applications to the Competition Tribunal », dans James B. MUSGROVE, *Fundamentals of Canadian Competition Law*, Toronto, Carswell, Second edition, 2010, aux pp. 251-261.
[566] Cons. conc., Déc. n° 05-D-39, 5 juillet 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres*, au point 33 : « le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour condamner une personne à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles ». Mais avant 2005, l'autorité française constatée son impuissance face à une demande en réparation de la victime, v. Cons. conc. Déc. n° 94-D-62 du 14 décembre 1994 *relative à une saisine de la société communication Media Services* : « Considérant que la société C.M.S., qui déclare dans ses observations écrites que 'la société C.M.S. ne peut que constater que le Conseil de la concurrence, dans sa décision en date du 22 mars 1994, a effectivement condamné la clause dénoncée dans la saisine F 511, en la qualifiant, comme la société C.M.S. le suggérait, d'abus de position dominante de la part de l'O.D.A.', indique qu'elle 'entend en demander réparation devant les juridictions judiciaires' dans la mesure où il est 'évident qu'une telle pratique a causé un grave préjudice commercial à la société C.M.S.' » [Nous soulignons].

législateur d'apprécier l'opportunité d'une telle réforme et les risques qu'elle implique en termes d'équité procédurale. Mais, au plan des principes, nous ne voyons aucun obstacle diriment[567]. De toute évidence, il ne peut s'agir que d'une opportunité *de lege feranda* [568].

Au Canada, l'accès partiel des personnes privées au Tribunal de la concurrence peut laisser penser que l'octroi de dommages et intérêts par ce même tribunal serait envisageable. Mais il faut prendre en compte l'environnement constitutionnel canadien avant de se prononcer sur cette question. Comme l'ont démontré les péripéties constitutionnelles de l'article 36 L.c., il ne revient pas au gouvernement fédéral, en principe, d'intervenir en matière de droit civil[569]. La Cour suprême l'a autorisé pour l'article 36 après avoir identifié un lien avec la loi fédérale sur la concurrence[570]. Il faudrait donc démontrer un tel lien en ce qui concerne les dispositions civiles de la L.c. pour que le Tribunal de la concurrence puisse être autorisé à prononcer des dommages et intérêts.

Mais offrir un droit à réparation sur le fondement du droit fédéral et permettre à un Tribunal administratif spécial, comme le Tribunal de la concurrence, de la prononcer est différent. Il ne nous apparaît pas qu'un droit à réparation devant le Tribunal de la concurrence remplirait ces critères. De plus, il ne constituerait pas une sanction qui renforcerait les autres recours prévus par la L.c. car il ne concernerait que les infractions civiles. Enfin, cela modifierait la destination du Tribunal de la concurrence qui traite des

---

[567] Jean-Claude FOURGOUX, « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », JCP E. n° 50, 16 décembre 1999, p. 2005 : « Malheureusement, les autorités nationales ou les institutions comme la Commission n'ont pas compétence, une fois constatée et sanctionnée la pratique infractionnelle, pour évaluer le préjudice des victimes, et leur allouer des dommages- intérêts ».

[568] G. ZAMBRANO, *op.cit.*, note 5, p. 434, au par. 606. Nous renvoyons à cette thèse, p. 434 et s. pour un exposé du débat doctrinal en France sur la question de la réparation du préjudice devant l'Autorité de la concurrence.

[569] Par exemple, comme nous l'avons vu en procédure pénale canadienne, la victime ne peut demander réparation dans le procès pénal. Pour éviter que la victime ne se trouve sans réparation, il revient aux provinces d'agir. Ainsi, au Québec, le législateur a voté une *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, LRQ, c I-6. De cette manière, les victimes ont une procédure spéciale depuis le 1er mars 1972. La Commission santé et sécurité au travail (CSST) est compétente pour traiter de ce sujet. Si la victime choisit de renoncer à une action en responsabilité civile contre son agresseur, la CSST est subrogé dans ses droits pour recouvrer la somme qu'elle lui versera contre l'auteur de l'infraction. V. à ce sujet, Katherine LIPPEL (dir.), *L'indemnisation des victimes d'actes criminels : une analyse jurisprudentielle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2000, p. 124 et s.

[570] V. *General Motors et Québec Ready Mix, op.cit.*, note 53.

infractions civiles à la Loi[571]. En effet, il ne faut pas occulter que l'indemnité de l'article 36 L.c. est prononcée par la Cour fédérale ou les Cours supérieures, et non par un tribunal administratif spécialisé.

Une solution, plus pertinente et moins risquée au plan constitutionnel selon nous, serait d'élargir le champ d'application de l'article 36 aux pratiques restrictives de concurrence et à l'abus de position dominante qui, rappelons-le pour ce dernier, n'est pas une infraction pénale au Canada[572]. De cette manière, on évacuerait la problématique constitutionnelle de l'octroi des dommages et intérêts par le Tribunal de la concurrence pour la soumettre à une disposition dont la constitutionnalité a déjà été tranchée. En réalité, toutes les infractions criminelles présentes dans la partie VI de la L.c. sont sujettes à un recours en vertu de l'article 36 et non uniquement les ententes[573]. La question qui se pose au législateur canadien est alors de savoir s'il est acceptable que les infractions non-criminelles, c'est-à-dire civiles, puissent faire l'objet d'un recours privé sous l'article 36. Rappelons que les victimes peuvent toujours agir présentement sur le fondement du droit provincial comme l'article 1457 du C.c.Q[574], car l'abus de position dominante est une violation de la loi, c'est-à-dire une faute civile. Cependant, elles n'auront pas l'avantage de la preuve *prima facie* que constitue la décision du Tribunal de la concurrence en matière de pratiques restrictives et d'abus de position dominante[575].

Une autre possibilité, pour couvrir l'intégralité de ces infractions criminelles et civiles, reste le défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la L.c. comme en dispose l'article 36(1)*b)*.

---

[571] Art. 8(1), *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R., 1985, ch. 19 (2e suppl.).
[572] La France condamne avec autant de force les deux pratiques, lesquelles sont évoquées successivement dans le Code de commerce aux articles L. 420-1 et L. 420-3.
[573] Par ex. le truquage des offres (art. 49), la publicité trompeuse (art. 52), le télémarketing trompeur (art. 52.1), la documentation trompeuse (art. 53), le double étiquetage (art. 54) sont aussi des infractions criminelles, Madeleine RENAUD, « Private Litigation and Class Action », dans J. B. MUSGROVE, *op.cit.*, note 565, p. 314.
[574] *Id.* p. 320.
[575] Il en va de même pour les accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence de l'article 90.1 L.c. En effet, depuis 2010, l'entente est devenue, en droit canadien, une infraction criminelle *per se*. Mais le législateur canadien a tout de même maintenu une infraction civile qui peut être soumise au Tribunal de la concurrence. Cela vise les alliances stratégiques entre entreprise. V. sur la question : Karounga DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », (2010) 3 *B.D.E* 23-28.

Cette disposition couvre l'intégralité de la L.c., peu importe le tribunal qui prend l'ordonnance au Canada. Même si les ordonnances visent à éviter une menace sur la concurrence et que leur violation peut laisser présumer un dommage, cet élargissement du champ d'application de l'article 36 laisse perplexe quant à son explication. Il s'agit sans doute d'un moyen d'éviter les actions abusives en les limitant par l'objet. Seules les demandes ayant pour objet la violation d'une ordonnance sont recevables car, dans ce cas, il y a plus certainement un risque pour la concurrence. De la sorte, les procédures abusives sont limitées. Par exemple, s'il y a violation d'une ordonnance qui a eu pour objet de supprimer une pratique commerciale nuisible à la concurrence, l'éventualité d'un préjudice est vraisemblable. D'une certaine manière, le dommage est présumé par la violation d'une ordonnance en ce qui concerne les infractions civiles. En revanche, en cas d'infraction criminelle, le risque de préjudice est certain. La faible probabilité d'actions abusives s'explique par la gravité de l'infraction et son caractère dissimulé qui empêche les victimes d'agir. Cette dernière observation a pour corollaire de créer un préjudice sur le long terme avant la découverte de l'entente anticoncurrentielle.

Nous venons de voir que la place de l'action privée dans l'environnement juridictionnel du droit de la concurrence est minime et peine à s'imposer en raison de la confrontation de l'intérêt personnel de la victime avec un droit par nature objectif. Cela étant fait, il convient d'envisager comment se traduit le traitement parallèle du droit des pratiques anticoncurrentielles par l'action publique et par l'action privée pour justement concilier l'intérêt personnel de la victime avec le droit des pratiques anticoncurrentielles.

§2 : L'impact réciproque de l'action privée sur l'action publique des autorités de concurrence dans la mise en œuvre parallèle du droit des pratiques anticoncurrentielles

L'impact de l'action privée sur l'action publique des autorités de concurrence se manifeste négativement et réciproquement l'une sur l'autre. Pour ce qui est de l'impact de l'action publique sur l'action privée, on constate un durcissement des juges de droit commun à l'égard de l'action privée dans la procédure en responsabilité civile (1). Pour ce qui est de l'impact de l'action privée sur l'action publique, les autorités peuvent

redouter qu'elles nuisent à leur travail en interférant dans leur champ de compétence[576]. Il convient alors d'envisager l'impact de l'action privée sur l'ordonnancement de la poursuite des pratiques anticoncurrentielles (2).

1) La réception des actions privées par leur juge naturel dans la procédure en responsabilité civile

41. Ambiguïté du préjudice concurrentiel en France - Les victimes sont prises en tenaille. D'un côté, l'autorité de concurrence n'a pas la possibilité de leur octroyer une réparation et, d'un autre côté, les juges des juridictions civiles se montrent, à tout le moins pour le cas français, particulièrement sévères vis-à-vis des victimes. Il s'agit d'une sévérité qui n'est pas nécessairement volontaire de la part des juges français mais qui résulte d'une confusion entre le préjudice licite et le préjudice illicite. En effet, il est dans la nature de la concurrence de générer un préjudice[577]. Le condamner peut revenir à compromettre la liberté du commerce. Ainsi, l'abus de droit a d'abord fondé la théorie de la concurrence déloyale[578]. L'exercice de la concurrence est un droit qui découle de la liberté du commerce, il ne saurait en principe être limité. Cela explique peut-être la

---

[576] Il s'agit d'envisager une conséquence probable de l'action privée sur le contentieux objectif, c'est-à-dire identifier si l'action privée va capter en tout ou partie le contentieux des autorités publiques. Les préoccupations à l'égard des programmes de clémence, témoignent de cette réalité. De plus, l'article 35 du *Règlement n° 1/2003* prévoit que les États membres désignent les juridictions compétentes pour traiter des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, la cohérence du système tant au niveau interne que communautaire doit être recherchée.

[577] J. L. FOURGOUX, « La réparation des entreprises victimes », *op.cit.*, note 567, aux par. 10, 11, 12 et 13 rappelle les opinions doctrinales sur cette question :
« "La concurrence renferme en elle-même le détournement de clientèle" (A. Bénabent, J.-Cl. Commercial Annexes, Fasc. III, n° 45) ;
"La clientèle est à qui sait la prendre" (Y. Serra, note ss CA Paris, 26 févr. 1991 : D. 1992, somm. p. 50, qui rappelle qu'"une entreprise ne bénéficie d'aucun droit privatif sur sa clientèle" par référence au principe de la liberté du commerce, sous la seule réserve de l'honnêteté professionnelle) ;
Le principe de la liberté de la concurrence a pour corollaire "la licéité du dommage concurrentiel" (Y. Serra, La non-concurrence, p. 1 ; dans le même sens, V. J.-J. Burst, Concurrence déloyale et parasitisme) ;
"L'inégalité apparaît comme le fondement et la justification de l'ordre économique actuel" (R. Le Moal, op.cit., p. 26) ».

[578] Déjà Cicéron affirmait *Summum jus sumna injuria*, un droit exercé à l'extrême produit une extrême injustice. Mais il s'agit plutôt d'une exception au principe. Le principe est que l'exercice d'un droit est légitime même s'il cause un préjudice à autrui. Le droit de la concurrence est fondé sur cette idée. La liberté du commerce engendre une injustice : la captation de la clientèle d'autrui. Dès lors que cette captation se fait selon des procédés loyaux, le préjudice concurrentiel est justifié. En France, la concurrence est libre depuis le Décret d'Allarde de 1791 qui prévoit à son article 7 qu' « à compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle activité, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourraient être faits ». – V. L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence*, *op.cit.*, note 428, au par. 5, p. 7. V. également sur la théorie de l'abus de droit, Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, Paris, Defrénois, 2003, p. 37 et s.

frilosité des juges à condamner pleinement le préjudice résultant de pratiques anticoncurrentielles[579]. La différence avec la théorie de la concurrence déloyale est à ce sujet notable. En effet, les juges français ont développé un principe selon lequel, en matière de concurrence déloyale, le préjudice s'infère de la faute[580]. Nous ne rentrerons par ici dans le détail de la réparation du préjudice[581]. À ce stade de l'étude, nous en resterons aux principes. Pourquoi la concurrence déloyale offre-t-elle un régime jurisprudentiel plus favorable à la victime qu'il ne l'est en cas de pratiques anticoncurrentielles en France ?[582] Il semble que l'explication tienne dans une conception dualiste de l'environnement juridictionnel de la concurrence opposant le *private enforcement* au *public enforcement*. Les juges, lorsqu'il y a eu condamnation par l'Autorité de la concurrence, tiennent compte de cette sanction et abaissent la réparation du préjudice considérant, somme toute, que l'entreprise a déjà payé pour sa faute. Cette conception est critiquable[583]. Certes, comme le rappelle l'Autorité de la concurrence, le lien de causalité relève en matière de concurrence du « probable »[584]. Mais l'absence de certitude sur le préjudice invoqué entraîne des hésitations de la part des juges. L'ambiguïté résultant ainsi du préjudice concurrentiel, à la fois sur sa licéité

---

[579] V. à ce sujet l'étude de D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op.cit.*, note 275.

[580] Notamment, Com. 9 octobre 2001, *Contrats, concurrence, consomm.* 2002, n° 6, obs. MALAURIE-VIGNAL ; RTD Civ. 2002.304, obs. JOURDAIN. Cass. Com. 25 janv. 2000, n° 97-19957 ; Cass. Com. 25 févr. 2003, n° 00-19707 ; Cass. Com. 3 juin 2003, n° 01-15145.

[581] *Infra*, Partie II.

[582] Pour une réponse, v. Antoine PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », (1974) 26/3 *R.I.D.C.* 467-504, au par. 50 : « (…) l'aspect répressif de l'action en concurrence déloyale explique que l'accent soit mis, parfois, moins sur le dommage que sur la faute : lorsque les tribunaux sanctionnent la tentative de détournement de la clientèle cela relève plus du droit pénal — ou tout au moins du droit disciplinaire — que du droit de la responsabilité civile. Nous en avons fait la remarque à propos de la faute : le juge prononce d'autant plus facilement une condamnation qu'il souhaite sanctionner un comportement déloyal, alors même que les adversaires ne sont pas en situation de concurrence, qu'il n'y a pas de confusion certaine ».

[583] Emmanuel CLAUDEL, « Faute – Dommages et intérêts – Répercutions des surcoûts – Accès aux preuves ; Effet contraignant des décisions des ANC, Interaction avec les programmes de clémence », Table ronde, dans Laurence 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, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, *Concurrences* 2009/2, p. 36 ; Camille DEVREAU, « Réflexion sur le préjudice collectif », RTD Civ. 2011.249.

[584] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Avis du Conseil de la concurrence relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 21 septembre 2006, [en ligne] : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>, (ci-après *Avis du Conseil de la concurrence sur l'action de groupe*) au par. 55 : « En matière de concurrence, la question du lien de causalité peut être délicate dans la mesure où l'on se situe le plus souvent dans le domaine du probable. Les économistes expliquent par exemple que les prix peuvent être influencés par une entente mais aussi par d'autres facteurs tels qu'un choc sur les coûts, des fluctuations de la demande, des changements de la structure du marché. La difficulté va consister à démêler ces causalités multiples afin de ne pas, au moment de la quantification du dommage, surévaluer ou surestimer l'impact de la pratique. A l'évidence, une telle analyse implique le recueil des données relatives au fonctionnement du marché en cause ».

et son contenu, nuit à sa reconnaissance par les juges naturels de l'action privée. Les victimes se trouvent ainsi captives d'un environnement juridictionnel défavorable.

42. L'absence d'ambiguïté au Canada – Au Canada, la province du Québec s'est inspirée du courant doctrinal sur la théorie de l'action en concurrence déloyale, laquelle a prospéré dans cet environnement civiliste[585]. Cependant, on ne retrouve pas de régime de faveur pour l'action en concurrence déloyale puisque le préjudice ne s'infère pas nécessairement de la faute Outre-Atlantique[586]. Il n'y a donc pas un traitement favorable de la victime au Québec. En matière de recours collectif, il semble qu'il y ait en revanche un impact sur le droit substantiel à la réparation, qui paraît appréciable en droit des pratiques anticoncurrentielles. Le recours collectif québécois, bien qu'étant une règle de procédure, influence beaucoup la conception substantielle de la responsabilité civile.

Par exemple, le recours collectif québécois a un impact sur la quantification du préjudice. En effet, Monsieur Lafond, reprenant les conclusions de Madame Younès[587], considère que le passage d'une conception individualiste du procès à une conception collective, a pour conséquence de déplacer le regard du juge du préjudice effectivement subi et prouvé, au préjudice causé. Ainsi, le juge devrait prendre en compte la faute[588]. Au sujet de la fonction dissuasive du recours collectif, Monsieur Lafond insiste sur l'absence de monopole de la poursuite pénale sur la dissuasion[589] et ajoute que le

---

[585] Mistrale GOUDREAU, « Concurrence déloyale en droit privé — commentaires d'arrêts », (1984) 15 *R.G.D.* 133, p. 134 ; Eidda TAKIOULLAH, *Conditions de recevabilité de l'action en concurrence déloyale en vertu des principes traditionnels de la responsabilité civile*, Sainte-foy, Université Laval, 1994.

[586] Au Québec, un courant jurisprudentiel minoritaire semble favorable à une conception souple du lien de causalité, v. *Pinard* c. *Coderre*, [1953] B.R. 99 ; *Hébert & fils* c. *Désautels*, [1971] C.A. 285. En revanche, la jurisprudence majoritaire dénonce un tel assouplissement, *Pabst Brewing Co.* c. *Ekers et al.*, (1901) 21 C.S. 545 ; *Sarrazin* c. *Duquette*, (1935) 41 R. de J. 365 (C.S.) ; *Giguère Automobile Ltée* c. *Universal Auto Ltd*, (1941) 70 B.R. 166 ; *Héroux* c. *Poliquin*, [1974] C.S. 563 ; *T.V. Guide Ltd* c. *Telesol Inc. et al.*, [1979] C.S. 311 ; *Banquet & Catering Suplies Rental Ltd* c. *Bench & Table Rental World Inc.*, (1981) 52 C.P.R. (2d) 71 (C.S.).

[587] Carole YOUNES, « Le recours collectif québécois : Les réalités collectives à travers le prisme du droit », (2000) 15 *Can. J.L. & Soc.* 111, à la p. 130.

[588] Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice, Impact et évolution*, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 243-244.

[589] Le droit pénal n'est pas le seul à dissuader des conduites préjudiciable pour la société, le droit de la responsabilité civile joue aussi ce rôle. V. Cyril SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile – Contribution à la théorie l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préf. C. THIBIERGE et P. NOREAU, Thèse, Paris, Dalloz, 2011.

recours collectif vise à sanctionner le comportement fautif du contrevenant[590]. La demande de dommages et intérêts permet de renforcer la dissuasion[591] même si l'indemnisation est malheureusement minime[592], ce que pourrait compenser des dommages et intérêts punitifs[593].

Le recours collectif assouplit aussi la preuve. On se concentre sur l'acte dommageable et non plus sur le préjudice car ce dernier n'étant pas forcément le même pour tous les membres du groupe, exiger une similitude parfaite ruinerait le recours. Aussi, apparait-il préférable de se concentrer sur l'origine identique du dommage, *i.e.* le comportement fautif[594]. Nous ne sommes pas loin du principe selon lequel le préjudice s'infère de la faute, et nous rajouterons, se mesure en fonction de celle-ci. Le recours collectif fait se confondre l'aspect punitif et compensatoire de la responsabilité civile[595].

Espérons que ces implications du droit canadien se retrouveront en France pour faciliter l'action de la victime dans l'action de groupe. Le recours collectif serait non seulement favorable à l'action privée en lui-même mais impacterait également, dans le sens d'une plus grande souplesse, l'interprétation jurisprudentielle des grands principes de la responsabilité civile française qui nuisent actuellement à la victime[596].

2) L'impact de l'action privée dans l'ordonnancement de la poursuite des pratiques anticoncurrentielles

43. Pallier le manque de moyens des autorités de concurrence dans la poursuite des pratiques anticoncurrentielles – Aux États-Unis, nous savons que l'exécution des lois antitrust pèse sensiblement sur les personnes privées. En France et au Canada, ce choix n'a pas été fait. Les actions privées sont donc rares et l'exécution de la politique de concurrence dans ces pays ne pèse pas sur les particuliers et les entreprises. Le recours

---

[590] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice, Impact et évolution*, *op.cit*., note 588, p. 253.
[591] *Id.*, p. 254.
[592] *Id.*, p. 255.
[593] Pour un exemple de dommages et intérêts punitifs dans le cadre d'un recours collectif : Pierre DESCHAMPS, « La preuve en matière de recours collectif », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs (1999)*, vol. 115, Éd. Yvon Blais, p. 198.
[594] *Id.*, p. 132.
[595] *Id.*, p. 134.
[596] V. *infra* la partie II de l'étude.

privé a pour incidence d'en faire des *enforcers* du droit des pratiques anticoncurrentielles, mais leur rôle restera marginal. Aux États-Unis, les autorités de concurrence n'ont pas les moyens de poursuivre l'intégralité des pratiques, et, dans l'absolu, il en va de même en France et au Canada. Les moyens matériels et financiers des autorités de concurrence étant par principe limités[597], il est raisonnable de considérer que l'État doit se décharger d'une partie du coût des investigations sur le secteur privé[598]. Dans cet objectif, les États-Unis ont créé le concept de *private attorney general* ou procureur privé[599]. Toutefois, cela n'est possible que si la procédure civile est favorable à ce « transfert de compétence ». Aux États-Unis, la *class action* et les dommages et intérêts triplés ne sont pas les seuls responsables du dynamisme des actions privées. L'accessibilité à la justice des victimes est la première question à se poser avant de faire du *private enforcement*, l'outil d'une poursuite privée aidant les autorités publiques. Selon des auteurs, la logique française de pénalisation de l'économie serait un aveu d'un déficit d'accès à la justice[600].

Dans ces conditions, les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent jouer un rôle plein et entier en parallèle des autorités de concurrence. Ce rôle est cependant limité aux actions subséquentes. En effet, la France et le Canada adoptent des positions légales qui favorisent les actions subséquentes, c'est-à-dire faisant suite à une condamnation de la part de l'autorité de concurrence.

44. Privilégier l'action subséquente – L'action subséquente a l'avantage d'apporter de la crédibilité au recours privé[601] en se fondant sur une décision de l'autorité de la concurrence. En France, avant l'adoption de l'action groupe, de telles décisions se

[597] Hans SMIT, « La procédure civile comme instrument de réforme sociale », (1976) 28 *R.I.D.C.* 455.
[598] R. B. STEVENSON, *op.cit.*, note 382, p. 782-783.
[599] *Id.*, p. 784 ; Pamela S. KARLAN, « Disarming The Private Attorney General », (2003) 19/8 *University of Illinois Law Review* 183-210 ; Olantunde C.A. JOHNSON, « Beyond The Private Attorney General : Equality Directive in American Law », (2012) 87/5 *New York University Law Review* 1339-1413 ; David FREEMAN ENGSTROM, « Harnessing The Private Attorney General : Evidence From Qui Tam Litigation », (2012) 112/6 *Columbia Law Review* 1244-1325.
[600] Stéphane BONIFASSI et Stephen DREYFUSS, « Judiciarisation à l'américaine et/ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque », dans la *Gazette du Palais*, 7 novembre 2002, n° 311, L'extenso.fr, GP20021107001. Par comparaison, la Cour suprême des États-Unis a considéré que des frais d'enregistrement d'un assignation de 60 dollars étaient contraire au principe du *due process* pour un indigent v. H. SMIT, *op.cit.*, note 597, p. 452 ; v. aussi dans ce sens, Frédérique FERRAND, « Action de groupe : l'outil du droit comparé », R.L.D.C. 2006/11, n° 32, p. 66.
[601] En effet, il y a là un des effets de l'interaction entre le *public enforcement* et le *private enforcement*, v. Wouter WILS, « The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages », Concurrences 2009/4, n° 34956.

fondant sur la décision de l'Autorité de la concurrence étaient sanctionnées[602]. Désormais, l'action de groupe en droit de la concurrence prévoit expressément l'obligation d'agir subséquemment à une décision des autorités de concurrence et cette décision prouve la faute de manière irréfragable[603].

La victime bénéficie de la décision de l'autorité de concurrence pour faire valoir ses droits subjectifs. Le recours privé de la L.c. canadienne et les dispositions sur l'action de groupe du *code de la consommation* français disposent à ce titre :

> **Article 36(2), L.c. :**
>
> « Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action » [Nous soulignons].

> **Article L. 423-17, C. conso. :**
>
> « Lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action mentionnée à l'article L. 423-1 que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements.
>
> Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3 » [Nous soulignons].

En droit canadien, il s'agit d'un système de preuve *prima facie* qui permet de bénéficier du dossier du Bureau de la concurrence pour étayer l'action privée subséquente de la victime. De la sorte, elle est incitée à agir après l'action publique. Dans cette situation, l'action privée ne sera pas une source d'économie, au contraire, elle incite au doublement des instances. De plus, comme « tout tribunal » qui se prononce sur une pratique relevant de la partie VI de la Loi ou rend une ordonnance sur

[602] T. com. Paris, 13 mars 2008, RG n° 2006008432, *SARL Turbo Europe* c/ *SA Automobiles Peugeot*, *SA Automobiles Citroën* et *SAS Renault*, obs. B.C., « De la déférence d'une juridiction à l'égard des décisions du Conseil de la concurrence », RLC 2008/17, p. 116-117.
[603] Art. L.423-7 c.conso.

le fondement la L.c. vaut preuve *prima facie*, on peut imaginer qu'une action privée en suive une autre. Par exemple, une action privée ontarienne, peut inspirer une action subséquente en Alberta ou au Québec sur la base de la décision ontarienne. Les parties à l'action subséquente pourront utiliser le dossier de la première action pour appuyer leur poursuite[604]. En droit français, le doublement des instances est une contrainte légale. Il n'y a pas d'option. Soit la victime agit seule, en dehors d'une action de groupe, soit elle agit en parallèle de l'action de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne. Mais dans ce cas elle ne bénéficie pas de la décision de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission. Si elle veut bénéficier de la décision de l'autorité, elle devra agir dans le cadre d'une action de groupe.

L'action subséquente n'est pas mauvaise en soi, bien au contraire. Elle facilite la preuve. Cependant, la solution française consistant à attendre que la décision soit définitive compromet l'attractivité de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles. En effet, les délais seront particulièrement longs. Le modèle canadien préfère, de son côté, inciter à l'action subséquente en facilitant l'action des victimes plutôt que la contraindre.

[604] Y. BÉRIAULT *et al.*, *op.cit.*, note 539, p. 101 : « La preuve introduite dans l'instance criminelle sur les effets qu'à eu le comportement reproché sur le demandeur fait preuve de ces effets dans l'instance civile ».

Conclusion du chapitre II

La réalisation du droit à l'action privée entraine une véritable mutation de l'environnement juridictionnel de la concurrence. La collectivisation du recours privé est un mouvement en marche qui commence à faire ses preuves au Canada. La France devra éprouver son système d'action de groupe avant de prétendre changer la situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, comme elle l'a fait pour les actions en représentation d'un intérêt collectif. Le recours collectif québécois et l'expérience de la collectivisation du recours privé canadien donnent des signes encourageant pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle en France. Ils démontrent que la réparation collective des préjudices individuels par un élargissement des titulaires du droit d'action est possible dans un environnement civiliste, loin des excès de la procédure américaine. Il est toutefois regrettable que les avocats ne soient pas vus en France comme les porte-étendards de l'action de groupe. Leur déontologie permet de se prémunir contre les dérives américaines. Il est à craindre dans ce contexte une limitation du nombre des actions de groupe en fonction des choix de l'association de consommateurs qui sera elle-même soumise aux poursuites de l'Autorité de la concurrence, puisqu'elle n'a pas les moyens de poursuivre toutes les pratiques anticoncurrentielles. La fonction palliative que pourrait remplir la victime dans l'ordre concurrentiel serait ainsi compromise.

Au Canada, la collectivisation a permis d'indemniser les victimes d'une meilleure façon que par la voie individuelle. Le caractère ouvert de cette action permet tant aux entreprises qu'aux consommateurs de se faire représenter dans un groupe de victime de pratiques anticoncurrentielles. Au Québec, les PME ont cette possibilité si leur effectif ne dépasse pas 50 salariés. Il demeure que le Canada doit prendre garde aux groupes constitués à la fois de consommateurs et d'entreprises. Le critère de la représentation adéquate peut être discutable si le représentant des PME est un consommateur.

Les questions de compétence juridictionnelle sont essentielles à la réalisation du droit à l'action privée. Elles peuvent limiter indûment l'accès des victimes à leur juge. De toute évidence, la compétence matérielle de juridictions spécialisées, soit dans le domaine économique, soit dans le domaine du recours collectif, est une nécessité pour l'effectivité de l'action privée en raison de sa spécificité dans un contentieux par nature

technique. La compétence territoriale de ces tribunaux spécialisés doit désigner le lieux de résidence du représentant des victimes dans le cadre d'un recours collectif et le lieu de résidence de la victime dans l'hypothèse d'une action solitaire pour assurer une protection de la partie faible comme c'est le cas en droit de la consommation français.

De même, la mutation du contentieux concurrentiel exige de conjuguer effectivement le contentieux devant l'autorité de concurrence et celui devant le juge naturel de l'action privée. L'attraction de l'un sur l'autre n'est pas négative en soi, il favorise la preuve et la détection des pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, il appert que la solution des actions subséquentes pour favoriser l'action privée peut être inefficace si elle ne propose pas une option à la victime mais lui impose de se servir de la décision de l'autorité de concurrence.

Conclusion du Titre I

Parler d'un « droit à » l'action privée nécessite d'insister sur ce que recouvre ce droit. Par la reconnaissance d'un véritable droit à l'action privée nous avons cherché à démontrer que ce droit est connu et qu'il existe. Cependant, comme le démontre le droit canadien, sa simple existence ne suffit pas à son effectivité, il faut donc le reconnaître véritablement. L'état du droit positif en France et au Canada pouvait laisser penser que le recours privé en droit des pratiques anticoncurrentielles avait un caractère factice. En effet, il est actuellement trop difficile de le mettre en œuvre pour considérer qu'il est réellement effectif.

De la sorte, il convenait de reconnaître un droit à l'action privée. Pour ce faire, encore fallait-il le délimiter pour savoir dans quel domaine il s'exerce. En ce sens, nous avons proposé une définition à la fois collective et consumériste du droit à l'action privée. Il s'agissait d'une étape indispensable pour évaluer son champ de compétence et donc l'impact de la reconnaissance de ce droit sur l'ordre concurrentiel établi.

L'ordre actuel protège l'intérêt général à travers le marché. La reconnaissance d'une action privée effective suppose que le droit des pratiques anticoncurrentielles protège des intérêts privés. On passe donc de la protection de l'intérêt général à la protection de l'intérêt privé révélant une facette sociale du droit de la concurrence. La comparaison avec le droit pénal français nous a permis de réfléchir sur la place que pouvait jouer l'action privée dans le contentieux objectif du droit de la concurrence. Nous avons identifié deux conséquences principales à cette évolution du contentieux.

D'abord, la collectivisation du contentieux privé. Elle apparaît comme la solution première à l'ineffectivité de l'action privée concurrentielle pour les consommateurs et les entreprises. Nous avons démontré que le rôle social du recours collectif donne vie à un objectif du même ordre en droit de la concurrence, lequel fonde la légitimité et la place de la victime au sein de l'ordre concurrentiel.

Ensuite, la seconde conséquence est une perte de monopole des autorités de concurrence sur le droit des pratiques anticoncurrentielles. La reconnaissance de cette

place des victimes dans le droit objectif de la concurrence fait tomber le monopole de l'action publique en droit de la concurrence. Même s'il existe certains moyens de concilier les deux actions, il demeure certaines tensions. En réalité, ces tensions apparaissent quand on évoque la possibilité de faire jouer à l'autorité de concurrence un rôle indemnisateur du préjudice concurrentiel de la victime. Ce rôle n'est pas reconnu *de lege lata*. Les droits canadien et français ont une aptitude plus ou moins prononcée à accepter l'accès privé à leur autorité de concurrence. Cependant, sauf intervention du législateur, la capacité d'octroyer des dommages et intérêts apparaît excessive en France et irréaliste au Canada. De toute évidence, la collectivisation du contentieux privé pour obtenir la réparation du préjudice concurrentiel, à défaut de pouvoir la réclamer à l'autorité de concurrence, est de nature à créer *une mise en œuvre duale et dialogique du droit des pratiques anticoncurrentielles*, à la fois publique et privée, sans pour autant évincer la compétence historique des autorités de concurrence canadienne et française. Toutefois, l'action privée ne pourra jouer un rôle réel en parallèle de l'action publique que si le législateur supprime les entraves qui nuisent à l'exercice du droit à réparation des victimes dans l'exercice de cette action.

TITRE II – LA CONNEXITÉ DES PROCÉDURES CONCURRENTIELLES : DÉSENTRAVER LE DROIT À L'ACTION PRIVÉE

Pour éviter que l'action privée ne soit reléguée au rang des colifichets du droit de la concurrence, il est nécessaire de désentraver un droit d'action contraint aux hardiesses procédurales d'une action classique pour la défense d'un droit personnel. Il faut descendre dans les arcanes de la procédure, arpenter le labyrinthe procédural dans toute sa complexité pour accompagner la victime d'une pratique anticoncurrentielle à l'aide d'un fil d'Ariane juridique suffisamment solide pour ne pas rompre dès les premiers atermoiements de complexité de la procédure civile. Nous nous proposons ici de montrer le chemin de droit qui guidera la victime vers son juge, de signaler les embûches et de préconiser les éventuels changements nécessaires pour faire de ce chemin, un chemin moins sinueux et moins long. Ce chemin mène à ce jour les consommateurs et les entreprises vers le juge de droit commun. Dans le considérant n° 6 du *Règlement 1/2003*[605] on peut lire que les juridictions nationales « préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États-membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles [101] et [102] du Traité ». Encore faut-il que la procédure le permette. Tel sera l'enjeu de cette partie.

La procédure est une question d'organisation de l'instance et de gestion du temps. La connexité des procédures de droit commun avec celles s'exerçant devant les autorités de concurrence amène à s'interroger sur les liens qui unissent ces actions concomitantes dans leur organisation et dans la gestion des différents temps qui les composent. Comme l'Autorité de la concurrence française a eu l'occasion de le rappeler : « Eu égard à l'existence de ces instances parallèles, une réflexion sur l'opportunité de l'introduction d'actions privées […], conduit nécessairement à se poser la question de l'articulation dans le temps des compétences entre les autorités spécialisées et le juge de

[605] COMMISSION CE, *Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

droit commun »[606].

Il faut désentraver le droit à l'action privée en s'attachant au temps de l'action privée (**Chapitre I**) avant d'analyser dans ce même dessein le potentiel probatoire de l'acte juridictionnel dans le contentieux subjectif (**Chapitre II**).

[606] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Avis du Conseil de la concurrence sur l'action de groupe*, *op.cit.*, note 584, au par. 76.

Chapitre I – Le temps dans l'action privée concurrentielle

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles sont confrontées à une double difficulté au moment d'introduire leur action. D'abord, elles doivent s'assurer qu'elles peuvent encore agir. La vérification du délai de prescription est la condition première pour s'assurer que subsiste le droit à l'action. La prescription est étroitement liée à la question de la preuve. D'abord, parce que plus le délai de prescription sera long plus les victimes auront du temps pour réunir des preuves. Ensuite, parce que plus on attend pour réunir la preuve de l'infraction, plus l'action qui s'en suit perd sa vertu sanctionnatrice et plus les preuves sont difficiles à trouver, effacées par le temps. Comme l'a rappelé l'Autorité de la concurrence : « Dans tout contentieux et sûrement plus encore en matière de contentieux économique, le facteur temps est un élément fondamental tant pour la réunion des preuves que pour l'efficacité de la procédure »[607]. Dès lors, ce sont bien les questions de preuve et de temps dans l'action privée qui favorisent la réalisation du droit à l'action privée. En observant ces deux facettes de l'introduction de l'instance dans le contentieux privé, on s'aperçoit que l'action privée est en réalité entravée. Ce qui contribue à l'ineffectivité du droit à l'action privée, pourtant présent en principe. Ces difficultés se traduisent à deux moments, quand vient le temps de l'action (Section I) et quand vient le temps de la preuve (Section II).

Section I – Le temps de l'action

La prescription est un domaine qui illustre bien le temps de la procédure concurrentielle et les difficultés pour concilier les multiples contentieux en matière de concurrence pour *in fine* parvenir à des décisions rendues dans un délai raisonnable. En ce sens, les actions subséquentes peuvent pâtir de la connexité des procédures concurrentielles. La prescription de l'action privée concurrentielle peut être un obstacle à l'action des victimes. Il faut alors envisager les aménagements qui lui sont nécessaires (§1). Pour ralentir l'écoulement du temps, et le préjudice qu'il peut impliquer pour les concurrents et les consommateurs, le système des procédures avant procès peut être efficace (§2).

[607] *Id.*, au par. 82.

§1 : Les aménagements nécessaires à la prescription de l'action privée concurrentielle

Pour comprendre l'effet des délais de prescription sur l'effectivité de l'action privée, une étude des délais de droit commun (1) et des délais propres au droit de la concurrence (2) s'avère nécessaire.

1) Les délais de droit commun

45. Le délai de droit commun en France - L'action privée est avant tout une action de droit commun, elle est soumise aux mêmes délais que toutes actions en justice. En France, les délais de prescription ont fait l'objet d'une réforme depuis la *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*. L'action privée suite à une pratique anticoncurrentielle est une action personnelle classique, le délai est donc de 5 ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Il s'agit d'une solution favorable à la victime puisque les ententes sont des infractions cachées et que leur découverte peut intervenir tardivement. En revanche, on peut considérer que la victime qui n'agit pas suite à l'action publique de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne était en mesure de connaître, à la date de la diffusion de l'information sur la poursuite par les autorités publiques, l'existence de son dommage. La victime ne pourra pas prétendre qu'elle ne connaissait pas l'existence de la pratique pour retarder le début du délai de prescription car on peut présumer qu'elle aurait dû avoir connaissance de la pratique lorsque l'autorité de concurrence l'a rendu publique.

46. Le délai de droit commun au Canada – Au Canada, les délais de droit commun sont fixés par les provinces. Pour ce qui est de la province civiliste, au Québec, il s'agit comme en France d'une action personnelle. Le délai de prescription est prévu à l'article 2925 du C.p.c.Q., il est de 3 ans, ce qui est plus court qu'en France. Il faut noter que pour la nullité d'un contrat, le départ du délai de prescription intervient au jour où le demandeur a eu connaissance de la cause de la nullité[608]. On sait que le droit de la concurrence canadien, contrairement à l'article L. 420-3 du *Code de commerce* français, ne prévoit pas expressément le recours en nullité des actes ou contrats pris dans le cadre

[608] Art. 2927 C.p.c.Q.

d'une entente ou d'un abus de position dominante[609]. Si la victime québécoise voulait agir en nullité, elle devrait prendre en compte cette spécificité[610]. En ce qui concerne le point de départ du délai de prescription, il intervient le lendemain du fait générateur du droit d'action[611]. Le Code québécois est silencieux sur la question de la connaissance de ce fait dommageable. La jurisprudence a cependant précisé, fort justement, que le délai ne commençait à courir que lorsque le fait dommageable devenait connu de la victime[612]. La solution est dans ce cas favorable à la victime d'une pratique anticoncurrentielle qui est une pratique par nature occulte.

Les législateurs français et canadien ont choisi d'aménager les délais de procédure de droit commun pour les adapter au droit de la concurrence que ce soit dans le cadre de l'action publique ou de l'action privée.

2) Les délais propres au droit de la concurrence

Les délais propres au droit de la concurrence sont des délais spéciaux (A) dont l'objectif est de les adapter à l'originalité du droit de la concurrence. L'action publique joue un rôle important dans la prescription de l'action privée car elle peut la raviver (B).

A. Les délais spéciaux

47. Les délais spéciaux en France – En France, les délais spéciaux concernent principalement l'action publique car les actions privées relèvent du droit commun. Une autre particularité tient à la procédure européenne en matière de concurrence. Les autorités de concurrence française et européenne doivent composer avec les procédures de chacune. En effet, en droit de l'Union, l'article 25 du *Règlement 1/2003*[613] prévoit un délai de prescription pour l'action publique de 5 ans au jour de l'infraction ou, pour les

[609] En effet, rappelons qu'au Canada, le législateur fédéral n'est pas compétent pour les questions de droit civil et de propriété. Or la nullité des conventions contraires à l'ordre public est une question de droit civil.

[610] Pour un exemple de recours en nullité d'un contrat dans le cadre d'une loterie et d'un système pyramidal, v. *Boucher* c. *Landry*, 2004 CanLII 22859 (QC CQ). Le *Code criminel* est cité par le juge, lequel prend soin de préciser en notre de bas de page que l'article du *Code criminel* est similaire à l'article 55.1 de la L.c. Pour une application directe de l'article 55.1 L.c. en matière de nullité d'une convention alors contraire à l'ordre public, v. *Lacasse* c. *Jorge*, 2004 CanLII 19226 (QC CQ).

[611] Jean-Louis BEAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 1195, par. 1-1418.

[612] *Québec (Ville de)* c. *Construction Bé-con Inc.*, B.E. 2006 BE-59 (C.S.), (ci-après *Construction Bé-con*) ; *Gauthier* c. *Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3. Il s'agit d'une application de l'adage romain *contra non valentem agere potest, non currit praescriptio*, qui signifie que la prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir.

[613] *Règlement 1/2003*, *op. cit.*, note 605.

infractions continues ou répétées, le délai de prescription court au jour où l'infraction a pris fin. Elle est interrompue par tout acte de la Commission ou d'une Autorité de concurrence. Il s'agit d'une interruption et non d'une suspension, c'est-à-dire que le délai recommence à courir entièrement. Il reste limité par un principe selon lequel la prescription est, quoiqu'il en soit, acquise au bout de 10 ans. Concrètement, l'enquête publique interrompant le délai de prescription, elle ne doit pas durer plus de 10 ans. En revanche, il y a suspension quand la décision de la Commission est pendante devant la CJUE[614].

En droit interne, l'article L. 462-7 du *Code de commerce* dispose que le délai de prescription de l'action publique devant l'Autorité de la concurrence est de 5 ans[615]. Il y a eu un souci de faire coïncider la procédure française avec la procédure européenne de manière à conjurer les difficultés liées à la connexité des procédures administratives[616]. Mais cette nécessité existe aussi pour les actions privées. Jusqu'à l'adoption de l'action de groupe, aucun délai spécial n'était prévu pour l'action privée. L'intervention des juridictions judicaires était « subsidiaire », c'est-à-dire qu'elle consistait à « préserver les droits subjectifs des particuliers et tirer à ce titre les conséquences civiles des infractions »[617]. Cela « les a momentanément protégées »[618] des problèmes de connexité avec les procédures des actions publiques administrative ou pénale. Depuis l'adoption de l'action de groupe, l'article L. 423-18 du *code de la consommation* prévoit un délai de prescription de 5 ans pour les actions de groupe spécifiques au domaine de la concurrence.

Une application particulière du délai de prescription de l'action publique a été faite par la Cour d'appel de Paris en ce qui concerne la saisine directe de l'Autorité de la concurrence par une entreprise. Elle a considéré que le délai de prescription ne commençait à courir qu'à compter du moment où l'entreprise pouvait saisir le Conseil

---

[614] Mais la suspension ne vaut pas pour toutes les entreprises, v. L. ARCELIN, *op.cit.*, note 428, p. 271 ; TPICE, 31 mars 2009, aff. T-405/06, *ArcelorMittal Luxembourg, ArcelorMittal Belval & Differdange, ArcelorMittal International*.

[615] Il était de 3 ans avant l'ordonnance de 1986 abrogée en 2000 par l'*Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000*, art. 4, JORF du 21 septembre 2000.

[616] Linda ARCELIN-LÉCUYER, « De quelques incidences des procédures connexes devant le Conseil de la concurrence », *Contrats, concurrence, Consomm.*, n° 6, Juin 2007, Étude 8.

[617] Laurence IDOT, « Le temps : une limite à l'action des autorités » dans FRANCE, DIRECTION GENERALE DE LA CONCURRENCE ET LE REPRESSION DES FRAUDES, Ateliers de la concurrence : *Le facteur temps*, [en ligne] : < http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/facteur_temps2.htm>, au par. 3.

[618] *Id.*

de la concurrence[619]. Mais en 2001, la Cour de cassation a censuré cette décision en considérant que cette hypothèse n'était pas prévue par le *Code de commerce*[620].

Le *Livre vert*[621] avait proposé que le délai de prescription de droit commun fût suspendu dès l'ouverture de l'action publique. La France a choisi l'interruption, c'est-à-dire qu'il recommence à courir entièrement à la fin de l'action publique. Le *Livre blanc*[622] énonçait quant à lui que le délai de prescription était « un obstacle considérable à la réparation des dommages, que ce soit pour les actions autonomes ou pour les actions qui s'appuient sur la constatation préalable d'une infraction pour une autorité de concurrence »[623]. Il proposait alors que le délai de prescription ne commence pas à courir :

- avant le jour où l'infraction prend fin, en cas d'infraction continue ou répétée;
- avant le moment où la victime de l'infraction peut raisonnablement être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause.

L'article 10 de la *Proposition de directive sur l'action privée* fixe finalement les mêmes règles mais de manière plus précise à l'article 10.2 :

> Les États membres veillent à ce que le délai de prescription ne commence pas à courir avant la date à laquelle une partie lésée prend connaissance, ou peut raisonnablement être considérée comme ayant pris connaissance :
> i) du comportement constituant l'infraction ;
> ii) de la qualification de ce comportement comme infraction au droit national de la concurrence ou à celui de l'Union ;
> iii) du fait que l'infraction lui a causé un préjudice ; et
> iv) de l'identité de l'auteur de l'infraction qui a causé ce préjudice.

La proposition impose également aux États membres de ne pas prévoir un délai de prescription inférieur à 5 ans. Notons également que le délai prévu par le *Code civil* pour les actions en responsabilité civile individuelles est aussi de 5 ans. Ces dispositions seront donc conformes à la future directive.

En ce qui concerne le point de départ du délai de prescription, le choix du législateur dans l'action de groupe de n'autoriser que les actions subséquentes évacue

---

[619] CA Paris, 9 mars 1999 : BOCCRF n° 3/1999.
[620] Cass. com., 17 juillet 2001, *Thomson-Multimédia* : BOCCRF, n° 13/2001.
[621] *Op. cit.*, note 17.
[622] *Id.*
[623] *Id.* à la p. 9.

ces questions en raison de l'obligation de n'agir qu'après une décision résultant d'une action publique.

48. Les délais spéciaux au Canada –Au Canada, l'article 36(4) L.c. prévoit un délai spécial pour la victime. Le délai est de deux ans. On peut souligner la brièveté de ce délai au regard du temps qui est nécessaire à la constitution d'un dossier, mais cela est compensé par le fait qu'au Canada, le point de départ du délai de prescription est lié à l'action publique. En effet, l'article 36(4) envisage plusieurs hypothèses pour faire débuter le délai de prescription en distinguant les deux types de faute ouvrant droit à réparation sur le fondement du droit fédéral, à savoir la violation de la partie VI de la loi (c'est-à-dire les infractions criminelles relatives à la concurrence dont le complot) ou le défaut d'obtempérer à l'ordonnance d'un tribunal.

En cas de violation de la partie VI de la Loi, le point de départ commence à courir soit à la date de la pratique[624], soit à la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite[625]. En revanche, pour la violation d'une ordonnance, le délai est de deux ans à compter de la date où l'ordonnance a été violée[626] ou à compter du moment où il est statué de façon définitive sur la poursuite[627]. En bref, la date du comportement contraire à la Loi ou à l'ordonnance est le point de départ par principe, sauf en cas de poursuite publique car, dans ce cas, le délai peut être ravivé.

B. Le ravivement du délai de prescription de l'action privée par l'action des autorités de concurrence

49. Le ravivement du délai de prescription au Canada – L'organisation du délai de prescription de deux ans dans l'action privée canadienne est aménagée pour que l'action publique puisse raviver ce délai. Concrètement, envisageons l'hypothèse où la victime est à un mois de l'extinction du délai de prescription depuis la commission de l'infraction. Elle apprend que la Direction des poursuites criminelles et pénales du Canada vient de confirmer la poursuite de la pratique en cause après que le Bureau de la concurrence ait mené son enquête. Le délai est alors de deux ans à cette date. Il en va de même s'il s'agissait de la violation d'une ordonnance. La poursuite des instances canadiennes ravive le délai de prescription. Il s'agit bien d'une interruption et non d'une

[624] Art. 36(4)*a)*i).
[625] Art. 36(4)*a)*ii).
[626] Art. 36(4)*b)*i).
[627] Art. 36(4)*b)*ii).

suspension du délai de prescription. Il faudra qu'il y ait un lien entre les deux causes, c'est-à-dire qu'elles doivent être basées sur les mêmes faits[628]. L'arrêt *Matika* est indispensable à la compréhension de l'article 36(4). Cette décision révèle l'ambiguïté des termes de la Loi quand elle parle du moment « où il est statué de façon définitive sur la poursuite ». Le texte en français a été modifié lors de la refonte de 1985[629] pour se trouver dans sa version telle qu'elle vient d'être énoncée. Le 15 décembre 1975, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été modifiée[630] pour contenir l'ancêtre de l'article 36, l'article 31.1 qui disposait, dans une formulation maladroite :

> « 31.1 (4) Il ne peut être intenté d'action en vertu du paragraphe 1,
>
> a) dans le cas d'une action fondée sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie V, plus de deux ans après
>
> i) la date du comportement en question, ou
>
> ii) la date de la clôture définitive des procédures pénales y relatives, si cette dernière date est postérieure à la date visée au sous-alinéa (i) ; » [Nous soulignons].

Le point ii) a donc changé pour devenir en français :

> « (ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite ; »

La version anglaise, elle, n'a pas changé ; la version française était la traduction littérale de la version anglaise :

> « (ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of whichever is the later ».

La formulation laisse perplexe. Le pluriel devient du singulier. La « clôture » devient le verbe « statuer ». L'expression « y relatives », que nous avons souligné, devait certainement signifier « qui y sont relatives » ou « y afférentes » mais elle est supprimée. Les « procédures pénales » deviennent « la poursuite ». Enfin la condition de postériorité des procédures pénales par rapport à la date de l'acte anticoncurrentiel est fort logiquement supprimée. En effet, il est difficile de prononcer une condamnation criminelle avant sa réalisation. En revanche, cette précision demeure dans la version anglaise. Comme le relève le juge dans l'affaire *Matika*, l'article 4 de la *Loi sur les Lois révisées du Canada* (1985), L.R.C. (1985), ch. 40 (3e suppl.), dispose que « les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau (...). Il en conclut :

---

[628] *Bérubé* c. *Matika outils électroniques Canada Ltée*, (1991) 40 C.P.R. (3d) 108 [ci-après Matika].
[629] R.S.C. 1986, c. 1 (4th supp.), s. 11(1).
[630] *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1(4) [adoptée en 1974-75-76, c. 76, s. 12].

> « I think the outcome must be the same whether one uses the old or the new version of s. 36(4) of the *Competition Act*. In order to interrupt or suspend prescription, the criminal proceeding must have at least a minimal connection with the conduct complained of by the plaintiffs. In my view, that is the central point in the case at bar »[631].

Il semble que les commentateurs s'accordent pour dire qu'en cas de faits similaires dans le recours privé et dans l'action publique, l'action publique ravive la prescription même si le délai initial depuis la pratique en cause s'est écoulé[632]. La solution est favorable à la victime. Elle renforce l'effectivité de l'article 36(1). À notre connaissance, aucune jurisprudence n'est malheureusement venue étayée cette interprétation. Mais le texte pose une alternative, soit la date de la pratique, soit la date où la procédure pénale prend fin. Il faut donc en conclure que seule l'action publique ravivera le recours privé. S'il n'y a pas d'action publique, par exemple parce que la preuve au-delà du doute raisonnable n'aura pas pu être apportée, alors la victime ne pourra plus agir si deux ans se sont écoulés depuis le comportement en cause. Des auteurs vont plus loin en affirmant, de manière péremptoire, que le point de départ du délai de prescription est « la date à laquelle la déclaration de culpabilité dans l'instance criminelle y afférente a pris force de chose jugée »[633]. On aurait souhaité que le législateur soit tout aussi clair[634]. Il reste des interrogations sur les infractions continues et répétées qui ne sont pas expressément envisagées dans le texte. De plus, si l'action publique ravive le délai de prescription, le texte est silencieux sur le point de savoir si ce délai est suspendu pendant cette action. La solution est laissée à l'appréciation des faits par les juges[635].

Quant à la question de la suspension ou de l'interruption du délai, il semble que le débat est évacué par ce ravivement du recours privé. Il s'agit donc d'une interruption et non d'une suspension qui débute à la date où la décision sur la poursuite est définitive. Enfin, que faire en cas d'acquittement ou d'abandon de la poursuite ? L'article 36(1)

---

[631] *Matika*, *op.cit.*, note 628, p. 115 a.

[632] STIKEMAN ELLIOTT (avocats), *Competition Act & Commentary*, Markham, LexisNexis, 2013, p. 43 ; Michael TREBILCOCK, Ralph A. WINTER, Paul COLLINS and Edward M. IACOBUCCI, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 769 : « As a result of the oddly worded limitation period, a criminal proceeding may actually 'revive' a civil cause of action that had expired ».

[633] Y. BÉRIAULT *et al.*, *op.cit.*, note 539, p. 103.

[634] Cette absence de clarté génère des difficultés d'interprétation, par ex. en *Common law*, v. *Sun-Rype Products Ltd.* v. *Archer Daniels Midland Co.*, 2008 CanLII 278 (B.C.C.A). Il était question de l'analyse de plusieurs délais de prescription applicables dans une affaire de construction en Colombie-Britannique.

[635] Quoiqu'il en soit, le juge du procès est le seul à décider si les délais de prescription prévus à l'article 36(4) sont applicables compte-tenu des circonstances particulières à la cause, v. *North York Branson Hospital* c. *Union Carbide Canada Ltd.*, (1994) 31 C.P.C. (3d) 242 (Div. Gen. Ont.).

parle d'un « comportement », la condamnation n'est donc pas nécessaire à l'action privée canadienne[636]. Le texte évoque la « poursuite » et non la « condamnation », l'analyse livrée plus haut quant à l'assimilation de la poursuite à la déclaration de culpabilité nous paraît erronée. Il semble plutôt que le choix des mots dans le texte induise que toute décision dans la procédure criminelle qu'elle soit un abandon des poursuites, un refus du Commissaire de la concurrence de transmettre le dossier à la Direction des poursuites criminelles et pénales, un acquittement, une condamnation ou un plaidoyer de culpabilité ravive le délai de prescription du recours privé.

50. Le ravivement du délai de prescription en France – Il n'y a pas d'équivalent en France. Toutefois, le *Livre blanc* proposait que l'action publique ne soit pas un obstacle à l'action privée. En effet, si la victime attend que l'action publique soit achevée pour agir, elle risque de laisser s'écouler le délai de prescription de son action. Le *Livre blanc* proposait alors que pendant l'action publique, le délai de prescription de droit commun soit suspendu. Il s'agit d'une nécessité en France puisque l'action de groupe en droit de la concurrence n'est possible qu'après une décision de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission, lesquelles peuvent prendre des années. Cela explique l'ajout d'un troisième alinéa, à l'article L. 462-7 du *Code de commerce* qui dispose :

> « La saisine de l'Autorité de la concurrence ou d'une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou de la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de cette saisine produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive ».

La proposition de directive européenne prévoit aussi une prescription de 5 ans à compter du moment où l'infraction prend fin pour les infractions continues ou répétées[637]. De plus, l'action publique doit suspendre le délai de prescription de l'action civile, lequel doit reprendre pour au moins un an. En France, l'action publique interrompt le délai de prescription, ce qui va plus loin que la suspension prévue dans la proposition de directive. En effet, le délai repart à nouveau du début laissant du temps aux victimes. Cependant, pour les actions individuelles, l'action de groupe suspend leur délai de prescription, lequel ne reprend que pour 6 mois au maximum. Pour respecter l'esprit de la directive, il faudrait ramener ce délai à un an minimum.

---

[636] Par ex., *Polaroid Canada Inc.* c. *Continent-Wide Enterprises Ltd.*, (1994) 59 C.P.R. (3d) 257 (Ont. Gen. Div.).
[637] *Proposition de directive sur l'action privée*, *op.cit.*, note 26, au par. 4.3.2, à la p. 19 et art. 10, al. 5.

Sur la question de savoir si les actes accomplis dans le cadre d'une action privée pouvaient raviver le délai de prescription de l'action publique, le Conseil de la concurrence a affirmé :

> « Les [actes qui visent] à constater une faute civile, de même que la saisine du tribunal de commerce puis de la cour d'appel de Paris, qui sont intervenus dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, pour la défense d'un intérêt particulier, ne sauraient être considérés comme des actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles, effectués pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché (...) »[638].

Les parties ont cherché à suspendre le délai de prescription mais l'autorité française de concurrence a exclu que les actes réalisés dans le cadre d'une action privée puisse remplir la même fonction de défense de l'ordre public économique que l'enquête accomplie dans le cadre de l'action publique. Ainsi, l'action privée ne ravive pas le délai de prescription de l'action publique en France.

51. Enjeux du débat sur la prescription – La connexité des procédures publiques et privées nécessite que chacune tienne compte de l'autre. Le législateur français l'a bien compris lorsqu'il a aligné le délai de prescription de l'action publique en droit interne de 3 ans sur le délai européen de 5 ans. Mais rien n'a été fait pour l'action privée. La volonté de démocratiser les recours privés et l'introduction d'une action de groupe spéciale au droit des pratiques anticoncurrentielles impliquent que le législateur aille au bout de sa démarche et évalue les implications de cette réforme sur la question de la connexité des procédures publique et privée. Le modèle canadien, s'il prévoit à juste titre que l'action publique ravive par une interruption le délai de prescription de l'action privée, n'offre pas un exemple de clarté aux européens. Les règles envisageaient dans la *Proposition de directive sur l'action privée* seraient transposables au droit canadien pour accroître la lisibilité de l'article 36(4) de la L.c. Les questions soulevées par le délai de prescription sont primordiales pour assurer l'effectivité du droit à l'action privée. En effet, pour agir, encore faut-il que la victime soit assurée qu'elle en a le temps en évaluant le point de départ du délai de prescription. Les législateurs français et canadien auraient tort de sous-estimer la technicité de cette préoccupation pourtant déterminante pour l'effectivité du droit à réparation des entreprises et des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles.

---

[638] Cons. conc., Déc. n° 04-D-46, 30 septembre 2004, *relative à une saisine de l'entreprise Arnaud Marin concernant des pratiques mises en œuvre par la société R. Marin* : BOCCRF 2004, p. 826. Cette jurisprudence fait suite à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en 1999 et à la censure de la Cour de cassation en 2001, *op.cit.*, notes 619 et 620.

Le temps de l'action ne consiste pas seulement à savoir quand introduire l'action, il s'agit aussi d'introduire l'action rapidement en demandant au juge des mesures permettant de limiter le préjudice de la victime. Pour ce faire, les mesures conservatoires peuvent constituer un moyen de prévenir le préjudice des personnes privées dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles[639].

§2 : Les mesures conservatoires au service des victimes dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles

Les mesures conservatoires sont des procédures « d'urgence » qui permettent à la victime d'un préjudice d'obtenir du juge une décision enjoignant de faire ou de ne pas faire quelque chose à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle présumée avant tout jugement au fond[640]. Telle sera la définition que nous retiendrons dans cette partie où nous aborderons d'abord les mesures conservatoires en France (1) avant d'envisager les injonctions interlocutoires au Canada (2).

1) Les mesures conservatoires en France

52. L'article L. 464-1 du *Code de commerce* – Le *Code de commerce* prévoit que des mesures conservatoires, propres au droit la concurrence, peuvent être demandées à l'Autorité de la concurrence[641]. Les personnes habilitées à agir sont le ministre de

[639] V. à ce sujet, FRANCE, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE ET DE LA RÉPRESSSION DES FRAUDES, *Droit de la concurrence : les mesures conservatoires en 2003*, Extrait d' Actualités n° 173 - mars 2004, [en ligne] : < http://www.finances.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/03_publications/actualitesccrf/concurrence173.htm?ru=03>. Le document répertorie trois conditions pour prononcer des mesures conservatoires, 1) éviter des dommages irréparables ; 2) faire face à une nécessité impérieuse ; 3) ne pas faire doublon avec d'autres mesures.

[640] Au Québec, l'équivalent de la mesure conservatoire n'existe pas. La différence avec la procédure française tient aux critères. L'urgence n'est pas exigée au Canada et au Québec. L'urgence n'est pas un critère en tant que tel au Québec mais certains jugements l'on pris en compte pour octroyer une injonction, v. *Boisvert* c. *Ferme Serge et Rita Breault inc.*, R.E.J.B. 2004-64769. – « L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges créant chez une partie l'obligation de faire ou de ne pas faire et/ou de cesser quelque chose » dans Danielle FERRON, Mathieu PICHÉ-MESSIER et Lawrence A. POITRAS, *L'injonction et les ordonnances* Anton Piller, Mareva et Norwich, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2009, p. 3. Pour un historique sur l'introduction de l'injonction en droit québécois, v. p. 11. Cependant, même si l'injonction interlocutoire canadienne et la mesure provisoire française n'ont pas la même origine et diffèrent quant à leurs critères d'octroi, l'injonction interlocutoire visant le maintien d'un *statu quo* jusqu'au jugement (*id.* p. 47), elles se rejoignent dans leur objectif : éviter l'aggravation de la situation du plaignant. Pour ces raisons, elles doivent être traitées ensemble.

[641] Auparavant, cette procédure n'était possible que devant les instances communautaires, v. COMMISSION CE, *Règlement CE n° 17/62 du 6 février 1962*, art. 3, JOUE n° 013 du 21.2.1962, p.

l'économie et, notamment, les entreprises et les associations de consommateurs agréées[642]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles ont donc devant l'Autorité de la concurrence un moyen *a priori* effectif pour enrayer leur préjudice. La condition pour agir consiste en une atteinte grave et immédiate à l'économie en général, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Cette disposition révèle une fois de plus l'ambiguïté entre la défense de l'intérêt général et celui des intérêts privés en droit de la concurrence. L'Autorité de la concurrence, autorité publique garantissant l'intégrité du marché, peut protéger indirectement les concurrents et les consommateurs par des mesures conservatoires[643]. Ces mesures peuvent consister en une suspension de la pratique concernée ou en une injonction de revenir au *statu quo ante*[644]. De telles mesures ne sont pas sans incidences pour les entreprises concernées. Par conséquent, le législateur prévoit qu'elles sont strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence[645]. De plus, l'autorité française a considéré que la demande de mesure conservatoire devait être accompagnée ou suivie d'une saisine au fond[646]. En somme, si la demande au fond est rejetée, la demande de mesure conservatoire l'est aussi[647]. Ces garanties permettent à l'entreprise

---

0204-0211 : « 1. Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.
2. Sont habilités à présenter une demande à cet effet:
a) les États membres,
b) les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime. (…) » [Nous soulignons].
Pour un article récent sur les mesures conservatoires en droit de l'UE, v. Éric BARBIER DE LA SERRE et Marguerite LAVEDAN, « Le référé en droit de la concurrence devant le juge de l'Union », *Concurrences* 2012/1, p. 1-16, [en ligne] : < http://www.concurrences.com/IMG/pdf/_12_Concurrences_1-2012_Pratiques_Barbier_de_la_Serre-2.pdf>.

[642] L'article L. 464-1 C.com. renvoie au dernier aliéna de l'article L. 462-1 qui énonce un certain nombre d'organismes publics et privés qui peuvent agir devant l'Autorité de la concurrence.

[643] La cessation de l'illicite a des effets tant pour les victimes de la pratique que pour l'intérêt collectif ou l'intérêt général, tel est me cas dans le domaine de la concurrence, v. Cyril BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préf. R. BOUT, Thèse, Paris, Dalloz, 2008, p. 185, au par. 172.

[644] V. *supra*, note 640 sur le critère du *statu quo* comme critère de rapprochement des droits français et canadien.

[645] Toutefois, la Cour de cassation a précisé que « des mesures conservatoires peuvent être décidées dès lors que les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure au fond apparaissent susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée » [nous soulignons], v. Cass. com., 8 novembre 2005, n° 04-16.857, P+B+I. La susceptibilité de la pratique est un critère souple qui facilite l'octroi de mesures conservatoires.

[646] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel 1988*, p. 6 et Véronique SÉLINSKY, « La victime des pratiques anticoncurrentielles face à la diversité des procédures, LPA, 30 mars 1988, p. 14.

[647] Cons. conc., Déc. n° 06-D-39 du 15 décembre 2006, *Impression des Pyrénées*. Cependant, en cas d'éléments nouveaux, rien n'empêche qu'elle intervienne en cours de procédure, Cons. conc., Déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003, *MLP* : BOCCRF, 13 février 2004, p. 100.

visée de limiter le risque de recours injustifiés qui ne viserait qu'à lui nuire.

53. L'appréciation du « référé-concurrence » par l'Autorité de la concurrence – Dans son étude thématique consacrée aux mesures conservatoires[648], aussi qualifié de « référé-concurrence », l'ancien Conseil de la concurrence donnait une interprétation de cette disposition. Il révélait ainsi la complexité de cet article. Le Conseil commençait d'abord par faire une précision notable pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles sur le délai de traitement de cette mesure « d'urgence ». Il était de 3 à 4 mois au moment du rapport[649] alors que la procédure devant le juge judiciaire est de quelques jours[650]. L'urgence est à la fois le cadre et le fondement du « référé-concurrence »[651]. Pour le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, il y a urgence « (…) lorsque des agissements susceptibles de constituer des pratiques d'exclusion sont mis en œuvre sur des marchés émergents ou en voie de libération »[652]. L'expérience montre que ces pratiques ont souvent pour objet l'exclusion d'un ou de plusieurs concurrents. Ensuite, l'urgence « suppose la réalisation d'un dommage aux conséquences difficilement réparables, dont on peut considérer qu'il est constitué lorsqu'une entreprise risque de disparaître en cours de procédure »[653]. Il s'agit le plus souvent de pratiques unilatérales de la part d'entreprise en situation de dominance sur le marché[654]. Par conséquent, les plaignants qui choisissent d'agir par le biais du « référé-concurrence » doivent s'assurer d'être les victimes de ces pratiques. Cependant, une condition supplémentaire vient s'ajouter. L'article L. 462-8 du *Code de commerce* exige que les faits invoqués entre dans le champ de compétence de l'autorité, c'est-à-dire les pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du *Code de commerce*[655], mais aussi qu'ils soient « appuyés d'éléments suffisamment probants »[656]. Par ailleurs, cette procédure d'urgence est dépendante de la recevabilité de l'action au fond[657].

---

[648] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel pour 2007*, Études thématiques : Les mesures conservatoires, p. 45 et s.
[649] *Id.*, p. 46.
[650] C. BLOCH, *op. cit.*, note 643, p. 188-189.
[651] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel pour 2007*, *op. cit.*, note 648, p. 47.
[652] *Id.*, p. 48.
[653] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel pour 2007*, *op. cit.*, note 648, p. 48.
[654] *Id.*, p. 49.
[655] *Id.*, p. 61.
[656] Art. L. 462-8, al. 2 c.com.
[657] Le Conseil de la concurrence avait posé cette exigence de son propre chef alors que rien dans les textes ne l'exigeait. Depuis, l'article R. 464-1 c.com exige expressément cette condition de saisine au fond :

54. Standard de preuve : la présomption raisonnable de pratiques anticoncurrentielles – Cependant, quel degré de preuve est exigé dans cette procédure d'urgence ? Si le niveau de la preuve à apporter est trop élevé, il s'agit d'une préqualification de la pratique. Cette exigence pourrait nuire à l'attractivité de ce recours en éliminant des demandes peu étayées mais aux conséquences bien réelles sur le marché. À l'inverse, si le standard de preuve est bas, le recours devient plus accessible aux victimes potentielles de pratiques anticoncurrentielles. La jurisprudence a montré des hésitations à l'égard du standard de preuve exigé. Dans une décision de 1992, la chambre commerciale de la Cour de cassation a suivi la Cour d'appel qui avait rejeté la demande de mesure provisoire en raison de l'absence d'évidence de l'illicéité de la pratique litigieuse face à des contestations sérieuses des griefs par la société défenderesse[658]. Elle faisait application indirectement de l'article 809 du C.p.c. qui exige en matière de référé de droit commun un trouble manifestement illicite. Plus tard, les juges ont fait leur le standard du droit communautaire. En effet, le *Règlement 1/2003*[659] permet à la Commission européenne de prendre des mesures provisoires. Le standard de preuve est fixé par l'article 8.1 qui dispose :

> Dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat prima facie d'infraction, ordonner des mesures provisoires.

Le standard est celui d'une preuve *prima facie*. Il est nécessaire de présumer avec certitude l'existence de l'infraction. Cette lecture a été retenue par la Cour d'appel de Paris dans sa décision *Pharmalab*[660] de 2002 :

> « (…) les dispositions conservatoires, qui doivent entrer dans le cadre de la décision susceptible d'être prise à titre définitif et rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence, ne peuvent intervenir que s'il existe, à première vue, une violation des règles communautaires de concurrence et afin de parer à une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui les sollicite ou intolérable pour l'intérêt général et que, si l'autorité compétente n'est pas tenue de constater une infraction *prima facie* avec le même degré de certitude que celui requis pour la décision

---

« La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée ».

[658] Cass. com., 7 avril 1992, n° 90-14246.

[659] *Op. cit.*, note 605.

[660] CA Paris, 26 juin 2002, *SA Pharmalab* : BOCCRF 2003-08, [en ligne] : < http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/03_08/a0080014.htm>.
Confirmé par CA Paris, 16 juillet 2002, *Pharmajet* : BOCCRF 21 octobre 2002, n° 15, [en ligne] : <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/02_15/a0150013.htm>.

finale, elle doit être convaincue de l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte »[661].

La présomption d'infraction raisonnablement forte est un standard de preuve exigeant qui cadre mal avec l'esprit du « référé-concurrence » en droit français. Cette analyse sera finalement remise en cause par trois arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. En 2000, les juges de la haute juridiction écartent la nécessité de démontrer des pratiques manifestement illicites au profit d'une analyse des faits qui doit caractériser suffisamment une cause directe et certaine d'atteinte au plaignant[662]. Dans les suites de l'affaire *Pharmalab*, la Cour de cassation rejette l'analyse de la Cour d'appel de Paris qui considère que les principes d'effectivité et d'uniformité de l'application de droit communautaire commandent d'interpréter l'article L. 461-1 à la lumière de ce droit. La Cour considère que le principe d'autonomie procédurale impose au contraire de lire les dispositions nationales sur les mesures conservatoires conformément aux principes procéduraux du droit interne sauf si cela conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire[663]. Le droit interne français ne doit pas être appliqué selon le standard de l'Union européenne. Il s'agit d'une décision positive pour l'effectivité de l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Un standard moins élevé facilite le recours au « référé-concurrence ». Finalement, la Cour de cassation a exigé en 2005 que les faits soient susceptibles de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du *Code de commerce*[664]. Le Conseil de la concurrence avait *in fine* traduit cette exigence par le standard d'une présomption raisonnable de pratiques anticoncurrentielles[665].

55. L'immédiateté de l'atteinte – Les mesures provisoires ne peuvent être demandées à l'Autorité de la concurrence qu'en cas d'atteinte immédiate. Cela parait plus exigeant que le critère du dommage imminent prévu à l'article 809 du C.p.c. pour référé devant le juge judiciaire. Selon l'autorité française de concurrence, il s'agit d'un dommage actuel, c'est-à-dire « dès lors que [l'atteinte] existe en puissance et que toutes les

[661] Nous soulignons.
[662] Cass. com., 18 avril 2000, *Numéricâble* : Bull. IV, n° 75, p. 65.
[663] Cass. com., 14 décembre 2004, *Pharmalab*, Bull. IV, n° 225, p. 254.
[664] Cass. com., 8 novembre 2005, *TPS*, Bull. IV, n° 220, p. 236.
[665] Cons. conc., n° 04-MC-02, 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom.

conditions de sa réalisation sont réunies »[666]. L'objectif est d'éviter une atteinte irrémédiable. La jurisprudence a précisé que la menace d'atteinte peut suffire[667] si l'atteinte est considérée comme certaine[668].

En définitive, les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent recourir au « référé-concurrence » pour limiter les risques de préjudice. Le développement des recours en urgence devant l'Autorité de la concurrence démontre l'attrait de cette procédure. Cependant, le temps nécessaire pour rendre ces décisions en « urgence » et la difficulté à apprécier une présomption raisonnable de pratiques anticoncurrentielles[669] démontre certains obstacles persistant relativement à cette action. Ils peuvent ne pas être en adéquation avec les difficultés rencontrées sur le marché par des entreprises. De fait, dans certaines situations, le référé de droit commun peut être une voie plus adaptée.

56. Les mesures conservatoires devant le juge de droit commun – Les entreprises et les consommateurs peuvent agir devant le juge de droit commun sur le fondement des articles 808, 809 ou 873 du C.p.c.[670]. Les articles 808 et 809 permettent la prise de mesures en urgence. L'article 873 prévoit spécifiquement la mesure conservatoire lorsqu'un dommage est imminent ou qu'il y a un trouble manifestement illicite. La compétence des juridictions de droit commun est exclusive pour l'article L. 420-3 du *Code de commerce* relatif à l'action en nullité contre les conventions passées dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante[671].

L'action y est nécessairement plus souple puisque le juge constate soit l'illicéité de la pratique, soit l'imminence du dommage, alors que devant l'Autorité de la concurrence, il faut démontrer un dommage actuel et une présomption raisonnable de pratiques anticoncurrentielles[672]. « À la différence de la procédure de référé devant les juridictions civiles ou commerciales, la démonstration d'un simple préjudice (baisse de

[666] FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel pour 2007*, *op. cit.*, note 648, p. 68.
[667] Cons. conc., 99-MC-10, 16 décembre 1999 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Agence Alp Azur concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché des tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de Pra-Loup.
[668] CA Paris, 9 mai 2006, *Sté SAEM-TP* : RG 2006/04592 et 2006/4637, [en ligne] : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca06mc01_nmpp_saemtp.pdf>.
[669] L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, note 428, p. 207.
[670] CA Paris, 1ère ch., Sect. A, 27 juin 1990, D. 1991, som., p. 251, obs. Ch. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC, JCP E 1990, I, 20256, confirmé par la Cour de cassation v. Cass. com., 30 janvier 1996, n° 94-14314.
[671] C. GUILLON et L. DUPONT, « Les mesures conservatoires en droit de la concurrence », *Rev. Conc. Consomm*. 1993, n° 71, p. 13.
[672] *Lamy droit économique*, 2014, p. 478, au par. 1253.

chiffre d'affaires ou de rentabilité) subi par l'entreprise plaignante est insuffisante pour obtenir des mesures conservatoires devant l'[Autorité de la concurrence] : « Lorsque la pratique porte atteinte à l'entreprise plaignante, l'appréciation du caractère de gravité de l'atteinte est restrictive, la procédure d'urgence n'étant pas destinée à compenser un manque à gagner » »[673]. Dans ces conditions, la procédure de droit commun est plus favorable à la victime[674]. Cette victime pourra s'interroger sur la compétence des juridictions spécialisées en droit des pratiques anticoncurrentielles depuis 2006[675]. Une décision du Tribunal de commerce d'Albi a décliné sa compétence en faisant droit à l'exception d'incompétence soulevée devant elle :

> « Il est constant qu'au terme de l'article 873 du Code de procédure civile le juge des référés est compétent, même en présence d'une contestation sérieuse, pour prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Il est toutefois précisé en référence aux dispositions de l'article 872, qu'il ne peut le faire "que dans la limite de la compétence du Tribunal". L'exception d'incompétence soulevée ne vise pas seulement la compétence du juge des référés en tant que tel, mais également celle de la juridiction et ce, au visa des dispositions d'ordre public des articles L. 420-7 et R. 420-3 du Code de commerce et plus précisément à l'annexe 4-2. Sur ce point, la SIAC ne conteste pas que les dispositions des articles L. 420-7 et R. 420-3 du Code de commerce et plus précisément à l'annexe 4-2, ne donnent pas compétence au tribunal de commerce d'Albi pour statuer en la matière. Ainsi, en l'espèce, le juge des référés, non seulement est incompétent pour prescrire des mesures dont la légitimité dépend d'une décision au fond, mais au surplus il lui est demandé de statuer dans un domaine qui échappe à la compétence de sa juridiction. Il convient donc de faire droit à l'exception d'incompétence d'attribution soulevée par la SA Renault, de nous déclarer incompétent et de renvoyer la SIAC à mieux se pourvoir devant les Juges du fond de Bordeaux »[676].

Nous avons fait remarquer que la spécialisation permettait à la victime de voir son litige tranché par un juge expert de la matière[677]. En cas de référé, l'urgence conduit logiquement à aller chercher le juge le plus proche. De plus, le juge des référés est le

---

673 Pierre DEPREZ et Philippe BONNET, « Les exigences probatoires inhérentes à la procédure de mesures conservatoires devant l'Autorité de la concurrence », JCP E, n° 21, 23 mai 2013, 1299.

674 La Cour de cassation a décidé en 2012 que lorsque l'Autorité de la concurrence est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants et, dans la négative, de rejeter la saisine, ce rejet entraînant, par voie de conséquence, celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci : Cass. com. 9 octobre 2012, n° 10-28.718, F-D, *Sté Euro Power Technology* : JurisData n° 2012-022753, obs. G. DECOCQ, *Contrats, concurrence, consomm.*, n° 12, Décembre 2012, comm. 286.

675 *Supra*, au par. 34.

676 T. com. Albi, ord. réf., 28 oct. 2009, n° 2009 004733, *SA SIAC c/ SA Renault* : JurisData n° 2009-014828, obs. David BOSCO, « Spécialisation des juridictions en matière de concurrence : quid des référés ? », *Contrats, concurrence, consomm.*, n° 1, Janvier 2010, comm. 11. Sur les problèmes liésàe la compétence des juridictions spécialisées, v. Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Burxelles, Buylant, 2013, p. 1424 ; David BOSCO, « La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse », *Concurrences* n° 1-2011, p. 236 ; Muriel Chagny, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures*, n° 4, avril 2011, dossier 10.

677 *Supra*, p. 133 et s.

juge de l'évidence, sa spécialisation n'est alors pas nécessaire. Ces arguments d'opportunité[678] n'ont pas été retenus. Comme pour la compétence territoriale, la proximité du juge est un avantage pour la victime. Toutefois, la spécialisation des juridictions démontre que le prix à payer sera l'éloignement du contentieux vers les grandes métropoles. La justice rendue dans le cadre de l'action privée individuelle ne sera ainsi pas une justice de proximité en France au regard de l'évolution du contentieux. L'action de groupe aura pour intérêt de décentraliser le contentieux puisqu'en théorie, l'action privée collective relève des tribunaux de grande instance sans égard à leur spécialité.

La victime a en France une double voie. Soit elle agit devant l'Autorité de la concurrence, et son action risque d'être rejetée en raison du standard de preuve exigé qui n'est pas conçue pour compenser un manque à gagner. Soit elle agit devant le juge de droit commun qui applique un standard de preuve plus souple à condition de choisir la juridiction spécialisée compétente.

2) Les injonctions interlocutoires au Canada

La question des mesures conservatoires est globalement homogène. Elles prennent la forme d'injonctions interlocutoires au Canada. Si on étudie le système des injonctions interlocutoires dans la L.c. on s'aperçoit qu'elles soulèvent les mêmes questions dans les provinces de *Common law* et dans la province civiliste du Québec. Nous allons d'abord présenter le droit commun de l'injonction interlocutoire en droit québécois avant de l'aborder dans le cadre de la L.c. Le système québécois est étudié particulièrement pour favoriser la comparaison avec le système civiliste français.

57. Présentation de l'injonction interlocutoire[679] en droit civil québécois – L'injonction interlocutoire est définie à l'article 751 du C.p.c.Q. Son objet principal est d'enjoindre

[678] Selon l'expression de David Bosco, *id.*

[679] L'injonction interlocutoire est temporaire, elle se distingue de l'injonction permanente qui est accordée si le demandeur y a tout simplement droit, v. *Sternlieb* c. *Cain*, [1962] B.R. 440. Les critères nécessaires à l'octroi d'une injonction interlocutoire ne sont pas requis. Il faut aussi préciser que la victime de pratiques anticoncurrentielles pourra se servir, en cas d'urgence, de l'injonction provisoire prévue à l'art. 753 du C.p.c.Q. qui est prononcée en cas d'urgence pour 10 jours.

de faire ou de ne pas faire[680]. Les conditions d'obtention de cette injonction sont prévues à l'article 752 du C.p.c.Q. Il faut une apparence de droit, un préjudice irréparable et faire une balance des inconvénients de l'injonction. L'arrêt *Société de développement de la Baie James* c. *Kanatewat*[681], est venu expliciter cet article. Il propose de distinguer trois situations : soit le droit est clair, soit le droit est douteux, soit le droit est inexistant. Si le droit est clair, l'injonction devra être accordée, si le droit est inexistant, l'injonction devra être rejetée. Enfin, si le droit est douteux, alors il conviendra d'appliquer la balance des inconvénients. Elle consiste à peser les avantages et les inconvénients de l'injonction pour les parties. Si les conséquences de l'injonction sont plus négatives que positives alors l'injonction sera rejetée.

L'apparence de droit doit permettre de « décider si les faits sont assez sérieux pour permettre aux requérants de faire valoir leurs droits pour adjudication ultérieure sur le mérite de l'action »[682]. Ensuite, le préjudice irréparable est un sujet pertinent en droit des pratiques anticoncurrentielles car la question de la nature du préjudice des entreprises et des consommateurs est délicate. Il est donc important de comprendre ce point. Dans l'arrêt *Metropolitans Stores*[683], le préjudice irréparable a été défini comme celui qui n'est pas susceptible d'être compensé par des dommages et intérêts ou qui peut difficilement l'être. Un autre arrêt, *RJR-Macdonald Inc.* c. *Canada (Procureur général)*[684], a considéré que le terme « irréparable » ne porte pas sur l'étendue du préjudice mais sur sa nature, même si la partie peut recouvrer les sommes au fond. Voyons des exemples de préjudice irréparable. Une contravention à une disposition d'ordre public constitue effectivement un préjudice sérieux et irréparable[685]. Dans ce cas, la victime de pratiques anticoncurrentielles est recevable à demander une injonction car la L.c. est d'ordre public[686]. Toutefois, certaines jurisprudences s'opposent au

---

[680] Céline GERVAIS, *L'injonction*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005 ; *Hutton* c. *Co-op de Taxi de Terrebonne*, [2004] J.Q. no 3360 (C.S.).
[681] [1975] C.A. 166, 183.
[682] C. GERVAIS, *op.cit.*, note 680, p. 13, citant *Videotron ltée* c. *Industrie Minolec produits électroniques inc.*, [1987] R.J.Q. 1246 (CA).
[683] Manitoba (Procureur général) c. Metropolitans Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110 (ci-après Metropolitans Store).
[684] [1994] 1 R.C.S. 311.
[685] *Ordre des pharmaciens du Québec* c. *Meditrust Pharmacy Services Inc*., [1994] R.J.Q. 2833.
[686] *R.* c. *Boutique L'Ensemblier inc*., [1995] J.Q. no 1418 : « Le tribunal a pris connaissance des arrêts auxquels on l'a référé. À la suite de leur étude et de son analyse de cette Loi particulière, il ressort que la *Loi sur la concurrence* en est une d'ordre public qui vise à favoriser la libre concurrence commerciale et à protéger les consommateurs contre toute exploitation » ; *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 : « La Loi sur la concurrence est un élément central de l'intérêt public du Canada en matière économique et l'article 32 à l'époque, devenu l'article 45, est lui-même l'un des piliers de la Loi ;

prononcé d'une injonction si la compensation peut être monétaire[687]. En matière de concurrence déloyale, la jurisprudence « considère très majoritairement que la perte de clientèle est difficilement quantifiable, en ce sens qu'elle couvre non seulement les pertes de profits, mais également les répercussions sur la clientèle, le chiffre d'affaire ou la réputation de l'entreprise »[688]. Il faudra donc démontrer un préjudice et la difficulté à l'évaluer. Si l'évaluation est facile alors l'injonction ne sera pas accordée[689]. Mais, par exemple, si la perte monétaire est constatée et qu'elle s'accompagne de gestes qui pourraient nuire à l'entreprise, l'injonction peut être autorisée[690]. Il en ressort une relative confusion dans les critères applicables à l'octroi d'une injonction dans le domaine économique.

D'une certaine manière, la question ne se pose pas pour les consommateurs ou les entreprises qui vont se joindre à un recours collectif. En effet, par principe, le recours collectif n'ouvre pas droit à une injonction interlocutoire puisque la demande d'injonction par une seule personne suffit à ce qu'elle profite aux autres[691]. Le recours collectif n'est ainsi pas nécessaire à la demande d'injonction interlocutoire. La voie de la procédure civile classique avec les articles 59[692] et 67[693] C.p.c.Q. est à préférer[694].

Enfin, la balance des inconvénients permet d'éviter les abus de la part de concurrents. Elle consiste à étudier « laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice si l'injonction est accordée ou refusée »[695]. À ce titre, Robert J. Sharpe précise :

> « An important factor in determining the relative advantages of damages and injunctions is to consider not only the protection of the plaintiff's position but also the burden to be imposed upon the defendant. Specific remedies are relatively more intrusive than are damage awards »[696].

---

la Loi est établie sur le principe que le fait d'empêcher ou de diminuer la concurrence porte en soi préjudice au public » cité dans *R.* c. *Leblond*, 2008 CanLII 6751 (QCCS) .

[687] Trois-Rivières (Cité de) c. Syndicat national catholique des employés municipaux de Trois-Rivières, [1962] B.R. 510.

[688] C. GERVAIS, *op.cit.*, note 680, p. 24.

[689] *Id.*, p. 25.

[690] *Société Coinamatic inc.* c. *Armstrong*, [1984] C.A. 23 et C. GERVAIS, *op.cit.*, note 680, p. 25.

[691] *Pérès* c. *Québec (Procureur général)*, [2006] J.Q. n° 13946.

[692] Cet article renvoie au principe selon lequel nul ne plaide sous le nom d'autrui.

[693] Cet article vise la jonction des parties.

[694] D. FERRON *et al.*, *op.cit.*, note 640, p. 44.

[695] *Metropolitans Stores*, *op.cit.*, note 683.

[696] Robert J. SHARPE, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book Limited, 1983, p. 7, au par. 12.

Il apparaît donc qu'en raison du caractère intrusif de l'injonction dans la vie des affaires, la balance des inconvénients permette de limiter des inconvénients commerciaux pour l'entreprise qui ferait l'objet de cette procédure. Cela nous amène à considérer directement la manière dont la L.c. traite des injonctions interlocutoires.

58. L'injonction interlocutoire et la *Loi sur la concurrence* – La particularité de l'injonction interlocutoire fondée sur la partie VI de la Loi est qu'elle intervient dans un contentieux de nature criminelle. Par conséquent, la victime de pratiques anticoncurrentielles peut se voir opposer des arguments d'équité procédurale et d'ordre constitutionnel.

Dans la L.c., l'injonction interlocutoire se trouve dans la Partie IV intitulée *Recours spéciaux*, à l'article 33. Cet article est long et complexe. Il fut qualifié par la Cour fédérale en 1985, dans son arrêt *Fleet Aerospace Corp.*, de « mini code de procédure civile »[697]. Il comporte des nuances dans l'écriture qui peuvent être difficilement justifiables. Pour ajouter à la confusion, le nom donné à ces injonctions est celui d' « injonction provisoire » mais la doctrine considère qu'il s'agit en réalité d'une « injonction interlocutoire »[698].

L'article 33(1) dispose que :

> « Le tribunal peut par ordonnance, sur demande présentée par le procureur général du Canada ou le procureur général d'une province ou pour leur compte, prononcer une injonction provisoire interdisant à toute personne nommément désignée dans la demande de faire quoi que ce soit qui, d'après le tribunal, peut constituer une infraction ou tendre à la perpétration d'une infraction, en attendant que les procédures prévues au paragraphe 34(2) ou des poursuites soient engagées ou achevées contre la personne en question, s'il constate que la personne a accompli, est sur le point d'accomplir ou accomplira vraisemblablement un acte constituant une infraction visée à la partie VI ou à l'article 66, ou tendant à la perpétration d'une telle infraction (…) » [Nous soulignons].

Il faut observer que, contrairement au droit français, le droit canadien de la concurrence n'ouvre cette action qu'aux procureurs généraux du Canada et de ses provinces. On se rappellera que l'article 36 ne prévoit qu'un recours en dommages et intérêts ; la L.c. est à ce titre cohérente. Le procureur général devra démontrer qu'une infraction relative à la concurrence (Partie VI) est sur le point de s'accomplir ou s'accomplira vraisemblablement.

---

[697] *Canada (Procureur général)* c. *Fleet Aerospace Corp.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 470 (C.F. 1re inst.).
[698] Y. BÉRIAULT *et al.*, *op.cit.*, note 539, à la note 302 affirmant que la note marginale n'est en ce sens pas exacte.

L'article 33 rajoute une condition à démontrer :

> « (...) et que :
>
> a) si l'infraction est commise ou se poursuit :
>
> (i) ou bien il en résultera, pour la concurrence, un préjudice auquel il ne peut être adéquatement remédié en vertu d'une autre disposition de la présente loi,
>
> (ii) ou bien une personne subira vraisemblablement, du fait de la perpétration de l'infraction, des dommages dont elle ne peut obtenir juste réparation en vertu d'une autre disposition de la présente loi et qui seront sensiblement plus graves que ceux que subira vraisemblablement une personne nommément désignée dans la demande du fait d'une injonction prononcée en vertu du présent paragraphe s'il est ultérieurement constaté qu'une infraction visée à la partie VI ou à l'article 66 n'a pas été commise, n'était pas sur le point d'être commise et n'allait vraisemblablement pas être commise ; » [Nous soulignons].

On perçoit en filigrane le critère du préjudice irréparable issu du droit commun. La doctrine en conclut que « le procureur général peut établir que l'infraction reprochée à l'intimé cause, soit un préjudice général à la concurrence, c'est-à-dire qu'elle porte atteinte à l'intérêt public, soit un préjudice particulier à la victime du comportement reproché »[699]. Tel est l'enseignement de l'article 33(1)*a)*(i) et (ii).

La comparaison avec le droit français met en lumière que les droits canadien et français prennent en compte la situation de la victime pour prononcer l'injonction. Le droit de la concurrence français exige la démonstration d'une atteinte à la concurrence (une atteinte à l'économie en général selon l'article L. 464-1 du Code de commerce) ou une atteinte à l'intérêt des consommateurs ou des entreprises plaignantes. Le droit canadien exige quant lui, soit un préjudice pour la concurrence, soit un préjudice pour la victime. Les deux éléments ne sont pas exigés simultanément au Canada et en France. En droit de la concurrence canadien, « [l']'article 33 envisage donc la possibilité que l'injonction interlocutoire serve non seulement à protéger l'intérêt public dans la libre concurrence, mais aussi les intérêts privés qui en bénéficient »[700].

Dans ce cas, qu'en est-il si la victime désire obtenir une injonction interlocutoire ? Cela est possible en théorie. La violation d'une disposition de la Partie VI est une faute civile extracontractuelle soumise au C.c.Q. Le plaignant peut donc demander lors de son action en réparation une injonction interlocutoire ou permanente pour faire cesser son

[699] *Id.*, p. 93.
[700] *Id.*, [Nous soulignons].

préjudice[701]. De plus, l'article 62 de la L.c. énonce que :

> « Sauf disposition contraire de la présente partie, celle-ci n'a pas pour effet de priver une personne d'un droit d'action au civil ».

Nonobstant les dispositions de la partie VI relative aux infractions à la concurrence, les victimes de ces pratiques conservent le droit d'agir dans le cadre du droit civil provincial. Elles peuvent alors demander des dommages et intérêts et une injonction interlocutoire.

Cependant, la nature criminelle du comportement en cause nuit à la demande de la victime de la manière suivante. Dans la mesure où l'injonction est expressément préalable à une poursuite de nature criminelle par le procureur général, elle oblige l'auteur de l'infraction à révéler sa ligne de défense et ses arguments à la victime avant que le Procureur ait décidé d'introduire une action contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Se faisant, le procureur est alors en mesure de se servir de ces arguments pour décider de l'opportunité d'une poursuite criminelle. La procédure devant les juridictions de droit commun lui permettra de connaître à l'avance les arguments de l'inculpé. Même si en droit canadien, le droit de ne pas s'auto incriminer n'existe pas comme tel, il est déduit de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[702] qui dispose que :

> «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

L'arrêt *Hébert* de la Cour suprême du Canada a affirmé que figurait parmi les principes de justice fondamentale le droit au silence[703]. D'autres articles de la *Charte canadienne* se montrent plus explicites, notamment l'article 13 :

> « Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ».

---

[701] *Id.*, p. 96.

[702] *Loi constitutionnelle de 1982* (R-U), constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11. V. Yves DE MONTIGNY, « La protection contre l'auto-incrimination au Canada: mythe ou réalité ? », (1990) 35 McGill L. J. 746 ; Yves DE MONTIGNY, « La protection contre l'auto incrimination et le droit au silence dans le contexte d'une procédure administrative ou d'une commission d'enquête » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, p. 61 ; Delphine CHALUS, « La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », (2009) 43 *R.J.T.* 321, [en ligne] : <http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/10401_chalus.pdf>.

[703] *R.* c. *Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

Il apparaît que la procédure au civil peut compromettre la défense de l'auteur de pratiques anticoncurrentielles dans la procédure au criminel. L'injonction interlocutoire pose donc des questions de constitutionnalité[704] et d'équité procédurale[705]. Ainsi, la jurisprudence doit tenir compte de cet état du droit dans la balance des inconvénients qui ne penchera pas dans le sens des consommateurs et des entreprises victimes. La nature criminelle du droit de la concurrence canadien en ce qui concerne les complots nuit à la reconnaissance du droit d'action de la victime. Dans ce cas, *a contrario* pour les infractions civiles à la L.c., comme l'abus de position dominante, l'injonction interlocutoire devrait pouvoir être prononcée.

59. L'injonction interlocutoire suite à un abus de position dominante – On peut se demander si l'abus de position dominante est concerné par l'injonction interlocutoire. Après tout, la victime de cette pratique n'a pas de droit à réparation spécial sous l'article 36[706] pour les préjudices résultant d'un abus de position dominante. De plus, l'infraction est civile donc on ne peut opposer à la victime les arguments d'ordre constitutionnel. Par analogie, l'abus de position dominante est une infraction à la L.c., elle ouvre, comme le complot, un droit à réparation général sur le fondement du droit commun de l'article 1457 du C.c.Q. et le droit de demander une injonction interlocutoire. Cependant, les sanctions administratives pécuniaires (SAP) apportées par la réforme de 2009 portant l'amende administrative à 10 millions de dollars en cas d'abus de position dominante peuvent remettre en cause une demande d'injonction interlocutoire[707]. Dans ce cas, le risque pour l'entreprise qui livrerait sa défense suite à une demande au civil d'injonction interlocutoire est relativement le même que dans une procédure criminelle, à savoir le risque d'une sanction lourde. Ainsi, la prudence doit être recommandée et de toute évidence les juges pourraient être vigilants avant de prononcer une injonction interlocutoire puisque celle-ci pourrait étayer le prononcé d'une forte amende dans le cadre d'une procédure administrative devant le Tribunal de la concurrence.

---

[704] La constitutionnalité de l'article 33 L.c. a déjà été soulevée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) Luxottica Canada Inc.*, (1994) 63 C.P.R. (3d) 205 (C.F. 1re inst.), (ci-après *Luxottica*).
[705] Sur cette opinion, v. Y. BÉRIAULT *et al.*, *op.cit.*, note 539, p. 97.
[706] L'article 36 ne prévoit strictement qu'un droit à réparation, pourtant certaines décisions ont octroyé des injonctions sur le fondement de l'article 36, v. *Willey* c. *Mc Laughlin* (1976) 49 C.P.R. (2d) 86 (B.C.S.C.) ; *Reed* c. *Ottawa Football Club* (1988) 62 Alta. L.R. 347 (Q.B.) ; *United Communications Inc.* c. *Bell Canada* (1994) 56 C.P.R. (3d) 232 (Ont. Gen. Div.). Pour des décisions considérant que l'article 36 ne prévoit pas l'octroi d'injonction : *ACA Joe International* c. *147255 Canada Inc.*, (1986) 10 C.P.R. (3d) 301 (C.F. (1re inst.)) et *947101 Ontario Ltd.* c. *Banhaven Town Centre Inc.*, (1995) 121 D.L.R. (4th) 748 (On. Gen. Div.).
[707] Grant BISHOP, « The Economic Consequences and Constitutionality of Administrative Monetary Penalties for Abuse of Dominance », (2013) 26/1 *Revue canadienne de droit de la concurrence* 37-58.

En conclusion, le temps de l'action pose deux questions à la victime : a-t-elle le temps d'agir ? Et peut-elle limiter son dommage avant une action au fond ? On voit que les droits français et canadien apportent des réponses discutables à ces deux questions. Le délai de prescription est précisé pour le recours privé au Canada. Toutefois, il est plus court que le délai de droit commun figurant dans le C.c.Q. La victime peut donc trouver refuge dans le droit commun. Le choix du *forum* de la Cour supérieure, une juridiction provinciale, est alors stratégique. Il reste qu'en cas d'action publique, la victime retrouve son délai de prescription de l'infraction en cas d'identité de faits. Mais l'absence de suspension du délai pour le recours privé, le temps de l'action publique, oblige la victime à agir avant que la décision sur cette action ne soit rendue. La France ménage un délai particulier de 5 ans, lequel est interrompu par l'action publique en cas d'action de groupe. La procédure de mesure conservatoire est ouverte devant l'Autorité de la concurrence. La procédure n'est cependant pas favorable à la victime en raison d'un haut standard de preuve. Le juge judiciaire, à condition de se tourner vers les juridictions spécialisées en droit des pratiques anticoncurrentielles, apparaît comme le *forum* le plus favorable. En revanche, au Canada, la victime ne peut guère compter sur la procédure d'injonction interlocutoire pour limiter son préjudice. Elle ne peut qu'espérer que le procureur général en charge de la poursuite demandera une injonction au tribunal en raison du préjudice qui pèse sur la victime comme la L.c. le permet. À ce sujet, on constate dans les deux pays étudiés que les mesures conservatoires entremêlent l'intérêt des concurrents et des consommateurs à l'intérêt du marché. En effet, les deux justifient une demande de mesure conservatoire. Le temps de l'action est aussi celui qui permet de connaître le temps disponible pour collecter les preuves. Nous aborderons donc maintenant le temps de la preuve.

Section II – Le temps de la preuve

La preuve de la pratique anticoncurrentielle est délicate. D'abord, si l'on prend les collaborations frauduleuses entre concurrents comme les ententes, les auteurs de ces pratiques auront pris soin d'effacer leur trace et de mener leurs activités dans la plus grande discrétion usant de noms de code, de prête-noms, d'intermédiaires, *etc*. Si bien que les victimes de ces pratiques auront des difficultés à collecter des preuves leur permettant d'agir en justice.

La première solution à envisager est la collecte de la preuve *via* le système de *discovery* (§1). Ce système implique que le défendeur révèle l'existence de l'intégralité des documents nécessaires à la preuve dans le procès. Inspiré du droit américain, la Commission européenne voudrait l'utiliser en Europe, tant dit qu'au Canada, la Cour fédérale et les procédures civiles provinciales pratiquent un système similaire. Par ailleurs, les autorités de concurrence sont les premières à disposer d'une source d'information conséquente sur les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, une autre solution serait de contraindre ces autorités à aider les victimes de pratiques anticoncurrentielles dans la collecte des preuves par une divulgation du contenu de leurs dossiers (§2).

§1 : La collecte de la preuve via *le procédé du* discovery

Le *discovery* d'origine américaine est présenté comme une solution par les européens. Les propositions de la Commission européenne vont dans le sens d'une introduction d'un système similaire en droit interne ce qui bouleverserait le système probatoire français (1). Nous verrons qu'au Canada, un *discovery* existe dans les provinces de *Common law* et dans une moindre mesure au Québec (2).

1) Les systèmes probatoires français et européen

60. Le droit positif de la preuve en France et les outils probatoires européens – En France[708], il est possible de contraindre une partie à communiquer une pièce par l'intermédiaire du juge[709]. L'article 10 C.p.c. prévoit que le juge peut également ordonner toute mesure d'instruction[710]. Les parties doivent apporter leur concours à ces

[708] Pour des développements synthétiques et claires sur la production de la preuve en France, v. Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 2011, p. 430 et s.

[709] Les mesures d'instruction visent à combler la carence des parties dans l'obtention de la preuve. En effet, elle intervient toujours après la communication spontanée des pièces par la partie qui s'en prévaut. En France, les parties ne révèlent pas les pièces qui pourraient servir à la partie adverse mais révèlent les pièces qu'elles possèdent pour étayer leurs conclusions (les conclusions sont l'équivalent de l'affidavit au Canada). Si elles veulent obtenir la communication d'une pièce qui est en la possession de la partie adverse ou d'un tiers, elles doivent connaître l'existence de cette pièce avec suffisamment de précisions pour que le juge croît en son existence ou en sa vraisemblance (Cass. civ. II, 17 novembre 1993, D. 1994, inf. rap. 6) et ordonne une mesure d'instruction. La mesure d'instruction est dite « *in futurum* » car elle intervient avant le procès au fond (art. 145 C.p.c.). Mais le juge à le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction « en toute état de cause » s'il juge la mesure nécessaire à sa compréhension de l'affaire (art. 144 C.p.c.).

[710] Sur la question de la preuve en France, v. Isabelle DESPRÉS, *Les mesures d'instruction* in futurum, Préf. G. WIEDERKEHR, Paris, Dalloz, 2004, aux pages 125 à 142 et Aurélie BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. SAINT-PAU, Paris, LGDJ, 2010.

mesures, comme le précise l'article 11 du même code. Il faut noter qu'en la matière, l'administration de la preuve doit se faire spontanément par les parties en se communiquant les pièces invoquées au soutien de leurs conclusions (on parlerait d'un « affidavit » au Canada)[711]. La production forcée n'est donc que l'exception. Le juge pourra refuser la demande de communication forcée d'une pièce détenue par la partie adverse ou par un tiers s'il estime que son intervention ne vise qu'à combler la carence de la partie faisant la demande[712]. Jusqu'en 1972, l'adage *nemo tenetur edere contra se* interdisait à une partie de communiquer une pièce qui allait jouer en sa défaveur[713]. En outre, l'article 133 du C.p.c. permet au juge d'enjoindre une communication de pièces sous astreinte. Il peut également préciser les modalités de cette communication. Le juge peut exercer ces pouvoirs avant qu'une instance ait été introduite. Il s'agit des mesures d'instruction *in futurum*[714]. Lorsque l'instance au fond a débuté, le juge peut également mener des enquêtes et auditionner des témoins[715]. Il peut au surplus entendre des experts ou de simples consultants pour éclairer son appréciation des faits. En ce qui concerne les preuves se trouvant à l'étranger, le juge aura recours au *Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale*[716].

Au niveau de l'Union européenne, le *Règlement (CE) n° 1/2003* constitue aussi un support pour la collecte des preuves. Ce règlement est d'autant plus intéressant qu'il concerne spécialement les pratiques anticoncurrentielles. L'article 15, paragraphe 1, dispose que :

> « Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa

[711] Art. 132 C.p.c.
[712] Art. 146, C.p.c. : « Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».
[713] FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES, *Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français*, 19 octobre 2005, p. 2, [en ligne] : <www.gip-recherche-justice.fr/aed/NoteSAEIDroitPreuve%20191005.doc>. La philosophie est la même que l'article 13 de *Charte canadienne* sur l'auto incrimination.
[714] Pour une analyse précise de ce dispositif, v. Eric BARBIER de la SERRE, « Accès aux preuve : étendue des pouvoirs du juge », RLC 2009/01, n°18, au par. I.
[715] Art. 145 C.p.c.
[716] L 174/1, JOCE, 27.6.2006.

possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence ».

La Commission est dans l'obligation de coopérer avec les juridictions nationales en matière concurrentielle. De plus, la CJCE a décidé, dans l'affaire des *Laboratoires Boiron*, que le juge devait faire preuve de diligence dans le domaine de l'accès aux preuves pour assurer l'effectivité du droit communautaire[717].

Ce qui rend insuffisant ce dispositif est que le juge, en droit français, n'a pas vocation à combler la carence des parties dans la collecte des preuves. Si une partie demande au juge de contraindre son adversaire à communiquer une pièce, il pourra refuser sans avoir à donner de justification. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire. En outre, un obstacle majeur en droit de la concurrence réside dans le secret d'affaire. En effet, l'article 142 du C.p.c. permet de refuser la communication en cas de protection d'un intérêt légitime. Le secret professionnel ou le secret d'affaire sont des intérêts légitimes susceptibles d'être invoqués en droit de la concurrence. Or le *discovery* est réputé en droit antitrust américain comme un moyen de contourner ce genre d'obstacle. Le *discovery* permet en effet aux juges « d'ordonner aux membres d'un cartel de communiquer aux victimes les informations qu'ils ont fournies volontairement aux autorités de concurrence »[718]. La Commission s'est vite rendue compte que cet outil pouvait être particulièrement utile aux victimes des pratiques anticoncurrentielles dans leurs actions privées. Cependant, elle nuit au programme de clémence. Dans la mesure où le *discovery* se fonde sur la transmission de documents écrits, la Commission a supprimé l'écrit en instituant une procédure de clémence sans papier (*paperless*)[719]. La procédure est devenue orale et échappe ainsi à des mesures de *discovery* en provenance de l'étranger.

Le système probatoire français est inefficace et les instruments européens limités par le principe de l'autonomie procédurale qui veut que les États membres soient les seuls compétents en matière de procédure. Plus concrètement, la procédure civile française exige que la partie qui demande une preuve la désigne précisément dans sa demande au juge. Cependant, comment désigner avec exactitude une preuve qui est par

[717] CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoire Boiron*, Rec. CJCE, I, p. 7529.
[718] L. ARCELIN, *op.cit.*, note 428, p. 162, au par. 248.
[719] Id.

nature dissimulée dans le cadre d'une entente et résultant d'une analyse économique pointue en cas d'abus de position dominante ? Le *discovery* a cet avantage qu'il oblige les parties à révéler toutes les preuves qu'elles possèdent.

61. Les solutions apportées par l'action de groupe et la *Proposition de directive sur l'action privée*[720] – L'action de groupe française et la *Proposition de directive sur l'action privée*[721] proposent des solutions pour faciliter la preuve dans l'action des victimes. La proposition de directive demande que la production forcée soit contrôlée quant à sa nécessité, son étendue et sa proportionnalité[722]. Ces éléments sont soumis à l'appréciation du juge, ce qui est déjà le cas en France. L'action de groupe présente une particularité intéressante. Elle rappelle que le juge doit prendre les mesures d'instruction « légalement admissibles »[723]. Cette précision à l'article L. 423-3, alinéa 3, du *Code de la consommation* ne change rien au niveau du droit. Il s'agit d'une précision symbolique qui indique au juge qu'il devra utiliser tous les moyens présents dans le C.p.c. pour aider les victimes à faire la preuve de leur préjudice dans le cadre de l'action de groupe. La précision « à tout moment de la procédure » est un renvoi implicite à l'article 138 du

[720] Dans son *Livre blanc*, la Commission européenne abordait ce qu'elle nommait la divulgation *inter partes* au paragraphe 2.2 du document. Elle rappelait que le caractère dissimulé de cette preuve faisait qu'elle n'était pas connue de manière détaillée par le requérant. La Commission parlait d' « asymétrie structurelle de l'information » empruntant au vocabulaire de l'analyse économique du droit. Elle demandait donc aux États membres un niveau minimal de divulgation *inter partes* dans les recours en dommages et intérêts suite à une pratique anticoncurrentielle. La Commission invitait les législateurs nationaux à donner à leur juridiction « le pouvoir d'enjoindre aux parties à la procédure ou à des tiers de divulguer des catégories bien définies de preuves pertinentes ». Mais elle invitait à poser des conditions préalables telles que l'établissement de « raisons plausibles de présumer » un dommage concurrentiel, la démonstration d'avoir fait des efforts pour rechercher des preuves par d'autres voies, la définition non pas du document demandé mais d'une catégorie suffisamment précise de preuves et la démonstration de la pertinence de la demande de divulgation et son caractère nécessaire et proportionné. L'objectif était de limiter les excès du *discovery* américain. Seulement, bien que louable, ces propositions tendent à mettre en place le *pre-trial discovery* américain durant lequel on examine la recevabilité de la preuve à la différence qu'ici, c'est le procès du droit à la preuve, et non du droit de la preuve, que la Commission proposait. En effet, la Commission proposait une procédure pour vérifier le droit d'obtenir la preuve alors qu'en Amérique du Nord, les preuves sont communiquées spontanément et ensuite le procès sur la preuve permet d'évaluer les pièces et les témoignages recevables. L'économie de ces deux systèmes probatoires est différente. Bien évidemment des sanctions devaient être prononcées contre la partie récalcitrante et les entreprises inscrites au programme de clémence devrait bénéficier « d'une protection adéquate », sans que la Commission précise laquelle.

[721] *Proposition de directive sur l'action privée*, *op. cit*., note 26.

[722] Les principes sont expliqués au csdrt n° 13, à la p. 28 sur la question de la coopération loyale dans l'UE sur cette question de la preuve ; au csdrt n° 14, à la p. 28, sur la proportionnalité ; au csdrt n° 15, à la p. 28 sur l'interdiction de divulgation générale comme le *discovery*.

[723] L'article dispose *in extenso* : « [Aux fins d'évaluation du préjudice des consommateurs], à tout moment de la procédure, le juge peut ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel ».

C.p.c. qui prévoit les mesures d'instruction en cours de procédure[724]. Il démontre deux choses : le législateur français est conscient de la difficulté de la preuve pour les consommateurs, à plus forte raison en droit de la concurrence ; il fait toutefois confiance au droit existant pour pallier ces difficultés.

2) La pratique du discovery au Canada

62. La pratique du *discovery* en droit ontarien – La pratique du *discovery* au Canada s'explique par la conquête anglaise. L'implantation de la *Common law* britannique se manifeste dans le droit provincial et fédéral. Nous avons déjà vu que l'injonction interlocutoire en était un témoignage. Il en va de même du *discovery*. L'Ontario, province de *Common law*, connaît le *discovery*. En effet, les *Règles de procédure civile*[725] prévoient ce dispositif à la règle 30.03[726]. Il s'agit d'un dispositif de divulgation spontanée non pas des pièces qui étayent les arguments d'une partie, mais des pièces qui participent à la compréhension du litige et indirectement pourront étayer l'argumentation de la partie adverse. Les avantages de ce système sont les suivants : il permet de connaître avant le procès au fond les forces et les faiblesses de son dossier ; il permet de tester la crédibilité des témoins et leur expression orale[727] ; il favorise la découverte des faits et promeut la vérité ; enfin, c'est un moyen effectif et efficient pour les parties de mobiliser les preuves dont elles ont besoin. La divulgation obligatoire est plus efficace que de laisser les parties mener leur propre enquête[728]. La procédure de *discovery* a pour particularité de comporter une phase orale sur la recevabilité des preuves et l'interrogatoire préalable des témoins[729]. Cet interrogatoire

---

[724] *Infra* au par. 69.
[725] RRO 1990, Règl 194 (ci-après les *Règles*).
[726] L'article 30.2 dispose que : « Un document pertinent à l'égard d'une question en litige dans une action et qui se trouve ou s'est trouvé en la possession d'une personne, sous son contrôle ou sous sa garde est divulgué conformément aux règles 30.03 à 30.10, que l'on invoque ou non un privilège à l'égard de ce document ».
L'article 30.03 énonce que : « Une partie à une action signifie à chaque autre partie un affidavit de documents (formule 30A ou 30B) dans lequel elle divulgue tous les documents qui, à sa connaissance directe ou suivant des renseignements qu'elle tient pour véridiques, sont pertinents à l'égard d'une question en litige dans l'action et se trouvent ou se sont trouvés en sa possession ou sous son contrôle ou sa garde ».
[727] L'oralité des débats dans le système anglais explique la nécessite de prendre en compte l'aisance orale du témoin. En France, la « mise en état » du dossier permet un procès qui se déroule en amont de l'audience, l'écrit y joue un rôle principal. La phase orale n'est qu'une pure formalité sauf incident de procédure.
[728] Paul M. PERELL and John W. MORDEN, *The Law of Civil Procedure in Ontario*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2010, p. 469-470.
[729] Art. 31.02 des *Règles.*

donne lieu à un contre-interrogatoire (*cross-examination*)[730]. La procédure civile ontarienne exige qu'un plan d'enquête soit établi entre les parties pour organiser cette phase de l'avant-procès[731]. De plus, il y a une exigence de proportionnalité de l'enquête préalable[732]. Les *Règles* ontariennes demandent au juge de vérifier, lorsqu'il lui est demandé de décider si une partie ou une autre personne doit répondre à une question ou produire un document, le temps nécessaire à sa production[733], les frais associés à cette production[734], s'il peut en résulter un préjudice indu[735], si la réponse ou le document entraveront indûment le déroulement ordonné de l'action[736] et s'il n'y a pas un moyen plus rapide de se procurer l'information auprès d'une autre source[737].

Le droit ontarien ne prévoit donc pas un système de *discovery* « sauvage ». Les parties doivent convenir d'un plan et le juge vérifie la proportionnalité des demandes. De plus, l'Ontario pratique le *e-discovery*[738], c'est-à-dire la communication des pièces de manière électronique. Elle doit se faire selon *Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique*[739]. Cependant, Paul M. Perrel nous met en garde :

> « Discovery usually is the time-consuming and expensive phase of civil litigation. In the modern information economy, the introduction of powerful technologies to create and collect information has increased the expense of litigation, and heightened concerns about invasion of privacy, breach of security and misappropriation of intellectual property. These concerns have presented challenges to the role played by discovery in the litigation process and a rethinking of how to regulate the disclosure of electronic documents »[740].

Le *e-discovery* est une déclinaison du procédé de *discovery* mais comme sa version originale, il faut être prudent lorsque certains commentateurs français recommandent son introduction pure et simple. Il ne faut pas céder à la réforme compulsive sans prendre le soin de vérifier si la cohérence du système juridique d'accueil n'y perdra pas[741].

---

[730] *Id.*, Art. 34.11(2).
[731] *Id.*, Art. 29.01 et s.
[732] *Id.*, Art. 29.2.03.
[733] *Id.*, a).
[734] *Id.*, b).
[735] *Id.*, c).
[736] *Id.*, d).
[737] *Id.*, e).
[738] Suzan WORTZMAN et Susan NICKLE, *E-discovery in Canada*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2011.
[739] Art. 29.1.03(4).
[740] P. M. PERELL, J. W. MORDEN, *op.cit.*, note 728, p. 468.
[741] Rappelons-nous le discours de PORTALIS lors de la présentation du Code civil des français, le 1er pluviôse an IX : « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice

63. Le *discovery* devant la Cour fédérale canadienne – La Cour fédérale du Canada est un *forum* à envisager pour la victime québécoise. Le Québec ne connaît pas de *discovery* à proprement parler mais sa procédure s'en rapproche fortement[742]. Si la victime québécoise voulait se prévaloir du système de *discovery*, elle pourrait le faire en agissant exclusivement sur le fondement du droit fédéral, l'article 36 L.c. prévoyant la compétence exclusive de la Cour fédérale. Le demandeur de la province du Québec peut alors invoquer l'article 91(2) des *Règles des cours fédérales*[743] en cas d'assignation à comparaître qui énonce que :

> « L'assignation à comparaître peut préciser que la personne assignée est tenue d'apporter avec elle les documents ou éléments matériels qui :
> a) sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie pour le compte de laquelle elle est interrogée et qui sont pertinents aux questions soulevées dans l'action, dans le cas où elle est assignée pour subir un interrogatoire préalable;
> b) sont en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde et qui sont pertinents à l'action, dans le cas où elle est assignée pour donner une déposition qui sera utilisée à l'instruction;
> c) sont en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde et qui sont pertinents à la requête ou à la demande, dans le cas où elle est assignée pour subir un contre-interrogatoire concernant un affidavit;
> d) sont en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde et qui fournissent des renseignements sur sa capacité de payer la somme fixée par jugement, dans le cas où elle est assignée pour subir un interrogatoire à l'appui d'une exécution forcée ».

De plus, l'article 223 des mêmes règles concerne quant à lui les documents et le *discovery* à proprement parler :

> « (1) Chaque partie signifie un affidavit de documents aux autres parties dans les 30 jours suivant la clôture des actes de procédure.
> (2) L'affidavit de documents est établi selon la formule 223 et contient :
> a) des listes séparées et des descriptions de tous les documents pertinents :
> (i) qui sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et à l'égard desquels

---

et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites : qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que sil est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ».
Christophe LEGUEVAQUES, « Lettre ouverte à Pierre Moskovici et Benoît Hamon sur le projet de *class action* « à la française », *Les petites affiches*, 28 mai 2013, n° 10, L'estenso.fr, PA201310605. L'auteur, avocat, propose le *discovery* comme une solution qui aurait dû être envisagée dans le projet de loi français sur l'action par les ministres en charge du dossier. C'est ignorer le fonctionnement réel de ce moyen d'administration de la preuve. Enfin, il considère que cette loi sera inefficace en l'absence d'un tel système probatoire.

[742] *Infra*, au par. 64.

[743] DORS/98-106. Dans l'ouvrage de Y. BÉRIAULT *et al.*, *op.cit.*, note 539, p. 100, note 334, il est indiqué un renvoi à l'art. 447 et s. qui ne correspond pas aux règles de *discovery*. En l'état actuel des règles, cet article renvoi aux *Biens grevés à compter de la date du bref*. Il s'agit sans doute d'une erreur matérielle.

> aucun privilège de non-divulgation n'est revendiqué,
> (ii) qui sont ou étaient en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et à l'égard desquels un privilège de non-divulgation est revendiqué,
> (iii) qui étaient mais ne sont plus en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie et à l'égard desquels aucun privilège de non-divulgation n'est revendiqué,
> (iv) que la partie croit être en la possession, sous l'autorité ou sous la garde d'une personne qui n'est pas partie à l'action;
> (…)
> e) une déclaration attestant que la partie n'a pas connaissance de l'existence de documents pertinents autres que ceux qui sont énumérés dans l'affidavit ou ceux qui sont ou étaient en la possession, sous l'autorité ou sous la garde d'une autre partie à l'action; »

La reproduction *in extenso* de ces articles permet de mesurer la force de ce système où il faut même attester que les documents divulgués sont les seuls dont on a connaissance[744]. Cela va nous permettre aussi de comparer ces dispositions au droit québécois.

64. L'interrogatoire préalable et la communication des documents en droit québécois – La procédure civile québécoise est mixte, à la fois d'inspiration française et anglaise. Mais force est de constater que l'organisation judiciaire au Québec tient plus du système anglais que du système français[745]. Il s'agit d'une procédure orale, publique, accusatoire et contradictoire[746]. Le droit de la preuve s'en ressent[747]. Les articles 397 et 398 C.p.c.Q. permettent la communication de documents de la partie adverse et de tiers. L'article 402 C.p.c.Q. permet d'obtenir du juge des injonctions de produire un élément matériel, de le conserver ou de le soumettre. Les tribunaux exigent la pertinence du document demandé par rapport à l'affaire[748] : « Un document est pertinent s'il contient des renseignements se rapportant à une demande ou au litige selon le cas, et que sa communication est utile, susceptible de faire progresser un débat, tout en fournissant à une partie des renseignements qu'elle n'a pas ou un écrit qu'elle ne possède pas »[749]. « Les tribunaux ont affirmé qu'un plaideur ne peut utiliser les règles relatives à la communication des écrits en la possession de son adversaire ou d'un tiers, c'est-à-dire soit de se livrer à une « partie de pêche » dans le dossier de la partie adverse ou d'un tiers, soit de faire une investigation à caractère général dans les affaires de son adversaire »[750]. La preuve civile québécoise est en l'état depuis le 22 juin 1983. Cette réforme a rapproché la

[744] *Id.*, v. par. e).
[745] S. GUILLEMARD et S. MENÉTREY, *op.cit.*, note 330, p. 12, au par. 14 et s.
[746] Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 23, au par. 49.
[747] Le droit de la preuve est régi au Québec aux art. 2803 à 2874 du C.c.Q. et par le C.p.c.Q.
[748] J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, *op.cit.*, note 746, p. 484, au par. 615.
[749] *Id.*, p. 489, au par. 617.
[750] *Id*.

procédure civile québécoise de celle des provinces de *Common law*[751]. Les règles similaires au *discovery* sont les articles 397, 398, 402 et 405 à 415 du C.p.c.Q. De manière sommaire, la procédure d'administration de la preuve se divise en deux phases : l'enquête préalable et la communication des documents à proprement parler. Comme devant la Cour fédérale et en droit ontarien, l'enquête préalable comporte un interrogatoire oral des témoins. On distingue dans l'enquête préalable, la partie se déroulant avant la transmission de la défense, et celle se déroulant après. Sur les questions plus proches de notre sujet et notamment relatives au recours collectif, « l'article 397 C.p.c. concernant les interrogatoires avant défense n'est applicable qu'aux requêtes introductives d'instance, ce qui exclut la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif »[752]. Le recours collectif québécois ne bénéficie donc pas de l'article 397 C.p.c.Q. mais l'application de l'article 398 persiste[753].

65. Divulgation et droit de la concurrence canadien - Enfin, sur une question propre au droit de la concurrence, un arrêt *Thomsons Newspapers L.t.d.*[754], est venu se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*[755]. Cet article prévoyait le prononcé d'une ordonnance dans le cadre d'une enquête tenue, en l'espèce, en vue de déterminer s'il existait des preuves que la société avait commis l'infraction de fixation de prix déraisonnablement bas, contrairement à l'alinée 34(1)*c)* de la Loi. L'article 7 de la *Charte canadienne*[756] concernant l'auto incrimination était soulevé pour contester la constitutionnalité de l'article 17. Il en

[751] W.C. J. MEREDITH, « Examination on Discovery in Quebec », (1958) 5 *R. D. McGill* 54 ; Léo DUCHARME, « Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit », (1983) 43 *R. du B.* 969, à la p. 978 : « La réforme des règles concernant l'interrogatoire préalable et l'assignation pour communication de documents a pour objet de favoriser une divulgation plus complète des moyens de preuve préalablement à l'enquête afin que chaque partie puisse mieux évaluer sa position. Elle vient renforcer en quelque sorte le principe du caractère contradictoire de la preuve. Chaque partie étant mieux informée des moyens de preuve dont dispose son adversaire, sera ainsi mieux en mesure d'y faire face et de transmettre au tribunal une information aussi complète et entière que possible » ; L. SARNA, « Examination on Discovery : The Full Disclosure », (1984) 44 *R. du B.* 179.

[752] J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, *op.cit.*, note 746. V. *Quesnel* c. *KPMG, s.r.l.*, J.E. 2007-1818, EYB 2007-123375 (C.S.).

[753] Ces deux articles sont la base de la divulgation des preuves dans le procès civil québécois. Les deux articles sont similaires, ils invitent les personnes assignées à comparaître à communiquer les pièces se rapportant à la « demande » dans le cadre de l'art. 397, ce qui est restreint, et au « litige » dans le cadre de l'art. 398, ce qui est plus large. La différence est que dans le cadre de l'art. 398, la défense a été présentée et les débats peuvent alors s'élargir, toute partie est admise à demander des documents alors que pour l'application de l'article 397, seule le défendeur peut s'en prévaloir.

[754] Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425.

[755] S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17, 20(2).

[756] Édictée comme l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982.

ressort qu' « une compagnie ne peut se prévaloir de cette protection même si un de ses représentants est interrogé au préalable par la partie adverse. Cependant, le témoignage d'un dirigeant d'entreprise, qui est contraint de déposer pour le compte de sa société, ne peut être utilisé contre lui dans une poursuite ultérieure »[757].

66. Apports du modèle canadien sur la divulgation *inter partes* des preuves - Les règles de preuve sont nuancées au Canada et diffèrent selon les provinces. Il peut toutefois être constaté un rapprochement certain du droit québécois avec les procédures civiles de *Common law* et le fameux *discovery*. Également, la procédure civile des provinces canadiennes témoigne d'une application nuancée du système probatoire. Ce qui peut en faire une source d'inspiration en Europe conformément à la volonté de la Commission que les États membres se dotent d'une procédure efficace mais prudente de divulgation *inter partes*[758]. Le tout plaide bien entendu en faveur de la victime qui a les moyens de faire la preuve de ses droits lors de la violation du droit de la concurrence même si l'infraction, comme le complot, est par nature cachée.

Le *discovery*, électronique ou non, est un outil du droit anglais qui peut difficilement se convertir au droit civil français. De plus, les règles françaises de production de documents, bien que relativement plus rigides, peuvent permettre en l'état du droit positif une révélation des preuves pertinentes à condition que les juges usent pleinement des mesures d'instruction[759]. Les propositions européennes, bien que louables, favorisent l'émergence d'un avant-procès sur la preuve, qui ne correspond pas à la culture civiliste française. En effet, on constate, à l'instar du modèle canadien, que le Québec, l'Ontario et la Cour fédérale canadienne connaissent une phase orale nécessaire à l'examen de la preuve[760]. Sous-prétexte de faciliter l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles, et au nom de l'autonomie du droit de la concurrence, il ne faudrait pas révolutionner tous les contentieux civils par l'instauration d'un *pre-trial*

---

[757] J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE, *op.cit.*, note 746, p. 955, au par. 1060.
[758] *Proposition de directive sur les actions privées*, *op.cit*., note 26, au csdrt n° 15, p. 28, la divulgation générale est écartée.
[759] En France, la procédure commence par la mise en état du dossier. La mise en état du dossier en France se fait par voie électronique. Un système dit de « clés RPVA », en référence à une clé USB permettant la signature électronique sécurisée de l'avocat, permet d'accomplir les actes de procédure par cette voie. « RPVA » signifie *Réseau privé virtuel des avocats*. Cela s'inscrit dans un vaste mouvement de dématérialisation des procédures, v. Thierry GHERA (dir.), *Dématérialisation des procédures judiciaires en France et en Europe : L'équilibre entre professions à l'épreuve de l'évolution culturelle*, Paris, Institut sur l'évaluation des professions juridiques, septembre 2011, [en ligne] : <www.iep.fr/iepj/images/upload/RapportsZeb.pdf>.
[760] L'équivalent en France de la phase écrite de mise en état du dossier.

discovery. Selon nous, soit le législateur français prévoit une procédure particulière pour le recours en réparation d'un préjudice concurrentiel, ce qui nous paraît exagéré compte-tenu du fait que le droit positif est suffisant, soit les juges exploitent pleinement le C.p.c. pour donner satisfaction aux victimes. Cette dernière solution nous semble la plus praticable.

Au Canada, le choix de la Cour fédérale apparaît pour la victime québécoise un moyen de bénéficier du *discovery*. Cependant, là encore, le modèle québécois de production de la preuve est satisfaisant en l'état du droit positif. C'est donc aux parties de faire un choix stratégique. Agir au fédéral, c'est renoncer au délai de prescription de 5 ans mais bénéficier du *discovery*. Agir au provincial, devant la Cour supérieure, c'est avoir un délai de prescription non plus de 2 ans mais de 5 ans et bénéficier d'une production de documents tout de même satisfaisante. En tout état de cause, la victime québécoise n'est pas moins bien lotie que la victime issue des provinces de *Common law* comme l'Ontario.

En outre, la solution de la divulgation des preuves par les agences nationales de concurrence et l'autorité que doit avoir la décision du régulateur de la concurrence sur le juge du droit commun semblent les solutions les plus sages[761].

§2 : L'aide de l'action publique pour la collecte de la preuve en cas d'action privée subséquente : le conflit avec le programme de clémence

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles ont une solution probatoire efficace en demandant l'accès au dossier de l'autorité de concurrence. Il existe au Canada et en France un ensemble de règles qui peuvent être utilisées à cette fin[762]. Bien que l'option soit attractive au premier abord pour les victimes, elle se heurte à la nécessité de préserver l'effectivité du programme de clémence. En participant au programme de clémence, l'entreprise membre d'une entente s'expose à un recours privé parallèle ou

[761] Emmanuel FROT et Olivier SAUTEL, « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », RLDA 2011/66, p. 40 : « En l'absence d'une procédure de *discovery*, l'accès à des pièces externes à l'entreprise est difficile. Dans le cas où la procédure suit la décision d'une autorité de concurrence, les éléments présents dans cette décision sont accessibles à tous. Cependant, ceux-ci sont parfois résumés de manière rapide, certaines pièces n'y figurent pas, et le cas de certaines victimes peut ne pas y être explicitement abordé. L'enjeu est alors l'accès aux pièces du dossier de l'autorité de concurrence et son utilisation dans le cadre de la procédure de demande en réparation ».

[762] Nous utiliserons l'expression « programme de clémence » y compris pour qualifier les programmes d'immunité qui exonèrent le participant de toute sanction.

subséquent à l'action publique par la publicité autour de l'affaire et par l'aveu de culpabilité que représente une participation au programme de clémence.

En effet, le programme de clémence est un système de récompense mis en place par les autorités de concurrence pour exonérer totalement ou partiellement l'entreprise partie à une entente qui la dénonce auprès de ces autorités. Il y a donc un aveu de culpabilité et une publicité autour de l'entente ainsi dénoncée. Les victimes possèdent alors deux informations permettant de lancer une action privée : le marché concerné et les auteurs de la pratique. Pour autant, l'autorité de concurrence accepte-t-elle que les victimes aient un accès à son dossier ? La réponse est négative.

En effet, il existe un dilemme en France, entre la protection de la procédure publique et la volonté de promouvoir l'action privée (1) et, au Canada, entre la défense de l'intérêt public et la protection de l'intérêt de la justice (2).

1) Entre la protection de la procédure publique et la volonté de promouvoir l'action privée : le dilemme français

En France et en Europe, la doctrine constate une friction entre les deux types de contentieux[763], public et privé, qui se fait particulièrement sentir à ce sujet[764]. L'autorité de concurrence protège jalousement son programme de clémence contre des demandes de divulgation dans le cadre d'actions civiles en réparation. En effet, lorsque l'entreprise

[763] Pour la doctrine européenne, v. Assimakis P. KOMNINOS, « Public and Private Enforcement in Europe : Complement ? Overlap ? » (2006) 3/1 *Competition Law Review* 5-26 ; Reza RAJABIUN, « Strategic Considerations in the Emergence of Private Action Rights », (2009) 32/3 *World Competition* 409-434. Il s'agit de mettre en balance ces deux contentieux comme le fait remarquer Spencer WEBER WALKER, « Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law », (2006) 29/3 *World Competition* 367-381. Pour un article sur le rôle favorable de l'action publique sur le *private enforcement* v. Alan RILEY, « Beyond Leniency : Enhancing enforcement in EC Antitrust Law », (2005) 28/3 *World Competition* 377-400, à la p. 390. Enfin, sur la critique du système *follow-on*, v. Michael HARKER, and Morten HVIID, « Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information », (2008) 31/2 *World Competition* 279-298.
Pour la doctrine française, v. par ex. Véronique SÉLINSKY et Sylvie CHOLET, « Invoquer la clémence : un avantage stratégique pour les entreprises », RLDA 2006/6, pp. 55-63 et Muriel CHAGNY, « L'articulation entre actions privées et actions publiques », RLC 2009/18, pp. 117-120.

[764] Cornelis CANENBLEY et Till STEINVORTH, « Effective Enforcement of Competition Law : Is There a solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions ? », (2011) 2/4 *Journal of European Competition Law & Practice* 315-326. La solution proposée dans cet article pour concilier le programme de clémence avec les actions privées serait que l'autorité de concurrence octroie les dommages et intérêts, hypothèse déjà écartée dans notre travail, v. *supra* au par. 36. Dans le même sens, Kent BERNARD, « Making Victims Whole : A Restitution Approach to Cartel Damages », (2012) 1 *Concurrences* 1-9 ; Jacques BOURGEOIS et Stephanie STRIEVI, « EU Competition Remedies in Consumer Cases : Thinking Out of the Shopping Bag », (2010) 33/2 *World Competition* 241-255.

participe aux programmes de clémence français et communautaire, elle n'est pas protégée contre un recours privé en réparation[765]. Elle peut ainsi être dissuadée de participer à la clémence. Le risque est alors de compromettre la détection des ententes. Le principe d'une absence de protection des participants au programme de clémence face à une action privée est malgré tout affirmé en droit communautaire dans la *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes* (ci-après la *Communication de 2006*)[766] et en droit français dans le *Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français* (ci-après le *Communiqué de procédure de 2009*)[767]. Si le principe est affirmé, il est toutefois encadré par les autorités françaises et européennes.

67. Les obstacles français à la divulgation - Il existe deux catégories de restriction en France. Le secret de l'instruction constitue un premier obstacle à la divulgation du dossier de l'Autorité de la concurrence. Un second réside en l'article L. 462-3, alinéa 2 du *Code de commerce* qui énonce que « [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 [de la clémence], 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 » [Nous soulignons].

Le secret de l'instruction figure quant à lui à l'article L. 463-6 du même code. En France, la divulgation des informations concernant une autre partie ou un tiers obtenues à la suite des communications ou consultations dans le cadre de la procédure de l'Autorité de la concurrence est punie pénalement, même dans le cadre de l'exercice des droits de la défense. Le *Code de commerce* renvoie ici à la peine prévue pour la violation du secret professionnel, soit un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Dans un arrêt *Semavem*, la Cour de cassation a affirmé que la seule exception à ce principe est permise quand la divulgation est « nécessaire » à l'exercice des droits de la défense[768]. Mais le Tribunal de commerce de Paris a interprété en 2011 de façon

[765] V. L. ARCELIN, *op.cit.*, note 428, « Section II – La conciliation entre le système de clémence et la réparation des préjudices », à la p. 161.
[766] 2006/C298/11, JOUE 8.12.2006, pt. 39, *in fine*.
[767] V. [en ligne] : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_clemence.pdf>.
[768] Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-19761, (ci-après *Semavem)* obs. É.B.S, RLC 2010/23, pp. 86-87.

large les termes de l'arrêt[769]. Dans un autre jugement de la même année[770], il résume l'arrêt *Semavem* de la façon suivante :

> « La divulgation se justifie dès lors que celle-ci est nécessaire à l'exercice des droits de la partie en cause ».

Il se montre ainsi plus ouvert à l'accès des victimes au dossier de l'Autorité de la concurrence. Par la suite, les parties ont invoqué devant lui l'article 138 du C.p.c. qui dispose que :

> « si, dans le cours d'une instance[771], une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

En effet, la problématique de la conciliation de la clémence avec le recours privé en réparation, est prégnante dans les actions parallèles. Le risque pour l'autorité de concurrence d'être mise à mal par l'action privée est accru tant qu'elle n'a pas tranché le contentieux dans l'action publique. L'hypothèse est celle où la victime, plaignante dans l'action publique, lance en parallèle une action privée et souhaite se servir du dossier de l'autorité pour constituer son dossier devant le juge civil. Mais, en procédant ainsi, elle s'expose à la violation du secret de l'instruction. Pour cette raison, l'article 138 C.p.c. est un moyen de prévenir le risque pénal en obligeant le tribunal à demander lui-même les pièces. En 2012, dans l'affaire dite « Ma liste de course »[772], l'entreprise plaignante a procédé de cette manière en cherchant à prévenir une violation du secret de l'instruction en demandant au Tribunal de commerce de procéder lui-même à une demande de divulgation sur le fondement de l'article 138 du C.p.c., c'est-à-dire en cours d'action publique. L'entreprise a, de cette manière, éliminé le risque pénal puisqu'elle détenait les pièces qu'elle demandait[773]. S'était sans compter sur la position de la Cour

---

[769] T. com. Paris, 8 nov. 2011, n° 2010073867, obs. S.C., RLC 2012/30, pp. 27-28.
[770] T. com. Paris, 24 août 2011, obs. Guillaume FABRE, « Secret de l'instruction et contentieux indemnitaire », RLC 2012/30, p. 98.
[771] Nous soulignons.
[772] T. com. Paris, 19ème ch., 16 mars 2012, n° R.G. : 2011014911, *SAS Ma Liste de course*. Cette décision a été rendue avec deux autres jugements dans la même lignée, T. com. Paris, 15ème ch., 16 mars 2012, n° R.G. : 2011023307, *DKT* ; T. com. Paris, 1ère ch., 11 avril 2012, n° R.G. : 2011079333, *Primagaz* et *SHV Energy*, obs. M.L., RLC 2012/92, n° 2125.
[773] Charlotte TASSO-DE-PANAFIEU, « La protection de la divulgation des documents relatifs aux procédures de clémence : de nouvelles limites à l'accès au dossier pour les entreprises ? », RLC 2012/74, p. 47.

d'appel de Paris le 20 novembre 2013[774]. Dans cette décision, qui marque l'épilogue de l'affaire « Ma liste de course », elle juge que la jurisprudence *Semavem* permet à une partie au litige devant l'Autorité de la concurrence de divulguer les documents dont elle a eu connaissance dans cette affaire devant le juge judiciaire sans violer le secret de l'instruction :

> « La divulgation, dans une instance judiciaire, d'informations ainsi détenues, ne constitue pas une violation du secret susceptible d'être sanctionnée dès lors que cette divulgation est nécessaire à la reconnaissance judiciaire pour une des parties à l'instance, de ses droits, en l'espèce pour la société MDLC de son droit à réparation »[775].

68. La protection des documents issus de la clémence en droit communautaire – Comme en France, les droits de la défense permettent d'accéder au dossier de la Commission[776], entendu comme l'ensemble des documents obtenus, produits et/ou assemblés par la direction générale de la concurrence de la Commission lors de l'enquête. Mais ils servent simplement à répondre aux griefs de la Commission[777]. Ils ne « porte[nt] pas sur la possibilité de fournir des documents dans le cadre d'autres procédures »[778]. Dans la *Communication sur l'accès au dossier de la Commission*[779], les informations confidentielles sont protégées. Les paragraphes 17 et 18 distinguent le secret d'affaire, c'est-à-dire l'information qui risque de léser l'intérêt de l'entreprise, des autres informations confidentielles, qui sont analysées au cas par cas pour vérifier les risques qu'implique leur divulgation. La *Communication sur l'accès au dossier de la Commission* ne sera donc pas appropriée pour l'action privée des victimes. En revanche, le *Règlement n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE*[780] prévoit à son article 8 un accès au dossier du plaignant ne comportant pas les informations confidentielles en cas de rejet de sa plainte. Le paragraphe 2 du même article dispose que ces documents ne peuvent être utilisés que dans une procédure

[774] CA Paris, 20 novembre 2013, n° RG :12/05813, *Le président de l'Autorité de la concurrence* c/ *SAS Ma Liste de Courses*.
[775] *Id.*, p. 5.
[776] COMMISSION UE, *Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du Traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil*, 2005/C325/07, JOUE 22.12.2005, (ci-après *Communication sur l'accès au dossier de la Commission*).
[777] *Id.*, par. 1.
[778] *Id.*, confirmé au par. 3.
[779] *Op.cit.*, note 776.
[780] L123/18, JOUE 27.4.2004.

judiciaire ou administrative[781].

Les juridictions des États membres peuvent aussi aider les victimes en demandant, sur le fondement du *Règlement 1/2003*, article 15, paragraphe 1, la communication des informations en la possession de la Commission dans toutes les procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE. Cependant, le Tribunal de l'Union européenne est venu ajouter la condition de ne pas porter atteinte au secret professionnel[782] rejoignant ainsi l'esprit du droit français.

69. Les règles générales d'accès aux documents administratifs – En plus des règles particulières au droit de la concurrence, tout citoyen européen a un droit d'accès aux documents administratifs. Les autorités de concurrence ne font pas exception. L'article 42 de la *Charte des droits fondamentaux de l'UE*[783] donne un droit d'accès aux documents des institutions de l'Union. La règle était déjà énoncée dans le *Règlement (CE) n° 1049/2001, du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*[784], à l'article 2, paragraphe 4. Cependant, toujours pour protéger le programme de clémence, la *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*[785], énonce au point 40 que « la divulgation publique de documents et de déclarations écrites ou enregistrées reçus conformément à la présente communication porterait atteinte à certains intérêts publics ou privés, par exemple la protection des objectifs des activités d'inspection et d'enquêtes, au sens de l'article 4 du *Règlement (CE) n° 1049/2001*, même après l'adoption de la décision »[786].

En France, sur la question de l'accès général aux documents administratifs, le législateur est venu protéger le programme de clémence français dans une loi du 17 mai 2011 dite de « simplification et d'amélioration du droit » qui insère au 1° du I de

---

[781] Confirmé par le TPICE, ord., 3 mai 2007, *Polimeri europe* c/ *Commission*, aff. T-12/07R, pt. 54, Rec. CJUE, II, p. 38.
[782] TPICE, 18 sept. 1996, *Postbank* c/ *Commission*, aff. T-353/94, pt. 90, Rec. CJUE, II, p. 921.
[783] C364/1, JOUE 18.12.2000 : « Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ».
[784] JOUE n° L145, 31.5.2001.
[785] JOUE n° C298, 8.12.2006.
[786] Dans ce sens, MÉDIATEUR EUROPÉEN, *Décision du médiateur européen dans son enquête relative à la plainte 3699/2006/ELB contre la Commission européenne*, [en ligne] : < http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/fr/4752/html.bookmark >, aux pts. 69 et s.

l'article 6 de la *Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*, une nouvelle exception aux documents communicables par l'administration française, ceux qui sont « élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision ». La formulation va bien au-delà du programme de clémence ce qui restreint d'autant la possibilité des victimes d'ententes de se servir du dossier de l'Autorité de la concurrence dans leur action. Cependant, le Tribunal de commerce de Paris, dans son élan favorable aux victimes, a exclu que cette exception s'applique aux juridictions françaises, dans la mesure où elles ne sont pas le « public »[787]. Le législateur a, à son tour, répondu à la juridiction consulaire parisienne par une *Loi n° 2012-1270, 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer*, en modifiant l'article L. 462-3, alinéa 2, qui prévoit désormais qu'une juridiction peut certes demander la communication de pièces à l'Autorité de la concurrence, sauf pour les pièces obtenues par la clémence[788].

70. L'arrêt *Pfleiderer* de 2011, les précisions de *Donau Chemie* en 2013 et les solutions de la *Proposition de directive sur l'action privée* [789] – Dans l'arrêt *Pfleiderer* de 2011, la Cour énonce que :

> « [l]es dispositions du droit de l'Union en matière d'ententes, et en particulier le *règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 TFUE et 102 TFUE*, doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'une personne, lésée par une infraction au droit de la concurrence de l'Union et cherchant à obtenir des dommages et intérêts, obtienne l'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence concernant l'auteur de cette infraction. Il appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union »[790].

La solution est ainsi favorable aux victimes européennes de pratiques anticoncurrentielles mais une solution plus mitigée, à l'image des conclusions de

[787] *Op.cit.*, note 770.
[788] Joséphine ROMANET, « Transmission des éléments concernant les pratiques anticoncurrentielles : le législateur délimite les contours », RLDA 2013/79, pp. 37-38.
[789] Pour un point sur tous ces développements, Laurence IDOT et Fabien Zivy, « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : États des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer* », *Concurrences* n° 3-3013, p. 34
[790] CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer* c/ *Bundeskartellamt*, aff. C-360/09, obs. Éric BARBIER DE LA SERRE et Stefanie QUILES, « Conjugaison du *Private enforcement* et des programmes de clémence : que le législateur tranche », RLC 2011/29, pp. 59-65.

l'avocat général, aurait pu être retenue[791]. En effet, dans ses conclusions, l'avocat général était plus pondéré et reconnaissait une protection pour celui qui s'auto-incrimine dans le cadre du programme de clémence[792]. Il reconnaît que le droit à un recours effectif passe par un accès aux preuves, dont le dossier des autorités de concurrence fait partie, créditant par la même notre hypothèse d'un droit à l'action privée légitimé par le droit à un recours effectif et sous tendu par la procédure. Dans ce sens, le TPICE s'était déjà prononcé en faveur des victimes de pratiques anticoncurrentielles, notamment des consommateurs[793]. Il a accepté une communication non-confidentielle de la communication des griefs par le conseiller-auditeur au motif que l'objectif du droit de la concurrence est d'accroître le bien-être du consommateur, à ce titre, la condition de client ne faisait pas obstacle à la demande[794]. Le fait d'avoir été lésé dans ses intérêts financiers et économiques par les pratiques anticoncurrentielles justifie un intérêt légitime[795].

Enfin, dans l'arrêt *Donau Chemie* de juin 2013[796], la CJUE a précisé l'arrêt

---

[791] C. TASSO-DE-PANAFIEU, *op.cit.*, note 773, p. 46.

[792] Conclusions de l'avocat général, M. Ján Mazák, présentées le 16 décembre 2010, au par. 37 : « Selon moi, la divulgation à un tiers lésé, par une autorité nationale de concurrence, d'informations volontairement communiquées à cette dernière par des membres d'une entente en vertu du programme de clémence de l'autorité pourrait en principe aider ledit tiers à préparer une action en dommages et intérêts pour violation de l'article 101 TFUE devant les juridictions nationales concernant le préjudice présumé causé par l'entente (…). Je considère par conséquent que, malgré le fait qu'une autorité nationale de concurrence ne soit pas partie à une action en dommages et intérêts, elle ne devrait pas, en l'absence de raisons légitimes impérieuses d'ordre public ou privé, refuser à une partie prétendument lésée l'accès à des documents se trouvant en sa possession qui pourraient être produits en justice pour aider ladite partie à faire valoir ses prétentions en matière civile à l'encontre d'un membre d'une entente contraire à l'article 101 TFUE, car cela pourrait de fait compromettre et diminuer le droit fondamental de ladite partie à un recours effectif, qui est garanti par l'article 101 TFUE et par l'article 47, lu en combinaison avec l'article 51, paragraphe 1, de la charte et l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH » [Nous soulignons].

[793] TPICE, 7 juin 2006, *Österreichchiseche postpankasse AG, Bank für Arbeit und wirstschaft AG* c/ *Commission*, aff. Jtes T-213/01 et aff. T-214/01, obs. G. DECOCQ, « Vers une « class action » des consommateurs dans les procédures de concurrence », *Contrats concurrence consomm.*, n° 8, comm. 162.

[794] Déjà affirmé dans TPICE, 24 janv. 1995, *BENIM* c/ *Commission*, aff. T-114-92, Rec. CJCE 1995, II, p. 147, pt. 28 : « Toute personne, professionnelle ou non, justifiant de la lésion de ses intérêts peut agir ».

[795] *Règlement 1/2003, op.cit.*, note 605, art. 7, au par. 2 : « Sont habilités à déposer une plainte aux fins du paragraphe 1 les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime et les États membres » ; COMMISSION UE, *Règlement n° 2842/98 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 81 et 82 du traité CE*, JOUE n° L354, 30.12.1998, p. 18, aux art. 6 et 7, le demandeur ou le plaignant on un droit d'accès à la version non-confidentielle de la communication des griefs. Mais dans COMMISSION UE, *Règlement n° 17, Premier règlement d'application 85 et 86 du Traité CEE*, JO n° 013 du 21.2.1962, p. 0204-0211, art. 3, au par. 2, b, il énonce que le demandeur ou le plaignant peuvent saisir la Commission s'ils ont un intérêt légitime à faire valoir. D'où le raisonnement du Tribunal sur ce point.

[796] CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde* c/ *Donau Chemie AG*, aff. C-536/11, obs. Alain Ronzano, « La Cour de justice de l'Union européenne condamne une disposition du droit autrichien interdisant, de façon absolue, l'accès des tiers au dossier constitué par les autorités de concurrence dans le cadre de demandes en réparation devant le juge judiciaire du dommage causé par une pratique

Pfeiderer. Dans cette affaire, le droit autrichien était en cause. Il exigeait l'autorisation des parties en cause dans une affaire de concurrence pour qu'un tiers ait un accès à la procédure de clémence[797]. Or le refus était bien évidemment systématique. Saisie d'un recours préjudicielle, la Cour de l'Union doit trancher la question de savoir si une telle disposition est contraire au droit de l'UE. La Cour reprend en partie l'arrêt *Pfeiderer* et le précise. Elle affirme que le droit national doit mettre en balance les intérêts en cause. Les principes d'effectivité et d'équivalence font obstacles à un accès total au dossier en raison de l'impact négatif que cela pourrait avoir sur l'action publique, mais s'opposent également à un accès impossible aux procédures publiques relatives à une entente. Cela rendrait impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre du droit à réparation consacré par l'Union en matière de concurrence[798].

La *Proposition de directive sur l'action privée*[799] prend position sur cette question[800]. Elle retient une solution à l'article 6 intitulé : « Limites à la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence ». Elle protège les déclarations d'entreprises effectuées en vue d'obtenir la clémence[801] et les propositions de transaction[802]. Mais « les informations établies par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence »[803] et « les informations établies par une autorité de concurrence au cours de sa procédure », peuvent être divulguées une fois la procédure close[804]. En dehors de ces catégories, la

---

anticoncurrentielle et, palliant les lacunes de l'arrêt Pfleiderer, élabore de véritables lignes directrices pour la mise en balance entre l'intérêt à obtenir l'accès au dossier de l'autorité de concurrence aux fins de la préparation d'un recours en réparation du dommage concurrentiel et les risques concrets susceptibles d'être portés à l'efficacité des programmes de clémence (Donau Chemie) », *Concurrences* 2013/3, art. n° 53560, [en ligne] : www.concurrences.com et Alexandre LACRESSE, « Actions en dommages et intérêts : La Cour de justice de l'Union européenne ouvre largement le droit d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux éléments recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence (Donau Chemie) », *Concurrences* 2013/3, art. n° 53836, à la p. 140.

[797] L'article 39, au par. 2, de la *Loi de 2005 relative aux ententes* (Kartellgesetz 2005).

[798] L'arrêt conclut : « Le droit de l'Union, en particulier le principe d'effectivité, s'oppose à une disposition du droit national en vertu de laquelle l'accès aux documents figurant dans le dossier afférent à une procédure nationale relative à l'application de l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de clémence, de tiers n'étant pas parties à cette procédure et envisageant d'engager des recours en dommages et intérêts à l'encontre de participants à une entente est subordonné au seul consentement de toutes les parties à ladite procédure, sans qu'aucune possibilité d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence soit laissée aux juridictions nationales ».

[799] *Op.cit.*, note 26.

[800] Laurence IDOT et Fabien 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* 2013/3 à la p. 34, art. n° 53054.

[801] *Id.*, art. 6.1., a).

[802] *Id.*, art. 6.1., b).

[803] *Id.*, art. 6.2., a).

[804] *Id.*, art. 6.2., b).

divulgation peut être ordonnée à tout moment[805]. Par conséquent, la Commission souhaite que les États membres limitent la divulgation de preuve. Dans un second temps, à l'article 7, elle leur demande de limiter l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier, ce qui devrait exclure les documents dont, par exemple, le plaignant a eu connaissance dans l'action publique. L'article 7.1 concerne la question française du secret de l'instruction. Les preuves obtenues par la clémence (cf. art. 6.1.) grâce à l'accès au dossier de l'autorité de concurrence dans l'exercice des droits de la défense en vertu de l'article 27 du *Règlement 1/2003*[806] ne sont pas recevables dans le cadre d'une action en dommages et intérêts. Pour les informations dans une procédure pendante devant l'autorité de concurrence, la divulgation est irrecevable tant que la procédure n'est pas close ou qu'une décision énumérée à l'article 5 du *Règlement 1/2003* n'a pas été rendue[807]. Ainsi, l'action de groupe française ayant été limitée aux actions subséquentes[808] pour le recours collectif des victimes, le législateur français a pris les devants et prévient les risques d'ingérence du contentieux privé collectif dans l'action publique. En effet, à l'inverse, si l'action de groupe était permise en parallèle de l'action publique, les demandes d'informations dans le cadre de l'action privée pourraient nuire à l'action de l'Autorité de la concurrence. De plus, le risque de décisions contradictoires aurait été présent puisque chaque juge n'aurait pas eu à tenir compte de la décision de l'autorité.

Enfin, l'article 7.3 énonce que pour les demandes effectuées dans le cadre des droits de la défense par une personne physique ou morale uniquement pour une demande d'accès au dossier qui n'est pas irrecevable en vertu de l'article 7.2 et 3, les informations ne peuvent être utilisées que par cette personne ou son successeur légal. La directive cherche ainsi à restreindre le nombre de personnes susceptibles de communiquer des pièces du dossier. En somme, seules les parties ont ce droit et non les tiers. Elle rejoint ainsi l'esprit du droit canadien.

[805] *Id.*, art. 6.3.
[806] *Op.cit*., note 605.
[807] *Proposition de directive sur l'action privée*, *op.cit*., note 26, art. 7.2.
[808] L. 423-10, al. 1er c.conso.

2) Entre la défense de l'intérêt public et la protection de l'intérêt de la justice: le dilemme canadien

Le droit canadien cherche, dans la philosophie de son droit d'accès au dossier du Bureau de la concurrence, à concilier l'intérêt public résultant de la protection de l'enquête et de la dénonciation des ententes avec l'intérêt de la justice qui, elle, cherche par tout moyen la vérité, mais dans l'intérêt des parties.

71. Les règles de protection de la *Common law* - Au Canada, la mise en balance de l'intérêt public avec l'intérêt de la justice s'explique par la tradition juridique issue de la *Common law*. En effet, au Canada, le juge doit parvenir par tous les moyens à la vérité dans l'intérêt de la justice. Cependant, la *Common law* reconnaît des exceptions à ce principe au nom de la confidentialité. Il s'agit du « privilège ». On parle de règle d'exclusion de preuve fondée sur l'intérêt du public[809]. Il s'agit de répondre à « une préoccupation sociale prépondérante ou encore aux fins d'une politique judiciaire »[810]. Ainsi, la confidentialité d'une communication ne suffit pas à garantir la protection du document si le document n'est pas couvert par un privilège légal. Il faudra une ordonnance spéciale d'un tribunal à cette fin[811]. À titre d'exemple, l'article 15 des *Règles du Tribunal de la concurrence*[812] prévoit que sur demande d'une partie, il peut rendre une ordonnance de confidentialité. « Comme le privilège fait obstacle au processus de recherche de la vérité, les catégories de communications privilégiées sont limitées »[813]. De fait, même si les documents du dossier du Bureau de la concurrence sont confidentiels[814], ils ne sont pas privilégiés, contrairement, par exemple, à la relation épistolaire entre un avocat et son client. Par conséquent, il faudra demander une ordonnance de confidentialité pour protéger au cas par cas ces documents.

72. L'article 29 de la *Loi sur la concurrence* - Le droit de la concurrence canadien présente des dispositions qui ont pour fonction de protéger spécialement les informations communiquées pendant l'enquête du Bureau de la concurrence à son représentant, en plus du droit commun de la preuve et des règles applicables devant le

---

[809] Yves BÉRIAULT et Madeleine RENAUD, « Divulgation volontaire au Directeur : confidentialité et privilège », (1993) 38 *R.D. McGill* 778, au II, A.
[810] *R.* c. *Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263 à la p. 295.
[811] Y. BÉRIAULT et M. COMTOIS, « Divulgation volontaire au Directeur », *loc. cit.*, note 809.
[812] DORS/2008-141.
[813] Y. BÉRIAULT et M. COMTOIS, « Divulgation volontaire au Directeur », *loc. cit.*, note 809.
[814] Rappelons que le Commissaire enquête sous le sceau du secret, v. art. 10(3) L.c.

Tribunal de la concurrence. Si en principe, les enquêtes du Commissaire de la concurrence sont menées en privé[815], il existe des exceptions. La première est que les personnes qui portent plainte ont le droit d'être informé sur le déroulement de l'enquête[816]. S'agissant des tierces personnes, l'article 29 de la L.c. est la disposition clé[817]. Elle limite la divulgation aux tiers des informations obtenues par les représentants du Bureau. Jusqu'en 2002, la disposition a fait débat[818]. Au regard de ce texte, seules les informations obtenues sous la contrainte pouvaient être protégées. Par conséquent, les informations divulguées volontairement n'étaient pas protégées[819]. Le 10 décembre 2001, la Chambre des communes adoptait l'article 2.1 (1) qui ajoute un e) à l'article 29.1 de la L.c. Il énonce que les informations communiquées volontairement sont désormais protégées. Le projet de loi C-23[820], qui contenait cette modification, a reçu la sanction royale le 4 juin 2002[821]. La disposition est sans équivoque ; elle énonce qu'il est interdit de communiquer « des renseignements fournis volontairement dans le cadre de la [L.c.] ».

Cependant, la jurisprudence avait fait un choix en faveur des victimes de pratiques anticoncurrentielles dans l'intérêt de la justice. Elle avait en effet décidé que l'article 29 ne faisait pas obstacle à la divulgation d'informations dans une instance civile, devant le

---

[815] Art. 10(3) L.c.
[816] Art. 10(2) L.c.
[817] L'article dispose : « (1) Il est interdit à quiconque exerce ou a exercé des fonctions dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi de communiquer ou de permettre que soient communiqués à une autre personne, sauf à un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi ou dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi :
a) l'identité d'une personne de qui des renseignements ont été obtenus en application de la présente loi;
b) l'un quelconque des renseignements obtenus en application de l'article 11, 15, 16 ou 114;
c) quoi que ce soit concernant la question de savoir si un avis a été donné ou si des renseignements ont été fournis conformément à l'article 114 à l'égard d'une transaction proposée;
d) tout renseignement obtenu d'une personne qui demande un certificat conformément à l'article 102;
e) des renseignements fournis volontairement dans le cadre de la présente loi.
(2) Le présent article ne s'applique ni à l'égard de renseignements qui sont devenus publics ni à l'égard de renseignements dont la communication a été autorisée par la personne les ayant fournis ».
[818] Y. BÉRIAULT et M. RENAUD, « Divulgation volontaire au Directeur », *op.cit.*, note 809 ; Yves BÉRIAULT et Madeleine RENAUD, « Information Provided to the Director of Investigation and Research : To what Extent Should it be Kept Confidential », (1994) 15/2 Can. Comp. Rec. 79 ; Albert L. GOURLEY, « Information Flow Across the Border : Is the Bureau of Competition Policy Considering the Public Interest Factor ? », (1995-96) 27 *Ottawa L.R.* 233 ; Susan HUTTON et A. HUNTER, « Confidentiality of Information Provided to the Director : Protection and Pitfalls Under the Competition Act », (1994) 15/2 *Can. Comp. Rec.* 63.
[819] En ce sens, S. BOURQUE, P. BUCHHOLZ et L. MAKKOWSKI, *op.cit.*, note 515, à la p. 56 ; Y. BÉRIAULT *et al.*, *op.cit.*, note 539, à la p. 46.
[820] CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, Projet de loi C-23 modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence, 1ère sess., 37e Parl., 49-50 Elizabeth II, 2001.
[821] Lois du Canada 2002, chapitre 16.

Tribunal de la concurrence[822], et dans le cadre d'un recours privé sur l'article 36 L.c.[823]. Il s'agirait d'une exception jurisprudentielle supplémentaire à l'article 29.

En effet, il existe des exceptions légales à l'article 29 L.c. L'interdiction de la divulgation ne joue pas pour les organismes canadiens chargés du contrôle d'application de la loi et quand la divulgation se fait dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la L.c. Enfin, l'article 29 (2), qualifié en note marginale d' « exception » *stricto sensu*[824], dispose que « [l'article 29] ne s'applique ni à l'égard de renseignements qui sont devenus publics ni à l'égard de renseignements dont la communication a été autorisée par la personne les ayant fournis ». Ces dernières exceptions relèvent du bon sens et n'appellent pas d'autres commentaires. En revanche, la question demeure de savoir si l'article 36 rentre dans la catégorie « de l'application et du contrôle d'application de la loi » ? Et, se faisant, peut-on trouver un fondement légal à l'exception jurisprudentielle ? La pertinence de la question se renforce à la lecture du *Programme canadien de clémence*[825]. Le Bureau y réaffirme que les renseignements autres que l'identité d'un demandeur de clémence, peuvent faire l'objet d'une divulgation s'ils visent à assurer ou à contrôler l'application de la Loi[826]. Dans l'arrêt *General Motors*[827], qui, rappelons-le, établissait la constitutionnalité de l'article 36 – alors 31.1 – figurent des informations pour vérifier si l'article 36 remplit un objectif d'application ou de contrôle de la loi. Il énonce notamment :

> « L'art. 31.1 n'est qu'une disposition réparatrice ; son objet est de faciliter l'exécution des aspects fondamentaux de la Loi, tout en ne constituant pas en soi une partie fondamentale de la Loi »[828].

Et que :

> « L'article 31.1 ne constitue qu'un recours parmi ceux que la Loi a établis pour décourager les pratiques monopolistiques. L'article 31.1 sert simplement à renforcer les autres sanctions prévues par la Loi ».

---

[822] *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches)* c. *Southam Inc*., (1991) 38 C.P.R (3d) 390 (Trib. conc.), à la p. 392 et *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches)* c. *Air Canada*, (1993) 46 C.P.R. (3d) 312 (Trib. conc.), à la p. 315.
[823] *Forest Protection LTD*. c. *Bayer A.G*., (1996) 68 C.P.R. (3d) 59 (ci-après *Bayer*) ; *Middelkamp* c. *Fraser Valley Real Estate Board*, (1990) 32 C.P.R. (3d) 206 (B.C.S.C.).
[824] Contrairement aux deux premières exceptions qui figurent dans le corps de texte de l'art. 29 L.c. et qui sont introduites par un « sauf ».
[825] CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur le programme de clémence*, Ottawa, 29 septembre 2010, (ci-après le *Programme canadien de clémence*).
[826] *Id.* au par. 40, g).
[827] *Op. cit.*, note 53.
[828] *Id.*, p. 37-38.

Nous pouvons ainsi conclure que l'article 36 n'est pas une exception à l'article 29, ni au sens de la L.c., ni au sens du *Programme canadien de clémence*, car il ne semble pas contribuer, à tout le moins directement, au contrôle et à l'application de la loi.

Malgré cette protection légale des entreprises qui coopèrent avec le Bureau, celui-ci a cherché à répondre à la jurisprudence favorable aux victimes pour rassurer les potentiels demandeurs de clémence. Il précise dans le *Programme canadien de clémence*[829], dans le *Programme d'immunité*[830] et dans le *Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence*[831] que non seulement, il refusera de communiquer volontairement – c'est-à-dire sans ordonnance d'un tribunal – tout renseignement dans le cadre d'une action privée afin de « protéger l'intégrité de son processus d'enquête ainsi que la confidentialité des renseignements qu'il a en sa possession (...) »[832], mais il ajoute que s'il reçoit une ordonnance à cette fin, il demandera à son tour une ordonnance de confidentialité. Il ne s'agit pas d'une position anecdotique. Tout comme ses homologues français et européen, le Bureau de la concurrence canadien protège jalousement son programme de clémence. Même, il le protège de manière active, demandant en justice une ordonnance de confidentialité qui se fondera sans doute sur l'intérêt public pour obtenir une protection de son dossier. Le dilemme n'est donc pas « cornélien » : entre l'intérêt de la justice et l'intérêt public, le Bureau se positionne clairement en faveur du second.

En conclusion, les victimes de pratiques anticoncurrentielles au Canada et en France se trouvent confrontées à une protection accrue du programme de clémence par les autorités de concurrence. La solution qui se présente à elles est de demander au juge qu'il ordonne aux autorités de concurrence la communication des pièces du dossier. Au Canada, elles s'exposeront à une contre-attaque du Bureau de la concurrence. En France, et devant la Commission européenne, elles se verront opposer le programme de clémence. En dehors du programme de clémence, il semble que les victimes ait un droit

[829] Au par. 44.
[830] CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Bulletin d'information sur le programme d'immunité et la Loi sur la concurrence, Ottawa, 7 juin 2010, au par. 34.
[831] CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence, Ottawa, 10 octobre 2007, au par. 7.6.3, p. 22.
[832] *Id.*, au par. 7.6.2., p. 22.

d'accès limité, soit qu'il suppose une ordonnance d'un tribunal au Canada, soit qu'il suppose la clôture de la procédure publique en Europe et en France. En ce sens, le choix du législateur français de limiter les actions de groupe en droit de la concurrence aux actions subséquentes évite le conflit entre l'action publique et l'action privée, étant observé que l'hypothèse d'accès aux dossiers des autorités de concurrence, bien que séduisante au plan probatoire, est farouchement protégée par ces dernières.

Conclusion du Chapitre I

Le droit à l'action privée se réalise en deux temps. Nous avons distingué le temps de l'action, c'est-à-dire les différents délais de procédure nécessaires à l'action privée, du temps de la preuve, temps indispensable à l'établissement d'un dossier solide pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. À cette occasion, nous avons pu démontrer les connexités qui existent entre le *public enforcement* et le *private enforcement*. La connexité des procédures est un obstacle supplémentaire pour les victimes. Il faut non seulement que l'action privée s'exerce indépendamment de l'action publique, mais il ne faut pas que l'action privée pâtisse de l'action publique.

Si en matière de temps de l'action, les délais pour exercer l'action ne constituent pas des obstacles en soi, par exemple, le choix de la France en faveur d'une action de groupe uniquement subséquente, allonge de fait le délai pour agir jusqu'à l'épuisement des voies de recours, ce qui peut prendre des années[833] !

Si le choix du législateur français pour les actions collectives subséquentes concilie les procédures, même en matière de preuve, car il évite la communication des pièces, la friction se fait sentir dans le cadre du programme de clémence. Dans cette perspective, on note une tendance claire à la protection des délateurs d'ententes de la part des autorités de concurrence française, européenne et canadienne. Le juge civil canadien et le Tribunal de commerce de Paris font preuve de résistance et tendent à aider les victimes de pratiques anticoncurrentielles par le biais d'ordonnances de divulgation.

[833] Comme le constate le Président de l'Autorité de la concurrence, Bruno LASSERRE, v. AGENCE FRANCE PRESSE, « Actions de groupe: "quelques verrous" selon l'Autorité de la concurrence », 25 mai 20013, [en ligne] : <http://www.afp.com/fr/professionnels/services/news/actions-de-groupe-quelques-verrous-selon-lautorite-de-la-concurrence>.

Intérêt général contre intérêt privé : l'intérêt général semble vainqueur. Pour remédier à cela, les législateurs français et canadien ont choisi d'accorder une valeur probatoire à l'acte juridictionnel dans le contentieux public concurrentiel. Ceci témoigne d'une volonté de favoriser les actions subséquentes. L'objectif louable est de protéger le *public enforcement* des assauts des victimes de pratiques anticoncurrentielles mais aussi de garantir une preuve valable de la faute à ces mêmes victimes dans le cadre du *private enforcement*.

Chapitre II – La valeur probante de l'acte juridictionnel dans le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles

Dans un contexte d'attraction du droit américain sur le contentieux privé et d'une multiplication des recours privés dans un même ordre juridique, la question de l'influence des différentes décisions des juridictions et des autorités de régulation entre elles se pose. Nous chercherons notamment à répondre à la question de savoir, « [q]uelle doit être la portée des décisions prises par l'autorité de régulation sur les actions privées engagées par les particuliers pour obtenir la réparation de leurs préjudices ? »[834]. Nous avons vu dans le chapitre précédent que l'action publique permettait d'attester l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Cependant, par le moyen de l'accès au dossier des autorités de régulation, les victimes ne bénéficient pas d'un outil satisfaisant en raison de la protection du programme de clémence recherché par les autorités publiques. En droits français et canadien, une solution a été trouvée. La condamnation d'un auteur de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre du *public enforcement* vaut preuve de la faute et de l'étendue du dommage dans l'action privée. L'objectif est ainsi de limiter l'ingérence des victimes de pratiques anticoncurrentielles dans le dossier des autorités de concurrence tout en allégeant leur fardeau de la preuve dans une action en responsabilité civile.

Un autre aspect de la valeur probante de l'acte juridictionnel en droit de la concurrence réside dans la nécessité de conserver une cohérence dans les décisions qui ressortent du *public enforcement* et du *private enforcement*. À ce titre, l'article 16 du *Règlement n° 1/2003* dispose que, lorsque les intérêts de la Communauté européenne sont affectés, les juridictions nationales ne peuvent pas prendre de décisions qui viendraient contredire les décisions rendus par la Commission européenne ou par les juridictions communautaires, concernant les mêmes pratiques[835].

L'acte juridictionnel en droit de la concurrence à plusieurs fonctions qui permettent d'analyser comment il impacte le droit à l'action privée. D'abord, l'acte

[834] Jacqueline RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond », RLC 2006/1, p. 87.
[835] Le principe a été dégagé par la jurisprudence, v. CJCE, 28 févr. 1991, aff. C-234/89, Rec. CJCE, I, p. 6689 et CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-344/98, Rec. CJCE, I, p. 935.

juridictionnel en droit de la concurrence a une autorité morale (Section I). Qu'il émane d'une autorité de concurrence ou du juge judiciaire, la cohérence d'un système juridique suppose une autorité au moins morale des décisions rendues dans des affaires similaires. En cas d'incohérence, cela crée une insécurité juridique. De même, le fait de pouvoir invoquer un « précédent », conforte la victime dans son choix de faire valoir son droit à l'action privée. Cependant, cette autorité est aussi internationale (Section II) puisqu'elle peut non seulement se répercuter à l'étranger mais aussi attirer les victimes de pratiques anticoncurrentielles, tentées par le *forum shopping*, vers un forum étranger. Plus particulièrement, la question des recours collectifs pancanadiens se pose au Canada.

Section I – L'autorité morale de l'acte juridictionnel dans l'action privée

L'autorité morale de l'acte juridictionnel dans l'action privée répond à une logique de cohérence au sein d'un ordre juridictionnel. Par exemple, au Canada, les tribunaux provinciaux prennent des décisions qui sont fondées sur l'article 36. L'autorité morale de ces décisions suppose que chaque juge tienne compte de la jurisprudence déjà rendue. En ce sens, l'article 36(2) dispose que les procédures ayant abouti à une condamnation sur le fondement de la partie VI de la L.c. ou au constat de la violation d'une ordonnance prise dans le cadre de la même loi, valent preuve de ces manquements. Les procédures en cause sont celles se déroulant devant « tout tribunal », c'est-à-dire y compris les tribunaux à travers les provinces canadiennes. L'article 36(2) appelle implicitement à la cohérence du système. En Europe, l'action de groupe française prévoit qu'une condamnation par l'Autorité de la concurrence, une autorité de concurrence d'un État membre ou de la Commission, vaut preuve irréfragable d'une faute à l'encontre du groupe de victimes à l'initiative de l'action de groupe[836]. Nous parlons d'autorité matérielle des décisions des autorités de concurrence dans ce contexte (§1). Cette autorité se double d'une autorité fonctionnelle (§2), car l'on peut considérer que la décision rendue dans le cadre l'action privée joue un rôle dissuasif au côté du *public enforcement* dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

[836] L. 423-17, al. 2 c. conso.

§1 : L'autorité matérielle des décisions des autorités de concurrence

73. Les présomptions de l'article 36(2) de la *Loi sur la concurrence* - Si le droit français a adopté en 2013 une disposition dans son action de groupe enjoignant aux victimes d'agir en réparation seulement après une condamnation par les autorités de concurrence européennes, la Commission ou encore une juridiction civile d'un État membre, le droit canadien bénéficie d'un système similaire depuis l'introduction de l'article 31.1 dans la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*[837]. Le droit canadien pose deux présomptions à l'article 36(2)[838] qui aident les victimes dans le cadre de leur recours privé. La L.c. donne une autorité matérielle aux décisions déjà prises sur les mêmes faits « devant tout tribunal ». Ce jeu de présomption fonctionne de la manière suivante :

1/ En cas de condamnation, la victime peut utiliser les procès-verbaux ou « *record of proceedings* »[839], dans la version anglaise, pour prouver la conduite du défendeur au civil, c'est-à-dire la faute[840] ;

2/ Toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action subséquente de la victime, c'est-à-dire la preuve du dommage[841].

---

[837] S.C.R. 1970, ch. C-23.

[838] On peut cependant s'interroger sur le point de savoir si l'article 69(2) de la L.c. ne crée pas lui aussi des présomptions valable dans le recours privé. Il dispose que : « Dans toute procédure engagée devant le Tribunal ou dans toute poursuite ou procédure engagée devant un tribunal en vertu ou en application de la présente loi :
a) toute chose accomplie, dite ou convenue par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, censée avoir été accomplie, dite ou convenue, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;
b) un document écrit ou reçu par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, tenu pour avoir été écrit ou reçu, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;
c) s'il est prouvé qu'un document a été en la possession d'un participant, ou dans un lieu utilisé ou occupé par un participant, ou en la possession d'un agent d'un participant, il fait foi sans autre preuve et atteste :
(i) que le participant connaissait le document et son contenu,
(ii) que toute chose inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a été ainsi que le document le mentionne, et, si une chose est inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par l'agent d'un participant, qu'elle l'a été avec l'autorisation de ce participant,
(iii) que le document, s'il paraît avoir été écrit par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a ainsi été, et, s'il paraît avoir été écrit par l'agent d'un participant, qu'il a été écrit avec l'autorisation de ce participant » [Nous soulignons]. Le champ d'application est textuellement large. Ainsi, nous abondons dans le sens d'une possibilité pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles de se prévaloir de cet article comme le suggère Y. BÉRIAULT *et al.*, op.cit., note 539, p. 102.

[839] Ce qui serait plus large que la dénomination francophone de « procés-verbaux », v. *id.*, p. 101.

[840] LAVERY, DE BILLY avocats, *Manuel de droit de la concurrence*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, vol. I, p. NG/283.

[841] *Id.*

Cependant, ce paragraphe n'offre pas un droit d'accès illimité au dossier du Bureau de la concurrence[842]. L'arrêt *Bayer* de 1996 a précisé les contours de l'article 36(2)[843]. Il s'en dégage les principes suivants :

- L'article 36(2) évite de produire des preuves de nouveau. On peut supposer que le souci d'économie de procédure et de coût justifie ce premier principe ;
- L'article 36(2) concerne toute preuve fournie dans la procédure ;
- « Ces dispositions législatives restreignent le recours possible aux documents fédéraux et ne permettent pas aux victimes présumées de complot de recourir à davantage qu'aux procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant le tribunal »[844].

Les juges québécois ont dû faire application de cet article dans le cadre du cartel de l'essence. Pour les faits, rappelons que plusieurs stations-services du Québec s'étaient entendues sur les prix à la pompe. Dans le dossier *Jacques* c. *Pétroles Irving Inc.* de 2012[845], le juge Bélanger s'est interrogé sur l'existence d'un éventuel empêchement légal pour les demandeurs d'obtenir la communication de l'écoute téléphonique à laquelle a procédé le Bureau de la concurrence. Il conclut, après avoir rappelé la décision *Bayer*[846], que si l'article 193 du *Code criminel*[847] interdit la divulgation d'écoutes téléphoniques[848], « sous réserve de considérer tous les intérêts en cause, il n'existe aucun empêchement légal de principe à la communication d'une preuve sous forme d'écoute électronique »[849]. Il s'agit d'un principe d'équité face à la preuve[850]. « (…) [L'] intérêt public requiert que toute la preuve pertinente soit apportée devant le tribunal civil »[851]. L'intérêt de cette décision, en plus de préciser la jurisprudence *Bayer*, est qu'elle témoigne du parallélisme des procédures canadiennes et

[842] Sur cette question, v. *supra*, par. 72 et James B. MUSGROVE, *Fundamentals of Canadian Competition Law*, Toronto, Carswell, 2010, p. 316.
[843] *Op.cit.*, note 823.
[844] Les sociétés *Forest protection* demandaient la communication de documents informels transmis par le Procureur général du Canada aux intimés. Par conséquent, la Cour refuse un élargissement de la portée de l'article 36(2).
[845] 2012 QCCS 2954, obs. Karounga DIAWARA, « La Cour supérieure du Québec précise que les demandeurs d'un recours collectif peuvent obtenir l'accès à la totalité des communications interceptées lors de l'enquête publique (*Jacques* c. *Pétroles Irving inc*) », *Concurrences* 2013/1, p. 228.
[846] *Op.cit*., note 823.
[847] L.R.C. (1985), ch. C-46.
[848] *Id.*, au par. 34.
[849] *Id.*, au par. 49.
[850] *Id.*, au par. 70.
[851] *Id.*, au par. 71.

de leur autonomie. « (…) [Le] recours de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* existe malgré l'absence d'accusations portées en vertu de la loi ». En somme, l'existence d'une procédure criminelle est indifférente pour l'action privée canadienne. Si l'article 36(2) L.c. donne une autorité matérielle aux décisions de condamnation, on ignore ce qu'il advient en cas d'acquittement. La réponse du juge Bélanger plaide pour que cela ne préjuge pas de la faute ou du dommage dans l'instance civile. En 2011, dans l'affaire *Jacques* c. *Ultramar Ltée*[852], il avait déjà rappelé qu'au Canada, le criminel ne tient pas le civil en l'état[853], ajoutant que les dossiers peuvent fonctionner « en parallèle »[854]. Les défendeurs avaient saisi le tribunal pour obtenir une ordonnance de confidentialité pour les documents transmis lors du recours collectif car ils faisaient parallèlement l'objet d'une accusation criminelle pour les mêmes faits. Le juge affirme : « On comprend aisément qu'un accusé ne veuille pas rendre sa défense écrite publique à cause de la connexité des débats civil et criminel »[855]. Le juge décide de faire droit à la demande et prononce une ordonnance de non-communication et de non-publication.

74. L'exclusion des recours parallèles en France – La Commission européenne a manifesté très tôt son inquiétude de voir le droit de la concurrence appliqué de manière incohérente en raison de la diversité des organes chargés de sa mise en œuvre dans l'Union européenne[856]. Ainsi, le jeu de présomption canadien est une solution intéressante pour éviter une cacophonie procédurale annoncée en Europe avec l'action privée[857]. On s'interroge alors dans l'Union européenne sur la cohérence du système[858]. Nous avons vu que l'action privée peut déstabiliser le programme de clémence mais aussi s'ingérer dans l'action publique. À ce sujet, Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence française, répondant à la question de savoir comment éviter

[852] 2011 QCCS 5272.
[853] *Id.*, au par. 17.
[854] *Id.*, au par. 18.
[855] *Id.*, au par. 48.
[856] COMMISSION CE, *Communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE*, 2004/C 101/04, JOUE n° C 101, 27.4.2004, p. 0054-0064.
[857] Certains auteurs français parlent d'une « influence subie » par l'action publique, v. Christophe LEMAIRE et Dominique BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », JCP E 2006.2590, n° 45, au par. 17.
[858] Pour des réflexions sur ce thème, v. Frédérique DUPUIS-TOUBOL, « Le juge en complémentarité du régulateur », dans *Les Petites Affiches*, 23 janvier 2003, n° 17, L'extenso.fr, PA200301705 ; Jérémie VIALENS, « La coopération entre les autorités spécialisées et juridictions des différents États membres au service de la création d'un droit communautaire de la concurrence », dans *Le droit européen et la création du droit, Chronique de droit européen et comparé n° XVI*, dans *Les Petites Affiches*, 28 janvier 2008, n° 20, L'extenso.fr, PA200802002.

que l'action privée ne vienne entraver l'action publique, explique :

> « La réponse se trouve à mon sens dans l'ordre des actions. Il me semblerait préférable que les infractions soient d'abord constatées par l'autorité de concurrence, quitte à ce qu'elles donnent lieu ensuite à un contentieux en réparation, plutôt que l'inverse. Car si les pratiques anticoncurrentielles étaient d'abord soumises au juge saisi d'une demande en réparation, celui-ci serait obligé de prouver l'existence de l'infraction, ce qui suppose d'avoir les moyens de mener une enquête et de réunir des preuves. L'action du Conseil, quant à elle, s'en trouverait forcement compliquée, ne serait-ce que par la médiatisation de l'affaire qui rendrait plus difficile la recherche de preuves. À moins que le juge ne sollicite l'avis du Conseil avant de se prononcer. Mais il n'est pas d'usage de déclencher une enquête dans le cadre d'une procédure d'avis »[859].

Les actions subséquentes, ou *follow-on*, apparaissent comme la solution pour contrer les éventuelles incohérences. Non seulement, la cohérence de l'ordre concurrentiel est préservé mais, surtout, l'autorité de la décision du régulateur apparaît être un atout pour les victimes. Cependant, l'effet négatif est de renforcer le rôle de l'Autorité de la concurrence[860] et ainsi de risquer qu'elle soit submergée de saisines.

L'autorité matérielle d'une décision de l'Autorité de la concurrence était jusqu'en 2014 purement morale. La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer à l'inverse que la décision du juge judiciaire n'avait pas d'autorité envers le régulateur français[861].

Dans la *Proposition de directive sur l'action privée*, la Commission prévoit à l'article 9 que les États membres doivent veiller à ce que les juridictions nationales « ne puissent pas rendre de décision allant à l'encontre [d'une décision constatant dans l'Union européenne une violation des articles 101 et 102 TFUE] ». La Commission introduit de cette manière une autorité de la chose décidée en matière de concurrence. On peut dénoncer cette recherche d'effectivité car elle supprime l'indépendance des autorités de concurrence et des juges nationaux[862] et ne garantit en rien la qualité des

---

[859] Olivia DUFOUR, « Introduire l'action collective pour renforcer l'action du Conseil de la concurrence », dans *Les Petites Affiches*, 25 juillet 2006, n° 147, L'extenso.fr, PA200614701. Cette analyse a ensuite été reprise dans l'*Avis du Conseil de la concurrence sur l'action de groupe* en 2006, *op.cit.*, note 606, au par. 78.

[860] Dominique BRAULT, « La crédibilité des institutions qui appliquent les règles de la concurrence est aujourd'hui bien établie », RLC 2007/10, pp. 74-78.

[861] CA Paris, (1re ch., sec. H), 17 mars 1998, *Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron* : BOCCRF du 27 mars 1998. La position a été confirmée par le Conseil de la concurrence, v. Cons. conc., déc. n° 04-D-21, 17 juin 2004, *relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise*.

[862] La situation est déjà dénoncée en matière d'aide d'État, v. Benjamin CHEYNEL, « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », RLC 2007/13, n° 907.

décisions. En effet, que faire si le premier juge à avoir prononcé une décision a mal jugé ? Le premier qui jugera aura de toute évidence raison. La garantie contre ces risques vient de ce que la décision doit être définitive. On peut supposer que l'épuisement des voies de recours aura purgé les éventuelles erreurs d'analyse. Autre difficulté, que doit faire le juge en cas d'action identique dans un autre État ? Le paragraphe 33 de la proposition de directive répond que « les actions de ce type pendantes devant les juridictions de différents États membres peuvent être considérées comme des demandes connexes au sens de l'article 30 du *Règlement (CE) n°1215/2012*. Aux termes de cet article, toute juridiction autre que la première saisie peut surseoir à statuer ou, dans certaines circonstances, se dessaisir »[863].

Quant à l'action de groupe française, elle exclut purement et simplement les actions parallèles collectives – laissant possible des actions individuelles parallèles – en énonçant à l'article L. 423-17 du *code de la consommation* que l'action de groupe ne peut être introduite en droit de la concurrence qu'en cas de décision préalable d'une autorité publique ou d'une juridiction constatant le manquement aux règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles.

En France, l'arrêt de la Cour de cassation, *E-Kanopi*, du 16 avril 2013 témoigne du risque pour une victime d'agir sans décision préalable d'une autorité publique ou d'une juridiction constatant l'infraction[864]. Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'indemnisation suite à un abus de position dominante. La haute juridiction française rejette le pourvoi au motif que l'entreprise demanderesse, *E-Kanopi*, n'a pas démontré la pratique, ni même le marché sur lequel elle s'était prétendument déroulée. L'affaire ne faisait pas suite à une action publique. En l'espèce, cet arrêt révèle une situation d'extrême fragilité des victimes lorsqu'elles ne bénéficient d'aucune décision ayant une autorité. L'autorité légale consacrée par l'action de groupe est alors bien venue.

Cette position du législateur français sur l'action de groupe, bien que favorable aux victimes dans la mesure où elle permettra, comme en droit canadien, d'établir la

[863] *Proposition de directive sur l'action privée*, *op.cit*. note 26.
[864] Cass. com., 16 avril 2013, *E-Kanopi*, n° 12-12900, obs. Anne WACHSMANN et Nicolas ZACHARIE, « La Cour de cassation rejette un pourvoi en l'absence de démonstration d'une atteinte à la concurrence dans une affaire de demande en réparation du préjudice subi (E-Kanopi) », *Concurrences* 2013/3, p. 87, art. n° 53984.

faute et l'étendue du dommage, se heurte à des objections issues du droit commun. Que fait le législateur de l'article 5 du *Code civil* qui interdit les arrêts de règlement ?[865] Et surtout que fait-il de l'article 64 de la *Constitution du 4 octobre 1958* qui établit le principe de neutralité et d'indépendance du juge[866] ? Il ne faut pas qu'en recherchant à concilier l'action publique avec l'action privée, le droit français perde en cohérence.

Le choix français de renoncer aux actions parallèles, à tout le moins pour les actions de groupe, a le mérite de clore le débat sur la connexité des procédures en donnant force légale à l'autorité matérielle d'une décision rendue par les autorités de concurrence. Cela va dans le sens de la proposition de directive européenne. Ainsi, le Canada et la France ont fait un choix similaire. Même si la décision criminelle rendue par un tribunal canadien n'est qu'une présomption *prima facie*, le standard de preuve au criminel étant celui de la conviction de culpabilité hors de tout doute raisonnable, il n'y a aucune raison pour que le standard civil de preuve, moins exigeant, posant une balance des probabilités[867] – que les faits reprochés aient eu lieu – ne parviennent pas à prouver la faute[868]. En cela, le choix français d'une présomption irréfragable de violation du droit de la concurrence est plus clair mais similaire. Au-delà du rôle matériel probatoire que remplit une décision en matière de concurrence, elle peut aussi avoir un rôle fonctionnel en dissuadant certaines pratiques. Une décision du régulateur joue, en matière de concurrence, au-delà d'un rôle matériel probatoire, un rôle fonctionnel en dissuadant certaines pratiques.

---

[865] Laurence 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 de l'Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, *Concurrences* 2009/2, p. 38.

[866] Cet article doit être lu avec *l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.* Sur cet argument v. Silvia PIETRINI, « Indépendance et interdépendance des juridictions et autorités de concurrence », dans *Les Petites Affiches*, 27 mars 2009, n° 62, L'extenso.fr, PA200906202.

[867] Pour une application au recours privé canadien, v. par ex. *Ed. Miller Sales & Rentals Ltd.* c. *Caterpillar Tractor Co.*, (1994) 54 C.P.R. (3.d) 1 (Alta. Q.B.).

[868] STIKEMAN ELLIOTT (avocats), *Competition Act & Commentary*, Markham, LexisNexis, 2013, p. 41. Un courant jurisprudentiel a pu exigé dans les recours fondés sur l'article 36 L.c. un standard de preuve plus élevé, v. *Continental Insurance Co.* c. *Dalton Cartage Co.*, [1982] S.C.J. No 116 et *Janelle Pharmacy Ltd.* c. *Blue Cross of Atlantic Canada*, [2003] N.S.J. no 307. La Cour suprême du Canada a cependant supprimé tout doute sur cette question en affirmant que le standard de preuve dans l'action privée de la L.c. était bien celui de la balance des probabilités, *F.H.* c. *McDougall*, [2008] 3 C.S.C. 41 au par. 40 à 49. L'affaire ne concernait pas le droit de la concurrence mais une affaire d'agression sexuelle, les juges avaient tenté d'appliquer une norme de preuve « proportionnée à l'allégation ».

§2 : L'autorité fonctionnelle de l'action privée à travers la dissuasion

La fonction de l'action privée n'est pas simplement la réparation d'un préjudice que l'autorité de concurrence ne peut allouer. Elle participe, en même temps que l'action publique, à la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles[869]. Les autorités de concurrence, qu'elles soient canadienne, européenne ou française, prononcent une sanction sous forme d'amende. La dissuasion consiste à décourager les pratiques anticoncurrentielles par la crainte d'une sanction qui, pour être dissuasive, devrait être supérieure ou égale au bénéfice illégal résultant de la pratique considérée. La dissuasion permet aussi la détection des pratiques anticoncurrentielles. Plus le risque de sanction est important, plus les entreprises contrevenantes seront incitées à dénoncer la pratique par le programme de clémence. Dans ce cadre, il est vrai que dans la mesure où l'action privée n'offre pas d'immunité ou du moins une baisse des dommages et intérêts à verser en cas de coopération à la révélation d'une pratique anticoncurrentielle, l'action privée n'offre que partiellement une source de dissuasion. Au pire, elle pourrait inciter les membres d'un cartel à rester dans le secret. L'analyse économique parle d'action *ex ante* pour qualifier les mesures de dissuasion et *ex post* pour parler de la réparation du dommage[870].

Toutefois, la dissuasion par une politique d'amende et de détection des pratiques anticoncurrentielles n'est pas forcément le mieux pour l'économie et les consommateurs. L'analyse économique nous apprend qu'une politique optimale pour l'autorité de concurrence est une politique de dissuasion partielle. Puisque la dissuasion n'est jamais optimale quel que soit le coût des investigations, et que laisser le marché sans surveillance n'assure aucune dissuasion, la dissuasion ne peut être que partielle[871]. De plus, la dissuasion par l'autorité de concurrence a un coût, celui des enquêtes. Or l'intégration d'une action privée effective permettrait d'équilibrer les coûts entre l'agence publique et l'agent privé. L'action privée pourrait avoir, au-delà de la fonction

[869] David ROSENBERG et James P. SULLIVAN, « Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law », (2006) 3/1 *La revue canadienne des recours collectifs* 47-79.
[870] Saïd SOUAM, « Dissuasion de la collusion et efficacité de deux systèmes d'amendes », (1998) 49/3 *Rev. Économique* à la p. 756.
[871] *Id.*, p. 760.

dissuasive, une fonction de détection des pratiques anticoncurrentielles[872]. La dissuasion n'y perdrait pas, bien au contraire, l'analyse économique démontre qu'un système peut être dissuasif sans pour autant avoir un coût élevé[873]. La probabilité de détection ne dépend pas forcément du montant de la sanction. Au mieux, l'augmentation de la sanction évite que le crime paye[874].

Par ailleurs, l'analyse économique démontre que les autorités publiques ne peuvent s'intéresser qu'aux pratiques les plus dommageables à l'économie. En réalité, tant que le coût social de la dissuasion est inférieur au dommage causé par la collusion, l'agence n'a pas intérêt à intervenir, étant observé que la méthode de calcul sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaire (méthode française) est plus efficace pour des collusions faibles contrairement à la méthode consistant à faire payer une amende correspondant à un multiple du dommage causé (méthode américaine)[875]. Le droit canadien utilise quant à lui un système criminel de sanction avec un montant maximum d'amende[876].

Par conséquent, les actions privées permettraient de combler une lacune de la politique publique de concurrence en favorisant la détection et la sanction de pratiques anticoncurrentielles de moindre importance[877]. Il s'agit peut-être du point de convergence principal entre l'action publique et l'action privée. L'articulation de l'action privée avec l'action publique ne peut être pertinente au plan de son impact sur la sanction et la détection que si l'une renforce l'autre[878]. Ainsi, le choix de privilégier les actions subséquentes est une solution juste s'agissant de la conciliation des deux actions. En revanche, il semblera nécessaire de réfléchir à l'impact de l'action privée sur

---

[872] Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence, reconnaît qu'une partie importante des saisines de l'Autorité de la concurrence en France est le fait des entreprises et des associations de consommateurs, v. O. DUFOUR, *op.cit.*, note 859.

[873] S. SOUAM, *op.cit.*, note 870, p. 763.

[874] Nicolas MARCEAU et Steeve MONGRAIN, « Dissuader le crime : un survol », (1999) 75 *L'actualité économique* 123-147, à la p. 127 et s. et Maurice CUSSON, *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983, p. 323.

[875] S. SOUAM, *op.cit.*, note 870, p. 764.

[876] Par ex. pour un complot, la peine est de 14 ans de prison et 25 000 000 de dollars au maximum. La peine est donc évaluée en fonction du programme de clémence s'il y a lieu et principalement sur l'article 718.1, 718.2 et 718.21 du *Code criminel*, v. à ce sujet l'analyse détaillée du Juge Crampton dans l'arrêt *R.* c. *Maxzone Auto Parts (Canada) Corp*., (2012) CF 1117, [ci-après *Maxzone*].

[877] En France, on parle de micro-pratiques anticoncurrentielles, v. L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence*, *op.cit.*, note 428, p. 133-134.

[878] C. LEMAIRE et D. BLANC, *op.cit.*, note 857, au par. 17 : « Que la répression des pratiques anticoncurrentielles « marche sur deux jambes » - l'action publique et l'action privée – n'est pas en soi contestable, au contraire, mais à condition de préserver l'équilibre du système dans son ensemble et d'en bien articuler les membres ».

la clémence, seule ombre au tableau de la conciliation. Le choix canadien d'entraver volontairement l'accès au dossier peut être un choix intermédiaire entre ne rien faire – et laisser péricliter le programme de clémence – et l'option américaine d'une clémence privée par un détriplement des dommages et intérêts[879] en cas de participation à la clémence.

Outre les questions d'autorités morale et fonctionnelle de l'acte juridictionnel dans la reconnaissance d'un droit à l'action privée, la question complémentaire de la dimension internationale se pose. En effet, les décisions venues de l'étranger en matière de concurrence, notamment des États-Unis, rayonnent et attirent les victimes de pratiques anticoncurrentielles vers des forums étrangers à défaut d'un droit national satisfaisant.

Section II – L'autorité internationale de l'acte juridictionnel dans l'action privée

La pluralité des victimes, les dommages de masse que représentent les infractions au droit de la concurrence et l'ouverture des marchés, multiplient d'autant la « mondialisation » du recours privé en droit des pratiques anticoncurrentielles. Les cartels internationaux expliquent aussi l'augmentation des actions privées transnationales. En effet, les entreprises prenant part à des cartels sont implantées dans de nombreux pays et les produits faisant l'objet, par exemple, d'une entente sur les prix, sont distribués à travers le monde[880]. Si le *public enforcement* cherche à s'adapter[881], le contentieux privé ne fait pas exception. À ce titre, la réputation du système américain avec ses *class actions* et ses dommages et intérêts triples attire les victimes de cartels vers ses juridictions. De même, les juridictions du pays n'ont parfois pas hésité à appliquer très largement leur droit antitrust pour le faire rayonner sur les marchés

[879] V. par ex. sur le thème du détriplement (*Detrebling* en anglais), Edward D. CAVANAGH, « Detrebling Antitrust Damages : An Idea Whose Time Has Come ? », (1986-1987) 61/4 *Tulane Law Review* 777-848 ; Frank H. EASTERBROOK, « Detrebling Antitrust Damages », (1985) 28 *J-L & Econ.* 445-468 ; David KLINGSBERG, « Balancing The Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement : Detrebling Antirust Injury, Standing, and Other Proposed Solutions », (1988) *Cardozo Law Review* 1215-1244.

[880] Comme ce fut le cas dans l'affaire des vitamines, v. Pierre ARHEL, « Le cartel des vitamines : des sanctions exemplaires », dans *Les Petites Affiches*, 11 avril 2003, n° 73, L'extenso.fr, PA200307301.

[881] Pierre ARHEL, « Approches multilatérales, régionales et bilatérales de la politique de concurrence », dans *Les Petites Affiches*, 19 juillet 2006, n° 144, L'extenso.fr, PA200614302 ; Joachim TREEK et Thomas LAMPERT, « La mondialisation des règles de concurrence », dans *La Gazette du Palais*, 18 juillet 2000, n° 200, L'extenso.fr, GP20000718019.

mondiaux[882]. Cette prédominance du droit américain sur tous les autres droits de la concurrence s'explique pour des raisons historiques. En effet, les États-Unis ont été les premiers à se doter d'un droit de la concurrence moderne[883].

La mondialisation des échanges fait naitre des préjudices transnationaux mais aussi, comme un bien, la justice s'exporte. Ainsi, les jugements rendus à l'étranger sont nombreux, de même que les demandes d'exécution de ces jugements dans d'autres pays[884]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles n'échappent alors pas à la tentation du *forum shopping* en droit des affaires (§1)[885]. Au Canada, les réflexions sur les actions privées portent sur la question particulière des recours collectifs pancanadiens (§2).

§1 : Le forum shopping *des victimes en droit des affaires*

En France, les nombreux obstacles qui se dressent sur le passage des victimes de pratiques anticoncurrentielles justifient l'intérêt manifesté pour le droit américain et ses dommages et intérêts triples. La conséquence des différentes difficultés qui se posent lors de l'introduction d'un recours en réparation du préjudice concurrentiel explique que le choix du *for* soit déterminant pour le succès d'une action privée, comme c'est le cas, de manière générale, en droit des affaires. Un tel choix n'est pas l'apanage du justiciable français, il est aussi déterminant pour le justiciable canadien tout autant attiré par l'indemnisation triple du droit antitrust de son voisin du Sud[886].

---

[882] François SOUTY, « La Cour suprême des Etats-Unis et les pratiques anticoncurrentielles : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel V. AMD* », dans *Les Petites Affiches*, 21 septembre 2004, n° 189, L'extenso.fr, PA200418901.

[883] La Canada en 1889, suivi des États-Unis en 1890. Cependant, le droit américain est vu communément comme le « premier » droit de la concurrence. Il a notamment inspiré les pays européens et leur union politique afin de règlementer le marché intérieur. La vivacité des actions privées y est telle que les États-Unis attirent les victimes européennes et canadiennes.

[884] Sylvette GUILLEMARD et Jacob STONE, « La Cour suprême du Canada et la compétence internationale des tribunaux », *Journal de Droit International (Clunet)*, Octobre 2009, n° 4, doctr. 8.

[885] Nous n'aborderons la question du *forum shopping* qu'en guise de constat pour cette fin de première partie. Il ne s'agira pas d'une analyse détaillée, à ce sujet, v. S. PIETRINI, *op.cit.*, note 5, aux pp. 690-743.

[886] Donald B. HOUSTON et Jeanne L. PRATT, « Jurisdictional Issues in International Cartel Cases : A Canadian Perspective », (2006) 3/1 *La revue canadienne des recours collectifs* 287-317, à la p. 208. Rappelons que le droit canadien ne prévoit que la récupération de la perte subie et du gain manqué ainsi que des frais d'investigation déboursés par la victime.

75. L'affaire *Vivendi* en matière boursière - Dans l'affaire *Vivendi*[887], qui ne concernait pas le droit de la concurrence mais le droit des sociétés[888], des justiciables européens avaient tenté de faire du *forum shopping* avec un certain succès. Ils avaient pu constituer un recours collectif devant la juridiction du district Sud de l'État de New-York. Pour accepter ce recours, la juridiction new-yorkaise a vérifié que sa décision avait des chances sérieuses d'être appliquée dans les pays européens concernés. Après une étude des droits nationaux, seules les victimes allemandes se sont vues écartées du recours au motif que le droit allemand n'offrait pas de garanties suffisantes d'applicabilité de la décision américaine. En revanche, le droit français a été reconnu comme acceptant avec plus de certitude cette décision américaine. L'affaire *Vivendi* est à ce titre emblématique de l'attractivité du droit américain sur les victimes de pratiques économiques au sens large.

76. Les excès révélés par l'affaire *Morrison* - Cependant, dans une affaire *Morrison*[889], la Cour suprême des États-Unis est venue enrailler la prolifération de ces recours collectifs abusifs sans lien avec le pays (*Foreign cubed class actions*)[890]. En l'espèce, il s'agissait d'une affaire boursière, comme pour l'affaire *Vivendi*, qui concernait des victimes australiennes et une société de la même nationalité. Les victimes ont tenté de rattacher l'affaire aux États-Unis en arguant du rôle de sa filiale américaine dans la faute reprochée (un défaut d'information par celle-ci). Les plaignants ont essayé, de manière abusive concédons-le, de rattacher leur *class action* au droit américain. Les efforts furent vains car la Cour suprême a reconnu le caractère abusif de la procédure.

77. La reconnaissance des recours collectifs étrangers en France - La conception de cette question doit être bilatérale, c'est-à-dire que si des justiciables français peuvent revendiquer des droits à l'étranger par un recours collectif, des étrangers peuvent tout

---

[887] In re *Vivendi Universal, SA Securities Litigation*, 2007 WL 861147 (SDNY), [ci-après Vivendi].

[888] Mathias AUDIT et Marie-Laure NIBOYET, « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une *class action* diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », dans *La Gazette du Palais*, 29 mai 2010, n° 149, L'extenso.fr, GP20100529007.

[889] Morrison v. National Australia Bank, 2010 U.S. Lexis 5257.

[890] Florence CREUX-THOMAS, « Cour suprême « *Equal justice under law* » », JCP G n° 13, 29 mars 2010, 339 ; Matthieu DUBERTRET, « Affaire *Morisson v. Australia Bank Ltd* : l'espoir d'un nouvel âge ?. – [Morrison v. Australia Bank Ltd. 561 U.S.__(2010)], *RD bancaire et fin.*, n° 4, Juillet 2010, étude 17 ; Emmanuel GAILLARD, « États-Unis : coup d'arrêt aux *class actions* extraterritoriales. – à propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 24 juin 2010 », JCP G, n° 27, 5 juillet 2010, 743 ; Renaud MORTIER, « La Cour suprême des États-Unis brise les *Foreign-Cubed class actions* », *Dr. Sociétés*, n° 10, Octobre 2010, comm. 186 ; Yann PACLOT, « *Class actions* : le vent du boulet… », *RD bancaire et fin.*, n° 4, Juillet 2010, alerte 14.

aussi bien revendiquer l'exercice d'un recours collectif en France[891]. Les juridictions françaises, qui y sont hostiles pour le moment, considèrent que le droit des groupements doit s'appliquer[892], tel qu'il est conçu en France, c'est-à-dire, jusqu'à présent, sans l'action de groupe. L'action de groupe consacrée en 2014 par le législateur français va-t-elle influencer la conception du droit international privé français sur les recours de groupements ? Il serait étonnant que ce ne soit pas le cas. Cependant, dans la mesure où le système français se base sur l'option d'adhésion volontaire (*opt-in*), il y a fort à parier que les juridictions françaises continues à s'opposer aux *class actions* avec option d'exclusion (*opt-out*), c'est-à-dire le modèle nord-américain.

Une autre interrogation va naître avec l'arrivée de l'action de groupe en France et, de manière plus large, avec la reconnaissance croissante de ce type de recours collectifs en Europe, celle des recours collectifs à l'échelle de l'Union européenne, à l'image de la fédération canadienne où les recours collectifs nationaux ne sont pas sans poser des problèmes.

§2 : Les recours collectifs pancanadiens

Au Canada, les provinces canadiennes sont comme des « étrangères » les unes pour les autres (1). Elles ont dû pourtant adopter des positions pour faire face aux recours collectifs nationaux. À cette fin, certains choisissent la solution de la clause de retrait et d'autre la solution de la clause d'adhésion (2) pour savoir si une victime hors de la province du *for* peut être membre du groupe.

1) Le statut d' « étranger » des provinces canadiennes

78. Dix provinces - Le Canada est une fédération constituée de dix provinces. Chaque province est compétente sur certains domaines législatifs. Le droit civil et la propriété font partie de ces domaines. En revanche, la concurrence relève du gouvernement fédéral. Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Morguard*[893], qui fait autorité sur la question, la Cour rappelle que les « jugements des autres provinces […], aux fins de

[891] Marie-Laure NIBOYET, « Action de groupe et droit international privé », *Rev. Lamy Civil*, 11/2006, n° 32.
[892] CA Paris, 17 mars 1960, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 147, note Yvon LOUSSOUARN ; Cass. crim., 15 oct. 1959, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 56, note Yvon LOUSSOUARN ; Cass. com.,12 mars 2002, n° 99-11.060, Gaz. Pal. 2003, som., p. 562, n° 51.
[893] Morguard Investments Ltd c. De Savoye, [1990] 3 RCS 1077.

l'application des règles de droit international privé, sont considérées comme des pays « étrangers » »[894]. Cependant, le recours collectif est venu perturber la conception classique selon laquelle le jugement d'une province doit être reconnu dans une autre province.

79. Statut d'« étranger » - En effet, les recours collectifs au Canada impliquent souvent des membres issus de plusieurs provinces. La tentation a alors été pour une juridiction canadienne d'appliquer son recours collectif à ces membres « étrangers » issus d'une autre province[895]. On voit bien de prime abord l'avantage de ce type de recours : économie judiciaire, moins de frais extra judiciaires et accès à la justice pour le plus grand nombre[896]. Cependant, la simplicité d'apparence cache une réalité juridique bien plus complexe. Il faut d'abord informer correctement les membres hors de la province sur le recours. Ensuite, il y a un risque de mise en péril de la compétence de chaque province. Enfin, les régimes de recours collectif au Canada ne sont pas homogènes. Le recours collectif québécois se démarque des autres par exemple en refusant l'appel de l'autorisation d'exercer le recours au défendeur[897]. À ce titre, les recours collectifs québécois et ontariens diffèrent, « la résultante poserait la question de savoir si, dans ces cas hypothétiques, le tribunal ontarien empièterait sur la compétence du Québec en ce qui a trait à « la propriété et les droits civils » provinciaux, enchâssés dans l'article 92(13) de la Constitution canadienne de 1867 »[898] s'il constituait un recours collectif national à l'échelle du Canada. Cela explique que certains tribunaux refusent, en cas de recours collectifs parallèles dans un même litige, de faire allégeance à des tribunaux ontariens qui autorisent un recours collectif national[899]. La question de fond est de savoir si les recours collectifs multi-ressorts sont possibles au Canada. Dans l'arrêt

[894] *Id.*, à la p. 1091.
[895] Sur ce sujet, v. Stephen LAMONT, « The Problem of the National Class : Extra-Territorial Clas Definitions and the Jurisdiction of the Court », (2001) 24 *Advocates 'Q* 252 ; B. GROSS et J. GARZON, « Multi-jurisdictional Class Actions in Canada : Pragmatism Over Principle ? », présenté au 3ème Congrés Annuel 'Forum on Litigating Class Actions », Toronto, The Canadian Institute, 2002 ; Colin K. IRVING et Mathieu BOUCHARD, « National Opt Out Class Actions, A Consitutional Assessment » ; Quatrième colloque en recours collectifs, 2009 ; Adrian C. LANG et Ellen SNOW, « Enforciability of National Classes », (2006) 1/1 *Class Action Fed. Q.* 2 ; Craig JONES, « The Case for the National Class », (2004) 1 *Can. Class Actions Rev.* 29-30 ; David ROSENBERG, « Mass Tort Class Actions : What the Defendants Have and Plaintiffs Don't », (2000) 37 *Harv. J. on Legis.* 393.
[896] Shaun FINN et Jonathan OSTREGA, « À la frontière de l'inconnu : une analyse des recours collectifs multi-ressorts », (2011) 7/2 *La revue canadienne des recours collectifs* 327-366, à la pp. 330-331.
[897] *Id.*, à la p. 331.
[898] *Id.*, à la p. 332.
[899] Englund c. Pfizer Canada Inc., 2006 SKQB 6.

Dutton[900], la Cour suprême canadienne ne se positionne pas clairement sur la question. Mais dans la mesure où le plus haut tribunal du pays reconnaissait que les juges pouvaient appliquer le recours collectif en l'absence de législation provinciale, cela ouvrait implicitement la voie aux recours nationaux[901].

2) Clause de retrait ou clause d'adhésion ?

80. L'affaire *Shutts* et la clause de retrait - L'affaire américaine *Shutts* a aidé les tribunaux canadiens à se positionner sur la question des recours collectifs nationaux[902]. Dans ce dossier, un tribunal du Kansas était compétent et des avis par envoi postal prioritaire ont été adressés aux membres potentiels à travers le pays. La Cour suprême des États-Unis a accepté le recours mais à la condition que les membres potentiels puissent faire valoir leur clause d'exclusion, c'est-à-dire le droit de s'exclure du groupe (*opt-out*). Cela suppose d'informer adéquatement les membres de l'existence du recours. Au Canada, plus précisément en Ontario, dans l'affaire *Nantais*[903], les juges ont repris l'arrêt *Shutts* et retenu l'application d'une clause de retrait. En revanche, en Colombie-Britannique, un geste d'adhésion volontaire est attendu de la part du membre extérieur à la province, on parle alors de clause d'adhésion[904]. Le Québec adopte quant à lui une troisième approche et joue la carte du droit international privé.

81. Le droit international privé québécois - En appliquant le C.c.Q., il semble que le Québec reconnaisse les recours collectifs multi-ressorts[905]. Les articles en question sont les articles 3134[906], 3135[907], 3137[908] et 3155[909]. Au Québec, et dans les autres provinces canadiennes, le juge doit vérifier qu'il existe bien un lien réel et substantiel[910] avec le *for* saisi. À défaut, les tribunaux québécois n'accepteront pas que le recours inclut des

---

[900] *Op.cit.*, note 351, aux par. 27-29.
[901] S. FINN et J. OSTREGA, *op.cit.*, note 896, à la p. 339.
[902] *Phillips Petroleum Co.* v. *Shutts*, 72 É-U 797 (1985), [ci-après *Shutts*]
[903] Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd, (1995), 25 OR (3d) 331 (Gen. Div.).
[904] *Hoy* c. *Medtronic Inc.*, 2001 BCSC 1343, confirmé en appel, 2003 BCCA 316.
[905] S. FINN et J. OSTREGA, *op.cit.*, note 896, p. 352, citant *Mutual Trust Co.* c. *St-Cyr*, [1996] RDJ 623 à la p. 632 ; *Direct TV* c. *Scullion*, [2002] RJQ 2086 à la pp. 2088-89 (C.S.).
[906] Les tribunaux provinciaux sont compétents pour les résidents du Québec.
[907] Un tribunal québécois décline sa compétence si le tribunal d'une autre province apparaît mieux à même de trancher le litige.
[908] Un tribunal québécois peut surseoir à statuer si un litige similaire est pendant devant une autre juridiction.
[909] Sur les conditions d'exécution au Québec d'une décision étrangère.
[910] Codifié à l'article 3168 du C.c.Q.

québécois hors de leur province[911]. Il faut par ailleurs, si un lien réel et substantiel existe, que l'avis soit adéquat[912], c'est-à-dire que la diffusion de l'avis doit permettre aux québécois d'en prendre connaissance et qu'il contienne une information claire. Dans une affaire intéressante en droit de la concurrence, *Brito* c. *Pfizer*[913], le tribunal a pourtant accepté l'absence de lien réel et substantiel. Un argument en faveur de ce choix était que la L.c., invoquée en l'espèce, s'appliquait à la grandeur du pays[914]. Faut-il en conclure que l'application du droit fédéral milite en faveur de recours collectifs pancanadiens ? On peut le penser. Dans la mesure où ce qui rend les tribunaux provinciaux réfractaires à ce type de recours collectif est l'application du droit substantiel d'une autre province[915], cette appréhension tombe si le droit substantiel en question est fédéral car il s'applique alors à tous les résidents du Canada.

Toutes les règles que nous venons de présenter sont applicables à l'action privée du droit de la concurrence à l'échelle du Canada. Mais, en droit de la concurrence, il est à noter qu'un défendeur étranger peut être attrait en justice au Canada sur le fondement de l'article 36 lorsque l'entente vise le marché canadien[916]. En droit de la concurrence, matière fédérale, une solution serait de porter le litige fondé sur l'article 36 devant la Cour fédérale à l'aide de son recours collectif[917]. Cependant, une telle option exclut d'invoquer le droit provincial de l'article 1457 du C.c.Q. et les *torts* de la *Common law* puisque la Cour fédérale n'est pas compétente en matière de droit civil[918].

Ces développements sur le droit canadien doivent intéresser le juriste européen qui aura, à plus ou moins court terme, à se confronter à des problématiques similaires en Europe face au développement des recours collectifs dans les États membres.

---

[911] *Banque HSBC Canada* c. *Hocking*, [2006] RJQ 204 (CS), [ci-après *Hocking*].
[912] *Lépine* c. *Société canadienne des postes*, EYB 2005-93155 (CS) ; confirmé 2007 QCCA 1092 (CanLII) et [2009] 1 SCR 549 (CSC).
[913] 2008 QCCS 2231 (CanLII) ; confirmé dans *Nguyen* c. *CP Ships*, 2008 CanLII 3817.
[914] *Id.*, au par. 113.
[915] V. *Hocking*, *op.cit.*, note 911, au par. 151.
[916] *Vitapharm Canada Ltd* c. *Hoffmann-La Roche Ltd*, (2002), 20 C.P.C. (5th) 351 (Ont. S.C.J.). Il faudra que l'entreprise en cause face des affaires au Canada ou qu'elle y vende des produits ou qu'elle participe à un plaidoyer de culpabilité pour que les victimes canadiennes puissent l'attraire au Canada. À défaut, il n'y aura pas de lien réel et substantiel avec le Canada, dans ce sens, D. HOUSTON et J. PRATT, *op.cit.*, note 886, à la p. 297.
[917] *Supra*, note 337.
[918] *Supra*, note 526.

Conclusion du Chapitre II

La valeur probante de l'acte juridictionnel en droit de la concurrence est un révélateur d'une part, du rôle que peuvent jouer les actions privées en droit de la concurrence en interagissant avec l'action publique, que ce rôle soit positif ou négatif, et d'autre part, de l'aspect international de ces actions. Nous avons considéré qu'il était possible de parler d'une réelle autorité des actes juridictionnels rendus en droit des pratiques anticoncurrentielles. La décision des autorités de concurrence canadienne, française et européenne, a une portée non négligeable sur l'action privée. Pour cette raison, nous parlons d'autorité morale. L'autorité morale suppose que la parole des autorités de concurrence ait une valeur telle qu'elle ait des implications pour les parties privées à une action en responsabilité civile suite à une violation des dispositions sur les ententes et les abus de position dominante. En effet, nous avons constaté que cette autorité morale devenait une autorité matérielle dans la mesure où elle pouvait servir matériellement aux victimes de pratiques anticoncurrentielles à des fins probatoires. Cette autorité matérielle se manifeste par la possibilité limitée d'accéder au dossier de l'autorité et par la portée probatoire reconnue légalement dans le contentieux privé canadien et français à la décision du Bureau de la concurrence et de l'autorité de concurrence française ou européenne. La valeur probante de l'acte juridictionnel s'explique alors de deux manières : le dossier des autorités de concurrence permet de prouver la portée du dommage des victimes et l'acte juridictionnel de ces mêmes autorités prouve la faute, soit de manière irréfragable pour le droit français, soit de manière « théoriquement-réfragable »[919] en droit canadien. Mais il serait inexact de penser que seule l'action publique a une autorité morale. Les fonctions dissuasive et sanctionnatrice de l'action privée doivent être considérées. Cette fonction, qui légitime l'utilisation de l'expression « autorité fonctionnelle », se concilie au *public enforcement* dans la lutte contre les ententes et les abus de position dominante. D'ailleurs, la question de l'impact de l'action privée sur la clémence en n'est le révélateur. Les entreprises qui s'entendent redoutent de participer au programme de clémence parce qu'elles craignent les actions privées subséquentes et les dommages et intérêts qui les suivent.

[919] En droit canadien, la procédure criminelle permet d'attester *a priori* qu'il y a bien eu une pratique anticoncurrentielle. Cependant, la norme de preuve au criminel étant plus importante qu'au civil, il sera difficile de renverser la preuve criminelle dans l'action privée. Par conséquent, ce renversement reste théorique.

Cette autorité morale s'accompagne d'une autorité internationale. Cette fois, ce n'est pas la décision de l'autorité publique qui rayonne sur le contentieux privé mais un droit étranger. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent être tentées par une expatriation « judiciaire », notamment aux États-Unis, pour bénéficier des dommages et intérêts triples de son droit antitrust. Les tentatives européennes de *forum shopping* aux États-Unis ont été stoppées par la Cour suprême américaine qui joue « les gendarmes » du contentieux privé dans le large domaine du droit des affaires. Il semble d'ailleurs que la nature de ce contentieux appelle souvent une réponse collective et dissuasive.

Les victimes, dépourvues jusqu'à présent de recours effectifs en Europe, tentent alors l'expatriation du litige économique. Nous avons vu que la reconnaissance de ces décisions étrangères dans le pays d'origine des plaignants peut être difficile. Nous ne sommes pourtant qu'au début des difficultés. Les recours collectifs nationaux canadiens, ou, dans une formulation plus explicite, transprovinciaux, démontrent que la reconnaissance du droit à l'action privée renforce le contentieux privé et multiplie les juridictions potentiellement compétentes. Au Canada, comme en Europe, les provinces et les États membres ont, ou non, un système de recours collectif. Il peut être différent. Or viendra un temps où une juridiction européenne se déclarera compétente pour traiter d'un recours collectif européen incluant des membres d'autres États, dont certains ne connaîtront peut être pas en droit interne de système de recours collectif. Il faudra dès lors, comme au Canada, songer à adopter des dispositions communes pour régler la future question des recours collectifs paneuropéens.

Conclusion du Titre II

Il ressort de ce titre que l'ineffectivité de l'action privée trouve son origine procédurale dans la connexité des procédures publiques et privées. Les actions entreprises par les victimes peuvent se faire seules, en parallèle ou subséquemment à l'action publique. En laissant ces trois possibilités ouvertes aux victimes, le législateur laisse le champ libre à des contacts processuels délicats entre le *public enforcement* et le *private enforcement*. Nous avons pu montrer que la connexité des procédures entravait les recours privés en droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, il apparaît clairement qu'en cas de connexité des procédures où l'une doit céder le pas sur l'autre, l'action publique prime sur l'action privée. En réalité, l'autorité morale de l'acte juridictionnel issu de la poursuite publique des pratiques anticoncurrentielles explique ce choix. Lorsque vient le moment de l'action, qui suppose d'agir en justice et de démontrer son intérêt à agir par la preuve de la pratique anticoncurrentielle, le droit commun n'offre pas de solutions satisfaisantes tant au niveau de l'action que de la preuve en France. Au Canada, en revanche, si l'on peut regretter un manque de lisibilité du délai de prescription fédéral, les règles du *discovery* apparaissent satisfaisantes. En France, il est regrettable que les moyens probatoires existent mais que les juges ne les appliquent pas pleinement.

La solution pour désentraver le droit à l'action privée est de réaliser un *ordonnancement* des procédures publiques et privées. En somme, l'autorité morale naturelle de l'action publique et les résistances des autorités de concurrence à leur perte de monopole sur le droit des pratiques anticoncurrentielles, qui se manifeste à cette étape sur le thème de l'accès au dossier, suppose de faire prévaloir l'action publique sur l'action privée en obligeant les victimes à n'agir que sur une décision de l'autorité de concurrence – le modèle français – ou en incitant les victimes à n'agir qu'une fois la décision de l'autorité publique rendue en raison de la force probatoire qui lui est conférée par le législateur – le modèle canadien. Il faut aussi parvenir à concilier les intérêts en présence. Si les victimes ont besoin de l'autorité de concurrence pour constituer un dossier solide pour aller en justice, les autorités de concurrence doivent garantir au participant volontaire au programme de clémence une protection qui doit se poursuivre au-delà du contentieux. En effet, si ce n'est pas le cas, l'entreprise impliquée

dans un cartel n'aura aucun intérêt à avoir une protection temporaire contre l'accès au dossier des tiers.

Cependant, une fois l'affaire close, pour les collaborateurs contraints de l'autorité de concurrence, il n'y a aucune raison de refuser l'accès au dossier. Ce serait une manière d'encourager la délation volontaire. De toute évidence, la solution qui consiste à protéger l'accès au dossier pendant l'action publique évite les actions parallèles et les conflits d'intérêts.

Enfin, une solution intermédiaire peut consister à ne fournir que des documents et des informations non-confidentielles. La protection des auteurs peut se comprendre le temps de l'action publique. En revanche, une fois la condamnation prononcée, ils seront connus. Dans ce cas, ils s'exposent à une poursuite privée. L'autorité morale de l'acte juridictionnel issu de l'action publique aidera à la démonstration de la faute. Mais la démonstration du dommage suppose une documentation technique et une expertise que les victimes n'ont pas. Il semble alors raisonnable de leur laisser un plein accès aux documents de nature technique permettant d'évaluer leur préjudice.

Pour conclure, la solution à ce conflit d'intérêt réside peut-être dans la consécration d'une clémence privée lors de l'évaluation des dommages et intérêts afin d'aligner la logique du *public enforcement* de la réduction d'amende sur le *private enforcement*. Telles peuvent être les pistes proposées.

Conclusion de la Première partie

Le droit à l'action privée est reconnu par la France et le Canada. Cette reconnaissance n'est pourtant pas suffisante pour rendre effectif l'accès au juge. Nous avons vu que le Canada, bien qu'ayant reconnu un droit à réparation aux victimes des dispositions criminelles de la L.c., notamment pour les ententes, n'a pas connu d'effectivité significative de son droit privé d'action avant l'adoption par l'ensemble des provinces canadiennes d'un recours collectif. *Le lien entre le droit à l'action privée et l'accès à la justice se cristallise autour du recours collectif.* Même si une action privée peut être menée en dehors d'un recours collectif ou d'une action de groupe, il demeure le véhicule procédural le plus adapté aux consommateurs finals. Le pas français fait en faveur d'une action de groupe particulière au droit des pratiques anticoncurrentielles est alors la concrétisation de l'alliance de l'accès à la justice et de la reconnaissance d'un droit à l'action privée. L'un ne va pas sans l'autre si l'on souhaite favoriser l'action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, les PME apparaissent comme les grandes oubliées de ce bouleversement. Les juridictions européennes ont souvent affirmé que le droit des États membres ne devait pas rendre impossible ou extrêmement difficile la réalisation des droits des justiciables de se prévaloir du droit de l'Union pour la réparation du préjudice résultant d'une infraction aux articles 101 et 102 du TFUE, tel qu'énoncé dans les arrêts *Courage* et *Manfredi*. Par l'analyse du droit à l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles, nous avons pu démontrer que la quête de ce droit pour les consommateurs et les entreprises aboutit à une mutation du contentieux concurrentiel vers la protection de l'intérêt général par la défense d'intérêts privés, ce qui remet en cause la compétence historique des autorités de concurrence en France et au Canada. Il demeure que lorsque l'on touche à la connexité des procédures civiles et publiques, il s'agit plus de friction que de conciliation des deux côtés de l'Atlantique. Le tout dénote une reconnaissance prudente et limitée du droit à la l'action privée des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Il apparaît qu'il ne peut en être autrement. Le choix de la France et du Canada en faveur d'une règlementation du marché par des autorités publiques ne laisse que peu de place à des victimes qui ont, jusqu'ici, joué un rôle de second plan. Mais il était illusoire de penser que dans un vaste mouvement consumériste d'accès à la justice, le droit de la

concurrence allait être épargné. Il est depuis les années 2000 au cœur de cette vague qui s'est amorcée dans les années 70 d'un côté et de l'autre de l'Atlantique. Désormais, les victimes de pratiques anticoncurrentielles sont appelées à jouer un rôle de plus en plus important. Le droit de la concurrence n'est plus seulement au service de l'efficience économique, il joue un rôle social en s'appliquant dans un contentieux indemnitaire qui suit la philosophie de la justice corrective. Il n'est donc plus seulement question de justice distributive en droit de la concurrence mais aussi, par le truchement du contentieux indemnitaire, de justice corrective.

Le droit à l'action privée, droit d'accès élémentaire au juge, pour la réparation du préjudice concurrentiel, prend en compte le fait que les autorités de concurrence française, européenne et canadienne ne peuvent remplir une fonction indemnitaire. Leur objectif est de sanctionner, au plan pénal ou administratif par des amendes ou de l'emprisonnement, les violations du droit des pratiques anticoncurrentielles. Leur démarche supprime l'acte dommageable pour l'avenir, corrige le dommage à l'économie, mais ne répare pas les victimes de leur préjudice concurrentiel.

Se pose dès lors la question de la réalisation de ce droit à l'action privée par un droit de l'action privée. Ce droit de l'action privée doit aborder l'autre pan de la problématique du recours effectif des consommateurs et des entreprises en droit des pratiques anticoncurrentielles, celui de l'indemnisation, de l'évaluation et de la distribution du préjudice à la victime.

SECONDE PARTIE - LE DROIT DE L'ACTION PRIVÉE CONCURRENTIELLE

La réalisation du droit à l'action privée passe par l'accès au juge en tant que droit fondamental d'accéder à la justice. Lorsque les victimes de pratiques anticoncurrentielles parviennent à accéder à leur juge naturel, le juge judiciaire, une autre difficulté se pose à elles, celle de la démonstration de leur préjudice et de son indemnisation dans le cadre de la responsabilité civile. Cet aspect relève du droit de l'action privée concurrentielle, c'est-à-dire des règles applicables en matière de responsabilité civile et de liquidation de la créance d'indemnisation.

Nous proposons de traiter dans cette seconde partie de la manière dont la responsabilité civile, en tant que fondement de l'action privée, s'exerce lorsque la faute est une pratique anticoncurrentielle. De même, la particularité du préjudice concurrentiel est qu'il est diffus, minime à l'échelle d'un consommateur, mais considérable en terme de gain pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Son évaluation est difficile en raison d'une part, de l'origine occulte de la faute – les cartels sont par nature secrets – et, d'autre part, de l'origine économique du préjudice. Il suppose une évaluation technique par des experts, lesquels, pour pouvoir se prononcer, devront pouvoir traiter des informations complexes que seules les entreprises contrevenantes détiennent. Les autorités de concurrence, qui sont *in fine* véritablement les seules à avoir un pouvoir d'investigation suffisamment large pour collecter ces données économiques, n'aident pas les victimes de pratiques anticoncurrentielles. En effet, elles refusent de collaborer efficacement avec celles-ci. Il faudrait envisager, en plus de l'hypothèse d'autoriser uniquement des actions subséquentes en réparation pour limiter le risque de *concurrence processuelle* entre l'action privée et l'action publique, de modifier les critères de la responsabilité civile pour contourner l'obstacle que constitue l'évaluation du préjudice. L'objectif est de permettre une évaluation du préjudice sans que les données économiques nécessaires à cette évaluation ne soient trop difficiles à obtenir. La peine privée pourrait être une solution alternative dans la mesure où elle se focalise non plus sur le préjudice mais sur la faute. La décision des autorités de concurrence en France et au Canada ayant une fonction probatoire quant à

la faute concurrentielle, appuierait la démonstration de la gravité de la faute dans une perspective punitive.

Une telle perspective permettrait de compenser une évaluation des dommages et intérêts compensatoires, souvent inférieure aux préjudices réellement subis. Pour une effectivité du droit de l'action privée, l'hypothèse formulée permettrait de réorienter la responsabilité civile vers l'action privée concurrentielle pour plus d'effectivité (**Titre I**).

La réorientation du droit commun de la responsabilité civile et l'interrogation qu'elle pose sur le rôle punitif qu'elle est appelée à jouer en droit de la concurrence devraient permettre une juste indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles (**Titre II**).

TITRE I – LA RÉORIENTATION DU DROIT COMMUN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE VERS L'ACTION PRIVÉE

La trilogie de la responsabilité civile – faute, préjudice et lien de causalité – pose de nombreuses difficultés à la victime d'une pratique anticoncurrentielle. La faute soulève le problème de l'identification de la pratique contraire au droit de la concurrence susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Par exemple, en droit canadien, l'abus de position dominante n'est pas une faute en vertu de l'article 36 de la L.c. En revanche, en Europe, l'entente et l'abus de position dominante ouvrent sans distinction un droit à réparation sur le fondement du droit commun de la responsabilité des États membres.

Le préjudice concurrentiel est particulièrement compliqué à saisir et à démontrer. Il suppose une preuve étayée de la pratique en cause et l'étude de données économiques complexes. Il ne permet pas au consommateur d'agir seul en raison du coût de l'action par rapport à son préjudice. L'entreprise qui aura souffert d'un préjudice important et qui souhaitera démontrer son préjudice s'exposera quant à elle à l'ambiguïté qui existe entre la perte résultant des aléas du marché et celle résultant de la pratique en cause.

Enfin, le lien de causalité est souvent imperceptible. Si l'entreprise, acheteur direct, auprès de l'auteur d'un abus de position dominante ou d'un cartel, pourra se prévaloir d'un contrat qui établira plus certainement le lien qu'elle entretient avec le fautif, le consommateur, souvent un acheteur indirect, aura un statut de victime plus aléatoire. Mais les rôles sont interchangeables. L'affaire du *cartelmobile* en France et le cartel de l'essence au Québec ont prouvé que les consommateurs peuvent être les victimes directes d'une pratique anticoncurrentielle.

On constate que face aux règles classiques de la responsabilité civile, les victimes de pratiques anticoncurrentielles sont désavantagées par un droit civil exigeant. La rigidité des conditions d'engagement de la responsabilité en droit de la concurrence (**Chapitre I**) explique le manque d'effectivité de l'action privée en réparation d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ces conditions doivent donc être

étudiées précisément dans le cadre du contentieux indemnitaire en droit de la concurrence pour réaliser le droit de l'action privée par une juste indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles (**Chapitre II**).

Chapitre I – La rigidité des conditions d'engagement de la responsabilité civile en droit de la concurrence

Nous allons procéder dans ce chapitre à l'étude du triptyque civiliste : faute, préjudice et lien de causalité à l'aune du droit de la concurrence. En effet, l'étude de la responsabilité civile dans le cadre de l'action privée nécessite de comprendre les termes du débat civiliste sur la question de la réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il est nécessaire de mesurer la particularité de tous ces éléments dans le contentieux en question pour bien comprendre en quoi les victimes d'une infraction au droit de la concurrence ne sont pas des victimes comme les autres. En ce sens, elles se raccrocheraient plus des victimes d'une violation du droit de propriété intellectuelle que des victimes d'un dommage corporel ou matériel classique. Il s'agit de victimes « économiques ». En cela, la perception de la faute et du lien de causalité dans l'action privée concurrentielle est particulière (Section I). Il faut prendre en compte la nature économique du dommage pour réorienter ces éléments essentiels de la responsabilité civile vers plus d'effectivité dans le droit de l'action privée. Nous traiterons volontairement à part la question du préjudice.

Le préjudice se distingue lui aussi de sa conception classique dans la responsabilité civile. En matière de concurrence, sa nature est économique et son évaluation complexe. Comment mesurer un préjudice sur un marché par nature source de dommages pour les entreprises ? Quant aux consommateurs, ils ne bénéficient pas de l'expertise nécessaire pour évaluer ce préjudice. L'expertise apparaît comme une solution indispensable pour remédier aux difficultés de son évaluation. Nous pouvons envisager deux solutions dans ce domaine : soit confier à des experts le soin d'évaluer le préjudice concurrentiel, soit envisager des moyens juridiques pour alléger le fardeau de la preuve du préjudice. Cette dernière hypothèse sera privilégiée afin de contourner la difficulté de l'expertise économique. L'objectif est de retenir une solution juridique qui vise à simplifier l'action privée. Nous souhaitons ainsi pouvoir circonscrire l'impact de la volatilité du préjudice concurrentiel sur les victimes de pratiques anticoncurrentielles (Section II).

Section I – La perception de la faute et du lien de causalité dans l'action privée concurrentielle

La faute que nous qualifierons de « concurrentielle » est celle qui résulte dans notre étude d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles et particulièrement des ententes et des abus de position dominante. Nous défendrons l'idée qu'une faute concurrentielle est une faute lucrative (§1). Le lien de causalité sera ensuite abordé pour révéler son ambiguïté qui se manifeste principalement lorsque l'on traite des acheteurs indirects (§2).

§ 1 : La faute concurrentielle en tant que faute lucrative

Nous allons procéder à l'identification de la faute concurrentielle dans le contentieux indemnitaire (1) afin de définir cette faute et son caractère lucratif. Poser la question de la faute, c'est fonder la responsabilité des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Nous étudierons cependant un cas atypique d'exonération partielle de responsabilité civile par la création d'une « clémence privée » (2).

1) La nature de la faute dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles

Il s'agit dans ce paragraphe de caractériser la faute concurrentielle dans le cadre de l'action privée dans son acception civiliste (A). Ainsi, il sera possible d'identifier le caractère lucratif de la faute concurrentielle (B).

A. La faute concurrentielle…

Le Canada et la France se rejoignent quant au fondement de l'action privée des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les deux pays en font une source de responsabilité pour faute prouvée au sens civiliste du terme[920]. Pour mémoire, les provinces canadiennes de *Common law* ne fonctionnent pas sur ce modèle mais sur celui des *torts*[921]. Il nous faut d'abord dessiner les contours de la faute concurrentielle en France et au Canada pour démontrer qu'elle recèle nécessairement un objet anticoncurrentiel (a). Ensuite, nous pourrons critiquer l'approche canadienne de la faute (b).

[920] *Rocois Construction Inc*. c. *Dominion Ready Mix Inc*., *op. cit*., note 309.
[921] Denis BOIVIN, *La réparation en Common law et en Equity*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012, p. 3 et 4.

a) Les contours de la faute concurrentielle en France et au Canada : la nécessité d'un objet anticoncurrentiel

82. La faute concurrentielle, une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles – En France et au Québec, les victimes doivent fonder leur action sur les articles 1382 et 1383 du *Code civil*[922] et 1457 du C.c.Q. La faute est une violation de la loi[923]. En France, il s'agira des articles L. 420-1 et L. 420-2 du *Code de commerce*[924] ou la violation du droit de l'Union européenne, soit les articles 101 et 102 TFUE[925]. Au Québec, il s'agira d'une violation de la L.c. car si la victime peut agir sur le fondement du droit fédéral devant la Cour fédérale, elle pourra aussi agir au provincial sur le fondement du C.c.Q. La violation des dispositions criminelles de la L.c. est aussi une faute civile[926].

Toutefois, s'agissant d'une faute économique, son caractère illicite est moins évident que pour un préjudice matériel ou corporel classique[927]. Non seulement, les conséquences de la faute sont moins palpables, mais la liberté du commerce autorise la captation de la clientèle. La concurrence génère naturellement des dommages licites[928]. La faute résultant d'une pratique anticoncurrentielle peut se confondre avec des perturbations économiques sur le marché tout à fait licites et même fortuites[929]. La présence d'une sanction publique permet de s'assurer de la réalité de la faute reprochée à l'appui de la demande[930] comme en ont décidé les droits français[931] et canadien[932].

---

[922] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 770. Même si la doctrine considère qu'il y a un déclin de la faute en France, conduisant certains à parler de « verdeur de la faute » lorsqu'elle retrouve un intérêt perdu en jurisprudence, v. Philippe LETOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505.

[923] Au Québec, l'article 1457 C.c.Q prévoit explicitement cette hypothèse. En France, en l'absence de définition de la faute, c'est à la Cour de cassation qu'est revenue cette œuvre de définition. Elle a reconnu qu'une violation de la loi était une faute, v. en droit des pratiques anticoncurrentielles, Cass. com., 13 mars 1963, 2 arrêts, D. 1964.97 et Cass. com., 1er mars 1982, Bull. civ., n° 76, p. 69.

[924] CA Versailles, 27 juin 1996, *Chapelle* c/ *Sony*, non publié et CA Paris, 22 oct. 1997, *Concurrence* c/ *Sony*, non publié.

[925] CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal* c/ *Sté Mors et Sté Westland Aerospace*, Europe, juillet 1993, n° 299 ; Trib. com. Paris, 22 oct. 1996, *Peugeot* c/ *Ecosytem*, non publié.

[926] Y. BÉRIAULT *et al.*, note , p. 99.

[927] Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, 2, Paris, PUF, 2013, p. 93.

[928] Linda ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, note 428, p. 10. Le principe est le même en droit québécois, v. Eidda TAKIOULLAH, *Conditions de recevabilité de l'action en concurrence déloyale en vertu des principes traditionnels de la responsabilité civile*, Sainte-Foy, Université Laval, 1994.

[929] Par exemple, une crise économique.

[930] En Europe, avant que le législateur français adopte l'action de groupe, les décisions des autorités de concurrence avaient déjà une autorité morale.

83. La violation du droit des pratiques anticoncurrentielles – L'intérêt de débattre de la faute en droit des pratiques anticoncurrentielles dans son acception en droit de la responsabilité civile est de savoir si la victime doit démontrer nécessairement une faute au sens du droit objectif de la concurrence, c'est-à-dire au sens du contentieux public. Autrement dit, la faute civile doit-elle épouser les contours de la faute dans le contentieux objectif ? Y-a t-il selon l'expression de Daniel Fasquelle, « unité des fautes civiles et concurrentielles »[933] ? Si la réponse est positive, le fardeau de la preuve pour la victime est insurmontable en raison de l'expertise économique nécessaire à cette preuve.

L'hypothèse est la suivante : si la faute concurrentielle, au sens de la faute civile découlant d'une violation du droit des ententes et des abus de position dominante, n'est pas celle du droit objectif de la concurrence, et en l'absence de condamnation publique, la victime ne devrait pas avoir à démontrer l'intégralité des critères de la faute au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, le fardeau de la preuve de la victime serait allégé. De plus, cela permettrait d'accepter qu'une pratique anticoncurrentielle non poursuivie par les autorités publiques puisse fonder une action en responsabilité civile des consommateurs. En effet, si l'entreprise peut se rabattre sur la concurrence déloyale pour fonder une action en responsabilité sans décision publique, le consommateur n'a pas cette possibilité. Pour autant, son préjudice ne doit pas rester sans réparation, il en va de la réalisation du droit à l'action privée. Par conséquent, on peut se questionner sur les droits français et canadiens de la façon suivante : en France, est-il juste pour les victimes d'exclure toute action de groupe en l'absence d'une décision publique préalable sur la pratique en cause ? Au Canada, est-il juste d'exclure l'abus de position dominante du champ d'application de l'article 36 L.c. n'offrant qu'une cause d'action pour la victime sur le droit commun de la responsabilité civile sans bénéficier de la présomption de faute issue de l'article 36(2) de la L.c. ?

Le choix français de refuser toute action en réparation sous la forme d'une action de groupe sans décision préalable d'une autorité de concurrence au nom de la

---

[931] Art. L. 423-10 C.com.
[932] Art. 36(2) L.c.
[933] Daniel FASQUELLE et Rodolphe MÉSA, « 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* n° 1/2006, p. 34, au par. 9.

conciliation, légitime par ailleurs, des procédures publiques et privées, n'atteint pas l'objectif de justice corrective que la victime est en droit d'attendre de l'action privée[934]. En effet, les victimes sont suspendues aux décisions des autorités de concurrence françaises et européennes, sauf à agir seules. Or on connaît les difficultés de cette action[935].

Au Canada, il convient de s'interroger sur la pertinence d'admettre cette action en l'absence d'une violation des dispositions criminelles de la L.c., seul domaine appréhendé par l'article 36. La pertinence de la question se retrouve au sujet de l'abus de position dominante. Il s'agit d'une infraction civile de la L.c., pour laquelle une faute doit spécialement être démontrée sur le fondement de l'article 1457 C.c.Q. Dans ce cas, la victime ne bénéficie pas du jeu de présomption de faute de l'article 36(2) L.c., c'est-à-dire des poursuites criminelles effectuées par les autorités canadiennes pour démontrer une faute. Pour répondre à ces questions, il faut d'abord définir la faute dans le cadre du contentieux objectif pour voir si elle permet d'atteindre le but assigné à la responsabilité civile en droit des affaires, à savoir un objectif normatif[936].

84. La responsabilité sans faute et faute objective – La solution de facilité pour les victimes est celle de la consécration d'une responsabilité sans faute dans le cadre de l'action privée. Cependant, dans ce cas, la portée normative que la responsabilité civile est appelée à jouer dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles est annulée. Que ce soit pour valider l'octroi de dommages et intérêts punitifs ou de dommages et intérêts confiscatoires, ces deux solutions se fondent sur l'interprétation d'une volonté fautive d'agir de manière anticoncurrentielle. Le calcul économique des auteurs en droit de la concurrence se dispense mal de la faute si l'on souhaite porter un jugement de valeur sur elle[937].

Le droit français évoque pour l'entente et les abus de position dominante l'effet ou l'objet anticoncurrentiel de la pratique. Pour cette raison, il s'agit d'une faute

---

[934] V. sur la justice corrective, *supra* au par. 13.
[935] C. PRIETO et D. BOSCO, *op. cit.*, note 25, p. 1426, au par. 1834.
[936] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 767 : « Cette notion est traditionnelle en droit privé, notamment en droit des affaires ».
[937] Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. GHESTIN, Thèse, Paris, Dalloz, 2004, p. 478.

objective en droit de la concurrence[938]. L'objet et l'effet constituent ses éléments matériels[939]. Il faudra ensuite imputer cet effet sur le marché à un auteur[940]. En droit canadien, jusqu'en 2009, la victime d'un complot devait prouver dans son action fondée sur l'article 36 l'effet indû sur la concurrence. Ce n'était qu'en présence d'une restriction indue de la concurrence que la victime pouvait prouver la violation de la loi et donc la faute[941]. Mais cette analyse purement économique de la faute dans le contentieux objectif français et canadien ne répond pas à la question de savoir si ces critères sont utiles pour la démonstration de la faute dans une action en responsabilité civile fondée sur une violation des articles L. 420-1 et 2 du *Code de commerce*, 101 et 102 du TFUE ou de l'article 45 et 79 de la L.c.

85. L'indifférence de l'effet anticoncurrentiel : preuve de l'absence de conformité de la faute civile avec celle du contentieux public – En 2009, la disparition de l'obligation de prouver que le complot réduit indûment la concurrence pour les autorités canadiennes[942] a ainsi fait disparaître cette exigence pour les victimes. En effet, le droit canadien exigeait que la victime prouve l'ensemble des éléments de l'infraction pour démontrer la faute, y compris l'effet indû sur la concurrence[943]. L'abus de position dominante et les arrangements ou accords diminuant sensiblement la concurrence sont des infractions civiles exigeant toujours la démonstration d'un effet réel ou potentiel sur la concurrence[944]. Si l'article 36 ne parle que de la violation de la Loi, la victime doit quand même apporter la preuve de la faute qui impose la démonstration des éléments du

---

[938] Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. A.-M. FRISSON-ROCHE, Thèse, Paris, Dalloz, 2001, p. 244, au par. 239 : « Dans le droit de la concurrence, la faute est dite objective parce qu'elle suppose l'observation d'une atteinte effective au marché, un comportement de nature à « empêcher », « restreindre », ou « fausser le jeu de la concurrence » [en référence à l'article 101 TFUE] ».

[939] *Id*.

[940] *Id.*, aux par. 239 et 240.

[941] Madeleine RENAUD et Dominic THÉRIEN, « La nouvelle loi sur la concurrence : y avez-vous pensé ? », dans *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011DEV1786, au par. « c ».

[942] *Id*.

[943] *Infra*, au par. 89. Seul le standard de la preuve change. Au civil, on exige la preuve selon la balance des probabilités. Au criminel, le standard est celui de la preuve hors de tout doute raisonnable. Le standard civil est donc moins exigeant mais il demeurait que la preuve d'une restriction indue complexifiait la preuve de la faute.

[944] Art. 79*c)* et 90.1 L.c. L'art. 90.1 est la version civile des complots. En effet, en 2009, les complots sont devenues des infractions criminelles *per se*, c'est-à-dire que l'existence de l'entente présume son effet anticoncurrentiel. À ce sujet, v. K. DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 159, au par. 2.1, p. 25.

complot[945]. Cependant, la disparition de l'exigence d'une réduction indue de la concurrence élimine en droit canadien la nécessité de prouver un effet économique.

En droit français, en théorie, la victime n'a pas à prouver l'effet anticoncurrentiel de la pratique, seul son objet anticoncurrentiel permet de prouver la faute. Deux raisons militent en faveur de cette option. D'abord, l'objet anticoncurrentiel peut constituer une faute civile en l'absence d'un texte du fait de son caractère fautif[946]. Pour cette raison, l'objet anticoncurrentiel peut, par exemple, ne pas être caractérisé sur le fondement des textes car il serait en dessous du seuil de sensibilité[947]. Pourtant, la faute civile resterait présente. Ensuite, l'effet anticoncurrentiel sur le marché n'est pas une faute civile en soi. Il s'agit d'une évaluation économique de la pratique anticoncurrentielle pour tracer une ligne entre la pratique concurrentielle et celle qui est anticoncurrentielle[948]. Tout au mieux, il peut jouer un rôle déterminant dans l'évaluation du dommage. Mais il ne doit pas constituer une cause de rejet de l'action au titre de la faute. Ainsi, *seul l'objet anticoncurrentiel devrait être prouvé par la victime. De cette manière, le fardeau de la preuve est allégé d'une analyse économique poussée du comportement de l'auteur de la pratique. De plus, son maintien permet de conserver une approche normative de la responsabilité civile en droit des pratiques anticoncurrentielles dans la perspective punitive de l'action indemnitaire des victimes*. Le droit canadien devrait donc suivre l'approche française, même s'il ne distingue plus l'importance d'une pratique pour considérer qu'il y a violation du droit de la concurrence lors d'une action privée. Si le

[945] J. B. MUSGROVE, *op. cit.*, note 573, p. 314 : « The plaintiff in a civil damages claim will have to prove the same elements required to be proven under the corresponding criminal provision and established jurisprudence concerning the criminal provision will be relevant to the determination of the merits of the civil damages claim ».

[946] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 773.

[947] Précisons que le droit canadien ne connaît pas ce principe. Il n'y a pas de règle *de minimis* ou de pratiques mineures. Justement en raison de la disparition en 2009 du critère de la restriction indue de la concurrence, les ententes sont désormais interdites *per se* en raison de leur objet anticoncurrentiel. Ainsi, les PME ne sont plus épargnées par la L.c., v. K. DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 159, au par. 2.1, p. 25.

[948] L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, note 928, p. 85 au par. 112 : « le paragraphe 1 de l'article 85 [101] repose sur une appréciation économique des répercussions d'un accord et ne saurait donc être interprété comme instituant quelque préjugé que ce soit à l'encontre d'une catégorie d'accord déterminé par sa nature juridique », citant note 82 : CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, *Société technique minière c/ Maschinenbau Ulm* : Rec. CJCE 1996, p. 337. L'auteur poursuit : « La restriction de la liberté commerciale ne saurait à elle seule caractériser une restriction de la concurrence, ce qui ouvre alors le champs à l'analyse économique. (…) Seule une atteinte sensible à la concurrence est prise en compte ». K. DIAWARA, *Le contrôle de la puissance de marché*, *op. cit.*, note 99, p. 381 : « Ainsi, concluons-nous que la concurrence par les mérites au profit du consommateur constituerait un bon standard juridique permettant de s'extraire de la nébuleuse distinction entre l'acte concurrentiel et l'acte anticoncurrentiel du point de vue de l'approche juridique du marché ».

critère de l'effet indu sur la concurrence a disparu avec la réforme de 2009, cette exigence perdure pour l'abus de position dominante ou les accords diminuant sensiblement la concurrence. Bien que ces dispositions ne relèvent pas de l'article 36, le droit provincial, à l'image du C.c.Q., peut les appréhender en raison des préjudices qu'ils peuvent générer. La problématique des contours de la faute demeure donc pour les victimes de ces pratiques au Canada.

86. Confirmation de l'absence d'identité de la faute civile avec la faute dans le contentieux objectif : le cas de la concurrence déloyale – Une brève analyse de la concurrence déloyale en France confirme notre point de vue. Dans une affaire d'abus de position dominante, l'Autorité de la concurrence a rappelé que la faute en matière de concurrence déloyale n'est pas nécessairement constitutive d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du *Code de commerce*. Il faut un lien entre la domination et le dénigrement[949]. La faute concurrentielle[950] paraît donc plus restreinte que la faute de concurrence déloyale. La Cour de cassation considère que les pratiques anticoncurrentielles et la concurrence déloyale se confondent[951]. Si toute pratique anticoncurrentielle est un acte de concurrence déloyale, on parle de concurrence illicite[952], tout acte de concurrence déloyale n'est pas nécessairement une pratique anticoncurrentielle[953]. Comme pour l'action privée, le droit de la concurrence déloyale « n'appréhende pas un pouvoir sur le marché : il met fin ou répare le préjudice causé par

[949] Cons. conc., déc. n° 07-D-33, 15 octobre 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit* : [en ligne] : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d33.pdf> ; Aut. Conc., déc ; n° 11-D-15, 16 nov. 2011, *relative à des pratiques mises en œuvres par la société SOGAREL dans le secteur des parkinges à destination des passages de l'aéroport de Lille* : note S.C., « Lien entre la faute délictuelle de droit commun (concurrence déloyale et procédure judiciaire abusive) et abus de position dominante », RLC 2012/30, n° 1970, p. 24.

[950] C'est-à-dire celle ouvrant droit à l'action privée concurrentielle.

[951] Cass. com., 6 déc. 2005, n° 05-10.929, P+B.

[952] Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 11 : « Ainsi, tandis que la concurrence interdite est celle qui est contraire aux lois et aux contrats, la concurrence déloyale est celle qui est condamnée par les principes généraux du droit et les usages ». La concurrence illicite ou interdite, selon le mot de Roubier, ne requiert pas la mauvaise foi du fautif. L'absence de mauvaise foi fait que l'on fonde la responsabilité de l'auteur sur l'article 1383 du *Code civil*. V. Mistrale GOUDREAU, « L'action en concurrence déloyale en droit privé », (1984) 15 *R.G.D.* 133, à la p. 150.

[953] Cependant, pour un abus de position dominante qui constitue un détournement de clientèle, v. cons. conc., déc. n° 93-D-14, 18 mai 1993, *Société Roblot* : *Rec. Lamy*, n° 535 ; pour un dénigrement, v. cons. conc., déc. n° 92-D-62, 18 novembre 1992, *Société Biwater*, *Rec. Lamy*, n° 515 ; pour une publicité falacieuse, v. cons. conc., Avis, 4 novembre 1985, *Rec. Lamy*, n° 253.

un “comportement délictuel de marché“ »[954]. Par conséquent, *la faute concurrentielle est une faute sur le marché dont l’effet anticoncurrentiel est indifférent*[955]. Seul l’objet anticoncurrentiel caractérisant le comportement délictuel compte.

Précisons que la concurrence déloyale est un fondement de la faute propre aux rapports entre professionnels, le consommateur n’est pas concerné[956]. Il ne peut pas à la fois fonder son action sur la concurrence déloyale et sur le droit des pratiques anticoncurrentielles. Seules les pratiques anticoncurrentielles constituent le fondement de l’action privée des consommateurs. C’est d’ailleurs ce qui différencie, même pour les entreprises, l’action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles de l’action en concurrence déloyale[957]. Cela justifie que l’on reconnaisse un objet anticoncurrentiel propre à l’action privée comme faute civile sans nécessairement qu’il y ait une violation d’un texte ou la preuve d’un effet anticoncurrentiel. *Si la faute concurrentielle est une faute caractérisée par la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire qu’elle prend sa source dans le contentieux objectif du droit de la concurrence*[958]*, elle peut exister en dehors du contentieux objectif sans nécessairement intégrer le champ de la concurrence déloyale. Un comportement ayant un objet anticoncurrentiel suffit à démontrer la faute dans le cadre de l’action en responsabilité civile*. Le critère

---

[954] Yves PICOD, « Affinités ou divergences ? L’approche juridique », dans Cycle de conférences de la Cour de cassation, *Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles*, Jeudi 13 septembre 2013, RLC 2008/15, n° 1121, p. 170. L’expression « comportement délictuelle de marché » est issue de Yvan AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l’étude critique du rôle des limitations de concurrence par la protection de la clientèle*, Préf. Y. SERRA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000. Pour cette raison, l’Autorité de la concurrence a rappelé en 2014 : « (…) la rupture avant le terme contractuellement défini d’une relation commerciale exclusive relève du contentieux commercial et peut éventuellement donner lieu à réparation sur ce terrain. Le droit de la concurrence ne trouve à s’appliquer que si la rupture brutale de la relation commerciale a un objet ou des effets anticoncurrentiels, qu’ils soient avérés ou potentiels », v. Aut. conc. déc. n° 14-D-02 du 20 février 2014 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d’information sportive*, p. 58, au par. 324.

[955] Comme le constate Karounga DIAWARA en droit de la concurrence canadien, le choix d’interdire *per se* le complot supprime l’exigence de démontrer le pouvoir de marché de l’entreprise en cause, K. DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 159, au par. 2.1. Il explique que dans ce cas, la PME se retrouve susceptible de poursuite au criminel même si son pouvoir de marché est faible.

[956] Le consommateur est en effet exclu de l’action en concurrence déloyale. L’exigence pendant longtemps d’une clientèle commune en était la démonstration la plus évidente. Depuis, le législateur et la jurisprudence ont admis que l’action de l’entreprise en matière de concurrence déloyale pouvait se justifier par la défense de l’intérêt du consommateur. L’article L. 121-1 c.conso en témoigne puisqu’il aborde la question des pratiques commerciales trompeuses pour les consommateurs. V. à ce sujet, Y. PICOD, *op. cit.*, note 954, p. 173-174.

[957] *Supra*, au par. 11.

[958] Le Doyen Roubier nous enseigne que « (...) dans la concurrence interdite, celui qui fait acte de concurrent agit sans droit ; dans la concurrence déloyale, il fait seulement un usage excessif de sa liberté », v. p. ROUBIER, *op. cit.*, note 952, p. 483. Par conséquent, en matière de concurrence interdite, dont le droit des pratiques anticoncurrentielles en est une version moderne, seule la violation d’un droit suffit à prouver la faute.

de la faute objective par rapport au comportement de la personne raisonnable placée dans les mêmes conditions peut suffire.

b) Les contours flous de la faute concurrentielle en droit canadien

87. La faute concurrentielle, cause d'action pour les seules infractions criminelles – Au Canada, l'analyse civiliste de la faute est avérée uniquement au Québec. D'abord parce que l'article 36 L.c. est d'origine fédérale, donc ni civiliste, ni de *Common law* – au moins en théorie. Ensuite, il faudra passer par le droit provincial québécois pour lui donner une coloration civiliste en l'invoquant au côté de l'article 1457 du C.c.Q[959]. L'article 36 recevra une application différente selon son système provincial d'application. Pour rappel, la Cour suprême affirmait dans *Québec Ready Mix*[960] :

> « Un examen du régime de responsabilité civile délictuelle de droit commun et du régime instauré par la Loi démontre que l'on se trouve en présence de deux régimes relevant du même principe juridique. Il s'agit dans les deux cas d'un régime compensatoire de responsabilité civile fondé sur le comportement fautif. Les différences mineures quant aux moyens de preuve applicables ne modifient pas cette identité de principes juridiques ».

D'emblée rappelons que la nature criminelle de l'infraction détermine au Canada le champ d'application de l'article 36. L'abus de position dominante relevant des dispositions civiles de la Loi, l'article 36 ne s'applique pas. Les juges provinciaux ont pu s'interroger sur leur compétence dans l'appréhension des fautes civiles invoquées sur le fondement du droit fédéral. Il ressort de la jurisprudence que la faute de concurrence déloyale et celle résultant d'une violation de la L.c. peuvent être examinées par une Cour supérieure : « les compétences provinciales et fédérales sont conciliables »[961] en matière de concurrence déloyale[962]. L'entente est une faute civile ouvrant un droit d'action sur l'article 36. La faute au sens de l'article 36 est une violation des dispositions criminelles de Loi[963] ou un défaut d'obtempérer à une ordonnance prise dans le cadre de cette même Loi[964]. En effet, l'article 62 L.c.[965] vient rappeler que

[959] Il affirme le principe de responsabilité pour faute prouvée au Québec.
[960] V. la décision, *loc. cit.*, note 309.
[961] *Tremblay* c. *Acier Leroux Inc.*, 2003 CanLII 1047 (QC CS), aux par. 37 à 39.
[962] Au Canada, les juges ne distinguent pas la concurrence déloyale des pratiques anticoncurrentielles. Les deux sont traités sous la terminologie de concurrence déloyale. Il faut se référer au contexte pour savoir si le terme recouvre les pratiques anticoncurrentielles telles que définies dans la loi fédérale sur la concurrence.
[963] Art. 36(1)*a)*.
[964] Art. 36(1)*b)*.

nonobstant les dispositions de la Partie VI de la Loi, le recours civil traditionnel reste ouvert aux victimes sur le fondement des *torts* de *Common law* et de l'article 1457 du C.c.Q.[966], en parallèle de l'action publique.

L'article 36(1)*a)* sous-entend que la preuve de la faute civile nécessite que la victime apporte la preuve de tous les éléments nécessaires à la démonstration du complot selon les critères de l'article 45 L.c. pour attester la violation de la Loi. Ainsi, il est heureux que l'exigence de la démonstration d'un effet indu ait disparu. Il demeure que pour attester de l'objet anticoncurrentiel, en l'absence d'une décision constatant la pratique, la victime devra se référer aux critères de l'article 45 L.c. Par conséquent, la violation des dispositions sur les ententes anticoncurrentielles est une cause d'action au Canada.

Par ailleurs, on peut se demander quelle est la définition civile de l'abus de position dominante ? La particularité de cette infraction est que l'exigence d'un effet anticoncurrentiel est maintenue et que l'article 36 L.c. ne s'applique pas. L'abus de position dominante définie à l'article 78 et 79 L.c. ouvre-t-il un droit d'action en tant que faute civile dans la mesure où il ne fait pas partie des dispositions criminelles de la L.c. ?

88. Civilisation canadienne de l'abus de position dominante – L'abus de position dominante n'est pas une cause d'action sur l'article 36 L.c.[967] car il s'agit d'une disposition civile de la Loi[968]. Le phénomène de civilisation du droit de la concurrence au Canada est intéressant pour la victime. L'expression signifie que le législateur fédéral a souhaité appréhender des pratiques qui relèvent naturellement du droit civil. « L'objet de ces mesures [de civilisation] est de règlementer des pratiques ou des comportements traditionnellement considérés comme civils et en grande partie susceptibles de poursuites devant les tribunaux civils »[969]. L'abus de position dominante

---

[965] « Sauf disposition contraire de la […] partie [VI], celle-ci n'a pas pour effet de priver une personne d'un droit d'action au civil ».
[966] Acier d'armature Rô Inc. c. Stelco Inc., JE-96-853 (CA QC).
[967] V. *supra*, note 636.
[968] *Novus Entertainment Inc.* c. *Shaw Cablesystems Ltd.*, 2010 BCSC 1030. La Cour suprême de Colombie-Britannique a rappelé que l'abus de position dominante n'ouvre pas de cause d'action sur l'article 36 L.c. Il faut que le Tribunal de la concurrence ait établi au préalable l'infraction.
[969] *Canada (Procureur général)* c. *Alex Couture inc.*, 1991 Can LII 3120 (QCCA), la citation *in extenso* : « La partie VIII ajoute, dans l'intérêt du public, des mesures de protection contre la concurrence indue,

fait partie de ces dispositions qui étaient criminelles jusqu'en 1975 et 1986, puis qui ont été civilisées[970]. Par conséquent, l'abus de position dominante relèverait par nature du droit civil. C'est donc fort logiquement qu'il peut recevoir le qualificatif de faute civile mais non pas par le truchement de l'article 36, comme pour les ententes, mais par l'application de l'article 1457 C.c.Q. en raison de la violation de la loi qu'il constitue ou du fait qu'il peut relever de la concurrence déloyale. Cependant, seules les entreprises pourront agir sur le fondement de la concurrence déloyale. L'intérêt de faire de l'abus de position dominante une faute en raison de la violation d'une loi statutaire est qu'il pourrait ainsi être appréhendé par les consommateurs en raison de son objet anticoncurrentiel. Pour se faire, si certaines provinces de *Common law* exigent préalablement une ordonnance constatant l'abus de position dominante[971], le droit québécois devrait réagir comme le droit français. En appliquant la théorie formaliste civiliste selon laquelle la concurrence est interdite lorsqu'elle est contraire à la loi[972], l'abus de position dominante est une faute en droit civil québécois, tout comme en droit français, même si la disposition en cause relève du droit fédéral. En effet, dans ce cas, cela conduirait à appréhender l'abus de position dominante à travers la concurrence déloyale pour les entreprises et à refuser d'en traiter en dehors de ce cadre pour les consommateurs victimes.

La seconde lacune du droit canadien réside dans le fait que l'abus de position dominante, mais aussi les accords ou arrangements réduisant la concurrence, n'ouvrent pas d'action en réparation, laissant au droit provincial le soin de définir la faute. Les

---

mais les dispositions de la partie VIII ne fondent pas de recours civils en dommages-intérêts au profit de parties privées par suite d'un délit de concurrence déloyale. Elles n'accordent aucun droit d'action à un particulier.
Seul le directeur des enquêtes et recherches peut présenter une demande au Tribunal de la concurrence. Néanmoins, l'objet de ces mesures est de réglementer des pratiques ou des comportements traditionnellement considérés comme civils et en grande partie susceptibles de poursuites devant les tribunaux civils ».

[970] *Id.* : « Jusqu'aux réformes de 1975 et de 1986, les infractions limitant les échanges tels les complots, l'abus de position dominante, les fusions, la fixation des prix à la livraison, les limitations du marché constituaient des infractions de nature criminelle.
C'est en vue de mieux adapter la loi aux divers aspects du rendement économique et de la rendre plus efficace que des dispositions de droit civil ont remplacé des dispositions de nature criminelle jugées inadéquates. Ainsi le Conseil économique du Canada, dans son Rapport provisoire sur la politique de concurrence, en 1969, proposait aux fins de restructurer et d'améliorer la politique de concurrence au Canada de confier à un tribunal de juridiction civile une grande variété de pratiques commerciales, dont les fusions et les accords de spécialisation et d'exportation ».

[971] Jim SCHIMDT et Salim HIRJ, « Le tribunal n'a pas déterminé qu'il y a abus de position dominante : pas de réclamation privée possible », Pleins Feux, Fraser Milner Casgrain (avocats), août 2010.

[972] *Supra*, note 958.

provinces de *Common law* exigent alors une décision du Tribunal de la concurrence pour reconnaître un abus de position dominante alors que la province civiliste du Québec devrait reconnaître une faute s'il y a violation des articles 79 et 90.1 L.c. ou un comportement fautif en raison de son objet anticoncurrentiel sur le modèle du droit français[973]. Ces maladresses contribuent à rendre flous les contours de la faute en droit canadien.

89. Application jurisprudentielle de la faute civile de complot – Au Canada, les juges considèrent que les éléments constitutifs de la faute de complot sont ceux de l'article 45 L.c.[974]. Ainsi, il faudra bien une entente entre au moins deux personnes avec l'intention principale de nuire à la victime[975]. La violation de la Loi n'est qu'un élément de preuve, il faudra au surplus caractériser une obstruction illégale avec les intérêts économiques du demandeur[976]. Il s'agit d'une analyse par des juges de *Common law*. Elle reflète la conception du *tort* de *conspiracy* où la nuisance à un commerçant est l'objet de l'accord[977].

De plus, la faute de complot, invoquée sur le fondement de l'article 36, doit nécessairement se situer dans la période durant laquelle le complot a eu lieu[978] et se dérouler sur le marché pertinent[979]. Au Québec, l'action de l'article 36 est confondue, lorsqu'elle se fonde également sur le C.c.Q., avec l'action en concurrence déloyale[980] dans le cas où la victime est une entreprise. Par la suite, la jurisprudence a suivi une analyse similaire à l'analyse française, à savoir qu'une violation de la législation sur la concurrence est une faute mais qu'une faute est possible en l'absence de violation de la

---

[973] *Supra*, au par. 83.
[974] *Industrial Milk Producers Association* c. *Colombie-Britannique (Milk Board)*, [1989] 1 C.F. 463.
[975] *Ed. Miller Sales & Rentals Ltd*. c. *Caterpiller Tractor Co.*, 69 C.P.R. (3d) 143 (CA Alta).
[976] *Westfair Foods Ltd.* c. *Lippens Inc*., [1987] 6 W.W.R. 629.
[977] Philip H. OSBORNE, *The Law of Torts*, Toronto, Irwin Law Inc., 2011, p. 324 et s. : « where two or more persons have entered into and acted upon an agreement to cause economic loss to an other person ».
[978] *Constructions Bé-Con Inc., op. cit.*, note 612, au par. 37 : « D'une part, l'acte d'accusation (…), le plaidoyer de culpabilité (…) et la sentence (…) visant uniquement la période du 1er novembre 1994 au 31 octobre 1995, l'article 36 de la Loi sur la concurrence devant être interprété restrictivement, la demanderesse ne peut prétendre pouvoir être indemnisée en vertu de cette Loi pour tout dommage qu'elle aurait pu subir découlant de prétendus gestes posés par les défenderesses à une période autre que celle visée ».
[979] *Jacques* c. *Petro-Canada*, 2009 CanLII 5603 (QC CS), au par. 60 : « Dans ces circonstances, le recours civil, basé sur l'article 36 de la Loi sur la concurrence, doit tenir compte de cet impératif selon lequel un complot ne peut avoir lieu que dans un marché donné. D'ailleurs, la façon de calculer les dommages sera, comme le soumet la procureure des requérants, d'évaluer la différence entre le prix vendu et le prix du marché ».
[980] *Rocois Construction Inc.* c. *Dominion Ready Mix Inc*., [1990] 2 R.C.S. 440, au par. 461 et s.

L.c.[981]. Ainsi, une pratique peut être qualifiée de faute civile et ne pas heurter le droit des pratiques anticoncurrentielles. Sous-entendu, la démonstration d'un complot dans l'action privée canadienne, ne requiert pas une identité entre la faute civile et la faute légale de complot au Québec. Les victimes devront toutefois démontrer le marché en cause[982]. Cependant, « au minimum, les requérants devront démontrer une entente intervenue en vue de fixer les prix dans un marché donné, dont découle des dommages subis par les [victimes] »[983]. La preuve d'un accord anticoncurrentiel est exigée.

90. Bilan sur la faute concurrentielle – Pour résumer les conceptions française et canadienne de la faute dans une action privée, la faute concurrentielle doit refléter les contours de l'infraction d'entente et d'abus de position dominante, mais on ne saurait la limiter à cela. Par conséquent, en dehors de l'action privée en réparation d'un préjudice résultant d'une entente ou d'un abus de position dominante peut exister une faute. Mais lorsqu'il sera question d'agir dans le cadre précis du droit des ententes et des abus de position dominante, en l'absence d'une décision des autorités de concurrence, la faute épousera les contours de ces infractions pour établir seulement un objet anticoncurrentiel. Cependant, dans le cadre d'une action subséquente, la décision issue de l'action publique devra laisser présumer la faute concurrentielle ouvrant un droit à réparation sans imposer plus de démonstration à la victime que son préjudice et un lien de causalité. Cette hypothèse favorable à l'action privée et facilitant la conciliation des actions publiques et privées ne doit pourtant pas empêcher, comme en France, l'action collective des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En effet, les autorités de concurrence en France et en Europe n'appréhendent pas toutes les pratiques, comme celles se trouvant sous le seuil de sensibilité. Le modèle français d'action de groupe en droit de la concurrence laissera un certain nombre de pratiques sans sanction niant aux victimes la possibilité d'obtenir collectivement une réparation[984].

---

[981] *167782 Canada Inc.* c. *Tenneco Canada Inc.*, J.E. 94-1817 (C.S.Q.) ; *Association pour la protection automobile* c. *Ultramar ltée*, 2012 CanLII 4199 (QC CS) au par. 85 : « Le Tribunal doit garder en tête la possibilité que le juge du fond décide que les gestes constituent une faute, même en l'absence de tous les éléments constitutifs du complot en vertu de l'article 45 de la Loi sur la concurrence, tel qu'ils existaient à la période pertinente. Il est pertinent de souligner que l'article 45 de la loi a été modifié en 2009 et que le législateur a modifié le fardeau du poursuivant, car il n'est plus nécessaire de démontrer que l'entente a eu pour effet de réduire indûment la concurrence ».

[982] *Id.*, au par. 87.

[983] *Id.*, au par. 88.

[984] Il demeure que les victimes ou les entreprises qui ne participeront pas à l'action de groupe (soit parce que les entreprises comme les PME n'y ont pas droit, soit parce que certains consommateurs s'en seront

B. … une faute lucrative

91. Intérêt de la notion – Après avoir défini les comportements susceptibles de constituer une faute concurrentielle, entendue comme la faute dans le cadre de l'action privée, nous souhaitons préciser sa nature. Il apparaît que la faute concurrentielle devrait être considérée comme une faute lucrative[985]. L'intérêt de considérer que la faute concurrentielle est une faute lucrative est qu'elle permettrait la récupération du gain perçu illégalement. Il s'agit d'une étape préliminaire dans notre analyse. Il existe plusieurs définitions de la faute lucrative[986]. Dans le cadre l'action privée, la faute lucrative résulte du pari fait par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles que les victimes n'agiront pas en justice pour obtenir la réparation de leur préjudice et que, quand bien même elles le feraient, le montant des dommages et intérêts compensatoires sera inférieur au gain résultant de la pratique anticoncurrentielle[987]. La difficulté à évaluer l'exact préjudice des victimes explique en grande partie le bénéficie illégal dans le cas de l'action privée.

92. Une notion civiliste - En droit français, la notion est connue[988] même si le législateur ne l'a jamais intégré dans le *Code civil*. L'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* ou *Rapport Catala*[989] prévoyait l'introduction de l'article 1371 dans le *Code civil*. Cet

---

exclus) pourront toujours agir seules sans être tenues par la décision des autorités de concurrence. Mais l'hypothèse reste théorique en raison de la faiblesse de ces agents économiques.

[985] Pour une étude de la faute lucrative, v. Rodolphe MÉSA, *Les fautes lucratives en droit privé*, Thèse, Université du Littoral-Côte d'Opale, 2006.

[986] V. par exemple celle de Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 553.

[987] En ce sens, la question du désintérêt pour les actions privées en France se joint à la problématique de la faute lucrative, car l'un favorise l'autre, v. Huges BOUTHILLON-DUMAS, « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages et intérêts punitifs », RLC 2011/28, p. 152, au par. 6.

[988] Daniel FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », dans *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, L'extenso.fr, PA200223204.

[989] Pierre CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, Paris, La documentation française, 2005 (ci-après *Rapport Catala*). V. sur ce rapport, Daniel FASQUELLE, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », D. 2005.2666. Depuis, d'autres propositions vont dans ce sens, v. FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile* (présenté par MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE), n° 558, (2008-2009) – 15 juillet 2009 : [en ligne] : <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>, la recommandation n° 24 propose les dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative ; pour les commentaires des auteurs, Laurent BÉTEILLE et Alain ANZIANI, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », D. 2009.2328 ; Rodolphe MÉSA, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », dans *Les Petites Affiches*, 27 février 2012, n° 41, L'extenso.fr, PA201204103 au sujet du *Rapport Terré*, François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011. Également sur ce rapport, Christelle COSLIN, « Préparation d'une réforme de la responsabilité civile en France », dans *Les Petites Affiches*, 19 octobre 2012, n° 210, L'extenso.fr, PA201221001.

article aurait prévu des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. Si la définition n'apparaissait pas dans l'article, les auteurs avaient pris le soin de poser une définition dans les motifs : « [La faute lucrative est] une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »[990]. On peut aussi citer la rare définition doctrinale donnée[991] : « on appelle ainsi des fautes qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'est aucune raison de ne pas les commettre ». En droit des pratiques anticoncurrentielles français, « [l]a faute lucrative est également prise en compte par le droit de la concurrence quand il inflige des amendes administratives. Ainsi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 464-2 du *Code de commerce* dispose que les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise concernée »[992]. Cependant, il n'y a guère qu'en matière de concurrence déloyale et de contrefaçon que le droit civil appréhende la faute lucrative sur le marché[993]. Or rien ne fait obstacle à la qualification de faute lucrative pour les ententes et les abus de position dominante. D'ailleurs, aucune définition, ni même l'article 1371 du *Rapport Catala*, ne réserve ce qualificatif qu'aux seuls actes de concurrence déloyale[994]. Le point commun entre la faute concurrentielle et l'acte de concurrence déloyale ou la contrefaçon est que la responsabilité civile perd en dissuasion et même incite l'auteur de la faute à poursuivre sa pratique[995].

En droit québécois, on ne peut que transposer l'analyse. Si le droit québécois ne connaît pas la notion[996], il gagnerait à analyser les fautes de complot et d'abus de position dominante comme étant des fautes lucratives. Il ouvrirait alors la porte à la

[990] *Id.*, p. 168.
[991] Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations 1. Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 1996, au par. 1335.
[992] D. FASQUELLE, « L'existence des fautes lucratives en droit français », *op. cit.*, note 988, au par. 5.
[993] Camille MARÉCHAL, « L'évaluation des dommages et intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245. La prise en compte de faute lucrative par le droit français s'est faite suite à la *Directive CE n° 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, JOUE n° L157, 30.4.2004. Elle figure à l'article L. 331-1-3 du *code de la propriété intellectuelle.*
[994] Mme Geneviève Viney y incorpore aussi les pratiques restrictives de concurrence : Geneviève VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009.2944.
[995] *Id.*, au par. I., A.
[996] Mariève LACROIX, « Attention au gros lot ! – *Richard* c. *Times Inc.* », (2012) 71 *Revue du Barreau* 147, à la p. 171. L'auteur se livre alors à une analyse du droit français, insistant sur le point que le juriste québécois aurait un « intérêt certain » à connaître cette notion.

reconnaissance de dommages et intérêts punitifs en trouvant dans la faute lucrative un fondement purement civiliste à ces dommages et intérêts, loin des principes de la *Common law*[997].

La faute lucrative doit appeler en droit civil une réprobation morale forte dans la mesure où elle constitue une négation du droit, et donc une négation des fondements de l'ordre social[998]. L'entente et l'abus de position dominante sont des actes calculés visant à maximiser les profits et à maintenir une position sur le marché au détriment de l'intérêt général avec la conscience qu'un tel acte, dissimulé, dans le cas d'une entente. Ainsi, il ne sera pas découvert, et, s'il l'est, les sanctions publiques et privées seront de toute façon inférieures au profit illicite. La logique du programme de clémence répond d'ailleurs à cette équation économique pour amener les membres d'un cartel à dénoncer la pratique. Cela nous amène à la possibilité de concilier le programme de clémence avec la faute concurrentielle en tant que faute lucrative par la création d'une « clémence privée » comme source d'exonération partielle de responsabilité civile.

2) La clémence privée comme cause d'exonération partielle de responsabilité civile

La clémence privée inspirée du droit américain pourrait-elle se manifester sous la forme d'une nouvelle cause d'exonération de responsabilité pour faute personnelle du fait de la participation de l'auteur du dommage à une procédure d'intérêt public ? Tel pourrait être le qualificatif juridique de cette fiction. Nous souhaitons ici donner une suite à la proposition faite plus haut de limiter la nuisance de l'action privée sur le programme de clémence en reconnaissant un système de « clémence privée » sur le modèle américain du détriplement des dommages et intérêts[999] (A). Nous verrons par la suite les autres causes d'exonération de responsabilité civile (B).

A. L'hypothèse d'une clémence privée en droit civil

93. Une cause d'exonération partielle de responsabilité – La clémence privée consiste à diminuer les dommages et intérêts versés par l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle

[997] *Id.*, p. 172 : « (...) la faute lucrative présente l'avantage de demeurer dans le périmètre de la sphère civiliste et favoriser un détachement corrélatif de la Common law ».
[998] *Id.*, p.172 : « (...) il en va de l'effectivité du droit ; la faute lucrative symbolisant la négation du droit ».
[999] *Supra*, p. 236.

en raison de sa participation au programme de clémence. En langage civiliste, il s'agit d'une cause d'exonération partielle de responsabilité. Que ce soit en droit civil français ou québécois, seules certaines causes, dont la faute de la victime ou la force majeure, peuvent exonérer l'auteur d'un dommage de sa responsabilité[1000]. Dans la mesure où ces cas ne rencontrent pas les critères d'une pratique anticoncurrentielle, il faudrait créer une nouvelle cause d'exonération partielle de responsabilité en raison de la participation de l'auteur de la faute à un processus public visant à la dénonciation et à la sanction de la pratique dont il est l'auteur. Il en résulterait pour l'auteur l'abandon du qualificatif de faute lucrative, l'auteur ayant renoncé à son bénéfice en dénonçant la pratique qui rendait possible le maintien du gain illicite. Le régime juridique serait alors celui de la faute ouvrant droit à la simple réparation intégrale.

94. Renoncer à la faute lucrative en cas de participation au programme de clémence – En effet, dans notre hypothèse, la conséquence de l'abandon du qualificatif de faute lucrative est qu'il fait tomber corrélativement la possibilité de prononcer des dommages et intérêts confiscatoires ou punitifs. En faisant cesser le préjudice pour l'avenir, en collaborant avec les autorités de concurrence dans l'intérêt général, le fautif fait en quelque sorte amende honorable. Il s'agit bien sûr d'une analyse *de lege feranda*. Si les droits civils français et québécois reconnaissaient la faute lucrative en matière de pratiques anticoncurrentielles, il serait possible pour le juge de renoncer à ce qualificatif pour alléger le montant des dommages et intérêts, sans heurter un principe élémentaire de justice. Plutôt que de prôner la multiplication des dommages et intérêts sur le modèle américain[1001], pour mieux les réduire en cas de participation à la clémence – hypothèse qui ne se préoccupe guère de la réalité économique de la victime au profit d'une pure arithmétique qui ne dispense pas d'évaluer les dommages et intérêts compensatoires – il vaudrait mieux laisser le juge arbitrer entre les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts confiscatoires sur le modèle de la contrefaçon[1002]. L'option semble plus conforme au principe de réparation intégrale et aux principes civilistes de la responsabilité civile. Il suffirait de choisir l'option de la réparation intégrale en faisant

[1000] En droit français, v. par exemple, Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2009, p. 62, au par. 63. En droit québécois, Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 567 et s. et Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile, vol. I, Principes généraux*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 177 et s.

[1001] Le *Livre vert* de la Commission, *op. cit.*, note 17, proposait à son option 16 le doublement des dommages et intérêts comme solution à l'indemnisation des victimes.

[1002] *Infra*, p. 310 et s.

jouer le jeu normal de la responsabilité civile pour l'entreprise qui participe à la clémence. La solution reste cynique car elle part du postulat que les règles de la responsabilité civile ne permettront pas à l'heure actuelle une réparation intégrale du préjudice.

B. Les autres causes d'exonération de responsabilité civile

95. Le droit positif et les propositions européennes – Pour l'heure, il n'y a guère de solution en droit positif. En droit civil, l'auteur de pratiques anticoncurrentielles peut toujours invoquer les faits justificatifs du droit commun comme la force majeure ou le cas fortuit, arguant par exemple que le préjudice subi n'est pas le fait d'une pratique anticoncurrentielle mais de la crise économique[1003]. Dans le cas où la victime serait aussi un membre de l'entente, le fait de la victime est à envisager. Le fait d'un tiers est encore une possibilité si la hausse des prix n'est pas la conséquence de l'entente mais bien le fait d'une personne étrangère à la pratique en cause[1004].

La Commission européenne avait envisagé quant à elle dans le *Livre vert*[1005] et dans le *Livre blanc*[1006] une cause d'exonération de responsabilité. Il s'agissait de l'erreur excusable : « une erreur est considérée comme excusable dans le cas où une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence »[1007]. L'option ne paraît que théorique. L'erreur de droit se heurte au principe essentiel selon lequel *nul n'est censé ignorer la Loi*. Quant à l'erreur sur les faits, comment ne pas avoir conscience d'enfreindre la loi quand on participe à des réunions secrètes aux fins de s'entendre sur la conduite à avoir sur le marché ? Ces hypothèses ne concernent vraisemblablement que des pratiques sujettes à débat sur leur caractère anticoncurrentiel. L'option ne figura finalement plus dans la *Proposition de directive sur l'action privée*[1008].

[1003] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 774.
[1004] *Id.*
[1005] *Op. cit.*, note 17, option 13, p. 7.
[1006] *Id.*, p. 8.
[1007] *Id.* Pour les raisons de ce choix, v. COMMISSION UE, *Staff working paper, accompanying the white paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2008) 404, 2.4.2008, p. 50 et s.
[1008] *Op. cit.*, note 26, p. 14 : « En outre, certaines mesures proposées dans le livre blanc, telles que celles concernant les recours collectifs et la nécessité de l'existence d'une faute, n'ont pas été retenues aux fins de la présente proposition ».

D'un point de vue moraliste, il conviendrait d'affirmer que l'auteur de pratiques anticoncurrentielles devrait assumer les conséquences civiles de ses actes. De toute évidence, en cas d'action subséquente, la décision publique attestera de la faute. Le modèle français d'action de groupe démontre que le législateur ne souhaite pas aller dans le sens d'une exonération de responsabilité civile, dans la mesure où, au contraire, il fait de la décision publique une preuve irréfragable de la faute concurrentielle. La présomption faisant pencher le régime de l'action privée vers un régime de responsabilité sans faute[1009]. Il semble que l'impératif de protection du programme de clémence ne prévaut pas. L'auteur de pratiques anticoncurrentielles s'expose désormais réellement à l'action privée et à l'action de groupe subséquente en droit français[1010]. Le droit canadien suit le même schéma, même s'il choisit de considérer la condamnation publique seulement comme une preuve *prima facie* de faute. Dans ce contexte, ce sera aux autorités de concurrence de protéger leur programme de clémence et les auteurs de pratiques anticoncurrentielles en restreignant l'accès à cette preuve pour les victimes de ces pratiques.

Cette analyse de la faute et de ses causes d'exonération nous amène maintenant à traiter du lien de causalité, autre élément essentiel mais problématique de l'action privée concurrentielle.

§ 2 : L'ambiguïté du lien de causalité en matière de pratiques anticoncurrentielles : le cas des acheteurs indirects

Le lien de causalité fait partie des conditions fondamentales de l'exercice d'une action en responsabilité civile. L'action privée concurrentielle ne fait pas exception à la règle (I). À ce titre, la place des acheteurs indirects dans le contentieux de l'indemnisation en droit de la concurrence doit également être traitée (II).

1) Le lien de causalité dans l'action privée

96. Le point de vue de la Commission européenne - Le lien de causalité pose une

[1009] Comme l'avait relevé la Commission dans le *Livre vert, op. cit.*, note 17, option 11, p. 7.

[1010] Le terme est surtout utilisé pour parler du *public enforcement* mais force est de constater qu'avec l'introduction de l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles en France et, au Canada, avec le dynamisme naissant de l'article 36 L.c., le risque concurrentiel est bien réel en cas de *private enforcement* pour les entreprises, v. sur ce sujet, Cyril NOURISSAT (dir.), « Entreprise et risque concurrentiel, Réflexions croisées », RLC 2010/22, p. 109.

difficulté à la victime d'une pratique anticoncurrentielle. Les réflexions européennes ne le qualifient pas d'obstacle dirimant à l'action privée, mais elles démontrent une inquiétude fondée à son sujet. Particulièrement, la nature économique du contentieux et la présence d'une chaîne de distribution expliquent que le préjudice est souvent répercuté des acheteurs directs (traitant avec les auteurs d'infractions au droit de la concurrence) vers les acheteurs indirects. De plus, ce surcoût peut ne pas être répercuté en totalité. Comment alors distinguer le préjudice réellement subi du préjudice demandé à titre de réparation ? Le lien de causalité se trouve en arrière-plan de la question. Dans l'arrêt *Manfredi*[1011], la CJCE avait énoncé l'importance de ce lien de causalité entre l'entente prohibée et le préjudice[1012]. Le *Livre vert*[1013] a rappelé qu'il était « une condition préalable à toute demande d'indemnisation »[1014]. Dans le *Livre blanc*[1015], la Commission réitérait l'importance de « la preuve d'un lien de causalité suffisant avec l'infraction »[1016]. La *Proposition de directive sur l'action privée* ne se positionne pas sur la question, mais précise toutefois la nécessité de respecter le principe d'effectivité et d'équivalence[1017].

97. Importance du lien de causalité - Le moins que l'on puisse dire est que le lien de causalité est ténu en droit de la concurrence[1018]. À défaut de lien contractuel direct avec l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle, le lien de causalité se perd au fil des échanges commerciaux. D'ailleurs, la mise en œuvre de la responsabilité civile extracontractuelle en témoigne. Même lors d'un recours collectif au Canada en matière de concurrence, les juges civilistes de la province du Québec rappellent qu'au stade de l'autorisation, « il est essentiel [...] que le lien de causalité soit présent entre la faute et les dommages subis »[1019]. Cette position a toutefois été nuancée par la Cour suprême lorsqu'elle affirme que la norme de preuve applicable pour autoriser un recours collectif

---

[1011] *Op. cit.*, note 14
[1012] *Id.*, aux par. 17 et 61.
[1013] *Op. cit.*, note 17
[1014] *Id.*, p. 12.
[1015] *Op. cit.*, note 17.
[1016] *Id.*, p. 9.
[1017] *Proposition de directive sur l'action privée*, *op. cit.*, note 26, p. 32, csdrt n° 30 : la proposition signale que les règles sur la prévisibilité et l'éloignement du préjudice nuisent à la preuve du lien de causalité. Sur l'effectivité et l'équivalence, v. csdrt n° 10, p. 27 : « Cela signifie qu[e les règles nationales sur l'exercice du droit à réparation] ne peuvent pas être formulées ni appliquées de façon telle que l'exercice du droit à réparation garanti par le traité en deviendrait excessivement difficile ou pratiquement impossible, et qu'elles ne peuvent pas être formulées ni appliquées de manière moins favorable que celles applicables à des actions nationales analogues ».
[1018] *Avis du Conseil de la concurrence relatif à l'action de groupe*, *loc. cit.*, note 584.
[1019] *Option Consommateurs* c. *Infineon Technologies, a.g.*, 2008 CanLII 2781 (QC CS).

exige des requérants « de démontrer qu'il est possible de soutenir qu'un préjudice a été subi »[1020].

En France, l'action de groupe pose la même difficulté. Même si le législateur n'a pas choisi une procédure avec certification du groupe, la phase de déclaration de responsabilité suppose la démonstration d'un lien de causalité comme dans toute action en responsabilité civile[1021]. Si cela n'est pas clairement énoncé par l'article L. 423-1 du *code de la consommation*, le *Rapport Hammadi* rappelait que « [l]e juge statue également sur le lien de causalité entre [l]e manquement et les préjudices allégués »[1022].

Le lien de causalité n'est pas une étape dont peut se dispenser la victime d'une pratique anticoncurrentielle, qu'elle agisse seule ou de manière collective. La réponse à cette question du préjudice semble résider dans un jeu de présomption de la répercussion du surcoût. En effet, le lien de causalité ne pose problème que pour les acheteurs indirects dans la mesure où l'acheteur direct aura utilisé l'outil juridique indispensable à notre économie : le contrat. Par exemple, dans le cas du *cartelmobile* en France et du cartel de l'essence au Québec, le lien de causalité entre la pratique prohibée et le préjudice est démontré par le contrat d'adhésion au service téléphonique et par la facture d'achat de l'essence. Cependant, pour les acheteurs indirects, la preuve du lien de causalité reste complexe.

2) La recevabilité de l'action des acheteurs indirects : une question de causalité

Les acheteurs indirects ont-ils un droit d'action en réparation au même titre que les acheteurs directs ? Telle est la question qui se pose aux juges canadiens depuis la fin des

[1020] *Infineon Technologies a.g.* c. *Option consommateurs*, 2013 CSC 59, au par. 127.
[1021] L'amendement CE 159 de Monsieur Lionel Tardy soumis à la Commission des affaires économique de l'Assemblé nationale, et figurant dans le *Rapport Hammadi*, *op. cit.*, note 471, p. 757, proposait d'alléger la preuve du lien de causalité de la manière suivante : « Art. ....– À peine d'irrecevabilité de l'action, l'association doit rapporter la preuve :
1° de l'existence d'un groupe identifiable et significatif de consommateurs, personnes physiques, lésés par les pratiques d'un même professionnel ;
2° de l'existence de préjudices matériels ayant pour origine des situations de droit ou de fait identiques ou similaires ;
3° du caractère vraisemblable du lien de causalité entre les préjudices allégués et les pratiques énoncées à l'article L. 423-1. »
[1022] *Rapport Hammadi*, *op. cit.*, note 471, p. 59.

années 2000 alors que les contentieux collectifs fondés sur l'article 36 L.c. augmentent[1023]. La question est de savoir si l'on peut certifier un groupe d'acheteurs directs et indirects[1024]. La Cour suprême a répondu par l'affirmative[1025]. En France, la reconnaissance de l'action de groupe en droit de la concurrence posera la même question aux juges français chargés de définir le groupe au stade de la déclaration de responsabilité[1026].

Au-delà de la capacité à évaluer le préjudice de ces victimes, la question de leur droit d'action n'est-elle pas d'abord celle du lien de causalité entre leur préjudice parfois extrêmement minime et la pratique anticoncurrentielle ? Si le lien de causalité est étroit au point de se rompre, les acheteurs indirects n'auront pas de recours contre l'auteur de la pratique anticoncurrentielle. Pourtant, les acheteurs indirects doivent être considérés en droit civil comme des victimes par ricochet qui ont « un droit à réparation propre, distinct de celui des victimes premières »[1027].

98. La position de la Cour de cassation – En 2010, la Cour de cassation a eu l'occasion de poser une amorce de réponse à cette question dans une affaire consécutive au cartel de la Lysine. Il s'agit d'une « amorce » car l'introduction de l'action de groupe va certainement complexifier la solution dégagée à l'image de ce qui se passe au Canada[1028]. De plus, il s'agit d'un arrêt non publié au Bulletin[1029]. La Cour n'entend

[1023] W. Michael G. OSBORNE, « The Loss Stops Here : Should Indirect Purchasers Be Able To Sue For Price Fixing Losses ? », (2012) 25/1 *Revue canadienne du droit de la concurrence* 50.
[1024] Depuis, l'arrêt *Chadha* c. *Bayer Inc.*, (2003), 63 OR (3d) 22 (CA), les groupes constitués uniquement d'acheteurs indirects sont rejetés si les demandeurs n'indiquent pas une méthodologie pour prouver le dommage à l'échelle du groupe. Ainsi, pour contourner cette difficulté, les plaignants se regroupent dans un recours constitué d'acheteurs directs et indirects. Cela permet de contourner la nécessité de cette méthode en permettant une évaluation globale du surcoût et non pas de la répercussion. Cette question se règlera au sein du groupe lors de la répartition des dommages et intérêts.
[1025] Julie-Martine LORANGER, Elisa CLAVIER et Mylène LEMIEUX, « Commentaire sur l'arrêt Infineon Technologies AG c. Option consommateurs – Les acheteurs indirects peuvent exercer un recours collectif », dans *Repères*, Janvier 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014REP1471 ; Shaun FINN, « Chronique – Les conséquences de l'arrêt Infineon Technologies AG c. Options consommateurs sur la juridiction des autorités québécoises et l'autorisation des recours collectifs : un nouveau monde de possibilités infinies… ou non ? », dans *Repères*, Janvier 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014REP1476. Pour un commentaire complet avant les décisions de la Cour suprême candienne, v. Daniel BELLEAU et Violette LEBLANC, « Concurrence : mode d'emploi », dans *Recours collectifs*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2012, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2012DEV1838.
[1026] L. 423-3 c.conso.
[1027] D. FAQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 778.
[1028] *Infra*, au par. 91.

donc pas donner une publicité digne des grands arrêts de principe à cette décision. Les faits sont simples. Des entreprises se procurent un bien objet d'une entente. Ce bien est revendu à d'autres entreprises. Ces dernières réclament le recouvrement de la perte résultant de la surfacturation du fait de l'entente anticoncurrentielle. La Cour d'appel fait droit à leur demande. Cependant, elle ne vérifie pas que la réparation demandée ne crée pas un enrichissement sans cause. Elle aurait dû exiger la preuve par les demanderesses qu'elles n'avaient pas répercuté le surcoût. Au visa de l'article 1382 du *Code civil*, la Cour casse et annule l'arrêt. Il faut en conclure que les acheteurs indirects ont droit à une réparation à la condition de démontrer l'absence de répercussion du surcoût de l'entente. Dans le cas contraire, il y aurait un risque d'enrichissement sans cause. La charge de la preuve repose sur le demandeur à l'action. Cette décision permet de clarifier un jugement pour le moins surprenant du Tribunal de commerce de Nanterre de 2006.

99. De l'obligation de l'acheteur indirect de minimiser son dommage – La juridiction consulaire en cause[1030] nous proposait une lecture étrange de l'action en réparation des acheteurs indirects. L'affaire concernait le fameux cartel des vitamines. Une entreprise, acheteur indirect, demande réparation du surcoût qu'elle a subi en se procurant le produit objet du complot, arguant qu'elle n'a pas répercuté son surcoût. Le Tribunal de commerce de Nanterre lui répond que dans la mesure où elle pouvait répercuter la hausse sur les consommateurs sans craindre que ces derniers s'orientent vers des concurrents dans la mesure où, dans cette affaire, tous les vendeurs du produit en cause s'approvisionnaient sans exception auprès des membres du cartel[1031]. L'acheteur

---

[1029] Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15.816, non publié, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats concurrence consomm.*, n° 10, comm. 282 ; Yann UTZSCHNEIDER et Hugues PARMENTIER, « Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence : la Cour de cassation accepte le « *passing-on* », D. 2010.2781 ; Pascal WILHEM et Lila FERCHICHE, Rép. Jurisclasseur, v° Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Procédures judiciaires, fasc. 382, au par. 37.

[1030] T. com. Nanterre, 11 mai 2006, *SA Laboratoires Arkopharma* c/ *sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche* : Muriel CHAGNY, « Obligation pour la victime d'une entente de modérer le dommage », RLC 2007/10, p. 59.

[1031] En droit québécois, l'obligation de minimiser son dommage est prévue à l'article 1479 C.c.Q., v. Claude D'AOUST, « Minimisation des dommages : sources et application en cas de congédiement », (1991) *R.G.D.* 325-342 ; Anne MICHAUD, « Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract », (1989) 15 R.G.D. 293. Pour une opinion contestant l'origine civiliste du principe, v. Jacques V. MARCHESSEAULT, « *Quebec Law Does Not Seem to Impose Obligation to Mitigate* », (2006) 25(37) *The Lawyers Weekly* 1-3. La solution de la juridiction consulaire française confirme l'idée que l'obligation de minimiser son dommage peut s'analyse d'un point de vue économique comme étant la solution la plus économiquement efficiente pour la victime. Il apparaît clairement que l'analyse du Tribunal se justifie par cette idée quand il relève que l'entreprise n'avait pas à craindre une perte de clientèle dans la mesure où le consommateur ne pouvait s'orienter vers un concurrent moins chère

indirect n'avait dans ce cas aucune crainte à avoir de perdre sa clientèle. Il aurait dû minimiser son préjudice en répercutant le surcoût. N'y a-t-il pas un paradoxe à inciter à la répercussion des surcoûts quand la Commission européenne constate que les acheteurs indirects sont les moins à même d'obtenir réparation et que la même année la CJCE rendait l'arrêt *Manfredi* ? Ainsi, la solution de la Cour de cassation est raisonnable. Il ne faut pas inciter à la répercussion des surcoûts mais vérifier qu'en cas de demande de réparation d'un acheteur indirect, la preuve de l'absence de répercussion soit faite pour éviter l'enrichissement sans cause. Reste à savoir comment les juges français réagiront face à une action de groupe d'acheteurs indirects.

100. Acheteurs indirects et lien de causalité au Canada – Plusieurs recours ont été introduits au Canada sous la forme collective pour obtenir l'indemnisation des acheteurs directs et indirects. Il y a eu des recours en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec. Chaque juridiction a réagi différemment face à cette question. En Colombie-Britannique, les affaires *Sun-Rype*[1032] et *Microsoft*[1033] ont fait l'objet de jugements défavorables aux acheteurs indirects. L'affaire *Irving Paper*[1034] a donné l'occasion à l'Ontario de se positionner pour l'action des acheteurs indirects. Au Québec, c'est également la position adoptée dans l'affaire *Infineon Technologies*[1035]. Cependant, au Québec, en 2008, dans la même affaire, le juge Richard Mongeau, de la Cour supérieure, avait rejeté la demande d'autorisation. Le juge affirmait que « [l]e lien de causalité est […] un élément essentiel à considérer » au stade de l'autorisation du

---

puisque tous s'approvisionnaient auprès du cartel des vitamines. V. sur cette analyse économique de l'obligation de minimiser son dommage, notre article, Benjamin LEHAIRE, « Analyse tridimensionnelle de l'obligation de minimiser son dommage en droit civil québécois », dans *Repères*, Février 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014REP1478.

[1032] *Sun-Rype Products Ltd.* c. *Archer Daniels Midland Company*, 2011 CBCA 187, (ci-après *Sun-Rype*). V. obs. Karounga DIAWARA, « La Cour d'appel de la Colombie-Britannique refuse de certifier un recours collectif des acheteurs indirects (*Sun-Rype Products Ltd*. v. *Archer Daniels Midland Company* - *Pro Sys Consultants Ltd.* v. *Microsoft Corporation*) », *Concurrences* 2012/4, p. 193 ; Jean-Marc LECLERC et David STERNS, « The Case For Permitting Indirect Purchaser Claims In Canada : A Critical Analysis Of *Pro-Sys Consultants And Sun-Rype* », (2012) 25/1 *Revue canadienne du droit de la concurrence* 96.

[1033] *Pro-Sys Consultants Ltd*. c. *Microsoft Corporation*, 2011 CBCA 186, (ci-après *Microsoft*).

[1034] *Irving Paper Ltd.* c. *Atofina Chemicals Inc*., [2009] O.J. No. 4021 (Ont. S.C.J.), (ci-après *Irving Paper*)

[1035] *Option Consommateurs* c. *Infineon Technologies a.g*., 2011 QCCA 2116, obs. Karounga DIAWARA, « La Cour d'appel du Québec autorise le recours collectif des acheteurs indirects victimes d'un cartel (*Option Consommateurs* c. *Infineon Technologies*) », *Concurrences* 2012/4, p. 191 ; Christopher NAUDIE, Sylvain LUSSIER Ad. E. et Geoffrey GROVE, « La mise augmente en ce qui a trait aux recours collectifs antitrust au Canada : la Cour d'appel du Québec autorise les recours collectifs relatifs aux puces DRAM », 17 novembre 2011, Osler (avocats), [en ligne] : < http://www.osler.com/NewsResources/Details.aspx?id=3976&langtype=3084>.

recours[1036]. Il poursuit : « [D]ans notre droit, lorsqu'un recours en responsabilité civile est institué, il est essentiel, même au stade de l'autorisation, que le lien causalité soit présent entre la faute et les dommages subis »[1037]. Toutefois, « [i]l serait injuste d'exiger que chaque acheteur direct ou indirect fasse la démonstration de la faute, du dommage et du lien de causalité »[1038] au stade de la certification. Mais « [c]e n'est pas en [se] référant à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* [sur les complots] sans alléguer des éléments spécifiques que la requérante peut démontrer *prima facie* un comportement fautif, un préjudice et un lien de causalité entre ces éléments »[1039]. En conséquence, « [i]l y a une lacune évidente et déterminante dans la requête en autorisation. Le lien de causalité est en quelque sorte laissé à l'imagination et non pas allégué d'une façon satisfaisante. C'est une hypothèse qui ne s'appuie sur aucun fait »[1040]. Le juge Mongeau décide alors de rejeter la demande d'autorisation. Nonobstant les autres arguments du jugement, le caractère hypothétique du lien de causalité était déterminant dans l'analyse de la Cour supérieure. Même si la Cour d'appel[1041] a infirmé le jugement et que la Cour suprême a validé l'action des acheteurs indirects au Québec dans le cadre du recours collectif, considérant que le lien de causalité était suffisant, nous pensons qu'il le sera tout autant en France quand les juges devront définir les groupes de victimes.

Un amendement avait été proposé lors des réflexions sur l'action de groupe en ce sens. Il concernait le lien de causalité et exigeait de l'association qu'elle démontre un lien de causalité « vraisemblable »[1042]. Cet amendement a été rejeté à tort, selon nous, car la vraisemblance n'est pas la certitude. Or en l'absence d'une telle précision, le juge cherchera la certitude du lien de causalité comme dans toute action en responsabilité extracontractuelle. Il rejettera alors probablement l'action des acheteurs indirects en

[1036] *Id.*, au par. 39.
[1037] *Id.*, au par. 47.
[1038] *Id.*, au par. 144.
[1039] *Id.*, au par. 175.
[1040] *Id.*, au par. 179.
[1041] Éric C. LEFBVRE et Vincent ROCHETTE, « Les droits des acheteurs indirects dans les recours collectifs – La Cour d'appel du Québec se démarque », Norton Rose Fulbrigth (avocats), novembre 2011, [en ligne] : < http://www.nortonrosefulbright.com/centre-du-savoir/publications/59560/les-droits-des-acheteurs-indirects-dans-les-recours-collectifs-la-cour-dappel-du-quebec-se-demarque> : « L[a] Cour est également venue à la conclusion que les allégations se rapportant au lien de causalité étaient suffisantes compte tenu de la nature de la réclamation et de la structure du groupe. Bien que les motifs de la Cour sur ce point soient plutôt vagues, celle-ci semble avoir conclu que l'existence d'un cartel, jumelée à sa conclusion quant à la récupération possible des pertes qui pourraient avoir été refilées aux acheteurs indirects, permet d'établir une preuve *prima facie* de causalité ».
[1042] *Supra*, note 1021. Le critère n'est pas très éloigné du droit québécois qui exige en matière de recours collectifs la démonstration au stade de l'autorisation d'une apparence de droit, v. art. 1033, b) C.p.c.Q.

raison de la difficulté à établir un lien de causalité. De plus, contrairement au jugement d'autorisation au Québec où seule l'apparence de droit est requise à ce stade[1043], la phase de déclaration de responsabilité en France est un procès au fond. L'intérêt du recours collectif québécois est que l'autorisation d'exercer le recours ne débouchera pas nécessairement sur un jugement au fond en raison d'un règlement hors tribunal qui pourra intervenir[1044]. Le jugement en autorisation constitue alors un instrument de pression pour obtenir un accord amiable. Or l'action de groupe française exigeant un procès au fond avec la preuve du lien de causalité ruine tout espoir d'un règlement amiable pour les acheteurs indirects. Elle suppose un examen de l'affaire au fond alors que le modèle canadien l'exclut au stade de la certification[1045]. *En matière d'action privée, la menace de procès est tout aussi utile que le procès lui-même* ; « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » nous disait Balzac[1046]. En supprimant cette menace probable de procès, le législateur français a privé la victime d'un moyen de pression important. Dans ce cas, nul n'était besoin d'envisager un jeu de présomption pour inverser la charge de la preuve de la répercussion du surcoût sur les acheteurs indirects pour contourner la démonstration du lien de causalité.

101. La présomption européenne de répercussion des surcoûts – La Commission européenne a imaginé une solution qui supprime à la fois la question du lien de causalité et celle de la preuve du préjudice. Elle propose de présumer la répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect, à charge pour l'acheteur direct de prouver le contraire. D'abord, la Commission avait affirmé qu'elle entendait que les acheteurs indirects ou finals aient le droit d'obtenir réparation. Elle proposait comme solution d'établir un jeu de présomption[1047]. La *Proposition de directive sur l'action privée* prévoit que le défendeur doit prouver la répercussion du surcoût s'il l'invoque comme moyen de

[1043] Critère rappelé par exemple dans une affaire en droit de l'environnement, v. *Charles Carrier c. Procureur général du Québec*, 2011 QCCA 1231.
[1044] L'affaire *Infineon Technologies* s'est soldée par une transaction en 2012, v. *Option Consommateurs* c. *Infineon Technologies, a.g.*, 2012 QCCS 3506 (CanLII).
[1045] *Pros-Sys Consultants Ltd.* c. *Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, au par. 105 : « (…) l'approche candienne à l'étape de la certification ne permet pas d'apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations »
[1046] Honoré DE BALZAC, *Illusions perdues*, Tome 1er, Paris, Calman Lévy éditeurs, 1884, p. 347.
[1047] *Manfredi*, *op. cit.*, note 14, au par. 17 : « Or, tout tiers, dont le consommateur et l'utilisateur final d'un service, pourrait estimer avoir le droit de faire valoir la nullité d'une entente interdite par l'article 81 CE et de demander une indemnisation du préjudice subi s'il existe un lien de causalité entre celui-ci et l'entente prohibée ». Au par. 61, la Cour vise « toute personne ». V. aussi, *Livre blanc*, *op. cit.*, note 17 au par. 2.6.

défense[1048] (le fameux « *passing-on defense* »)[1049]. Ensuite, pour les acheteurs suivants, le défendeur ne pourra plus invoquer ce moyen de défense car ils « sont dans l'impossibilité juridique de demander réparation de leur préjudice »[1050]. Cependant, les acheteurs indirects doivent prouver la répercussion[1051]. La proposition de directive n'exige alors pas la démonstration complexe du lien de causalité mais la preuve, soit de la pratique anticoncurrentielle[1052], soit de la répercussion du surcoût par l'acheteur direct du défendeur[1053], soit « qu'il a acheté les biens ou services concernés par l'infraction, ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant »[1054]. En réalité, tous ces éléments font présumer la répercussion du surcoût et donc le lien de causalité.

102. Synthèse des solutions – En conclusion, il existe deux solutions pour relativiser le problème du lien de causalité : la solution canadienne consiste en une phase d'autorisation du recours collectif, moins exigeante dans la démonstration du lien de causalité : il s'agit de *l'option de la vraisemblance du lien de causalité*, elle ne fonctionne qu'en cas de recours collectif ; la solution européenne consiste à établir un jeu de présomption de la répercussion sur l'acheteur indirect, par exemple s'il démontre simplement une infraction au droit des pratiques anticoncurrentielles : il s'agit de *l'option de la présomption du lien de causalité*. Elle s'affranchie du recours collectif. La solution canadienne ne résout pas le problème au fond et instrumentalise la phase d'autorisation du recours collectif pour éviter d'avoir à s'interroger plus avant sur la question du lien de causalité. De plus, elle ne résout pas la question en cas d'action individuelle. La Cour suprême du Canada a ainsi refusé de suivre le modèle américain[1055] qui exclut le recours des acheteurs indirects. Rappelons pour conclure

[1048] Art. 12.1.
[1049] Le « *passing-on* » peut être soit un moyen de défense, c'est-à-dire que le défendeur conteste la réclamation du demandeur en affirmant qu'il a lui même répercuté le surcoût. Il aurait ainsi compensé sa perte par lui-même. Mais le « *passing-on* » peut aussi être une cause d'action. En présumant la répercussion du surcoût, la victime indirecte aurait un droit d'action. La Cour suprême canadienne a déjà rejeté le « *passing-on* » comme moyen de défense dans deux décisions : *Colombie-Britannique* c. *Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 CSC 74 [connue sous le nom *Canfor*] et *Kingstreet Investments* c. *Nouveau-Brunswick (Département des finances)*, 2007 SCC 1 [connue sous le nom *Kingstreet*]. La Cour suprême dans sa trilogie sur les acheteurs indirects en octobre 2013 a confirmé cette analyse.
[1050] Art. 12.2.
[1051] Art. 13.1.
[1052] Art. 13.2.a.
[1053] Art. 13.2.b.
[1054] Art. 13.2.c.
[1055] V. les fameuses jurisprudences rendues en droit fédéral américain, *Hanover Shoe, Inc*. v. *United Shoe Machinery*, 392 U.S. 481 (1968) et *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), [ci-après *Illinois*

définitivement ce paragraphe, que l'article 36 L.c. ouvre l'action privée à « toute personne » ayant subi une perte ou un dommage tout comme l'arrêt *Manfredi*. Par conséquent, la solution canadienne est conforme à l'esprit du droit fédéral. Enfin, de toute évidence, le choix français risque quant à lui de paralyser l'action de groupe au stade du jugement en responsabilité.

La question des acheteurs indirects refait surface lors de l'évaluation du préjudice. La volatilité du préjudice concurrentiel empêche son appréhension exacte par les juges. La difficulté se présente principalement pour les acheteurs indirects pour qui le préjudice se répercute le long de la chaîne de distribution comme un écho. Comme tout écho, il finit par s'estomper pour devenir imperceptible. Pour autant, le préjudice est bien là, volatilisé sur le marché.

Section II – La volatilité du préjudice concurrentiel réparable

La volatilité du préjudice concurrentiel réparable impose de trouver des solutions pour l'identifier. En cernant les contours du préjudice concurrentiel (§1), il sera alors plus aisé de l'appréhender. Une solution déjà évoquée consiste à réunir les demandes en indemnisation par le biais des recours collectifs. Ainsi, la volatilité du préjudice se réduit et on peut espérer appréhender sa totalité en regroupant les demandes. Il s'agit d'un point de départ pour l'évaluation de ce dernier. Nous proposons en plus une

---

Brick]. Elles excluent le recours des acheteurs indirects. Pour une doctrine en faveur de cette décision, v. William M. LANDES et Richard A. POSNER, « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of "Illinois Brick" (1979) », 46 *U. Chi. L. Rev.* 602. Pour une doctrine contre la décision *Illinois Brick*, v. Robert G. HARRIS et Lawrence A. SULLIVAN, « Passing On the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev*. 269 et la réponse de William M. LANDES et Richard A. POSNER, « The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan » (1980) 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274. Également contre cette décision, Gregory J. WERDEN et Marius SCHWARTZ, « Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis» (1984), 35 *Hastings L.J.* 629 ; Kevin J. O'CONNOR, « Is the Illinois Brick Wall Crumbling»? (2001), 15/3 *Antitrust* 34 ; Adam THIMMESCH, « Beyond Treble Damages : Hanover Shoe and Direct Purchaser Suits After Comes v. Microsoft Corp. » (2005), 90 Iowa L. Rev. 1649, p. 1668 et n. 127. Pour une remise en cause plus récente de la décision *Illinois Brick*, v. Andrew I. GAVIL, « Thinking Outside the Illinois Brick Box : A proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L. J*. 167 ; J. Maria GLOVER, «The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev*. 1137. Les auteurs américains reprochent à la décison *Illinois Brick* de ne pas être en faveur de l'indemnisation des victimes. Elle part du postulat que les acheteurs directs agiront. Seulement, cette position ignore la situation de dépendances des acheteurs directs vis-à-vis de leurs fournisseurs. La crainte de représailles nuit à l'efficacité de l'action privée des acheteurs directs. Dès lors, aucun bénéfice ne peut être tiré par les acheteurs indirects de l'action des acheteurs directs.

évaluation forfaitaire, sur le modèle québécois, afin de diminuer le fardeau de la preuve du préjudice pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles (§2).

§1 : L'identification d'un préjudice concurrentiel réparable

Le critère de la réparation intégrale pose une exigence qui a pour résultat une sous-évaluation du préjudice et non une surévaluation afin d'éviter l'enrichissement sans cause[1056]. Il s'agit d'un constat que nous posons pour la France même si la victime canadienne se confronte aussi à une évaluation aléatoire de son préjudice[1057]. Pour y remédier nous proposons une évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel. Pour la justifier, il faut créer une typologie du préjudice concurrentiel afin de distinguer celui qui nécessite une évaluation forfaitaire, favorable à l'acheteur indirect, de celui qui nécessite la preuve traditionnelle du *quantum* du préjudice. Il s'agit pour se faire de commencer par distinguer le préjudice concurrentiel et le dommage concurrentiel dans un souci de rationalité (1) pour ensuite proposer de définir deux types de préjudices dans le cadre de l'action privée : le *préjudice concurrentiel de consommation* et le *préjudice concurrentiel d'affaire* (2).

1) La distinction entre le préjudice concurrentiel et le dommage concurrentiel

103. Explication de la distinction – La distinction terminologique entre le préjudice et le dommage en droit civil peut paraître superfétatoire en raison de son utilisation indifférenciée par les auteurs[1058]. Pourtant, elle est indispensable à la rationalité d'un

[1056] Pour cette raison, certains auteurs pensent que la peine privée n'entraîne pas nécessairement un enrichissement sans cause pour la victime, car, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles, le préjudice exactement subi peut être difficile à évaluer, v. : Alexis JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, Thèse, Paris, LGDJ, 2005, au par. 282. V. aussi sur la question particulière de l'enrichissement sans cause dans l'action *de in rem verso* en droit français, Jean-Luc AUBERT, « Quelques remarques sur la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause », dans *Études offertes à Jacques DUPICHOT, Liber amicorum*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

[1057] Au Canada, la démonstration d'un préjudice est aussi un élément essentiel de la responsabilité civile fondée sur l'article 36 de la L.c., v. *Price* c. *Panasonic Canada Inc.*, [2002] O.J. 2362 (O.S.C.) ; S. CÔTÉ et D. TOURNIER, *op. cit.*, note 167, p. 21.

[1058] A. GUÉGAN-LÉCUYER, *op. cit.*, note 274, p. 69, à la note 279. Par exemple, pour une distinction, Philippe LETOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz action, 2010-2011, p. 365, au par. 1304. Au Québec, v. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 310, p. 315, au par. 1-312 : *Terminologie – Préjudice*. Les auteurs s'arrêtent sur cette distinction en précisant que le dommage est l'atteinte portée aux droits d'autrui et la compensation pécuniaire, c'est-à-dire les dommages et intérêts. V. aussi, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éd.

choix terminologique[1059]. Lorsque l'on évoque le préjudice concurrentiel, nous n'entendons pas le dommage concurrentiel. Le dommage concurrentiel permet de mesurer « l'effet perturbateur d'une pratique sur le processus concurrentiel sur un marché »[1060]. En revanche, le préjudice concurrentiel « apparaît comme l'effet ou la suite du dommage sur l'économie du marché en général et sur les agents économiques victimes » qui peuvent être des concurrents ou des consommateurs[1061]. Le préjudice est « une notion subjective appréciée en fonction d'une personne déterminée (…) »[1062]. En revanche, le dommage est « une condition objective du préjudice »[1063]. Par conséquent, la victime dans l'action privée concurrentielle doit prouver un préjudice et non un dommage en tant que conséquence subjective du dommage à l'économie[1064]. Nous pouvons donc parler de préjudice concurrentiel des victimes de pratiques anticoncurrentielles du fait que ces pratiques créent des dommages sur le marché.

La distinction n'est pas inutile. Il n'y a pas de responsabilité civile sans un préjudice de la victime. Il s'agit d'une condition déterminante de l'action en réparation. Cependant, un dommage peut exister sans préjudice, comme en droit français en matière d'atteinte à la vie privée[1065]. La victime peut obtenir une réparation sans prouver un préjudice. Le dommage est alors la source de la réparation, elle intervient pour marquer la réprobation de la société envers le comportement en cause. Le domaine de la vie privée en témoigne mais, pour traiter d'un thème plus proche de la concurrence, la concurrence déloyale en est le révélateur :

Yvon Blais, 2003, p. 116 ; Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, Cowansville, Éd. Yvon blais, 2009, p. 4 : l'auteur fait remarquer que le droit québécois a fini par adopter le terme de « préjudice » et rajoute qu' « on peut déplorer cette perte de sens original du mot dommage ; on peut aussi y voir un salutaire coup de barre permettant de départager clairement les deux temps de la responsabilité civile, soit l'engagement de la responsabilité et la détermination des conséquences.

[1059] *Id.*, p. 74, au par. 62.

[1060] N. DORANDEU, *op. cit.*, note 274, p. 137, au par. 203.

[1061] Id.

[1062] A. GUÉGAN-LÉCUYER, *op. cit.*, note 274, p. 72.

[1063] *Id*.

[1064] Pour reprendre les termes de l'art. L. 464-2, I, al. 3 c.com. : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction » [Nous soulignons]. V. sur le sujet, Guy CANIVET et Louis VOGEL, « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », RJDA 1993, chron., p. 599.
En droit canadien, le critère n'apparaît pas comme tel. Dans la mesure où la sanction est pénale, le standard pour évaluer la peine est fixé par le *Code criminel*. Par conséquent, il n'y a pas de référence explicite à un éventuel dommage sur le marché en tant que critère propre au droit de la concurrence, v. *Maxzone*, *op. cit.*, note 876.

[1065] Philippe BRUN, « Personnes et préjudices », (2003) 3 *R.G.D.* 187.

> « (…) [I]l arrive que le dommage soit présumé, en raison des difficultés que susciterait sa preuve directe. L'exemple le plus typique en est la concurrence déloyale ou illicite, la perte de clientèle étant le plus souvent impossible à établir. (…) En revanche, la même tendance ne se manifeste pas dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles où la place de l'action en responsabilité reste actuellement marginale »[1066].

L'absence d'usage par les tribunaux de cette logique en droit des pratiques anticoncurrentielles n'interdit pas de la proposer pour militer en faveur d'un alignement de la pratique judiciaire française dans les actions en réparation du dommage résultant d'une entente ou d'un abus de position dominante sur la concurrence déloyale. Au Québec, un courant jurisprudentiel majoritaire s'oppose, même en matière de concurrence déloyale, à cette lecture[1067]. Il serait pourtant favorable à la victime de changer de position à ce sujet pour les raisons qui suivent.

104. Intérêt de la distinction en droit de la concurrence – Cette distinction entre dommage et préjudice explique la dichotomie entre l'action publique et l'action privée. Schématiquement, l'action publique corrige le dommage concurrentiel et l'action privée corrige le préjudice concurrentiel[1068], entendu comme la conséquence micro-économique de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique commerciale sur le marché. L'explication de la frilosité des juges à l'égard de l'indemnisation du dommage par la présomption de ce dommage tient au caractère étatique de la régulation de la concurrence en France et au Canada. Dans ces deux pays, contrairement aux États-Unis où le champ de la régulation est libre pour laisser les victimes agir, le terrain est déjà occupé par les autorités de concurrence. En théorie, les victimes ne peuvent pas agir en réparation du dommage concurrentiel car cette fonction est déjà remplie par les autorités de concurrence. La distinction entre le dommage et le préjudice en droit de la concurrence explique la réticence des juges à voir le préjudice s'inférer de la faute en droit des pratiques anticoncurrentielles, car, dans ce cas, l'action se fonde sur le dommage plus que sur le préjudice, comme en cas de concurrence déloyale, domaine

---

[1066] Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2006, p. 3. Pour de la jurisprudence, v. notamment, Com. 9 octobre 2001, *Contrats concurrence consomm.* 2002, n° 6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD Civ*. 2002. 304, obs. P. JOURDAIN. Cass. com. 25 janv. 2000 (n° 97-19957) ; Cass. com. 25 févr. 2003 (pourvoi n° 00-19707) ; Cass. com. 3 juin 2003 (pourvoi n° 01-15145).

[1067] Pour le courant jurisprudentiel minoritaire, v. notamment, v. *Pinard* c. *Coderre*, [1953] B.R. 99 ; *Hébert & fils* c. *Désautels*, [1971] C.A. 285. Pour la jurisprudence majoritaire refusant cet assouplissement, v. *Pabst Brewing Co.* c. *Ekers et al*., (1901) 21 C.S. 545 ; *Sarrazin* c. *Duquette*, (1935) 41 R. de J. 365 (C.S.) ; *Giguère Automobile Ltée* c. *Universal Auto Ltd*, (1941) 70 B.R. 166 ; *Héroux* c. *Poliquin*, [1974] C.S. 563 ; *T.V. Guide Ltd* c. *Telesol Inc. et al*., [1979] C.S. 311 ; *Banquet & Catering Suplies Rental Ltd* c. *Bench & Table Rental World Inc*., (1981) 52 C.P.R. (2d) 71 (C.S.).

[1068] N. DORANDEU, *op. cit.*, note 274, p. 138.

inoccupé par le pouvoir étatique. Ce serait admettre que les victimes corrigent le dommage à l'économie par la réparation d'un préjudice subjectif, empiétant ainsi sur la compétence des autorités de concurrence.

2) Le préjudice concurrentiel de consommation et le préjudice concurrentiel d'affaire

105. Définition – Par ailleurs, l'avantage de la distinction est qu'elle permet de réparer les préjudices, même minimes[1069]. Nous souhaitons dès lors aller au bout du raisonnement en raffinant le qualificatif de « préjudice concurrentiel ». Nous proposons de distinguer le préjudice concurrentiel de « consommation » du préjudice concurrentiel « d'affaire ». Le *préjudice concurrentiel de consommation* est celui subi par l'acheteur d'un bien et l'utilisateur d'un service disponible massivement et qui a fait l'objet d'une pratique anticoncurrentielle[1070]. Il revêt un caractère collectif puisqu'il englobe une multitude de victimes. Le *préjudice concurrentiel d'affaire* résulte quant à lui des opérations de toute nature liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière en lien avec des pratiques anticoncurrentielles[1071]. Par exemple, il n'est pas commun qu'un consommateur se procure un serveur informatique pour son usage personnel ou une machine agricole. Au contraire, des entreprises peuvent acheter ces biens, notamment par le biais de coopératives dans le domaine agricole. Mais une entreprise peut se procurer des biens de consommation répandus comme des fournitures de bureau, tout comme un consommateur. Or dans la mesure où les pratiques anticoncurrentielles concernent les biens ou les services sans distinction de l'acheteur, le premier bénéfice de cette distinction entre préjudice concurrentiel de consommation et préjudice concurrentiel d'affaire est d'ignorer la qualité de l'acheteur pour se concentrer sur le type de préjudice, excluant au passage la nécessité d'une définition du consommateur au sens du droit de la consommation. L'entreprise victime, comme la

[1069] Sophie MORIN, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. 204. En se focalisant sur le dommage, le juge prend en compte ce dernier, il découle de la faute et se présume facilement. Le préjudice peut alors être minime. La référence au dommage évite de tenir compte de l'effet subjectif du dommage, si minime soit-il. Par exemple, un excès de vitesse par un automobiliste n'emporte pas nécessairement de préjudice. Il faudrait un accident pour générer un préjudice matériel et physique. En l'absence d'accident, le comportement ne mérite t-il tout de même pas la réprobation sociale ? Le droit pénal français qui sanctionne la mise en danger de la vie d'autrui atteste cette hypothèse. Un dommage à la sécurité du public a bien été commis. Pour cette raison, un excès vitesse est sanctionné par la police, même en l'absence d'accident.

[1070] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 245-246 à l'entrée « consommation », le mot renvoie à l'ensemble des opérations économiques et juridiques tendant à l'utilisation des biens de consommation.

[1071] *Id.*, à l'entrée « affaire », p. 40, *b)*.

PME, peut alors supporter un préjudice de consommation comme le consommateur personne physique.

106. Utilité de la distinction – La première utilité de la distinction est qu'elle justifie l'ouverture de l'action de groupe aux PME en France[1072] et permet de comprendre l'existence de cette solution en droit québécois[1073]. Elle explique aussi le besoin dans l'action privée d'un mode de règlement collectif des litiges qui a conduit la France à admettre l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles.

La seconde utilité de la distinction est qu'elle permet l'évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel de consommation en raison de son caractère minime et diffus pour palier le risque de déni de justice, emportant ainsi une solution juridique au problème de l'évaluation du préjudice des acheteurs indirects. La somme forfaitaire allouée au groupe n'exige plus de distinguer avec exactitude au stade l'action en réparation (que ce soit lors du jugement d'autorisation en droit québécois ou lors du jugement sur la responsabilité du professionnel dans l'action de groupe française) le préjudice exactement subi par chacun. Ce n'est que lors de la liquidation de la créance indemnitaire que la différence pourra se faire ou non selon que l'on choisit d'attribuer le produit d'une division de la créance en autant de demandeurs ou de procéder à une indemnisation individualisée. L'avantage est de ne pas compliquer la tâche du juge et de permettre à la justice d'être rendue. Le préjudice concurrentiel de consommation peut en effet être présumé en tant que résultat subjectif du dommage concurrentiel que l'autorité de concurrence ne peut appréhender[1074] et en raison de la difficulté de son évaluation. En revanche, le préjudice concurrentiel d'affaire, en l'absence de conception collective du préjudice dans cette notion, devra être prouvé sans présomption. Par exemple, une entreprise victime d'un abus de position dominante prenant la forme d'un déréférencement de produit ou d'une clause d'exclusivité subit un préjudice concurrentiel d'affaire qui ne prend pas de forme collective et ne nécessite ni la réunion d'un groupe de victime, ni une présomption de préjudice car il a un aspect *intuitu personae* et contractuel qui rend sa démonstration plus probable. Ainsi, la victime peut

[1072] L'action de groupe française est réservée aux seuls consommateurs par l'entremise de leurs associations, v. art. L. 423-1 c.conso.
[1073] Rappelons que l'art. 999 C.p.c.Q. prévoit qu'une entreprise de 50 salariés maximum peut être membre d'un recours collectif.
[1074] Sur la compétence des autorités de concurrence pour prononcer des dommages et intérêts, v. *supra* p. 137 et s.

prouver son préjudice concurrentiel d'affaire, ce que ne peut pas faire le consommateur ou l'entreprise, acheteur direct ou indirect, victime d'un préjudice concurrentiel de consommation. En raison de cette difficulté, ils ont droit à une évaluation forfaitaire de leur préjudice.

§2 : L'évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel de consommation

107. Méthodes économiques *vs.* Solutions juridiques - Nous plaidons pour une solution juridique au problème de l'évaluation du préjudice concurrentiel de consommation. En effet, en cas d'action privée, l'évaluation exacte du préjudice, pour respecter le principe de réparation intégrale nécessite le recours à des experts. Une expertise a un coût et sa complexité risque d'engendrer des débats d'experts. En droit civil, les juges peuvent poser des critères pour évaluer le préjudice. Cependant, en France, le risque est d'encourir la cassation si la méthode exposée est trop transparente[1075]. Au Canada, les juges québécois en ont aussi fait les frais. La Cour suprême a rappelé la nécessité de prouver tout préjudice et d'établir des critères pertinents pour son évaluation[1076].

La Commission européenne, en proposant un document de travail à destination des juges pour l'évaluation du préjudice résultant des pratiques anticoncurrentielles, a suivi cette logique de transparence[1077]. L'effort est salutaire au regard de la complexité de l'entreprise. Ces documents européens présentent néanmoins des limites[1078]. Ils n'ont aucune force obligatoire et ils proposent des méthodes techniques pour évaluer les préjudices résultant d'une violation des articles 101 et 102 du TFUE[1079]. Aussi, ce

[1075] Maurice NUSSENBAUM, « La réparation du préjudice économique », dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009, p. 282.
[1076] *Augustus* c. *Gosset*, [1996] 3 RCS 268, au sujet de l'évaluation des dommages moraux suite à un décès.
[1077] COMMISSION UE, *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 traité sur le fonctionnement de l'union européenne*, Bruxelles, 2013, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf>, (ci-après le *Guide pratique sur la quantification du préjudice*) ; COMMISSION UE, *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*, C 167/19, du 13.6.2013 (ci-après la *Communication sur la quantification du préjudice*).
[1078] Elles sont exprimées au pt. 16 de la Communication sur la quantification du préjudice.
[1079] *Id.*, au pt. 13 : « En particulier, le guide pratique ne doit pas être considéré comme visant à accroître ou à réduire le standard de preuve ou le niveau de détail exigé par l'ordre juridique interne des États membres en ce qui concerne la présentation des éléments de fait par les parties, ni comme ayant une

document cache mal la complexité de l'évaluation du préjudice concurrentiel[1080]. Au mieux, il offre une grille d'analyse pour les juges. Enfin, il semble que ces documents se destinent à l'évaluation du préjudice concurrentiel d'affaire. En effet, le *Guide pratique sur la quantification du préjudice* traite de l'évaluation des préjudices qui peuvent être prouvés sans trop de difficulté. Le guide affirme qu'une distinction doit être faite entre les types de préjudice pour retenir une méthode plutôt qu'une autre[1081]. Il faut sans doute privilégier une méthode économique pour évaluer le préjudice concurrentiel d'affaire. De nature individuelle et directe, son évaluation peut se satisfaire des méthodes proposées. Au Canada, il serait tout à fait envisageable et souhaitable que le Bureau de la concurrence suive l'exemple européen pour établir un tel guide. Cependant, il existe un risque. En rationnalisant l'évaluation des dommages et intérêts par un processus transparent au nom de la sécurité juridique[1082], on optimise le calcul coût/avantage des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ils peuvent plus facilement évaluer l'opportunité de contrevenir au droit de la concurrence[1083]. L'effet dissuasif de la responsabilité civile peut y perdre[1084]. De plus, le risque des méthodes économiques est de ne pas réparer l'entier préjudice. La frilosité des juges laisse à craindre une sous-évaluation. Par conséquent, une voie juridique peut constituer une solution en deux options complémentaires d'origine civiliste qui correspondent au profil du préjudice concurrentiel de consommation. La première concerne la preuve du préjudice, il s'agit de la solution française consistant à inférer le préjudice de la faute (1). La seconde concerne l'évaluation du préjudice, il s'agit de la solution québécoise de

---

incidence sur les règles et pratiques applicables dans les États membres en matière de charge de la preuve ».

[1080] Mattia MELLONI, « La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur les infractions aux articles 101 ou 102 TFUE », RLDA 2013/85, p. 141.

[1081] *Op. cit.*, note 1077, au pt. 15 : « Le type de préjudice dont le demandeur cherche à obtenir la réparation détermine la nature des variables économiques à prendre en considération (notamment les prix, le volume des ventes, les bénéfices, les coûts ou les parts de marché). À titre d'exemple, dans le cas d'une entente ayant pour effet une majoration des prix payés par les clients des membres de l'entente, il conviendra d'estimer le prix qui aurait été pratiqué en l'absence d'infraction pour disposer d'un point de référence auquel comparer le prix effectivement payé par ces clients. Dans un cas d'abus de position dominante entraînant l'éviction de concurrents du marché, les bénéfices non réalisés par ces concurrents peuvent être mesurés en comparant leur chiffre d'affaires et leurs marges bénéficiaires réels avec le chiffre d'affaires et les marges bénéficiaires qu'ils auraient vraisemblablement générés si l'infraction n'avait pas été commise ».

[1082] *Communication sur la quantification du préjudice*, *op. cit.*, note 1077, au pt. 11.

[1083] Eric BAZIN, « De la nature des préjudices indemnisables en présence d'une action civile exercée par une association de consommateurs », sous cass. crim., 3 mai 2006, n° 05-85715, RLDA 2006/9, p. 341. Pour une confirmation économique, Rober D. BLAIR et Christine PIETTE DURANCE, « Antitrust sanctions : deterrence and (possibly) overdeterrence », (2008) 53/3 *Antitrust Bull.* 647.

[1084] L'effet dissuasif résulte de l'incertitude de la sanction découle de la psychologie de l'auteur, riscophile ou riscophobe, v. A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, note 385, p. 85

l'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts (2). Il est intéressant de voir que ces deux solutions, pourtant présentes en droit positif, ne sont pas appliquées dans le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles dans ces deux systèmes juridiques.

1) Inférer la faute du préjudice en droit des pratiques anticoncurrentielles

Le droit des affaires est une matière où l'application de la responsabilité civile joue un rôle précis. En France, « (…) la responsabilité civile contribue seule à la régulation de la compétition économique [en matière de concurrence déloyale et de parasitisme], la faute civile permettant aux magistrats de définir les normes de conduite dont la violation donnera lieu à l'allocation de dommages et intérêts »[1085]. En somme, l'absence de sanction pénale de la faute de concurrence déloyale explique le rôle que la responsabilité civile joue dans ce contentieux[1086]. Elle permet la condamnation privée de fautes exemptent de qualification pénale.

108. Pour un assouplissement de la responsabilité civile – Pourtant, les réflexions menées depuis les années 2000 en France et dans l'Union européenne permettent aujourd'hui de proposer que la responsabilité civile joue un rôle normatif certain dans ce domaine malgré la répression étatique des pratiques anticoncurrentielles. Les arguments en faveur de cette reconnaissance sont nombreux. D'abord, la faute civile n'est pas sanctionnée par l'Autorité de la concurrence malgré son aspect lucratif qui appelle, comme expliqué précédemment[1087], une réprobation morale forte. De plus, l'Autorité de la concurrence n'a pas vocation à accorder des dommages et intérêts lors de l'action publique ; le juge judiciaire conserve ainsi toute latitude pour évaluer les dommages et intérêts. Contrairement à l'autorité française, il n'est pas tenu par un plafond d'amende quand il fixe les dommages et intérêts. Enfin, aucune règle n'impose au juge de tenir compte de l'amende pour évaluer les dommages et intérêts[1088]. L'amende publique ne tient compte quant à elle que du dommage à l'économie. Le préjudice collectif des opérateurs du marché reste alors sans réparation, comme en

[1085] Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf. G. VINEY, Thèse, Paris, LGDJ, 1998, p. 121, au par. 115.
[1086] B. PAILLARD, *op. cit.*, note 225, p. 32, au par. 62 et Xavier PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Préf. P. JOURDAIN, Thèse, Paris, LGDJ, 2004, p. 226.
[1087] *Supra*, à la p. 257.
[1088] Même dans le cas d'une action subséquente.

matière de concurrence déloyale, puisque l'Autorité de la concurrence ne traite pas de ces fautes. Ainsi, les auteurs s'interrogent sur la possibilité de transposer la logique de l'action en concurrence déloyale dans le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. L'objectif est de permettre une application souple des critères de la responsabilité civile en présence d'un préjudice concurrentiel résultant d'une entente ou d'un abus de position dominante[1089]. L'assouplissement vise à « favoriser la victime et à punir le fautif, il arrive alors parfois que le juge brise le lien entre la réalité du préjudice et les dommages et intérêts accordés. Le contentieux de la concurrence déloyale en offre un très bon exemple. C'est ainsi que de nombreux arrêts accordent une réparation forfaitaire ou choisissent un mode de calcul permettant de sanctionner efficacement l'auteur de la pratique déloyale »[1090]. En effet, le plus bel exemple dans la concurrence déloyale est que le préjudice s'infère de la faute[1091]. Le but poursuivi est de donner à la responsabilité civile une portée normative et sanctionnatrice en lui offrant de la flexibilité pour l'appréhension de ces fautes civiles d'origine économique[1092], loin de l'orthodoxie des principes civilistes. Il n'y a qu'un pas à franchir en raison de l'identité d'origine du préjudice concurrentiel résultant de la concurrence déloyale et des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire qu'ils prennent leur source dans une concurrence faussée. On peut dès lors se poser la question suivante : « Pour faciliter [la preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice], pourrait-on importer en droit des pratiques anticoncurrentielles un mécanisme éprouvé en droit des pratiques déloyales : le préjudice s'inférerait de la pratique ? »[1093]. Nous pensons que la positive s'impose désormais. La *Proposition de directive sur l'action privée* à l'article 16-1, ne

[1089] Daniel Fasquelle envisage trois options pour la démonstration du préjudice : soit le juge applique l'orthodoxie de la responsabilité civile ; soit le juge assouplit le droit de la responsabilité civile ; soit il crée sur le modèle du droit américain une solution exorbitante du droit commun, v. D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 792.
[1090] *Id.* Nous soulignons.
[1091] Il y a beaucoup de jurisprudence à ce sujet, v. par ex. Com., 22 octobre 1985, Bull. IV n° 245, p. 206 : « (…) il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés contre la société g. m. et que celle-ci avait un intérêt né et actuel à ce que soient sanctionnés des faits générateurs d'un trouble commercial ».
[1092] S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 123 ; Philippe LÉTOURNEAU, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD Com*. 1998, p. 83.
[1093] Emmanuelle CLAUDEL, « 1ère partie : Les propositions du livre blanc », dans Laurence IDOT (dir.), Livre blanc sur les dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaire sur les ententes et abus de position dominante, Colloque, Concurrences n° 2-2009, n° 25906, p. 36. Dans le même sens, Frédérique DUPUIS-TOUBOL, « Action civile en matière de pratiques anticoncurrentielles : éléments de problématique », dans La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives, LPA, 20 janvier 2005, p. 17.

consacre-t-elle pas l'idée que la preuve du cartel laisse présumer le préjudice[1094] ?

109. Le préjudice doit s'inférer de la faute – Après plus de 10 années de réflexion sur ce sujet, les esprits ne sont-ils pas mûrs pour accepter un assouplissement des règles de responsabilité civile en France face à une pratique anticoncurrentielle ? L'objectif social de protection des entreprises et des consommateurs en droit de la concurrence, se matérialise par l'action privée de ces derniers. En faisant tomber l'axiome[1095] selon lequel le droit des pratiques anticoncurrentielles n'assure que la protection du marché, une brèche s'ouvre vers un partage de compétence entre les acteurs de l'économie et les autorités publiques de régulation du marché dans la protection de la concurrence. Si bien que l'argument classique selon lequel la responsabilité civile n'assure pas un rôle normatif en matière de pratiques anticoncurrentielles – ce dernier étant entièrement assumé par les autorités de concurrence – contrairement à la concurrence déloyale, ne trouve plus de justification. La manifestation la plus visible de ce phénomène est celui de la collectivisation du recours privé[1096]. La collectivisation permet d'appréhender le dommage concurrentiel dans ses répercussions individuelles en évitant l'isolement des victimes. La connexité des procédures publiques et privées qui en ressort témoigne de cette place que cherchent à occuper les victimes dans la régulation de la concurrence, non sans mal. Le partage du rôle normatif du droit des pratiques anticoncurrentielles avec les consommateurs et les entreprises doit se traduire par la reconnaissance d'un rôle normatif de l'action privée en responsabilité suite à une entente ou un abus de position dominante. Elle rend alors possible l'idée que le préjudice concurrentiel de consommation s'infère de la faute concurrentielle d'entente et d'abus de position dominante.

En effet, le préjudice concurrentiel de consommation, préjudice collectif qui touche sans distinction les consommateurs et les entreprises dans la procuration de bien ou de services, est appréhendé par la collectivisation du recours privé. Le phénomène prend la forme d'une action de groupe en France et de recours collectifs au Canada. Or, il est

[1094] Muriel 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. 2013.2532, au par. 19.
[1095] Nous souhaitons rappeler la définition du Littré. Un axiome est une « vérité évidente de soi et non démontrable, par exemple : le tout est plus grand que sa partie. Toutes les sciences partent d'axiomes qui leur servent de fondements ».
[1096] *Supra*, p. 78.

intéressant de constater que l'évaluation du préjudice aux intérêts collectifs en France[1097] et la représentation individuelle des consommateurs dans des recours collectifs, notamment au Québec[1098], favorisent, sur deux continents, dans un environnement civiliste, cet assouplissement proposé de la responsabilité civile[1099]. On peut dès lors s'interroger sur le point de savoir si l'assouplissement résulte de la représentation processuelle d'intérêts collectifs, ou d'intérêts individuels collectivisés, ou s'il résulte de la nature même du préjudice. Autrement dit, l'assouplissement est-il dû à la nécessité de pouvoir appréhender des préjudices collectifs ou individuels sous la forme collective, difficiles à prouver dans une action en responsabilité civile, ou bien est-il le fait d'une représentation processuelle de ces intérêts sous une forme collective ? En résumé, quel phénomène explique cet assouplissement ? Vraisemblablement, la nature du préjudice explique, plus que la forme processuelle de l'action collective, la nécessité d'assouplir les critères de la responsabilité civile, afin de ne pas mettre en échec, dans une société générant de plus en plus des préjudices collectifs ou de masse, des actions légitimes d'un point de vue normatif en dehors du droit pénal. Voilà pourquoi le préjudice concurrentiel de consommation nécessite qu'il s'infère de la faute concurrentielle.

110. Application au Canada – Au-delà de l'argument tiré du droit québécois, nous transposons l'analyse au droit canadien. En tant que système juridique privilégiant la régulation publique de la concurrence aux côtés des victimes de pratiques anticoncurrentielles par l'article 36 L.c., le Canada propose une politique de concurrence qui concilie *a priori* la protection du marché et la protection des acteurs de ce marché. Le droit canadien atteste, par la lecture combinée de l'article 1.1 de la L.c., qui pose parmi les objectifs du droit de la concurrence canadien la protection des PME et des consommateurs, avec l'article 36, qu'il est un modèle conciliant le rôle normatif

[1097] Camille DEVREAU, « Réflexion sur le préjudice collectif », *RTD civ*. 2011, p. 249 : « Si la jurisprudence présume le préjudice du fait de la violation d'une réglementation, c'est qu'il consiste dans la menace que fait peser cette violation sur les membres ou les intérêts défendus par l'association ». V. aussi *supra*, au par. 19.

[1098] A. RIENDEAU, *op. cit.*, note 481, p. 109 ; Marc SIMARD, « L'octroi de dommages par jugement final en matière de recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 254, *Développements récents en recours collectifs*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 67. Dans ce sens, nos développements précédents, *supra*, au par. 42.

[1099] Dans ce sens, Geneviève VINEY, « L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs », RDC 2006/33, p. 60.

de l'État à côté de celui des victimes[1100]. Au Québec, les juges, lors de la preuve du préjudice, tant au stade de l'autorisation d'un recours collectif qu'au stade du jugement au fond, devrait pouvoir inférer le préjudice de la faute. En France, il est a souhaité que la reconnaissance d'une action de groupe spéciale en droit de la concurrence amène à l'assouplissement de la responsabilité civile selon le même phénomène constaté au Québec[1101].

Nous pouvons conclure qu'il est possible que le droit civil s'adapte aux actions privées pour faciliter l'action des consommateurs et des entreprises. Il s'agirait d'un pas supplémentaire vers l'effectivité de leur action en réparation des préjudices résultant des ententes et des abus de position dominante. Pour simplifier la preuve du préjudice, nous suggérons donc, pour les raisons évoquées, que le préjudice concurrentiel de consommation s'infère de la faute concurrentielle. À ce titre, la décision de l'autorité de concurrence, qui constitue, nous l'avons vu, une présomption de faute au Canada et en France, gagnerait en poids probatoire. Cependant, simplifier la preuve du préjudice par le droit sans recourir à des méthodes économiques est une chose mais il ne faut pas que pour l'évaluation du préjudice, l'expertise soit de nouveau nécessaire. Cela aurait un coût et reviendrait à retarder simplement la difficulté. Pour compléter l'étude du préjudice, il convient de recourir à la méthode québécoise de l'évaluation forfaitaire pour évaluer le préjudice concurrentiel de consommation.

2) Pour une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires

111. Définition des dommages nominaux – Les tribunaux québécois accordent un type de dommages et intérêts intéressants pour la victime de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit des dommages nominaux. Ils représentent une indemnité forfaitaire[1102] octroyée lorsque l'évaluation du préjudice est particulièrement complexe au point qu' « il est presque impossible d'attacher un chiffre exact (…) » pour couvrir

[1100] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 573 : « Les poursuites pénales ne détiennent pas le monopole de la fonction dissuasive ; les poursuites civiles, dont le recours collectif, recherchent cet effet ».
[1101] *Supra*, au par. 112.
[1102] Pierre PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », (1999) 59 *Revue du Barreau* 527.

« à peu près adéquatement le préjudice […] à condition que la preuve soit rapportée qu'un dommage véritable a été subi »[1103]. Les dommages nominaux, bien qu'étant évalué forfaitairement, ne sont pas des dommages et intérêts punitifs, ni, plus généralement, une peine privée. Même si l'idée, en droit français, de présumer le préjudice de la faute sous-tende l'idée de peine privée, il n'en est rien en droit québécois, même pour les dommages nominaux. Les dommages et intérêts punitifs ont été consacrés en droit québécois. Ainsi, le débat sur une quelconque portée normative des dommages et intérêts compensatoire est évacué[1104].

Le caractère minime du préjudice peut justifier de tels dommages et intérêts. En *Common law*, le terme de *nominal damages* est employé pour parler en réalité d'une somme symbolique (un dollar par exemple)[1105] octroyée en l'absence de préjudice. L'absence du préjudice autorise le versement d'une somme symbolique. La transposition en droit québécois ne s'est pas faite selon cette acception. Non seulement il faut un dommage prouvé, mais la somme, bien que minime, sera supérieure à une somme symbolique. Dès lors, dans la mesure où les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent prouver un dommage puisque souvent la poursuite publique de la pratique en cause aura permis de constater un dommage à l'économie, l'évaluation du préjudice concurrentiel, si minime soit-il, pourrait être écartée au profit d'une évaluation forfaitaire.

Au Québec, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour les évaluer. La méthode utilisée consiste à constater la difficulté à évaluer le préjudice quand il se fonde sur des hypothèses non vérifiables[1106]. Il faut comprendre que la méthode d'évaluation scientifique est alors peu probante[1107]. Cet état de fait renforce le pouvoir

[1103] J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 310, p. 1078.
[1104] Pauline ROY, « Spécial Droit civil - Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 263-301.
[1105] Sur le rôle des dommages nominaux en *Common law*, v. Richard NAIBERG, « Courts Blur Line Between Compensatory and Nominal Damages », (2002) 21/36 *The Lawyers Weekly* 1-3 ; Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », (1998-1999) 49 *Meredith Mem. Lect.* à la note 79 ; P. PRATTE, *op. cit.*, note 1102, p. 526.
[1106] *Lussier* c. *Bastille*, 2009 CanLII 417 (QC CS), au par. 159.
[1107] *Id.*, au par. 177.

discrétionnaire des juges[1108]. Les juges tentent donc de trouver une indemnisation juste en prenant garde à ne pas enrichir indûment le demandeur.

L'hypothèse est séduisante pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit d'une évaluation du préjudice sur une base forfaitaire laissée à la discrétion des juges. Elle s'applique en droit civil et ne perturbe pas la conception traditionnelle des dommages et intérêts, c'est-à-dire qu'elle ne propose pas l'introduction de dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles mais répond plutôt au nécessaire besoin de justice des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Leur préjudice bien que minime peut être appréhendé et évalué avec souplesse. La seule objection serait que ces dommages nominaux sont d'un montant faible[1109]. Cependant, puisque nous traitons ici des solutions possibles au préjudice concurrentiel de consommation ; ce préjudice est par nature minime. Il n'y a pas à craindre une sous-évaluation car le risque d'enrichissement indu à l'échelle d'un individu est presque nul. Il faudrait que le juge multiplie ce préjudice minime par le nombre de consommateurs touchés réellement[1110] ou potentiellement[1111] pour fixer un préjudice forfaitaire suffisamment conséquent pour avoir un sens à l'échelle du groupe. De toute évidence, l'évaluation du préjudice concurrentiel de consommation n'est pas plus aléatoire et approximative que l'évaluation du *pretium doloris* résultant du décès d'un proche. Dans ce cas, les victimes s'enrichissent nécessairement puisqu'elles n'ont pas subi de perte ou manqué un gain[1112]. L'estimation du préjudice est bien plus hasardeuse que dans le cas d'une action privée.

Avec une évaluation forfaitaire, il serait possible d'atteindre deux objectifs. D'abord, l'évaluation forfaitaire supprime la peur de la victime de ne pas recevoir une compensation. Ensuite, elle incite à l'action en supprimant la dissuasion qui réside dans

---

[1108] *Id*.

[1109] Par exemple, *Laroche* c. *Danone Inc.,* 2004 CanLII 12827 (QC CQ) ou *Gagné* c. *Girard* 2003 CanLII 8349 (QC CQ).

[1110] En droit français, l'action de groupe nécessite la participation explicite des consommateurs (*opt-in*), leur nombre est donc *a priori* connu.

[1111] En droit québécois ou dans les autres provinces canadiennes, le recours collectif fonctionne sur le modèle d'inclusion implicite au groupe (*opt-out*), l'estimation du nombre de personnes touchées est donc plus aléatoire.

[1112] Philippe JESTAZ, « Les dommages et intérêts en quête d'un fondement », RLDA 2013/85, p. 110 : « Le fondement actuel [des dommages et intérêts] est complètement boiteux dès lors qu'on indemnise des préjudices extrapatrimoniaux qui sont par nature inchiffrables : à proprement parler rien ne répare jamais ces préjudices-là, car on ne peut pas effacer ce qui a été ni ce qui est définitif, et cette considération atteint de front la philosophie réparatrice des dommages-intérêts ».

la difficulté qu'auront les consommateurs et les entreprises à évaluer leur préjudice avec précision. Cette difficulté incite à renoncer à l'action. Si l'action collective permet d'unir les victimes pour qu'elles aient un intérêt économique à introduire une action en réparation, cela ne suffit pas pour réaliser le droit à l'action privée des victimes. Il faut que la responsabilité civile permette la concrétisation de la réparation, ce que favorisent sans trop de difficulté des dommages nominaux ou forfaitaires[1113].

112. L'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts dans le recours collectif québécois – Pour vérifier cette hypothèse, il suffit de regarder comment les juges québécois évaluent les dommages et intérêts dans le cadre d'un recours collectif. Nous pourrons ainsi conclure que le préjudice individuel est évalué forfaitairement quand il emprunte la voie du recours collectif.

Par « évaluation forfaitaire », nous entendons une évaluation globale laissée à la discrétion des juges qui se fondent cependant sur des éléments probatoires factuels figurant au dossier leurs permettant de quantifier un préjudice. Le recours collectif québécois nous offre alors plusieurs exemples que cette voie procédurale conduit davantage à une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires qu'à une évaluation précise du préjudice individuel des membres du groupe. Pour rappel, le préjudice concurrentiel de consommation explique la collectivisation de l'action privée sous la forme du recours collectif.

Le recours collectif témoigne d'une évaluation approximative du préjudice, pour ne pas dire forfaitaire. L'article 1045 C.p.c.Q. permet au juge de faire un usage de son pouvoir discrétionnaire[1114] dans le recours collectif pour accélérer le recours ou pour simplifier la preuve, sous réserve de ne pas porter préjudice à une partie. L'article 1032 du même code permet des mesures de réparation originales[1115] si la distribution de

[1113] Dans ce sens, P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, note 299, p. 568 : « Un mécanisme qui n'offre qu'une mesure partielle de compensation ne procure pas un plein accès à la justice ».

[1114] Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice. Impact et* évolution, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 191 et s. ; Jean-François LEHOUX et Marc-Alexandre HUDON, « Responsabilité et recours collectifs : une coexistence difficile ? », dans *Cinquième colloque sur les recours collectifs*, Actes de la formation juridique permanente, vol. 7, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010, p. 178 et s.

[1115] Pierre SYLVESTRE, « Et si les effets concrets du recours collectif s'avéraient plus importants que ceux des Chartes pour les citoyens », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 327, *Développements récents en recours collectif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010, p. 246.

sommes d'argent est impraticable. Ces deux articles assouplissent considérablement l'application des critères de la responsabilité civile dans le recours collectif pour démontrer un préjudice et l'évaluer[1116]. Autre exemple, le recours collectif québécois prévoit deux types de recouvrement de la réparation, l'un collectif, l'autre individuel[1117]. Le recouvrement individuel nécessite d'individualiser le préjudice. Le recouvrement collectif est en revanche une estimation du préjudice subi par l'ensemble du groupe. L'article 1031 du C.p.c.Q. prévoit que le recouvrement collectif est possible lorsque la preuve permet d'établir d'une façon « suffisamment exacte le montant total des réclamations ». Les tribunaux y ont lu « l'idée d'une certaine approximation »[1118]. Bien qu'il s'agisse d'une méthode de recouvrement de la créance indemnitaire et non d'une évaluation *stricto sensu* du préjudice, elle nécessite pour le juge d'apprécier le préjudice globalement, loin de la certitude de compenser le juste préjudice de chaque individu. Certains y ont alors vu une mesure punitive. Pierre-Claude Lafond leur répond en ces termes[1119] :

> « Nous préférons y voir les conséquences normales de l'effet social et public du recours. (…) Tant que le montant de la condamnation civile ne dépasse pas la somme totale des réclamations individuelles, il n'y a pas lieu de conclure à une pénalisation de la procédure. Le recours collectif conserve ainsi toute sa nature compensatoire. De plus, contrairement à certaines lois américaines, [dont la section IV du *Clayton Act*], ni le droit québécois, ni le droit français ne reconnaissent le principe des dommages statutaires minimaux ou triples (…) ».

L'auteur explique son point de vue sur la méthode de recouvrement collectif [1120]:

> « L'hypothèse d'une distribution par le tribunal d'une somme <u>forfaitaire</u> en fonction de l'intérêt du groupe reste celle qui recueille le moins d'approbation ». Pourtant, c'est « une nouvelle façon d'administrer les dommages et intérêts, une fois ceux-ci accordés par le tribunal. En aucun cas, cette formule n'impose au défendeur l'obligation de payer plus qu'il ne doit ; en ce sens, elle <u>n'emporte pas une modification des règles de la responsabilité civile</u>. Une fois la preuve établie que le groupe a subi des dommages et que le recouvrement est utilisé principalement dans un but et d'une manière qui lui profitent substantiellement, il est difficile de prétendre que cette collectivité reçoit une compensation à laquelle elle n'a pas droit. (…) L'effet dissuasif considérable d'une telle mesure ne vaut-il pas le prix de ces distorsions dans la distribution des dommages et intérêts »[1121].

Il semble que l'évaluation du préjudice et le mode de recouvrement se confondent dans le recours collectif québécois. Si bien que la distorsion évoquée

---

[1116] Même si le recours collectif ne crée pas de droits substantiels supplémentaires, force est de constater qu'il peut modifier leur application sous couvert du pouvoir discrétionnaire du juge.
[1117] Marc SIMARD, « L'octroi de dommagespar jugement final en matière de recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n° 254, *Développements récents en recours collectif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 67.
[1118] *Masson* c. *Thompson et al.*, REJB 1997-00195 (C.S.).
[1119] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 572-573.
[1120] *Id.*, p. 570-571.
[1121] Nous soulignons.

serait en réalité un mode nouveau d'évaluation des préjudices individuels par la voie du recours collectif, laquelle serait particulièrement favorable à l'évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel de consommation. En effet, dans le recours collectif, la quantification des dommages et intérêts peut se faire collectivement dès lors qu'il existe un « dénominateur commun »[1122] au préjudice, lui-même commun au membre du groupe[1123]. Ce dénominateur commun est assez simple dans l'action privée, il s'agit de la pratique anticoncurrentielle, source unique de dommage sur le marché. Ainsi, l'évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel de consommation, préjudice de nature collectif, est réalisable dans le cadre du recours collectif québécois.

Par conséquent, il découle des développements précédents que la conciliation de la solution française issue de la concurrence déloyale selon laquelle le préjudice s'infère de la faute avec l'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts, comme l'illustre les dommages nominaux et le recours collectif au Québec, permettent une alternative valable en droit civil pour évaluer juridiquement le préjudice concurrentiel de consommation[1124]. Ces solutions permettent de le démontrer et de l'évaluer sans avoir la sensation d'enfreindre les principes civilistes de la responsabilité civile. Le tout renforcerait l'effectivité du recours privé des victimes pour évaluer leur préjudice, étape jusqu'alors délicate tant pour les acheteurs directs, qu'indirects. *In fine*, la volatilité du préjudice concurrentiel n'est plus une difficulté. La combinaison des deux solutions permet de le circonscrire au préjudice concurrentiel de consommation pour proposer une évaluation qui ne se préoccupe pas de son caractère minime à l'échelle d'un individu et diffus à l'échelle du groupe de victime.

[1122] Selon M. SIMARD, *op. cit.*, note 1098, p. 79.

[1123] Nous parlons de préjudice commun car il est possible qu'au-delà du préjudice commun existe un préjudice individuel distinct. Dans ce cas, le juge pourra procéder à la création de sous-groupes de victime et ordonner un recouvrement individuel.

[1124] La Commission européenne avait d'ailleurs plaidé dans son *Livre blanc* une méthode qui faciliterait l'évaluation des dommages et intérêts, *op. cit.*, note 17, p. 8 : « En conséquence, pour faciliter le calcul des dommages et intérêts, la Commission a l'intention : d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes pour l'évaluation des dommages et intérêts dans les affaires d'ententes et d'abus de position dominante, par exemple au moyen de méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages subis ». Même si l'article 16 de la *Proposition de directive sur l'action privée* prévoit une preuve du préjudice par présomption simple, son évaluation reste soumise aux règles nationales.

Conclusion du Chapitre I

Dans cette première analyse du droit de l'action privée, il ressort que le droit à la réparation découlant du droit de la victime d'accéder au juge (droit à l'action privée) est compromis si les conditions d'engagement de la responsabilité civile ne sont pas orientées vers les victimes de pratiques anticoncurrentielles. La rigidité de ces conditions peut – et doit être – contournée en proposant un assouplissement de ces conditions d'engagement.

La faute concurrentielle est celle résultant de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles mais pas seulement. Son objet anticoncurrentiel doit être le critère pertinent pour son identification. Il justifie la distinction entre la faute résultant de la concurrence déloyale et celle résultant du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les deux ne se recoupent pas nécessairement. De plus, en droit canadien, cette définition permet d'appréhender, en l'absence de décision lors de l'action publique, non seulement les infractions criminelles à la L.c. mais aussi l'abus de position dominante. Il n'est alors pas nécessaire, à tout le moins dans la province du Québec, de recourir à une décision du Tribunal de la concurrence constatant l'abus. Par ailleurs, nous avons pu identifier un aspect de la faute concurrentielle, à savoir son caractère lucratif. La portée normative des dommages et intérêts dans l'action privée permet d'envisager à ce stade que la responsabilité civile joue un rôle normatif dans la régulation de la concurrence en cherchant à appréhender et à déjouer les calculs criminels sur le marché. L'hypothèse des dommages et intérêts restitutoires ou confiscatoires en droit des pratiques anticoncurrentielles a pu être effleurée à cette occasion. De plus, la clémence privée, cause d'exonération partielle de responsabilité civile, pourrait prendre la forme en droit civil d'une option offerte au juge de choisir entre des dommages et intérêts compensatoires et des dommages et intérêts restitutoires selon que l'auteur a fait ou non amende honorable en participant au programme de clémence des autorités de concurrence. Les autres causes d'exonération que l'on retrouve en droit civil sont quant à elles peu convaincantes dans le cadre de notre étude.

Enfin, le préjudice concurrentiel est vraisemblablement celui qui pose le plus de difficultés tant au stade de sa démonstration que de son évaluation. L'effectivité

de l'action privée concurrentielle dépend de la capacité de la victime à apporter ces deux preuves. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice réduit largement les chances de succès des acheteurs indirects dans les recours collectifs civilistes. Sans la souplesse de la Cour suprême au stade de l'autorisation, ils seraient sans recours et surtout sans moyen de pression pour une transaction hors cour. En France, l'absence dans l'action de groupe d'une phase d'autorisation au profit d'un procès au fond compromet certainement les chances de succès des acheteurs indirects, ces derniers devant rapporter avec certitude la preuve du lien de causalité. La solution réside pour eux dans l'assouplissement de la preuve du préjudice. En distinguant le préjudice du dommage et en dissociant le préjudice concurrentiel de consommation, du préjudice concurrentiel d'affaire, nous avons plaidé pour que le préjudice concurrentiel de consommation s'infère de la faute en raison de sa volatilité. Cette volatilité empêche sa démonstration de manière probante. La volatilité résulte de son caractère à la fois minime à l'échelle d'un individu et diffus à l'échelle de la collectivité des victimes. En droit civil québécois, l'exemple des dommages nominaux et l'approximation des juges dans l'évaluation du préjudice commun dans le cadre d'un recours collectif, permettent d'attester que l'option d'une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts est l'option la plus valable en droit civil, tant français que québécois, pour procéder à une juste indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, il serait illusoire de nier la portée punitive des dommages et intérêts dans l'action privée concurrentielle.

Chapitre II – La portée punitive des dommages et intérêts dans l'action privée

Dans le chapitre précédent, nous avons principalement traité des distorsions des conditions d'engagement de la responsabilité civile qui seraient favorable à la victime à partir de la trilogie civiliste qu'est la faute, le préjudice et le lien de causalité. Il s'agissait d'appréhender sans trop le bouleverser le droit de la responsabilité civile à l'aune de l'action en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Nous nous sommes principalement focalisés sur le droit positif pour envisager des solutions juridiques qui pourraient assouplir l'action en responsabilité civile issue du droit commun. L'objectif est de rendre l'action privée effective. Les solutions existent et un changement conceptuel est en cours. Nous pouvons donc espérer pouvoir améliorer le sort des victimes de pratiques anticoncurrentielles en France et au Canada, particulièrement au Québec. En effet, il s'agissait d'avoir une approche civiliste du droit positif. En cela le droit québécois était l'objet de comparaison naturel avec le droit français. Il s'agira de poursuivre dans ce chapitre la logique comparative entre le droit français et canadien.

Nous quittons ainsi la sphère du « possible », pour rentrer dans la sphère du « probable ». Parmi les thèmes les plus débattus de la responsabilité civile au 20ème siècle figure celui de la peine privée. La peine privée véhicule l'idée d'une responsabilité civile vengeresse affligeant une sanction pour marquer la réprobation morale de la société à l'endroit d'un comportement fautif en dehors du droit pénal. La Section IV du *Clayton Act* interpelle à ce titre le concurrentialiste. Par le triplement des dommages et intérêts versés à la victime à partir des dommages et intérêts compensatoires, le droit fédéral américain reconnaît *a priori* la fonction punitive des dommages et intérêts dans les recours privés en indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, le droit canadien et le droit français peuvent être questionnés. Pourquoi ne reconnaissent-ils pas cette peine privée en droit de la concurrence ? Le faut-il ? Une autre interrogation, plus provocatrice, consiste à se demander si les dommages et intérêts punitifs ne cachent pas en réalité des dommages et intérêts compensatoires en droit de la concurrence ? Pour répondre à ces questions, nous proposerons d'évoquer la peine privée comme une réponse alternative aux pratiques anticoncurrentielles (Section I). Nous verrons alors que le contentieux indemnitaire en

droit de la concurrence fait évoluer la nature des dommages et intérêts punitifs (Section II).

Section I – La peine privée comme réponse alternative aux pratiques anticoncurrentielles

La peine privée peut être une réponse alternative aux pratiques anticoncurrentielles. L'alternative consiste à choisir entre des dommages et intérêts compensatoires, pour lesquelles nous avons plaidé précédemment pour une évaluation forfaitaire[1125], ou des dommages et intérêts punitifs. Par le terme « punitif », nous entendons une évaluation des dommages et intérêts fondée sur la faute et le gain illicite. Nous considérons que la définition consistant à affirmer que sont punitifs tous dommages et intérêts supérieurs aux dommages et intérêts compensatoires est erronée. En théorie, l'évaluation des dommages et intérêts punitifs se base sur la faute et non sur les dommages et intérêts compensatoires, ils peuvent dès lors être supérieurs ou inférieurs à ces dommages, tout dépendant du contexte. D'abord, il convient de définir les contours des dommages et intérêts punitifs (§1) avant d'aborder la controverse suscitée par leur introduction en droit de la concurrence (§2).

§1 : Le concept des dommages et intérêts punitifs

Les dommages et intérêts punitifs existent dans la *Common law* canadienne mais aussi au Québec (1). En France, les dommages et intérêts punitifs reçoivent dans le droit commun le qualificatif de peine privée (2).

1) Les dommages et intérêts punitifs en droit canadien

113. L'origine des dommages et intérêts punitifs – L'origine des dommages et intérêts punitifs remonte à 1763 dans la décision anglaise *Wilkes* v. *Wood*[1126]. Les

[1125] *Supra*, au par. 112.
[1126] (1763) 98 *Eng. Rep.* 489. Cette décision est citée dans une autre décision, plus « récente », *Rookes* v. *Barnard*, [1964] A.C. 1129. Pour une explication des faits de la décision de 1763, lire Steve P. CALANDRILLO, « Penalizing Punitive Damages : Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics », (2010) 78 *The George Washington Law Review* 774, à la p. 780. Cet article propose une

dommages et intérêts punitifs sont sans surprise une institution de *Common law*. Pourtant, on constate que le droit romain prévoyait le délit de *Métus* qui consistait à profiter d'une personne en l'incitant à contracter sous l'empire de la crainte. En langage civiliste moderne, on parlerait d'une forme de dol. Dans ce cas, la victime avait droit à quatre fois le montant des dommages subis[1127]. Les américains ne sont pas les inventeurs de la multiplication des dommages et intérêts compensatoires comme les dommages et intérêts triples du *Clayton Act*. Au contraire, l'origine de l'idée prend sa source dans le droit qui a inspiré les systèmes civilistes dits romano-germaniques. En droit canadien, les tribunaux de *Common law* reconnaissent les dommages et intérêts punitifs depuis le 19ème siècle[1128]. En droit civil québécois, les dommages et intérêts punitifs apparaissent dans la *Loi sur la protection des arbres* en 1929[1129]. Depuis, une quinzaine de lois ont introduit les dommages et intérêts punitifs en droit québécois, notamment en matière de protection du consommateur[1130]. En 1994, lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'article 1621 intégra des dispositions sur les modalités d'octroi des dommages et intérêts punitifs[1131]. Ainsi, l'article 1621, bien que de droit nouveau, ne prévoyait pas un droit général aux dommages et intérêts punitifs en droit civil. Une loi les prévoyant est toujours nécessaire pour y avoir droit.

114. Les critères d'octroi des dommages et intérêts punitifs – Les dommages et intérêts punitifs ne sont pas octroyés sans condition. Lord Devlin, en 1964[1132], décidait de limiter les dommages et intérêts punitifs en droit anglais aux cas suivants : les agissements abusifs de l'État contre les personnes, les gestes guidés par la recherche d'un profit et lorsqu'une loi les prévoit expressément[1133]. Il faut remarquer que la recherche d'un profit ouvre droit aux dommages et intérêts punitifs en droit anglais. Le délit de *Métus* en droit romain relevait aussi de cette logique punitive de la recherche d'un profit en abusant d'autrui. Il est intéressant de constater que la faute lucrative est

---

lecture de la jurisprudence américaine à travers l'analyse économique du droit en matière de dommages et intérêts punitifs.

[1127] Claude DALLAIRE, *La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des Chartes*, Montréal, Éd. Wilson &Lafleur, 2003, p. 1 et 2.

[1128] *Id.*, p. 4.

[1129] S.Q. 1929, c. 71.

[1130] *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c P-40.1, (ci-après LPC).

[1131] V. Pierre-Gabriel JOBIN, *Les dommages punitifs en droit québécois*, *Liber amicorum* Jean CALLAIS-AULOY, Paris, Dalloz, 2003, p. 536

[1132] Dans la décision *Rookes* v. *Barnard*, *op. cit.*, note 1126.

[1133] C. DALLAIRE, *op. cit.*, note 1127, p. 2. Ces critères figurent aussi dans *Cassel* c. *Broome*, [1972] AC 1027.

elle aussi caractérisée par la recherche d'un profit illicite.

En droit américain, les dommages et intérêts punitifs sont octroyés pour les conduites portant une atteinte grave aux droits d'autrui[1134]. Le critère est similaire au droit canadien. Pourtant, les sommes octroyées par les deux systèmes juridiques n'ont rien de comparable. Les tribunaux canadiens sont bien plus mesurés que les tribunaux américains. La présence d'un jury n'explique pas cet excès puisqu'au Canada, des jurés sont présents dans les contentieux civils. Pourtant, ces excès n'y sont pas constatés.

En droit canadien, le champ d'intervention des dommages et intérêts punitifs est plus large qu'en Angleterre[1135]. La Cour suprême a fixé des critères dans plusieurs décisions au sujet de la *Common law* canadienne[1136], c'est-à-dire que ces critères ne s'appliquent pas au Québec. Au Canada anglais, l'octroi de dommages et intérêts punitifs n'est pas automatique[1137]. De plus, même si l'octroi de dommages et intérêts punitifs relève du pouvoir discrétionnaire du juge ou du jury, en appel, cette décision peut être contrôlée[1138]. Notamment, le montant des dommages et intérêts punitifs est contrôlé par rapport au triple objectif de punition, de dissuasion et de dénonciation. Par ailleurs, la Cour d'appel peut exercer un contrôle de proportionnalité[1139]. La Cour

---

[1134] Id.

[1135] *Herman* c. *Graves*, [1998] 9 W.W.R. 542 (Alta. Q.B.), à la p. 555.

[1136] *Hill* c. *Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (ci-après *Hill*), aux par. 196-197 : « On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur. Ils revêtent le caractère d'une amende destinée à dissuader le défendeur et les autres d'agir ainsi. Il importe de souligner que les dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui consiste à punir et à dissuader.

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d'autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion ? ».

La Cour pose d'autres critères dans *Whiten* c. *Pilot Insurance Compagny*, 2002 CanLII 18 (CSC).

[1137] D. BOIVIN, *op. cit.*, note 921, p. 420. Il faudra convaincre le juge ou le jury que le comportement en cause justifie une punition.

[1138] *Id.* : « (…) une cour d'appel peut intervenir si l'attribution de dommages-intérêts punitifs par le juge ou le jury n'était pas rationnellement nécessaire afin d'accomplir les objectifs de punition, de dissuasion ou de dénonciation, ou si le montant accordé au demandeur n'était pas une réponse proportionnelle aux circonstances de l'affaire ».

[1139] V. notamment, *Hill*, *loc. cit.*, note 1136.

suprême du Canada a adopté une solution à mi-chemin entre le droit anglais et le droit américain pour précisément rationaliser leur octroi afin d'éviter les dérives américaines[1140]. Elle a choisi un seuil qualitatif et fonctionnel[1141] qui variera selon quatre situations : 1) le délit commis a pour objectif de réaliser un profit[1142] ; 2) le comportement en cause traduit une simple négligence ; 3) en cas de rupture d'un contrat ; et 4) lorsque le défendeur a fait l'objet d'une condamnation pénale ou va en être l'objet[1143]. Par conséquent, en *Common law* canadienne, non seulement l'aspect lucratif de la faute ouvre droit à des dommages et intérêts punitifs mais leur attribution est rationnelle de telle sorte qu'aucun excès n'est constaté. Les civilistes français doivent donc intégrer que les dommages et intérêts punitifs ne riment pas avec les excès américains. Il s'agit d'une question d'encadrement législatif et de politique judiciaire.

En droit civil québécois[1144], la Cour suprême a rappelé que les dommages et intérêts punitifs ne faisaient pas partie du régime d'indemnisation du droit commun, le critère d'attribution est celui d'une loi les prévoyant[1145]. Cependant, en droit civil du Québec, la question s'est posée de savoir si une réclamation de dommages et intérêts compensatoires était une condition première pour pouvoir obtenir en plus des dommages et intérêts punitifs.

115. L'absence de rapport avec les dommages et intérêts compensatoires – Dans la décision *De Montigny* c. *Brossard*[1146], la Cour suprême a répondu à une controverse née dans une décision précédente, *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés des services publics inc.*[1147]. Cette décision pouvait laisser entendre que les dommages et intérêts punitifs n'étaient pas indépendants des dommages et intérêts

[1140] D. BOIVIN, *op. cit.*, note 921, p. 422.
[1141] *Id.*, p. 427-428. L'approche américaine est fonctionnelle alors que l'approche anglaise est qualitative. Dans l'approche candienne, le comportement choquant du défendeur n'est pas suffisant. De plus, le juge doit prendre en compte la présence de dommages et intérêts compensatoires dont le montant est suffisant pour assurer à lui seul la triple fonction punitive, dissuasive et dénonciatrice.
[1142] V. *infra*, p. 340 et s.
[1143] *Id.*, p. 423.
[1144] Sur les dommages et intérêts punitifs en droit civil québécois, v. Pauline ROY, *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1995 ; Pauline ROY, « Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 263 ; Mélanie SAMSON, « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et … révolution ? » 2012 42 *R.D.U.S.* 159
[1145] Par ex. *Chaput* c. *Romain*, [1955] R.C.S. 834.
[1146] [2010] 3 R.C.S 64, [ci-après *De Montigny*].
[1147] [1996] 2 R.C.S. 345, à la p. 409, au par. 127.

compensatoires. Autrement dit, la demande devait comporter un préjudice et une réclamation de dommages et intérêts compensatoires pour permettre l'allocation de dommages et intérêts punitifs. Pour comprendre cette controverse, il faut rappeler le contexte juridique de l'affaire *De Montigny*. Les Chartes québécoises et canadiennes étaient en cause. Au Canada, elles posent les principes supra législatifs pour protéger les droits et libertés de la personne[1148]. La *Charte québécoise*[1149] prévoit la possibilité d'accorder des dommages et intérêts punitifs en cas de violation de ses dispositions. Or si les juges avaient décidé de lier l'octroi de dommages et intérêts punitifs aux dommages et intérêts compensatoires, ils soumettaient des droits fondamentaux au recours civil. Dans la mesure où il serait incohérent de soumettre des normes supra législatives au Code civil[1150], il était évident que les dommages et intérêts punitifs étaient une institution autonome des dommages et intérêts compensatoires en droit civil québécois.

116. La disparition du préjudice – Dans une affaire concernant le droit à la vie privée (Art. 5 de la *Charte québécoise*[1151]), il est apparu que l'absence de préjudice pouvait légitimer les dommages et intérêts punitifs. Il s'agit de la décision de la Cour suprême *Aubry* c. *Éditions Vice-Versa inc.*[1152]. La victime n'avait pas subi de préjudice, elle se plaignait simplement que des personnes s'étaient moquées d'elle suite à la publication d'une photo dans un magazine sans son accord. La Cour accorde 2000 $ de dommages et intérêts compensatoires. Un commentateur nous livre l'analyse de cette décision[1153] :

> « La reconnaissance d'un recours autonome en dommages-intérêts punitifs permettrait de donner une solution plus satisfaisante à un litige de cette nature. Les tribunaux n'auraient pas à rechercher un préjudice qui apparaît quelque peu artificiel, et pourraient affirmer sans détour que la somme octroyée a une fonction punitive ou dissuasive. Le défendeur n'aurait pas non plus la possibilité de faire échec au recours en tentant de démontrer l'absence de préjudice »[1154].

[1148] L'équivalent en France est le « bloc de constitutionalité » qui contient par exemple la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 ou le préambule de la Constitution de 1946 sur les droits sociaux, économiques et politiques.
[1149] *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chapitre C-12, (ci-après la Charte québécoise).
[1150] Même si en France on a pu se poser la question, v. Rémy CABRILLAC, « Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ? », (2005) 39 *R.J.T.* 245, au sujet de l'article de Jean CARBONNIER, « Le Code civil », dans Pierre NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, «La Nation», Paris, Gallimard, 1986, p. 309.
[1151] *Charte québécoise*, *op. cit.*, note 1149.
[1152] [1998] 1 R.C.S. 591.
[1153] Sébastien GRAMMOND, « Un nouveau départ pour les dommages et intérêts punitifs », dans Barreau du Québec, Congrès annuel, *Savoirs*, Hilton Lac-Leamy/Gatineau, 2011, [en ligne] : <www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2011/2090/index.html>, p. 5.
[1154] Nous soulignons.

Nous retrouvons la logique du droit québécois évoquée plus haut[1155] mais cette fois la logique punitive est utilisée pour justifier l'octroi de dommages et intérêts sans préjudice réel. Auparavant, nous avons vu que l'évaluation forfaitaire du préjudice n'était pas nécessairement punitive quand le préjudice existait mais qu'il était difficile à évaluer. Par conséquent, si le préjudice est présumé, l'évaluation forfaitaire s'impose. Si le préjudice est inexistant, les dommages et intérêts punitifs sont la solution pour « réparer »[1156] la victime. Un autre élément intéressant est l'affirmation, dans cette citation, d'une fonction punitive et dissuasive des dommages et intérêts punitifs. Il s'agit d'objectifs opportuns dans une action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles. Nous reviendrons sur cette double fonction plus tard dans l'étude.

Par ailleurs, nous retrouvons le recours collectif pour compléter la réflexion sur ce point. Comme précédemment, nous avions appuyé notre analyse de l'hypothèse d'une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts par l'évaluation du préjudice dans le recours collectif. De la même manière, l'auteur affirme que cette logique punitive aurait un effet bénéfique dans le cadre du recours collectif en l'absence d'un préjudice commun aux membres du groupe. En droit de la consommation, la décision *Brault & Martineau inc.* c. *Riendau*[1157] énonce au paragraphe 43 :

> « (…) [L]'attribution de dommages punitifs, dans les cas de violation de la [*Loi sur la protection du consommateur* (ci-après LPC)], ne dépend pas de l'attribution préalable d'une réparation d'un préjudice moral ou matériel. En l'espèce, la publication d'annonces qui sont trompeuses en raison de l'omission d'informations essentielles constitue une violation d'une règle de fond de la LPC. En pareil cas, l'article 272 LPC permet l'attribution de dommages punitifs même en l'absence de dommages compensatoires ».

Le préjudice n'est pas une condition d'octroi des dommages et intérêts punitifs en droit de la consommation. Il s'agit d'un atout dans un recours collectif de consommateurs. Il faut signaler que cette décision a été rendue avant la décision *De Montigny*[1158]. Elle illustre l'analyse des juges qui considéraient à cette époque que l'octroi de dommages et intérêts compensatoires était un préalable aux dommages et intérêts punitifs. Mais ici, les juges de la Cour d'appel considèrent que cette logique ne

---

[1155] *Supra*, aux par. 111 et 112.
[1156] Au sens stricte, il ne s'agit pas d'une réparation mais d'une sanction, d'où nos guillemets.
[1157] [2010] R.J.Q. 507 (C.A.), aux par. 41-46. V. Sylvie RODRIGUE, « L'absence de dommages compensatoires en matière de recours collectif », Services de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol. 295, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 77.
[1158] *Op. cit.*, note 1146.

vaut que pour la *Charte québécoise*. En droit de la consommation, les dommages et intérêts punitifs sont une institution autonome. Par conséquent, il est normal d'exclure la preuve d'un préjudice, élément emblématique de l'action civile en réparation.

Dans l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles, la logique punitive pourrait être transposée pour pallier l'absence de preuve du préjudice dans certains cas où seul le dommage existe. Cependant, au Québec, aucune loi spéciale ne prévoit les dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles. En France, les dommages et intérêts punitifs ne sont tout simplement pas consacrés par le *Code civil.*

2) La peine privée en droit français

En droit français, même si les dommages et intérêts punitifs n'existent pas officiellement, la doctrine s'accorde pour constater l'existence officieuse de peines privées.

117. Une existence officieuse – Les dommages et intérêts punitifs existeraient officieusement[1159]. Ils seraient liés à la fonction normative de la responsabilité civile[1160]. Par conséquent, on ne peut pas parler d'importation ou de transposition des dommages et intérêts punitifs en France. Une reconnaissance officielle de la part du législateur serait davantage une révélation qu'une création. La peine privée a été théorisée par Hugueney en France au début du 20ème siècle[1161]. On reconnaît depuis trois critères pour identifier une peine privée[1162] :

- Un critère objectif : le montant de la condamnation, c'est-à-dire que la réparation est supérieure au préjudice ;
- Un critère subjectif : l'importance de la faute ;
- Un critère téléologique : la peine privée vise la sanction de l'auteur de la faute là où la réparation se fonde sur le préjudice.

[1159] Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2011, p. 6 : « Si la fonction pénale de la responsabilité civile apparaît en effet très clairement dans certains systèmes juridiques, tel n'est pas encore le cas en France ou elle a toujours été et demeure aujourd'hui officiellement niée par les tribunaux, bien qu'elle inspire en fait certaines solutions ». C'est d'ailleurs tout l'objet de la thèse de Suzanne Carval.

[1160] Jérôme FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », dans *Liber amicorum* Jean CALAIS-AULOY, Paris, Dalloz, 2003, p. 415.

[1161] Louis HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904.

[1162] Alexis JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, Thèse, Paris, LGDJ, 2005, p. 20 ; C. SINTEZ, *op. cit.*, note 589, p. 133.

La peine est dite privée « (…) de par l'affection qu'elle reçoit. La peine est privée parce que le montant de la condamnation bénéficie à la victime du responsable »[1163].

La peine privée est la figure pénale des dommages et intérêts en matière de responsabilité civile. Il faut comprendre qu'elle n'est pas les dommages et intérêts punitifs. En droit civil québécois, les dommages et intérêts punitifs sont une institution autonome de la responsabilité civile. Cette dernière n'est pas une condition d'octroi des dommages et intérêts punitifs[1164]. En France, la peine privée prend corps dans la responsabilité civile. Elle est la manifestation officieuse de sa fonction normative. Pour cette raison, un auteur a pu parler de « réparation mêlée de peine privée » pour parler de la fonction indemnitaire et répressive de la responsabilité civile[1165].

118. Les tentatives d'introduction en droit français – Depuis Hugueney, l'idée d'une peine privée a fait son chemin. Le législateur a eu l'occasion à plusieurs reprises de les introduire en droit positif sans que les réformes n'aboutissent. L'article 1371[1166] du *Rapport Catala*[1167] devait permettre l'octroi de dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. Une partie de la somme accordée par les tribunaux devait revenir à l'État français. Dans les grandes lignes, cet article est proche de la *Common law*. D'abord, l'aspect lucratif de la faute aurait permis l'allocation de dommages et intérêts punitifs. Le critère est similaire à celui proposé par Lord Devlin en droit anglais[1168]. Ensuite, le fait d'octroyer la somme à l'État est une caractéristique de l'action populaire ou *qui tam action* de la *Common law* anglaise. Il s'agit d'une action exercée par des procureurs privés au nom d'un intérêt collectif. Elle vise à obtenir une amende dont une partie est reversée à la Couronne[1169]. Il est question d'agir pour le Roi comme pour soi-même[1170]. On y retrouve l'idée de défendre un intérêt public. En effet, prévoir qu'une partie de la somme reversée retournera à l'État revient à considérer que l'action contre

---

[1163] *Id.*, p. 49.
[1164] Ce qui va à l'encontre de la thèse de S. CARVAL, qui assimile les dommages et intérêts punitifs de la *Charte québécoise* à la peine privée, v. S. CARVAL, *op. cit.*, 1085, p. 63, au par. 64.
[1165] Marie-Ève ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HÉBRAUD, Thèse, Paris, LGDJ, 1974, p. 93.
[1166] *Op. cit.*, note 989.
[1167] Suzanne CARVAL, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », dans *Revue des contrats*, 1er juillet 2006, n° 3, L'extenso.fr, RDCO2006-3-041.
[1168] *Supra*, au par. 113.
[1169] A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, note 385, p. 240.
[1170] The History and Development of Qui Tam, (1972) 1 Wash. U. L. Q. 81, à la p. 83 et s.

les fautes lucratives aurait un objectif public.

Un second projet de réforme de la responsabilité civile[1171] prévoyait l'introduction dans le *Code civil* d'un article 1386-25 permettant des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. Le texte se rapprochait du droit québécois car ils n'étaient permis que dans les cas où la loi les aurait prévus. Il est étonnant de constater que deux mois avant cette proposition, un rapport sur l'action de groupe s'était pourtant prononcée contre les dommages et intérêts punitifs en droit français[1172].

En 2009, le rapport *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*[1173] avait fait une recommandation[1174] pour des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. Or un contentieux particulier était visé, celui des pratiques anticoncurrentielles[1175]. Pour le moment, la Cour de cassation considère que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties »[1176]. De plus, elle considère que la faute ne doit pas être prise en compte dans l'évaluation du préjudice[1177]. Enfin, il y a un risque d'inconstitutionnalité. Comme l'explique le *Rapport de 2009*[1178] :

> « Il est vrai que les dommages et intérêts punitifs pourraient s'apparenter à des sanctions quasi-pénales qui, en l'absence d'incrimination spécifique, soulèvent la question de leur compatibilité avec le principe constitutionnel de légalité des peines, énoncé par l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et l'interprétation faite par la

[1171] FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, (présenté par Laurent BÉTEILLE), n° 657, (2009-2010) – 9 juillet 2010, (ci-après *Proposition Béteille*).
[1172] FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, (présenté par Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG), (2009-2010) – 26 mai 2010.
[1173] FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, (présenté par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE), n° 558, (2008-2009) – 15 juillet 2009 (ci-après *Rapport Anziani-Béteille*).
[1174] La recommandation 24 expliquée p. 7 : « Autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires. Cette possibilité permettrait de mieux indemniser et sanctionner des comportements rencontrés notamment dans les domaines du droit des médias et du droit de la concurrence ». Nous soulignons.
[1175] Même si le *Rapport Anziani - Béteille* parle du « droit de la concurrence » sans distinguer entre la concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles, le rapport évoque la section IV du *Clayton Act* à la p. 96, note 1. On peut donc conclure que c'est bien le droit des pratiques anticoncurrentielles qui est visé.
[1176] Cass. crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-82.666 et aussi Cass. civ. II, 23 janvier 2003, bull. II, n° 20
[1177] Cass. civ. II, 8 mai 1964, cité dans le *Rapport Anziani - Béteille*, *op. cit.*, note 1173, p. 79.
[1178] *Op. cit.*, note 1173, p. 87.

Cour européenne des droits de l'homme de l'article 7 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*
Le Conseil constitutionnel juge en effet que le principe de légalité s'applique au-delà de la matière proprement pénale, « à toute sanction ayant le caractère d'une punition » ».

Enfin, l'article 54 du *Rapport Terré*[1179] propose qu'en cas de faute intentionnelle lucrative, le juge, dans une décision spécialement motivée, puisse condamner le fautif au montant retiré par la faute. Il s'agit de dommages et intérêts restitutoires qui visent « à prévenir un calcul malicieux »[1180]. Même si le groupe de travail les a prévus par exemple pour la concurrence déloyale, nous pensons qu'il n'y a aucune raison d'exclure la faute civile de pratique anticoncurrentielle.

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles semblent appelées à connaître un droit à des dommages et intérêts punitifs si le législateur les consacrait. En effet, la faute lucrative que représente la faute concurrentielle permet d'aborder cette question des dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles.

§2 : La controverse suscitée par l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence

Après avoir présenté les dommages et intérêts punitifs en droit canadien et la notion voisine de peine privée en droit français, il convient de poser les éléments du débat autour des pratiques anticoncurrentielles (A). En France, le droit comparé est utilisé pour pallier la supposée inexistence des dommages et intérêts punitifs. Il est pourtant étonnant de voir que le législateur français s'est montré moins regardant dans les contentieux relevant de la propriété intellectuelle et des droits d'auteurs (B).

1) Le débat autour des pratiques anticoncurrentielles

119. Un débat clos au Canada – Qu'on puisse le regretter ou non les dommages et intérêts punitifs sont proscrits en droit des pratiques anticoncurrentielles au Canada. L'article 36(1) L.c. prévoit que la victime d'une pratique anticoncurrentielle « peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu [un comportement non-conforme à la partie criminelle de la L.c.] ou n'a pas obtempéré à [une] ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est

[1179] François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.
[1180] Pauline REMY-CORLAIS, « De la réparation », dans *id.*, p. 199.

reconnue avoir subis ». L'insertion des mots « somme égale » ne laisse aucun doute : le droit fédéral canadien affirme le principe de réparation intégrale en droit de la concurrence. La jurisprudence a confirmé cette analyse textuelle[1181]. La seule solution est de cumuler l'article 36 avec les *torts* de *Common law* ou une loi les prévoyant au Québec comme la LPC[1182]. Malheureusement, si en *Common law*, plusieurs *torts* comme la *conspiracy*, comparable à l'entente, permettent des dommages et intérêts punitifs, ce n'est pas le cas en droit civil québécois. La concurrence déloyale n'ouvre pas droit à des dommages et intérêts punitifs. Une ancienne affaire, datant du début du siècle dernier, fait cependant exception[1183]. La cause concernait dans les faits, une entreprise de Montréal chargée de repeindre une enseigne. Il s'avère qu'il y avait une coutume selon laquelle le peintre pouvait inscrire le nom de son entreprise pour se faire de la réclame. Dans notre cas, le nom de la plaignante avait été effacé, seul demeurant le nom de la défenderesse. Le juge ne souhaitant pas laisser une telle coutume apparaître condamna, conformément à la demande de la plaignante, la défenderesse à une somme de 10 $ à titre de dommages et intérêts punitifs. Pourtant, aucun texte ne le prévoyait à l'époque. Il s'agit de la première apparition des dommages et intérêts punitifs en droit québécois[1184] avant son apparition légale en 1929 dans la *Loi sur la protection des arbres*[1185]. L'espoir reste permis pour les entreprises se fondant simultanément sur l'article 36 et un cas de concurrence déloyale d'obtenir des dommages et intérêts punitifs mais, pour les consommateurs, la seule issue est la LPC. Or la LPC ne contient pas de dispositions qui se rapprocheraient d'une entente anticoncurrentielle. Pourtant, l'usage modéré des dommages et intérêts punitifs au Canada pourrait favoriser leur déploiement en droit des pratiques anticoncurrentielles sans craindre les excès américains. Pour l'heure, seule une reconnaissance en droit fédéral pourrait changer la situation des victimes d'ententes.

120. L'état du droit de la concurrence français – Le droit de la concurrence en France ne reconnaît pas un droit à des dommages et intérêts punitifs pour les pratiques

[1181] *Westfair Foods Ltd.* c. *Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629 ; *Wong* c. *Sony of Canada Ltd.*, [2010] O.J. No. 1707 (O.S.C.J.).
[1182] Ce cumul des fondements au Québec a été approuvé par la Cour supérieure dans *Construction Bécon*, *op. cit.*, note 612.
[1183] Denis Advertising c. Martel Stewart, (1915) 47 C.S. 266.
[1184] P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 1131, p. 536.
[1185] *Op. cit.*, note 1129.

anticoncurrentielles. La faute d'entente ou d'abus de position dominante est sanctionnée par l'Autorité de la concurrence. L'article L. 464-2, I, al. 3 du *Code de commerce* dispose que : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ». La faute et le dommage sont pris en compte mais seulement pour les fins de la sanction publique. Cependant, en France comme au Canada, seule la perte permet de calculer l'indemnité de la victime[1186]. La faute, fondement de la peine privée, ne peut donc pas être prise en compte dans l'action privée. Ce privilège est réservé à l'Autorité de la concurrence.

Pourtant, une figure de peine privée existe en droit des pratiques restrictives de concurrence. L'article L. 442-6 prévoit un III sur les conditions d'exercice de l'action en responsabilité civiles suite à une pratique restrictive de concurrence. Notamment, l'article prévoit des dispositions exorbitantes du droit commun :

> « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ».

L'article poursuit :

> « Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée »[1187].

Le législateur a dans ce cas prévu une sanction équivalente à une amende publique car elle est plafonnée. Cependant, il ménage un décloisonnement de l'amende en la portant au triple des sommes indûment versées. Le juge a le choix. L'amende plafonnée ne nécessite pas la démonstration des sommes indûment versées dans le cadre de la pratique restrictive. On peut alors supposer que les autorités habilitées à agir pourront s'en prévaloir quand elles ne parviendront pas à les démontrer. Au-delà de l'amende civile, les autorités publiques peuvent demander la réparation du préjudice de la victime.

[1186] Cécile LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. SÉRIAUX, Thèse, Paris, LGDJ, 2007, aux par. 295 et 296.
[1187] Nous soulignons.

L'objectif est d'obtenir la sanction privée des pratiques restrictives sans que la victime n'ait à agir par elle-même en justice avec la crainte de représailles. L'action du ministre[1188] prévoit donc une amende civile qui n'est pas une peine privée. L'amende civile est plafonnée (deux millions d'euros au maximum) ; la faute joue un rôle dans son évaluation mais pas seulement, les sommes indûment versées servent aussi de base au calcul de l'amende. L'amende civile n'est pas nécessairement supérieure au préjudice. Enfin, si la sanction est présente, elle reste une sanction publique empruntant la voie civile en l'absence d'infraction pénale[1189]. En cela, elle n'est pas strictement une peine privée.

On pourrait alors penser que le droit français est prêt pour accueillir les dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, il n'en est rien. Même l'Union européenne y a renoncé.

121. Le point de vue européen – Dans l'affaire *Manfredi*[1190], il avait été question d'octroyer des dommages et intérêts punitifs. La CJCE avait renvoyé à l'ordre juridique de chaque États membres[1191] prenant le soin de préciser que si l'État membre les reconnaissait rien ne devait faire obstacle à leur application en droit des pratiques anticoncurrentielles[1192]. Dans les documents de travail sur le *Livre vert*, on retrouve des réflexions sur ce thème[1193]. L'option 15 du *Livre vert* envisageait la récupération du gain illicite. L'option 16 proposait de doubler les dommages et intérêts compensatoires en cas d'entente horizontale. Malheureusement, ces propositions courageuses n'ont pas été reprises dans la *Proposition de directive sur l'action privée*. La position européenne

[1188] Pour des développements à ce sujet, v. *supra*, au par. 37.
[1189] Martine BÉHARS-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », dans *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, L'extenso.fr, PA200223205 ; CA Nîmes, 25 févr. 2010, n° 07-00606, *SAS Carrefour France* c/ *Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* : BOCCRF 30 mars 2010, n° 3, obs. Martine BÉHARS-TOUCHAIS, « L'amende civile serait répressive mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes », dans *Revue des contrats*, 1er octobre 2010, n° 4, L'extenso.fr, RDCO2010-4-028. Pour une analyse de l'amende civile en matière de concurrence déloyale, v. Daniel FASQUELLE, « Concurrence déloyale: amendes civiles ou « dommages punitifs » » dans *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, Colloque du 6 décembre 2000, [en ligne] : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/09-concurrecne-deloyale-intro.pdf>
[1190] *Op. cit.*, note 14.
[1191] *Id.*, au par. 92. Le principe est déjà affirmé dans CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland et The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e.a.* («Brasserie du Pêcheur»), Rec. 1996, p. I-1029, au pt. 110.
[1192] *Id.*, au par. 93.
[1193] *Livre vert*, *op. cit.*, note 17 au par. 116.

s'en tient au préjudice prouvé pour évaluer le *quantum* de la réparation. Si l'introduction de l'action de groupe en France va faciliter l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles, ce droit à l'action privée peut difficilement se dispenser d'un droit de l'action privée sans dommages et intérêts punitifs.

122. Analyse économique des dommages et intérêts punitifs – D'abord, en défaveur des dommages et intérêts punitifs, l'analyse économique démontre qu'une élévation des dommages et intérêts entraîne une incitation à aller devant le juge pour régler le conflit au lieu de passer par la voie transactionnelle[1194]. Il s'agit d'une remise en cause de la croyance selon laquelle, la peur de dommages et intérêts importants incite les entreprises à transiger. Cependant, le propos est à nuancer car une augmentation des frais d'instance (comme c'est le cas dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles en raison de la durée du procès et des expertises) accroît la probabilité d'arriver à un règlement amiable[1195]. Par ailleurs, l'analyse économique démontre qu'en droit de la concurrence, pour qu'une indemnisation soit véritablement dissuasive, elle doit être supérieure au préjudice[1196].

L'objectif des dommages et intérêts punitifs est d'augmenter la « pression dissuasive »[1197]. Les pratiques anticoncurrentielles sont des actes dissimulés ou *de minimis* c'est-à-dire que l'acte fautif est caché. L'auteur sait qu'il a peu de chances d'être identifié et poursuivi. « *De minimis* » signifie que le préjudice est trop infime pour décider la victime à agir en justice. Le cas de 100 consommateurs fraudés où un seul agirait en est l'exemple[1198]. Dans ce cas, avec les dommages et intérêts compensatoires, l'auteur conserve 99 % du gain illicite. Il a donc intérêt à poursuivre le comportement fautif ; c'est la faute lucrative. Par conséquent, si l'on souhaite augmenter la dissuasion, il faut que les dommages et intérêts punitifs soient 99 fois supérieurs aux dommages et intérêts compensatoires. Le multiplicateur des dommages et intérêts compensatoires pour obtenir les dommages et intérêts punitifs doit être le suivant :

[1194] Bruno DEFFAINS, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », (1997) 12/3 *Rev. française d'économie* 57, à la p. 64.
[1195] *Id.*, p. 73.
[1196] Maurice NUSSENBAUM, « La réparation du préjudice économique lié aux pratiques anticoncurrentielles », dans *Etudes à la mémoire de Fernand Charles JEANTET*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 391.
[1197] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 441, p. 354, au par. 1266.
[1198] *Id.*

Probabilité	Multiplicateur	Probabilité	Multiplicateur
1 %	99,0	50 %	1,0
5 %	19,0	60 %	0,7
10 %	9,0	70 %	0,4
20 %	4,0	80 %	0,3
30 %	2,3	90 %	0,1
40 %	1,5	100 %	0,0

Source : Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, Analyse économique du droit, Paris, Dalloz, 2008, p. 355, au par. 1272.

Si « les dommages exemplaires ont pour but de restaurer la pression dissuasive sur l'auteur des dommages, tout en laissant l'initiative de la poursuite à un particulier plutôt que de la confier à une agence de l'État »[1199], les dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence français, européen et canadien sont une hypothèse difficilement envisageable. En effet, dans ces ordres juridiques, les autorités de concurrence assurent la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles. Par conséquent, il n'est nul besoin de dommages et intérêts punitifs. L'objection que l'on peut soulever est celle de la limitation de l'amende. L'amende ne peut dépasser un certain seuil. Or ce seuil n'est pas nécessairement conforme aux multiplicateurs susvisés qui sont sensés vider la faute lucrative de son bénéfice. La combinaison de l'amende avec les dommages et intérêts punitifs, sous la forme d'une multiplication des dommages et intérêts compensatoires, offrirait une alliance dissuasive peut être plus intéressante que la seule amende publique. Au Canada, la peine prévue de 14 années de prison[1200] soulève un autre débat sur la portée dissuasive de l'emprisonnement en droit des pratiques anticoncurrentielles et sa pertinence en droit économique. Dès lors, les dommages et intérêts punitifs pourraient venir compléter l'appareil dissuasif du *public enforcement*. En revanche, l'argument opposable contre les dommages et intérêts punitifs sous la forme d'un multiplicateur des dommages et intérêts compensatoires en droit civil est celui de l'enrichissement sans cause. Pour une entreprise, cet enrichissement peut constituer un avantage concurrentiel non seulement en affaiblissant la trésorerie d'un concurrent mais également en bonifiant corrélativement la sienne. Toutefois, il est possible de répondre

[1199] *Id.*, p. 354, au par. 1268.
[1200] Art. 45(2) L.c.

qu'une partie de la somme peut revenir à l'État, comme le proposait l'article 1371 du *Rapport Catala*. L'avantage de cette solution est qu'elle permet à l'État de contourner le plafonnement de l'amende. Cependant, elle n'incite pas la victime à agir en surmontant la *horror fori*[1201].

Les dommages et intérêts punitifs, sous la forme d'un multiple des dommages et intérêts compensatoires, ne sont pas sans rapport avec les dommages et intérêts compensatoires. En cela, si les juges québécois font des dommages et intérêts punitifs une institution autonome en droit civil, leur lien avec le préjudice de la victime doit être maintenu en droit des pratiques anticoncurrentielles. On s'aperçoit aussi que l'analyse économique appuie le point de vue français consistant à octroyer des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. La restitution du gain illicite permet de supprimer l'effet d'aubaine de la faute. Cette logique a été suivie en propriété intellectuelle et en droits d'auteur.

2) Les solutions en propriété intellectuelle et droits d'auteur

123. Au Canada – Le Canada dispose de législations d'origine fédérale dans les domaines de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur. Contrairement à la L.c., ces législations aménagent d'avantage les dommages et intérêts compensatoires pour s'assurer de restituer au demandeur une juste compensation. La *Loi sur les brevets*[1202] permet au breveté de recouvrir une indemnité raisonnable[1203]. Il est très exceptionnel que des tribunaux accordent des dommages et intérêts punitifs sur le fondement de la propriété intellectuelle[1204]. En revanche, le droit fédéral prévoit une compensation déjà plus intéressante en matière de droits d'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur*[1205] offre une option au demandeur : soit il recouvre des dommages et intérêts compensatoires, soit il recouvre une part « équitable » des profits[1206]. De même, la *Loi sur les marques de*

[1201] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit*, note 441, p. 356, au par. 1273.
[1202] L.R.C. (1985), c. P-4.
[1203] *Id.*, art. 55(2).
[1204] François GRENIER, « Attention : Usurper les droits du détenteur d'un brevet d'invention peut être coûteux… - L'évaluation des dommages pour contrefaçon de brevet », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 234, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 81.
[1205] L.R.C. (1985), c. C-42.
[1206] *Id.*, art. 35(1) : « Quiconque viole le droit d'auteur est passible de payer, au titulaire du droit qui a été violé, des dommages-intérêts et, en sus, la proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits

commerce[1207], prévoit des mécanismes de réparation exorbitants du droit commun. L'article 7 prévoit un recours en concurrence déloyale spécial pour les marques de commerce. Comme l'article 36, il chevauche le droit commun provincial. Il reste possible de se fonder sur le droit provincial et sur cette loi dans une même action[1208]. Dans ce cadre, le demandeur pourra non seulement récupérer le profit illicite[1209], mais bénéficier de dommages et intérêts punitifs selon l'article 53.2 de cette loi.

124. En France – Comme nous l'avons vu, le système français se revendique comme exempt de dommages et intérêts punitifs. Contrairement au Canada, où l'institution a une existence officielle, même en droit civil québécois, la France avance masquée. De plus, sans parler des dommages et intérêts punitifs, au Québec, on admet des assouplissements de la responsabilité civile par la possibilité d'une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts, notamment dans le recours collectif.

Il semble qu'en matière de contrefaçon, le législateur français laisse l'orthodoxie civiliste de côté pour adopter une position plus pragmatique. En effet, une *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*[1210] énonce à son considérant 26 que l'indemnité accordée à la victime devrait prendre en compte le bénéfice de l'auteur de la violation des droits en ces termes :

> « Le montant des dommages-intérêts pourrait également être calculé, par exemple dans les cas où il est difficile de déterminer le montant du préjudice véritablement subi, à partir d'éléments tels que les redevances ou les droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question. Le but est non pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages-intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le titulaire du droit tels que les frais de recherche et d'identification. »

---

qu'il a réalisés en commettant cette violation et qui n'ont pas été pris en compte pour la fixation des dommages-intérêts ». V. Hélène D'IORIO, « Évaluation des dommages et intérêts en matière de violation de droits d'auteur et de droits moraux », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 45.

[1207] L.R.C. (1985), c. T-13.

[1208] On a pu s'interroger sur la constitutionnalité de l'article 7*b)* car il relevait manifestement du droit civil et de la propriété, matière provinciale au Canada. En 1987, la Cour d'appel fédérale a jugée qu'il relevait en réalité de la compétence générale du Canada en matière de trafic et de commerce, v. *Asbjorn Horgard A/S* c. *Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544, par. 28. Pour des commentaires v. C. BOUCHARD, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, note 419, p. 246 et s. ; Daniel GERVAIS et Elizabeth F. JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2006, p. 513 et s. ; Hugues G. RICHARD et Laurent CARRIÈRE, *Loi canadienne sur les marques de commerce annotée*, Toronto, Carswell, 2000, p. 125 et s.

[1209] C. BOUCHARD, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, note 419, p. 249.

[1210] L157/45 du 30.4.2004.

À la lecture de ce considérant, la similarité de la situation décrite avec celle des victimes de pratiques anticoncurrentielles est patente. Le Parlement français s'est félicité de ce choix proche de la conception française de la réparation intégrale[1211]. L'article L. 331-1-3 du *code de la propriété intellectuelle* (ci-après CPI) propose une alternative commune à tous les droits d'auteur et les droits voisins : soit des dommages et intérêts calculés sur « les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte »[1212] ; soit « la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte »[1213]. On peut citer aussi l'article L. 716-14, 3° CPI. Il prévoit pour la contrefaçon de prendre en considération les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Il s'agit d'une prise en compte de la faute lucrative en droit français. La ressemblance avec le droit canadien est perceptible, les deux droits offrent au juge la possibilité de se fonder sur le bénéfice illégal.

La propriété intellectuelle et les droits d'auteur illustrent, comme la concurrence déloyale, un assouplissement de l'évaluation des préjudices pour favoriser l'indemnisation des victimes, lesquelles connaissent, comme les victimes de pratiques anticoncurrentielles, des difficultés à obtenir un recouvrement satisfaisant de leur préjudice. Pourquoi, dans ces domaines gravitant autour de celui de la concurrence, le législateur fait preuve de plus de souplesse ? Sans nécessairement introduire les dommages et intérêts punitifs *stricto sensu*, n'est-il pas possible d'envisager des solutions de ce type pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles ? Il semble que l'explication soit une fois de plus celle de la présence d'une autorité de concurrence qui assure la protection du marché. Les victimes d'une violation des droits d'auteur et de propriété intellectuelle ne sont pas protégées par une autorité publique spécialisée. Mais, malgré cette organisation étatique de la régulation de la concurrence, il est évident que

[1211] FRANCE, PARLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 175), adopté par le sénat, de lutte contre la contrefaçon* (présenté par Philippe GOSSELIN , n° 178, (2006-2007) – 26 septembre 2007.
[1212] L. 331-1-3 CPI, al. 1. Nous soulignons.
[1213] *Id.*, al. 2. Nous soulignons.

les victimes n'ont pas de réparation satisfaisante de leur préjudice. Dans ce cas, il semble intéressant de songer à une transposition de ces solutions en droit des pratiques anticoncurrentielles pour rendre effective la réparation des victimes. La privation du bénéfice illégal envisagée est applicable aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Un consommateur victime d'une augmentation de 1$ du prix de l'essence suite à une entente entre les stations-services, pendant 5 ans en raison d'un cartel, subit à raison de 100 passages à la pompe par an, 500 $ de préjudice[1214]. On peut donc objectivement calculer le gain illicite réalisé. Or la privation de ce gain constituerait la réparation du préjudice subi. Bien sûr, en pratique, les choses ne seront pas aussi simples, et une évaluation approximative sera privilégiée. Pour autant, cela démontre que la transposition de la méthode de lutte contre les fautes lucratives en droit de la propriété intellectuelle et de droit d'auteur est possible pour les pratiques anticoncurrentielles.

Le tout laisse l'impression qu'en droit de la propriété intellectuelle et en droit d'auteur, les dommages et intérêts compensatoires deviennent des dommages et intérêts punitifs dès lors qu'ils ne sont plus calculés sur le seul préjudice mais en fonction des bénéfices issus de la faute[1215]. Les dommages et intérêts compensatoires sont au final dénaturés, comme si, dans les fautes touchant au marché, leur nature était à la fois compensatoire mais aussi punitive. Cette perturbation de la nature des dommages et intérêts se retrouve en droit des pratiques anticoncurrentielles. Les auteurs considèrent que les dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence seraient en réalité plus compensatoires que punitifs.

Section II – Le caractère évolutif de la nature des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence

Après avoir présenté le concept de dommages et intérêts punitifs en droit canadien et français et les interrogations suscitées par ceux-ci en droit de la concurrence, il

[1214] Ces chiffres sont donnés à titre d'exemple et ne sont pas réels.

[1215] Il s'agit, selon la Commission de réforme des lois de l'Ontario, d'un des développements futurs des dommages et intérêts punitifs, c'est-à-dire que leur intervention se fera dans les cas de conduites calculées en fonction du profit réalisable, dans ONTARIO, COMMISSION DE RÉFORME DES LOIS, *Rapport sur les dommages et intérêts exemplaires*, Toronto, 1991, p. 95. Suzanne Carval constatait déjà dans les années 90 que les dommages et intérêts punitifs permettaient de récupérer les bénéficies illicites résultant d'une faute lucrative, v. S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 68 au par. 68. Les dommages et intérêts restitutoires seraient donc des dommages et intérêts punitifs.

convient de se pencher sur les implications des dommages et intérêts punitifs dans l'action privée (§1). Il s'agit d'une analyse purement prospective dans la mesure où ils ne sont pas reconnus en droit français et en droit fédéral canadien pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. L'objectif est de comprendre comment les dommages et intérêts punitifs pourraient influencer le contentieux indemnitaire en droit des pratiques anticoncurrentielles. Nous pousserons ensuite l'analyse des dommages et intérêts punitifs pour comprendre qu'elle serait leur nature en droit des pratiques anticoncurrentielles. Il semblerait qu'ils soient hybrides, à la fois punitifs et compensatoires (§2).

§1 : Les implications des dommages et intérêts punitifs dans l'action privée concurrentielle

125. L'effectivité de l'action privée – Les dommages et intérêts punitifs sont envisagés dans l'action privée comme un moyen de motiver les victimes à agir. Les dommages et intérêts punitifs ont peut-être pour conséquence un enrichissement sans cause de la victime, mais on peut aussi rétorquer qu'il s'agit d'une récompense légitime de la victime pour avoir aidé à la détection et à la sanction de pratiques anticoncurrentielles. Au regard du coût des investigations et des frais d'avocats en cas d'action seule (*stand-alone*) de la victime, elle ne touchera probablement pas du juge une somme qui excède son préjudice. Par exemple, le droit canadien a pensé à cet état de fait pour prévoir que non seulement la victime récupère sa perte ou son manque à gagner mais aussi « (...) toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article »[1216].

L'intérêt pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles est aussi d'avoir une action en responsabilité civile non plus basée sur le préjudice mais sur la faute. De cette manière, on occulte la preuve et l'évaluation du préjudice pour se concentrer sur la faute. Les victimes devront simplement faire la preuve qu'elles étaient visées par la faute d'entente ou d'abus de position dominante, c'est-à-dire le lien de causalité. La logique punitive met en échec les moyens de défense fondés sur l'absence de préjudice

[1216] Art. 36(1) L.c.

et sur son évaluation. De même, pour les acheteurs indirects, la défense fondée sur la répercussion des surcoûts devient sans objet, seules comptent la sanction et la qualité de victime de la pratique prohibée.

Si le droit à l'action privée doit emprunter un canal procédural collectif pour tendre vers l'effectivité de l'action, le droit de l'action privée doit penser l'effectivité de la peine privée en termes d'incitation à l'action et de privation du gain illicite[1217]. S'agissant de l'incitation à l'action privée, la peine privée permet d'envoyer à la victime le signal que, malgré les difficultés à évaluer son préjudice, la prise en compte de la faute et du gain illicite lui permettra d'agir à bon escient pour récupérer une somme qui compensera le coût de son action et de ses efforts[1218]. Du côté de l'auteur des pratiques anticoncurrentielles, en termes de privation du gain illicite, il s'agit de dissuader l'auteur en envoyant un message selon lequel la faute ne paie pas[1219]. Cette idée est d'autant plus valable que le droit des pratiques anticoncurrentielles fonctionne déjà sur ce modèle. Les programmes de clémence français, européen et canadien cherchent à déjouer le calcul lucratif des membres d'une entente. Cependant, une difficulté de l'action publique est que l'amende est plafonnée ; elle ne peut donc pas vider la faute de son bénéfice. De plus, le programme de clémence permet, au nom de la révélation de la pratique, objectif par ailleurs compréhensible, à certains fautifs de conserver le produit de leur crime en cas d'immunité[1220]. L'action de la victime ne nuit au programme de clémence que si les dommages et intérêts suppriment ce gain illicite. Les dommages et intérêts punitifs tendent vers cet objectif. Dans ce cas, la faute ne paie plus. Pour cette raison, l'entreprise membre d'un cartel n'a plus d'intérêt à dénoncer l'entente car elle mettrait en branle l'action privée, seule action capable, sans limitation, de récupérer le

[1217] S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 129 , au par. 123 : « Si la mise en œuvre de la responsabilité personnelle permet de sanctionner la grande majorité des fautes commises dans l'exercice d'une activité commerciale (toute faute n'est pas génératrice d'un préjudice mais il faut reconnaître que la plupart le sont), elle le faut, cependant, de manière très incomplète, en ne tenant compte que d'un aspect de la faute de concurrence – son caractère dommageable – à l'exclusion de son caractère lucratif. Cette excessive rigidité de la condamnation à dommages et intérêts dessert l'efficacité du droit de la responsabilité en de nombreux domaines. (...) En ce qui a trait, cependant, aux agissements concurrentiels fautifs, cette rigidité est, non plus la cause d'insuffisances ponctuelles de la sanction civile, mais la source de ce qu'il faut bien appeler son inadaptation chronique » ; Muriel 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 », J.C.P. G. 2006.I.149, aux par. 15 et 16.

[1218] À ce jour, dans le recours collectif au Québec, le représentant n'a aucun intérêt rationnel à agir, il recouvrera la même somme que les autres membres alors que pourtant il a porté le dossier devant le tribunal. En France, de la même manière, les associations de consommateurs risquent de cesser d'agir si elles ne récupèrent pas le coût de l'action.

[1219] S. CARVAL, *loc. cit.*, note 1215.

[1220] Il s'agira de la première entreprise à dénoncer l'entente.

gain illicite pour supprimer le bénéfice issu de la pratique.

126. La prise en compte de la réalité du droit – Toutefois, la réalité du droit remet en cause cette effectivité possible de l'action privée. Les juges canadiens font une application raisonnable des dommages et intérêts punitifs, de sorte qu'un plafond au moins psychologique existe pour les fixer[1221]. Si les dommages et intérêts punitifs étaient permis en droit des pratiques anticoncurrentielles au Canada, il faudrait que les juges s'autorisent à fixer une somme suffisamment importante du point de vue de la victime et de l'auteur pour assurer l'effectivité bilatérale de l'action privée[1222]. Corolairement, en droit français, si les dommages et intérêts punitifs, peu importe leur nom (dommages et intérêts punitifs ou dommages et intérêts restitutoires), sont soumis au principe de légalité des délits et des peines pour être constitutionnels, cela empêcherait à la fois de verser une somme incitant à l'action de la victime et une somme vidant la faute de son bénéfice illicite pour l'auteur. En effet, le texte devrait être suffisamment précis pour décrire les fautes en cause. Le montant maximum des dommages et intérêts punitifs devrait aussi être fixé. En outre, si les propositions du *Rapport Terré* étaient constitutionnelles, le juge trouverait dans l'argument de l'efficacité bilatérale des dommages et intérêts punitifs, un point important pour motiver ses décisions de prononcer la restitution des gains illicites en droit des pratiques anticoncurrentielles[1223].

Les dommages et intérêts punitifs sont une solution séduisante mais on ne peut ignorer les contraintes du système juridique et la pratique judiciaire établie pour se concentrer seulement sur ce qui serait favorable à l'action des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En France, le système juridique impose un principe de légalité à toute peine, même civile, et, au Canada, la pratique judiciaire alloue des sommes raisonnables à titre de dommages et intérêts punitifs. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles seraient donc aux prises avec ces contraintes si la France et le

[1221] Sur la question de l'évaluation des dommages et intérêts punitifs au Canada, v. Pierre E. AUDET, « L'évaluation des dommages exemplaires », (1981-1982) 70 *F. P. du B.* 225. Un plafond réel existe pour les dommages extrapatrimoniaux fondés une trilogie d'arrêts de la Cour suprême : *Andrews* c. *Grand and Toy Alberta Ltd.*, (1978) 2 R.C.S. 229 ; *Thornton* c. *School District n° 57*, (1978) 2. R.C.S. 267 et *Arnold* c. *Teno*, (1978) 2. R.C.S. 287.

[1222] Par bilatérale, nous entendons du point de vue de la victime et de l'auteur de pratiques anticoncurrentielles.

[1223] *Rapport Terré*, *op . cit.*, note 1179 : il prévoit qu'en cas de faute lucrative, le juge peut, par décision spécialement motivée, prononcer la restitution des gains illicites.

Canada avançaient vers des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence.

§2 : La nature hybride des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence : entre sanction et compensation

La nature des dommages et intérêts punitifs se décèle à l'aune de leur fonction naturelle de sanction (1). Cependant, se cacherait derrière cette fonction pénale naturelle une fonction réparatrice (2).

1) La fonction naturelle des dommages et intérêts punitifs en droit civil : la sanction

127. La nature pénale des dommages et intérêts punitifs – Toujours dans l'hypothèse de leur introduction en droit français, on peut se demander à juste titre si les dommages et intérêts punitifs n'ont pas une nature pénale. En effet, dans l'hypothèse de leur introduction en France, le risque d'inconstitutionnalité serait réel si le Conseil constitutionnel les considérait comme une sanction pénale. Il faudrait alors que le législateur corrige le texte en fonction du principe de légalité des délits et des peines, par exemple, en fixant un seuil maximal au-delà duquel le juge ne pourrait aller.

Le droit québécois offre au droit civil français un point de vue civiliste sur la nature des dommages et intérêts punitifs. Au Québec, les dommages et intérêts punitifs sont considérés comme une sanction pénale d'ordre civil[1224]. En effet, l'aspect pénal est indéniable. Tournés vers le fautif et non vers la victime, les dommages et intérêts punitifs cherchent à imposer une norme de comportement[1225]. Cependant, ils se manifestent dans le cadre d'une obligation civile entre des parties privées. L'État est exclu comme l'atteste le fait que la peine revient à la victime et non dans les coffres de l'État[1226]. De plus, les dommages et intérêts punitifs ne veillent pas à l'intérêt social ou général[1227], ils veillent aux intérêts privés. Par conséquent, « quand les dommages

[1224] P. PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 *R. du B.* 593.
[1225] *Id.*, p. 295-295.
[1226] *Id.*, p. 297. À ce titre, en France, le choix du *Rapport Catala* de faire tomber une partie des sommes dans les coffres du Trésor public aurait accru la confusion entre la qualification pénale et civile de ces dommages.
[1227] Ce n'est pas « une faute contre la société qui est en cause », v. *R.* c. *Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, à la p. 562.

punitifs interviennent, ils le font comme auxiliaire du droit civil et par les moyens du droit civil »[1228].

En France, l'article L. 442-6, III, du *Code de commerce*, prévoyant une amende civile de 2 millions d'euros en cas de pratiques restrictives de concurrence, a été contesté par une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC). Le Conseil constitutionnel nous livre son analyse de sa conception de la pénalité dans une action en responsabilité civile[1229]. Il considère que le législateur peut établir des amendes civiles à condition de respecter les articles 8 et 9 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*[1230]. Sur le principe, on peut en conclure que l'introduction de dommages et intérêts punitifs n'heurterait pas le Conseil du point de vue des droits fondamentaux. Ensuite, il ne faut pas que la disposition permette au juge une forme d'arbitraire[1231]. Enfin, eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité « prévenir et réprimer »[1232], le Conseil juge le texte suffisamment clair et précis. L'évocation d'une double fonction dissuasive et punitive, pour qualifier de pénal un texte, se retrouve au sujet des dommages et intérêts punitifs en droit québécois. Le débat sur cette double fonction n'est pas clos[1233]. Il demeure qu'elles sont attribuables aux dommages et intérêts punitifs, comme à une peine publique. Cependant, ces fonctions démontrent qu'en droit français, les dommages et intérêts punitifs seraient très probablement soumis aux articles 8 et 9 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*[1234].

[1228] P. PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome », *op. cit.*, note 1224, p. 297.
[1229] Cons. cons., Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils* : J.O du 14 janvier 2011, p. 813, (ci-après *Établissements Darty*) .
[1230] *Id.*, au csdrt n° 3.
[1231] Même si le *Rapport Terré*, *op. cit.*, note 1179, ne prévoit pas en tant que tel des dommages et intérêts punitifs, il exige cependant des juges une motivation spéciale pour déroger aux dommages et intérêts compensatoires et accorder des dommages et intérêts restitutoires. L'exigence est salutaire pour éviter d'encourir l'inconstitutionnalité. En fait, même si les auteurs du rapport contestent la nature punitive de ces dommages et intérêts, il demeure qu'ils restent une peine privée car ils sont fondés sur la faute et ne se calculent pas sur le préjudice. En cas de QPC, s'ils sont introduits, cette exigence pourrait sauver les dommages et intérêts restitutoires en ce qui concerne le critère de l'arbitraire.
[1232] *Établissements Darty*, *op. cit.*, note 1229, au csdrt n° 4.
[1233] Pour une fonction seulement dissuasive, v. P. PRATTE, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », *op. cit.*, note 1102, aux p. 472 à 507 et Pauline ROY, *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, Thèse, Montréal, Université de Montréal, 1995, aux p. 223-226. Pour une double fonction dissuasive et punitive, v. *Béliveau St-Jacques*, *op. cit.*, note 1147, aux p. 363-364 et 408 ; *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, à la p. 261 (ci-après *Hôpital St-Ferdinand*).
[1234] Sur la constitutionnalité de la peine privée, S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 215 et s.

En conséquence, est-il utile, dans la mesure où les dommages et intérêts punitifs ont une fonction pénale, de les accorder pour des comportements déjà sanctionnés par l'État comme c'est le cas pour les pratiques anticoncurrentielles ?

128. La présence d'une peine publique – En droit québécois, on s'aperçoit que les dommages et intérêts punitifs sont appelés à jouer un rôle pour éviter de pénaliser des comportements qui ne nécessitent pas « une sanction inutilement stigmatisante »[1235]. Les dommages et intérêts punitifs permettent au fond, soit de combler l'absence de textes répressifs, soit des textes répressifs peu dissuasifs[1236]. La question se pose alors de l'efficacité des peines en droit des pratiques anticoncurrentielles en France et au Canada. En effet, dans la négative, l'ineffectivité du volet répressif du droit des pratiques anticoncurrentielles doit appeler une complémentarité des actions privées et publiques sur le terrain du droit substantiel. L'autorité fonctionnelle de l'action privée déjà évoquée dans sa dimension processuelle[1237] prendrait corps *via* l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles pour renforcer la dissuasion de ces pratiques.

Du point de vue de la politique législative, le droit français connaît un vaste mouvement de dépénalisation du droit des affaires[1238]. Même si en droit des pratiques anticoncurrentielles, cette dépénalisation ne signifie pas une absence de sanction, on peut s'interroger sur le point de savoir si les dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence ne heurtent pas la philosophie du mouvement. Toutefois, il est très relatif en droit des pratiques anticoncurrentielles puisque les peines sont devenues administratives et que les personnes physiques peuvent toujours faire l'objet d'un emprisonnement[1239]. Ainsi, il semble que les dommages et intérêts punitifs n'iraient pas à l'encontre de la dépénalisation du droit des affaires, il s'agirait plutôt d'une nouvelle

[1235] P. PRATTE, « Les dommages punitifs : institution autonome », *op. cit.*, note 1224, p. 296, *in fine*.
[1236] C. LE GALLOU, *op. cit.*, note 1186, p. 297.
[1237] *Supra*, p. 223 et s.
[1238] Jean-Marie COULON (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, Paris, La Documentation française, 2008, [en ligne] : < http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>.
[1239] *Id.*, p. 12 : « Toutefois, cette dépénalisation ne se fait pas sans contrepartie, mais au profit du transfert d'un pouvoir de sanction vers une autorité administrative indépendante. La dépénalisation n'emporte ainsi pas la disparition de la sanction, mais amène à envisager de nouvelles sanctions. Cette dépénalisation n'est cependant pas complète, car le droit pénal conserve théoriquement sa force en droit de la concurrence, s'agissant des infractions intentionnelles, même si, en pratique, le recours au droit pénal de la concurrence est aujourd'hui très rare ». Rappelons que l'article L. 420-6 c.com. prévoit une peine d'emprisonnement de 4 ans.

forme de sanction assurément moins stigmatisante que le droit pénal. Le tout démontre qu'il est toutefois difficile de prôner l'introduction de dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles quand des sanctions pécuniaires et privatives de liberté existent déjà comme en France et au Canada. Il y aurait une double pénalité évidente contraire au principe *non bis in idem*.

129. Le cumul de la peine privée avec la peine publique – Les dommages et intérêts punitifs, officialisation de la peine privée, se concilient mal avec la sanction de l'autorité de concurrence. En effet, n'y aurait-il pas double pénalité ce qui serait contraire au principe *non bis in idem* ? En Europe, le droit de la concurrence est familier du principe en raison de la compétence parallèle de l'Union avec les États membres pour traiter des pratiques anticoncurrentielles. Deux autorités de concurrence d'États membres peuvent être saisies chacune des effets d'une pratique sur leur marché national et la Commission peut être saisie d'une affaire comme un État membre. Cette connexité des procédures génère un risque de double pénalité. Une entreprise peut être condamnée par la Commission européenne et par la suite par l'autorité de concurrence d'un État membre. Il s'agit de questions propres à l'action publique pour lesquels nous déclinons notre compétence dans cette étude réservée aux actions privées[1240]. Notons cependant qu'au Canada, la compétence exclusive d'Ottawa en matière de concurrence permet d'éviter cet enchevêtrement de procédures pénales et le risque de double pénalité. Toutefois, la présence de dommages et intérêts punitifs est-elle préjudiciable aux victimes quand vient le temps du procès civil ? Autrement dit, comment la condamnation criminelle influence la mise en œuvre des dommages et intérêts punitifs ? Nous nous pencherons sur l'analyse des juridictions québécoises pour tester la réaction civiliste à cette question.

Malgré des hésitations jurisprudentielles[1241], la Cour suprême, dans son arrêt *De Montigny*, a affirmé qu'il fallait se garder de donner aux dommages et intérêts punitifs « un rôle de justice pénale subsidiaire »[1242]. L'existence d'une condamnation antérieure

[1240] Pour des développements sur l'action publique, L. ARCELIN, « De quelques incidences des procédures connexes devant le Conseil de la concurrence », *op. cit.*, note 616, au par. 23 ; Mourad MEDJNAH, *Les rapports entre les autorités de régulation en matière de concurrence*, Préf. C. LUCAS DE LEYSSAC, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 193 et s.
[1241] J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 310, p. 412-413, au par. 1-381 ; Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009, par. 143, p. 166-167.
[1242] *De Montigny*, *op. cit.*, note 1146, p. 90, au par. 54.

est un facteur à prendre en compte tout au plus dans l'évaluation du *quantum* des dommages et intérêts punitifs[1243]. Par conséquent, la condamnation criminelle ne prive pas la victime de dommages et intérêts punitifs mais le juge pourra réduire leur montant en fonction de la peine prononcée[1244]. Des auteurs québécois nous livrent l'analyse suivante :

> « (...) [L]e procès pénal intenté par le Procureur général poursuit des objectifs différents de ceux du procès civil entrepris par la victime. La règle de la « double punition » n'a pas sa place [...] : le défendeur, qui a déjà été condamné par une instance pénale pour les mêmes gestes, bénéficierait d'une réduction des dommages et intérêts qu'il doit à la victime. »[1245]

L'objection que l'on peut formuler est que les dommages et intérêts punitifs ne sont pas une réparation et n'ont rien à voir avec la responsabilité civile dans un système civiliste. Il s'agira toujours d'une institution marginale en droit civil. Les auteurs cités semblent occulter que les dommages et intérêts punitifs ont une fonction dissuasive et punitive comme en droit pénal[1246]. L'objectif est bien le même. Leur position n'est valable que pour les dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts punitifs en droit québécois doivent remplir une mission de dénonciation sociale du comportement[1247]. Il est illusoire de plaider pour l'absence de prise en compte de la condamnation pénale lors de la fixation des dommages et intérêts punitifs en raison de l'identité d'objectif de ces deux types de peine.

Cet état du droit québécois appelle un commentaire sur le droit français. Les juges français, dans les actions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles, ont tendance à prendre en compte l'amende publique pour évaluer le *quantum* des dommages et intérêts. En effet, cela se traduit par l'exigence d'une démonstration précise du préjudice[1248]. Cette pratique judiciaire est alors inacceptable car elle tient compte de l'existence d'une action répressive en droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle traite les dommages et intérêts compensatoires comme s'ils étaient punitifs. Les juges analysent la situation en se disant que la réprobation sociale à

[1243] *Id.*, p. 91, au par. 54.
[1244] Daniel Gardner met en garde contre l'utilisation de l'institution aux fins de palier les carences de la condamnation criminelle, il s'agirait selon lui d'une solution « irréaliste et dangereuse », D. GARDNER, *op. cit.*, note 1241, au par. 144.
[1245] Louise LANGEVIN et Nathalie DESROSIERS, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012, p. 330-331, au par. 452.
[1246] *De Montigny*, *op. cit.*, note 1146, p. 95, au par. 65.
[1247] *Id.*, p. 94, au par. 62.
[1248] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *loc. cit.*, note 275.

l'égard de la pratique a déjà été marquée – ou peut-être marquée – par le juge pénal ou l'Autorité de la concurrence. Dans ce cas, il faut prendre en compte cette sanction pour s'assurer *in fine* de l'absence de double peine suite à une action civile. C'est ignorer que seule la nature punitive des dommages et intérêts, cumulée à la nature déjà punitive de l'amende publique ou de la condamnation pénale, pourrait justifier ce traitement défavorable. Dès lors que l'objectif des dommages et intérêts compensatoires est d'indemniser la victime, fonction que l'amende publique ne remplit pas, rien ne justifie l'extrême rigidité de l'application des conditions de la responsabilité civile en France dans les actions privées indemnitaires des victimes d'infraction contre le marché. Une approche souple de la responsabilité civile, comme pour la concurrence déloyale, n'a pas à être exclue en raison de la sanction administrative des pratiques anticoncurrentielles. Sauf à considérer les dommages et intérêts compensatoires comme une forme de peine privée dans l'action privée, il est anormal, en raison de la différence d'objectif de la réparation et de la peine publique, de tenir compte de cette dernière dans l'évaluation des dommages et intérêts. Par conséquent, les dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles seraient légitimes en l'absence de condamnation administrative et pénale. Mais, si elles sont présentes, les dommages et intérêts compensatoires n'ont pas à être impactés.

130. La légitimité des dommages et intérêts punitifs en l'absence de sanction étatique – L'article 1621 du C.c.Q. offre une voie médiane et raisonnable au sujet de l'allocation de dommages et intérêts punitifs dans un procès civil empreint d'une condamnation publique par l'action de l'État, comme c'est le cas en droit des pratiques anticoncurrentielles. Nous reproduisons le texte dans son intégralité :

> Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.
>
> Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.[1249]

Ces critères ne sont pas exhaustifs. Il en ressort toutefois plusieurs éléments : les dommages et intérêts punitifs ne sont pas évalués en droit québécois de manière cloisonnée, c'est-à-dire en dehors de l'environnement juridique où ils s'inscrivent

[1249] Nous soulignons.

(« toutes les circonstances appropriées »). Il est alors envisageable de prendre en compte les condamnations pénales prononcées dans la même affaire. Même s'ils sont autonomes des dommages et intérêts compensatoires, il demeure que les dommages et intérêts punitifs prennent en compte la réparation (« la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier »). L'objectif est d'éviter de mettre l'auteur de la faute dans « une situation patrimoniale » désastreuse. Notamment en droit de la concurrence, on pense à la faillite et aux conséquences économiques et sociales qu'elle peut avoir. *In fine*, l'article 1621 du C.c.Q. revêt un « impératif de raisonnabilité »[1250]. Par conséquent, on peut penser que la condamnation pénale des auteurs de pratiques anticoncurrentielles au Canada devrait être prise en compte si les dommages et intérêts punitifs étaient possibles en cas d'action privée. D'un point de vue général, cela appuie l'idée d'une absence de cloisonnement des dommages et intérêts punitifs par rapport à une condamnation criminelle par l'État.

En France, la procédure para-pénale devant l'Autorité de la concurrence et l'éventualité d'une condamnation par le Tribunal correctionnel, sur le fondement de l'article L. 420-6 du *Code de commerce*, ne sont pas sans répercussion sur l'action en réparation des victimes. En effet, en France, le criminel tient le civil en l'état[1251]. L'action civile est donc paralysée par l'action pénale. Il y a en droit positif une prise en compte procédurale de l'action publique. Après la décision pénale, « le juge civil devra tirer toutes les conséquences de l'autorité de la chose jugée au pénal, y compris pour écarter l'action en responsabilité civile déclenchée par celui qui se prétend victime d'une pratique anticoncurrentielle, dès lors que celle-ci n'est pas démontrée »[1252]. En droit français, on observe une influence au moins procédurale de l'action publique sur l'action civile. Est-ce à dire qu'en France, la condamnation par l'Autorité de la concurrence devrait proscrire toute forme de peine privée officieuse ou officielle ? Il nous semble que la réponse à cette question doit se faire de la manière suivante. La peine privée est officieuse en droit français, hors les cas du CPI. Dans ce cas, peu importe le domaine, elle prend la forme des dommages et intérêts compensatoires. Dès lors, les juges n'ont pas à prendre en compte les sanctions publiques. Les dommages et

[1250] D. GARDNER, *op. cit.*, note 1241, p. 169, au par. 144.
[1251] Tel n'est pas le cas au Canada, v. art. 11, *Code criminel* : « Aucun recours civil pour un acte ou une omission n'est suspendu ou atteint du fait que l'acte ou omission constitue une infraction criminelle ».
[1252] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 788, au par. *c.*

intérêts compensatoires n'ont pas de vocation punitive ; le contraire brouillerait la nature des dommages et intérêts compensatoires. À l'inverse, la peine privée officielle devrait être évaluée en tenant compte de la peine publique en raison de l'identité d'objectif des peines publiques et privées. Par conséquent, en droit des pratiques anticoncurrentielles, en l'absence de reconnaissance de dommages et intérêts punitifs, les juges n'ont pas à tenir compte de l'amende publique. Les dommages et intérêts restent compensatoires.

Mme Suzanne Carval, dans sa thèse sur la peine privée, explique pourquoi la peine privée n'a pas été consacrée en droit français dans le domaine de la concurrence. Lorsqu'elle parle de « concurrence », elle l'entend au sens large c'est-à-dire au sens de la concurrence déloyale et du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle présente deux raisons à cette position du droit français, qu'il est possible de transposer en droit canadien :

> « Il faut certainement faire une part, tout d'abord, au fait que la doctrine a longtemps, de façon très classique, considéré que le droit de la concurrence était formé de deux blocs distincts. L'un, composé des règles de la concurrence déloyale, et que les auteurs décrivaient comme un « droit des marchands », protecteur des simples intérêts particuliers. L'autre, le droit des pratiques anti-concurrentielles, dont on disait qu'il était destiné à assurer l'équilibre du marché, c'est-à-dire à garantir l'intérêt général. Cette vision des choses, on s'en doute, était peu propice à la reconnaissance de l'utilité de la peine privée ; s'il paraît logique, en effet, d'accepter que des sanctions punitives contribuent au respect de règles de droit édictées dans un but d'intérêt général, l'on peut hésiter, par contre, à mettre au service de simples « marchands » une sanction plus contraignante que les dommages et intérêts compensatoires. […] Le droit de la concurrence est un tout homogène, dont chaque composante tend, par delà la protection des intérêts particuliers, à la satisfaction de l'intérêt général. Quant à la seconde des raisons […], elle réside dans l'habitude prise par les juristes français de dresser des cloisons étanches entre les différentes disciplines juridiques et les sanctions qui y sont attachés »[1253].

Nous abondons dans le sens de Mme Carval. Le droit de la concurrence est un tout. Les actions privées en témoignent. Tant en droit canadien, qu'en droit français, les victimes assurent indirectement la protection du marché[1254]. Ainsi, les dommages et

[1253] S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 145, au par. 136.

[1254] Le principe est d'ailleurs affirmé dans l'arrêt *Courage*, *op. cit.*, note 10, 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 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 ». Nous soulignons. Dans ce sens, v. 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 », *op. cit*, note 1217, au par. 14 : « C'est là une illustration, au cas de l'ordre public concurrentiel, des liens existant entre les intérêts individuels et l'intérêt général, et,

intérêts punitifs pourraient être reconnus en droit des pratiques anticoncurrentielles, car l'objectif de dissuasion et de sanction sert, au-delà de la victime, l'intérêt général. Dans ce cas, si l'autorité de concurrence a déjà sanctionné la pratique contraire à l'intérêt du marché, non seulement rien ne s'oppose au prononcé de dommages et intérêts compensatoires à hauteur du préjudice mais aussi de dommages et intérêts punitifs d'un montant évalué en fonction de l'amende publique (ou de l'emprisonnement) et selon la capacité contributive de l'entreprise. En somme, *l'existence d'une sanction étatique en droit des pratiques anticoncurrentielles ne s'oppose pas au principe des dommages et intérêts punitifs. Seul leur montant doit s'en trouver affecté*. À trop regarder le droit américain, les européens ont perdu de vue que les dommages et intérêts punitifs ne sont pas nécessairement supérieurs au préjudice ; ils peuvent lui être inférieurs. La section IV du *Clayton Act*, si elle se base sur les dommages et intérêts compensatoires pour les multiplier par trois, ne témoigne pas de ce que peuvent être les dommages et intérêts punitifs dans un système de droit civil, c'est-à-dire un système autonome de dissuasion et de sanction, complémentaire de l'action publique[1255]. En l'absence de dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles, comme c'est le cas en droit positif, les actions publiques sont indépendantes, du point de vue de la finalité de l'action, des actions privées. La première sanctionne, la seconde répare. Cette indépendance se manifeste en droit canadien puisque l'absence de condamnation au criminel n'empêche pas l'action civile des victimes[1256]. Il devrait en être de même en cas d'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles canadien. Les dommages et intérêts punitifs devraient suivre la même logique en droit québécois que dans leurs autres domaines de manifestation en droit positif, en n'opposant pas de fin de non-recevoir à la victime du fait d'une condamnation criminelle mais en influençant leur évaluation. En revanche, en l'absence de condamnation publique préalable à l'action privée, les dommages et intérêts punitifs

---

partant, entre les contentieux dits subjectif et objectif que le souci d'efficacité commande de ne pas séparer totalement ».

[1255] Sur cette position en France au sujet du doublement des dommages et intérêts proposé par le *Livre vert*, *op. cit.*, note 17, v. FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne 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)* (présenté Marc LAFFINEUR), n° 3200, (2005-2006) – 28 juin 2006, p. 42.

[1256] Y. BÉRIAULT *et al.*, *op. cit.*, note 539, p. 100. L'article 62 L.c., affirmant que les recours civils ne sont pas atteints par les actions effectuées dans le cadre de la partie criminelle de la Loi, témoigne aussi de cet état du droit canadien. Plus généralement, comme nous l'avons vu note 1251, comme le criminel ne tient pas le civil en l'état au Canada, il est cohérent que les poursuites criminelles ou l'absence de poursuites soient indifférentes pour le procès civil.

devraient être évalués avec sévérité pour remplir le rôle dissuasif qui incombe alors entièrement à la peine privée.

En somme, les dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles devraient avoir une portée sanctionnatrice et dissuasive partagée avec l'autorité de concurrence. Ainsi, comme évoqué au sujet des aspects procéduraux dans la première partie de l'étude, au lieu d'opposer l'action privée à l'action publique, il y aurait complémentarité des sanctions par l'ajustement des dommages et intérêts punitifs en fonction de la condamnation publique. Un argument en faveur des dommages et intérêts punitifs est qu'ils permettraient aux victimes de jouer un rôle dissuasif pour les pratiques non-poursuivies par les autorités de concurrence ou, de manière générale, pour les actions exercées sans poursuite publique préalable (*stand-alone*)[1257]. En France, les actions de groupe ne sont possibles qu'à la suite d'une condamnation par les autorités de concurrence. Mais les actions individuelles classiques demeurent libres de l'action publique, tout comme au Canada.

La fonction naturelle des dommages et intérêts punitifs, la sanction[1258], pourrait donc s'accommoder avec la sanction des autorités de concurrence au Canada et en France d'un point de vue purement prospectif. En l'absence de leur reconnaissance en droit positif, les juges canadiens, particulièrement québécois, et français n'ont pas à sous-évaluer les dommages et intérêts compensatoires de peur d'une double sanction. En effet, les dommages et intérêts compensatoires n'ont pas de visées punitive et dissuasive. Dans le cas contraire, qui indemnisera les victimes si leur juge naturel, juge de l'indemnisation, hésite à remplir sa fonction ? La prudence est d'autant plus de mise que même les dommages et intérêts punitifs en droit des pratiques anticoncurrentielles

[1257] 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 », *loc. cit.*, note 1254 : « S'il est vrai qu'existent, en la matière, en droit communautaire comme en droit français, des autorités spécialisées – investies de pouvoirs de sanction spécifiques –, il n'en demeure pas moins que celles-ci ne disposent que de ressources humaines et financières limitées dont elles cherchent à faire le meilleur usage. Dans cette optique, les entreprises victimes apparaissent comme des auxiliaires précieux dans la lutte contre les transgressions au droit de la concurrence » ; Fabrice VÉTU, « Application de la responsabilité civile pour faute à la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », note ss. CA Paris, 25ème Ch. A, 28 juin 2002, *SARL Philippe Streiff Motorsport et a*. c/ *SAS Speedy et a*. [Juris-Data n° 2002-186210], J.C.P. G., 2003.II.10183, n° 48.

[1258] Toutefois, du côté de l'auteur de la faute, les dommages et intérêts sont vus comme une sanction même quand les dommages et intérêts sont compensatoires, C. SINTEZ, *op. cit.*, note 589, p. 333. *Contra*, Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Éd. Wilson & Lafleur, 2009, au par. 598.

ne seraient en réalité que compensatoires.

2) La fonction cachée des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence : la réparation

131. Les dommages et intérêts triples du *Clayton Act* : une compensation ? – Certains auteurs français considèrent que les dommages et intérêts punitifs sont en harmonie avec le droit de la responsabilité civile. En effet, dans la mesure où il est difficile de dresser une frontière entre le rôle de réparation de la responsabilité civile et son rôle punitif, les dommages et intérêts punitifs permettraient de distinguer clairement les deux institutions[1259] comme on le voit en droit québécois. Les dommages et intérêts punitifs auraient vocation d'abord à réparer un préjudice difficilement démontrable, ce qui n'est pas possible avec les dommages et intérêts compensatoires[1260].

De la même manière, en droit américain, la doctrine s'interroge sur l'aspect compensatoire des dommages et intérêts triplés du *Clayton Act*[1261]. Les dommages et intérêts triplés seraient un mélange de compensation et de punition. Une décision de la Cour suprême des États-Unis est venue, dans les années 70, clarifier la fonction de la section IV du *Clayton Act*. Il s'agit de la décision *Brunswick Corp*. v. *Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*[1262]. La Cour s'exprime ainsi :

> « Section 4, in contrast, is in essence a remedial provision. It provides treble damages to "[a]ny person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws...." Of course, treble damages also play an important role in penalizing wrongdoers and deterring wrongdoing, as we also have frequently observed »[1263].

Selon l'aveu même de la Cour suprême, les dommages et intérêts triplés du *Clayton Act* sont un moyen de réparer le préjudice. En effet, les américains considèrent que le *private enforcement* du droit antitrust permet d'assurer l'application de ce droit. Un mécanisme aussi incitatif, puisque récompensant pour les victimes, est donc

---

[1259] François-Xavier LICARI, note ss., CA Poitiers, 1ère Ch. civ., 26 février 2009, n° 07/02404, JDI (Clunet), n°4, 4 octobre 2010, 18, à la p. 14.
[1260] *Id.*, p. 18.
[1261] Phillip AREEDA, « Antitrust Violations Without Damages Recovery », (1976) 89/6 *Harv. L. Rev.* 1127 ; A. Mitchell POLINSKY, « Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement », 1(985-1986) 74 *Geo. L. J.* 1231, à p. 1234.
[1262] 429 U.S. 477 (1977). V. aussi *Perma Life Mufflers* v. *International Parts Corp*., 392 U.S. 134, 139 (1968) ; *Fortner Enterprises* v. *United States Steel Corp*., 394 U.S. 495, 502 (1969) ; *Zenith Radio Corp*. v. *Hazeltine Research*, 395 U.S. 100, 130 (1969) ; *Hawaii* v. *Standard Oil Co*., 405 U.S. 251, 262 (1972).
[1263] *Id.*, p. 485.

opportun en terme d'efficacité de la régulation de la concurrence par une conjugaison du *public enforcement* avec le *private enforcement.* Cependant, au-delà de l'argument d'opportunité de la peine privée en droit de la concurrence, les américains veillent par ce biais à réparer un préjudice difficile à évaluer. Cette difficulté se traduira par une sous-évaluation du *quantum* des dommages et intérêts compensatoires par rapport au préjudice réel. Pour compenser cette sous-évaluation, l'application d'un coefficient multiplicateur permet de relever artificiellement les dommages et intérêts à un niveau acceptable de réparation. Ce mécanisme explique la confusion européenne entre l'élévation artificielle de la réparation et les dommages et intérêts punitifs.

132. La confusion européenne entre compensation et sanction – En connectant les dommages et intérêts triples aux dommages et intérêts compensatoires, les américains créent l'illusion chez les européens que ces dommages et intérêts sont punitifs. Pour s'en convaincre rappelons le critère objectif de la peine privée en droit civil : elle serait supérieure aux dommages et intérêts compensatoires[1264]. Il s'agit d'une erreur d'appréciation contraire aux principes de droit civil.

D'abord, le droit civil ne peut confondre la punition et la réparation. Même si la jurisprudence peut officieusement le faire, il demeure que le principe reste la réparation. Le choix du droit américain s'explique par la nature de son système juridique. En droit civil, l'institution de dommages et intérêts punitifs est nécessairement indépendante des dommages et intérêts compensatoires. La Cour suprême du Canada et la pratique québécoise témoignent de cette situation en droit civil. Ensuite, la croyance selon laquelle la peine privée est supérieure aux dommages et intérêts compensatoires est un mythe qu'il convient de faire tomber. L'analyse du droit québécois nous a montré que les dommages et intérêts punitifs sont distincts des dommages et intérêts compensatoires. Au mieux, l'article 1621 C.c.Q. invite le juge à prendre en compte les dommages et intérêts compensatoires pour ajuster le montant des dommages et intérêts punitifs au niveau nécessaire de dissuasion et afin d'éviter de compromettre la situation patrimoniale du défendeur. Même si la sanction est privatisée, pour autant elle n'a pas de lien avec les dommages et intérêts compensatoires. Elle n'est donc pas nécessairement supérieure aux dommages et intérêts compensatoires. Enfin, en droit de

[1264] *Supra*, au par. 117.

la concurrence, l'attrait des dommages et intérêts punitifs résiderait dans l'effectivité de l'indemnisation qu'ils offrent à la victime.

Le pragmatisme appelle les concurrentialistes à voir dans les dommages et intérêts punitifs comme un incitatif à l'action et une source d'indemnisation qui fait fi du préjudice de la victime. Or, cette vision séduisante, basée sur le droit fédéral antitrust américain et les propositions du *Livre vert* de doubler les dommages et intérêts compensatoires, a créé une confusion dans l'esprit des juristes européens. Ils ont assimilés les dommages et intérêts punitifs à des dommages et intérêts compensatoires surévalués. Mais, le seul moyen d'avancer dans cette direction est de reconnaître des dommages et intérêts punitifs autonomes, sans coefficients multiplicateurs, pour ne pas violer le principe de la réparation intégrale. Ainsi, non seulement la solution québécoise est valable parce qu'elle occulte les dommages et intérêts compensatoires pour se baser uniquement sur la faute (ce qui n'implique pas nécessairement des dommages et intérêts compensatoires coefficientés) mais la solution française en faveur de la prise en compte de la faute lucrative est aussi raisonnable. Cette solution est frappée au coin du bon sens. Le droit américain ne supprime pas la difficulté de l'évaluation du préjudice, il l'amoindrit en appliquant un coefficient multiplicateur lequel, pour être dissuasif, devrait vider la faute de son bénéfice illicite[1265]. En s'attaquant à la faute lucrative, les propositions françaises correspondent mieux à l'effectivité de l'indemnisation dans l'action privée. D'une part, elles se fondent sur la faute, ce qui leur donne une portée punitive. D'autre part, elles permettent la récupération du gain illicite. Elles vident ainsi la pratique anticoncurrentielle de son profit illicite. Surtout, au plan des principes de la responsabilité civile, elles se démarquent des dommages et intérêts compensatoires en créant une institution autonome sur le modèle du droit québécois. Pour ces raisons, les dommages et intérêts restitutoires ou confiscatoires sont une peine privée assimilable à des dommages et intérêts punitifs. Leur pertinence en droit la concurrence est supérieure à la solution des dommages triples du droit américain.

[1265] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, au par. 122.

Conclusion du Chapitre II

La portée punitive des dommages et intérêts est inexistante en droit des pratiques anticoncurrentielles. Au Canada anglais, aucune loi ne les prévoit. Seuls les *torts* de la *Common law* peuvent permettre des dommages et intérêts punitifs conjointement à l'action fondée sur l'article 36 L.c. Au Québec, les dommages et intérêts punitifs doivent être prévus par une loi pour être autorisés. En France, à ce jour, ils n'existent pas officiellement. Il s'agit en droit civil d'une sanction privée autonome des dommages et intérêts compensatoires. Malgré cet état du droit positif, en raison des propositions européennes, qui songeaient un temps à introduire un doublement des dommages et intérêts compensatoires pour les ententes horizontales, et des dommages et intérêts triplés de la section IV du *Clayton Act*, nous avons mené une étude prospective des dommages et intérêts punitifs en droits français et canadien. L'objectif était de concevoir la forme la plus pertinente de dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence dans un système civiliste. Une étude de la nature des dommages et intérêts punitifs nous a permis de parvenir à cet objectif.

Les dommages et intérêts punitifs ont une nature hybride (punitive et répatrice) si on confond les systèmes juridiques d'application. Aux États-Unis, il est possible de dire que les dommages et intérêts triplés sont compensatoires puisque la victime ne parvient pas à prouver son juste préjudice. Le système du coefficient palie cette sous-évaluation. Cependant, en droit civil, le principe de la réparation intégrale s'oppose à ce que les dommages et intérêts compensatoires jouent un rôle officiel de peine privée par le biais du doublement des dommages et intérêts comme l'a proposé la Commission européenne dans son *Livre vert*[1266]. Les européens ont cherché à jouer les alchimistes en droit civil en changeant les dommages et intérêts compensatoires en dommages et intérêts punitifs par le biais d'un coefficient multiplicateur. Or le droit québécois a démontré, appuyé par l'analyse de la Cour suprême du Canada, que les dommages et intérêts punitifs sont en droit civil une institution autonome des dommages et intérêts compensatoires. Pour rendre effectif le droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, il faudra au Québec qu'une loi spéciale les prévoit. En France, si le législateur va au bout des propositions suggérées par les différents groupes de travail sur la réforme de la

[1266] *Supra*, note 1001.

responsabilité civile, la neutralisation des fautes lucratives devrait être consacré en prenant garde, sur le modèle du droit québécois, à prendre en compte la situation patrimoniale du défendeur. L'objectif est de supprimer le risque tant redouter de faillite. De la sorte, la nature des dommages et intérêts punitifs est bien punitive, reste aux dommages et intérêts compensatoires le soin de réparer. Ainsi, l'ordre du droit civil est conservé.

Conclusion du Titre I

La réparation de la victime de pratiques anticoncurrentielles est délicate. Elle remet en cause les principes directeurs de la responsabilité civile dans les systèmes civilistes. La faute, le préjudice et le lien de causalité présentent tous des difficultés propres au droit de la concurrence. Tout au long de nos développements nous avons cherché à proposer des solutions réalistes en droits français et canadien. Le droit canadien a pu révéler quelques faiblesses pour établir la faute concurrentielle, celui-ci excluant du champ criminel de la L.c. l'abus de position dominante. Il est apparu que sur le fondement du droit provincial, la victime québécoise se trouvait dans la même situation que la victime française : la faute d'abus de position dominante peut se faire par le biais de la concurrence déloyale pour les entreprises. Les consommateurs peuvent quant à eux plaider la violation d'une norme légale comme faute pour appréhender l'abus de position dominante. Il est ressorti de l'analyse que la faute civile n'est pas nécessairement conforme à la définition légale de l'entente ou de l'abus de position dominante. En effet, la théorie de l'effet est sans influence sur la faute. Tout au plus, l'effet permet de cerner les contours géographiques de la faute pour identifier si la victime était dans ce périmètre. Les entreprises pourraient s'en servir comme moyen de défense pour contester la qualité de victime du demandeur.

Il s'agissait dans un premier temps de dresser un portrait du droit positif pour comprendre en quoi l'effectivité de la réparation de la victime de pratiques anticoncurrentielles était menacée. Une fois ces points abordés, il était possible de traiter d'une particularité des dommages et intérêts en droit de la concurrence, à savoir leur portée punitive. Cette seconde étape prospective visait à répondre aux interrogations des concurrentialistes sur la pertinence de l'introduction de la peine privée en droit des pratiques anticoncurrentielles. Au regard du droit américain et des premières propositions de la Commission européenne, les droits français et canadien devaient être interrogés sur la validité de leur position en faveur d'un rejet des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence. Par l'étude de la peine privée en droit français et des dommages et intérêts punitifs en droit québécois, nous avons obtenu un portrait de la sanction privée en droit des pratiques anticoncurrentielles dans un système civiliste. Par l'identification de la nature des dommages et intérêts punitifs, nous sommes parvenus à une lecture critique des dommages et intérêts triples du droit

antitrust américain. Nous avons démontré qu'ils dénaturaient les dommages et intérêts compensatoires en leur donnant un aspect punitif. Or cette analyse s'est révélée contraire, non seulement au droit civil, mais aussi à l'objectif des dommages et intérêts punitifs en droit de la concurrence. En effet, les dommages et intérêts punitifs doivent être distincts des dommages et intérêts compensatoires sous peine de violer le principe de la réparation intégrale. En leur appliquant un coefficient multiplicateur, les dommages et intérêts compensatoires vont au-delà de la compensation évaluée par le tribunal ce qui dénature les dommages et intérêts compensatoires. La solution québécoise consistant à en faire une institution autonome répond à cette logique. De plus, les dommages et intérêts triplés ne vident pas la faute de son gain illicite, ce que proposent en revanche les rapports français de réforme de la responsabilité civile. Les juristes français envisagent d'introduire les dommages et intérêts restitutoires ou confiscatoires en cas de faute lucrative. Comme nous l'avons vu lors de l'étude de la faute, la faute concurrentielle est lucrative. Ainsi, ces propositions pourraient permettre de répondre favorablement au besoin de réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles en leur reversant le gain illicite. La mesure serait incitative et réparatrice sans dénaturer l'action civile en réparation.

Par-delà ces solutions prospectives, le droit positif pourrait être réorienté vers un assouplissement de la responsabilité civile, notamment pour la preuve et l'évaluation du préjudice. Une évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel de consommation apparaît adaptée à la volatilité de ce type de préjudice concurrentiel qui guide déjà la collectivisation des recours privés en droit de la concurrence. Il s'agirait de concrétiser dans le droit de l'action privée, le besoin de justice évoqué lors de l'étude du droit à l'action privée.

Enfin, au chapitre des propositions concrètes pour une réorientation de la responsabilité civile, au Canada, nous pensons que la L.c. devrait prévoir des dommages et intérêts restitutoires pour que les victimes canadiennes puissent priver les auteurs de pratiques anticoncurrentielles de leur profit illicite, ce que ne permet pas l'article 36 L.c. actuellement, contrairement à d'autres lois fédérales. L'application de cette nouvelle disposition devrait se faire en droit civil avec l'article 1621 C.c.Q. pour limiter le risque économique de faillite pour l'auteur de pratiques anticoncurrentielles et remplir une fonction dissuasive raisonnable. En *Common law*, les juges sont très raisonnables dans

l'évaluation des dommages et intérêts punitifs, il n'y a aucune raison qu'il ne le soit pas en droit des pratiques anticoncurrentielles. Le législateur fédéral pourrait toutefois transposer un système similaire à l'article 1621 C.c.Q. à l'article 36 L.c. s'il souhaitait prévenir le risque patrimonial pour le défendeur suite à un tel recours à l'échelle du pays. L'évaluation forfaitaire reste une solution envisageable en droit positif au Québec grâce au recours collectif. La situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles en droit civil québécois n'est donc pas sombre. Tel n'est pas le cas en France. Aucune solution n'est envisageable en droit positif. Les dommages et intérêts restitutoires seraient cependant la solution la plus conforme au droit civil français, comme le démontre déjà le CPI et les propositions de réformes de la responsabilité civile. Il faudrait y adjoindre, sur le modèle québécois, un garde-fou pour prendre en compte la situation patrimoniale du défendeur et éviter le risque, même théorique, de faillite. Tant en France qu'au Canada, cette restriction permettrait de tenir compte de l'amende publique pour parvenir à la conciliation du *private enforcement* et du *public enforcement* et à un niveau de dissuasion raisonnable[1267].

[1267] Pour une réflexion sur la conciliation des actions privées avec le *public enforcement*, v. José RIVAS et Georgina ELLAIR-HEALH, « Striking the balance between public and private enforcement : The case for concensual compensation as mitigating circumstance in setting fines for violations of EU competition law », *Concurrences* n°1-2014, Art. N° 69572.

TITRE II – LA RÉALISATION DE L'ACTION PRIVÉE PAR LA JUSTE INDEMNISATION DES VICTIMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles ne peut être effective que si elle se traduit dans le réel, d'où ce dernier titre sur la réalisation de l'action privée. L'objectif d'effectivité de l'action privée ne peut être atteint si la victime ne recouvre pas sa créance d'indemnisation. Nous avons vu jusqu'à présent les difficultés que rencontraient la victime d'une pratique anticoncurrentielle tant au niveau processuel que substantiel. Le droit à l'action privée restera lettre morte si la responsabilité civile ne se réoriente pas vers les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, cela ne suffit pas à atteindre l'effectivité de la réparation, il faut que la victime puisse toucher la somme octroyée par le juge, que cette somme soit la conséquence d'une réparation ou d'une sanction. Au plan procédural, nous nous situons au niveau de la fin de l'action privée. La victime a agi seule ou collectivement, a prouvé la faute, le préjudice et le lien de causalité, en se servant, le cas échéant, du dossier de l'autorité de concurrence. Elle a obtenu la reconnaissance de sa qualité de victime et l'imputabilité de la faute contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Elle est en mesure à titre de réparation ou à titre de punition de recouvrer sa perte ou son manque à gagner, voire la récompense du prix de ses efforts par le recouvrement d'une somme punitive. L'objectif est d'atteindre une juste indemnisation de la victime. Pour ce faire, elle devrait être l'unique bénéficiaire de l'indemnisation et obtenir une somme à la hauteur du préjudice ou de la faute lucrative.

Par conséquent, le juge devrait avoir la possibilité de récupérer les gains illicitement perçus par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ou de procéder à une réparation en nature de la victime de pratiques anticoncurrentielles. En effet, ces deux solutions favorisent l'indemnisation effective de la masse des consommateurs lésés. Nous avons vu dans le titre précédent deux moyens d'obtenir une indemnisation juste du préjudice par une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires et l'allocation de dommages et intérêts punitifs restitutoires. Nous n'aborderons dans ce titre que les indemnisations possibles et originales par rapport au droit positif. Il convient de voir comment se traduisent concrètement les propositions faites

précédemment notamment la récupération du gain illicite ou le recouvrement collectif des dommages et intérêts compensatoires. Enfin, il sera question de la prise en charge de la créance d'indemnisation par des « co-indemnisateurs », c'est-à-dire les coreponsables solidaires et les assureurs. De cette manière, nous pourrons établir la liquidation de la créance d'indemnisation obtenue après l'action privée (**Chapitre I**).

Viendra enfin le moment de clôturer l'action privée. Des difficultés se présentent aux victimes quand il faut payer les honoraires d'avocats, lesquels peuvent dissuader les victimes d'agir en justice. Comme il s'agit d'une question qui se règle à la fin du procès, nous avons choisi de la traiter dans ce dernier chapitre de l'étude. Avec le paiement des honoraires d'avocats vient aussi le paiement des frais de procédure, souvent conséquents en notre matière. Une fois ces sommes payées restera une somme que les victimes pourront se voir attribuer. Les victimes auront alors obtenu le paiement de la créance indemnitaire (**Chapitre II**).

Chapitre I – La liquidation de la créance d'indemnisation obtenue après l'action privée

La manière d'indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles n'est pas évidente. Une somme d'argent n'est pas nécessairement la meilleure réponse aux pratiques anticoncurrentielles. De plus, cette somme d'argent pourrait être, au-delà de la réparation du préjudice, une somme correspondant à la récupération du gain illicite. En effet, une réparation en nature est aussi une possibilité à suivre sur le modèle de la réparation fluide. Il s'agit d'autant de modes d'indemnisation favorables aux victimes de pratiques anticoncurrentielles (Section I).

La liquidation de la créance d'indemnisation est aussi le moment de s'interroger sur la qualité des payeurs. Les fautifs peuvent être tenus solidairement de payer l'indemnisation des victimes si le juge décide de les condamner solidairement à la dette. Les dommages et intérêts punitifs soulèvent aussi une autre question sur la qualité des payeurs, celle de savoir si un assureur peut être tenu à la dette. Ces personnes sont toutes co-indemnisateurs[1268] des victimes de pratiques anticoncurrentielles (Section II).

Section I – Les modes de liquidation de la créance indemnitaire favorables aux victimes de pratiques anticoncurrentielles

Plusieurs moyens peuvent permettre de liquider la créance d'indemnisation. À l'issue de cette réflexion sur l'effectivité du recours privé des victimes de pratiques anticoncurrentielles en droits français et canadien, il convient de présenter trois modes d'indemnisation. D'abord, la récupération du gain illicite (§1) est une solution pertinente en droit des pratiques anticoncurrentielles. Ensuite, le recouvrement de la réparation dans le recours collectif est aussi une méthode d'indemnisation intéressante (§2). En raison du phénomène de collectivisation des recours privés, cette éventualité est réelle. Enfin, un point qui n'a pas été abordé jusque-là et qui présente de nombreux intérêts est la réparation en nature (§3).

[1268] Nous avons conscience que le terme « co-indemnisateur » n'est pas répandu. Cependant, nous le proposons car il permet, contrairement à l'expression « co-responsable », d'inclure l'assureur en tant que tiers payeur, lequel n'est pas co-responsable du préjudice.

§1 : La récupération du gain illicite

133. Prendre en compte le profit illicite – L'objectif est de fixer le montant des dommages et intérêts restitutoires. Le qualificatif de « restitutoire » apparaît plus approprié par rapport à celui de « confiscatoire ». En effet, il contient une prise de position en faveur de la victime. La restitution consiste à redonner à la victime le surcoût alors que la confiscation renvoie plus à l'idée de retirer le bénéfice sans nécessairement l'allouer à la victime. Cette idée n'est pas nouvelle. En France, le droit de la propriété intellectuelle prévoit déjà cette possibilité. Au Canada, il en est de même, ainsi qu'en matière de concurrence déloyale[1269].

Ces dommages et intérêts « non-compensatoires » peuvent laisser craindre « un risque d'arbitraire dans le calcul de ceux-ci »[1270]. Dès lors que la victime n'a plus à apporter des éléments pour évaluer son préjudice, le juge doit se tourner vers la faute. Cependant, la faute est un élément nécessaire mais insuffisant pour évaluer les dommages et intérêts restitutoires. La faute doit être lucrative pour que le juge accorde des dommages et intérêts punitifs. Il s'agit du premier critère d'évaluation. La difficulté est alors celle de sa définition. Toutefois, cette remarque n'est valable qu'en droit de la responsabilité civile dans l'hypothèse d'une application généralisée de ces dommages et intérêts[1271]. En droit des pratiques anticoncurrentielles, l'aspect lucratif devrait être présumé en raison du calcul rationnel présent *a priori* dans ce type d'infraction. De toute évidence, le droit civil est indifférent au caractère intentionnel de la faute[1272], ainsi les auteurs ne pourront pas se défendre en prétendant qu'ils ignoraient l'aspect lucratif de la pratique. Ceci étant, il convient de préciser la nature des dommages et intérêts restitutoires pour savoir dans quel contexte le juge pourrait les allouer. Notamment, le droit des pratiques anticoncurrentielles se prête t-il à ce type de réparation ? Un détour par la *Common law* canadienne peut s'avérer éclairant.

134. Le droit de la restitution du profit mal acquis en *Common law* canadienne – Selon Geneviève Viney, les dommages et intérêts restitutoires ne sont pas une peine

[1269] C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 419, p. 246.
[1270] G. VINEY, *loc. cit.*, note 994.
[1271] Id.
[1272] En France, l'article 1383 du *Code civil* traite des fautes non-intentionnelles. Au Québec, l'article 1457, al. 2 du C.c.Q. exige de l'auteur de la faute qu'il soit simplement doué de raison.

privée[1273]. Ainsi, aucune garantie procédurale ne devrait leur être appliquée. En effet, il ne s'agit pas de punir mais de priver l'auteur de la faute de son bénéfice injustifié tout en permettant à la victime de recouvrir une somme à titre de dommages et intérêts. Par conséquent, le juge doit être libre de son évaluation et aucune limitation chiffrée, comme c'est le cas pour l'application d'un coefficient multiplicateur, ne doit être imposée. Seul devrait demeurer un principe d'attribution d'une somme raisonnable afin d'éviter la faillite de l'entreprise, à l'image de ce que prévoit la *Common law* canadienne et le droit québécois en matière de dommages et intérêts punitifs. Cependant, la *Common law*, qui est à l'origine de la notion de *restutionary damages*, a une double approche de la restitution du profit, soit elle les considère comme des dommages et intérêts compensatoires, soit elle les considère comme des dommages et intérêts punitifs.

En effet, en *Common law* canadienne, le message envoyé aux juges par la Cour suprême était celui de la rationnalité des dommages et intérêts punitifs. Par ailleurs, le Canada anglais réserve les dommages et intérêts punitifs à quatre situations, comme le cas où la faute délictuelle constitue un profit[1274]. Par conséquent, les dommages et intérêts punitifs peuvent être un moyen de récupérer le gain obtenu par la faute. Cependant, il existe en *Common law* un droit à la restitution qui vise également la récupération du gain illicite[1275]. Par principe, il s'agit d'une application de la responsabilité civile délictuelle. Les dommages et intérêts restitutoires prennent la forme officielle de dommages et intérêts compensatoires[1276]. Au plan terminologique, les juges de *Common law* n'affectionnent pas la formulation de « dommages et intérêts restitutoires »[1277].

Les affaires où ce type de dommages est accordé se présentent souvent de la même manière. Une entreprise ou un individu souhaitant faire des économies ou tirer

---

[1273] G. VINEY, *loc. cit.*, note 994.
[1274] *Supra*, p. 294 et s.
[1275] Daniel FRIEDMANN, « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. CORNISH (dir.), *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 133 ; Peter D. MADDAUGH et John D. MCCMUS, *The Law of Restitution*, Aurora, Canada Law Book, 2004.
[1276] Louise BÉLANGER-HARDY et Denis BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en Common law*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 388.
[1277] *Attorney General* c. *Blake (Jonathan Cape Ltd., Third Party)*, [2001] 1 AC 268 (Ch. des l. R-U), Lord Nicholls of Birkenhead nous dit : « Je préfère eviter la malheureuse expression « dommages-intérêts restitutoires », dans D. BOIVIN, *op. cit.*, note 921, p. 412.

profit du terrain d'un tiers sans son autorisation exploite, souille ou empiète le fonds s'épargnant ainsi le coût d'une opération contractuelle faite dans les règles du commerce. Un préjudice n'est pas nécessairement présent. La somme ainsi épargnée est demandée par le juge à titre de réparation. Par exemple, l'entrepreneur indélicat qui exploite une activité polluante déverse sur le fonds voisin une quantité de déchets afin d'éviter le coût du transport et d'utilisation du système public de traitement des déchets. L'entreprise indélicate épargne des coûts au détriment du propriétaire du fonds. Le juge alloue donc la somme qu'aurait vraisemblablement demandé ce propriétaire si l'entreprise avait sollicité son autorisation[1278]. Ce système de calcul des dommages et intérêts prend aussi la forme de dommages et intérêts punitifs[1279]. L'épithète de « punitif » ou de « compensatoire » dépend du comportement du défendeur. Si le comportement du défendeur est calculé mais qu'il ne traduit pas un comportement moralement répréhensible, le qualificatif de « punitif » ne peut être utilisé pour ces dommages et intérêts restitutoires[1280]. Tel est le cas lorsque le comportement du défendeur bien que qualifiable d'« arbitraire », de « capricieux » et d' «extrêmement répréhensible »[1281] est cependant conforme aux règles du commerce[1282]. L'objectif est de contrarier les calculs économiques lucratifs au dépend d'autrui en évitant la conclusion d'un contrat, c'est-à-dire en ne jouant pas le jeu économique. La somme ainsi épargnée doit être reprise.

N'est-ce pas le but des cartellistes que de maximiser leur profit en ne jouant pas le jeu de l'économie de marché ? Par leur entente, ils veillent à accroitre leurs profits et à conserver leurs parts de marché. Le comportement monopolistique d'une entreprise qui évince un concurrent pour conserver sa place sur le marché ne se soustrait-elle pas au jeu normal de l'économie ? Les pratiques anticoncurrentielles sont des fautes

[1278] *Whitwham* c. *Westminster brymbo Coal & Coke Co.*, [1896] 2 Ch. 538 (C.A.). En l'espèce, l'entreprise avait épargné 900 £. V. aussi *Edwards* c. *Lee's Administrators*, 96 S.W.2d 1028 (C.A. ky., 1936). D. BOIVIN, *op. cit.*, note 921, p. 430 : « (…) le but spécifique de réaliser un gain monétaire constitue une forme d'expropriation unilatérale. Vus sous cet angle, les dommages-intérêts punitifs représentent le prix que la partie défenderesse aurait dû payer, au préalable, afin d'obtenir le consentement de la partie demanderesse ». En France, l'évaluation des dommages et intérêts dans l'action en contrefaçon se fonde aussi sur cette absence de demande d'autorisation, v. Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 2012, p. 809, au par. 794.

[1279] Townsview Properties Ltd. c. Sun Construction & Equipment Co. Ltd. (1973), 2 OR (2e) 213.

[1280] D. BOIVIN, *op. cit.*, note 921, p. 431.

[1281] *Id.*

[1282] *Delphinium ltée* c. *512842 NB inc.* (2008), 333 RN-B (2e) 291, au par. 51. En effet, la société capitaliste encourage des comportements efficients du point de vue économique sans pour autant qu'ils soient illégaux, v. D. BOIVIN, *op. cit.*, note 921, p. 411, *in fine*.

délictuelles qui visent à maximiser les profits en refusant de se prêter au jeu normal de la concurrence. De ce point de vue, les dommages et intérêts restitutoires viseraient à sanctionner des comportements non-conformes aux règles du marché.

Cependant, d'un point de vue fonctionnel, tout comme les juges canadiens de *Common law* prennent en compte la présence de dommages et intérêts compensatoires dans l'évaluation de l'effet punitif, dissuasif et dénonciateur des dommages et intérêts punitifs, les dommages et intérêts restitutoires en droit civil devraient prendre en compte la présence d'une peine publique. Dans une action privée seule, sans condamnation préalable de l'action publique, les dommages et intérêts restitutoires devraient prendre une coloration punitive. Ainsi, les dommages et intérêts restitutoires devraient être non compensatoires et non punitifs en présence d'une sanction dans le cadre du *public enforcement*[1283]. En revanche, en l'absence d'une action publique, ils devraient être punitifs pour assurer la dissuasion et la punition de la pratique anticoncurrentielle. En droit français, dans ce cas seulement, les garanties procédurales devraient s'appliquer car les dommages et intérêts restitutoires marquent à eux seuls la réprobation sociale de la pratique. Cela pourrait permettre une articulation entre le *public enforcement* et l'action privée.

Le juge devrait avoir une approche fonctionnelle dans l'évaluation des dommages et intérêts restitutoires. Il doit établir si la pratique anticoncurrentielle a déjà fait l'objet d'une sanction publique pour évaluer un montant suffisamment dissuasif pour être punitif en l'absence de sanction étatique contre la pratique[1284]. En droit français, le juge devra respecter, en cas de portée punitive des dommages et intérêts restitutoires, les garanties procédurales. Ces garanties devraient être prévues dans le *Code civil* en fixant un plafond à cette indemnité, par exemple un pourcentage maximum des profits illégaux[1285], et les prévoir dans le cas précis des fautes lucratives, lesquelles devront être définies avec précision.

[1283] Dans ce sens, dans l'arrêt *Pro-Sys*, *op. cit.*, note 58, la Cour suprême mène cette analyse fonctionnelle pour déterminer si le recours collectif est la meilleure procédure en l'espèce. Elle conclut que c'est le cas puisque dans cette affaire, en l'absence d'action du Commissaire à la concurrence, le recours collectif constitue la meilleure procédure pour atteindre les objectifs de dissuasion et de modification des comportements car elle est la seule.

[1284] *Supra*, au par. 128.

[1285] Daniel GARDNER, « Réflexion sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 *R. du B. can*. 198, aux pp. 215-216.

§2 : Le recouvrement de la réparation dans le recours collectif

135. Le juge, « chef d'orchestre » de l'indemnisation – Le recours collectif québécois et l'action de groupe française se ressemblent au stade de la liquidation de l'indemnisation. Le juge y joue un rôle prépondérant. Si au Québec, l'influence anglaise explique que le juge à une plus grande liberté que son lointain cousin français, en France, il est singulier de voir à quel point le juge joue un rôle important dans l'action de groupe. Au Québec, il s'agit d'un « juge coordinateur qui est en charge à partir du stade préliminaire et ce jusqu'au procès »[1286]. Le législateur français a suivi ce chemin. Le juge fixe les délais et les modalités d'exécution du jugement[1287]. Il revient au juge de trancher les difficultés qui s'élèvent au stade de la liquidation du jugement[1288]. Par conséquent, on peut parler du juge comme d'un « chef d'orchestre » de l'indemnisation. Il semble que la complexité de l'indemnisation d'un groupe soulève des difficultés qui appellent une souplesse légitime dans les termes de la loi laissant au juge le soin de gérer au cas par cas ces difficultés. Dans le cadre d'une action collective, il y aura une évaluation globale du préjudice et une distribution individuelle des dommages et intérêts. Ces deux étapes distinctes appellent un choix discrétionnaire du juge pour lui permettre d'œuvrer avec souplesse et pragmatisme[1289]. Ce choix se traduit par la question de savoir s'il doit prononcer un recouvrement collectif des dommages et intérêts ou un recouvrement individuel des dommages et intérêts.

136. Le recouvrement des dommages et intérêts dans le recours collectif – Le droit québécois a concrétisé dans la loi ces deux types de recouvrement que sont le recouvrement individuel et le recouvrement collectif de la créance indemnitaire. L'article 1031 du C.p.c.Q. définit le recouvrement collectif comme un recouvrement global des dommages et intérêts lorsque « la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres ; [le juge] détermine alors le montant dû par le débiteur même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n'est pas établi ». Le recouvrement collectif est

[1286] Luc GIROUX, « Le recours collectif au Québec: un bref aperçu », dans *Les actions collectives: points communs et divergences des expériences américaines et européennes*, Colloque de la Cour de cassation, jeudi 2 juin 2005, [en ligne] : <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/recours_collectif_quebec.pdf>.
[1287] L. 423-5 c.conso.
[1288] L. 423-6 c.conso.
[1289] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 191 et s.

celui qui s'émancipe de la réparation intégrale : le juge ne connaît pas l'intégralité des victimes ou ignore le montant exact des réparations individuelles. Alors, il ne peut que fixer une somme qui n'est pas l'addition des réclamations individuelles. Il évalue plutôt le préjudice global du groupe. À l'inverse, le recouvrement individuel est défini à l'article 1038 du C.p.c.Q. qui traite des réclamations individuelles. Il s'agit pour le demandeur de faire valoir dans l'année du jugement final sa réclamation auprès du greffe du district où le recours collectif a été intenté. Les membres doivent donc présenter individuellement la preuve du montant de leur réclamation. En résumé, « [l]e recouvrement collectif consiste à ordonner au défendeur de produire la somme entière de l'indemnité au greffe de la cour ou à une institution financière pour distribution éventuelle. (…) Dans le cas d'un recouvrement individuel, seulement les membres qui ont produit une réclamation individuelle ayant été approuvée devraient être indemnisés par le défendeur. (…) Qu'il s'agisse d'un recouvrement individuel ou collectif, chaque membre devra ensuite présenter une preuve de sa réclamation afin d'avoir un accès au montant auquel il a droit. La fin du litige n'entraîne donc pas automatiquement le recouvrement »[1290].

En droit français, la distinction entre le recouvrement collectif et le recouvrement individuel n'est pas aussi claire. Cependant, nous pensons qu'elle est présente à la lecture des dispositions sur l'action de groupe. L'article L. 423-11 du *code de la consommation* énonce que « le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur (…) ». L'article L. 423-5, alinéa 2 énonce que « [le juge] détermine les modalités de [l'adhésion au groupe] et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel ou par l'intermédiaire de l'association ou [à une personne appartenant à une profession judiciaire réglementée] ». L'alinéa 3 poursuit : « L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante ». La lecture combinée de ces deux articles laisse percevoir une forme de mixité entre le recouvrement collectif et le recouvrement individuel. L'article L. 423-5 ouvre une option au juge. Soit il ordonne au professionnel de verser les sommes à l'association de consommateurs ou à un tiers, soit le professionnel distribue directement les sommes aux consommateurs qui en font la demande. Or pour verser les dommages et intérêts à l'association, il faudra que le juge

[1290] S. FINN, *op. cit.*, note 349, p. 67-68.

ait fixé la somme globale de l'indemnisation pour que le professionnel puisse la verser dans les caisses de l'association ou du tiers. En cela, l'option passant par l'association s'apparente à un mode de recouvrement collectif car le juge ne tient pas individuellement compte du préjudice. Même si la distribution est individuelle, le recouvrement est collectif. Par conséquent, on peut déceler dans les dispositions sur l'action de groupe, la même logique qu'en droit québécois, à savoir un mode de recouvrement collectif et un mode de recouvrement individuel. Les victimes peuvent espérer qu'en droit français, la conséquence de ce type de recouvrement collectif s'affranchira de la réparation intégrale au profit d'une évaluation plus souple des dommages et intérêts. Or, selon Pierre-Claude Lafond, le recouvrement collectif « appelle le plein remboursement des gains illégaux afin de rétablir l'équilibre de la situation entre le défendeur et le groupe »[1291]. Le recouvrement des dommages et intérêts par la voie collective serait une forme de dommages et intérêts restitutoires en droit québécois. Ainsi, en droit français, si le *Rapport Terré* était suivi, l'action de groupe pourrait prévoir sans hésitation des dommages et intérêts restitutoires en cas de pratiques anticoncurrentielles en posant comme principe pour les actions de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles, que le recouvrement soit collectif. Il s'agirait de la traduction processuelle d'une évolution pertinente du droit de la responsabilité civile pour les actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles.

§3 : Réparation fluide et réparation en nature

En droit de la concurrence, à la suite d'une pratique anticoncurrentielle, les États-Unis ont développé un système original de réparation comparable à une forme de réparation en nature selon la terminologie civiliste. Il s'agit de la *fluid recovery* ou réparation fluide. En anglais, le mot « *fluid* » utilisé en tant qu'adjectif signifie « souple ». La réparation fluide serait en réalité une réparation souple. Cette souplesse signifie que le juge va chercher à épouser au mieux les contours du préjudice par un système de réparation effectif. L'affaire américaine emblématique de cette pratique est l'affaire californienne des *yellow cabs*[1292]. Les fameux taxis jaunes de Los Angeles se sont entendus sur une augmentation de leur prix. Dans leur décision, les juges ont décidé une baisse des prix proportionnée à la hausse des prix pendant une période de temps équivalente à la durée de la pratique. On constate ainsi la mise à la charge du

[1291] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 569.
[1292] *Daar* v. *Yellow Cab Co.*, 67 Cal.2d 695 (1967).

défendeur d'une nouvelle obligation de faire à des fins d'indemnisation que nous sommes tentés de qualifier de « réparation en nature ».

137. *Fuid class recovery* et nécessité du recouvrement collectif – Ce choix peut s'expliquer par le système de recours collectif en Amérique du Nord. En effet, les groupes de victimes sont mouvants et évoluent avec le temps. Contrairement au modèle d'action de groupe français, les victimes ne sont pas toutes connues précisément. Le modèle *opt-out,* ou à participation implicite, inclut des membres dont on ignore la qualité. Le groupe est « une entité vivante et mouvante »[1293]. Les américains ont alors adapté la réparation à ce nouveau système d'action en justice qu'est la *class action*. Ils ont créé des *fluid class recovery*[1294]. Il s'agit d'un système de recouvrement qui s'applique aux recours collectifs de consommateurs notamment en droit antitrust. Le juge procède à une évaluation globale de l'indemnisation pour le groupe. Le défendeur doit verser cette somme au Tribunal, à charge pour les consommateurs de prouver leur qualité de victime pour obtenir une part de la somme. Il y a deux conditions pour cela : 1/ les consommateurs doivent avoir une cause d'action légale ; 2/ le surcoût dans la fixation des prix doit être homogène pour l'ensemble du groupe[1295]. En droit de la concurrence, l'application de ce type de réparation est adaptée aux ententes horizontales en vue de fixer les prix.

En droit québécois, le système de recouvrement collectif est la traduction législative de cette pratique américaine. Au niveau fédéral, le *Rapport Williams* a critiqué cette approche lors de la réflexion sur l'action collective en droit de la concurrence canadien, le percevant comme une source d'indemnisation de personnes qui n'ont pas été touchées par la pratique[1296]. L'affaire québécoise *Viau* c. *Syndicat canadien de la fonction publique*[1297] illustre cette objection mais témoigne aussi d'un mode de liquidation original de la créance indemnitaire. Il s'agissait d'une grève dans les transports publics qui avait duré un mois. Elle était survenue après 15 heures. Or, après cette heure, 52 310 passagers avaient emprunté les transports en commun. Le requérant demandait 20 $ par usager. Le tribunal a multiplié 20 $ par 50 000 et a ordonné le

[1293] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice, loc. cit.*, note 1291.
[1294] Michael MALINA, « Fluid Class Recovery As a Consumer Remedy In Antitrust Cases », (1972) 47 *N.Y.U. L. Rev*. 477.
[1295] *Id.*, p. 483.
[1296] *Rapport Williams, op. cit.*, note 37, p. 62 et 158.
[1297] [1991] R.R.A. 740.

versement d'une indemnité de un million de dollars. Dans cette procédure, le tribunal avait ordonné au syndicat responsable de verser le million de dollars auquel il a été condamné à la société de transport en commun. Cette dernière avait alors redistribué la somme sous forme de voyages gratuits. Ce système de recouvrement est donc très proche du système américain de réparation fluide car on voit bien que le juge a une marge d'appréciation très importante dans l'indemnisation et l'administration des fonds perçus par les victimes[1298]. On constate que la somme est versée à l'entreprise de transport en commun, laquelle peut ensuite redistribuer la somme sous forme de transports gratuits indemnisant ainsi les victimes. Cependant, dans ce cas, des personnes qui ne sont pas victimes peuvent en bénéficier. Nous appuyons la vision de Pierre-Claude Lafond selon laquelle il s'agit d'une adaptation nécessaire de la liquidation de l'indemnisation à l'action collective qui ne remet pas en cause les principes de la responsabilité civile[1299]. Au stade de la distribution de l'indemnisation, peu importe sa forme, peu importe son calcul, le juge doit pouvoir faire preuve d'imagination s'il veut être efficace dans la réparation et dans la dissuasion.

Cette souplesse est particulièrement intéressante pour réparer les effets d'une pratique anticoncurrentielle. Elle permettrait au juge d'exiger une baisse des prix, l'octroi de rabais ou de bons de réduction, la gratuité temporaire d'un service et toute autre mesure privant le défendeur de son gain illicite[1300], ce qui serait particulièrement efficace pour les consommateurs.

138. La réparation en nature en droit français – En droit français, « [l]'objet de la réparation en nature est en principe le même que celui des dommages-intérêts : il s'agit d'indemniser la victime »[1301]. Il arrive que l'interventionnisme judiciaire soit poussé au point que le juge crée une obligation à la charge du responsable au profit de la

[1298] Pour étude détaillée, v. L. BORÉ, *op. cit.*, note 491, p. 391 et 392.
[1299] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 570 : « C'est là une conception érronée du recouvrement collectif qui se veut essentiellement une nouvelle façon d'administrer les dommages et intérêts, une fois ceux-ci accordés par le tribunal. En aucun cas, cette formule n'impose au défendeur l'obligation de payer plus qu'il ne doit ; en ce sens, elle n'emporte pas une modification des règles de la responsabilité civile ».
[1300] Aux États-Unis, la privation du gain illicite est un objectif de la *fluid class recovery*, v. M. MALINA, *op. cit.*, note 1294, p. 477 : « (…) the remainder is made available to the class at large in some manner calculated to benefit the injured consumers and, at the very least, deprive the wrongdoers of the fruits of their wrongdoing ».
[1301] Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2011, p. 86, au par. 27 ; CA Paris, 28 mars 2007, *SCI Boulevard Saint-Denis* c/ *St Negro*, *Jurisdata* n° 2007-330003.

victime[1302]. Même si les tribunaux français agissent de la sorte pour, par exemple, réputer un contrat conclu suite au non-respect d'une obligation d'information[1303], c'est-à-dire pour intervenir dans des rapports contractuels, nous pourrions imaginer que cette interventionnisme aille jusqu'à ordonner certaines mesures indemnisatrices différentes des dommages et intérêts compensatoires. À ce titre, l'action de groupe invite les juges à prononcer des mesures de réparation en nature à l'article L. 423-3, alinéa 2 du *code de la consommation* si une telle mesure lui paraît adaptée. Malheureusement, le texte ne les précise pas. Le *Rapport Hammadi* l'envisage brièvement dans le cas où le préjudice est faible[1304], sans évoquer s'il s'appuie sur l'esprit de la *fluid class recovery*. Cependant, ce silence invite à l'imagination. Par exemple, une baisse des prix pourrait être ordonnée à la suite d'une entente horizontale pour la fixation des prix pendant une durée déterminée en fonction du temps qui serait nécessaire pour faire subir à l'entreprise une perte équivalente à son profit illicite. Peu importe le moyen, l'objectif de la réparation en nature devrait être la privation du gain illicite lorsqu'elle s'applique dans le contentieux indemnitaire du droit des pratiques anticoncurrentielles. Dans le cadre de l'action de groupe, les juges devront de toute évidence faire preuve de compréhension. Le caractère éminemment associatif de l'action de groupe, combiné à un mode de recouvrement hybride, à la fois collectif et individuel laissé à la discrétion du juge, appelle une réparation originale qui suivra sans doute la voie jurisprudentielle d'une réparation en nature.

139. La réparation en nature : une mesure adaptée au préjudice concurrentiel d'affaire – Si la somme d'argent versée directement au consommateur ou à un tiers, pour l'exécution d'une prestation qui lui est favorable, peut convenir à la masse des consommateurs personnes physiques, les entreprises françaises et canadiennes sont peut-être moins intéressées que l'on pourrait le croire par une indemnisation pécuniaire. De plus, en cas d'abus de position dominante, où les PME sont plus facilement victimes, la somme d'argent n'est peut-être pas la meilleure solution. Par exemple, l'entreprise victime d'un déréférencement préfèrerait sûrement obtenir le rétablissement de son référencement. L'entreprise victime de prix imposés préfèrerait sûrement

[1302] *Id.*, p. 102, au par. 32.
[1303] Id.
[1304] *Rapport Hammadi*, *op. cit.*, note 471, p. 66 : « La Commission des affaires économiques a ainsi adopté un amendement précisant que la réparation pouvait non seulement être de nature pécuniaire mais également être effectuée en nature, notamment lorsque le préjudice subi s'avère faible ».

retrouver sa liberté dans la fixation de ses prix. L'entreprise victime d'un refus de vendre pourrait obtenir du juge l'obligation de vendre de la part de l'auteur de la pratique. On peut aussi imaginer adjoindre à ces mesures correctives une publicité aux frais de l'auteur dans les médias pour porter une atteinte à la réputation de l'entreprise. Les consommateurs pourraient alors juger s'ils souhaitent continuer à se procurer des biens ou des services auprès de cette entreprise. Cette atteinte à la réputation lui causerait une perte corrélative qui pourrait être dissuasive. De toute évidence, ces mesures s'appliquent au préjudice concurrentiel d'affaire tel qu'il est décrit plus haut[1305].

Le recouvrement collectif et la réparation fluide s'appliquent au préjudice concurrentiel de consommation subi indifféremment par des entreprises ou des consommateurs. Ils ne peuvent pas s'appliquer à l'action privée individuelle d'une entreprise. Il faut donc chercher une solution viable pour les entreprises victimes d'un préjudice concurrentiel d'affaire. Sa nature individuelle empêche l'application des mesures correctives issues du recours collectif. La solution au préjudice concurrentiel d'affaire est principalement d'intervenir en amont par le biais d'une demande de mesure conservatoire auprès de l'Autorité de la concurrence ou d'un référé devant le juge judiciaire. La suppression de l'illicite est la mesure qui semble la plus intéressante en droit français en terme de réparation en nature[1306]. Le droit canadien semble pour sa part avoir pris en compte l'absence d'intérêt d'une mesure pécuniaire. Le Tribunal de la concurrence est amené à intervenir sur une saisine d'une entreprise que pour prononcer la cessation de l'illicite[1307]. Le temps est d'ailleurs compté dans ce type de recours pour justement éviter le préjudice. L'article 103.1(8) L.c. prévoit alors que le recours doit être exercé dans l'année qui suit la pratique litigieuse. Cependant, le Tribunal de la concurrence ne peut pas être saisi d'un abus de position dominante par une partie privée. Telle est la limite du Tribunal de la concurrence pour obtenir la cessation de l'illicite. Seule reste l'injonction interlocutoire du droit commun pour faire cesser l'abus de position dominante avant qu'il ne cause un préjudice[1308]. Le législateur canadien devrait ouvrir l'accès au Tribunal de la concurrence en cas d'abus de position

[1305] *Supra*, p. 276 et s.
[1306] D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *op. cit.*, note 275, p. 790.
[1307] Art. 103.1(7) et (7.1).
[1308] *Supra*, p. 181 et s.

dominante pour assurer la prévention du préjudice. Trois raisons militent en faveur de cette réforme. D'abord, l'article 36 L.c. ne permet pas le recours privé pour un abus de position dominante en droit fédéral[1309]. Par conséquent, la voie de la réparation est fermée. Ensuite, le préjudice concurrentiel d'affaire appelle davantage la prévention et la cessation que la réparation. La réparation implique une action seule de l'entreprise, coûteuse et longue. La PME ne sera pas incitée à agir, sans compter la peur de représailles. Enfin, si le Commissaire de la concurrence peut agir contre les abus de position dominante, son action peut non seulement être longue mais ne comporte aucune vertu réparatrice pour la victime[1310].

§4 : Le recouvrement de l'indemnisation par les acheteurs indirects

L'indemnisation des acheteurs indirects soulève deux questions au stade de la liquidation de la créance : 1/ L'indemnisation versée à l'acheteur direct et indirect simultanément ou successivement ne fait-elle pas en sorte que le jugement permet une indemnisation double ou multiple ? 2/ Comment doit se faire la distribution de la somme entre les acheteurs directs et indirects membres d'un même groupe ?

140. La gestion du recouvrement de l'indemnisation des acheteurs indirects au Canada – Au Canada, la Cour suprême a dû répondre à ces questions dans sa trilogie sur les acheteurs indirects. En effet, si le surcoût est unique, il a pu se répercuter le long de la chaîne de distribution multipliant d'autant le nombre de demandeurs potentiels. On perçoit alors le risque de recouvrement multiple. La Cour suprême distingue deux hypothèses. D'abord, une action d'acheteurs indirects peut faire suite à l'action des acheteurs directs[1311]. Dans ce cas, un risque de recouvrement multiple existe en fonction du nombre d'acheteurs qui agiront. Reprenant les motivations de *Illinois Brick*[1312] qui présentent les inquiétudes relatives à la double indemnisation, la Cour suprême considère que les contre-arguments du juge Brennan, dissident, s'applique au Canada. Il s'agissait de répondre à ces inquiétudes en affirmant que compte tenu de la complexité de telles affaires et du court délai de prescription[1313], le risque que ce genre d'action se

[1309] Le droit provincial demeure applicable comme expliqué plus haut, v. *supra*, p. 245 et s.
[1310] Art. 79(1). Le Tribunal ne rend qu'une ordonnance interdisant la pratique.
[1311] *Pro-Sys*, *op. cit.*, note 58, au par. 38.
[1312] *Illinois Brick*, *op. cit*, note 1055.
[1313] Deux ans selon l'art. 36(4) L.c.

présente était théorique[1314]. Ensuite, l'autre hypothèse correspond à celle où les acheteurs directs et indirects engagent des actions distinctes simultanément[1315]. La Cour suprême du Canada répond que le risque de double indemnisation doit alors être géré par les tribunaux en s'appuyant sur les motifs développés dans *Multiple Access Ltd.* c. *Mc Cutcheon*[1316]. Elle conclut que ce risque ne doit pas permettre le rejet d'un recours collectif au stade de l'autorisation et que la gestion du risque de double recouvrement devra se faire dans le jugement final. Ainsi, au stade où le juge liquide la créance d'indemnisation, il doit prendre garde au risque de double recouvrement et ajuster le montant accordé en fonction de cela. Par ailleurs, au sujet de la liquidation, la Cour suprême du Canada cite un passage d'*Illinois Brick* éclairant pour les juges canadiens au moment de la liquidation au sujet de la complexité de l'entreprise d'indemnisation des acheteurs indirects, nous le reproduisons :

> « Certes, dans bien des cas, le demandeur ne sera pas en mesure de prouver le transfert de la majoration. Dans d'autres, la partie transférée ne pourra être déterminée qu'approximativement. Mais là encore, ce problème distingue à peine l'espèce d'une autre affaire antitrust. Dans ce domaine, toute instance exige une estimation raisonnée, mais « bien que les dommages [dans les affaires de cette nature] ne puissent être déterminés au moyen de simples spéculations ou conjectures, il suffira d'inférer de manière juste et raisonnable l'étendue des dommages, même si le résultat ne sera qu'approximatif » [. . .] L'imprécision de la répartition des dommages-intérêts entre l'acheteur direct et l'acheteur indirect n'est donc pas une considération suffisante pour priver l'acheteur indirect de la possibilité d'établir le préjudice subi »[1317].

Il faut y voir un enseignement d'humilité de la part des juges américains face à l'évaluation et à la liquidation du préjudice des acheteurs indirects. Les juges canadiens, mais aussi français, doivent acter que la certitude d'attribuer une somme précise et exacte, correspondant à ce qui doit revenir aux acheteurs directs et indirects, n'existe pas. Il ne peut s'agir que d'une approximation. Les juges ne peuvent que tendre vers la juste indemnisation du préjudice concurrentiel.

[1314] *Id.*, p. 764.
[1315] *Pro-Sys*, *op. cit.*, note 58, au par. 39.
[1316] [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 191 : « Les cours sont à même d'empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. Le fait qu'une cour doit autoriser des poursuites en vertu de la Loi de l'Ontario assure une protection contre le double recouvrement si la compagnie a déjà intenté des poursuites en vertu de la Loi fédérale. En outre, à l'étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement ».
[1317] Nous soulignons. *Illinois Brick*, *op. cit.*, note 1055, p. 759-760 ; *Pro-Sys*, note 58, au par. 44.

141. La gestion du recouvrement de l'indemnisation des acheteurs indirects en France – En droit français, la position sur l'indemnisation des acheteurs indirects n'en est qu'à ses balbusciments. L'action de groupe permettra surement de démocratiser le recours des acheteurs indirects et ce faisant précisera en jurisprudence les modalités de leur indemnisation. Pour le moment, la Cour de cassation impose à l'acheteur direct de prouver l'absence de répercussion du surcoût. Contrairement au Canada, où le souci de faciliter l'action des acheteurs indirects milite en faveur du rejet de l'obligation de prouver le transfert de la perte, les juges français ne doivent pas veiller par eux-mêmes au risque de recouvrement multiple. Le demandeur acheteur direct devra démontrer qu'il n'a pas transféré la perte écartant en même temps le risque de double recouvrement de l'indemnisation en cas d'action distincte ou postérieure d'un acheteur indirect. La logique voudrait que l'acheteur indirect, pour récupérer une somme à titre d'indemnisation, démontre que le surcoût lui a bien été transmis. Si bien qu'en droit français, le risque de double recouvrement ou de recouvrement multiple disparaît puisque chaque demandeur devra démontrer, soit qu'il n'a pas répercuté les surcharges dans le cas de l'acheteur direct, soit, dans le cas de l'acheteur indirect, qu'il s'est vu répercuter la surcharge. Dans les deux cas, il s'agit d'une *probatio diabolica* qui risque de nuire à l'effectivité de la réparation.

De plus, il sera délicat pour le juge d'une action de groupe réunissant des acheteurs directs et indirects, au moment de déterminer le préjudice et les éléments permettant son évaluation comme l'y invite l'article L. 423-3, alinéa 2 du *code de la consommation*[1318], d'arbitrer entre la part qui doit revenir aux acheteurs directs et celle qui doit revenir aux acheteurs indirects. Si l'on suit la solution de la Cour de cassation, chacun prétendra avoir subi la surcharge du prix comme elle le demande[1319]. Par conséquent, l'action de groupe contenant des acheteurs directs et indirects, comme on le voit au Canada, est de fait exclue en France[1320]. Par ailleurs, il faut reconnaître que les acheteurs directs sont souvent des entreprises. Or l'action de groupe française est réservée aux consommateurs. Par conséquent, le risque d'un groupe mixte – acheteurs

[1318] Le texte nous dit : « Le juge détermine le montant des préjudices pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices ».
[1319] L'objectif de la Cour de cassation est d'éviter l'enrichissement sans cause de l'acheteur direct qui s'est auto-indemnisé en transférant la surcharge.
[1320] Comme il n'y a pas de phase de certification en France, les demandeurs sont immédiatement dans un procès au fond. Les exigences probatoires qui sont demandées à ce stade, contrairement à la phase d'autorisation, ne permettent pas une action d'achteurs directs et indirects.

directs et indirects – reste, pour l'heure, théorique. Cependant, le risque de conflit entre une action de groupe de consommateurs acheteurs indirects et une instance civile seule d'une entreprise acheteur direct est bien réel. Comment les juges arbitreront ce conflit ? Si l'expertise économique est une science exacte, l'une ou l'autre des parties se verra déboutée de sa demande car il ne pourra y avoir deux gagnants face à une même surcharge. En effet, si les acheteurs indirects établissent qu'ils ont subi la surcharge du prix, de fait, dans l'action civile de l'acheteur direct relativement aux mêmes faits, le juge devrait avoir au dossier une preuve de l'absence de conservation de la surcharge par l'acheteur direct. Dans le cas contraire, il y aura contrariété des décisions, recouvrement multiple et, par conséquent, une insécurité juridique nuisible à l'effectivité de la réparation.

142. Conclusions sur les modes de liquidation de la créance des acheteurs indirects – Il ressort de ce qui précède que lors de la liquidation de l'indemnisation, le juge devrait suivre deux principes directeurs. Le premier doit être de récupérer le gain illicite. Le second doit être d'en faire bénéficier la victime. L'effectivité de l'indemnisation dépend de son aspect incitatif pour les victimes, l'incitation passant par l'octroi d'une juste indemnisation, et de son aspect dissuasif pour l'auteur de la faute, la dissuasion passant par la privation du gain illicite.

Quant aux acheteurs directs et indirects dans le cadre d'une action collective conjointe, leur sort devrait être tranché au stade de la distribution de la somme d'argent dans le jugement final. Chacun devrait avoir droit à l'action sans distinguer leur préjudice. Tel est le modèle du droit canadien. L'octroi d'une somme globale à l'échelle du groupe permet une évaluation qui ne tient pas compte de la répercussion des surcoûts le long de la chaîne de distribution. De cette manière, l'action privée n'est pas entravée. De plus, l'effectivité de la réparation est assurée. Cependant, il s'agit de repousser le problème. Au stade de la distribution des sommes, le liquidateur, qu'il soit le professionnel, l'association de consommateurs, le tribunal ou un tiers devra avoir la preuve du préjudice pour octroyer une part de l'indemnisation. Nous considérons donc que si la solution française est exigeante pour les demandeurs et peu incitative, elle a le mérite d'éliminer la difficulté du double recouvrement en ramenant les demandeurs à la réalité : il ne peut y avoir deux gagnants pour une même perte. Si nous souscrivons à la position de la Cour suprême canadienne, selon laquelle cette réalité ne doit pas

empêcher l'autorisation du recours collectif[1321], il ne faut pas ignorer les difficultés qui se présenteront en pratique au stade de l'indemnisation de ces deux catégories de demandeurs y compris au stade du procès au fond. De l'aveu même de la Cour :

> « Tous les membres, sans égard à leur situation personnelle, possèdent en commun l'intérêt tant de prouver l'existence d'un complot pour la fixation des prix que de maximiser le montant des pertes résultant de la surfacturation illégale. Les différences entre les relations des acheteurs directs avec les appelantes et celles des acheteurs indirects ne modifient en rien leur intérêt collectif à l'égard de ces questions de faute et de responsabilité. Toute question relative aux conflits d'intérêts peut être traitée au procès même »[1322].

Le conflit d'intérêt est potentiel et rejaillira lors du procès au fond, notamment lors de la délicate question de l'attribution individuelle des dommages et intérêts globaux obtenus.

Cet état de fait est d'autant plus vrai pour les dommages et intérêts restitutoires. Dans la mesure où ils visent la récupération du bénéfice mal acquis par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, ils sont par nature tributaires du montant surfacturé. En effet, le surcoût constitue le bénéficie illicite. Dès lors, les défendeurs ne pourront pas restituer deux fois le même bénéfice.

Par ailleurs, il se peut que l'acheteur direct ou indirect ait subi un préjudice déconnecté du bénéficie illégal en cas de répercussion du surcoût sur les prix. Il s'agit de l'hypothèse où, bien que l'acheteur direct se soit lui-même indemnisé, il a pu subir comme préjudice une baisse de sa clientèle due à l'augmentation de ses prix au profit d'autres acheteurs directs qui n'ont pas répercuté le surcoût ou des concurrents fournissant des produits substituables à un prix moins élevé[1323]. *Par conséquent, si les juges veulent parvenir à une juste indemnisation, il leur faudra adopter une approche*

[1321] Sur l'autorisation du recours collectif en droit de la concurrence, v. Andé DUROCHER et Claude MARSEILLE, *Recours collectif*, Fasc. 2, Markham, LexisNexis Canada, par. 91 et 92.

[1322] Nous soulignons. *Infineon*, *op. cit.*, note 58, au par. 74.

[1323] Le Tribunal de Nanterre, dans sa décision du 11 mai 2006, *op. cit.*, note 1030, avait justement conclu à l'obligation de minimiser son dommage pour l'acheteur direct car les autres concurrents s'approvisionnaient tous auprès des cartellistes. Il n'y avait donc aucune chance de subir un préjudice du fait d'un détournement du consommateur des produits vendus par le demandeur vers des concurrents pratiquant des prix inférieurs. La Cour suprême du Canada fait une analyse similaire dans sa décision *Infineon*, *op. cit.*, note 58, au par. 112 où elle précise que les prix plus élevés peuvent jouer sur le volume des ventes. Dès lors, même en répercutant la surcharge du prix, l'acheteur direct peut subir un préjudice. Dans ce sens, Stephen M. WADDAMS, *The law of damages*, Toronto, Canada Law Book, 2012, aux p. 15 à 38.

combinatoire des dommages et intérêts, c'est-à-dire utiliser les dommages et intérêts restitutoires pour faciliter l'octroi d'une indemnisation aux victimes et sanctionner, le cas échéant, l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle. Ils devraient aussi avoir recours aux dommages et intérêts compensatoires pour permettre aux acheteurs directs d'obtenir une indemnisation malgré la répercussion de leurs surcoûts pour les préjudices liés à l'augmentation de leur prix.

Section II – Les co-indemnisateurs des victimes de pratiques anticoncurrentielles

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles n'obtiendront peut être pas une indemnisation de tous les auteurs de pratiques contraires au droit de la concurrence. Il en va ainsi s'il y a une solidarité entre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Une autre situation est celle où l'auteur n'indemnise pas la victime. Tel est le cas quand un assureur intervient pour désintéresser la victime en lui versant une indemnisation. Ces hypothèses ont un intérêt pratique et théorique certain. Elles permettent de comprendre l'impact de la responsabilité solidaire et de l'assurance sur l'effectivité de l'action privée. Une dernière hypothèse à envisager est celle où l'entreprise poursuivie disparaît, par exemple, suite à une fusion ou à une liquidation. Il est important dans ce cas de savoir qui indemnisera la victime de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, il existe deux catégories de co-indemnisateurs, les coauteurs de la pratique anticoncurrentielle (§1) et les tiers (§2)

§1 : L'indemnisation par les coauteurs

L'indemnisation par les coauteurs suppose une condamnation solidaire à la dette. Cette condamnation repose sur les principes de la solidarité en droit civil (1). La proposition d'introduire des dommages et intérêts punitifs et des dommages et intérêts restitutoires amène à s'interroger sur le maintien de la solidarité entre coauteurs de pratiques anticoncurrentielles face à la peine privée (2).

1) Le droit commun de la solidarité

143. La solidarité en matière de pratiques anticoncurrentielles – Les pratiques anticoncurrentielles étudiées, c'est-à-dire l'entente et l'abus de position dominante, se prêtent relativement bien à une condamnation solidaire à la dette. En effet, le cas de l'entente anticoncurrentielle est le plus parlant. Une entente suppose au moins deux

personnes tant en droit français, communautaire que canadien[1324]. Il est aisé d'imaginer une condamnation solidaire des membres d'un cartel pour qu'ils soient tenus solidairement à la dette d'indemnisation. La solution vise à accroître les chances d'indemnisation de la victime qui pourra alors se retourner contre le débiteur le plus solvable. Si la solidarité est évidente pour l'entente[1325], l'abus de position peut aussi être collectif en cas de dominance collective sur le marché en présence d'un oligopole[1326]. Ces situations sur le marché sont toutes susceptibles, avec plus ou moins de vraisemblance, de générer des préjudices. Particulièrement, en droit des pratiques anticoncurrentielles, l'entente est la plus susceptible de constituer ce que le droit civil qualifie de faute collective[1327]. La conséquence de cette responsabilité collective est souvent la condamnation solidaire des fautifs.

144. La solidarité en droit civil – Les droits français et québécois connaissent tous deux la solidarité. Leurs régimes sont presque identiques. Il s'agit en cas de solidarité entre débiteur d'une solidarité dite « passive »[1328]. Elle ne se présume pas[1329]. Il faut un élément juridique qui permette son application. Les conventions et la loi sont les deux sources de solidarité en France et au Québec. Au Québec, la loi en question peut être provinciale ou fédérale[1330]. Cependant, la loi fédérale sur la concurrence ne prévoit pas de responsabilité solidaire dans le cadre de l'article 36. Il faut donc se référer exclusivement au droit provincial pour savoir si la solidarité peut être prononcée à l'issue du jugement sur l'action privée. L'article 1526 C.c.Q. précise alors que les co-débiteurs d'un même préjudice y sont tenus solidairement. De plus, l'article 1480 C.c.Q. présume la solidarité en cas de faute commune. Les auteurs d'un complot pourront donc toujours tenter de diminuer leur part contributive dans les dommages et intérêts en prouvant l'absence de faute commune.

[1324] Linda Arcelin-Lécuyer précise fort justement qu'« [à] défaut de cette pluralité d'intervenants, il n'y a pas entente car on ne peut manifestement pas s'entendre avec soi-même ! », v. L. ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, note 428, au par. 95, p. 72. L'article 45 de la L.c. canadienne nous dit « avec une personne ». Il marque clairement la pluralité d'auteurs.

[1325] La situation est d'ailleurs envisagée dans les motifs de la *Proposition de directive sur l'action privée*, *op. cit.*, note 26, au par. 4.3.3.

[1326] K. DIAWARA, *Le contrôle de la puissance de marché*, *op. cit.*, note 99, p. 232.

[1327] François ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », D. 2011.1983, au par. 8 : « En droit civil, la responsabilité collective est exploitée lorsqu'un dommage survient à l'occasion d'une activité exercée par un groupe de personnes et qu'il est impossible d'identifier le membre du groupe qui a causé le dommage à la victime ».

[1328] Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2013, p. 709, au par. 612.

[1329] Art. 1525, al. 1 C.c.Q. et art. 1202 C.c.

[1330] J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 1328, p. 711, au par. 614.

En droit français, le droit commercial déroge au droit civil, ainsi la solidarité est présumée en matière commerciale[1331]. Le mécanisme est intéressant pour l'entreprise victime. Dans un contentieux commercial, l'entreprise bénéficie de cet avantage sur le consommateur personne physique. Cependant, pour pallier cette carence du droit français qui, contrairement au droit québécois, ne présume pas la solidarité en cas de faute collective, la jurisprudence s'est autorisée à prononcer la solidarité. Cette solidarité jurisprudentielle porte le nom d'obligation *in solidum*. Le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle est son domaine de prédilection[1332]. Elle s'applique en présence de coauteurs d'une même faute mais aussi lorsque des fautes distinctes sont à l'origine du même dommage[1333]. L'obligation *in solidum* a les mêmes effets que la solidarité.

2) L'application de la solidarité face aux dommages et intérêts punitifs

145. La solidarité face aux dommages et intérêts punitifs – Faudrait-il faire jouer la solidarité à l'égard des dommages et intérêts punitifs ? Il s'agit d'une question qui s'est posée au Québec. En droit de la concurrence, dans la mesure où la peine privée est appelée à jouer un rôle à plus ou moins à long terme, la question finira par se poser en Europe et en France. Aussi, les dommages et intérêts restitutoires étant envisagés en France, il nous faut nous interroger sur la solidarité et les dommages et intérêts punitifs.

La jurisprudence québécoise était divergente sur la question de la solidarité des codébiteurs tenus à des dommages et intérêts punitifs jusqu'à l'arrêt *Robinson* de la Cour suprême[1334]. Certains jugements y étaient favorables, comme le jugement de la Cour suprême *Québec (curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*[1335]. Mais certaines autres décisions étaient hostiles à cette option, considérant que les articles 1480 et 1526 C.c.Q. ne visaient que les dommages et intérêts compensatoires[1336]. Pour la doctrine, reconnaître la solidarité en cas de

[1331] François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1232.
[1332] *Id.*, p. 1248.
[1333] *Id.*, p. 1250.
[1334] *Cinar Corporation* c. *Robinson*, 2013 CSC 73, [ci-après *Robinson*].
[1335] [1996] 3 R.C.S. 211.
[1336] J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 1328, p. 715, à la note 71.

dommages et intérêts punitifs revenait à accroître la peine du codébiteur solvable face à un codébiteur insolvable. Finalement, dans l'arrêt *Robinson*[1337], la Cour suprême a refusait de faire jouer la solidarité en cas de condamnation à des dommages et intérêts punitifs ou à la restitution des profits. En effet, l'affaire concernait l'article 35 de la *Loi sur les droits d'auteur*[1338] qui prévoit soit la condamnation à des dommages et intérêts compensatoires, soit à la restitution des profits. La Cour affirme alors successivement :

> « La restitution des profits prévue à l'art. 35 de la *Loi sur le droit d'auteur* se limite à ce qui est nécessaire pour empêcher chaque défendeur de conserver des gains illicites. On ne saurait donc tenir un défendeur responsable des gains des codéfendeurs en lui imposant l'obligation de restituer solidairement les profits »[1339].
>
> « Les objectifs des dommages-intérêts punitifs et les facteurs pertinents pour les apprécier donnent à penser que ces dommages-intérêts doivent être adaptés à chaque défendeur condamné à les payer, ce qui milite contre leur attribution sur une base solidaire »[1340].

En droit de la concurrence, le risque que l'amende publique nuise à la santé financière de l'entreprise contrevenante est possible avec la tendance à l'augmentation des amendes ces dernières années tant en Europe qu'au Canada. Dès lors, les victimes agissant dans une action subséquente pourraient être facilement tentées de se tourner vers l'entreprise bénéficiaire d'une immunité. Elle serait plus certainement solvable que les autres entreprises membres d'un cartel qui n'ont pas coopéré avec les autorités de concurrence et qui, par voie de conséquence, ont payé le prix fort. Non seulement, la solidarité face à la peine privée augmente la part contributive d'un des membres du cartel au-delà de sa part propre, mais aussi elle risque de nuire au programme de clémence en renforçant la peur de l'action privée chez l'entreprise en quête d'immunité. En effet, c'est inévitablement une double peine pour l'entreprise solvable. La doctrine québécoise considère, en droit commun, que chacun devrait être tenu pour sa part seulement[1341], tout comme la Cour suprême. Nous abondons dans ce sens. Cependant, cela soulève une autre problématique, celle de l'attribution des dommages et intérêts punitifs pour chaque coauteur de la faute concurrentielle. Le juge devra déterminer qui est tenu aux dommages et intérêts punitifs et à quelle hauteur. Une décision québécoise

---

[1337] *Op. cit.*, note 1334.
[1338] L.R.C. (1985), ch. C-42.
[1339] *Robinson*, *op. cit.*, note 1334, au par. 87.
[1340] *Id* ., au par. 127. Les arguments développés par la Cour sont les suivants : 1/ La solidarité n'est pas la règle mais toujours l'exception en droit civil québécois ; 2/ Les dommages et intérêts punitifs n'ont pas pour fonction de réparer le préjudice alors que le libéllé de l'artilce 1526 C.c.Q. fait référence à la réparation ; 3/ La solidarité est contraire à l'esprit de l'article 1621 C.c.Q.
[1341] J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 1336.

a retenu une solution hybride en condamnant solidairement les plus fortunés[1342]. Cette solution en droit de la concurrence est inenvisageable pour les raisons déjà évoquées tenant au programme de clémence. En effet, les plus fortunés seront probablement ceux qui seront bénéficiaires d'une immunité d'amende. Par ailleurs, en cas d'absence de poursuite publique et d'application du programme de clémence, les plus fortunés ne sont pas nécessairement les instigateurs de la pratique, ni ceux qui en ont le plus profité. Créer une présomption de solidarité entre les auteurs les plus fortunés d'un cartel pour atteindre l'objectif bien compréhensible de l'indemnisation effective des victimes revient à faire peser un fardeau injustifiable sur les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Bien sûr la philosophie de l'option consiste à permettre le recouvrement de la créance par les victimes avec plus de certitude. Si on peut comprendre ce souci pour des victimes de dommages corporels où le préjudice s'élève à un montant très important entraînant des conséquences désastreuses sur la vie des victimes, la préoccupation est relative pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. À l'échelle individuelle, la victime de pratiques anticoncurrentielles n'est pas dans une situation de précarité telle qu'il est nécessaire d'assurer la solvabilité des coauteurs.

La *Proposition de directive sur l'action privée* envisage cette question de la solidarité entre les coauteurs de pratiques anticoncurrentielles[1343]. Cependant, en l'état du droit positif en Europe, ce n'est que la solidarité qui est envisagée à l'égard des dommages et intérêts compensatoires. À ce titre, la proposition de directive invite à la précaution vis-à-vis du bénéficiaire d'une immunité d'amende. Il ne devrait être tenu que pour sa part[1344]. La proposition envisage de prendre en compte pour le calcul de cette part, par exemple, le chiffre d'affaires, les parts de marché, le rôle joué dans l'entente, *etc*[1345].

146. La solidarité dans la *Proposition de directive sur l'action privée* – La Commission européenne est audacieuse en prenant le parti de régler la question de la solidarité dans le cas particulier des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit de toucher, à tout le moins en droit civil, à une règle

[1342] *Fillion* c. *Chiasson*, [2007] R.J.Q. 867, au par. 117.
[1343] Proposition de directive sur l'action privée, op. cit., note 26, au par. 4.3.3.
[1344] *Id.*, p. 20.
[1345] *Id.*

simple mais bien établie. En France, la précision n'est pas anodine. L'obligation *in solidum* est jurisprudentielle. Dans ce cas, les précisions de la directive à ce sujet nécessiteront, sur le modèle québécois, d'introduire une disposition dans le *Code civil* pour prévoir une solidarité en cas de responsabilité extracontractuelle pour faute commune.

Au plan du régime juridique de la solidarité dans les actions privées concurrentielles, l'article 11 de la proposition prévoit quatre points. D'abord, l'article 11.1 pose un principe de responsabilité solidaire des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Elle ne réserve pas le principe aux ententes mais le prévoit pour les violations du droit de la concurrence qui sont faites conjointement par des entreprises. La dominance collective peut être incluse. L'article 11.2 prévoit l'exception au principe. En effet, les bénéficiaires d'une immunité d'amendes ne peuvent être tenus solidairement responsables à l'égard de tiers qui ne sont pas leurs acheteurs ou des fournisseurs directs ou indirects. Cependant, l'exception tombe à l'égard de ces tiers s'ils sont dans l'impossibilité d'obtenir une réparation de la part des autres entreprises. On perçoit le souci de la Commission d'atteindre l'effectivité de la réparation. Peut-être présume-t-elle que le bénéficiaire d'une immunité d'amendes sera plus solvable ? En tout état de cause, cet argument justifie l'exception car dans l'absolu rien ne présume, en dehors de cette explication, que le bénéficiaire d'une immunité d'amende est le plus solvable. Ensuite, le point 3 de l'article 11 prévoit l'évidence, à savoir un recours du codébiteur payeur contre les autres entreprises qui n'ont pas été actionnées. Reste que pour le bénéficiaire de l'immunité, il ne peut être tenu que pour le montant du préjudice qu'il a causé[1346]. L'objectif est de limiter au maximum le risque d'une contribution excessive du bénéficiaire d'une immunité d'amendes afin de conserver l'attractivité du programme de clémence. En le tenant responsable uniquement à l'égard de ses acheteurs et fournisseurs directs et indirects, il est libéré à l'égard des victimes de ses coauteurs.

Il se peut aussi que la Commission fasse référence ici aux dommages et intérêts punitifs. N'oublions pas que dans la décision *Courage*, la CJUE affirmait que des

[1346] Art. 11.3 : « Le montant de la contribution d'une entreprise à laquelle une autorité de concurrence a accordé une immunité d'amendes au titre d'un programme de clémence n'excède pas le montant du préjudice qu'elle a causé à ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects ».

dommages et intérêts punitifs pouvaient être prononcés dans le cadre d'un recours en indemnisation en droit des pratiques anticoncurrentielles si le droit interne de l'état membre les prévoyait[1347]. La proposition envisagerait donc l'octroi de dommages et intérêts punitifs liés à la solidarité. Par conséquent, les entreprises pourraient être condamnées solidairement à des dommages et intérêts punitifs. En effet, si seul le bénéficiaire d'une immunité d'amendes ne peut être tenu de payer que le préjudice qu'il a fait subir à ses propres acheteurs et fournisseurs directs ou indirects, cela signifie que les autres codébiteurs peuvent payer, *a contrario*, une somme au-delà du préjudice effectivement causé, s'émancipant ainsi de la réparation intégrale et ouvrant la voie à une solidarité en cas de dommages et intérêts punitifs. Ce point de vue est confirmé à la lecture de l'article 11.4 de la proposition de directive. Il prévoit qu'en dehors des acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects, la part du bénéficiaire d'une immunité d'amendes ne peut excéder sa responsabilité relative dans ce préjudice[1348]. Par conséquent, si l'entreprise bénéficiaire de l'immunité est poursuivie par des tiers, elle ne peut payer que des dommages et intérêts compensatoires, c'est-à-dire ceux correspondant à la réparation intégrale. *A contrario*, en présence de ses acheteurs et fournisseurs directs ou indirects, elle peut être tenue au-delà de la réparation intégrale du préjudice. En somme, la Commission tente de rendre attractif le programme de clémence en abaissant le montant de la créance d'indemnisation que pourrait être condamné à verser le bénéficiaire d'une immunité d'amendes. Elle instaure en quelque sorte une clémence privée en limitant la responsabilité du bénéficiaire d'une immunité d'amendes. Cette logique crée toutefois une difficulté pour le juge à savoir qu'il devra établir qui est victime de qui et dans quelle mesure, au lieu de considérer qu'il y a responsabilité collective sans tenir compte de la part de chacun[1349].

Cette « clémence privée » se caractérise par deux mécanismes : d'abord, le recours du codébiteur payeur contre ses codébiteurs est limité contre le bénéficiaire d'une immunité d'amendes ; ensuite le bénéficiaire d'une immunité d'amendes ne peut être tenu responsable envers des tiers que pour sa responsabilité relative dans ce préjudice. La solution a le mérite de chercher la conciliation entre le *public enforcement*

[1347] *Courage*, *op. cit*, note 10, au par. 93.
[1348] Le texte prévoit que : « Les États membres veillent à ce que, dans la mesure où l'infraction a causé un préjudice à des parties lésées autres que les acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects des entreprises contrevenantes, le montant de la contribution du bénéficiaire d'une immunité d'amendes soit déterminée à la lumière de sa responsabilité relative dans ce préjudice ».
[1349] F. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 1327.

et le *private enforcement* du droit de la concurrence. Mais il est à craindre que l'office du juge gagne en complexité lors de la liquidation de la créance d'indemnisation. Toutefois, il est aussi important de préciser qu'une juste indemnisation est non seulement celle qui est favorable à la victime mais aussi celle qui n'accable pas l'auteur de pratiques anticoncurrentielles au point de le mettre financièrement en péril. Dans le cadre des dommages et intérêts restitutoires, une solution pourrait être de limiter la restitution à un pourcentage des profits réalisés. On peut alors imaginer un barème progressif qui permettrait en plus des solutions proposées par la Commission d'augmenter la part des bénéfices illégaux à reverser selon le rang d'arrivée dans le cadre du programme de clémence. Dès lors que le préjudice n'est plus appréhendé sous l'angle de la réparation intégrale, une certaine liberté devrait être permise au juge au nom de l'efficacité de l'*enforcement* global du droit de la concurrence. Cependant, il n'y a pas que la solidarité qui joue sur l'effectivité de la réparation et de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, l'assurance est aussi un point important à prendre en compte au moment de la liquidation de la créance d'indemnisation.

§2 : L'indemnisation par les tiers

Il existe deux types de tiers capables d'indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit d'abord de l'assureur (1), puis d'une entreprise spécialisée dans les actions privées (2).

1) Le tiers assureur

De prime abord, l'assurance est un plus pour les victimes d'une faute extracontractuelle. Elle permet d'atteindre l'objectif de la réparation en faisant garantir le préjudice par un tiers-payeur. La victime est alors certaine d'être indemnisée. « Aujourd'hui le souci légitime et croissant de protection des victimes met l'accent sur leur *créance d'indemnisation* ; mais la dette de réparation et la créance d'indemnisation sont les deux faces connexes *d'un même fait juridique : la responsabilité civile* »[1350]. Cependant, si la responsabilité civile évolue vers la peine privée, la question légitime à

[1350] Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Laurent LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2011, p. 485, au par. 631.

se poser est celle de l'assurabilité des dommages et intérêts punitifs[1351]. Dans l'action privée, il s'agit d'arbitrer entre la nécessité pour les victimes de bénéficier d'un indemnisateur solvable d'un côté, et de l'autre côté, d'être sûr que le crime ne paye pas.

147. L'inassurabilité des fautes intentionnelles en France – La faute lucrative est résolument une faute intentionnelle. Dans ce cas, il faut savoir si le droit des assurances prend en compte la faute intentionnelle et s'il permet de l'assurer. La réponse, on peut s'en douter, est négative. Le droit des assurances en France ne permet pas d'assurer la faute intentionnelle. La faute intentionnelle est « celle qui allie chez l'assuré, à la fois la volonté de commettre le comportement fautif et celle de réaliser le dommage »[1352]. Il faut « une identité absolue entre le dommage voulu et le préjudice effectivement réalisé »[1353]. L'objectif est de protéger les victimes. En effet, l'article L. 113-1 du *code des assurances* ne permet pas d'assurer les fautes intentionnelles. Ce faisant, bon nombre de fautes ne peuvent être garanties par l'assurance. Les victimes sont alors potentiellement dans l'impossibilité d'obtenir une réparation effective en cas d'insolvabilité du débiteur[1354]. Pour les victimes, l'intérêt de l'assurance est certain puisqu'elle garantit la créance d'indemnisation. Mais, du côté des entreprises, la prise en charge de la dette de réparation[1355] par l'assurance évite aussi la faillite, risque non négligeable selon les détracteurs de l'action de groupe en France[1356]. Quoiqu'il en soit, on ne peut nier l'atout de l'assurance pour la santé financière de l'entreprise et la sécurité de l'indemnisation pour les victimes. Cependant, en droit de la concurrence, l'assurance fait perdre à l'action privée sa portée préventive et sanctionnatrice en tant qu'action en responsabilité civile. En effet, les conséquences pécuniaires de la faute sont assumées par l'assureur[1357]. De plus, l'assurance encourage les fautes lucratives. Dans la

[1351] S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 367.
[1352] Daniel FASQUELLE et Rodolphe MÉSA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », dans *Revue générale de droit des assurances*, 1er avril 2005, n° 2005-02, L'extenso.fr, RGDA2005-2-002, au par. 41.
[1353] *Id.*
[1354] *Id.*, au par. 40.
[1355] Il s'agit bien d'une assurance de la dette de responsabilité envers le tiers victime, v. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, note 1350, p. 485, au par. 631.
[1356] L'action de groupe coûterait en effet très cher aux entreprises. Les détracteurs de ce mode d'action collective font notamment valoir que les *class actions* aux États-Unis coûtent 1,5 à 2 points du PIB. Cependant, ce chiffre est mal interprété, il s'agit de la part de la réparation dans le PIB, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un transfert de richesse et non d'une perte, v. FRANCE, PARLEMENT, *Avis fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 1015) relatif à la consommation*, (par Sébastien DENAJA), n° 1123, (2012-2013) – 11 juin 2013, p. 37 ; Xavier GABAIX, Augustin LANDIER et David THESMAR, *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Paris, La Documentation française, 2012.
[1357] D. FASQUELLE et R. MÉSA, *op. cit.*, note 1352, au par. 35.

mesure où il faut vouloir le préjudice dans son exacte réalisation, la faute intentionnelle est difficilement démontrable, faisant obstacle à l'inapplication de l'assurance pour sanctionner le fautif. La faute est alors couverte. L'auteur de celle-ci conserve son gain illicite. En droit de la concurrence, une telle conséquence ne peut être permise. *Vider la faute lucrative de son gain mal acquis devrait être l'objectif ultime de l'action privée. L'assurance est contraire à cet objectif.* Nous ne pouvons dès lors défendre l'idée d'une assurance de la faute concurrentielle en tant que faute lucrative. Pour la doctrine, une solution à ce problème serait d'introduire en droit français les dommages et intérêts punitifs. De cette manière, les dommages et intérêts compensatoires seraient assurés mais pas la peine privée. L'auteur de la faute ne pourrait conserver son gain pour « les fautes non-intentionnelles conscientes assurables quand elles sont génératrices de gains ou d'économie pour leur auteur »[1358]. Toutefois, les dommages et intérêts punitifs sont en réalité des dommages et intérêts restitutoires tel que conçus en *Common law* pour récupérer des gains acquis au détriment d'autrui par le refus de jouer le jeu normal de l'économie. Ainsi, le régime juridique des dommages et intérêts restitutoires en termes d'assurance devrait être celui de la non-assurabilité. Seules les dommages et intérêts compensatoires pourraient être assurés dans l'action privée. Là aussi, si l'on souhaite prendre en compte le programme de clémence, il serait envisageable de faire exception au principe de non-assurabilité des dommages et intérêts restitutoires pour permettre que la totalité ou une part seulement de ces dommages et intérêts soit assurée pour ne pas compromettre la santé financière du bénéficiaire d'une immunité d'amendes.

Plus généralement, s'agissant de l'assurance d'éventuels dommages et intérêts punitifs en France, il ressort du droit positif qu'ils ne pourraient être garantis par un assureur. En effet, au-delà de la problématique de la faute intentionnelle, le principe est que l'assureur ne garantit que le préjudice et rien que le préjudice[1359]. Il faut en déduire que toute somme accordée à titre d'indemnisation ne se fondant pas sur le préjudice ne sera pas couverte. L'article 1371 du *Rapport Catala*[1360] excluait d'ailleurs l'assurabilité des dommages et intérêts punitifs. Cependant, le *Rapport Anziani – Béteille* de 2009 proposait quelques développements sur l'assurabilité des dommages et intérêts

[1358] *Id.*, au par. 45.
[1359] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, note 1350, p. 412, au par. 535.
[1360] *Op. cit.*, note 989.

punitifs[1361]. Les rapporteurs s'étaient prononcés en faveur de cette assurabilité car le montant des primes d'assurance pourrait être élevé d'après le témoignage des assureurs. Ainsi, cette prime constituerait une dissuasion suffisante sans engendrer un risque de cessation d'activité ou de délocalisation des entreprises[1362].

Dans le cadre de l'action privée, il faudrait créer une exception à ce principe pour permettre de garantir une somme qui ne reposerait pas sur le préjudice. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que les objectifs de dissuasion et de sanction de la responsabilité civile, en plus de celui de la restitution en tout ou partie du gain illicite dans le cadre précis de l'action privée, ne peuvent être accomplis avec l'assurance. Non seulement, le crime profite mais il est garanti. Un tel système ne saurait prospérer en droit de la concurrence.

148. Une assurabilité aléatoire au Canada – Au Canada, les dommages et intérêts punitifs sont assurables à défaut de position du législateur sur la question[1363]. Néanmoins, en 1977, le Bureau canadien de l'assurance a restreint la couverture de ses polices aux dommages et intérêts compensatoires, ce qui a exclu implicitement les dommages et intérêts punitifs[1364]. En effet, ils peuvent être considérés comme contraire à l'ordre public en raison de leur caractère intentionnel[1365]. Au Québec, l'article 1621 C.c.Q. prend précisément en compte l'assurance comme critère d'évaluation des dommages et intérêts punitifs quand il évoque « la prise en charge du paiement réparateur […], en tout ou en partie, […] par un tiers ». Cependant, certaines compagnies les excluent des polices d'assurance[1366]. Comme en droit français, le code civil québécois, à l'article 2464 C.c.Q, prévoit que l'assureur peut refuser de réparer les fautes intentionnelles. L'assureur peut donc s'appuyer sur ce texte pour refuser de garantir *a posteriori* le dommage couvert par une police dans laquelle n'est pas précisé si les dommages et intérêts punitifs sont assurés. Contrairement à l'interprétation française de la faute intentionnelle, la Cour suprême du Canada adopte une interprétation libérale du concept. Si bien que la faute intentionnelle n'exige pas

[1361] *Rapport Anziani - Béteille*, *op. cit.*, note 1173, pp. 97-98.
[1362] Id.
[1363] S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 369, au par. 326.
[1364] Gordon G. HILLIKER, *Liability Insurance Law in Canada*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2011, p. 194.
[1365] *Id.*, p. 26.
[1366] J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 310, p. 415, au par. 1-384.

nécessairement d'avoir prévu exactement le préjudice. Une chose est de vouloir l'atteinte illicite et une autre est de vouloir ses conséquences ; or c'est bien les conséquences qui comptent pour la Cour suprême dans l'interprétation de l'action intentionnelle[1367]. L'atteinte intentionnelle n'est pas identique à la faute intentionnelle, cette première étant interprétée par la Cour à l'aune de la *Charte québécoise*[1368] dans le cas de l'article 49. Comme en droit français, les fautes disciplinaires et pénales ne sont pas couvertes[1369]. L'exigence est d'avoir une faute au sens de l'article 1457 C.c.Q.[1370]. Or la faute concurrentielle en droit canadien est une faute relevant de l'article 1457 ; elle est en principe assurable. De la même manière qu'en droit français, nous suggérons de réfléchir sur l'assurance des dommages et intérêts punitifs dans le cadre des actions privées. En effet, comme leurs jumelles européennes, elles ont besoin de revêtir des objectifs de dissuasion et de sanction propre à la responsabilité civile. De plus, au Québec, le fait que les dommages et intérêts punitifs existent, leur triple objectif de dissuasion, de sanction et de dénonciation ne sera pas atteint par l'assurance des dommages et intérêts punitifs. Ce caractère aléatoire de l'assurabilité des dommages et intérêts punitifs peut inciter à la faute lucrative. Il conviendrait alors que le législateur provincial ou fédéral prenne explicitement position sur cette question de l'assurance de la peine privée. Par exemple, même si la faute intentionnelle n'est pas assurable au Québec, il demeure que l'article 1621 C.c.Q. prévoit cette possibilité d'une prise en charge par un tiers. La loi n'est donc pas claire sur ce point.

En Europe, il existe une autre manière de recouvrer sa créance d'un tiers. En effet, le rachat de créance est une solution qui existe *via* une société qui en fait son objet social.

2) La tierce entreprise

Il existe deux cas particuliers où le recouvrement des dommages et intérêts passe par une tierce entreprise. D'abord, la créance d'indemnisation peut être cédée à une société spécialisée dans les actions privées qui se chargera de la récupération de la somme (A). Ensuite, si l'entreprise poursuivie subit une mutation ou une disparition de

[1367] *Hôpital St-Ferdinand, op. cit.*, note 1233, p. 261-262.
[1368] *Op. cit.*, note 1149.
[1369] Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *Responsabilité civile*, Vol. II, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 457, au par. 2-493.
[1370] *Id.*, p. 458, au par. 2-495.

sa personnalité morale au cours de l'instance, une nouvelle entité indemnisera les victimes (B).

A. La société spécialisée dans les actions privées : financement de l'action ou représentation cachée ?

149. Le rachat de la créance d'indemnisation – La société de droit belge *Cartel Damage Claims* (ci-après CDC) basée à Bruxelles a pour objet social le rachat de créance d'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles[1371]. L'objectif est de contourner l'absence de recours collectif en Europe et de remédier à l'ineffectivité de la réparation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles. La société rachète le droit de poursuivre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles auprès d'une victime ou de plusieurs victimes et mène l'action à leur place[1372]. Il s'agit d'un système qui contourne l'absence de recours collectif en Europe car, de cette manière, elle peut mutualiser des demandes sans avoir recours à un mandat. Comme elle achète le droit de poursuite, elle est alors titulaire de la créance d'indemnisation[1373]. Aucun mandat n'est nécessaire. L'initiative est intéressante pour l'indemnisation des victimes. Il faut que l'entreprise ait été condamnée par une autorité publique de concurrence et que le litige permette de rapporter un certain gain car CDC stipule qu'elle récupérera un pourcentage des dommages et intérêts obtenus[1374]. La Cour fédérale allemande a accueilli ce modèle d'action par une entreprise tierce, le 7 avril 2009[1375], suite au cartel du ciment. En plus de l'Allemagne, les Pays-Bas et la Finlande ont admis les actions de CDC. Selon certains auteurs, l'action de CDC serait protégée par l'article 56 du TFUE sur la libre circulation des prestations de service dans l'UE[1376].

[1371] V. son site Internet : <http://www.carteldamageclaims.com/>.

[1372] Pour une présentation détaillée de ce système, v. Bruno DEFFAINS et Samuel FEREY, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? À propos de l'affaire du cartel du ciment allemand », (2010) 3/13 *Revue d'économie industrielle* 51 ; Mélanie LECLERC, *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Préf. J. MONÉGER, Thèse, Bruxelles, Éd. Larciers, 2012, p. 211-212.

[1373] Au sujet de la cession de créance en droit processuel français, v. L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, note 708, p. 291, au par. 410 et s. Il s'agit d'une possibilité en droit français liée étroitement au droit substantiel, si bien que l'action en justice n'en est que l'accessoire.

[1374] Ivanika TZANKOVA et Jeroen KORTMANN, « Remedies for Consumers of Financial Services : Collective Redress and Improvement of Class Representation », (2010) 1 *Revue européenne de droit de la consommation* 117, à la p. 119.

[1375] La décision est en ligne sur le site Internet de CDC : <http://www.carteldamageclaims.com/2009%2004%2007%20BGH,%20claim%20admissable.pdf>.

[1376] L'article dispose : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ». V. à ce sujet, Norbert REICH,

L'avantage de confier à une entreprise de ce type une action privée est qu'elle a une expertise, le temps et les moyens financiers d'agir, en plus d'une motivation pécuniaire à remporter le procès et à obtenir le maximum de dommages et intérêts. Toutefois, ce modèle est désolant au plan des principes. Il serait préférable que les États membres adoptent tous l'action de groupe, sous la forme qui leur semble la plus juste, afin d'éviter que des entreprises ne fassent commerce des actions privées.

150. La position européenne sur les tiers bailleurs de fonds - Dans le « paquet *private enforcement* » de 2013 la *Recommandation relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation prévus dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union européenne*[1377] (ci-après la *Recommandation de 2013 relative aux recours collectifs*) aborde la question du financement des actions privées en ces termes au point 32 :

> Les États membres devraient veiller à ce que, outre le respect des principes généraux de financement, dans le cas du financement d'un recours collectif en réparation par une tierce partie privée, il soit interdit de calculer la rémunération accordée au bailleur de fonds ou les intérêts que celui-ci percevra sur le montant atteint dans le cadre de la transaction ou sur la réparation accordée, à moins que cet arrangement financier ne soit réglementé par une autorité publique, afin de protéger les intérêts des parties.

L'Union est donc méfiante à l'égard de ce type de financement dans le cadre du recours collectif.

151. L'émergence de tiers bailleurs de fonds au Canada – Au Canada, il existe un système similaire à CDC. Il prend la forme d'un système de financement parallèle des actions en justice. Nous disons « parallèle » parce qu'il coexiste avec le financement traditionnel de l'action par le plaignant. Il se rapproche des sociétés spécialisées dans l'action privée en Europe car il permet, comme ces sociétés, de financer l'action en justice. La différence majeure est qu'il n'y a pas de cession de créance. On parle en anglais de *third-party financing*, c'est-à-dire de financement de l'action par un tiers[1378]. Il y a bien sûr l'aide juridictionnelle où l'État est en quelque sorte un bailleur de fonds mais sa nature publique ne correspond pas à la notion présentée dans ces lignes.

« Horizontal Liability in EC Law : Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights », (2007) 44 *Common Market L. Rev.* 705, à la p. 739.

[1377] Disponible en ligne : <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_fr.pdf>.

[1378] Christopher Stefan VOGENAUER et Magdalena TULIBACKA, *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 249.

Certaines sociétés se sont spécialisées dans le financement des actions en justice sous la forme de crédit[1379]. Cela fonctionne sur le principe selon lequel « rien n'est due, si l'affaire est perdue ». On comprend dès lors l'intérêt de ce type de financement. Toutefois, il est à craindre que la logique marchande l'emporte et que ne soit financée que l'action qui permet de récupérer des bénéfices. Or rien n'est aussi sûr pour les actions privées en raison de la difficulté liée au droit de la concurrence.

Le Canada fait figure d'exception dans le monde de la *Common law* s'agissant de ce nouveau mode de financement. En effet, ce type de financement s'y est développé tardivement. Si certains y voient un moyen d'accéder à la justice plus facilement[1380], il faut rester prudent. De plus, il est tout à fait saisissant de constater que bien que différent de la cession de créance, l'origine de ces deux modèles est pourtant identique.

En effet, ce type de financement renvoie à l'origine du pacte *de quota litis*. Il connaît son pendant en *Common law* sous le nom de *champerty* ou de plaidoirie à champart, c'est-à-dire le fait de partager les récompenses d'un litige avec son défenseur. Le mot « *champerty* » a été créé de toute pièce par les anglais pour incriminer ce partage des fruits de l'action. Il s'inspire du champart du droit français féodal des biens où le propriétaire d'un champ cédait à un tenant une terre non pas en contrepartie d'une somme d'argent mais en échange d'une partie de la récolte. Il y avait donc un risque, puisque la récolte était incertaine, et un partage de ce risque. C'est par allusion métaphorique à cette notion de droit féodal français que les anglais ont utilisé ce terme. Ils ont refusé le *champerty* mais aussi la cession de créance sur le même fondement. C'est bien pour priver le cessionnaire de la créance de son action en justice que la *champerty* existe sur le modèle du droit romain. Le droit romain, d'abord hostile à la cession de créance a fini par la reconnaître[1381]. Mais pour éviter que les créanciers faibles cèdent leurs créances au lieu d'en profiter, il fallait interdire la vente de droits litigieux[1382]. Le *champerty* ou pacte *de quota litis* (en droit civil) est la solution au

[1379] Arnold CEBALLOS, « Third party litigation funding: will it increase access to justice in Canada ? », The Lawyers Weekly, Toronto, 7 mars 2008, [en ligne] : < http://www.lawyersweekly.ca/index.php?section=article&articleid=632>.
[1380] Pounam PURI, « Financing of Litigation by Third-Party Investors : A Share of Justice », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 515.
[1381] Pour un exposé édifiant sur l'origine du *champerty*, v. H. Patrick GLENN, « L'écho double du champart : Y a-t-il des traces en droit civil québécois ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éd. Thémis, 2003, p. 714.
[1382] *Id.*, pp. 719 et 720.

problème de la cession de créances litigieuses. Il évite qu'on plaide pour les droits d'autrui dans son propre intérêt.

Ainsi, que l'on parle de tiers bailleurs de fonds ou de sociétés spécialisées dans les actions en justice, on couvre la même réalité : la cession de créance pour agir en justice lorsque la créance est si difficile à prouver qu'il vaut mieux soit la céder, soit se faire financer par un tiers pour agir. Tel est le cas de la créance indemnitaire en droit des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, il y a lieu de rester vigilant face à ces modes de financements de l'action privée car ils dissimulent une forme de représentation sans mandat[1383]. Or en présence d'actions collectives, cette forme de représentation pourrait concurrencer dangereusement les recours collectifs canadiens et français. Elle trahit aussi les difficultés d'accès à la justice pour les petites créances indiduelles qui peuvent alors se voir représenter en justice, soit par le biais d'actions collectives, soit par des sociétés tierces.

Enfin, une dernière situation relative au changement de créancier peut être celle où l'entreprise partie à l'action privée est liquidée ou fusionne en cours d'instance avec une autre entreprise. Dans ce cas, il faut s'interroger sur le point de savoir qui indemnisera les victimes.

B. Le changement de débiteur suite à une modification de la personne morale auteur de pratiques anticoncurrentielles

152. Le changement de personne morale ou sa disparition : l'hypothèse de la reprise d'instance – Comme dans tout procès civil, l'action privée est soumise aux aléas de la vie, dans son cas aux aléas de la vie des affaires. Comme une personne physique peut décéder en cours d'instance, une personne morale peut disparaître suite à sa dissolution ou à sa fusion. Dans ce cas, on parle tant en France qu'au Canada de reprise d'instance. Nous présenterons d'abord la reprise d'instance avant d'envisager successivement la dissolution de la société en cause, la fusion de la société et enfin les effets de ces modifications à l'égard des tiers créanciers non-obligataires que sont les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

[1383] L'avantage du mandat est qu'il est désintéressé par rapport à l'issue de l'action.

En France, la reprise d'instance est prévue aux articles 370 et suivants du *Code de procédure civile*. Ils prévoient les cas où l'instance est interrompue et les conditions de sa reprise notamment en cas de décès d'une des parties. Toutefois, les personnes morales ne meurent pas. Le droit français prévoit leur survie pour les besoins de la liquidation[1384]. Le cas d'une fusion entraîne aussi un changement de personnalité morale. L'absorbée disparaît au profit de l'absorbante. La jurisprudence de la Cour de cassation a précisé que l'article 370 du *Code de procédure civile* ne s'appliquait pas aux personnes morales en cas de fusion[1385]. En cas de dissolution sans liquidation, il y a continuité de l'action, l'article 370 ne concerne que les personnes physiques[1386]. Cependant, un des cas prévus par l'article 370 est la perte du droit d'ester en justice. Or en cas de liquidation de la société, il y a perte de la personnalité juridique et de la qualité pour ester en justice. Il pourrait donc théoriquement y avoir reprise d'instance[1387]. Le changement de personnalité morale est sans importance pour la victime de pratiques anticoncurrentielles, en cas de fusion, l'instance se poursuit avec la société absorbante sans préjudice pour la victime. Cette société sera la nouvelle entité qui procèdera au paiement de la créance d'indemnisation. En cas de liquidation de la société, le liquidateur représentera la société pour le temps de l'instance et inscrira la créance d'indemnisation au passif de la société[1388].

Au Canada, les règles de la Cour fédérale sont différentes. L'article 116 énonce que « [l]e décès ou la faillite d'une partie à une instance ou, s'il s'agit d'une personne morale, le fait qu'elle cesse d'exister alors que l'objet de l'instance subsiste n'a pas pour effet de mettre fin à l'instance ». L'article 117(1) poursuit : « Sous réserve du paragraphe (2) [c'est-à-dire sauf opposition d'une partie à l'instance], en cas de cession, de transmission ou de dévolution de droits ou d'obligations d'une partie à une instance à une autre personne, cette dernière peut poursuivre l'instance après avoir signifié et déposé un avis et un affidavit énonçant les motifs de la cession, de la transmission ou de la dévolution ». Il y a, contrairement au droit français, reprise d'instance devant la Cour

[1384] Catherine PUIGELIER, « Le décès de l'une des parties et l'interruption de l'instance : une certaine façon d'ignorer la mort », *JCP G* 1991.I.3498, n° 13, au par. 5.
[1385] Cass. civ. II, 6 octobre 1977 : *Gaz. Pal.* 1977, 2, somm. 362.
[1386] CA Paris, 18 juin 1985, Sté Thomson CSF Téléphone c/ SA Générale Construction Téléphonique : Gaz. Pal. 1985, 2, 595.
[1387] C. PUIGELIER, *op. cit.*, note 1384, au par. 6 ; Le droit d'ester en justice est attaché à la personnalité morale et la société, c'est l'intérêt principal de la société, v. Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2011, p. 266, au par. 434.
[1388] Art. 1844-8, al. 3, C.civ.

fédérale suite à une modification de la société. Nous n'aborderons pas, dans un souci de clarté, l'intégralité des régimes de reprise d'action dans toutes les provinces canadiennes, pour nous concentrer principalement sur celui du Québec. La reprise d'instance est prévue aux articles 254 et suivants du C.p.c.Q[1389]. La jurisprudence québécoise retient la même définition de la reprise d'instance que la doctrine française[1390] : il s'agit de « l'acte par lequel ceux qui succèdent aux droits et obligations d'une partie ou qui ont, à tout autre titre, droit et qualité pour la représenter, reprennent volontairement ou sont forcés de reprendre l'instance dans laquelle cette partie était engagée »[1391]. En cas de changement d'état le procureur de cette partie informe la partie adverse[1392]. L'instance est alors suspendue. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles n'ont pas à craindre que leur débiteur disparaisse sans en être informé, ce qui n'est pas sans intérêt pour le recouvrement de la créance.

Cette disparition peut résulter de deux évènements majeurs, la dissolution de la société suite à une faillite ou sa fusion avec une autre entreprise[1393]. Une brève description des effets de ces deux évènements à l'égard des tiers pourra permettre de mesurer leur impact sur l'action privée concurrentielle.

153. La disparition de la société responsable de pratiques anticoncurrentielles en cours d'instance – En ce qui concerne le droit des faillites, appelé en France droit des entreprises en difficulté, les droits français et canadiens ont tous deux connus des réformes visant à protéger les entreprises d'une alternative irrémédiable[1394], à savoir la liquidation de la société en cessation des paiements. Cette situation doit être envisagée en droit des pratiques anticoncurrentielles. L'amende publique suivie d'une éventuelle condamnation dans l'action privée peut mettre l'entreprise dans une situation financière délicate, voire la conduire à la cessation des paiements. De plus, une condamnation multiple dans plusieurs pays peut conduire à la faillite avant un recours privé d'autres victimes se situant dans une autre juridiction. Ces hypothèses, que nous jugeons

[1389] S. GUILLEMARD et S. MENÉTREY, *op. cit.*, note 330, p. 73, au par. 112.
[1390] Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, Vol. 1, (Art. 1-481 C.p.c.), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 405.
[1391] *Stojack* c. *Proulx*, [1982] R.J.Q. 1729, 1735 (C.A.).
[1392] Art. 255 C.p.c.Q.
[1393] Il existe aussi la scission et la cession d'actif mais nous avons choisi de traiter deux changements les plus importants dans la vie de la société.
[1394] V. Benoît Mario PAPILLON, « Le redressement des PME insolvables et la procédure de proposition LFI », dans C. BOUCHARD (dir), *op. cit.*, note 421, p. 605.

toutefois théoriques, nous amènent, dans un objectif d'exhaustivité, à traiter des conséquences d'une procédure de faillite sur l'action privée.

En droit français, la procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire sont des solutions pour permettre à l'entreprise de ne pas se mettre en liquidation, c'est-à-dire qu'elles entraînent une protection de l'entreprise contre ses créanciers. Il y a arrêt des poursuites « qui tendent à la condamnation du débiteur *au paiement d'une somme d'argent* »[1395]. Cette règle concerne les instances débutées avant le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Elle vise entre autres les actions en responsabilité civile[1396]. Les actions privées sont alors suspendues en tant qu'action en responsabilité civile. Cependant, en cas d'action de groupe, nous avons vu que le juge peut prononcer une exécution en nature. Dans ce cas, il sera important de savoir quelle est la nature de la réparation demandée car en cas de procédure de sauvegarde, l'exécution du jugement issu de l'action de groupe en dépendra. Concrètement, l'action est interrompue et le mandataire judiciaire reprendra l'instance seulement pour fixer le montant de la créance[1397]. Il y a ainsi interruption de l'instance par l'ouverture de la procédure de sauvegarde au regard de la procédure civile[1398]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles devront alors déclarer leur créance et mettre en cause au fond le mandataire judiciaire et l'administrateur[1399]. Le greffier porte alors la créance sur l'état des créances, c'est-à-dire que « le créancier cherche à faire reconnaître son droit mais il est soumis au sort commun »[1400]. Cependant, les créanciers, donc les victimes dans notre hypothèse, peuvent agir contre le codébiteur solidaire pour obtenir la réparation de la créance[1401]. Le jeu de la solidarité n'est pas bloqué par la procédure de sauvegarde. Si la société est mise en liquidation, la liquidation emporte les mêmes effets que la procédure de sauvegarde[1402]. Au final, le principe de la reprise d'instance et de la solidarité permettent aux victimes de pratiques anticoncurrentielles de continuer à faire valoir leur créance d'indemnisation. Mais, si l'instance n'est pas reprise, les jugements, même passés, sont réputés non avenus. Il est à souhaiter qu'il y ait des codébiteurs

[1395] Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestiens, 2011, p. 402, au par. 624, les italiques sont dans le texte original. Art. L. 622-21-I C.com.
[1396] Cass. com., 3 juin 1986, *Rev. proc. coll.* 1986, p. 48, n° 3, obs. M.-J. CAMPANA.
[1397] Art. L. 622-22 C.com.
[1398] Art. 369 C.p.c.
[1399] Art. R. 622-20 C.com.
[1400] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, note 1395, p. 414, au par. 635.
[1401] Cass. civ 1ère, 22 novembre 1978, JCP G 1980.II.19296.
[1402] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, note 1395, p. 722, au par. 1083.

solidaires pour récupérer la part de dommages et intérêts compensatoires non-versées par l'entreprise en faillite. Qu'en est-il d'éventuels dommages et intérêts restitutoires ? Doivent-ils être répercutés sur les codébiteurs ?

Pour suivre la logique de la proposition de directive qui tend à faire payer la part que chacun doit à ses victimes, il n'apparaît pas pertinent de faire peser les dommages et intérêts restitutoires non versés par le failli pour cause d'insolvabilité sur les autres codébiteurs solidaires. La solidarité ne doit jouer qu'à l'égard des dommages et intérêts compensatoires. Un argument qui milite en faveur de cette absence de répercussion des dommages et intérêts restitutoires, est l'absence de profitabilité du gain mal acquis. La faillite traduit l'absence de profit de la part du débiteur. Or dans la mesure où c'est la confiscation de ce profit qui est visée par la restitution, il devient sans objet, non seulement de demander à un codébiteur de payer la restitution des gains mal acquis au profit du failli, car par définition celui-ci n'en a pas profité, mais aussi de condamner un auteur de pratiques anticoncurrentielles en faillite pendant l'instance à des dommages et intérêts restitutoires car, par définition, il n'a pas profité de son gain mal acquis.

En droit canadien des sociétés, on retrouve le double palier fédéral et provincial pour la gestion des sociétés. Cependant, le droit fédéral est utilisé pour la faillite des sociétés[1403]. Il s'agit de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[1404] (ci-après LFI) qui prévoit les dispositions relatives à la faillite des sociétés canadiennes. On y retrouve les mêmes logiques qu'en droit français. Un syndic gère la faillite[1405]. Les recours des créanciers non-garantis sont suspendus[1406]. Dans ce cas, le syndic envoie des « avis de surseoir à tous les créanciers déjà impliqués dans des procédures contre le failli »[1407]. Le syndic s'occupe de gérer les réclamations des créanciers[1408]. Notamment, il les informe de la tenue de l'assemblée des créanciers et leur fait parvenir une preuve de réclamation[1409]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles au Canada seront ainsi informées du changement de débiteur au cours du procès.

[1403] Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, au par. 34-89.
[1404] L.R.C. 1985 ch. B-3.
[1405] Art. 49(4) LFI.
[1406] Art. 69.3(1) LFI.
[1407] Nicole LACASSE, *Droit de l'entreprise*, Montréal, Les Éditions Narval, 2011, p. 447.
[1408] *Id.*, p. 451.
[1409] Art. 102(2) LFI.

Enfin, s'agissant de la fusion, autre modification majeure de l'entreprise pouvant avoir une incidence sur l'action privée, les règles des droits français et canadien permettent de protéger les créanciers qui se voient imposer un changement de débiteur. En effet, la fusion est la disparition de la société absorbée mais il y a transmission universelle de patrimoine vers l'absorbante[1410]. En droit français, il y a alors changement de débiteur automatiquement[1411]. L'article L. 236-14, al. 1, dispose que « la société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard ». Les créanciers non-obligataires ont une faculté d'opposition contre la fusion[1412]. Au plan de la procédure civile, la chose jugée à l'égard de l'absorbée vaut contre l'absorbante[1413]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles bénéficiant d'un jugement de condamnation peuvent s'opposer à la fusion et faire exécuter le jugement à l'égard de l'absorbante une fois la fusion réalisée. Cependant, pour faire opposition, il faut une créance certaine, exigible et liquide, or tel n'est pas le cas d'une action en dommages et intérêts en cours[1414]. De plus, le moment de la fusion est important. Soit elle intervient avant un jugement de condamnation dans l'action privée et les victimes ne peuvent faire opposition, soit la fusion a lieu avant l'exécution du jugement mais après la condamnation et les victimes peuvent se prévaloir d'une créance certaine et faire opposition. À défaut, il y a transmission universelle de patrimoine de l'absorbée vers l'absorbante. Toutefois, l'hypothèse d'une fusion en cours d'action privée concurrentielle est relative. En effet, l'entreprise faisant l'objet d'une action de groupe en France ou d'un recours collectif au Canada, ne sera guère séduisante pour une entreprise intéressée par son rachat. En plus d'éventuels dommages et intérêts à payer, elle devra subir une publicité négative contre l'absorbée qui se répercutera sur elle. Dans ces conditions, l'éventualité d'une fusion en cours d'action privée est à tempérer.

Au Canada, les principes sont globalement les mêmes qu'en France. L'absorbante devient partie à toute procédure judiciaire ou administrative à laquelle l'absorbée était

[1410] Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florance DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 2007, p. 597, au par. 1371.
[1411] Il s'agit de la conséquence de l'automatisme de l'art. L. 236-14 C.com.
[1412] *Id*.
[1413] Paul LE CANNU et Bruno DONBERO, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestiens, 2011, p. 1013, au par. 1631.
[1414] Par ex. en droit du travail, l'action d'un salarié contre son employeur alors qu'il y a fusion, Cass. com., 16 juillet 1985, Bull. civ. IV, n° 218, p. 180 ; P. LE CANNU et B. DONBERO, *op. cit.*, note 1413, p. 1018, au par. 1636.

partie[1415]. En effet, (…) la société issue de la fusion remplace toute société fusionnante dans les poursuites civiles, pénales ou administratives engagées pour ou contre cette dernière »[1416].

Que ce soit en France ou au Canada, la reprise d'instance[1417] permet de gérer au niveau procédural les aléas de la vie des affaires. Les régimes juridiques de la faillite et de la fusion permettent quant à eux de gérer le second aspect de cette question, à savoir l'avenir de la créance d'indemnisation. À ce sujet, l'information obligatoire des créanciers permet aux victimes à un procès en cours contre l'entreprise objet de la faillite ou de la fusion de prendre les mesures nécessaires pour éviter de perdre leur créance d'indemnisation.

[1415] Michel PERREAULT, *Le droit des sociétés par actions et des personnes morales au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 103, au par. 509.
[1416] Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2011, p. 558, au par. 559.
[1417] Rappelons qu'en France, ce n'est pas une reprise d'instance en cas de fusion, v. *supra*, note 1385.

Conclusion du Chapitre I

La réalisation de l'action privée concurrentielle prend corps dans la liquidation de la créance d'indemnisation. À ce moment de l'instance, le juge doit procéder à un choix relatif à la méthode d'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Par-delà les dommages et intérêts compensatoires, nous avons voulu envisager des solutions novatrices qui s'inspirent du droit positif ou qui appellent une réforme du droit positif pour tendre vers l'objectif d'effectivité de l'action privée au moment de la liquidation du jugement. Après avoir vu les types de dommages et intérêts qui pouvaient être versés aux victimes de pratiques anticoncurrentielles pour traduire dans le réel l'indemnisation des victimes, il fallait poser concrètement la manière de liquider les dommages et intérêts octroyés par le juge. Une fois cette étape franchie, il convenait de s'assurer du paiement de la créance d'indemnisation soit par les coauteurs, soit par des tiers.

Concernant la méthode d'indemnisation, les dommages et intérêts restitutoires sont la solution la mieux adaptée aux actions privées. La récupération du gain illicite devrait être la fonction de l'action privée. Elle a pour double avantage de priver l'auteur d'une pratique violant le droit de la concurrence de son bénéfice illégal. Aussi, elle permet d'assurer aux victimes une indemnisation. En effet, elle contourne le recours délictuel classique en réparation qui se fonde sur le préjudice et le principe de la réparation intégrale. En étudiant les fondements du droit de la restitution en *Common law*, on s'aperçoit que l'objectif des dommages et intérêts restitutoires est de priver l'auteur de la faute du bénéfice qu'il s'est procuré en violant le droit d'autrui. L'objectif de l'auteur est de réaliser une économie ou de faire un bénéfice à l'insu d'autrui en refusant de se prêter au jeu normal du commerce. Cette réalité des contentieux relatifs au droit de la restitution s'applique aisément au droit des pratiques anticoncurrentielles. En cas de violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, les auteurs cherchent à contourner les règles du marché au dépend des consommateurs et des entreprises. Il est alors naturel de chercher à priver les auteurs de ces violations du gain qui en résulte. Pour la victime, c'est aussi le moyen de contourner la difficulté de la preuve du préjudice. Cependant, cette option ne repose pas uniquement sur un argument d'opportunité visant à faciliter la tâche des victimes, mais bien sur une logique économique. La justice guide bien plus cette option qu'une motivation purement opportuniste.

Le recours collectif permet également de faciliter le recouvrement des dommages et intérêts restitutoires car il pose au Canada, et particulièrement au Québec, un principe de recouvrement collectif de la créance d'indemnisation qui permet une évaluation globale du préjudice au stade de l'indemnisation. Certes, les victimes devront apporter la preuve de leur préjudice pour en obtenir une part mais seulement au stade de la distribution. Le droit français de l'action de groupe n'est pas aussi clair. Une évaluation globale sera par la force des choses nécessaire lorsque le juge exigera du professionnel en cause qu'il verse la somme à l'association, laquelle se chargera ensuite de la distribution. Une évaluation globale de cette somme sera alors nécessaire. Le recouvrement collectif est proche de la *fluid class recovery* américaine. En droit français, elle prendrait la forme d'une réparation en nature, c'est-à-dire que la somme servirait à indemniser les victimes par exemple sous la forme d'une promotion sur un produit.

Cependant, les acheteurs indirects posent problème. Dans l'hypothèse d'actions simultanées d'acheteurs directs et d'acheteurs indirects dans un même groupe de victimes ou d'actions subséquentes des acheteurs indirects après les acheteurs directs dans le même pays ou dans une juridiction différente, le risque de double recouvrement ou de recouvrement multiple existe. La Cour suprême du Canada considère que cela ne doit pas faire obstacle à la certification. Il s'agit d'une difficulté qui se posera au moment de la distribution de l'indemnisation et qui peut être gérée par les tribunaux. Nous considérons cependant que la Cour fait preuve d'angélisme. Il ne peut y avoir deux gagnants pour un même préjudice. La position de la Cour de cassation française est plus réaliste. Elle exige la preuve de l'absence du transfert de la perte pour que les acheteurs directs soient indemnisés. Le but est d'éviter l'enrichissement sans cause. Surtout, cette solution évite que les acheteurs directs et les acheteurs indirects concourent sur la même somme. L'intérêt de la justice ne sera pas bien servi si le recours collectif se solde après le procès par des conflits sur la part de l'indemnisation qui doit revenir aux acheteurs directs et celle qui doit revenir aux acheteurs indirects.

Enfin, concernant les coindemnisateurs débiteurs de la dette de réparation, les solutions sont simples et suivent le droit commun sans nécessiter d'aménagement dans l'action privée. Seule la solidarité des codébiteurs doit être prise en compte dans l'action

privée. Il ne faut pas que le bénéficiaire d'une immunité d'amende soit actionné à la place de ses coauteurs en raison de sa solvabilité. Le programme de clémence de l'autorité de concurrence serait mis à mal. Les propositions de la Commission européenne sont à suivre en France. Le Canada devrait s'en inspirer puisque l'hypothèse n'est actuellement pas prévue par les textes. Dans cette même veine, les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires ne devraient pas faire l'objet de solidarité. Elle devrait être maintenue pour les seules dommages et intérêts compensatoires. Il en va de même pour l'assurance des dommages et intérêts punitifs, ces derniers ne devraient pas faire l'objet d'une police d'assurance pour garantir leur objectif dissuasif. Particulièrement dans le cas des dommages et intérêts restitutoires puisque leur objectif est d'éviter que la faute paye. L'assurabilité des dommages et intérêts restitutoires serait contraire à cette idée.

Une fois étudiés les moyens de liquider les dommages et intérêts, et donc de fixer le montant de la créance d'indemnisation, vient le temps de désigner les bénéficiaires de la créance d'indemnisation. En effet, cette créance ne revient pas toujours aux victimes comme le montre le modèle américain.

Chapitre II – Les bénéficiaires de la créance d'indemnisation à l'issue de l'action privée concurrentielle

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles devraient être les bénéficiaires naturels de la créance d'indemnisation. Pourtant, ils existent de réels tempéraments à ce principe. Il faut être prudent lorsque le juge désigne les bénéficiaires de la créance d'indemnisation puisqu'il en va de l'attractivité de l'action privée, en général, et de l'effectivité de l'action privée en particulier. Or il existe des contraintes légales lors de l'allocation des dommages et intérêts récupérés à la suite d'une action privée victorieuse. Il s'agit d'abord de payer les frais de procédure et les honoraires d'avocats. Ces frais peuvent être considérables en raison de la durée de la procédure et du coût des expertises. Les dommages et intérêts punitifs sont d'ailleurs vus comme un moyen de payer ces frais.

Cependant, ils peuvent aussi soulever des difficultés. Les propositions françaises de réforme de la responsabilité civile ont envisagé de verser ces dommages et intérêts punitifs au Trésor public. En droit québécois, la somme non réclamée des dommages et intérêts compensatoires est quant à elle versée au Fonds d'aide aux recours collectifs. Enfin, les provinces de *Common law* canadiennes, à l'instar des États-Unis, pratiquent la doctrine *cy-près*, c'est-à-dire l'attribution des dommages et intérêts à un tiers qui se trouve « aussi-près que possible » des intérêts des membres du groupe. Il convient donc d'étudier ces bénéficiaires de la créance d'indemnisation en deux catégories distinctes. D'abord, les bénéficiaires légaux de la créance d'indemnisation (Section I), puis le bénéficiaire *ad hoc* de la créance d'indemnisation (Section II).

Section I – Les bénéficiaires légaux de la créance d'indemnisation

Par bénéficiaires légaux nous entendons ceux que la procédure civile oblige à indemniser. Il s'agit d'abord des avocats qui ont légitimement droit au paiement de leurs honoraires dans le cadre de la représentation des victimes de pratiques anticoncurrentielles (§1). La question se pose de savoir si les honoraires d'avocats calculés sur le montant des dommages et intérêts alloués – donc en fonction du succès de l'action privée – ne seraient pas une option pertinente en droit de la concurrence dans le contentieux privé. Il s'agit de s'inspirer des *contingency fees* du droit américain.

Les frais d'avocat sont une partie des frais de procédure. Dans le cadre d'une action privée, si les victimes perdent et qu'elles ont à assumer leurs propres frais de procédure et ceux de leur adversaire, cette charge financière peut dissuader leur action. Ainsi, la question des frais de procédure est primordiale pour assurer l'effectivité de l'action privée (§2).

§1 : Le paiement des honoraires d'avocats

Le paiement des honoraires d'avocats est un aspect de la question des frais de procédure au sens large. Dans l'action privée américaine, les honoraires d'avocats sont considérés comme un levier puissant pour des actions complexes comme les actions privées. Il y a derrière les *contingency fees* une logique marchande qui peut inquiéter les européens. À juste titre, ces honoraires de résultat ont un attrait financier certain en cas de succès de l'action puisque l'avocat touchera une partie de l'indemnisation réclamée. Il ne faut pas les confondre avec les honoraires conditionnels qui sont une prime au succès, distincts des dommages et intérêts obtenus. L'honoraire de résultat vise à faire assumer par l'avocat le risque du procès. Certains ont alors pu dire qu'ils facilitaient l'accès à la justice pour le justiciable sans moyens[1418], comme un consommateur ou une PME dans notre étude. En effet, le demandeur n'a rien à débourser. Moyennant une rétribution imputée sur les dommages et intérêts obtenus, l'avocat se paiera lui-même. Cependant, il assume les frais de procédure. Il y a donc un risque qui suppose que l'avocat acceptera des affaires plutôt conséquentes afin d'assurer la rentabilité de l'action[1419]. L'avocat est de la sorte incité à obtenir le meilleur résultat pour la victime[1420]. Mais l'honoraire de résultat crée une sélection naturelle entre les cabinets d'avocats puisque seuls les cabinets les plus grands pourront assumer les frais de l'action[1421].

154. Les honoraires de résultat au Canada – Au Canada, le *Rapport Williams* avait proposé des aménagements concernant les honoraires d'avocats afin de permettre de

[1418] H. SMIT, *op. cit.*, note 597, p. 453 ; J. M. PEREZ, *op. cit.*, note 311, p. 35.
[1419] R. B. STEVENSON, *op. cit.*, note 397, p. 787.
[1420] Camille CHASERANT et Sophie HARNAY, « Dérèglementer la profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques », (2010) 2 *R.I.D.E.* 147, à la p. 167.
[1421] Gregory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Préf. H. MUIR WATT, Paris, LGDJ, 2005, au par. 436 ; Mickaël HARAVON, « Quel procès civil en 2010 ? Regard comparé sur l'accès à la justice civile en Angleterre, aux États-Unis et en France », (2010) 4 *R.I.D.C.* 899.

prévoir des honoraires conditionnels, et non de résultat, devant la Cour fédérale en cas d'action collective en droit de la concurrence[1422]. Mais l'article 39.10(3) de la proposition précisait que les honoraires ne devaient pas être un pourcentage des dommages et intérêts[1423]. Pour cette raison, il s'agit bien d'honoraires conditionnels. L'objectif était de pallier l'absence d'attractivité de certaines juridictions provinciales comme c'était le cas en Ontario. La *Loi sur les procureurs*[1424] prévoyait un article 30 qui interdisait les honoraires conditionnels. En 2002, l'Ontario a changé la loi pour insérer un article 28.1(1) qui permet les honoraires de résultat sauf dans une instance criminelle ou en droit de la famille[1425]. Les honoraires de résultat sont donc possibles pour une action privée en droit de la concurrence en Ontario. De plus, en cas de recours collectif, la *Loi de 1992* prévoit à son article 30(1) que les honoraires peuvent être payés qu'en cas de succès de l'action[1426].

Au Québec, les honoraires de résultat sont autorisés. Le *Code de déontologie des avocats*[1427] prévoit d'abord que les honoraires de l'avocat sont justes et raisonnables[1428]. Mais pour fixer le montant de ses honoraires, l'avocat québécois peut prendre en compte le résultat de l'action[1429]. C'est une manière de vérifier si les honoraires sont justifiés par rapport aux circonstances de l'affaire et proportionnés aux services rendus[1430]. L'écrit est indispensable pour fixer les honoraires[1431]. Le juge peut contrôler le montant des honoraires de résultat[1432]. L'affaire *Norbourg* illustre notre propos[1433]. Dans cette affaire, un avocat réclamé 20 % de la somme colossale obtenue s'élevant à

[1422] *Rapport Williams*, *op. cit.*, note 37, art. 39.10 de la proposition, p. 210.
[1423] *Id.*, p. 211.
[1424] L.R.O. 1990, CHAPITRE s.15.
[1425] Linda S. ABRAMS et Kevin P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, Markam, LexisNexis Canada Inc., 2010, p. 1417, au par. 17.42 ; P. M. PERELL et J. W. MORDEN, *op. cit.*, note 728, p. 77. En Ontario, malgré l'interdiction des *Champerty*, c'est-à-dire des ententes entre un plaignant et son avocat afin que ce dernier finance l'action en contrepartie d'un pourcentage de la somme recouvrée à l'issue de l'instance, les juges ont commencé à admettre ces accords pour faciliter l'accès à la justice, v. *id.*, p. 76 pour la jurisprudence. V. aussi sur la réforme du droit ontarien en 2002, Paul. M. PERELL, « New Developments in Ontario Contingency Fee Agreements », (2003) 38 *Can. Bus. L.J.* 472.
[1426] *Op. cit.*, note 272 : « Malgré la *Loi sur les procureurs* et la loi intitulée *An Act Respecting Champerty*, qui constitue le chapitre 327 des *Lois refondues de l'Ontario de 1897*, le procureur et le représentant peuvent conclure une entente écrite qui ne prévoit le paiement d'honoraires et de débours qu'en cas d'issue favorable du recours collectif ».
[1427] *Op. cit.*, note 462.
[1428] Art. 3.08.01.
[1429] Art. 3.08.02, *g)*.
[1430] L. S. ABRAMS et K. P. MACGUINNESS, *op. cit.*, note 1425, p. 1401, au par. 17.9.
[1431] Art. 3.08.07.
[1432] V. par ex., *Miller* c. *Avrith*, REJB 1997-00133 (C.S.).
[1433] *Pellemans* c. *Lacroix*, 2011 CanLII 1345 (QC CS).

55 millions de dollars canadiens. L'avocat avait consacré 7 500 heures au dossier à 320 $ de l'heure. Le groupe comprenait 9 200 membres dont la perte s'élevait à 100 millions de dollars. Le juge s'est référé à l'article 3.08.02 du *Code de déontologie des avocats* et souligne le risque financier assumé par l'avocat malgré le soutien du fonds d'aide au recours collectif[1434]. Dans cette affaire, le juge a cherché à récompenser les efforts de l'avocat. Il est certain que les cabinets d'avocats, face à l'incertitude de la rémunération en fonction des résultats ont deux options, soit s'adjoindre les services d'un autre cabinet, soit bénéficier d'un financement public[1435].

155. Les honoraires de résultat en France – En France, l'article 10 de la *Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques* prévoit dans une formulation sibylline que « [t]oute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu ». Il faut comprendre que le résultat de l'affaire ne doit pas être le seul critère d'octroi des honoraires de résultat[1436]. Ce principe est repris par le *RIN*[1437] à l'article 11.3. En principe, ils ne devraient pas être supérieurs de 10 à 20 % du résultat obtenu[1438]. Comme au Québec, il faut une convention écrite pour que l'avocat puisse revendiquer de tels honoraires[1439]. Le pacte de *quota litis* est donc interdit au grand dam des concurrentialistes qui voient en lui un moyen de doper l'action privée en France[1440].

156. La position de la recommandation européenne sur les recours collectifs de 2013 – La *Recommandation de 2013 sur les recours collectifs*[1441] se montre méfiante à l'égard des *contingency fees* :

[1434] *Id.*, aux par. 93 et 103.
[1435] André DUROCHER, « Une grosse carotte, un gros bâton : l'accès à la justice et les aspects financiers de la pratique en matière de recours collectif », dans *Colloque national sur les recours collectifs : Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 362, Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais, 2013, p. 343.
[1436] Éric CAMOUX, « Le régime juridique de l'honoraire de résultat dons les relations entre les avocats et leurs clients », dans la *Gazette du Palais*, 11 septembre 2001, n° 254, L'extenso.fr, GP20010911005.
[1437] *Op. cit.*, au par. 28.
[1438] Bernard BOUSSAGEON, « La licéité de l'honoraire de résultat », dans la *Gazette du Palais*, 13 mars 2008, n° 73, L'extenso.fr, GP20080313005, au par. 6.
[1439] Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, *Synthélabo* c/ *Gantelme*, Bull. civ. I, n° 86.
[1440] C. PRIETO, *op. cit.*, note 88, p. 55, au par. 13.
[1441] *Op. cit.*, note 1377.

> 29. Les États membres devraient veiller à ce que la rémunération des avocats et son mode de calcul ne créent aucune incitation à engager des procédures judiciaires qui ne soient pas nécessaires dans l'intérêt des parties.
>
> 30. Les États membres ne devraient pas permettre le versement d'honoraires de résultat qui risquent de créer une telle incitation. Les États membres qui, à titre exceptionnel, autorisent des honoraires de résultat devraient prévoir une réglementation nationale appropriée de ces honoraires en cas de recours collectif, compte tenu notamment du droit des membres d'un groupe constituant la partie demanderesse à obtenir une réparation intégrale[1442].

La position est la même que pour les honoraires de résultat. En réalité, l'Union craint le phénomène d'agence déjà évoqué précédemment au sujet de la représentation du groupe de victimes par les avocats[1443]. L'objectif est que les victimes conservent le contrôle de la procédure.

157. La pratique des coupons – Aux États-Unis[1444], il existe deux problèmes majeurs sur cette question des honoraires de résultat découlant des accords amiables. En effet, l'avocat va être tenté de transiger pour obtenir rapidement une somme d'argent à titre de rémunération sans chercher à savoir si ce règlement hors cour est la solution la plus favorable aux victimes. Ces deux problèmes sont d'abord les honoraires excessifs, puis la pratique des coupons promotionnels[1445]. Les victimes sont indemnisées par le biais de coupons promotionnels d'une valeur faible, quelques dollars au plus[1446]. Nous sommes loin de l'indemnisation juste dont il s'agit dans ces lignes. Ici, l'auteur de la pratique anticoncurrentielle est certes privé d'une partie de son gain, puisqu'une condamnation à des dommages et intérêts est bien prononcée, mais cette somme n'est pas redistribuée à la victime. Cette logique a très bien été démontrée par l'analyse économique du

---

[1442] *Id.*, p. 12.
[1443] *Supra*, p. 113 et s.
[1444] Pour une présentation du système américain des coupons, v. Janet COOPER ALEXANDER, « Contingent Fees and Class Actions », (1997-1998) 47 *Depaul Law Review* 347 ; Christopher R. LESLIE, « The Need to Study Coupon settlements in Class Action Litigation », (2004-2005) 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1395.
[1445] OCDE, *Private Remedies*, DAF/COM (2006) 34, 11 janvier 2008, p. 356.
[1446] Karl-Alexander NEUMANN et Landon Wade MAGNUSSON, « Pour une action collective européenne dans le droit de la concurrence », (2011) 24/2 *R.Q.D.I.* 149, au par. 30, les auteurs racontent : « La société microsoft et ses avocats ont nègocié un accord à l'amiable évalué d'un montant de $1,1 milliards. Selon le règlement, tous ceux qui avaient acheté des produits microsoft entre les annèes 1995 et 2001 pouvaient rèclamer à cette sociètè un bon d'achat en remplissant un formulaire. La majorité de ces bons ne valaient pas plus de $20. En revanche, l'avocat qui avait mené l'action a demandè la somme de $97 millions pour services rendus et $197 millions supplèmentaires ont été demandés par les trente-quatre autres avocats ayant travaillè sur ce dossier ».

droit[1447]. La relation principal/agent et l'asymétrie d'information qui la caractérise génèrent ces dérives. En dépit de ces excès, les tribunaux américains tentent de limiter les honoraires. Cependant, la liberté contractuelle et la légitimité de la récompense pour l'avocat qui prend des risques sont compromises par ce contrôle juridictionnel. Le risque est que les plaignants ne trouvent plus d'avocats prêts à les représenter[1448]. Pour les supprimer, il faut que l'avocat n'ait qu'un intérêt limité à transiger sans tenir compte de l'intérêt de son client, ce que permettent les droits français et canadien. Encore une fois, c'est bien le système américain qui permet ces excès et non la *class action* ou les dommages et intérêts punitifs, si souvent montrés du doigt en Europe. Au Canada et en France, il est nécessaire que la somme revienne aux victimes, il en va de l'intérêt même de l'action privée. Que la somme non distribuée après l'exécution du jugement revienne à un fonds dédié à la promotion des recours collectifs au Québec, ou à l'association de consommateurs en France, on peut considérer que dans ces deux cas, l'intérêt de la justice est servi. La somme servira à d'autres actions privées par un effet de redistribution. L'action ne sert pas uniquement l'enrichissement des avocats, lequel est de toute évidence difficile au Canada et en France en raison du modèle de représentation choisi dans l'action collective[1449].

158. Les honoraires de résultat : l'importance du modèle de représentation – Tant en France qu'au Canada, les honoraires d'avocat calculés sur le montant des dommages et intérêts ne peuvent résoudre à eux seuls les problèmes d'effectivité de l'action privée. De plus, le droit positif paraît satisfaisant. Les avocats peuvent fixer des honoraires conditionnels et même des honoraires de résultat pour augmenter l'intérêt de la représentation d'un groupe de consommateurs. En effet, c'est bien dans le cadre d'une action collective que ce type d'honoraires peut être très intéressant pour les avocats. Cependant, il faut prendre en compte la réalité du droit de l'action collective dans chaque juridiction étudiée. Si aux États-Unis, la *class action* est aux mains des avocats, ce n'est pas le cas en France et au Canada[1450]. En France, l'action de groupe est réservée à l'association de consommateurs, le législateur considère donc que c'est à elle de

[1447] Pour une analyse économique des coupons tant de leur impact sur le marché qu'en fonction des rapports pincipal/agent, v. Christopher R. LESLIE, « A Market-Based Approach To Coupon Settelments in Antitrust and Consumer Class Action Litigation », (2002) 49 *UCLA Law Review* 991.
[1448] V. Aimee LEWIS, « Limiting Justice : The Problem of Judicially Imposed Caps on Contingent Fees in Mass Actions », (2012) 31 *Rev. Litig* 209.
[1449] *Supra*, au par. 158.
[1450] *Supra*, note 454.

mener l'action. Cependant, rien n'est prévu pour les honoraires d'avocats. On peut supposer que ce sera à elle de payer l'avocat lors de l'action de groupe. Il est vrai que, dans ce cas, des honoraires de résultat peuvent être pertinents pour alléger le poids financier de l'action. Il sera toujours possible de les stipuler pour une partie seulement du montant total des honoraires. Aussi, contrairement aux États-Unis, les honoraires de résultat n'ont pas à jouer en France un rôle d'incitation à l'action par l'appât du gain afin d'assurer un représentant aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les associations assureront leur rôle de manière désintéressée. C'est d'ailleurs ce qui a motivé le choix du législateur vers une représentativité associative. Quant au Canada, le système est aussi tempéré qu'en France. Même si le Québec va plus loin en termes d'honoraires de résultat, la prudence et les gardes fous sont de rigueur. De plus, le droit ontarien reste quant à lui très prudent en ne consacrant que les honoraires conditionnels. Il est intéressant de constater que malgré cette prudence, l'action privée canadienne ne perd pas en attractivité. Au Québec, la présence du Fonds d'aide au recours collectif[1451] permet de prendre en charge les frais de procédure de sorte que l'avocat ne prend qu'un risque mesuré qui n'appelle pas nécessairement la mise en place d'honoraires de résultat pour récompenser la prise de risque. Le Canada peut avec ces systèmes déjouer toute motivation mercantiliste des avocats. À tout le moins, dans le cadre des actions collectives, les systèmes français et canadien peuvent se passer des honoraires de résultat. En ce domaine, il est évident qu'une transposition du droit américain sans éclairage sur le système de représentation et le financement du recours collectif du système d'accueil ne convient pas.

Il en va tout autrement en ce qui concerne le second aspect du problème, à savoir les règles légales qui régissent le paiement des frais de procédure.

§2 : La partie ayant à sa charge les frais de procédure et les dépens

Comme le rappelle à juste titre Catherine Prieto, « [l]es règles relatives aux frais de procédure participent étroitement de la vision concrète du droit fondamental d'accès à la justice »[1452]. On retrouve ici l'idée que l'effectivité de l'action privée n'est pas qu'une question de droit au juge, elle irrigue toute l'action de son introduction à sa

[1451] <http://www.farc.justice.gouv.qc.ca/>.
[1452] C. PRIETO, *op. cit.*, note 88, p. 55.

conclusion. Ce principe se retrouve au Canada dans les objectifs des règles relatives à l'attribution des dépens, elles visent tout à la fois à :

1) décourager les actions abusives ;

2) décourager et punir les comportements inappropriés des parties durant l'instance ;

3) faciliter l'accès à la justice, y compris des indigents ;

4) indemniser le plaignant victorieux des coûts du procès ;

5) encourager les accords amiables[1453].

Dans la décision *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* c. *Bande indienne Okanagan*[1454], la Cour suprême du Canada a précisé le rôle de la règle d'attribution des dépens au perdant en mettant en lumière son impact sur l'administration de l'instance et plus largement de la justice :

> « 25. Une ordonnance d'adjudication des dépens peut viser à pénaliser la partie qui a refusé une offre de règlement raisonnable; cette politique a été codifiée dans les règles de pratique des tribunaux de plusieurs provinces [...]. L'attribution des dépens peut également servir à sanctionner des conduites qui ont prolongé la durée du litige, ou en ont augmenté le coût ou qui sont par ailleurs déraisonnables ou vexatoires. Bref, les tribunaux utilisent maintenant couramment le pouvoir d'adjudication des dépens comme un instrument destiné à favoriser l'administration efficace et ordonnée de la justice.
>
> 26. À vrai dire, on peut aussi considérer que la règle traditionnelle d'adjudication des dépens est dictée par le souci général d'assurer le fonctionnement équitable et efficace du système judiciaire. Comme l'attribution des dépens transfère au perdant une partie des dépenses assumées par le gagnant au lieu de laisser à chaque partie le soin de supporter ses frais (comme c'est la pratique dans les ressorts où il n'existe pas de règles à cet égard), elle agit comme moyen dissuasif sur ceux qui pourraient être tentés d'en harceler d'autres par des demandes non fondées. Comme elle réduit dans une certaine mesure les dépenses du gagnant, elle rend le système juridique plus accessible aux parties qui cherchent à défendre une position valable en droit. Ces effets des règles traditionnelles peuvent être rattachés au souci de la cour d'exercer un contrôle sur sa propre procédure et de voir au déroulement efficace et juste de l'instance. En ce sens, ce souci se situe dans la ligne de l'évolution naturelle du droit de reconnaître les objectifs connexes d'intérêt public que favorise l'approche moderne de l'attribution des dépens ».

Pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, la règle canadienne est *a priori* favorable à leur action. La seule faiblesse de cette règle est qu'elle n'est pas

[1453] L. ABRAMS et K. P. MACGUINNESS, *op. cit.*, note 1425, p. 1405, au par. 17.19.
[1454] [2003] 3 R.C.S. 371.

systématique comme en France[1455]. Le doute naissant alors quant à la partie qui supportera les dépens peut nuire à l'action privée canadienne en générant une incertitude sur le coût.

159. Les règles de principe en matière de paiement des frais de procédure – Les frais de procédure, appelés aussi dépens[1456], sont payés par la partie qui succombe en France et au Canada[1457]. Cependant, devant la Cour fédérale canadienne, il n'y a pas d'automatisme et c'est à la Cour de décider qui doit être tenu aux dépens[1458]. Cette règle peut avoir un effet négatif sur l'action privée. En raison de la faiblesse financière des consommateurs et des PME, il apparaît qu'ils hésiteront à introduire une instance aussi difficile en l'état actuel du droit car cette complexité peut laisser craindre un échec. Or de cet échec résultera un double fardeau, celui de payer ses propres frais et ceux de l'adversaire. En Ontario, la règle est la même : celui qui perd paye les dépens de l'adversaire. Aux États-Unis, chaque partie assume ses frais de procédure. La règle est valable pour tous les types de recours, individuels ou collectifs. La précision n'est pas inutile car en Colombie britannique une exception existe pour les recours collectifs[1459]. De même, devant la Cour fédérale, si l'adjudication des dépens est à la discrétion de la Cour, certains critères doivent influencer ce choix, même si le principe reste la discrétion. L'article 334.39(1) des *Règles des Cours fédérales* énonce :

> « (…) les dépens ne sont adjugés contre une partie à une requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif, que dans les cas suivants :
> a) sa conduite a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance;
> b) une mesure prise par elle au cours de l'instance était inappropriée, vexatoire ou inutile ou a été effectuée de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;
> c) des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause ».

[1455] À l'image du droit ontarien, v. art. 57.01(2), R.R.O. 1990, Règl. 194, « Le fait qu'une partie obtienne gain de cause dans une instance ou dans une étape d'une instance n'empêche pas le tribunal de la condamner aux dépens ».
[1456] Art. 695 c.p.c. pour la France et art. 477 C.p.c.Q. pour le Québec.
[1457] Même si au Canada, ce principe est tempéré par le pouvoir discrétionaire des juges dans l'octroi des dépens, v. L. S. ABRAMS et K. P. MACGUINNESS, *op. cit.*, note 1425, p. 1410, au par. 17.28. Par exemple, en Ontario, le gagnant peut être condamné aux dépens, cela reste rare mais possible.
[1458] Art. 400 *Règles des Cours fédérales*, *op. cit.*, note 337.
[1459] A. DUROCHER, *op. cit.*, note 1435, p. 348.

Il s'agit de la « *no costs rule* » ou la règle « sans dépens » qui évite d'avoir à payer les dépens, sauf dans les cas énoncés[1460]. Elle s'applique pour le jugement des questions communes et non pour les réclamations individuelles des membres du groupe, dans ce cas la règle de la discrétion s'applique de nouveau[1461]. En quelque sorte, la Cour fédérale tiendra compte du comportement répréhensible d'une partie pour la condamner aux dépens. C'est une manière de discipliner les parties, notamment en cas de comportement dilatoire. Il s'agit d'une certaine manière, pensons-nous, d'éviter les procédures abusives tant redoutées au Canada, notamment dans le contentieux économique.

En France, l'article 696 c.p.c. met à la charge de la partie perdante les dépens. Le fameux article 700 c.p.c. est quant à lui utilisé de manière très aléatoire par les juges. Il faut dire que l'article donne une large liberté au juge quant à l'attribution des frais de procédure :

> « Comme il est dit au I de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

On le voit, la règle d'attribution des dépens peut être utilisée comme un instrument de responsabilisation des justiciables. L'action est introduite aux risques et périls du demandeur. L'objectif est bien compréhensible, surtout dans un recours collectif où les enjeux financiers sont importants, comme en témoigne les exemples précédents[1462]. Cependant, cette logique nuit à l'action privée en droit de la concurrence. Cela s'explique par la particulière fragilité du demandeur. Si dans un recours individuel classique, la règle d'attribution est relativement sans impact sur l'initiative de l'action, il n'en est pas de même dans les actions en indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. La complexité des actions privées, alliée à la fragilité économique des demandeurs, génèrent une frilosité des victimes de violations du droit antitrust. Pour cette raison, le Canada et les États-Unis connaissent une règle particulière en matière de frais de procédure et de dépens en droit de la concurrence.

[1460] Brian J. SAUNDERS, Donald J. RENNIE et Graham GARTON, *Federal Courts Practice*, Toronto, Carswell, 2013, p. 779.
[1461] Art. 334.39(2) *Règles des Cours fédérales, op. cit.*, note 337.
[1462] *Supra*, note 1433.

160. La règle particulière au droit de la concurrence – La règle du *loser-pay cost* peut dissuader l'introduction d'actions pourtant méritantes en droit de la concurrence. Le droit américain a très tôt compris cela. Lui qui se base majoritairement sur l'action privée pour assurer l'application de son droit antitrust, il ne pouvait ignorer le problème. La Section IV du *Clayton Act* prévoit, outre les dommages et intérêts triples, que le défendeur doit payer « *the cost of suit, including a reasonnable attorney's fee* ». De plus, le demandeur, en cas d'échec, n'est pas tenu de payer les frais de la partie adverse[1463]. Lors des réflexions menées par les canadiens dans les années 70 sur l'introduction d'une action collective, la doctrine était favorable à la règle du *two-way costs*, c'est-à-dire que la partie qui succombe paye les coûts de son adversaire en plus des siens, soit deux fois plus de frais. Cependant, elle préconisait des modifications sous la forme d'une alternative. En cas de succès de l'action, l'avocat payait les frais de l'action et se récupérait sur les dommages et intérêts reflétant le coût de l'action et les heures consacrées à l'action. En cas d'échec, l'avocat du groupe n'avait aucun recours contre le groupe ou son représentant, et le défendeur assumait ses frais même s'il était vainqueur. Ainsi le groupe et son représentant n'étaient pas tenus aux dépens. Une seconde alternative consistait à recourir à la règle du *no-way cost*, c'est-à-dire qu'un fonds viendrait indemniser l'avocat pour ses frais et diligences[1464]. Une autre solution doctrinale est de ne pas appliquer la règle du *two-way costs* au stade préliminaire de l'action afin que le demandeur puisse, en quelque sorte, s'essayer à l'action sans le moindre risque[1465].

La règle américaine est celle du *one-way cost* car il n'y a qu'une seule voie pour récupérer les frais de procédure : le défendeur paye les frais du demandeur en cas de succès de ce dernier mais la réciproque ne s'applique pas.

La L.c. canadienne s'est inspirée du droit américain à l'article 36 puisque, outre les dommages et intérêts, la Cour peut attribuer « toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête

[1463] C. PRIETO, *op. cit.*, note 88, p. 56.
[1464] J. Robert S. PRICHARD et M. J. TREBILCOCK, « Class Actions and Private Law Enforcement », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 5, à la p. 15.
[1465] Kent ROACH et Michael J. TREBILCOCK, « Private enforcement of competition laws », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 461, au par. 78.

relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article »[1466]. Les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent donc demander la récupération des frais de procédure engagés pour enquêter sur l'affaire et les coûts directement liés à la procédure. Même s'il est louable de chercher à mettre à la charge du défendeur les frais d'enquête et procédure, ils demeurent suspendus à une condamnation. Il s'agit vraisemblablement d'un moyen d'inciter à l'action les victimes de pratiques anticoncurrentielles en leur promettant de récupérer l'intégralité des coûts de procédure et non une simple fraction comme c'est traditionnellement le cas dans toute instance civile canadienne[1467].

Par ailleurs, les victimes n'ont aucune certitude quant au remboursement de ces frais qui semblent soumis à la libre appréciation des juges. Il n'y a aucun automatisme à la lecture de l'article. De plus, rien n'est dit sur les dépens. Il n'est même pas sûr que les honoraires d'avocats soient visés, même si on peut le penser[1468]. Une fois de plus, le laconisme de l'article 36 L.c. sur les dépens, les frais de procédure et les honoraires d'avocat est symptomatique d'une action privée canadienne largement imprécise. Cette situation contraste avec le droit européen qui a cherché, à l'inverse, à prévoir toutes les situations.

161. Les options européennes en matière de coût de la procédure – Le *Livre blanc* de la Commission européenne prévoyait des mesures concernant les frais de procédure. La proposition s'intéressait aux frais de procédure car ils pouvaient être dissuasifs pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles[1469]. Elle envisageait, à titre d'exemple, un plafonnement des frais de procédure[1470]. La Commission rappelait qu'en Europe, la partie qui succombe assume les frais de l'adversaire[1471]. Si cette règle évite les recours frivoles, il demeure qu'elle dissuade les victimes économiquement faibles d'agir. Le

[1466] Pour une application v. *321665 Alberta Ltd.* c. *Husky Oil Operations Ltd*., 2013 CanLII 221 (AB CA). La somme demandée était de 963 000 $ de frais de procédure, la somme accordée fut de seulement 75 000 $.
[1467] C. J. Michael FLAVELL et Christopher J. KENT, *The Canadian Competition Law Handbook*, Scarborough, Carswell, 1997, p. 187. Une jurisprudence de 2013 a pourtant démontré que le coût des investigations demandé à la cour faisait l'objet d'une sous-évaluation. Il s'agit de la décision *321665 Alberta Ltd.* v. *Husky Oil Operations Ltd.*, 2013 CanLII 221 (AB CA). Dans cette action privée qui se déroulait en Alberta, la victime demandait 96 300 $ pour le coût des investigations. La cour lui accorde 75 000 $.
[1468] Y. BÉRIAULT et al., *op. cit.*, note 539, p. 102.
[1469] *Livre blanc*, *op. cit.*, note 17, p. 10.
[1470] *Id.*, p. 11.
[1471] Selon l'adage *victus victori in expensis condemnatus est*.

Livre blanc proposait alors de permettre aux juges de déroger à cette règle par voie d'ordonnance au stade initial de la procédure pour assurer aux demandeurs qu'ils n'auront pas à payer les frais de la partie adverse[1472]. La solution se rapproche de ce qu'avait préconisé la doctrine canadienne en proposant que le juge déroge à la règle du *two-way costs* au stade préliminaire de l'action. La solution est séduisante dans le cadre d'une action collective sur le modèle canadien, c'est-à-dire avec une étape de certification. En cas d'échec lors de la certification, les victimes ne seraient pas contraintes de payer les frais de procédure de l'adversaire. Par exemple, l'analyse de la Cour suprême dans *Sun-Rype*[1473], a conduit à rejeter la certification du groupe car il était impossible de s'identifier à lui. La présence d'une dissidence et la complexité de la preuve peuvent effectivement permettre de penser qu'il serait injuste de faire peser de tels coûts sur les plaignants tant l'action privée est complexe. Dans cette décision, les victimes n'étaient pas de mauvaise foi, il y avait tout lieu de penser qu'elles étaient victimes mais la certification ne pouvait avoir lieu.

L'enjeu des frais de procédure et des honoraires d'avocat n'est pas sans intérêt pour l'action privée concurrentielle. Sous des abords de pure pratique judiciaire, ils révèlent une question d'accès à la justice. Dans un contentieux par nature complexe, condamner la victime de pratiques anticoncurrentielles aux dépens revient à alourdir injustement un fardeau financier déjà élevé. Sauf à démontrer la frivolité du recours privé, les victimes ne devraient pas être tenues aux dépens en cas d'échec de l'action. De plus, les honoraires de résultat ne doivent pas être nécessairement consacrés sous la forme américaine en France et au Canada, dès lors que les modèles d'actions collectives français et canadiens se fondent sur un support financier associatif ou public. L'état du droit positif canadien et français nous paraît satisfaisant[1474]. En effet, l'association n'a d'intérêt envers les honoraires de résultat que pour alléger son fardeau financier. De plus, en présence d'un fonds de soutien, comme au Québec, le fonds assume largement les frais de l'action. Pour cette raison, il figure parmi les bénéficiaires *ad hoc* de la créance d'indemnisation.

[1472] *Id*.
[1473] *Op. cit.*, note 58.
[1474] Il faut réserver ici l'imprécision de l'article 36 L.c. sur ce sujet qui nécessiterait quelques clarifications législatives.

Section II – Les bénéficiaires *ad hoc* de la créance d'indemnisation

Dans le cadre précis de l'action privée concurrentielle, sa spécificité appelle des commentaires quant aux bénéficiaires *ad hoc* de la créance d'indemnisation. En effet, la consécration éventuelle de dommages et intérêts punitifs, ainsi que la collectivisation de l'action privée, mettent en danger la qualité de la victime de bénéficiaire naturelle de la créance (§1). Plus particulièrement, la collectivisation de l'action privée a deux conséquences. D'abord, elle nécessite un subventionnement public de l'action. De cette subvention, l'organisme public subventionnaire reçoit le droit de percevoir le reliquat non attribué aux victimes. Ensuite, l'évaluation globale du préjudice dans le cadre d'un recours collectif peut rendre impossible l'octroi d'une indemnisation individuelle[1475]. Dès lors, la somme peut être versée à un organisme intéressé selon la doctrine *cy-près*. Dans un second paragraphe, nous aborderons les tiers intéressés en tant que bénéficiaires par défaut de la créance d'indemnisation (§2).

§1 : La victime : bénéficiaire naturel

Si l'attribution de la créance à la victime est légitime (1), il est possible que certaines institutions, comme l'État, lui livre une concurrence illégitime (2).

1) L'attribution légitime à la victime

162. Intérêt légitime à agir – Comme la procédure civile nous l'enseigne, n'agit en justice que celui qui a un intérêt légitime à faire valoir. Nous ne reviendrons pas sur les préoccupations liées à cette qualité[1476], notamment au regard de l'action collective, mais cette notion traduit une réalité simple : la victime doit être la seule à bénéficier de l'action, sauf à décéder, car dans ce cas ce sont les héritiers qui sont concernés[1477]. En toute autre situation, la victime doit bénéficier des fruits de son action en justice. Le principe doit s'appliquer sans hésitation dans l'action privée concurrentielle. Nul n'est besoin d'y déroger dans ce contentieux. Le principe vaut autant en droit français que canadien[1478].

[1475] On a pu parler plus haut du recouvrement collectif des dommages et intérêts.
[1476] Pour des développements sur l'intérêt à agir des victimes, v. *supra*, p. 101 et s.
[1477] F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 1331, p. 891, au par. 882.
[1478] L. S. ABRAMS et K. P. MACGUINNESS, *op. cit.*, note 1425, p. 341, au par. 4.1.

163. Interférence des actions collectives et des dommages et intérêts punitifs – Cependant, la collectivisation du recours collectif implique une nouvelle réalité. Les victimes sont multiples, si bien que la créance d'indemnisation ne revient pas à une seule personne. Chacun devra se partager le résultat d'une seule et même action. Une difficulté peut alors survenir par exemple lors du partage entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects[1479]. Ensuite, une autre réalité se dessine lorsque l'on aborde la question des dommages et intérêts punitifs, comme nous l'avons présenté au sujet des dommages et intérêts restitutoires, l'action privée génére une inquiétude relative à l'enrichissement sans cause. Les détracteurs des dommages et intérêts punitifs font valoir que la victime s'enrichirait pour le surplus qui dépasse le montant des dommages et intérêts compensatoires. Bien que cette réalité soit erronée, puisque les dommages et intérêts punitifs sont indépendants des dommages et intérêts compensatoires et que leur montant ne dépend pas *a priori* des dommages et intérêts compensatoires[1480], les réformateurs du droit civil français ont envisagé une parade en faisant bénéficier l'État du surplus indemnitaire. Il y a alors concurrence illégitime de l'État par rapport aux victimes.

2) La concurrence illégitime de l'État

164. L'ouverture de la concurrence par le *Rapport Catala* – Nous faisons allusion à l'article 1371 du *Rapport Catala.* En effet, il est le premier projet français de réforme du droit des obligations à avoir, non seulement proposé les dommages et intérêts punitifs, mais également à avoir précisé qu'ils devaient revenir à l'État, c'est-à-dire au Trésor public[1481]. Ainsi, l'État viendrait concurrencer la victime d'une faute lucrative au moment de l'octroi des dommages et intérêts punitifs par le juge. Certes, il ne s'agit d'attribuer qu'une partie seulement au Trésor public. Mais, sauf erreur de notre part, les motifs de cette réforme présente au rapport ne comportent aucune explication sur ce choix. Aussi, la disposition semble consacrer un pouvoir discrétionnaire contestable. En droit français, la peine privée doit respecter les garanties fondamentales de la peine

[1479] *Supra*, au par. 142.
[1480] Sauf à ce que le juge estime, comme au Québec, que l'application de l'article 1621 C.c.Q. commande de diminuer les dommages et intérêts punitifs car les dommages et intérêts compensatoires versés sont suffisament dissuasifs.
[1481] L'article 1371 dispose : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public ».

comme cela a été décidé pour les amendes civiles[1482]. Dans la mesure où ces dommages et intérêts punitifs peuvent être alloués au Trésor public, ils créent une confusion avec l'amende civile et surtout avec l'amende publique. En outre, ce choix donne un objectif public aux dommages et intérêts punitifs sinon comment justifier leur allocation au Trésor public ? En droit de la concurrence, le fait d'octroyer les dommages et intérêts punitifs à l'État dissuade la victime d'agir. En effet, l'intérêt de la peine privée est qu'elle facilite non seulement l'indemnisation en se fondant sur la faute, mais elle garantit une récompense pour les efforts entrepris. De toute évidence, la solution est à proscrire en droit de la concurrence.

Malgré tout, l'idée persiste en droit français. Plusieurs projets qui ont succédé au *Rapport Catala* sont allés dans ce sens. D'abord, le *Rapport Anziani – Béteille*[1483] de 2009 avait fait ce choix. La proposition 24 du rapport prévoyait que les dommages et intérêts punitifs étaient versés en priorité à la victime mais qu'une part devait revenir à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public. Dans les discussions devant le groupe de travail, Gaëlle Patetta, directrice jurdique de l'association de consommateurs UFC-Que choisir, avait indiqué être hostile à ce choix[1484]. Mais pour d'autres commentateurs, les dommages et intérêts punitifs créaient un enrichissement sans cause et un risque de double indemnisation qu'il convenait de contourner par l'allocation d'une part des dommages et intérêts punitifs à un fonds ou au Trésor public[1485]. Cependant, comme nous l'avons vu, en droit de la concurrence, la difficulté à évaluer le préjudice crée une sous-évaluation qui minimise le risque de double indemnisation[1486]. Il y a deux conséquences à ce choix. Les dommages et intérêts punitifs ne sont plus une peine privée et les dommages et intérêts punitifs sont une source de financement des fonds d'indemnisation[1487]. En effet, la peine est « privée » parce qu'elle revient à la victime[1488]. Si ce n'est plus le cas, le qualificatif de « peine privée » n'a plus lieu d'être. Pour la seconde conséquence, la question se pose de savoir quel fonds bénéficiera de cette somme punitive ? Si le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages apparaît le plus légitime en raison de la largesse de son champ de

[1482] *Supra*, au par. 127.
[1483] *Op. cit.*, note 1173.
[1484] *Id.*, p. 98.
[1485] *Id.*, p. 99.
[1486] *Supra*, note 1056.
[1487] *Rapport Aziani - Béteille, op. cit.*, note 1173, p. 99.
[1488] *Supra*, au par. 117.

compétence, il persiste ici encore un pouvoir discrétionnaire des juges qui laisse dubitatif quant à la pertinence du choix comme l'ont d'ailleurs relevé les témoins auditionnés par la commission[1489].

Ensuite, la *Proposition Béteille* de 2010[1490] avait prévu l'introduction dans le *Code civil* d'un article 1386-25. Il prévoyait des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative mais ils ne pouvaient dépasser le double des dommages et intérêts compensatoires[1491]. L'alinéa 2 réitérait le pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'octroi de dommages et intérêts punitifs. Également, ce pouvoir était confirmé en ce qui concerne la proportion qui devait être versée à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public. Les remarques sont les mêmes que pour le *Rapport Anziani – Béteille* à savoir qu'il ne s'agit plus d'une peine privée mais d'un moyen de financement des fonds d'indemnisation sans que le tout soit prévisible en raison du pouvoir discrétionnaire du juge.

165. La fin de la concurrence de l'État avec le *Rapport Terré* et ses bienfaits sur l'action privée – Enfin, le *Rapport Terré* ne s'est pas attardé sur ce point. À défaut de précision sur le bénéficiaire des dommages et intérêts restitutoires à l'article 54, il convient de les allouer naturellement à la victime. Ce choix est heureux dans la mesure où les dommages et intérêts restitutoires sont la « réparation-sanction » la plus adaptée aux recours privés en droit de la concurrence.

Sous l'angle de l'action privée concurrentielle, il est regrettable de voir l'État concurrencer la victime dans la perception de l'indemnisation, aussi punitive soit elle[1492]. En effet, le seul argument valable est le risque de double indemnisation. Or ce risque est minime en droit de la concurrence. Le faible développement des actions privées en est la meilleure illustration. Pour récupérer deux fois sa perte ou son manque à gagner, faut-il encore que l'on tienne pour certain que les dommages et intérêts

[1489] *Rapport Aziani - Béteille*, *loc. cit.*, note 1487.
[1490] *Op. cit.*, note 1171.
[1491] Le fait de faire coïncider l'institution des dommages et intérêts punitifs sur l'institution des dommages et intérêts compensatoires est une erreur. Les deux institutions doivent être dissociées car chacune vise un objectif différent. Le contraire est néfaste au bon fonctionnement des dommages et intérêts punitifs comme en témoigne le droit québécois, v. *supra*, p. 317 et s.
[1492] Pour un rapide résumé sur la question, v. Aline VIGNON-BARRAULT, « Les dommages et intérêts punitifs », dans Philippe PIERRE et Fabrice LEDUC (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 96.

punitifs dépassent les dommages et intérêts compensatoires – ce que le modèle canadien remet en cause[1493] – et que le préjudice qui fonde les dommages et intérêts compensatoires ait été évalué avec justesse. Or le mythe de la réparation intégrale remet en cause cette affirmation[1494]. En réalité, ce qui doit frapper le concurrentialiste dans cette concurrence de l'État, c'est le rapprochement de ces dispositions avec le modèle nord-américain d'octroi des dommages et intérêts obtenus lors du recours collectif à des tiers intéressés. En Amérique du nord, ce choix est un choix par défaut quand les victimes ne réclament pas leur dû ou que la difficulté d'une réparation individuelle impose de verser les sommes obtenues, à titre de compensation ou de punition, à des organismes tiers dont l'intérêt se rapproche de celui des victimes.

§2 : Le tiers intéressé : bénéficiaire par défaut

Au Canada, à l'issue d'un recours collectif, les sommes octroyées par le juge à titre de réparation peuvent ne pas être réclamées. Au Québec, le reliquat est versé au Fonds d'aide aux recours collectifs (1). Une autre situation est celle où la distribution individuelle de la somme s'avère d'une extrême complexité. Dans ce cas, les tribunaux canadiens ont recours à la doctrine *cy-près* (2).

1) Le tiers fonds d'aide aux recours collectifs

Le financement de l'action privée peut être la clé de son succès. Au Canada, l'expression collective de l'action privée à travers le recours collectif permet de bénéficier d'une aide financière grâce à un fonds *ad hoc*. Tel est le modèle choisi par le Québec et l'Ontario. Pour cette raison, le fonds d'aide aux recours collectifs, comme il se nomme dans ces provinces, peut légitimement prétendre se payer sur les sommes obtenues. En France, l'action de groupe ne prévoit pas ce type de soutien financier. Ainsi, l'association de consommateurs ne bénéficiera d'aucune aide et devra avec son avocat assumer entièrement les frais du procès. Le propos doit être relativisé puisque, par exemple, les mesures de publicité du jugement déclaratoire de responsabilité et l'exécution du jugement final peuvent être mis à la charge du défendeur. Il faut y voir une tentative d'allégement du coût de l'action de groupe. Quoiqu'il en soit, aucun fonds

[1493] En effet, le droit canadien ne base pas les dommages et intérêts punitifs sur les dommages et intérêts compensatoires.
[1494] Philippe PIERRE et Fabrice LEDUC (dir.), *op. cit.*, note 1492, p. 19 : « Parmi les « mythes » fondateurs du droit de la responsabilité civile, le principe de la réparation intégrale du dommage figure assurément en bonne place ».

ne viendra capter les sommes allouées pour renflouer ses caisses, si ce n'est l'association. Les questions de financement du recours collectif et d'allocation d'une partie de l'indemnisation à l'organisme bailleur de fonds sont étroitement liées.

166. L'absence de financement public de l'action de groupe – Si en présence d'un fonds d'aide, il est naturel d'envisager qu'il perçoive une partie de l'indemnisation de la victime, sur le modèle québécois, le modèle français paraît favorable à un versement entier des sommes obtenues aux victimes. En effet, l'action de groupe française n'a pas retenu le financement de l'action de groupe par un fonds dédié. Le texte cache mal le malaise du législateur à ce sujet. Il propose des remèdes cousus de fils blancs. L'article L. 423-4, alinéa 2 du *code de la consommation* invite le juge à ordonner la publicité du jugement déclaratoire, ouvrant la période d'adhésion explicite au groupe, au frais du professionnel. Puis, le législateur a prévu que le professionnel peut être enjoint de déposer une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens « exposés par l'association », y compris ceux afférents à l'aide d'un éventuel auxiliaire de justice pour la distribution des sommes[1495]. En résumé, de l'aveu même du législateur, l'association expose des frais qu'il faut limiter. À défaut, elle sera dissuadée d'agir en justice car implicitement le législateur reconnaît que c'est à elle de payer les frais liés à l'action de groupe. Il faut noter qu'aucune disposition particulière n'existe pour les pratiques anticoncurrentielles. Les actions privées sont soumises au droit commun de l'action de groupe. Or rappelons que les frais d'un procès, surtout en droit de la concurrence, nuisent gravement à l'accès à la justice[1496]. Par conséquent, ils nuisent *in fine* à la réalisation du droit à l'action privée. L'article L. 423-9 du *code de la consommation* vient prendre une mesure d'assistance pour l'association, à savoir qu'elle peut s'adjoindre les services d'une profession judiciaire règlementée pour réceptionner les demandes d'indemnisation.

Le *Rapport Hammadi* confessait que « [u]ne association de défense des consommateurs, aussi active soit-elle, peut avoir à faire face à une très lourde charge de travail dans le cadre d'une action de groupe, en particulier dans l'hypothèse où les victimes du dommage se comptent par centaines ou par milliers. Le traitement des

[1495] Art. L. 423-8 c.conso.
[1496] Pierre-Claude LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectif : que les tribunaux s'exécutent ! (ou le royaume de l'imagination) », dans Alain PRUJINER et Jacqueline ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec*, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 214.

demandes d'adhésion au groupe, la vérification de la situation de chacun, le lien à assurer entre les victimes et le professionnel… autant d'éléments qui ont conduit […] à prévoir que l'association pourrait s'adjoindre les services d'une personne pour l'assister. Comme on l'a vu précédemment, la rémunération de ce dernier pourrait être assurée par le biais de la provision que lui verserait le professionnel […]»[1497]. Toujours dans cette logique de financement indirect de l'association, la procédure d'action de groupe simplifiée, créée par le *Rapport Hammadi*[1498], prévoit que le professionnel peut être condamné sous astreinte au profit de l'association à indemniser directement et individuellement les victimes. Plus courte, cette procédure est économique ; elle constitue en quelque sorte une manière d'alléger le fardeau de l'association. Le législateur instaure en même temps une source de financement, certes aléatoire et qui ne touche pas l'indemnisation des victimes, par l'astreinte. Pourtant, l'astreinte est considérée comme une peine privée qui revient à la victime[1499] : indice d'une attribution insidieuse du dû des victimes à l'association de consommateurs dans l'action de groupe française[1500]. Le fait de chercher à rémunérer l'association de consommateurs n'est en soi pas contestable. En revanche, ce qui l'est davantage, c'est le fait de procéder de manière indirecte par des mécanismes qui dissimulent mal l'embarras du législateur sur la question du financement de l'action de groupe. Une solution aurait pu être de consacrer la solution du fonds d'aide à l'action de groupe proposée à l'article 1441-8 du *Code civil* par la *Proposition de loi relative à l'introduction de l'action de groupe en France* de 2007[1501]. Cet article prévoyait sans ambages que le fonds assumerait l'entièreté des frais de procédure. Ce choix aurait eu certains avantages comme le démontre l'expérience canadienne.

167. La perception des sommes allouées par un fonds, contrepartie canadienne du financement public du recours collectif – Au Canada, les provinces de l'Ontario et du Québec ont fait le choix d'un financement du recours collectif par un fonds d'aide aux recours collectifs. Le Québec a été précurseur en créant un fonds d'aide aux recours

[1497] *Rapport Hammadi*, *op. cit.*, note 471, p. 61.
[1498] Ammendement CE 653, présenté par le rapporteur Razzi Hammadi.
[1499] S. CARVAL, *op. cit.*, note 1085, p. 39, au par. 36 et s.
[1500] Rappelons que la « peine privée » est « privée » parce qu'elle revient à la victime.
[1501] FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi relative à l'introduction de l'action de groupe en France*, n° 324, (2007-2008) – 24 octobre 2007.

collectifs (ci-après le fonds) en 1978[1502]. Lors de la réforme du recours collectif en Ontario au début des années 90 la question du financement était centrale[1503]. Le *Projet de loi 29* a créé le *Class Proceeding Fund*[1504]. La *Law foundation of Ontario* finançait le recours collectif à hauteur de 500 000 $. Il s'agissait d'une mise de départ pour lancer le fonds ontarien, celui-ci devait parvenir à terme à l'auto-financement en appliquant un prélèvement sur les sommes perçues dans le cadre des recours collectifs[1505]. Une restriction majeure existe en Ontario pour obtenir le financement du fonds puisqu'il faut que le recours poursuive un intérêt public[1506].

Le fonds québécois offre un financement plus large. Les articles 42 à 45 de la *Loi sur le recours collectif* traitent du financement du recours par un fonds spécialement dédié à ce type d'action. Comme le fonds finance l'action, il est normal qu'au moment de l'exécution du jugement, le fonds prélève une part de la somme. En effet, d'un point de vue économique, on peut considérer que le fonds assume un risque en finançant une action qui va peut-être échouer. Le fonds prend en charge les frais du procès comme les frais d'expertise, ce qui n'est pas dépourvu d'intérêt en droit de la concurrence, et participe pour une part minime au paiement des honoraires d'avocat. Le problème est que le tarif pratiqué est bien en dessous du marché[1507]. Première anomalie dans le financement québécois des recours collectifs, la prise en charge des frais n'est pas à la hauteur des espoirs que l'on peut placer en lui. Pour récupérer la mise de départ, il existe deux moyens de procéder : un moyen légal et un moyen jurisprudentiel.

[1502] *Loi sur le recours collectif*, LRQ, c R-2.1. Le Titre II qui contient les dispositions sur le fonds est entrée en vigueur le 5 juillet 1978 (A.C. 2161-78 du 5 juillet 1978, (1978) 110 *G.O.* II, 4021) alors que la loi est entrée en vigueur six mois plus tard, le 19 janvier 1979 (A.C. 72-79 du 11 janvier 1979, (1979) 111 *G.O.* II, 459).

[1503] Terrence O'SULLIVAN, « The future of financing class actions in Ontario : considerations arising from a review of bills 28 and 29 », dans A. PRUJINER et J. ROY (dir.), *op. cit.*, note 1496, p. 95.

[1504] Pour des développements en français, v. Jacques DUFOUR, « Le financement des recours collectifs », dans A. PRUJINER et J. ROY (dir.), *op. cit.*, note 1496, p. 103. Pour des explications sur les frais de procédure en Ontario et au Québec, v. Lany M. FOX, « Liability for costs : a comparison of bill 28 and bill 29 and the Quebec legislation », dans A. PRUJINER et J. ROY (dir.), *op. cit.*, note 1496, p. 124 et s.

[1505] V. le site Internet du fonds, [en ligne] : < http://www.lawfoundation.on.ca/fr/fonds-daide-aux-recours-collectifs/ >. Il y est expliqué en page d'accueil que « [l]e Fonds d'aide aux recours collectifs obtient une redevance équivalant à 10 pour cent de tout jugement ou règlement en faveur des demandeurs dans le cadre d'instances financées, en plus du remboursement des débours financés. Son financement initial provenait d'une subvention de 500 000 $ de la FDO ».

[1506] Ontario Regulation, 771/92 Class proceeding, art. 5.1.

[1507] Yves LAUZON, « Le prélèvement du Fonds d'aide sur le reliquat : un déséquilibre à corriger », dans *Colloque national sur les recours collectifs, Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 362, Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2013, pp. 312-313

S'agissant du moyen légal, il est prévu par l'article 42 de la *Loi sur le recours collectif*. Il prévoit qu'un pourcentage sera prélevé sur le reliquat restant à l'issue de la procédure du recouvrement collectif. L'article 38*a)* habilitait le gouvernement à fixer le pourcentage de prélèvement du fonds. Il a donc établi un barème par voie réglementaire[1508]. Certains auteurs critiquent ce système pour deux motifs : 1/ un recours collectif victorieux constitue une économie pour la justice supérieure aux sommes investies par le fonds, les caisses de l'État pourraient ainsi financer le fonds sans avoir recours au prélèvement sur le reliquat[1509] ; 2/ le pourcentage prélevé serait « illogique et inutile »[1510], « [à] moins de considérer le fonds comme le meilleur véhicule pour traduire l'intérêt des membres »[1511]. En effet, le pourcentage prélevé peut atteindre 90 % d'un reliquat de 500 000 $ en cas de recouvrement collectif et à l'inverse 30 % du reliquat supérieur à 800 000 $ suite à un recouvrement individuel[1512]. Aucune explication n'existe pour justifier ce barème. Une limitation à 15 ou 20 % serait suffisante et raisonnable[1513]. Un autre élément prête flan à la critique, celui du prélèvement obligatoire sur les sommes perçues dans le cadre de recours collectifs non financés par le fonds. En effet, l'article 42 s'applique indifféremment aux recours financés ou non financés par le fonds. Certains auteurs qualifient ce régime de « taxation arbitraire et opportuniste » des recours collectifs[1514].

S'agissant du moyen jurisprudentiel, il découle d'une interprétation des articles 1034 et 1036 C.p.c.Q par les tribunaux québécois. Ces articles prévoient que le juge dispose discrétionnairement et librement des sommes non distribuées ou non liquidées aux membres en raison du coût ou de l'impraticabilité de cette opération. Or les juges ont manqué de créativité dans l'application de ces articles[1515]. Ils ont préféré allouer le reliquat, c'est-à-dire la somme non réclamée ou non distribuée[1516], au fonds voire au défendeur :

[1508] *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux recours collectifs*, RLRQ c R-2.1, r 2, (ci-après *Règlement sur le pourcentage*).
[1509] Y. LAUZON, *op. cit.*, note 1507, p. 313.
[1510] *Id.*, p. 314.
[1511] *Id.*, p. 315.
[1512] *Règlement sur le pourcentage*, *op. cit.*, note 1508, art. 1, 1°, *a)* et art. 1, 2°, *h)*.
[1513] Y. LAUZON, *op. cit.*, note 1507, p. 314.
[1514] *Id.*, p. 315.
[1515] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, op. cit., note 320, p. 214.
[1516] Art. 1033 C.p.c.Q.

> « Remettre les sommes non réclamées au défendeur enlève au recours collectif son effet dissuasif et contrecarre son objectif social qui est de priver le défendeur de ses gains illégaux. Le principe de justice corrective appelle le remboursement des gains illégaux afin de rétablir l'équilibre de la situation entre le défendeur et le groupe »[1517].

En procédant de la sorte, le juge québécois fait deux choses. D'abord, il nie aux victimes leur indemnisation. Ensuite, il introduit en droit québécois la doctrine américaine du *cy-près* ou de « l'aussi-près » très utilisée en droit de la concurrence. La solution la plus convenable du point de vue de l'indemnisation des victimes est que le juge se serve du reliquat pour tenter de contacter les victimes afin qu'elles présentent une réclamation du tribunal avant de remettre le reliquat au fonds[1518].

2) Le tiers bénéficiaire selon la doctrine *cy-près*

168. Précisions terminologiques – Avant d'aborder l'ultime question de l'octroi de l'indemnisation à un tiers bénéficiaire selon la doctrine cy-près, nous souhaitons proposer une clarification terminologique. Souvent cette étape permet de mieux comprendre une notion de droit étranger comme c'est le cas pour l'expression de droit anglais cy-près. D'abord, en tant qu'expression de droit anglais, il n'est pas étonnant de la retrouver au Canada et aux États-Unis. Cy-près signifie « aussi près que possible ». L'accent grave, juché sur le « e », interpelle le juriste francophone. Et pour cause, il ne s'agit pas d'un mot anglais, mais d'un mot de vieux français[1519]. Pour expliquer cette incursion du français en terre anglaise, il faut se rappeler que l'Angleterre a été occupée par les Normands de 1160 à 1310[1520]. Le droit anglais utilisait initialement ce terme en droit des trusts. Concrètement, il s'agissait d'octroyer la somme d'une fiducie caritative à un organisme aussi proche que possible de celui stipulé initialement ». Le cy-près est donc utilisé en cas de difficultés à octroyer des fonds à son destinataire premier. La notion est appliquée pour les testaments[1521], c'est d'ailleurs dans ce contexte que dans sa décision de 1801, le Chief Justice Lord Kenyon avait rappelé que le cy-près était à la frontière de la loi et qu'il ne fallait pas en faire une application sauvage en matière

---

[1517] P.-C. LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectif », *op. cit.*, note 1496, p. 229.
[1518] *Jeudi* c. *Paquette, Rocheleau, Dion, Grenier et Associés*, J.E. 90-750 (C.S.). Pour un commentaire encourageant cette décision, v. P.-C. LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectifs », *op. cit.*, note 1496, p. 227.
[1519] Ce n'est pas la première fois que nous rencontrons cette origine française d'un mot dans le droit anglais, souvenons-nous du *champerty*, dérivé du mot « champart », *supra*, p. 370 et s .
[1520] Mario NACCARATO, « Note lexicographique : cy-près », (2005) 46 *C. de D.* 771, à la p. 775.
[1521] Donovan W. M. WATERS, *Water's Law of Trusts in Canada*, Toronto, 2005, p. 767.

testamentaire[1522]. Aujourd'hui, on peut penser que les paroles du Lord Kenyon ont été oubliées[1523]. Non seulement, la doctrine cy-près s'applique désormais aux recours collectifs aux États-Unis et au Canada[1524], mais d'une manière discutable.

169. Définition et application au recours collectif – La doctrine cy-près signifie qu'à l'issue d'un recours collectif, le juge décide discrétionnairement d'octroyer le reliquat à un tiers bénéficiaire dont les intérêts sont « proches » de l'affaire. La rare définition francophone du cy-près est donnée par Mario Naccarato. Il présente la notion en général, c'est-à-dire en dehors du contexte du recours collectif : « La notion de cy-près est généralement décrite comme un pouvoir conféré au tribunal de préciser ou de reformuler les fins d'une fiducie de bienfaisance lorsque 1'expression du constituant ne l'exprime pas clairement ou lorsque les fins initialement établies deviennent impossibles à accomplir. Retenons que la nouvelle affectation déterminée par le tribunal doit s'inscrire dans la même veine que celle qui a été choisie par le constituant »[1525]. Le législateur québécois l'a introduit dans son droit civil à l'article 1294 pour les fiducies d'utilité sociale[1526]. On perçoit alors deux autres éléments pertinents pour comprendre l'application de la notion au recours collectif, son aspect social ou caritatif et le pouvoir discrétionnaire du juge en la matière. Rappelons qu'au Québec, les articles 1034 et 1036 C.p.c.Q. offrent un pouvoir discrétionnaire au juge pour allouer le reliquat non distribué en raison de la difficulté ou de l'impossibilité de cette distribution. L'attribution au fonds d'aide aux recours collectifs en est une illustration. On retrouve donc le pouvoir discrétionnaire du juge. Ensuite, cette somme est utilisée de la sorte car il est difficile ou impossible de la faire parvenir aux membres du groupe. On retrouve la difficulté qui

[1522] Jennifer JOHNSTON, « *Cy-Pres Comme Possible* : How Cy Pres Creates Improper Incetives in Class Action Settlements », (2012-2013) 9 *J. L. Econ. & Pol'y* 277, à la p. 278.
[1523] *Id*.
[1524] Pour des commentaires sur son application au Canada, v. Jeff BERRYMAN, « Nudge, nudge, wink, wink: behavioural modification, cy-près distributions and class actions », (2011) 53 *Sup. Ct. L. Rev*. (2d) 133-167 ; Luiz Arthur BIHARI, « Saving the law's soul : a normative perspective on the cy près doctrine », (2011) 7 *Revue canadienne sur le recours collectif* 293-309 ; Jasminka KALAJDZIC, « Access to a just result: revisiting settlement standards and cy près distributions », (2010) 6 *Revue canadienne sur le recours collectif* 215-251 ; Rachael P. MULHERON, « The Modern cy-près doctrine: applications & implications », (2007) 4 *Revue canadienne sur le recours collectif* 203-210 ; E. Rebecca POTTER et Natasha RAZACK, « Cy Pres Awards in Canadian Class Actions: A critical interrogation of what is meant by "as near as possible" », (2010) 6 *Revue canadienne sur le recours collectif* 297-329 ; Christina SGRO, « The Doctrine of cy près in Ontario class actions: toward a consistent, principled, and transparent approach », 2011) 7 *Revue canadienne sur le recours collectif* 265-292 ; Donovan WATERS, « Changing the purpose of gifts: the fate of administrative and cy-pres judicial schemes in Canada », (2010) 23 Philantrop. 93-118.
[1525] M. NACARATO, *op. cit.*, note 1520, p. 771.
[1526] *Id.*, p. 774.

oblige le juge à trouver un bénéficiaire proche des intérêts du bénéficiaire premier. L'article 1036 C.p.c.Q. exige du juge que dans cette opération, il tienne compte de l'intérêt des membres. Cet intérêt impose donc de choisir un bénéficiaire dont les intérêts sont proches des victimes initiales. Le droit québécois traduit indirectement les préoccupations de l'application de la doctrine cy-près, telle qu'elle a été conçue par les tribunaux américains, de manière un peu « sauvage », il faut le reconnaître.

170. Dérives américaines et droit de la concurrence – Jusqu'ici, la notion n'a été présentée que de manière générale. Il convient maintenant de considérer son application aux États-Unis pour mesurer la portée de cette notion, notamment en droit de la concurrence. En effet, il ne faut pas se laisser abuser par l'apparence des origines de la notion, il s'agit d'une méthode d'allocation de l'indemnisation qui est particulièrement appliquée en droit de la concurrence aux États-Unis. L'affaire édifiante à ce sujet est Diamond Chem. Co. v. Akzo Nobel Chems. B. V.[1527]. Il s'agissait d'une affaire rendue en 2007 dans le cadre d'un cartel de fixation des prix dans l'industrie chimique. À l'issue de l'affaire, la somme de 6 millions de dollars US a été versée à la Faculté de Droit de l'Université George Washington pour la création d'un centre de recherche en droit de la concurrence. Cette option a été suivie d'effets. Le Competition Law center a vu le jour grâce à cette somme[1528]. La mesure a pourtant été vivement critiquée par le défendeur pour trois motifs : 1/ le Competition Law Center est situé dans le District de Columbia, alors que l'affaire ne concernait pas ce champ géographique ; 2/ le domaine de la chimie était concerné et non celui du droit de la concurrence ; 3/ des ressources publiques et privées sont déjà consacrées à la recherche en droit de la concurrence[1529]. Ce qui est dénoncé, c'est ce que Pierre-Claude Lafond appelle une « distorsion entre le groupe à indemniser et le groupe bénéficiant effectivement de la mesure »[1530] ; nous y reviendrons. Cette distorsion est causée par le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'application de la doctrine cy-près. Si les spécialistes du droit de la concurrence peuvent se réjouir du financement de la recherche par ce biais original, cela démontre

[1527] No. 01-2118, 2007 WL 2007447 (D.D.C July 10, 2007).
[1528] « The Competition Law Center (CLC) promotes the effective design and implementation of competition law systems in the United States and abroad. The George Washington University Law School founded the CLC in March 2008 with a generous cy pres award from the United States District Court for the District of Columbia », [en ligne] : < http://www.gwclc.com/>.
[1529] Daniel BLYNN, « Cy-Pres Distributions : Ethics & Reform », (2012) 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435, à la p. 436.
[1530] P.-C. LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectif », *op. cit.*, note 1496, p. 222.

aussi le conflit d'intérêt qu'entraine ce mode d'attribution de la créance d'indemnisation à un tiers bénéficiaire.

Dans un pays où 11 États pratiquent l'élection des juges, laisser le juge utiliser librement le reliquat peut être vu comme un moyen de se faire réélire en finançant, comme c'est souvent le cas, les organismes juridiques ou para-juridiques[1531]. Les problèmes éthiques ainsi soulevés s'expliquent par le manque de règles aux États-Unis sur cette question[1532]. Au Québec, il existe des règles pour la distribution du reliquat. Il est intéressant d'observer comment se comportent les juges dans ce cadre juridique.

171. Cy-près et réparation sociale – Au Québec, le recouvrement collectif a ouvert la voie à une nouvelle forme d'indemnisation qui a renversé la conception traditionnelle de la réparation individuelle :

> Dans les cas qui le permettent, la distribution collective doit prendre le pas sur l'individualisation de la réparation du préjudice. D'un point de vue économique, l'abandon de la méthode de distribution individualisée au profit d'une formule de dédommagement fluide aurait pour effet d'abaisser les coûts de la procédure et ainsi d'encourager une plus grande utilisation du recours. Il accroît aussi considérablement l'objectif de dissuasion attaché au jugement. En revanche, il appelle dans l'esprit de la magistrature un profond changement conceptuel de la notion de compensation du préjudice[1533].

Dans cette citation issue de la thèse de Pierre-Claude Lafond, on perçoit une description de la réparation fluide évoquée précédemment[1534]. En effet, la doctrine cy-près est une forme de la réparation fluide. Dans les deux cas, il s'agit de mécanismes collectifs de distribution[1535]. La différence est que le cy-près porte sur le reliquat. En soi, il n'est pas une mesure de réparation des membres du groupe. Cependant, il permet l'octroi de la créance d'indemnisation à une personne autre que la victime mais dont les intérêts sont proches. C'est ainsi qu'il y a distorsion entre le groupe indemnisé et les membres du groupe. Il s'agit d'une certaine manière d'un moyen de priver les victimes de leur indemnisation. Le mécanisme est en ce sens critiquable car il ne permet pas à la victime d'une pratique anticoncurrentielle de toucher son dû, remettant ainsi en cause

[1531] D. BLYNN, *op. cit.*, note 1529, p. 438 et 440.
[1532] *Id.*, p. 437.
[1533] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 661.
[1534] *Supra*, p. 347 et s.
[1535] P.-C. LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectif », *op. cit.*, note 1496, p. 220.

l'effectivité du recours en justice. À l'inverse, on peut percevoir le cy-près comme une forme de réparation sociale[1536] puisqu'il est censé profiter au public. L'affaire américaine en droit antitrust State of West Virginia c. Chas. Pfizer & Co.[1537] en est l'illustration. Un fabriquant d'antibiotique coupable de fixation des prix avait dû verser les dommages et intérêts non réclamés par les membres du groupe à différents États américains pour financer des programmes de santé. L'aspect public et social du cy-près ne fait pas de doute dans ce cas. Mais cela ne suffit pas. Il faut que l'intérêt du groupe et du tiers bénéficiaire soient similaires. Ainsi, la décision d'octroyer à une association vouée aux enfants victimes du cancer, le reliquat issu d'une action collective suite à une grève dans les transports montréalais est une hérésie, « aucune compensation, ni directe ni indirecte, ne profite aux victimes du comportement du défendeur »[1538]. Pour cette même raison, l'octroi du reliquat au fonds d'aide aux recours collectifs est à proscrire[1539]. Les formes collectives d'indemnisation que nous avons aussi qualifiées de réparation en nature, en raison de la distorsion qu'elles créent entre le groupe indemnisé et le groupe des victimes réelles, doivent être appliquées avec rigueur quant à l'intérêt défendu par le tiers bénéficiaire. Le droit ontarien a suivi ce principe en consacrant à l'article 26(4) de la Loi de 1992[1540] la règle suivante :

> « Le tribunal peut ordonner que la totalité ou une partie du montant adjugé aux termes de l'article 24 qui n'a pas été répartie dans le délai qu'il a fixé soit affectée d'une façon dont il est raisonnable de s'attendre qu'elle profite aux membres du groupe, même si l'ordonnance ne prévoit pas de mesures de redressement pécuniaire pour ceux-ci pris individuellement, si le tribunal est convaincu qu'un nombre raisonnable de membres du groupe qui ne recevraient pas autrement de mesures de redressement pécuniaire bénéficierait de cette ordonnance »[1541].

Il faut que les juges québécois, s'ils souhaitent conserver l'esprit réparateur du recours collectif, et au final l'attractivité de ce recours, appliquent le critère de la mesure réparatrice touchant un nombre suffisant et significatif de membres du groupe de victimes[1542]. In fine, ce critère a peut-être bien emporté la conviction de la Cour

---

[1536] Yves Lauzon parle de conception sociale de la réparation, v. Y. LAUZON, *op. cit.*, note 1507, p. 310.
[1537] 314 F. Supp. 710 (S.D.N.Y. 1970).
[1538] P.-C. LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectif », *op. cit.*, note 1496, pp. 225-226.
[1539] *Id*.
[1540] *Op. cit.*, note 272.
[1541] Nous soulignons.
[1542] P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, *op. cit.*, note 299, p. 662. Les juges ne doivent pas s'écarter de l'objectif social de la réparation en droit de la concurrence. Il consiste à priver le défendeur de ses gains illégaux pour rétablir l'équilibre entre les victimes et les défendeurs, v. P.-C. LAFOND, « L'exécution des jugements en matière de recours collectifs », *op. cit.*, note 1496, p. 229.

suprême canadienne sur la question de savoir si la doctrine de l'aussi-près servait l'accès à la justice.

172. Accès à la justice et doctrine de l'aussi-près : le point de vue de la Cour suprême – Le plus haut tribunal du Canada a eu l'occasion, dans sa trilogie sur les acheteurs indirects, de se prononcer sur la doctrine cy-près, traduite dans la version française par l'expression « aussi-près ». En effet, l'aussi-près a été étudié par la Cour suprême car les intimés faisaient valoir que l'action des acheteurs indirects suite à un complot sur la fixation des prix débouchait presque toujours sur une réparation selon le principe de l'aussi-près. Se faisant, les victimes acheteurs indirects ne percevaient rien de leur indemnité. L'objectif d'accès à la justice n'étant pas atteint, il devenait sans objet d'accorder un droit d'action aux acheteurs indirects suite à un complot sur la fixation des prix. C'est dans la décision Sun-Rype que se trouve l'argumentaire de la Cour. Elle commence par rappeler que l'article 31(1) du Class proceeding Act[1543] de Colombie-Britannique prévoit l'application de la réparation selon le principe de l'aussi-près. L'article énonce :

> « Le tribunal peut ordonner que la totalité ou une partie du montant adjugé en vertu de la présente section qui n'a pas été répartie dans le délai qu'il a fixé soit affectée d'une façon dont il est raisonnable de s'attendre qu'elle profite aux membres du groupe ou du sous-groupe même si l'ordonnance ne prévoit pas de mesures de redressement pécuniaire pour les membres du groupe ou du sous-groupe »[1544].

On voit que le principe déjà présent en droit ontarien d'une attribution raisonnable et profitable aux membres du groupe d'une manière autre que par un redressement pécuniaire est aussi présent en Colombie-Britannique. Selon la Cour suprême, cela appuie l'application de l'aussi-près dans une action privée. Surtout, la présence d'une disposition légale atteste de ce qu'il ne nuit pas à l'accès à la justice. Cependant, l'accès à la justice est une chose, l'effectivité de la réparation en est une autre. L'absence de la seconde compromet, selon nous, largement la première. Or la Cour ne s'y est pas trompée. Cependant, par une pirouette révélatrice de la conception du recours privé par la Cour en droit de la concurrence, elle affirme :

> « Par conséquent, même si le versement suivant le principe de l'aussi-près de l'indemnité accordée par suite d'un règlement ne sert pas l'objectif d'indemnisation, on ne saurait dire

[1543] RSBC 1996, c 50.
[1544] Nous soulignons.

qu'il desserve l'objectif de dissuasion »[1545].

Ce point de vue est confirmé dans la dissidence :

> « Les versements suivant le principe de l'aussi-près favorisent la modification des comportements et l'accès à la justice dans les cas où ces objectifs pourraient par ailleurs se révéler difficiles à atteindre »[1546].

La Cour reconnaît que l'indemnisation directe des victimes n'est pas atteinte par la doctrine de l'aussi-près. Cependant, elle prête à l'action privée une fonction à la fois dissuasive et réparatrice comme c'est communément le cas pour toute action en responsabilité civile. Ces deux fonctions serviraient l'accès à la justice. Même en l'absence d'une de ces fonctions de l'action privée, en l'occurrence la réparation, l'autre rachèterait l'opportunité du recours. Ainsi, l'action des acheteurs indirects ne saurait être rejetée parce qu'elle laisserait la place à une réparation selon la doctrine de l'aussi-près. La doctrine de l'aussi-près remplirait un rôle dissuasif qui favorise l'accès la justice. Ce but suffit à légitimer l'action des acheteurs indirects.

Nous n'adhérons pas entièrement à cette réflexion. S'il est vrai que l'action privée pousuit un double objectif de réparation et de dissuasion, il est en revanche difficile de soutenir que la dissuasion est le moteur de l'action de la victime. L'effectivité de l'action privée dépend largement du retour sur investissement de la victime. Les coûts d'un recours collectif sont tels qu'il serait illusoire de penser que les victimes poursuivent les cartellistes simplement pour dissuader les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. À regarder l'embarras du législateur français face au fardeau qu'il impose à l'association de consommateurs dans son action de groupe et la persistance des juges québécois à octroyer le reliquat au fonds d'aide au recours collectif, il est permis de douter du désintéressement financier des victimes qui agissent par la voie du recours collectif. Elles attendent légitimement leur dû. Pour cette raison, ces formes collectives de réparation en nature qui bénéficient à des tiers intéressés sont de nature à compromettre la réalisation de l'action privée. Encore une fois, le droit à l'action privée est ineffectif si le droit de l'action privée ne traduit pas la réalisation concrète du droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles en justice : l'exécution des jugements et l'accès à la justice sont les deux faces d'une même médaille.

[1545] *Sun-Rype*, *op. cit.*, note 58, au par. 27.
[1546] *Id.*, au par. 108.

Conclusion du Chapitre II

Les victimes de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas les seules à bénéficier de leur action. Il y a deux types de bénéficiaires, ceux que la loi désigne comme bénéficiaires, c'est-à-dire la ou les victime(s), celle(s) ayant un intérêt à agir, et les avocats qui, à côté des frais de procédure, sont les seconds à bénéficier de l'action par la rémunération de leurs efforts. On touche ici au cœur de toute action en justice, à savoir le financement de l'action, notamment, le fait de devoir payer les frais de la partie adverse est un frein dans une action privée concurrentielle, qu'elle soit collective ou individuelle, en raison de la particulière difficulté de cette action et de son coût. L'option consistant à ouvrir les phases préliminaires de l'action à la victime en lui donnant la chance de faire ses preuves sans risquer de payer les frais de l'adverse, semble une option à suivre. Au Canada, dans les recours collectifs, cette phase pourrait être la phase de certification du groupe. En France, en l'absence de phase de certification, l'option européenne d'une ordonnance statuant sur le paiement des frais avant le procès pourrait être envisagée. Reste à déterminer selon quelles conditions. De plus, il faut éviter que cette phase préliminaire ne se transforme en une phase d'autorisation du recours collectif en statuant de manière déguisée sur le mérite de l'action. En effet, il serait tentant de considérer que les demandeurs à l'action de groupe pourraient être exonérés de payer les frais de l'adversaire si leur action est présumée fondée.

Les autres bénéficiaires sont des bénéficiaires *ad hoc*, c'est-à-dire qu'ils sont bénéficiaires à défaut de pouvoir verser la somme à la victime. Les raisons qui motivent ce choix sont les suivantes. Les victimes ne peuvent concrètement bénéficier de leur dû car elles ne peuvent être contactées à moindre coût, dans ce cas il est préférable de verser l'indemnisation à un tiers intéressé. On peut parler de distribution collective ou de réparation sociale. Par défaut, ce tiers peut être un fonds d'aide aux recours collectifs, comme au Québec et en Ontario, ou un tiers intéressé dont l'intérêt doit être examiné selon le critère de la mesure réparatrice touchant un nombre suffisant et significatif de membres du groupe de victimes. L'objectif est de maintenir l'accès à la justice par le recours collectifs en matière de concurrence. En effet, si ce critère n'est pas respecté, dans des systèmes juridiques comme le Canada ou la France, où le gain

espéré par les avocats ne peut suffire à introduire un recours collectif, les victimes de pratiques anticoncurrentielles risquent de se détourner de l'action privée. De plus, pour parfaire l'effectivité du recours privé concurrentiel, il faut également veiller à ce que certaines entités ne fassent pas concurrence aux victimes dans la perception des gains de l'action. L'option française, envisagée un temps, de verser ces gains à l'État, ou la solution jurisprudentielle de l'attribuer au fonds d'aide au recours collectif au Québec, sont de nature à concurrencer illégitimement les victimes dans la perception des sommes obtenues. En définitive, une telle concurrence nuit à la réalisation de l'action privée, c'est-à-dire à la matérialisation du droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Quel que soit le bénéficiaire du gain, la victime ou un tiers, le juge doit être guidé par la profitabilité du gain au groupe des victimes[1547]. Pour cela, il devra s'assurer que la distorsion entre le groupe des victimes et le groupe indemnisé est réduite à un minimum raisonnable.

[1547] La remarque vaut pour les actions privées collectives, c'est-à-dire celles qui prennent la forme d'un recours collectif ou d'une action de groupe. Pour les actions individuelles, le bouleversement de la réparation n'est pas présent. Ce bouleversement s'explique de nos jours par le phénomène collectivisation de l'action en justice. Certains auteurs, comme Pierre-Claude Lafond, soutiennent que ce passage d'une justice individuelle à une justice collective influence nécessairement le droit substantiel de la réparation. Or force est de constater que l'action privée concurrentielle dans sa forme collective en témoigne. Il est alors compréhensif que ces bouleversements ne se retrouvent pas dans l'action individuelle d'une victime de pratiques anticoncurrentielles. Cette dernière trouvera plus certainement des réformes qui lui seront favorables dans les développements sur le droit à l'action privée. Pour elle, la question de l'introduction de l'instance et la preuve de la faute et de son préjudice, notamment par l'accès au dossier des autorités de concurrence et par la présomption de faute en cas de condamnation publique. Ce sont les éléments clés pour l'effectivité de son action. Le risque de dispersion de la réparation lors de l'exécution du jugement est inexistant. En effet, sauf à considérer les frais du procès et les honoraires d'avocat, nulle concurrence ne lui est faite lors de la clôture de l'action.

Conclusion du Titre II

La réalisation de l'action privée passe par la juste indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. À cette fin, deux étapes fondamentales assurent l'effectivité de l'action privée jusqu'à sa clôture. Il faut d'abord liquider la créance d'indemnisation. Or, à cette étape, les auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne sont pas nécessairement les payeurs. Ensuite, il faut que la somme liquidée revienne à la victime. Si dans une action individuelle, hormis les frais de procédure et les honoraires d'avocat, la victime ne connaît pas de risque de dispersion de la somme obtenue. Il n'en va pas de même pour les actions privées prenant une forme collective. La réalisation de l'action privée dépend largement de la liquidation de la créance d'indemnisation par la restitution à la victime du gain illicite perçu par les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit d'une condition de la juste indemnisation des victimes. Peu importe que cette privation prenne la forme d'une réparation fluide ou en nature, il est important, du point de vue de l'auteur de l'acte contraire au droit de la concurrence, qu'il soit privé de son gain mal acquis afin que l'action privée assure aux côtés des autorités de concurrence, la dissuasion et une réparation sociale du dommage concurrentiel. Le Canada et la France ont encore beaucoup de chemin à parcourir pour en arriver à ce résultat. Mais l'existence de ce procédé en matière de propriété intellectuelle et de droits d'auteur dans ces deux pays témoigne de la possibilité de l'option à terme.

Sur la question de la liquidation de la créance d'indemnisation des acheteurs indirects et des acheteurs directs, l'enseignement à tirer des solutions françaises et canadiennes est que les deux catégories de victimes ne peuvent bénéficier de la même somme. Il y a en quelque sorte *unicité de la réparation*. Le préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle, comme une entente sur la fixation des prix, est unique ; il n'y a pas un préjudice pour chaque catégorie d'acheteurs. Si les acheteurs directs ont répercuté leur préjudice alors ils se sont auto-indemnisés. Seuls les acheteurs indirects ont subi le préjudice. La seule hypothèse valable pour les acheteurs directs est celle où la répercussion des coûts a entrainé une perte de clientèle. Dans ce cas, il y a bien un chef de préjudice distinct. Enfin, si les acheteurs directs ont internalisé leur perte, alors les acheteurs indirects n'ont pas subi de préjudice. Il faut alors que les juges français et

canadiens trouvent un juste compromis entre l'accès des acheteurs indirects à la justice et la nécessité d'assurer une distribution sereine de l'indemnisation au moment de la liquidation dans des actions collectives d'acheteurs directs et d'acheteurs indirects.

La seconde étape pour parvenir à la réalisation de l'action privée par une indemnisation juste est de s'assurer que l'indemnité revient au bon bénéficiaire. Pour obtenir le paiement de l'indemnité, l'obligation solidaire ou *in solidum* est une solution intéressante en droit civil, à condition de veiller à ne pas compromettre le programme de clémence. Cependant, le rachat de créances doit être vu comme suspect. Il peut cacher une forme de représentation des victimes à des fins purement mercantilistes. Il nous semble que l'objectif d'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles ne doit pas ouvrir la porte à des dérives spéculatives, notamment en Europe, en l'absence de recours collectifs dans l'ensemble des pays de l'UE. Au Canada, il faut craindre le risque de perte d'indépendance de la justice face à l'augmentation des tiers bailleurs de fonds pour les actions en justice.

La réalisation de l'action privée passe indubitablement par l'octroi de la créance d'indemnisation à son destinataire naturel : la victime de pratiques anticoncurrentielles. Toute allocation sauvage et déraisonnée peut nuire *in fine* à l'accès à la justice. Le critère de la mesure réparatrice touchant un nombre suffisant et significatif de membres du groupe de victime est indispensable pour assurer l'effectivité de l'action privée collective. Il faut ainsi éviter la dispersion de la créance d'indemnisation vers des tiers illégitimes comme l'État ou les fonds de soutien au recours collectif, dans les cas où ces fonds bénéficient déjà d'un financement encadré par la loi.

Conclusion de la seconde partie

Le droit à l'action privée doit se manifester dans le droit de l'action privée, c'est-à-dire lors du traitement de l'action par le processus judiciaire. La mise en œuvre des droits devant le juge est tout aussi primordiale pour l'accès à la justice que l'accès au juge. Il s'agit d'un tout indissociable. L'action privée concurrentielle ne fait pas exception. L'accès à la justice dans le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles dépend, au-delà du droit à l'action, d'une réorientation de la responsabilité civile vers les actions privées et de la juste indemnisation de ces victimes. Il s'agit de deux conditions cumulatives pour réaliser le droit à l'action privée.

Certains principes doivent être dégagés pour tendre à la réorientation des conditions d'engagement de la responsabilité civile extracontractuelle dans un sens favorable aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Avant tout, il faut reconnaître qu'une pratique anticoncurrentielle est une faute lucrative au sens du droit civil. Il s'agit du point d'ancrage de nombreuses réflexions en ce qui concerne le droit de l'action privée. Reconnaître que la faute concurrentielle est une faute lucrative, c'est admettre la recherche d'un profit illicite ou mal acquis chez le ou les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. De là, la solution de la restitution des gains illicites n'est plus surprenante. Les dommages et intérêts restitutoires sont une peine privée qui s'adapte parfaitement aux besoins des recours privés en droit de la concurrence pour permettre la restitution de ces gains à la victime. Le fondement de cette indemnisation originale se trouve dans la volonté des auteurs de pratiques anticoncurrentielles de ne pas jouer le jeu normal de la concurrence afin de réaliser des économies ou des bénéfices. Il est normal de priver l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle de ce gain mal acquis afin de dénoncer les comportements calculateurs au détriment des consommateurs et des entreprises. L'amende publique ne permet pas d'atteindre cet objectif. En effet, son calcul ne se base pas sur le bénéfice illégal, seule l'action privée peut atteindre cet objectif.

Cependant, le cas échéant, le juge pourra tenir compte de l'amende publique pour évaluer le juste montant des dommages et intérêts restitutoires. Pour ces raisons, les dommages et intérêts restitutoires sont plus pertinents que les dommages et intérêts punitifs. En effet, les dommages et intérêts punitifs ne font que rajouter une peine sur la

peine, en présence d'une sanction prononcée par les autorités de concurrence. Si en l'absence de cette réprobation publique vis-à-vis de la faute, la peine privée de dommages et intérêts punitifs trouve un sens, elle ne garantit pas la récupération du gain illicite. Or les dommages et intérêts restitutoires peuvent être à la fois confiscatoires et punitifs, ce que ne sont pas nécessairement les dommages et intérêts punitifs. Si les dommages et intérêts punitifs peuvent permettre en partie la confiscation des gains illicites, il demeure que ce n'est pas leur vocation. On peut alors présumer que l'objectif de restitution du gain mal acquis aux victimes ne sera pas accompli entièrement.

Enfin, tout comme les dommages et intérêts punitifs, les dommages et intérêts restitutoires doivent être une institution distincte des dommages et intérêts compensatoires. L'avantage des dommages et intérêts restitutoires est également qu'ils permettent de se fonder sur la faute lucrative et non plus sur le préjudice. La faute lucrative suppose une faute civile, qui n'est pas exactement celle correspondant à la définition de l'infraction d'entente ou d'abus de position dominante, et la recherche d'un profit en contournant les règles du jeu normal de la concurrence. On peut alors imaginer que les victimes de pratiques anticoncurrentielles n'auraient plus besoin de prouver leur préjudice.

Sur la question du préjudice, il peut être intéressant, dans le cadre des dommages et intérêts compensatoires, de faciliter la preuve de celui-ci en l'inférant de la faute. La distinction entre le préjudice concurrentiel de consommation et le préjudice concurrentiel d'affaire nous permet d'apporter une réponse adaptée à chaque préjudice. La volatilité du préjudice concurrentiel de consommation dû à son aspect collectif – qui se traduit par la collectivisation de l'action privée dans le droit processuel – appelle une solution simple à savoir que ce type de préjudice s'infère de la faute. Pour ce faire, les juges pourraient alors procéder à une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires. Le préjudice concurrentiel d'affaire n'appelle pas de traitement particulier ne serait-ce que parce qu'il se prête plus à une réponse individualisée sous la forme d'injonction de faire ou de ne pas faire de la part des tribunaux. La réponse doit être rapide pour prévenir l'aggravation du préjudice concurrentiel d'affaire ou sa survenance.

Pour réaliser le droit de l'action privée, il faut que le processus d'indemnisation soit juste et équitable. Il faut tout à la fois identifier les créanciers et les débiteurs de

l'indemnisation prononcée par le juge. Nous pouvons dans ce cadre tirer plusieurs leçons. D'abord, le juge doit rechercher la profitabilité de l'indemnisation aux victimes de pratiques anticoncurrentielles. Les difficultés se présentent avec acuité dans le cadre des actions collectives. Pour ce qui est des actions individuelles, l'aspect traditionnel de ces actions évite la dispersion de l'indemnisation. Dans le cadre des actions collectives, le critère de la mesure réparatrice touchant un nombre suffisant et significatif de membres du groupe est celui à suivre. Le juge permet ainsi que les victimes de pratiques anticoncurrentielles s'assurent de récupérer le gain illicite. Cette mesure, ajoutée à l'inassurabilité des dommages et intérêts restitutoires et, en cas de faute commune, à un encadrement de l'obligation solidaire à la dette, permet selon nous une effectivité bilatérale de l'action privée, tant du point de vue des victimes, que de celui des auteurs.

Enfin, une évolution majeure de la responsabilité civile dans le contentieux indemnitaire collectif des pratiques anticoncurrentielles est celle de réparation sociale. Elle résulte du recouvrement collectif du préjudice subi par les victimes. Au-delà du constat que ce recouvrement collectif appelle une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires, sa distribution implique la recherche d'un intérêt proche de celui des victimes selon la doctrine *cy-près*. Dès lors, il apparaît une réparation sociale du préjudice concurrentiel de consommation. Son aspect diffus, minime à l'échelle individuelle et volatile, rend coûteuse et difficile une distribution individuelle. De fait, il s'impose de procéder à une distribution collective qu'il est tentant de voir comme une forme de réparation sociale des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cependant, la seule réparation sociale qui devrait être en droit des pratiques anticoncurrentielles est celle jouée par les sanctions des autorités de concurrence, seules habilitées à représenter l'ordre public concurrentiel, réceptacle de l'intérêt général en droit de la concurrence. Ainsi, il pourrait y avoir à terme un empiétement du *private enforcement* sur la compétence historique du *public enforcement* pour la condamnation des pratiques anticoncurrentielles avec le développement des formes collectives de réparation du préjudice concurrentiel de consommation.

Conclusion générale : Quelle place pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles dans la régulation de la concurrence ?

173. Une effectivité possible de l'action privée concurrentielle – L'effectivité de l'action privée concurrentielle peut être un instrument puissant entre les mains des entreprises et des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles[1548]. Risque de faillite, perte d'emplois subséquente, augmentation des prix, baisse de l'innovation sont autant de craintes éveillées par l'action privée. Cependant, alors que vient le moment de clore cette étude, le constat est celui d'une ineffectivité persistante de l'action privée en Europe, si le droit demeure en l'état[1549]. Quant aux craintes exprimées au Canada, malgré l'existence du recours collectif, des dommages et intérêts punitifs, d'une divulgation large de la preuve, d'un droit d'action privé consacré par la législation sur la concurrence, le constat n'est pas celui d'une ineffectivité de l'action privée, encore moins d'une nuisance de celle-ci à l'économie canadienne.

Bien au contraire, les solutions à l'ineffectivité de l'action privée existent. La comparaison avec le droit canadien a permis au droit civil français de ressortir « grandi » de cette étude. Contrairement aux idées reçues sur la rigidité du droit civil, il est capable d'une adaptation significative pour faciliter les actions indemnitaires de victimes de pratiques anticoncurrentielles. Un changement de mentalité est en cours[1550], notamment avec l'adoption récente de l'action de groupe en France[1551]. Elle devra se poursuivre dans les prochaines années. Ce changement peut suivre sans crainte les enseignements de l'expérience canadienne. Nous avons démontré que le Canada était un

[1548] L'annexe 3 de la présente etude récapitule les mesures que nous préconisons pour améliorer l'effectivité de l'action privée.
[1549] Cyril NOURISSAT, « Action de groupe : une vraie conquête démocratique », *Procédures*, n° 10, octobre 2013, Repère 9.
[1550] En 2012, certaines propositions démontraient ce changement, notamment, on proposait que l'action privée soit traitée comme l'action en concurrence déloyale en France pour faciliter ses conditions d'engagement, v. Georges DECOCQ, « Le réveil du « *private enforcement* » ? », CCC, n° 6, Juin 2012, Repère 6.
[1551] Georges DECOCQ, « Le développement du *Private enforcement* ? », CCC, n° 8, Août 2013, Repère 8. Un même mouvement vers une action collective est constaté au Royaume-Uni, v. David BOSCO, « *Private enforcement* : nouvelle impulsion au Royaume-Uni », CCC, n° 4, Avril 2013, comm. 86.

modèle favorable à la comparaison avec la France. Les deux pays ont une régulation de la concurrence principalement d'origine étatique. Cependant, il est possible dans ces deux pays d'agir par le biais de la responsabilité civile pour obtenir la réparation du préjudice concurrentiel des victimes d'une violation du droit antitrust. Le sentiment des français sur le droit canadien s'est avéré exact : il s'agit d'un droit mesuré, favorable à la comparaison.

174. La conciliation du *private enforcement* avec le *public enforcement* – Au plan des principes, cette étude a permis de démontrer que les victimes de pratiques anticoncurrentielles pouvaient avoir une place aux cotés des autorités de concurrence. Les deux actions sont conciliables. Cette conciliation s'explique par le fait que les autorités de concurrence, peu importe leur forme, juges ou autorités administratives, ne peuvent pas indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles. En revanche, les victimes de pratiques anticoncurrentielles servent de moyen de détection de ces pratiques par les plaintes qu'elles déposent et permettent aux autorités de concurrence de mettre fin à des perturbations du marché par le biais du référé ou de l'injonction. Le *public enforcement* et le *private enforcement* ne s'ignorent donc pas. Or le droit d'accès au juge, le droit à l'action privée, est un droit fondamental d'accéder à la justice pour obtenir la réparation du préjudice concurrentiel. Ne pas reconnaître ce droit serait inéquitable car, non seulement, le préjudice resterait sans réparation, mais aussi, l'entreprise contrevenante conserverait son gain illicite.

Dès lors, nous avons dessiné les contours de la place de l'action privée dans la régulation de la concurrence au travers de la comparaison des droits français et canadien. L'action privée est une action en réparation qui doit pouvoir être une action en confiscation du produit d'une pratique anticoncurrentielle. De cette manière, le droit de l'action privée joue un rôle normatif. La privation de la faute lucrative doit désormais animer l'action privée en France et au Canada. La consécration des recours collectifs dans les deux pays fut un signal procédural favorable à l'action privée. Mais l'effectivité de l'action privée ne peut être acquise que par la réalisation d'un droit substantiel de l'action privée à vocation punitive. La consécration des dommages et intérêts punitifs en droit civil québécois, les projets de réformes français axés sur la faute lucrative et l'existence d'une action confiscatoire en droit de la propriété intellectuelle et en droit

d'auteur en France et au Canada attestent d'une maturité du droit économique pour ce type de sanction privée.

Cet aboutissement de l'action privée ne peut se faire que si les règles procédurales spéciales au droit de la concurrence prennent en compte la procédure civile[1552]. La connexité des procédures s'est avérée être un réel coup porté à l'action privée. Toutefois, une consécration de l'action privée nécessite aussi de tenir compte de l'impact processuel d'une telle réforme sur le *public enforcement*. La voie de la conciliation est la seule raisonnable. Or nous avons pu constater qu'elle est réalisable, à condition que les victimes de pratiques anticoncurrentielles puissent prendre appui sur les travaux des autorités de concurrence. Il faut alors accepter de voir la victime de pratiques anticoncurrentielles jouer un rôle de régulateur de la concurrence. Même si nous pensons que la régulation de la concurrence par la victime reste indirecte, car ce n'est pas tant le maintien de la concurrence que cherche la victime mais la préservation de ses droits subjectifs, l'acceptation de ce rôle de régulateur indirect de la concurrence attribué aux victimes de pratiques anticoncurrentielles bouleverse l'ordre concurrentiel établi. Il n'y a pas de concurrence des actions mais une complémentarité nécessaire de ces actions. Il est fondamentalement injuste de priver la victime d'un préjudice concurrentiel d'une réparation parce que cette réparation remet en cause la compétence d'une autorité étatique. L'exemple français de l'action civile dans la procédure pénale démontre que cette complémentarité est possible. Cependant, la solution consistant à faire de l'action privée une action seulement subséquente ne doit pas être interprétée comme une volonté du législateur, notamment dans l'action de groupe française, de faire de l'action de la victime un accessoire de l'action publique. Ce prolongement du principe français selon lequel le pénal tient le civil en état est la consécration de cette nécessité de faire primer l'intérêt général sur les intérêts privés. Si conciliation il doit y avoir, elle ne peut se faire qu'en ordonnant les procédures par ordre de priorité. Il n'est alors pas choquant que la défense des intérêts privés et égoïstes passe après la protection de l'intérêt général. D'une certaine manière le concurrentiel tient le civil en l'état.

[1552] Catherine PRIETO et David BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1419 et s.

175. Le risque de confusion quant au rôle de régulateur[1553] – Il s'agit là d'une différence culturelle importante entre la France et le Canada. Au Canada, au risque de compromettre l'action publique, l'action en réparation n'est pas stoppée par l'introduction d'une procédure criminelle. Même, nous avons vu que cette procédure ravivait le délai de prescription de l'action privée. Or il y a un risque pour l'organisation de la régulation de la concurrence au Canada dans le fait de laisser les deux modes de régulation de la concurrence (privé et public) évoluer en s'ignorant. Cette forme d'égoïsme procédural, où chaque procédure ne vise que son intérêt propre, perturbe le signal de dissuasion envoyé aux entreprises. Qui de l'État ou des personnes privées assurent réellement la sanction des pratiques anticoncurrentielles au Canada ? Cette corégulation désorganisée de la concurrence amène par exemple le Bureau de la concurrence à affirmer qu'il s'opposera devant les tribunaux à une demande d'accès à son dossier d'enquête. Cette volonté de ne pas arbitrer entre la régulation étatique et la régulation privée se manifeste à l'article 36 L.c. quand le texte considère la condamnation d'une pratique anticoncurrentielle par un tribunal comme une simple preuve *prima facie* de la faute. Cette perturbation dans l'ordre concurrentiel canadien nuit à l'effectivité de son action privée et compromet les programmes d'immunité et de clémence du Bureau de de la concurrence. De plus, l'accès privé au Tribunal de la concurrence n'est pas possible pour l'abus de position dominante. Cette compétence exclusive des autorités canadiennes sur les pratiques monopolistiques laisse une grande partie des victimes sans recours effectif. Le tout donne l'impression d'une reconnaissance partielle de l'action privée par crainte de ses excès.

176. La portée punitive de l'action privée concurrentielle – Un autre révélateur de la confusion entre le rôle du *public enforcement* et le *private enforcement* se manifeste dans la notion de peine privée. Les dommages et intérêts punitifs, qu'ils soient restitutoires ou non, donnent à l'action privée une fonction normative proche de celle de l'autorité de régulation étatique. La proposition française consistant à octroyer une partie des dommages et intérêts punitifs au Trésor public est un exemple de cette confusion entre la vocation punitive de l'action privée, et celle de l'autorité de régulation. De plus, elle donnerait à l'action en réparation une fonction d'intérêt public.

[1553] En effet, certains auteurs s'interrogent sur le point de savoir si l'action de groupe n'est pas en France un moyen de régulation privé des comportements, v. Jean-Pierre GRANDJEAN, « Action de groupe : petit pas ou pas de géant ? », JCP G, n° 40, 30 septembre 2013, 1007.

Sinon, comment justifier cette concurrence de l'État sur la créance d'indemnisation ? Pourtant, cette confusion, qui s'opère cette fois non plus au niveau procédural mais au niveau du droit substantiel, est à relativiser. En effet, la sous-évaluation du préjudice concurrentiel, la forme collective de l'action privée, la nature diffuse et minime du préjudice concurrentiel de consommation semblent aller dans le sens d'un rôle punitif de l'action privée même si des dommages et intérêts compensatoires sont demandés. En effet, le recours collectif et l'action de groupe sont des procédures qui nécessitent de s'émanciper de la règle de la réparation intégrale. La complexité du préjudice concurrentiel alliée à la multitude des demandeurs rend l'évaluation du préjudice plus aléatoire que dans une action individuelle. Il en résulte un risque de surévaluation du préjudice – auquel nous ne croyons pas – et se faisant un risque de sanction privée en lieu et place de la réparation. L'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts compensatoires apparaît comme la solution la moins hypocrite à la question de l'évaluation des dommages et intérêts compensatoires suite à une pratique anticoncurrentielle sans pour autant reconnaître à l'action privée une vocation punitive.

Cependant, dans une démarche prospective, cette vocation punitive de l'action privée présente plusieurs avantages. En effet, les victimes de pratiques anticoncurrentielles pourraient obtenir la sanction de pratiques anticoncurrentielles non poursuivies par les autorités de concurrence. La peine privée pourrait être ajustée à la condamnation publique quand elle a eu lieu, soit pour limiter un risque de faillite, soit pour priver l'entreprise contrevenante du produit de la pratique anticoncurrentielle, soit pour obtenir un niveau optimum de dissuasion[1554]. Enfin, la peine privée est la promesse d'une récompense plus certaine des efforts entrepris par la victime que les seuls dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts punitifs sont versés en fonction de la faute. Ainsi, les victimes n'ont pas à prouver leur préjudice.

Cette fonction punitive de l'action privée peut cohabiter avec l'action publique à condition que l'évaluation de la peine privée prenne en compte la condamnation publique. Le droit civil québécois a permis de constater que les dommages et intérêts punitifs peuvent être mesurés en fonction de la situation patrimoniale du fautif et de

[1554] Afin de limiter le coût global de la sanction pour la société en plus du coût des pratiques en elle-même, une conciliation des différentes formes de sanctions doit être envisagée, v. Frederic JENNY, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », JCP E, n° 12, 21 mars 2013, 1169.

l'existence d'une condamnation pénale préalable. La Cour suprême du Canada a elle-même reconnu le rôle de l'action privée en l'absence de sanction publique. En effet, si les autorités étatiques de concurrence ne peuvent sanctionner et réparer le préjudice, les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent réparer et sanctionner la pratique en l'absence d'une condamnation publique à raison de la gravité pour l'économie des pratiques anticoncurrentielles. Pour cette raison, la Cour suprême conclut que lorsqu'une pratique n'a pas été poursuivie par le Bureau de la concurrence, l'autorisation d'un recours collectif permet d'assurer la dissuasion et la modification des comportements[1555]. Autrement dit, le recours privé canadien assure accessoirement la régulation de la concurrence.

En France, la consécration de l'action de groupe dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles amorce un changement important dans la tradition française de la régulation de la concurrence[1556]. Selon nous, si l'Autorité de la concurrence n'a pas à craindre d'être remplacée par les associations de consommateurs, dans la mesure où l'action de groupe ne peut se fonder que sur une décision préalable d'une juridiction ou d'une autorité de concurrence française ou européenne, l'action de groupe risque de perturber l'action de l'Autorité de la concurrence. En effet, cette présomption irréfragable empêche les conflits de procédure. Cependant, elle garantit à l'entreprise contrevenante d'être prise dans une action privée dans une forme collective si elle participe au programme de clémence[1557]. Rien n'est dit dans les textes sur une éventuelle clémence privée alors que la *Proposition de directive sur l'action privée* cherche à ménager les participants au programme de clémence. Le droit français devra donc à terme se mettre en conformité avec le droit européen. En attendant, dans le silence des textes, les participants au programme de clémence n'ont aucune raison d'être protégés. S'il n'y a pas de perturbation directe du *public enforcement* en raison de l'action de groupe, elle fait peser indirectement une menace sur la protection que l'Autorité de la concurrence peut accorder aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles. De plus, incidemment, les procédures menées par la Commission européenne seront aussi susceptibles de déboucher sur des actions de groupe en France. C'est alors l'action

[1555] *Pro-Sys*, *op. cit.*, note 58, au par. 141.
[1556] Daniel MANGUY et Malo DEPINCÉ, « Pour l'action de groupe en droit français », JCP E, n° 20, 16 mai 2013, act. 355.
[1557] Par ex., v. Mélanie COMBERT et Sara NASSER EI DINE-PONAR, « Des nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », CCC n° 3, Mars 2013, étude 4.

de la Commission qui se trouve perturbée. Les propositions de cette dernière pour éviter une condamnation trop lourde du bénéficiaire d'une immunité d'amende sont la voie à suivre pour que la conciliation entre le *private enforcement* français et le *public enforcement* interne et communautaire puisse se réaliser.

177. La fonction sociale de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles – Enfin, le bouleversement majeur de la prochaine décennie, tant au Canada qu'en France, sera, pensons-nous, le rôle de premier plan joué par le droit des pratiques anticoncurrentielles dans la protection des opérateurs économiques. Cette fonction sociale du droit de la concurrence est nouvelle. L'action privée sera la traduction procédurale de cet objectif social. La collectivisation du recours privé vient concurrencer la défense du marché et de l'intérêt général par les autorités de concurrence. En effet, les recours privés collectifs permettent la défense d'un intérêt collectif, à la fois somme d'intérêts individuels et parcelle de l'intérêt général. L'émergence de ce contrepouvoir économique, capable d'infliger une sanction privée aux entreprises, questionne le rôle que joueront les autorités de concurrence canadiennes et françaises à l'avenir[1558]. Au Canada, malgré les efforts entrepris par les autorités fédérales dans la lutte contre les cartels, le *public enforcement* demeure fragile. Il est alors positif que les victimes de pratiques anticoncurrentielles puissent, le cas échéant, agir contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Mais en Europe, où le *public enforcement* est efficace avec un double niveau d'application, interne et communautaire, cette troisième force régulatrice pourrait perturber à terme l'ordre établi. *In fine*, seule une interaction intelligente des procédures privées et publiques permettra une cohabitation des actions privées et des actions des autorités de concurrence. Cependant, la fonction sociale de l'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles ne pourra être affirmée en droit civil que si le droit substantiel prend acte des réformes processuelles. La situation des acheteurs indirects, maintenant tranchée au Canada, sera révélatrice en France de ce bouleversement. Il n'est pas sûr que l'effectivité de l'action groupe d'acheteurs indirects ne soit pas remise en cause par la jurisprudence de la Cour de cassation qui exige, rappelons-le, de prouver le transfert de la perte. En somme, il faut permettre aux victimes, en assouplissant certaines règles de la responsabilité civile,

[1558] En effet, l'efficacité du droit de la concurrence est incontestablement renforcée par le recours collectif. La France ne fera pas exception à cet impact de l'action privée collective sur son droit de la concurrence, v. Véronique SÉLINSKY, « L'action de groupe pour obtenir indemnisation des pratiques anticoncurrentielles bientôt adoptée en France », RLC 2013/35, p. 36.

de mener l’action privée jusqu’à son terme. Il s’agit d’une question d’accès à la justice et d’effectivité du droit de la concurrence.

Bibliographie

1. TABLE DE LA LÉGISLATION

1.1 Textes constitutionnels et supra-législatifs

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chapitre C-12.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, C364/1, JOUE 18.12.2000.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

Loi constitutionnelle de 1982 (R-U), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE n° C 83/49 du 30.3.2010.

1.2 Textes canadiens

L'Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, S.C 1892 c. 29.

Loi encourageant la concurrence, prévoyant la réglementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques, Projet de loi C-256, 3e sess., 28e Parl.

Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois, Projet de loi C-42, 1ère sess., 30e parl.

Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel, Projet de loi C-2, 1ère sess., 30e Parl.

Loi modifiant la loi sur la concurrence et la loi sur le tribunal de la concurrence, Projet de loi C-23 adopté le 4 juin 2002, 1ère sess., 37e parl.

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 31.1(4) [adoptée en 1974-75-76, c. 76, s. 12].

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R., ch. C-23, art. 1.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34.

Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R., 1985, ch. 19 (2e suppl.).

Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R., 1985, ch. 19 (2e suppl.).

Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), c. C-44.

Loi tendant à modifier la loi relative aux enquêtes sur les coalitions, Projet de loi C-410, 2e sess., 30e Parl.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

1.3 Textes des provinces canadiennes

- **Lois québécoises**

Code civil du Québec, RLRQ c C-1991.

Code de procédure civile, RLRQ c C-25.

Loi sur la protection des arbres, S.Q. 1929, c. 71.

Loi sur la protection du consommateur, LRQ, c P-40.1.

Loi sur le recours collectif, LRQ, c R-2.1

- **Règlements québécois**

Code de déontologie des avocats, Chapitre B-1, r. 3.

Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux recours collectifs, RLRQ c R-2.1, r 2.

Tarif des honoraires judiciaires des avocats, Chapitre B-11, r. 2.

- **Lois des provinces de Common law**

Loi de 1992 sur les recours collectifs, 2006, chap. 19, annexe C, par. 1 (1).

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, Chapitre 6.

Loi sur le barreau, ONTARIO REGULATION, 771/92 Class proceeding, art. 5.1.

Loi sur les procureurs, L.R.O. 1990, CHAPITRE s.15.

Loi sur les tribunaux judiciaire, R.R.O. 1990, Règl. 194.

- **Règlement des provinces de Common law**

Règles de procédure civile, RRO 1990, Règl 194.

1.4 Textes américains

Class Action Fairness Act of 2005, 28 U.S.C. Sections 1332(d), 1453, and 1711–1715.

Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27.

Federal Rules of Civil Procedure, r. 23, 39 F.R.D. 98 (1966).

Federal Rules of Equity 48, U.S. (1 How.) lvi (1843).

Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-7.

1.5 Textes français

Code civil

Code de commerce

Code de la consommation

Code de procédure civile

Loi 73-1193 du 27 décembre 1973, JORF du 30 décembre 1973 rectificatif au JORF 19 janvier 1974.

Ordonnance 67-835 du 28 septembre 1969, art. 6 JORF du 29 septembre 1967.

Ordonnance 86-1243 du 1er décembre 1986, art. 1 JORF 9 décembre 1986 en vigueur le 1er janvier 1987.

Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, art. 4, JORF du 21 septembre 2000.

Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, JORF 8 juillet 1945 rectificatif JORF 21 juillet et 8 septembre 1945.

Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF du 9 décembre 1986.

1.6 Textes anglais

Statutes of Monopolies, 21 Jac 1 c 3.

Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.U.), 36 & 37 Vict., c. 66, sch. A, s. 10 (entrée en vigueur : 1874) ; plus souvent cité sous 1874-1875 (R.U.), Ord. XVI, r. 9 of Amendment of 38 & 39 Vict., c. 77.

2. TABLE DES JUGEMENTS

2.1 Jurisprudence canadienne

(*Canada) Director of Investigation and Research* c. *Air Canada*, (1988) 33 Admin. L.R. 229.

321665 Alberta Ltd. v. *Husky Oil Operations Ltd.*, 2013 CanLII 221 (AB CA).

947101 Ontario Ltd. c. *Banhaven Town Centre Inc.*, (1995) 121 D.L.R. (4th) 748 (On. Gen. Div.).

Aberman c. *Solomon*, [1986] R.D.J. 385, 390 (C.A).

ACA Joe International c. *147255 Canada Inc.*, (1986) 10 C.P.R. (3d) 301 (C.F. (1re inst.)).

Acier d'armature Rô Inc. c. *Steco Inc.* (1er mars 1996), Montréal 500-09-000944-892, J.E. 96-853 (CA).

Acier d'armature Rô Inc. c. *Stelco Inc*., JE-96-853 (CA QC).

Andrews c. *Grand and Toy Alberta Ltd.*, (1978) 2 R.C.S. 229.

Annable c. *Capital Sports and Entertainment Inc.*, (11 avril 2008), TC-2008-002, 2008 (Trib. conc.).

Asbjorn Horgard A/S c. *Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544.

Association pour la protection automobile c. *Ultramar ltée*, 2012 CanLII 4199 (QC CS).

Association pour la protection automobile et Daniel Thouin c. *Ultramar ltée*, (2012) REJB (CS Qc) EYB 2012-210957.

Aubry c. *Éditions Vice-Versa inc*., [1998] 1 R.C.S. 591.

Augustus c. *Gosset*, [1996] 3 RCS 268.

Banque HSBC Canada c. *Hocking*, [2006] RJQ 204 (CS).

Banquet & Catering Suplies Rental Ltd c. *Bench & Table Rental World Inc*., (1981) 52 C.P.R. (2d) 71 (C.S.).

Barcode Systems Inc. c. *Symbol Technologies Canada ULC*, (15 janv. 2004), TC-2003-008, 2004 (Trib. conc.).

Béliveau St-Jacques c. *Fédération des employées et employés des services publics inc*., [1996] 2 R.C.S. 345.

Bérubé c. *Matika outils électroniques Canada Ltée*, (1991) 40 C.P.R. (3d) 108.

Boisvert c. *Ferme Serge et Rita Breault inc.*, R.E.J.B. 2004-64769.

Boucher c. *Landry*, 2004 CanLII 22859 (QC CQ).

Brault & Martineau inc. c. *Riendau*, [2010] R.J.Q. 507 (C.A.).

Breslaw c. *Université de Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666

British Columbia's Children's Hospital c. *Air Products Canada Ltd.*, [1997] B.C.J. n° 494 (C.S. C.-B.).

Brito c. *Pfizer*, 2008 QCCS 2231 (CanLII).

Brunswick Corp. v. *Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977).

Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. *Air Canada*, (1993) 46 C.P.R. (3d) 312 (Trib. conc.).

Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. *Southam Inc*., (1991) 38 C.P.R (3d) 390 (Trib. conc.).

Canada (Procureur général) c. *Mc Arthur*, [2010] 3 R.C.S. 626.

Canada (Procureur général) c. *Telezone Inc*., [2010] 3 R.C.S. 585.

Canada (Procureur général) c. *Alex Couture inc.*, 1991 Can LII 3120 (QCCA).

Canada (Procureur général) c. *Fleet Aerospace Corp.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 470 (C.F. 1re inst.).

Canada (Procureur général) Luxottica Canada Inc., (1994) 63 C.P.R. (3d) 205 (C.F. 1re inst.).

Canadian Standard Travel Agent Registry c. *Association du transport aérien international*, (17 juin 2008), CT-2008-006, 2008 (Trib. conc.).

Chadha c. *Bayer Inc.*, (2003), 63 OR (3d) 22 (CA).

Chadha c. *Bayer Inc.*, [1998] O.J. No 6419.

Chaput c. *Romain*, [1955] R.C.S. 834.

Charles Carrier c. Procureur général du Québec, 2011 QCCA 1231.

Cinar Corporation c. *Robinson*, 2013 CSC 73.

Colombie-Britannique (Ministre des forêts) c. *Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. *Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873.

Colombie-Britannique c. *Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 CSC 74.

Continental Insurance Co. c. *Dalton Cartage Co.*, [1982] S.C.J. No 116.

De Montigny c. *Brossard*, [2010] 3 R.C.S 64.

Dell Computer Corp. c. *Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

Delphinium ltée c. *512842 NB inc.* (2008), 333 RN-B (2^{e}) 291.

Denis Advertising c. *Martel Stewart*, (1915) 47 C.S. 266.

Direct TV c. *Scullion*, [2002] RJQ 2086 (C.S.).

Ed. Miller Sales & Rentals Ltd. c. *Caterpillar Tractor Co.*, (1994) 54 C.P.R. (3.d) 1 (Alta. Q.B.).

Ed. Miller Sales & Rentals Ltd. c. *Caterpiller Tractor Co*., 69 C.P.R. (3d) 143 (CA Alta).

Englund c. *Pfizer Canada Inc*., 2006 SKQB 6.

F.H. c. *McDougall*, [2008] 3 C.S.C. 41.

Forest Protection LTD. c. *Bayer A.G*., (1996) 68 C.P.R. (3d) 59.

Fillion c. *Chiasson*, [2007] R.J.Q. 867, au par. 117.

Gagné c. *Girard* 2003 CanLII 8349 (QC CQ).

Gauthier c. *Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3.

General Motors of Canada Limited c. *City National Leasing*, (1989) 93 N.R. 326.

Giguère Automobile Ltée c. *Universal Auto Ltd*, (1941) 70 B.R. 166.

Hébert & fils c. *Désautels*, [1971] C.A. 285.

Herman c. *Graves*, [1998] 9 W.W.R. 542 (Alta. Q.B.).

Héroux c. *Poliquin*, [1974] C.S. 563 ; *T.V. Guide Ltd* c. *Telesol Inc. et al*., [1979] C.S. 311.

Hill c. *Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Hollick c. *Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158.

Hoteles Decameron Jamaïca Ltd. c. *D'Amours*, [2007] R.J.Q. 550 (CA).

Hotte c. *Servier Canada Inc*.,[2002] R.J.Q. 230.

Hoy c. *Medtronic Inc.*, 2001 BCSC 1343, confirmé en appel, 2003 BCCA 316.

Hutton c. *Co-op de Taxi de Terrebonne*, [2004] J.Q. no 3360 (C.S.).

Industrial Milk Producers Association c. *Colombie-Britannique (Milk Board)*, [1989] 1 C.F. 463.

Infineon Technologies AG c. *Option consommateurs*, 2013 CSC 59.

Irving Paper Ltd. c. *Atofina Chemicals Inc*., [2009] O.J. No. 4021 (Ont. S.C.J.).

Jacques c. *Petro Canada*, (2009) CanLII 5603 (QC CS).

Jacques c. *Ultramar Ltée*, 2011 QCCS 5272.

Janelle Pharmacy Ltd. c. *Blue Cross of Atlantic Canada*, [2003] N.S.J. no 307.

Kingstreet Investments c. *Nouveau-Brunswick (Département des finances)*, 2007 SCC 1.

Jeudi c. *Paquette, Rocheleau, Dion, Grenier et Associés*, J.E. 90-750 (C.S.).

Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. *Fondation du théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491.

La salle c. *Kaplan*, [1988] R.D.J. 112, EYB 198863128 (CA QC).

Lacasse c. *Jorge*, 2004 CanLII 19226 (QC CQ).

Laflamme c. *Bell Mobilité inc.*, 2014 CanLII 525 (QC CS).

Laroche c. *Danone Inc.*, 2004 CanLII 12827 (QC CQ).

Lépine c. *Société canadienne des postes*, EYB 2005-93155 (CS) ; confirmé 2007 QCCA 1092 (CanLII) et [2009] 1 SCR 549 (CSC).

Manitoba (Procureur général) c. *Metropolitans Stores Ltd*., [1987] 1 R.C.S. 110.

Marcotte c. *Longueil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65.

Masson c. *Thompson et al.*, REJB 1997-00195 (C.S.).

McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. *La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654.

Middelkamp c. *Fraser Valley Real Estate Board*, (1990) 32 C.P.R. (3d) 206 (B.C.S.C.).
Miller c. *Avrith*, REJB 1997-00133 (C.S.).

Mofo Moko c. *Ebay Canada Ltd*., (2013) C.S. 500-17-071900-123.

Morguard Investments Ltd c. *De Savoye*, [1990] 3 RCS 1077.

Multiple Access Ltd. c. *Mc Cutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

Mutual Trust Co. c. *St-Cyr*, [1996] RDJ 623.

Nadeau Poultry Farm Limited c. *Groupe Vestco Inc. et autres*, (12 mai 2008), TC-2008-003, 2008 (Trib. conc.).

Nantais c. *Telectronics Proprietary (Canada) Ltd*, (1995), 25 OR (3d) 331 (Gen. Div.).

National Capital News Canada c. *Milliken*, (13 déc. 2002) TC-2002-005, 2002 (Trib. conc.).

Nguyen c. *CP Ships*, 2008 CanLII 3817.

North York Branson Hospital c. *Union Carbide Canada Ltd*., (1994) 31 C.P.C. (3d) 242 (Div. Gen. Ont.).

Novus Entertainment Inc. c. *Shaw Cablesystems Ltd.*, 2010 BCSC 1030.

Nutri-Mer Inc. c. *Avantage Link Inc*, (2005) CanLII 14070 (QC CS).

Nutri-Mer Inc. c. *Avantage Link Inc.*, (2003) CanLII 1096 (QC CS).

Option consommateurs c. *Infineon Technologies a.g.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000251-047, 17 juin 2008, j. Mongeau.

Option Consommateurs c. *Infineon Technologies, a.g*., 2008 CanLII 2781 (QC CS).

Option Consommateurs c. *Infineon Technologies, a.g.*, 2012 QCCS 3506 (CanLII).

Ordre des pharmaciens du Québec c. *Meditrust Pharmacy Services Inc*., [1994] R.J.Q. 2833.

Pabst Brewing Co. c. *Ekers et al*., (1901) 21 C.S. 545.

Pellemans c. *Lacroix*, 2011 CanLII 1345 (QC CS).

Pérès c. *Québec (Procureur général)*, [2006] J.Q. n° 13946.

Petrofina Canada Ltd. c. *Canada (Commission sur les pratiques restrictives de commerce)*, (1979) 46 C.P.R. (2d) 1.

Phillips Petroleum Co. v. *Shutts*, 72 É-U 797 (1985).

Pinard c. *Coderre*, [1953] B.R. 99.

Polaroid Canada Inc. c. *Continent-Wide Enterprises Ltd.*, (1994) 59 C.P.R. (3d) 257 (Ont. Gen. Div.).

Price c. *Panasonic Canada Inc.*, [2002] O.J. 2362 (O.S.C.).

Pro-Sys Consultants Ltd. c. *Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57.

Pro‑Sys Consultants Ltd. c. *Microsoft Corporation*, 2011 CBCA 186.

Québec (Curateur public) c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

Québec (Ville de) c. *Construction Bé-con Inc.* B.E. 2006 BE-59 (C.S.).

Québec North Shore Paper Co. et autre c. *Canadien Pacifique Limitée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054.

Québec Ready Mix Inc. c. *Rocois Construction Inc*., [1989] 1 R.C.S. 695.

R. c. *Boutique L'Ensemblier inc*., [1995] J.Q. no 1418.

R. c. *Gosselin*, 2013 CanLII 1223 (QC CS).

R. c. *Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.
R. c. *Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

R. c. *Leblond*, 2008 CanLII 6751 (QCCS).

R. c. *Maxzone Auto Parts (Canada) Corp*., (2012) CF 1117.

R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

R. c. *Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

Reed c. *Ottawa Football Club* (1988) 62 Alta. L.R. 347 (Q.B.).

Richard c. *Time Inc*., [2012] 1 R.C.S. 265.

RJR-Macdonald Inc. c. *Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

Rocois construction inc. c. *Québec ready mix inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440.

Safa Enterprises Inc. c. *Imperial Tobacco Company Limited*, (9 décembre 2013), CT-2013-007, 2013 (Trib. conc.).

Sarrazin c. *Duquette*, (1935) 41 R. de J. 365 (C.S.).

Seidel c. *TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 R.C.S. 531.

Société Coinamatic inc. c. *Armstrong*, [1984] C.A. 23.

Société de développement de la Baie James c. *Kanatewat*, [1975] C.A. 166, 183.

Sternlieb c. *Cain*, [1962] B.R. 440.

Stevens c. *Canada (Commission des pratiques restrictives de commerce)*, (1979) 98 D.L.R. (3d) 662 (C.F. (1re inst.)).

Sun-Rype Products Ltd. c. *Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58.

Sun-Rype Products Ltd. v. *Archer Daniels Midland Co.*, 2008 CanLII 278 (B.C.C.A).

Symbol Technologies Canada ULC. c. *Barcode Systems Inc.*, (2004) CAF 339.

Stojack c. *Proulx*, [1982] R.J.Q. 1729, 1735 (C.A.).

Symbol Technologies Canada ULC. c. *Barcode Systems Inc.*, (2004) CAF 339.

Thomson Newspapers Ltd. c. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Thornton c. *School District n° 57*, (1978) 2. R.C.S. 267 et *Arnold* c. *Teno*, (1978) 2. R.C.S. 287.

Townsview Properties Ltd. c. *Sun Construction & Equipment Co. Ltd*. (1973), 2 OR (2e) 213.

Tremblay c. *Acier Leroux Inc.*, 2003 CanLII 1047 (QC CS).

Trois-Rivières (Cité de) c. *Syndicat national catholique des employés municipaux de Trois-Rivières*, [1962] B.R. 510.

United Communications Inc. c. *Bell Canada* (1994) 56 C.P.R. (3d) 232 (Ont. Gen. Div.).

Viau c. *Syndicat canadien de la fonction publique*, [1991] R.R.A. 740.

Videotron ltée c. *Industrie Minolec produits électroniques inc.*, [1987] R.J.Q. 1246 (CA).

Vitapharm Canada Ltd c. *Hoffmann-La Roche Ltd*, (2002), 20 C.P.C. (5th) 351 (Ont. S.C.J.).

Walker c. *Ritchie*, [2006] 2 R.C.S. 428.

*Western Canadian Shopping Centres Inc.*c. *Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534.

Westfair Foods Ltd. c. *Lippens Inc.*, [1987] 6 W.W.R. 629.

Whiten c. *Pilot Insurance Compagny*, 2002 CanLII 18 (CSC).

Willey c. *Mc Laughlin* (1976) 49 C.P.R. (2d) 86 (B.C.S.C.).

Wong c. *Sony of Canada Ltd.*, [2010] O.J. No. 1707 (O.S.C.J.).

2.2 Jurisprudence américaine

Daar v. *Yellow Cab Co.*, 67 Cal.2d 695 (1967).

Diamond Chem. Co. v. *Akzo Nobel Chems. B. V.*, RSBC 1996, c 50.

Fortner Enterprises v. *United States Steel Corp*., 394 U.S. 495, 502 (1969).

Hanover Shoe, Inc. v. *United Shoe Machinery*, 392 U.S. 481 (1968).

Hawaii v. *Standard Oil Co*., 405 U.S. 251, 262 (1972).

Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

In re *Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 631 F.2d 411, 430 (9th Circuit 1979).

In re *Vivendi Universal, SA Securities Litigation*, 2007 WL 861147 (SDNY).

Little Sisters Book and Art Emporium c. *Canada (Commissaire des Douanes et du revenu)*, [2007] 1 R.C.S. 38.

Lussier c. *Bastille*, 2009 CanLII 417 (QC CS).

Morrison v. *National Australia Bank*, 2010 U.S. Lexis 5257.

Perma Life Mufflers v. *International Parts Corp*., 392 U.S. 134, 139 (1968).

Zenith Radio Corp. v. *Hazeltine Research*, 395 U.S. 100, 130 (1969).

2.3 Jurisprudence européenne

CEDH, 21 février 1975, *Golder*, série A, n°18, p. 17-18.

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, série A, n° 32.

CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jointes C-295-298/04, Rec. 2006, p. I-6619.

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. C-33/76 et C-45/76, Rec. p. 1989 et 2043.

CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd* c. *Bernard Crehan* et *Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres*, aff. C-453/99, Rec. 2001, p. I-6297.

CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. C-611/79, Rec., p. 1205.

CJCE, 28 févr. 1991, aff. C-234/89, Rec. CJCE, I, p. 6689

CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-344/98, Rec. CJCE, I, p. 935.

CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA c. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, aff. C-88-99, Rec., p. I-10465.

CJCE, 29 mai 1997, *Kremzov*, aff. C-299/95, Rec., p. I-2629.

CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, *Société technique minière c/ Maschinenbau Ulm* : Rec. CJCE 1996, p. 337.

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, aff. C-26/62, Rec. 1963, p. 28.

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland et The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e.a.* («Brasserie du Pêcheur»), Rec. 1996, p. I-1029.

CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd / Bosch e.a.*, aff. C-13/61, Rec. 1962, p. 89.

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoire Boiron*, Rec. CJCE, I, p. 7529.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec., p. 629.

CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. C-199/82, Rec. p. 3595.

CJUE, 14 juin 2011, *Pfleiderer* c/ *Bundeskartellamt*, aff. C-360/09.

CJUE, 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde* c/ *Donau Chemie AG*, aff. C-536/11.

TPICE, 18 sept. 1996, *Postbank* c/ *Commission*, aff. T-353/94, pt. 90, Rec. CJUE, II, p. 921.

TPICE, 24 janv. 1995, *BENIM* c/ *Commission*, aff. T-114-92, Rec. CJCE 1995, II, p. 147.

TPICE, 31 mars 2009, aff. T-405/06, *ArcelorMittal Luxembourg, ArcelorMittal Belval & Differdange, ArcelorMittal International*.

TPICE, ord., 3 mai 2007, *Polimeri europe* c/ *Commission*, aff. T-12/07R, pt. 54, Rec. CJUE, II, p. 38.

TPIUE, 14 déc. 2006, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, *Raiffeisein Zentralbank Österreich e.a.* c/ *Commission*.

TPIUE, 7 juin 2006, *Österreichiseche Postsparkasse AG*, *Bank für Arbeit und wirtschaft AG* c/ *Commission*. aff. jtes T-213/01 et aff. T-214/01.

2.4 Jurisprudence française

Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20302, Bull. 1995 A.P. n° 4, p. 7.

Aut. conc., déc ; n° 11-D-15, 16 nov. 2011, *relative à des pratiques mises en œuvres par la société SOGAREL dans le secteur des parkings à destination des passages de l'aéroport de Lille* : RLC 2012/30, n° 1970, p. 24.

CA Paris, (1re ch., sec. H), 17 mars 1998, *Syndicat des pharmaciens de l'Aveyron* : BOCCRF du 27 mars 1998.

CA Paris, 16 juillet 2002, *Pharmajet* : BOCCRF 21 octobre 2002, n° 15.

CA Paris, 18 juin 1985, *Sté Thomson CSF Téléphone* c/ *SA Générale Construction Téléphonique* : Gaz. Pal. 1985, 2, 595.

CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal* c/ *Sté Mors et Sté Westland Aerospace*, Europe, juillet 1993, n° 299.

CA Paris, 20 novembre 2013, n° RG :12/05813, *Le président de l'Autorité de la concurrence* c/ *SAS Ma Liste de Courses*.

CA Paris, 22 janv. 2010, RG n° 08/09844.

CA Paris, 26 juin 2002, *SA Pharmalab* : BOCCRF 2003-08, [en ligne] : < http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/03_08/a0080014.htm>.

CA Paris, 28 mars 2007, *SCI Boulevard Saint-Denis* c/ *St Negro*, *Jurisdata* n° 2007-330003.

CA Paris, 9 mai 2006, *Sté SAEM-TP* : RG 2006/04592 et 2006/4637, [en ligne] : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca06mc01_nmpp_saemtp.pdf>.

CA Paris, 9 mars 1999 : BOCCRF n° 3/1999.

CA Versailles, 27 juin 1996, *Chapelle* c/ *Sony*, non publié et CA Paris, 22 oct. 1997, *Concurrence* c/ *Sony*, non publié.

Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16.008, P+B+R+I.

Cass. civ 1ère, 22 novembre 1978, JCP G 1980.II.19296.

Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, *Synthélabo* c/ *Gantelme*, Bull. civ. I, n° 86.

Cass. civ. II, 17 novembre 1993, D. 1994, inf. rap. 6.

Cass. civ. II, 6 octobre 1977 : *Gaz. Pal.* 1977, 2, somm. 362.

Cass. civ. II, 8 mai 1964.

Cass. com. 25 févr. 2003, n° 00-19707.

Cass. Com. 25 févr. 2003, n° 00-19707.

Cass. com. 25 janv. 2000, n° 97-19957.

Cass. Com. 25 janv. 2000, n° 97-19957.

Cass. com. 3 juin 2003, n° 01-15145.

Cass. com., 13 mars 1963, 2 arrêts, D. 1964.97.

Cass. com., 14 décembre 2004, *Pharmalab*, Bull. IV, n° 225, p. 254.

Cass. com., 16 avril 2013, *E-Kanopi*, n° 12-12900.

Cass. com., 16 juillet 1985, Bull. civ. IV, n° 218, p. 180.

Cass. com., 17 juillet 2001, *Thomson-Multimédia* : BOCCRF, n° 13/2001.
Cass. com., 18 avril 2000, *Numéricâble* : Bull. IV, n° 75, p. 65.

Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-28500, P+B.

Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10.15296, P+B, RLDA 2011/66, p. 45, n° 3774.

Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-19761, RLC 2010/23, pp. 86-87.

Cass. com., 1er mars 1982, Bull. civ., n° 76, p. 69.

Cass. com., 30 janvier 1996, n° 94-14314.

Cass. com., 6 déc. 2005, n° 05-10.929, P+B.

Cass. com., 7 avril 1992, n° 90-14246.

Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.350 (arrêt ITM).

Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. IV, n° 143 (arrêt *Le Galec*).

Cass. com., 8 novembre 2005, n° 04-16.857, P+B+I.

Cass. com., 8 novembre 2005, *TPS*, Bull. IV, n° 220, p. 236.

Cass. com.,12 mars 2002, n° 99-11.060, Gaz. Pal. 2003, som., p. 562, n° 51.

Cass. com., 6 déc. 2005, n° 05-10.929, P+B.

Cass. com., 7 avril 1992, n° 90-14246.

Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.350 (arrêt ITM).

Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. IV, n° 143 (arrêt *Le Galec*).

Cass. com., 8 novembre 2005, n° 04-16.857, P+B+I.

Cass. com., 8 novembre 2005, *TPS*, Bull. IV, n° 220, p. 236.

Cass. com.,12 mars 2002, n° 99-11.060, Gaz. Pal. 2003, som., p. 562, n° 51.

Com., 22 octobre 1985, Bull. IV n° 245, p. 206.

Cons. conc., Avis, 4 novembre 1985, *Rec. Lamy*, n° 253.

Cons. conc. Déc. n° 94-D-62 du 14 décembre 1994 *relative à une saisine de la société communication Media Services.*

Cons. conc. Déc. n° 06-D-39, 15 décembre 2006, *Impression des Pyrénées* : BOCCRF 22 mars 2007, p. 570.

Cons. conc., 99-MC-10, 16 décembre 1999 *relative à une demande de mesures conservatoires de la société Agence Alp Azur concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché des tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de Pra-Loup*.

Cons. conc., Déc. n° 03- MC-04 du 22 décembre 2003, *MLP* : BOCCRF, 13 février 2004, p. 100.

Cons. conc., déc. n° 04-D-21, 17 juin 2004, *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise*.

Cons. conc., Déc. n° 04-D-46, 30 septembre 2004, *relative à une saisine de l'entreprise Arnaud Marin concernant des pratiques mises en œuvre par la société R. Marin* : BOCCRF 2004, p. 826.

Cons. conc., Déc. n° 05-D-39, 5 juillet 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres*.

Cons. conc., déc. n° 05-D-65, 30 nov. 2005, *relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile* : BOCC 29 avril 2006.

Cons. conc., Déc. n° 06-D-39 du 15 décembre 2006, *Impression des Pyrénées*.

Cons. conc., déc. n° 07-D-33, 15 octobre 2007, *relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit* : [en ligne] : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d33.pdf>.

Cons. conc., Déc. n° 90-D-16, 15 et 16 mai 1990, *Travaux d'assainissement* : [en ligne] : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/03d10.pdf>.

Cons. conc., déc. n° 92-D-62, 18 novembre 1992, *Société Biwater, Rec. Lamy*, n° 515.

Cons. conc., déc. n° 93-D-14, 18 mai 1993, *Société Roblot* : *Rec. Lamy*, n° 535.

Cons. conc., n° 04-MC-02, 9 décembre 2004 *relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom*.

Cons. cons. Déc., 25 juill. 1989, n° 89-257.

Cons. cons., Déc. 93-325 du 13 août 1993.

Cons. cons., Déc. 93-335 du 21 janvier 1994.

Cons. cons., Déc. 96-373 du 9 avril 1996.

Cons. cons., Déc. 96-378 du 23 juillet 1996.

Cons. cons., Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils* : J.O du 14 janvier 2011.

Cons. cons., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, JO 13 mai 2011.

Cons. cons., Décision n° 2014-690 DC du13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*.

T. com. Paris, 22 oct. 1996, *Peugeot* c/ *Ecosytem*, non publié.

T. com. Charleroi, 15 mai 2006, n° A/05/03843, RLC 2006/8, pp. 1001-101.

T. com. Paris, 13 mars 2008, RG n° 2006008432, *SARL Turbo Europe* c/ *SA Automobiles Peugeot*, *SA Automobiles Citroën* et *SAS Renault*, RLC 2008/17, p. 116-117.

T. com. Paris, 15ème ch., 16 mars 2012, n° R.G. : 2011023307, *DKT*.

T. com. Paris, 19ème ch., 16 mars 2012, n° R.G. : 2011014911, *SAS Ma Liste de course*.

T. com. Paris, 1ère ch., 11 avril 2012, n° R.G. : 2011079333, *Primagaz* et *SHV Energy*, obs. M.L., RLC 2012/92, n° 2125.

T. com. Paris, 8 nov. 2011, n° 2010073867, RLC 2012/30, p. 27.

2.5 Jurisprudence anglaise

Attorney General c. *Blake (Jonathan Cape Ltd., Third Party)*, [2001] 1 AC 268 (Ch. des l. R-U).

Brown c. *Vermuden*, (1676) 1 Ch. 271.

Cassel c. *Broome*, [1972] AC 1027.

Devenish Nutrition Ltd. & Ors. v. Sanofi-Aventis SA (France) & Ors. [2007] EWHC 2394 (Ch.).

Edwards c. *Lee's Administrators*, 96 S.W.2d 1028 (C.A. ky., 1936).

Eisen v. *Carlisle and Jacquelin*, 391 F 2d 555 (2d Cir. 1968).

Rookes v. *Barnard*, [1964] A.C. 1129.

Whitwham c. *Westminster brymbo Coal & Coke Co.*, [1896] 2 Ch. 538 (C.A.).

Wilkes v. *Wood*, (1763) 98 *Eng. Rep.* 489.

3. BIBLIOGRAPHIE

3.1 Monographies et ouvrages collectifs

ABRAMS, L. S. et K. P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, Markam, LexisNexis Canada Inc., 2010.

AMARO, R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux complémentaire et autonome devant les juridictions judiciaires*, Préf. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Thèse, Buxelles, Bruylant, 2014.

AMRANI MEKKI, S., « Le droit processuel de la responsabilité civile », dans *Liber amicorum, Études Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, 2008.

ARCELIN-LÉCUYER, L., *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR, 2013.

ARCELIN-LÉCUYER, L., *Droit de la publicité,* Rennes, PUR, 2010.

ARCELIN, L., *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Préf. M.-D. HAGELSTEEN, Thèse, Paris, Litec, 2003.

AUGUET, Y., *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence par la protection de la clientèle*, Préf. Y. SERRA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

BALZAC, *Illusions perdues*, Tome 1er, Paris, Calman Lévy éditeurs, 1884.

BARTHE, D., *La situation de l'entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle devant les autorités de concurrence, Étude comparative des procédures communautaires et françaises*, Préf. L. IDOT, Thèse, Aix-en-provence, PUAM, 2000.

BAUDOUIN J.-B. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007.

BAUDOUIN, J.-L., P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2013.

BÉLANGER-HARDY, L. et D. BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en Common law*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005.

BÉLIVEAU, P. et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénale*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011.

BERGEAUD, A., *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. SAINT-PAU, Paris, LGDJ, 2010.

BÉRIAULT Y., M. RENAUD et Y. COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Thomson, Carswell, 1999.

BERTRAND, A., *Le droit français de la concurrence déloyale*, Paris, CEDAT, 1998.

BLOCH, C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préf. R. BOUT, Thèse, Paris, Dalloz, 2008.

BOIVIN, D., *La réparation en Common law et en Equity*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012.

BORÉ, L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant des juridictions administratives et judiciaires*, Thèse, Paris, LGDJ, Thèse, 1997.

BORK, R. H., *The Antitrust Paradox, A Policy At War With Itself*, New York, Basic Books, 1978.

BOUCHARD, C., (dir.), *Droit des PME*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011.

BOUCHARD, C., *Droit et pratique de l'entreprise*, *Tome 2 : Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

BOUCOBZA, I., *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Préf. M. TROPER, Paris, Dalloz, 2005.

BOURQUE, S., (dir.), *La nouvelle loi sur la concurrence*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1989.

BOURQUE, S., P. BUCHHOLZ et L. MARKOWITZ, *Loi sur la concurrence annotée*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2000.

BOUTARD LABARDE, M.-C. et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1994.

BOY, L., (dir.), *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éd. Frisson-Roche, 2003.

CADIET, L. et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 2011.

CADIET, L., J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010.

CALAIS-AULOY, J. et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2010.

CANIVET, G., M.-A. FRISSON-ROCHE et M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005.

CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 71.

CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf. G. VINEY, Thèse, Paris, LGDJ, 1998.

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003.

CHAGNY, M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. GHESTIN, Thèse, Paris, Dalloz, 2004.

CLAMOUR, G., *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Préf. J.-L. AUTIN, Thèse, LGDJ, 2006.

COMBE, E., *Économie et politique de concurrence*, Paris, Dalloz, 2008.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.

CORNU, G. et J. FOYER, *Procédure* civile, Paris, PUF, 1996.

COZIAN, M., A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 2007.

CRÊTE, R. et St. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2011.

CUSSON, M., *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983.

DALLAIRE, C., *La mise en œuvre des dommages exemplaires sous le régime des Chartes*, Montréal, Éd. Wilson &Lafleur, 2003.

DECOCQ, A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, 4ème édition, LGDJ, 2010.

DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Source des obligations*, Tome IV, Paris, 1924.

DESPRÉS, I., *Les mesures d'instruction* in futurum, Préf. G. WIEDERKEHR, Paris, Dalloz, 2004.

DIAWARA, K., *Le contrôle de la puissance de marché : Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011

DORANDEU, N., *Le dommage concurrentiel*, Préf. Y. SERRA, Thèse, PUP, 2000.

DOUVRELEUR, O., *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, Préf. C. GAVALDA, Thèse, Paris, LGDJ, 2000.

DRIGUEZ, L., *Droit social et droit de la concurrence*, Préf. L. IDOT, Thèse, Bruylant, 2006.

DUROCHER, A. et C. MARSEILLE, *Recours collectif*, Fasc. 2, Markham, LexisNexis Canada, 2012.

FABRE-MAGNAN, M., *Les obligations*, 2, Paris, PUF, 2013.

FERLAND, D. et B. EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, Vol. 1, (Art. 1-481 C.p.c.), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003.

FERLAND, D., B. EMERY et J. TREMBLAY, *Précis de procédure civile du Québec, (Art. 1-481 C.p.c.)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1992.

FERRON, D., M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, *L'injonction et les ordonnances* Anton Piller, Mareva et Norwich, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2009.

FINN, S., *Recours singulier et collectif, Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011.

FLAVELL, M. et Christopher J. KENT, *The Canadian Competition Law Handbook*, Scarborough, Carswell, 1997.

GARAPON, A. et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003.

GARDNER, D., *Le préjudice corporel*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2009.

GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 2012.

GERVAIS, C., *L'injonction*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005.

GERVAIS, D. et E. F. JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2006.

GORECKI, P. K. and W.T. STANBURY, *The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983*, The Institute For Research on Public Policy, 1984.

GRYNFOGEL, C., J cl. Commercial, v° Clémence et actions civiles devant les juridictions de droit commun, Fasc. N° 288, 2012.

GUÉGAN-LÉCUYER, A., *Dommages de masse et responsabilité civile*, Préf. P. JOURDAIN, Thèse, Paris, LGDJ, 2006.

GUILLEMARD, S. et S. MENÉTREY, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011.

GUINCHARD, S. et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, Litec, 6ème édition.

GUINCHARD, S., C. CHANAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 30ème édition.

HERVIEU, M., *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Préf. D. MAZEAUD, Thèse, Paris, Dalloz, 2012.

HILLIKER, G. G., *Liability Insurance Law in Canada*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2011.

HUGUENEY, L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904.

HUTCHINSON, A. C., *Access to civil justice*, Toronto, Carswell, 1990.

ISSALYS, P. et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010.

JAULT, A., *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, Thèse, Paris, LGDJ, 2005.

KHEMANI R.S. et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991.

LACASSE, N., *Droit de l'entreprise*, Montréal, Les Éditions Narval, 2011.

LAFOND, P.-C., *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

LAFOND, P.-C., *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice, Impact et évolution*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006.

LAMBERT-FAIVRE, Y. et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2011.

LANGEVIN, L. et N. DESROSIERS, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012.

LANNEAU, R., *Les fondements épistémologiques du mouvement* Law & Economics, Préf. J.-M. DENQUIN, LGDJ, 2010.

LAVERY, DE BILLY avocats, *Manuel de droit de la concurrence*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, vol. I, p. NG/283.

LE CANNU, P. et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2011.

LE GALLOU, C., *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. SÉRIAUX, Thèse, Paris, LGDJ, 2007.

LECLERC, M., *Les class actions, du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Préf. J. MONÉGER, Thèse, Bruxelles, Larciers, 2012.

LETOURNEAU, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz action, 2010-2011.

LIPPEL, K., (dir.), *L'indemnisation des victimes d'actes criminels : une analyse jurisprudentielle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2000.

MACKAAY, E. et St. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Éditions Thémis, 2008.

MADDAUGH, P. D. et J. D. MCCMUS, *The Law of Restitution*, Aurora, Canada Law Book, 2004.

MAINGUY, D., J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010.

MAITRE, G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Préf. H. MUIR WATT, Paris, LGDJ, 2005.

MALAURIE, P. et P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, Paris, Defrénois, 2003.

MALAURIE, P., L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2009.

MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

MEDJNAH, M., *Les rapports entre les autorités de régulation en matière de concurrence*, Préf. C. LUCAS DE LEYSSAC, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2013.

MERLE, R. et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Paris, CUJAS, 5ème édition.

MÉSA, R., *Les fautes lucratives en droit privé*, Thèse, Université du Littoral-Côte d'Opale, 2006.

MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, ch. 6, « De la constitution d'Angleterre », Paris, Éd. De La Pléiade, t. II, p. 404.

MORIN, S., *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011.

MUSGROVE, J. B., *Fundamentals of Canadian Competition Law*, Toronto, Carswell, 2010.

NOZICK, R. S., *The 2007 Annotated Competition Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.

OSBORNE, P. H., *The Law of Torts*, Toronto, Irwin Law Inc., 2011.

PAILLARD, B., *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Préf. J.-H. ROBERT, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2007.

PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préf. A.-M. FRISSON-ROCHE, Thèse, Paris, Dalloz, 2001.

PAYET, M.-St., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Préf. Paris, Dalloz, 2001.

PERELL, P. M. et J. W. MORDEN, *The Law of Civil Procedure in Ontario*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2010.

PERREAULT, M., *Le droit des sociétés par actions et des personnes morales au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

PIEDELIEVRE, St., *Droit de la consommation*, Paris, Economica, 2008.

PIETRINI S., *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Préf. E. CLAUDEL, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2012.

POIRIER, D. et A.-F. DEBRUCHE, *Introduction générale à la Common law*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005.

PRADEL, X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Préf. P. JOURDAIN, Thèse, Paris, LGDJ, 2004.

PRIETO, C. et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

RASSAT, M.-L., *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, 2010.

RASSAT, M.-L., *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, 2001.

RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, 1987.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

RICHARD, H. G. et L. CARRIÈRE, *Loi canadienne sur les marques de commerce annotée*, Toronto, Carswell, 2000.

RODA, J.-C., *La clémence en droit de la concurrence*, étude comparative des droits américains et européens, Préf. C. PRIETO, Thèse, PUAM, 2009.

ROUBIER, P., *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952.

ROUJOU DE BOUBÉE, M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HÉBRAUD, Thèse, Paris, LGDJ, 1974.

ROY, P., *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1995.

ROYER, J.-C. et S. LAVALLÉE, *La preuve civile*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008.

SHARPE, R. J., *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book Limited, 1983.

SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestiens, 2011.

SAUNDERS, B. J., D. J. RENNIE et G. GARTON, *Federal Courts Practice*, Toronto, Carswell, 2013.

SEGAUD, J., *Essai sur l'action publique*, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010.

SIBONY, A.-L., Le juge et le raisonnement économique, Paris, LGDJ, 2008.

SINTEZ, C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile – Contribution à la théorie l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préf. C. THIBIERGE et P. NOREAU, Thèse, Paris, Dalloz, 2011.

SOUTY, F., *La politique de concurrence aux États-Unis*, Paris, PUF, 1995.

STARCK, B., H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations 1. Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 1996.

STIKEMAN ELLIOTT (avocats), *Competition Act & Commentary*, Markham, LexisNexis, 2013.

TAKIOULLAH, E., *Conditions de recevabilité de l'action en concurrence déloyale en vertu des principes traditionnels de la responsabilité civile*, Sainte-Foy, Université Laval, 1994.

TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

TERRÉ, F., (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.

TERRÉ, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2009.

TREBILCOCK, M., R. A. WINTER, P. COLLINS et E. M. IACOBUCCI, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

VINEY, G. et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2006.

VINEY, G. et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2011.

VOGENAUER, C. S. et M. TULIBACKA, *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

WADDAMS, S. M., *The law of damages*, Toronto, Canada Law Book, 2012.

WADDELL, I. G., *A Practical Approach to Consumer Class Actions in Civil Litigation in Canada*, Vancouver, Western Institute for Legal Research and Reform, 1974.

WATERS, D. W. M., *Water's Law of Trusts in Canada*, Toronto, 2005.

WORTZMAN, S. et S. NICKLE, *E-discovery in Canada*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2011.

ZAMBRANO, G., *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Université Montpellier I, 2012.

ZEVOUNOU, L., *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris-Ouest Nanterre, 2010.

3.2 Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

AFFLECK, D.S., « A Civil Cause of Action Under The Combines Investigation Act, (April 1964) 22 *University of Toronto Faculty of Law Review* 153-159.

AITKEN, M. L., « The 2009 Amendments To The Competition Act : Reflecting on Their Implementation and Enforcement and Looking Toward The Future » (2012) 25/2 *Canadian Competition Law Review* 659-678.

AOUST, C. D', « Minimisation des dommages : sources et application en cas de congédiement », (1991) *R.G.D.* 325-342.

ARCELIN-LÉCUYER, L., « De quelques incidences des procédures connexes devant le Conseil de la concurrence », *Contrats, concurrence, Consomm.*, n° 6, Juin 2007, Étude 8.

AREEDA, P., « Antitrust Violations Without Damages Recovery », (1976) 89/6 *Harv. L. Rev.* 1127.

ARHEL, P., « Approches multilatérales, régionales et bilatérales de la politique de concurrence », dans *Les Petites Affiches*, 19 juillet 2006, n° 144, L'extenso.fr, PA200614302.

ARHEL, P., « Le cartel des vitamines : des sanctions exemplaires », dans *Les Petites Affiches*, 11 avril 2003, n° 73, L'extenso.fr, PA200307301.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, (traduction de Richard BODÉÜS), Paris, GF Flammarion, 2004.

AUBERT, J.-L., « Quelques remarques sur la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause », dans *Études offertes à Jacques DUPICHOT, Liber amicorum*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

AUDET, P. E., « L'évaluation des dommages exemplaires », (1981-1982) 70 *F. P. du B.* 225.

AUDIT, M. et M.-L. NIBOYET, « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une *class action* diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », dans *La Gazette du Palais*, 29 mai 2010, n° 149, L'extenso.fr, GP20100529007.

AVERITT N. W. et R. H. LANDE, "Using the "Consumer Choice" Approach in Antitrust Law", (2007) 74 *Antitrust L.J.* 175.

AVERITT, N., R. LANDE et P. NIHOUL, « "Consumer choice" is where we are all going - so let's go together », *Concurrences* 2011/2, p. 1-3, [en ligne] : <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/Editorial_Concurrances.pdf >.

AVERITT, N., R. LANDE et P. NIHOUL, « "Consumer choice" is where we are all going - so let's go together », *Concurrences* n° 2-2011, art. n° 35606.

BABONNEAU, M., « Action de groupe : l'avant-projet de loi exclut des avocats », *Dalloz actualité*, 3 avril 2013.

BABONNEAU, M., « Action de groupe : la profession tente de rallier les parlementaires à sa cause », *Dalloz actualité*, 31 mai 2013.

BARBIER DE LA SERRE, E. et M. LAVEDAN, « Le référé en droit de la concurrence devant le juge de l'Union », *Concurrences* 2012/1, p. 1-16, [en ligne] : < http://www.concurrences.com/IMG/pdf/_12_Concurrences_12012_Pratiques_Barbier_de_la_Serre-2.pdf>.

BARBIER de la SERRE, E., « Accès aux preuve : étendue des pouvoirs du juge », RLC 2009/01, n°18, au par. I.

BAUMIER, M., « Le recours collectif au Québec et aux États-Unis », (1987) 18 *R.G.D.* 775.

BAZIN, E., « De la nature des préjudices indemnisables en présence d'une action civile exercée par une association de consommateurs », RLDA 2006/9, p. 341.

BAZOT, A., « Accès au juge, une justice qui se dérobe », [en ligne] : <http://www.quechoisir.org/droits-justice/systeme-judiciaire/action-en-justice/editorial-acces-au-juge-une-justice-qui-se-derobe>.

BEAUCHEMIN, A.-C. et H. SIBRE, « L'affaire *Richard* c. *Time* : jusqu'où peut aller le publicitaire pour éblouir le consommateur ? » dans P.-C. LAFOND, *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2012, pp. 23-46.

BECKER, R., dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 169.

BÉHAR-TOUCHAIS, M., « L'arrêt d'Assemblée plénière du 22 avril 2011 va-t-il influer sur le régime de l'action du Ministre fondée sur l'article L. 442-6-III du Code de commerce ? (ou l'action du ministre : acte 3), RLC 2011/29, p. 30.

BÉHARS-TOUCHAIS, M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », dans *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, L'extenso.fr, PA200223205.

BELLEAU D. et V. LEBLANC, « Concurrence : mode d'emploi », *Développements récents en matière de recours collectifs*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2012, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2012DEV1838.

BELLEAU, D. et V. LEBLANC, « Concurrence : mode d'emploi », dans *Recours collectifs*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2012, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2012DEV1838.

BELLEMARE, D. M., « Les récents développements concernant les recours privés en droit de la concurrence au Canada et aux États-Unis » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1991, p. 35.

BELLEMARE, D. M., « Les récents développements concernant les recours privés en droit de la concurrence au Canada et aux États-Unis » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1991, à la p. 35.

BENÖHR, I., « Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures », (2013) 36/1 *Journal of Consumer Policy* 87-110.

BÉRIAULT, Y. et M. RENAUD, « Divulgation volontaire au Directeur : confidentialité et privilège », (1993) 38 *R.D. McGill* 778.

BÉRIAULT, Y. et M. RENAUD, « Information Provided to the Director of Investigation and Research : To what Extent Should it be Kept Confidential », (1994) 15/2 Can. Comp. Rec. 79.

BERNARD, K., « Making Victims Whole : A Restitution Approach to Cartel Damages », (2012) 1 *Concurrences* 1-9.

BERRYMAN, J., « Nudge, nudge, wink, wink: behavioural modification, cy-près distributions and class actions », (2011) 53 *Sup. Ct. L. Rev*. (2d) 133-167.

BÉTEILLE, L. et A. ANZIANI, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », D. 2009.2328.

BIHARI, L. A., « Saving the law's soul : a normative perspective on the cy près doctrine », (2011) 7 *Revue canadienne sur le recours collectif* 293-309.

BIHL, L., « La défense de la liberté de la concurrence par les consommateurs », dans Y. SERRA et J. CALAIS-AULOIS (dir.), *Concurrence et consommation*, Paris, Dalloz, 1994, p. 31.

BISHOP, G., « The Economic Consequences and Constitutionality of Administrative Monetary Penalties for Abuse of Dominance », (2013) 26/1 *Revue canadienne de droit de la concurrence* 37-58.

BLAGOJEVIC, B. T., « Le droit comparé. Méthode ou science », (1953) 5-4 *R.I.D.C.* 649-657.

BLAIR, R. D. et C. PIETTE DURANCE, « Antitrust sanctions : deterrence and (possibly) overdeterrence », (2008) 53/3 *Antitrust Bull.* 647.

BLAKE, H. M. and W. K. JONES, "In Defense of Antitrust", (1965) 65 *Colum. L. Rev.* 377.

BLAKE, H. M. and W. K. JONES, "Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy", (1965) 65 *Colum. L. Rev.* 422.

BLYNN, D., « Cy-Pres Distributions : Ethics & Reform », (2012) 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435.

BONASSIES, P., « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », dans *Études dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz, 1983, p. 51.

BONIFASSI, S. et S. DREYFUSS, « Judiciarisation à l'américaine et/ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque », dans la *Gazette du Palais*, 7 novembre 2002, n° 311, L'extenso.fr, GP20021107001.

BORK, R. H., "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act",(1966) 9 *J.L. & Econ.* 7.

BORK, R. H., « The Goals of Antitrust Policy », (1970) 58 *Am. Econ. Rev., Papers And Proceedings* 242.

BOSCO, D., « La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l'impasse », *Concurrences* n° 1-2011, p. 236.

BOSCO, D., « Misère de la justice économique française (le cas du contentieux de la concurrence), *Contrats, conc., consomm.*, avril 2011, Repère 4.

BOSCO, D., « *Private enforcement* : nouvelle impulsion au Royaume-Uni », CCC, n° 4, Avril 2013, comm. 86.

BOURGEOIS, J. et S. STRIEVI, « EU Competition Remedies in Consumer Cases : Thinking Out of the Shopping Bag », (2010) 33/2 *World Competition* 241-255.

BOURQUE, S. et C. LAMARRE-DUMAS, « Canada : Les recours collectifs en matière de dommage concurrentiel », Concurrences n° 1 – 2006, p. 207.

BOUSSAGEON, B., « La licéité de l'honoraire de résultat », dans la *Gazette du Palais*, 13 mars 2008, n° 73, L'extenso.fr, GP20080313005.

BOUTHILLON-DUMAS, H, « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages et intérêts punitifs », RLC 2011/28, p. 152.

BRAULT, D., « La crédibilité des institutions qui appliquent les règles de la concurrence est aujourd'hui bien établie », RLC 2007/10, p. 74.

BRETZNER, J.-D. « Ombres et lumières autour de la « qualité pour agir » dans l'action de groupe », dans la *Gazette du Palais*, 16 mai 2013, n° 136, L'extenso.fr, GPL130j6.

BRIERLEY, J.E.C., « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, p. 103.

BRISSON, J.-M. « La procédure civile au Québec avant la codification : un décret mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, PUAM, 1989, p. 93.

BRUN, P., « Personnes et préjudices », (2003) 3 *R.G.D.* 187.

CABRILLAC, R., « Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ? », (2005) 39 *R.J.T.* 245.

CABRILLAC, S., « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », dans *Les petites affiches*, 18 août 2006, n° 165, L'extenso.fr, PA200616501.

CADIET, L., « *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française, Mythe et réalité*, (2001) 45 *APD* 89-115.

CAFAGGI, F. et MICKLITZ, H. W., « Collective Enforcement Of Consumer Law: A Framework For Comparative Assessment », (2008) 3 *European Review of Private Law* 391-425.

CALANDRILLO, S. P., « Penalizing Punitive Damages : Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics », (2010) 78 *The George Washington Law Review* 774, à la p. 780.

CALVET, H., « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur, *Revue Lamy Concurrence* 2005, n° 4.

CAMOUX, E., « Le régime juridique de l'honoraire de résultat dons les relations entre les avocats et leurs clients », dans la *Gazette du Palais*, 11 septembre 2001, n° 254, L'extenso.fr, GP20010911005.

CANENBLEY, C. et T. STEINVORTH, « Effective Enforcement of Competition Law : Is There a solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions ? », (2011) 2/4 *Journal of European Competition Law & Practice* 315-326.

CANIVET, G. et L. VOGEL, « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », RJDA 1993, chron., p. 599.

CAPPELLETTI, M., « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile », (1975) 27/3 *R.I.D.C.* 571-597.

CARBONNIER, J., « Le Code civil », dans Pierre NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, «La Nation», Paris, Gallimard, 1986, p. 309.

CARVAL, S., « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », dans *Revue des contrats*, 1er juillet 2006, n° 3, L'extenso.fr, RDCO2006-3-041.

CAVANAGH, E. D., « Detrebling Antitrust Damages : An Idea Whose Time Has Come ? », (1986-1987) 61/4 *Tulane Law Review* 777-848.

CEBALLOS, A., « Third party litigation funding: will it increase access to justice in Canada ? », The Lawyers Weekly, Toronto, 7 mars 2008, [en ligne] : <http://www.lawyersweekly.ca/index.php?section=article&articleid=632>.

CHAGNY, M. et J. RIFFAULT-SILK, « Actualité du contentieux des dommages concurrentiels », RLC 2008/20, p. 154.

CHAGNY, M., « L'articulation entre actions privées et actions publiques », RLC 2009/18, p. 117.

CHAGNY, M., « 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 », J.C.P. G. 2006.I.149.

CHAGNY, M., « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », RLC 2005/08, p. 186.

CHAGNY, M., « 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. 2013.2532.

CHAGNY, M., « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures,* n° 4, avril 2011, dossier 10.

CHALUS, D., « La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », (2009) 43 *R.J.T.* 321.

CHAPUT, Y., « La PME, « victime » de pratiques anticoncurrentielles », Table ronde, dans Jean-Paul DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 169.

CHARLIER-BONATTI, B., « Éléments du préjudice » dans *La réparation du préjudice causé par une pratique anti-concurrentielle en France et à l'étranger : Bilan et perspectives*, Colloque du 17 octobre 2005, Cour de cassation, Paris, [en ligne] : <http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/quot_r_8013.html>.

CHASERANT, C. et S. HARNAY, « Dérèglementer la profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques », (2010) 2 *R.I.D.E*. 147, à la p. 167.

CHASTEL, A., « L'action de groupe en France : mythe ou réalité ? », *JCP G*, 3 septembre 2012, 926, n° 36.

CHEYNEL, B., « Actions de suite : pas de dommages et intérêt punitifs devant les juridictions anglaises », RLC 2008/14, pp.102-105.

CHEYNEL, B., « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », RLC 2007/13, n° 907.

CHEYNEL, B., « Spécialisation des juridictions judiciaires, c'est désormais chose faite... », RLC 2006/1, pp. 71-74.

CHRYSLER, A.C., « Civil Action Arising from Restraint of Trade », in LITVAK, I. and MALLEN, B. (eds), *Marketing: Canada*, Toronto, MacGraw-Hill, 1964, pp. 182-187.

CLAUDEL, E., « 1ère partie : Les propositions du livre blanc », dans Laurence IDOT (dir.), Livre blanc sur les dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaire sur les ententes et abus de position dominante, Colloque, *Concurrences* n° 2-2009, n° 25906, p. 36.

CLAUDEL, E., « Faute – Dommages et intérêts – Répercutions des surcoûts – Accès aux preuves ; Effet contraignant des décisions des ANC, Interaction avec les programmes de clémence », Table ronde, dans Laurence 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, Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, *Concurrences* n° 2-2009, p. 36.

COLLARD, Ch. *et al.*, « De l'efficience économique à la validité juridique d'une technique d'attraction de la clientèle : contribution à une nouvelle approche de la concurrence déloyale », *Dr. & patr*. 2000, n° 24, p. 28.

COMBERT, M. et S. NASSER EI DINE-PONAR, « Des nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », CCC n° 3, Mars 2013, étude 4.

COOPER ALEXANDER, J., « Contingent Fees and Class Actions », (1997-1998) 47 *Depaul Law Review* 347.

COOPER, L., C. M. WRIGHT et V. MARIC, « Section 36 of The Competition Law : Still a Work In Progress ? », (2012) 25/2 *The Canadian Competition Law Review* 236-275.

COSLIN, C., « Préparation d'une réforme de la responsabilité civile en France », dans *Les Petites Affiches*, 19 octobre 2012, n° 210, L'extenso.fr, PA201221001.

CÔTÉ, S. et D. TOURNIER, « De l'évaluation des dommages suivant la résiliation des contrats de service et les contraventions à la Loi sur la concurrence », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006DEV1242.

CÔTÉ, S. et D. TOURNIER, « De l'évaluation des dommages suivant la résiliation des contrats de service et les contraventions à la *Loi sur la concurrence* », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Les dommages en matière civile et commerciale*, Éd. Yvon Blais, 2006.

CREUX-THOMAS, F., « Cour suprême « *Equal justice under law* » », JCP G n° 13, 29 mars 2010, 339.

CURRIE, A., « Surfer sur la troisième vague – Notes sur l'avenir de l'accès à la justice », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada*, Ottawa, Ministère de la justice, Division de la recherche et de la statistique, mars 2000, [en ligne] : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2000/po00_2-op00_2/po00_2.pdf>, p. 40.

DAVID, R., « Préface », dans M. CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, p. 3.

DE MONTIGNY, Y., « La protection contre l'auto-incrimination au Canada: mythe ou réalité ? », (1990) 35 *McGill L. J*. 746.

DE MONTIGNY, Y.,« La protection contre l'auto incrimination et le droit au silence dans le contexte d'une procédure administrative ou d'une commission d'enquête » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, p. 61.

DECOCQ, A., « L'avenir funèbre de l'action publique », dans *L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ*, 1999, p. 781.

DECOCQ, G., « Le développement du *Private enforcement* ? », CCC, n° 8, Août 2013, Repère 8.

DECOCQ, G., « Le réveil du « *private enforcement* » ? », CCC, n° 6, Juin 2012, Repère 6.

DECOCQ, G., « Vers une *class action* des consommateurs dans les procédures de concurrence », *Contrat Concurrence Consommation*, 2006, n° 8, comm. 162.

DEFFAINS, B. et S. FEREY, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? À propos de l'affaire du cartel du ciment allemand », (2010) 3/13 *Revue d'économie industrielle* 51.

DEFFAINS, B., « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », (1997) 12/3 *Rev. française d'économie* 57.

DEPREZ, P. et P. BONNET, « Les exigences probatoires inhérentes à la procédure de mesures conservatoires devant l'Autorité de la concurrence », JCP E, n° 21, 23 mai 2013, 1299.

DESCHAMPS, M., « L'accès à la justice, l'affaire de chacun », (2009) 50 *C. de D.* 247-258.

DESCHAMPS, P., « La preuve en matière de recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. n°115, *Développements récents en recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, p. 177.

DESCHAMPS, P., « La preuve en matière de recours collectif », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs (1999)*, vol. 115, Éd. Yvon Blais, p. 198.

DESCHAMPS, P., « La preuve en matière de recours collectif », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 115, *Développements récents en recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, p. 177.

DEULIN, R., « Breach of Contract ? The New Economy, Acess to Justice and the Ethical of Legal Profession », (2002) 25 *Dalousie L. J.* 335-347.

DEVREAU, C., « Réflexion sur le préjudice collectif », *RTD civ*. 2011, p. 249.

DIAWARA, K., « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience », (2012) 53 *C. de D.* 257-302.

DIAWARA, K., « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », (2010) 3 *B.D.E.* 23-28.

DONNEDIEU DE VABRES, J., « La Commission de la concurrence et le Conseil de la concurrence », dans Cl.-A. COLLIARD et G. TIMSIT, *Les autorités administrative indépendantes*, Paris, PUF, 1985, p. 173.

DUBERTRET, M., « Affaire *Morisson v. Australia Bank Ltd* : l'espoir d'un nouvel âge ?. – [Morrison v. Australia Bank Ltd. 561 U.S.__(2010)], *RD bancaire et fin.*, n° 4, Juillet 2010, étude 17.

DUCHARME, L., « Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit », (1983) 43 *R. du B.* 969.

DUFOUR, J., « Le financement des recours collectifs », dans A. PRUJINER et J. ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec*, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 103.

DUFOUR, O., « Introduire l'action collective pour renforcer l'action du Conseil de la concurrence », dans *Les Petites Affiches*, 25 juillet 2006, n° 147, L'extenso.fr, PA200614701.

DUFRESNE, J., « De la règle de droit à la *philia* », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada*, Ottawa, Ministère de la justice, Division de la recherche et de la statistique, mars 2000, [en ligne] : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2000/po00_2-op00_2/po00_2.pdf>.

DUPUIS-TOUBOL, F., « Action civile en matière de pratiques anticoncurrentielles : éléments de problématique », dans La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger : bilan et perspectives, LPA, 20 janvier 2005, p. 17.

DUPUIS-TOUBOL, F., « Le juge en complémentarité du régulateur », dans *Les Petites Affiches*, 23 janvier 2003, n° 17, L'extenso.fr, PA200301705.

DUROCHER, A., « Une grosse carotte, un gros bâton : l'accès à la justice et les aspects financiers de la pratique en matière de recours collectif », dans *Colloque national sur les recours collectifs : Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 362, Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais, 2013, p. 343.

DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, J., « Droit au juge, accès à la justice européenne, (2001/1) 96 *Pouvoirs* 123-141.

EASTERBROOK, F. H., « Detrebling Antitrust Damages », (1985) 28 *J-L & Econ.* 445-468.

EVRARD, L., « Faut-il ou non une *class action* à la française ? », dans *Les Petites Affiches*, 13 septembre 2005, n° 182, L'extenso.fr, PA200518201.

FASQUELLE, D. et R. MÉSA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », dans *Revue générale de droit des assurances*, 1er avril 2005, n° 2005-02, L'extenso.fr, RGDA2005-2-002.

FASQUELLE, D. et R. MÉSA, « 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* n° 1/2006, p. 33.

FASQUELLE, D., « Concurrence déloyale: amendes civiles ou « dommages punitifs » » dans *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence : actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, Colloque du 6 décembre 2000, [en ligne] : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2000-clientele-concurrence/09-concurrecne-deloyale-intro.pdf>.

FASQUELLE, D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », dans *Les Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, L'extenso.fr, PA200223204.

FASQUELLE, D., « La PME, « auteur » de pratiques anticoncurrentielles », Table ronde, dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence*, Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 155.

FASQUELLE, D., « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD Com.* 1998.778.

FASQUELLE, D., « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », D. 2005.2666.

FERRAND, F., « Action de groupe : l'outil du droit comparé », R.L.D.C. 2006/11, n° 32, p. 66.

FINN, S. et J. OSTREGA, « À la frontière de l'inconnu : une analyse des recours collectifs multi-ressorts », (2011) 7/2 *La revue canadienne des recours collectifs* 327-366.

FINN, S., « Chronique – Les conséquences de l'arrêt Infineon Technologies AG c. Options consommateurs sur la juridiction des autorités québécoises et l'autorisation des recours collectifs : un nouveau monde de possibilités infinies… ou non ? », dans *Repères*, Janvier 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014REP1476.

FLEURIOT, C., « Action de groupe : le projet de loi présenté en Conseil des ministres », *Dalloz actualité*, 3 mai 2013.

FLÜCKIGER, A., « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », (2007) XLV/138 *Revue européenne des sciences sociales* 83-101.

FOURGOUX, J.-Cl., « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », JCP E. n° 50, 16 décembre 1999, p. 2005.

FOURGOUX, J.-L., « Quel rôle pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence ? », RLC 2005/4, n° 335.

FOX, E. M., "The Efficiency Paradox", in R. PITOFSKY (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, New-York, Oxford University Press, p. 90.

FOX, L. M., « Liability for costs : a comparison of bill 28 and bill 29 and the Quebec legislation », dans A. PRUJINER et J. ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec*, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 124 et s.

FRANCK, J., « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », dans *Liber amicorum* Jean CALAIS-AULOY, Paris, Dalloz, 2003, p. 415.

FREEMAN ENGSTROM, D., « Harnessing The Private Attorney General : Evidence From Qui Tam Litigation », (2012) 112/6 *Columbia Law Review* 1244-1325.

FRIEDMANN, D., « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. CORNISH (dir.), *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 133.

FROT, E. et O. SAUTEL, « Demander réparation d'un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle : le mode d'emploi de la Commission européenne », RLDA 2011/66, p. 40.

GHERA, T., (dir.), *Dématérialisation des procédures judiciaires en France et en Europe : L'équilibre entre professions à l'épreuve de l'évolution culturelle*, Paris, Institut sur l'évaluation des professions juridiques, septembre 2011, [en ligne] : <www.iep.fr/iepj/images/upload/RapportsZeb.pdf>.

GAILLARD, E., « États-Unis : coup d'arrêt aux *class actions* extraterritoriales. – à propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 24 juin 2010 », JCP G, n° 27, 5 juillet 2010, 743.

GALIPAULT, L., « Le mandat de l'avocat », (1954) 1/1 *C. de D.* 70-76.

GARAND, D. J., « De la nécessité de définir clairement l'entrepreneur et sa PME », dans C. BOUCHARD (dir.), *Droit des PME*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. 26.

GARDNER, D., « Les dommages punitifs et la protection du consommateur: un commentaire de l'arrêt Time inc. », (2011) 90 *R. du B. can.* 701-717.

GARDNER, D., « Réflexion sur les dommages punitifs et exemplaires », (1998) 77 *R. du B. can*. 198.

GAUDEMET-TALLON, H., « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », (1994) 46/2 *R.I.D.C.* 423-435.

GAVIL, A. I., « Thinking Outside the Illinois Brick Box : A proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L. J*. 167.

GAY, L., « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique ? », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 108.

GIROUX, L., « Le recours collectif au Québec: un bref aperçu » dans *Les actions collectives: point commun et divergences des expériences américaines et*

européennes, Colloque de la Cour de cassation, Paris, jeudi 2 juin 2005, [en ligne] < http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/points_communs_8141.html>.

GLENN, H. P., « L'écho double du champart : Y a-t-il des traces en droit civil québécois ? », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éd. Thémis, 2003, p. 714.

GLENN, H. P., « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale » (1998-1999) 29 *R.D.U.S.* 39-55.

GLOVER, J. M., «The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev*. 1137.

GOUDREAU, M., « Concurrence déloyale en droit privé — commentaires d'arrêts », (1984) 15 *R.G.D.* 133, p. 134.

GOUDREAU, M., et J. QUAID, « De quelques développements récents en droit de la concurrence », (2010) 22/2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 317-333.

GOURLEY, A. L., « Information Flow Across the Border : Is the Bureau of Competition Policy Considering the Public Interest Factor ? », (1995-96) 27 *Ottawa L.R.* 233.

GRAMMOND, S., « Un nouveau départ pour les dommages et intérêts punitifs », dans Barreau du Québec, Congrès annuel, *Savoirs*, Hilton Lac-Leamy/Gatineau, 2011, [en ligne] : <www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2011/2090/index.html>, p. 5.

GRANDJEAN, J.-P., « Action de groupe : petit pas ou pas de géant ? », JCP G, n° 40, 30 septembre 2013, 1007.

GRENIER, F., « Attention : Usurper les droits du détenteur d'un brevet d'invention peut être coûteux… - L'évaluation des dommages pour contrefaçon de brevet », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 234, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 81.

GROSS, B. et J. GARZON, « Multi-jurisdictional Class Actions in Canada : Pragmatism Over Principle ? », présenté au 3ème Congrés Annuel 'Forum on Litigating Class Actions, Toronto, The Canadian Institute, 2002.

GUILLEMARD, S. et J. STONE, « La Cour suprême du Canada et la compétence internationale des tribunaux », *Journal de Droit International (Clunet)*, Octobre 2009, n° 4, doctr. 8.

GUILLEMARD, S., « Survol québécois de la question des dommages-intérêts punitifs », RLDA 2013/85, p. 120.

GUILLON, C. et L. DUPONT, « Les mesures conservatoires en droit de la concurrence », *Rev. Conc. Consomm*. 1993, n° 71, p. 13.

GUINCHARD, S., « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à législation économique », dans *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 138 et 139.

GUINCHARD, S., « L'action de groupe en procédure civile française », (1990) 42/2 *R.I.D.C.* 599.

GUINCHARD, S., « Une *class action* à la française ? », D. 2005.2180.

HARAVON, M., « Quel procès civil en 2010 ? Regard comparé sur l'accès à la justice civile en Angleterre, aux États-Unis et en France », (2010) 4 *R.I.D.C.* 899.

HARKER, M. et M. HVIID, « Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information », (2008) 31/2 *World Competition* 279-298.

HARRIS, R. G. et L. A. SULLIVAN, « Passing On the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev*. 269.

HASTINGS, F., « La *class action* et ses conséquences sur le cours des affaires », dans *Les petites affiches*, 13 décembre 2007, n° 249, L'extenso.fr, PA200724904.

HEUSHLING, L., « Effectivité, efficacité, efficience et qualité d'une norme/du droit : Analyse des mots et des concepts », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 59.

HODGES, C., « Competition Enforcement, Regulation And Civil Justice: What Is The Case ? », (2006) 43 *Common Market Law Review* 1381-1407.

HOMOBONO, N., « L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France », *Concurrences* n° 3-2013, p. 54.

HOUSTON, D. B. et J. L. PRATT, « Jurisdictional Issues in International Cartel Cases : A Canadian Perspective », (2006) 3/1 *La revue canadienne des recours collectifs* 287-317.

HOUTCIEFF, D., « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », dans *Les petites affiches*, 10 juin 2005, n° 115, L'extenso.fr, PA200511510.

HUGHES, R. et E. DAVID, « Competitor Agreements : Interpreting Criminal Conspiracy In A Blended Criminal-Civil Regime » (2012) 25/2 *Canadian Competition Law Review* 215-235.

HUTTON, S. et A. HUNTER, « Confidentiality of Information Provided to the Director : Protection and Pitfalls Under the Competition Act », (1994) 15/2 *Can. Comp. Rec.* 63.

IDOT, L. (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 de l'Institut de droit comparé de l'Université Paris II, 13 juin 2008, *Concurrences* n° 2-2009, p. 38.

IDOT, L. et F. Zivy, « L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées : États des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer* », *Concurrences* n° 3-2013, p. 34.

IDOT, L., « L'application du droit européen des pratiques anticoncurrentielles par les juridictions de droit commun, la situation en France », XXIV^{ème} congrès de la Fédération Internationale de Droit Européen, [en ligne] : <www.fide2010.eu/multisites/fide2010/templates/yoo_beyond/pdf/France/France-2.PDF>.

IDOT, L., « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur d'un ordre concurrentiel », dans *L'ordre concurrentiel* : *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éditions Frisson-Roche, 2003, p. 523.

IDOT, L., « Le temps : une limite à l'action des autorités » dans FRANCE, DIRECTION GENERALE DE LA CONCURRENCE ET LE REPRESSION DES FRAUDES, Ateliers de la concurrence : *Le facteur temps*, [en ligne] : < http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/facteur_temps2.htm>, au par. 3.

IOANNIDOU, M., « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement: A normative and practical approach », (2011) 8/1 *The Competition Law Review* 59-85.

IORIO, H. D'., « Évaluation des dommages et intérêts en matière de violation de droits d'auteur et de droits moraux », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 45.

IRVING, C. K. et M. BOUCHARD, « National Opt Out Class Actions, A Consitutional Assessment », Quatrième colloque en recours collectifs, 2009.

JAHAN, G., « Doit-on importer les *class actions* en France pour mieux défendre le consommateur ? », dans *La gazette du Palais*, 19 octobre 2006, n° 292, L'extenso.fr, GP20061019009.

JAMAL, M., "Competition Act Changes Improve Access to Tribunal", (2002) 22 *The Lawyers Weekly* 15.

JENNY, F., « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », JCP E, n° 12, 21 mars 2013, 1169.

JESTAZ, P., « Les dommages et intérêts en quête d'un fondement », RLDA 2013/85, p. 110.

JOBIN, P.-G., « Les dommages punitifs en droit québécois », dans *Liber amicorum* J. CALLAIS-AULOY, Paris, Dalloz, 2003, p. 536.

JOHNSON, O. C.A., « Beyond The Private Attorney General : Equality Directive in American Law », (2012) 87/5 *New York University Law Review* 1339-1413.

JOHNSTON, J., « *Cy-Pres Comme Possible* : How Cy Pres Creates Improper Incetives in Class Action Settlements », (2012-2013) 9 *J. L. Econ. & Pol'y* 277.

JONES, C., « The Case for the National Class », (2004) 1 *Can. Class Actions Rev.* 29-30.

JUTRAS, D., « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273 – 293.

KALAJDZIC, J., « Access to a just result: revisiting settlement standards and cy près distributions », (2010) 6 *Revue canadienne sur le recours collectif* 215-251.

KARLAN, P. S., « Disarming The Private Attorney General », (2003) 19/8 *University of Illinois Law Review* 183-210.

KAZANJIAN, J.A., « Class Actions in Canada », *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 11, No. 3, 1973, pp. 397-436.

KENNISH, T., "Bill C-23 May Expand Competition Law Enforcement", (2002) 21 *The Lawyers Weeklly* 45.

KIRKWOOD, J. B., R. H. LANDE, "The Chicago School's Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency" in Robert PITOFSKY (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, New-York, Oxford University Press, 2008.

KLINGSBERG, D., « Balancing The Benefits and Detriments of Private Antitrust Enforcement : Detrebling Antirust Injury, Standing, and Other Proposed Solutions », (1988) *Cardozo Law Review* 1215-1244.

KOMNINOS, A. P., « Public and Private Enforcement in Europe : Complement ? Overlap ? » (2006) 3/1 *Competition Law Review* 5-26.

LACOURSIÈRE, M., « Le consommateur et l'accès à la justice », (2008) 49 *C. de D.* 97-130.

LACOURSIÈRE, M., « Richard c. Time Inc. : à la recherche de la définition du « consommateur-moyen » ! », (2012) 90/2 *La revue du Barreau canadien* 495-510.

LACRESSE, A., « Actions en dommages et intérêts : La Cour de justice de l'Union européenne ouvre largement le droit d'accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux éléments recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence (Donau Chemie) », *Concurrences* 2013/3, art. n° 53836, p. 140.

LACROIX, M., « Attention au gros lot ! – *Richard* c. *Times Inc.* », (2012) 71 *Revue du Barreau* 147.

LAFOND, P.-C., « L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice », (2007) 37 *R.G.D.* 349-367.

LAFOND, P.-C., « L'exécution des jugements en matière de recours collectif : que les tribunaux s'exécutent ! (ou le royaume de l'imagination) », dans Alain PRUJINER et Jacqueline ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec*, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 214.

LAFOND, P.-C., « L'exemple québécois de la Cour des petites créances : « cour du peuple » ou tribunal de recouvrement », (1996) 37 *C. de D.* 63-83.

LAFOND, P.-C., « Le consommateur et le procès – rapport général », (2008) 49 *C. de D.* 131-157.

LAFOND, P.-C., « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 4-35 à la p. 3, [en ligne], < http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_29/29-12-lafond.pdf>.

LAFOND, P.-C., « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », dans *Les Petites Affiches*, 10 juin 2005, n° 232, L'extenso.fr, PA200511504.

LAFORCADE, A. De, « L'évolution du droit d'agir en justice des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD Com* 2012, p. 711.

LAITHIER, Y.-M., « Le droit comparé et l'efficacité économique », (2010) 1 *Revue de Droit Henri Capitant* [en ligne] : <http://henricapitantlawreview.net/article.php?id=224>.

LAMONT, S., « The Problem of the National Class : Extra-Territorial Clas Definitions and the Jurisdiction of the Court », (2001) 24 *Advocates 'Q* 252.

LANDES, W. et R. A. POSNER, « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of "Illinois Brick" (1979) », 46 *U. Chi. L. Rev.* 602.

LANDES, W. M. et R. A. POSNER, « The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan » (1980) 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274.

LANG, A. C. et E. SNOW, « Enforciability of National Classes », (2006) 1/1 *Class Action Fed. Q.* 2.

LASSER, M., « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », (2001) 45 *APD* 137.

LASSERRE-KIESOW, V., « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », D. 2007.2116.

LASSERRE, B., « Propos introductifs », dans J.-P. DELEVOYE (dir.), *Les PME face au droit de la concurrence,* Chambre de commerce de Paris, colloque du 22 juin 2011, RLC 2011/29, p. 152.

LAUZON, Y., « Le prélèvement du Fonds d'aide sur le reliquat : un déséquilibre à corriger », dans *Colloque national sur les recours collectifs, Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 362, Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2013, pp. 312-313.

LE BOT, O., « Le droit au recours comme garantie des droits fondamentaux : l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », (2009) 7 *CRDH* 107.

LECLERC, J.-M. et D. STERNS, « The Case For Permitting Indirect Purchaser Claims In Canada : A Critical Analysis Of *Pro-Sys Consultants And Sun-Rype* », (2012) 25/1 *Revue canadienne du droit de la concurrence* 96.

LEFBVRE, E. C. et V. ROCHETTE, « Les droits des acheteurs indirects dans les recours collectifs – La Cour d'appel du Québec se démarque », Norton Rose Fulbrigth (avocats), novembre 2011, [en ligne] : <http://www.nortonrosefulbright.com/centre-du-savoir/publications/59560/les-droits-des-acheteurs-indirects-dans-les-recours-collectifs-la-cour-dappel-du-quebec-se-demarque>.

LEGRAND, P., « L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité) », (2001) 45 *APD* 37.

LEGUEVAQUES, C., « Lettre ouverte à Pierre Moskovici et Benoît Hamon sur le projet de *class action* « à la française », *Les petites affiches*, 28 mai 2013, n° 10, L'estenso.fr, PA201310605.

LEHAIRE, B., « Analyse tridimensionnelle de l'obligation de minimiser son dommage en droit civil québécois », dans *Repères*, Février 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014REP1478.

LEHAIRE, B., « La collectivisation du recours privé en droit de la concurrence : réalité canadienne et perspectives françaises », (2013) 1 *B.D.E.* 1-9.

LEHOUX, J.-F. et M.-A. HUDON, « Responsabilité et recours collectifs : une coexistence difficile ? », dans *Cinquième colloque sur les recours collectifs*, Actes de la formation juridique permanente, vol. 7, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010, p. 178.

LEMAIRE, C. et D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », JCP E 2006.2590, n° 45.

LEMONDE, L. et J. DESROSIERS, « Le droit à un recours effectif lors de la violation des droits fondamentaux des mineurs privés de liberté », (2002) 62 *R. du B.* 205.

LESLIE, C. R., « A Market-Based Approach To Coupon Settelments in Antitrust and Consumer Class Action Litigation », (2002) 49 *UCLA Law Review* 991.

LESLIE, C. R., « The Need to Study Coupon settlements in Class Action Litigation », (2004-2005) 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1395.

LÉTOURNEAU, P., « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD Com.* 1998, p. 83.

LETOURNEAU, P., « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505.

LEWIS, A., « Limiting Justice : The Problem of Judicially Imposed Caps on Contingent Fees in Mass Actions », (2012) 31 *Rev. Litig* 209.

LINCOURT, J.-Ph. et J. SAINT-ONGE, « La définition du groupe : pierre angulaire du recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 295, *Développement récents en matière de recours collectifs*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 155.

LONGUET, P., « L'efficacité de la norme : le point de vue de l'Union européenne », La Lettre, Fondation pour l'innovation politique, n° 13, juin 2005, p. 3.

LORANGER, J.-M., E. CLAVIER et M. LEMIEUX, « Commentaire sur l'arrêt Infineon Technologies AG c. Option consommateurs – Les acheteurs indirects peuvent exercer un recours collectif », dans *Repères*, Janvier 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014REP1471.

LUCAS DE LEYSSAC C. et G. PARLÉANI, « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », dans *Le contrat au début du XXI^e^ siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, p. 602.

LUCAS DE LEYSSAC, C. et G. PARLÉANI, « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », dans *Le contrat au début du XXI^e^ siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001.

MACKAAY, E., « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas, 2002, p. 11.

MACQUEEN, D., "On Some Other Objectives Of Competition Policy" in R. S. KHEMANI et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and*

Policy at the Centenary, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991, pp. 21-27.

MAGENDIE, J.-Cl. « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », (2001) 45 *APD* 13-19.

MAGUIRE WELLINGTON, L., « Bijuridisme canadien : Méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, fascicule 4, 1-26.

MAINGUY, D., (dir.), « L'introduction en droit français des *class actions* », *Actualités du droit de la consommation* 2005/5, pp. 1-37.

MALINA, M., « Fluid Class Recovery As a Consumer Remedy In Antitrust Cases », (1972) 47 *N.Y.U. L. Rev*. 477.

MANGUY, D. et M. DEPINCÉ, « Pour l'action de groupe en droit français », JCP E, n° 20, 16 mai 2013, act. 355.

MARCEAU, N. et S. MONGRAIN, « Dissuader le crime : un survol », (1999) 75 *L'actualité économique* 123-147.

MARCHESSEAULT, J. V., « *Quebec Law Does Not Seem to Impose Obligation to Mitigate* », (2006) 25(37) *The Lawyers Weekly* 1-3

MARÉCHAL, C., « L'évaluation des dommages et intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245.

MASSON, A., « « *Private enforcement* » vertical et horizontal : les difficultés d'une conciliation », RLC 2006/7, p. 79.

MC DONALD, B.C., « Private Actions and the Combines Investigation Act », in Prichard, J.R.S., Stanbury, W.T. and Wilson, T.A. (eds), *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*, Toronto, Butterworths, 1979.

MCFADYEN, G.F., « Consumer Class Actions », (1973) 2 *Queen's Law Journal* 50-58.

MELLONI, M., « La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur les infractions aux articles 101 ou 102 TFUE », RLDA 2013/85, p. 141.

MEREDITH, W.C.J., « Examination on Discovery in Quebec », (1958) 5 *R. D. McGill* 54.

MÉSA, R., « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », dans *Les Petites Affiches*, 27 février 2012, n° 41, L'extenso.fr, PA201204103.

MICHAUD, A., « Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract », (1989) 15 *R.G.D.* 293.

MICKLITZ, H.-W., « Consumers and Competition – Access and Compensation Under EC Law », (2006) 17/1 *European Business Law Review* 3-21.

MILLER, A. R., « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the 'Class Action Problem' », (1979) 92/3 *Harv. L. Rev*. 664.

MOORE, B., « Le système juridique canadien et le droit des affaires », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, Thémis, 2006, p. 10.

MORTIER, R., « La Cour suprême des États-Unis brise les *Foreign-Cubed class actions* », *Dr. Sociétés*, n° 10, Octobre 2010, comm. 186.

MUIR-WATT, H., « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 3-52 *R.I.D.C.* 503-527.

MUIR-WATT, H., « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », dans B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas, 2002, p. 44.

MUIR-WATT, H., « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », (2001) 45 *APD* 29.

MULHERON, R. P., « The Modern cy-près doctrine: applications & implications », (2007) 4 *Revue canadienne sur le recours collectif* 203-210.

MUSGROVE, J. B., « Civil Actions in the *Competition Act* », (1994) 16 *Advoc. Q.* 94.

NACCARATO, M., « Note lexicographique : cy-près », (2005) 46 *C. de D.* 771.

NAIBERG, R., « Courts Blur Line Between Compensatory and Nominal Damages », (2002) 21/36 *The Lawyers Weekly* 1-3.

NAUDIE, C., S. LUSSIER Ad. E. et G. GROVE, « La mise augmente en ce qui a trait aux recours collectifs antitrust au Canada : la Cour d'appel du Québec autorise les recours collectifs relatifs aux puces DRAM », 17 novembre 2011, Osler (avocats), [en ligne] : < http://www.osler.com/NewsResources/Details.aspx?id=3976&langtype=3084>.

NEUMANN, K. A. et L. W. MAGNUSSON, « Pour une action collective européenne dans le droit de la concurrence », (2011) 24/2 *R.Q.D.I.* 149.

NIBOYET, M.-L., « Action de groupe et droit international privé », RLC 11/2006, n° 32.

NICHOLSON, M. J., ERMAK, Y., « Private Enforcement: Five Years Retrospective », *Annual Fall Conference On Competition Law*, CBA National Competition Law Section, 2007.

NOURISSAT, C., « À propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », RLC 2008/17, pp. 93-94.

NOURISSAT, C., « Action de groupe : une vraie conquête démocratique », *Procédures*, n° 10, octobre 2013, Repère 9.

NOURISSAT, C., (dir.), « Entreprise et risque concurrentiel, Réflexions croisées », RLC 2010/22, p. 109.

NUSSENBAUM, M., « La réparation du préjudice économique », dans *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009, p. 282.

NUSSENBAUM, M., « La réparation du préjudice économique lié aux pratiques anticoncurrentielles », dans *Etudes à la mémoire de Fernand Charles JEANTET*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 391.

O'CONNOR, K. J., « Is the Illinois Brick Wall Crumbling»? (2001), 15/3 *Antitrust* 34.

O'SULLIVAN, T., « The future of financing class actions in Ontario : considerations arising from a review of bills 28 and 29 », dans A. PRUJINER et J. ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec*, Actes de la Première Conférence Yves Pratte, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 95.

OCDE, « Les objectifs du droit et de la politique de concurrence », (2003) 5-1 *Revue sur le droit et la politique de concurrence* 8-30.

OPPETIT, B., « Droit et économie », (1992) 37 *ADP* 17-26.

OSBORNE, W. M. G., « The Loss Stops Here : Should Indirect Purchasers Be Able To Sue For Price Fixing Losses ? », (2012) 25/1 *Canadian Competition Law Review* 50-95.

PACLOT, Y., « *Class actions* : le vent du boulet… », *RD bancaire et fin.*, n° 4, Juillet 2010, alerte 14.

PAPADOPOULOS, I., « Pas d'américanisation du droit mais des convergences avec les droits anglo-saxons », Lemonde.fr, 25 mai 2004, [en ligne] : < http://www.lemonde.fr/societe/article/2004/05/25/ioannis-papadopoulos-pas-d-americanisation-du-droit-mais-des-convergences-avec-les-droits-anglo-saxons_366114_3224.html>.

PAPILLON, B. M., « Le redressement des PME insolvables et la procédure de proposition LFI », dans C. BOUCHARD (dir), *Droit des PME*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. 605.

PERELL, P. M., « New Developments in Ontario Contingency Fee Agreements », (2003) 38 *Can. Bus. L.J.* 472.

PÉREZ, J. M., « Introduction à la class action en droit américain », dans V. MAGNIER (dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, Paris, PUF, 2004, p. 26.

PERROT, R., « L'action en justice des syndicats professionnels, des associations et des ordres professionnels », dans *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio juridica*, X Badapest, 1969, pp. 99-106.

PFERSMANN, O., « Le droit comparé comme interprétation et théorie du droit », (2001) 2-53 *R.I.D.C.*, 275-288.

PICOD, Y., « Affinités ou divergences ? L'approche juridique », dans Cycle de conférences de la Cour de cassation, *Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles*, Jeudi 13 septembre 2013, RLC 2008/15, n° 1121, p. 170.

PIETRINI, S. « Indépendance et interdépendance des juridictions et autorités de concurrence », dans *Les Petites Affiches*, 27 mars 2009, n° 62, L'extenso.fr, PA200906202.

PIROVANO, A., « Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001 », D. 2002.62.

PIROVANO, A., « La concurrence déloyale en droit français », (1974) 26/3 *R.I.D.C.* 467-504.

PIROVANO, A., « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence) », D. 1980, Chron. 145.

POLINSKY, A. M., « Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement », 1(985-1986) 74 *Geo. L. J.* 1231.

POLVERINOB, F., « A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union », (2007) 30/3 *World Competition* 479-499.

POPOVICI, A., « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ? », (1998-1999) 49 *Meredith Mem. Lect.* 49.

PORTMANN, A., « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », *Dalloz actualité*, 29 avril 2013.

POTTER, E. R. et N. RAZACK, « Cy Pres Awards in Canadian Class Actions: A critical interrogation of what is meant by "as near as possible" » (2010) 6 *Revue canadienne sur le recours collectif* 297-329.

PRADEL, X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Préf. P. JOURDAIN, Thèse, Paris, LGDJ, 2004.

PRATTE, P., « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois », (1999) 59 *Revue du Barreau* 527.

PRATTE, P., « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 *R. du B.* 593.

PRICHARD J. R. S. et M. J. TREBILCOCK, « Class Actions and Private Law Enforcement », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 5.

PRICHARD, J. R. S., « Private Enforcement and Class Actions », in PRICHARD, J. R. S., Stanbury, W.T. and Wilson, T.A. (eds), *Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics*, Toronto, Butterworths, 1979.

PRIETO, C., « Attermoiements récurrents sur l'action de groupe », *Concurrences* n° 3-2013, p. 5.

PRIETO, C., « L'Europe et le droit de la concurrence : Des malentendus aux mérites reconnus », *JCP G* 12.I.132.

PRIETO, C., « Les enseignements de l'expérience américaine en matière de *private enforcement* », *Concurrences* n° 4-2008, p. 50.

PUIGELIER, C., « Le décès de l'une des parties et l'interruption de l'instance : une certaine façon d'ignorer la mort », *JCP G* 1991.I.3498, n° 13.

PURI, P., « Financing of Litigation by Third-Party Investors : A Share of Justice », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 515.

RAJABIUN, R., « Strategic Considerations in the Emergence of Private Action Rights », (2009) 32/3 *World Competition* 409-434.

RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, [en ligne] : <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf>, p. 127.

REICH, N., « Horizontal Liability in EC Law : Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights », (2007) 44 *Common Market L. Rev.* 705.

REID, H., « Le recours collectif au Québec », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 18.

REID, R. S., « Class Actions: Deference, Redress, or Legal Nightmare? » in J.W. ROWLEY and W.T. STANBURY (eds), *Competition Policy in Canada: Stage II, Bill C-13*, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 1978, pp. 205-233.

RENAUD, M. et D. THÉRIEN, « La Loi sur la concurrence », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2013DEV2072.

RENAUD, M. et D. THÉRIEN, « La nouvelle loi sur la concurrence : y avez-vous pensé ? », dans *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011DEV1786.

RIENDEAU, A., « La susceptibilité d'exercice collectif d'un recours en droit québécois », (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 109-110.

RIFFAULT-SILK, J., « Le Livre blanc et les actions en réparation », RLC n°23/2010, p. 122.

RIFFAULT-SILK, J., « Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond », RLC 2006/1, p. 87.

RIFFAULT, J., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes : le rôle de la juridiction judiciaire », dans H. de CHARRETTE (dir.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, p. 23.

RILEY, R., « Beyond Leniency : Enhancing enforcement in EC Antitrust Law », (2005) 28/3 *World Competition* 377-400.

RIVAS, J. et G. ELLAIR-HEALH, « Striking the balance between public and private enforcement : The case for concensual compensation as mitigating circumstance in setting fines for violations of EU competition law », *Concurrences* n°1-2014, Art. N° 69572.

ROACH, K. et M. J. TREBILCOCK, « Private Enforcement of Competition Laws », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 461-508.

RODRIGUE, S., « L'absence de dommages compensatoires en matière de recours collectif », Services de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol. 295, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 77.

ROMANET, J., « Transmission des éléments concernant les pratiques anticoncurrentielles : le législateur délimite les contours », RLDA 2013/79, pp. 37-38.

ROSENBERG, D. et J. P. SULLIVAN, « Coordinating Private Class Action and Public Agency Enforcement of Antitrust Law », (2006) 3/1 *La revue canadienne des recours collectifs* 47-79.

ROSENBERG, D., « Mass Tort Class Actions : What the Defendants Have and Plaintiffs Don't », (2000) 37 *Harv. J. on Legis.* 393.

ROUSSEAU, F., « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », D. 2011.1983.

ROY, P., « Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 263.

ROY, P., « Spécial Droit civil - Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 263-301.

ROZON, L., « L'accès à la justice et la Cour des petites créances », (1999) 40 *C. de D.* 243-250.

ROZON, L., « Le recours collectif favorise l'accès à la justice pour les consommateurs », (1998-1999) 29 *R.D.U.S* 57-66.

SAMSON, M., « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et … révolution ? » 2012 42 *R.D.U.S.* 159.

SARNA, L., « Examination on Discovery : The Full Disclosure », (1984) 44 *R. du B.* 179.

SCHIMDT, J. et S. HIRJ, « Le tribunal n'a pas déterminé qu'il y a abus de position dominante : pas de réclamation privée possible », Pleins Feux, Fraser Milner Casgrain (avocats), août 2010.

SELINSKY, V. et J. PEYRE, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », RLC 2005/2, pp. 114-121.

SÉLINSKY, V. et S. CHOLET, « Invoquer la clémence : un avantage stratégique pour les entreprises », RLDA 2006/6, p. 55.

SÉLINSKY, V., « L'action de groupe pour obtenir indemnisation des pratiques anticoncurrentielles bientôt adoptée en France », RLC 2013/35, p. 36.

SÉLINSKY, V., « La victime des pratiques anticoncurrentielles face à la diversité des procédures, LPA, 30 mars 1988, p. 14.

SGRO, C., « The Doctrine of cy près in Ontario class actions: toward a consistent, principled, and transparent approach », (2011) 7 *Revue canadienne sur le recours collectif* 265-292.

SIBONY, A.-L., « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », dans M. FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 62.

SIBONY, A.-L., « Du droit des consommateurs de prendre part aux procédures de sanction des infractions au droit de la concurrence », *R.L.C*, Actualités, 2007-11.

SIMARD, M., « L'octroi de dommages par jugement final en matière de recours collectif », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol.

254, *Développements récents en recours collectifs*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 67.

SMIT, H., « La procédure civile comme instrument de réforme sociale », (1976) 28 *R.I.D.C.* 455.

SOUAM, S., « Dissuasion de la collusion et efficacité de deux systèmes d'amendes », (1998) 49/3 *Rev. Économique* 756.

SOUTY, F., « La Cour suprême des Etats-Unis et les pratiques anticoncurrentielles : réflexions sur les arrêts *Empagran* et *Intel V. AMD* », dans *Les Petites Affiches*, 21 septembre 2004, n° 189, L'extenso.fr, PA200418901.

SOUVIGNET, X., « L'accès au droit, principe de droit, principe du droit », (2008) 1 *Jurisdoctoria* 23-50.

STEVENSON, R. B., « Le « procureur général privé » dans le droit des sociétés des États-Unis », (1978) 30/3 *R.I.D.C.* 779.

STREKAF, J'-A, « Private Enforcement Of Canadian Competition Law » in R. S. KHEMANI et W. T. STANBURY (dir.), *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991, pp. 645-657.

SYLVESTRE, P., « Et si les effets concrets du recours collectif s'avéraient plus importants que ceux des Chartes pour les citoyens », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 327, *Développements récents en recours collectif*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2010.

SYLVESTRE, P., « Le recours collectif : un outil de mise en œuvre de législations et de politiques d'intérêts public », *Développements récents en matière de recours collectifs*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006DEV1225.

SZENTESI, S., « The Expending Playing Field After Sweeping Competition Act Amendements and Plaintiff Favourable Class Action Decisions » (20 juillet 2011), [en ligne] : <http://www.ipvancouverblog.com/2010/08/competition-law-private-actions-in-canada-%e2%80%93-the-expanding-playing-field-after-sweeping-competition-act-amendments-and-plaintiff-favourable-class-action-decisions/>.

TASSO-DE-PANAFIEU, C., « La protection de la divulgation des documents relatifs aux procédures de clémence : de nouvelles limites à l'accès au dossier pour les entreprises ? », RLC 2012/74, p. 47.

The History and Development of Qui Tam, (1972) 1 Wash. U. L. Q. 81.

THIMMESCH, A., « Beyond Treble Damages : Hanover Shoe and Direct Purchaser Suits After Comes v. Microsoft Corp. » (2005), 90 *Iowa L. Rev*. 1649.

TRAPET, M.-D., « L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire », (2001) 45 *APD* 117.

TREBICOCK, M. J. « Private Law Remedies for Misleading Advertising », (1972) 22-1 *University of Tronto Law Journal* 1-32.

TREEK, J. et T. LAMPERT, « La mondialisation des règles de concurrence », dans *La Gazette du Palais*, 18 juillet 2000, n° 200, L'extenso.fr, GP20000718019.

TULIBACKA, M., « Europeanization Of Civil Procedures: In Search Of A Coherent Approach », (2009) 46 *Common Market Law Review* 1527-1565.

TZAKAS, D.-P. L. « Effective Collective Redress In Antitrust And Consumer Protection Matters: a Panacea Or a Chimera ? », (2011) 48 *Common Market Law Review* 1125–1174.

TZANKOVA, I. et J. KORTMANN, « Remedies for Consumers of Financial Services : Collective Redress and Improvement of Class Representation », (2010) 1 *Revue européenne de droit de la consommation* 117.

UTZSCHNEIDER, Y. et H. PARMENTIER, « Réparation du préjudice lié à une infraction au droit de la concurrence : la Cour de cassation accepte le « *passing-on* », D. 2010.2781.

VATIER, B., « Peut mieux faire », dans la *Gazette du Palais*, 16 mai 2013, n° 316, L'extenso.fr, GPL130d1.

VEEL, P. E., « Private Party Access To The Competition Tribunal : A Critical Evaluation of The Section 103.1 Experiement », (2009) 18 *Dalhousie J. Legal Stud*. 1-31.

VERKINDT, P.-Y., « Action en justice et action de groupe », dans V. MAGNIER (dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, Paris, PUF, 2004, p. 39.

VIALENS, J., « La coopération entre les autorités spécialisées et juridictions des différents États membres au service de la création d'un droit communautaire de la concurrence », dans *Le droit européen et la création du droit, Chronique de droit européen et comparé n° XVI*, dans *Les Petites Affiches*, 28 janvier 2008, n° 20, L'extenso.fr, PA200802002.

VIGNON-BARRAULT, A., « Les dommages et intérêts punitifs », dans Philippe PIERRE et Fabrice LEDUC (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 96.

VINEY, G., « L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs », RDC 2006/33, p. 60.

VINEY, G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009.2944.

WACHSMANN, A. et N. ZACHARIE, « La Cour de cassation rejette un pourvoi en l'absence de démonstration d'une atteinte à la concurrence dans une affaire de demande en réparation du préjudice subi (E-Kanopi) », *Concurrences* 2013/3, p. 87, art. n° 53984.

WATERS, D., « Changing the purpose of gifts: the fate of administrative and cy-pres judicial schemes in Canada », (2010) 23 *Philantrop.* 93-118.

WEBER WALKER, S., « Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law », (2006) 29/3 *World Competition* 367-381.

WERDEN, G. J. et M. SCHWARTZ, « Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations - An Economic Analysis» (1984), 35 *Hastings L.J.* 629.

WHYBROW, J., « The Case For Class Actions in Canadian Competition Policy: An Economist's Viewpoint », in *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976, pp. 196-251.

WILHEM, P. et L. FERCHICHE, Rép. Jurisclasseur, v° Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Procédures judiciaires, fasc. 382, au par. 37.

WILLIAMS, N. J., « Class actions in Canada », *Canadian Consumer*, Vol. 5, October 1975, pp. 18-20.

WILLIAMS, N. J., « Consumer Class Actions in Canada: Some Proposals for Reform », (June 1975) 13-1 *Osgoode Hall Law Journal* 1-88.

WILS, W., « The Relationship Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages », Concurrences 2009/4, n° 34956.

WILSHER, D., « The Public Aspects of Private Enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture », (2006) 3/1 *The Competition Law Review* 27-45.

WILSON, G. W. « Anti-combines and Injury to the Public », *Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 23, February 1957, pp. 73-169.

WISE, M., « Examen du droit et de la politique de concurrence au Canada », (2003) 1/5 *Revue sur le droit et la politique de concurrence* 53-127.

WONG S. et K. J.WRIGHT, « Class Actions and Private Actions under the Competition Act », (2003) 31 *Int' l Bus. Law.* 157.

WOODS, D., « Private Enforcement of Antitrust Rules – Modernization of the EU Rules and the Road Ahead », (2003-2004) 16 *Loy. Consumer L. Rev*. 431.

YOUNES, C., « Le recours collectif québécois : Les réalités collectives à travers le prisme du droit », (2000) 15 *Can. J.L. & Soc.* 111.

ZIEGEL, J. S., « The Future of Canadian Consumer Class Action », (1974) 32 *The Advocate* 289-294.

3.3 Notes de jurisprudence

BÉHARS-TOUCHAIS, M. :

- obs. ss. CA Nîmes, 25 février 2010, n° 07-00606, *SAS Carrefour France* c/ *Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* : BOCCRF 30 mars 2010, n° 3, *Revue des contrats*, 1er octobre 2010, n° 4, L'extenso.fr, RDCO2010-4-028.
- Obs. ss. Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-15264, D. (arrêt *Baguyled*), RLC 2009/20, p. 39.

BOULOC, B. :

- obs. ss. Civ. 1ère, 26 mai 2011, n° 10-15.676, *RTD com.* 2011, p. 627.

BOSCO, D. :

- obs. ss. T. com. Albi, ord. réf., 28 oct. 2009, n° 2009 004733, *SA SIAC c/ SA Renault* : JurisData n° 2009-014828, *Contrats, concurrence, consomm.*, n° 1, Janvier 2010, comm. 11.
-

CAMPANA, M.-J. :

- obs. ss. Cass. com., 3 juin 1986, *Rev. proc. coll.* 1986, p. 48, n° 3.

CHAGNY, M. :

- obs. ss. T. com. Nanterre, 11 mai 2006, *SA Laboratoires Arkopharma* c/ *sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche*, RLC 2007/10, p. 59.

DECOCQ, G. :

- obs. ss. Cass. com. 9 octobre 2012, n° 10-28.718, F-D, *Sté Euro Power Technology* : JurisData n° 2012-022753, *Contrats, concurrence, consomm.*, n° 12, Décembre 2012, comm. 286.
- obs. ss. TPICE, 7 juin 2006, *Österreichchiseche postpankasse AG, Bank für Arbeit und wirstschaft AG* c/ *Commission*, aff. jtes T-213/01 et aff. T-214/01, *Contrats concurrence consomm.*, n° 8, comm. 162.

DELPECH, X. :

- obs. ss. Civ. 1ère, 26 mai 2011, n° 10-15.676 : Bull. I, n° 531, D. 2011.1548.

DIAWARA, K. :

- obs. ss. *Jacques* c. *Pétroles Irving Inc.*, 2012 QCCS 2954, *Concurrences* 2013/1, p. 228.

- obs. ss. *Option Consommateurs* c. *Infineon Technologies a.g.*, 2011 QCCA 2116, *Concurrences* 2012/4, p. 191.
- obs. ss. *Sun-Rype Products Ltd.* c. *Archer Daniels Midland Company*, 2011 CBCA 187, *Concurrences* 2012/4, p. 193.

DUPONT, N. :

- obs. ss. Civ. 1ère, 26 mai 2011, « L'action en représentation conjointe des associations de consommateurs ou l'action mal-aimée des juges », D. 2011. 1884

FABRE, G. :

- obs. ss. T. com. Paris, 24 août 2011, RLC 2012/30, p. 98.

GAVALDA, Ch. et C. LUCAS DE LEYSSAC :

- obs. ss. CA Paris, 1ère ch., Sect. A, 27 juin 1990, D. 1991, som., p. 251. obs., JCP E 1990, I, 20256.

LICARI, F.-X. :

- note ss., CA Poitiers, 1ère Ch. civ., 26 février 2009, n° 07/02404, JDI (Clunet), n°4, 4 octobre 2010, 18.

LOUSSOUARN, Y. :

- note ss., CA Paris, 17 mars 1960, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 147.
- obs. ss. Cass. crim., 15 oct. 1959, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 56

MALAURIE-VIGNAL, M. :

- obs. ss. Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15.816, non publié, *Contrats concurrence consomm.*, n° 10, comm. 282.
- obs. ss. Com. 9 octobre 2001, *Contrats concurrence consomm.* 2002, n° 6.
- obs. ss. Com. 9 octobre 2001, *Contrats, concurrence, consomm.* 2002, n° 6.

MAZEAUD :

- note ss. Crim. 19 nov. 1959, *RTD Civ.* 1960, p. 314.

PUECH :

- note ss. Crim. 28 avril 1977, Bull. n° 144, p. 354 ; *D.S.* 1977, Inf. Rap. 424.

VÉTU, F. :

- note ss. CA Paris, 25ème Ch. A, 28 juin 2002, *SARL Philippe Streiff Motorsport et a*. c/ *SAS Speedy et a*. [Juris-Data n° 2002-186210], J.C.P. G., 2003.II.10183, n° 48.

4. DOCUMENTS OFFICIELS, DISCOURS ET RAPPORTS

4.1 Canada

BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur l'accès privé au Tribunal de la concurrence*, Ottawa, Avril 2005.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, DIVISION DES AFFAIRES LEGISLATIVES, *Déclaration sur les mesures législatives, Projet de loi C-23* (*Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence)*, Conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien, Section droit de la concurrence, 20 septembre 2001.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur l'accès privé au Tribunal de la concurrence*, Ottawa, Avril 2005, [en ligne] : < http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00168.html>.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Bulletin d'information sur la communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence, Ottawa, 10 octobre 2007.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur le programme d'immunité et la Loi sur la concurrence*, Ottawa, 7 juin 2010.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin d'information sur le programme de clémence*, Ottawa, 29 septembre 2010.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Guide sur les modifications à la Loi sur la concurrence*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 22 avril 2009, à la page 1, [en ligne] : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-f.pdf/$file/A-Guide-to-Amendments-to-the-Competition-Act-f.pdf>.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79 de la L.c.)*, Ottawa, 2012, [en ligne] : < http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00168.html>.

CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Ottawa, 2009, [en ligne] : < http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00168.html>.

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Procès-verbaux*, 1ère sess., 27e parl., 6 novembre 2001, 0915 (M. Michael J. Trebilcock).

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Septième rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, sur le projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, 1ère sess., 37e parl., 2001.

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DES FINANCES, DU COMMERCE ET DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES, *Quatorzième rapport du Comité permanent des finances, du commerce et des affaires économiques sur le projet de loi C-42, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, 2e sess., 30e parl., 1977, pp. 54-59.

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, 30e Parl., 2e sess., 21 octobre 1976, Vol. I, p. 1-1084, p. 328.

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 2e sess., 30e parl., Vol. I, 12 oct. au 16 nov. 1977, p. 327 et 328.

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 2e sess., 30e parl., Vol. IV, 22 fév. au 28 mars 1977, p. 4039.

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Procès verbaux*, 2e sess., 30e parl., Vol. V, 29 mars au 6 mai 1977, p. 5316, 5323 et 5392.

CANADA, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, Ottawa, Avril 2002.

CANADA, CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983, p. 74.

CANADA, DEPARTMENT OF CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS, *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976.

CANADA, DEPARTMENT OF CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS, *A Proposal For Class Actions Under Competition Policy*, Ottawa, Information Canada, 1976.

CANADA, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA PETITE ENTREPRISE, *Principales statistiques relatives aux petites entreprises*, Industrie Canada, Ottawa, Juillet 2012, [en ligne] : < http://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/fra/h_02711.html>.

CANADA, MINISTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATION, *Proposition pour une action collective en matière de législation sur la politique de concurrence*, Ottawa, Information Canada, 1976.

CANADA, MINISTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada*,

Deuxième étape, Modification à la loi relative aux enquêtes sur les coalitions, Ottawa, Ministre des approvisionnement et services Canada, mars 1977.

CANADA, MINSTÈRE DE LA CONSOMMATION ET DES CORPORATIONS, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada, Modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, mars 1977.

CANADA, PARLEMENT, COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Plan d'actualisation du régime de concurrence*, Ottawa, Avril 2002 [en ligne], <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1032077&Mode=1&Parl=37&Language=F&File=60#c0006>.

CANADA, PARLEMENT, *Projet de loi C-23 modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, 1ère sess., 37e Parl., 49-50 Elizabeth II, 2001.

CONSEIL ECONOMIQUE DU CANADA, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Imprimeur de La Reine, 1969.

HUGHES P. et M. J. MOSSMAN, *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Ottawa, Ministère de la Justice, Division de la Recherche et de la Statistique, Mars 2011, [en ligne] : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2003/rr03_2/rr03_2.pdf>.

ONTARIO, COMMISSION DE RÉFORME DES LOIS, *Rapport sur les dommages et intérêts exemplaires*, Toronto, 1991.

QUÉBEC, COMITÉ DE REVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Sainte-Foy (Québec), Juillet 2001, [en ligne] : < http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf>.

ROBERTS, R. J., *Analyse comparative internationale des droits d'action privés*, Rapport, Toronto, 15 janvier 2000.

4.2 États-Unis

U.S. GENERAL ACCOUNTING OFFICE, *Justice Departement* : *Changes in Antitrust Enforcement Policies and Activities* (Washington, D.C. : GAO/GGD-91-2, October 1990).

4.3 Union-Européenne

ALUMNIA, J., *La politique de la Concurrence de l'UE en 2010 et au-delà*, « New Frontiers of Antitrust » – 1ère Conférence annuelle de la revue Concurrences, Assemblée Nationale, Paris, 15 février 2010, SPEECH/10/25.

COMMISSION CE, *Communication du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE*, 2004/C 101/04, JOUE n° C 101, 27.4.2004, p. 0054-0064.

COMMISSION CE, *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes*, 2006/C298/11, JOUE 8.12.2006.

COMMISSION CE, *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, L157/45 du 30.4.2004.

COMMISSION CE, *Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises*, 2003/361/CE, JOUE L. 124/36 du 20.5.2003.

COMMISSION CE, *Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO 16.1.2001, L 12/1.

COMMISSION CE, *Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

COMMISSION CE, *Règlement (CE) n° 1049/2001, du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission*, JOUE n° L145, 31.5.2001.

COMMISSION CE, *Règlement CE n° 17/62 du 6 février 1962*, art. 3, JOUE n° 013 du 21.2.1962, p. 0204-0211.

COMMISSION CE, *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JOUE n° L 012 du 16.1.2001, p. 0001 – 0023.

COMMISSION CE, *Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE*, L123/18, JOUE 27.4.2004.

COMMISSION CE, *Règlement CE n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, JOUE n° L199 du 31.7.2007.

COMMISSION CE, *Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale*, L 174/1, JOCE, 27.6.2006.

COMMISSION CEE, *La réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE*, Bruxelles, 1966.

COMMISSION UE, *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*, C 167/19, du 13.6.2013.

COMMISSION UE, *Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du Traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil*, 2005/C325/07, JOUE 22.12.2005.

COMMISSION UE, *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes*, JOUE n° C298, 8.12.2006.

COMMISSION UE, *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 traité sur le fonctionnement de l'union européenne*, Bruxelles, 2013, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf>.

COMMISSION UE, *La nouvelle définition des PME. Guide de l'utilisateur et modèle de déclaration*, Entreprises et Industrie, Publications, 2006, p. 5, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_fr.pdf>.

COMMISSION UE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008*, COM(2008) 165 final.

COMMISSION UE, *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) 0672.

COMMISSION UE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines règles gouvernant les actions en réparation sur le fondement du droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, Strasbourg, 11 juin 2013, COM(2013) 404 final, (ci-après Proposition de directive sur les actions privées) [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/proposal_directive_en.pdf>.

COMMISSION UE, *Règlement n° 17, Premier règlement d'application 85 et 86 du Traité CEE*, JO n° 013 du 21.2.1962, p. 0204-0211.

COMMISSION UE, *Règlement n° 2842/98 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 81 et 82 du traité CE*, JOUE n° L354, 30.12.1998.

COMMISSION UE, *Staff working paper, accompanying the white paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2008) 404, 2.4.2008.

COMMISSION UE, *XXVe rapport sur la politique de concurrence 1995*, Bruxelles, 1996.

CONSEIL CE, *Directive CE n° 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, JOUE n° L157, 30.4.2004.

MÉDIATEUR EUROPÉEN, *Décision du médiateur européen dans son enquête relative à la plainte 3699/2006/ELB contre la Commission européenne*, [en ligne] : < http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/fr/4752/html.bookmark >.

PARLEMENT UE, *Résolution 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*, Bruxelles, 26 mars 2009, (2008/2154(INI)).

4.4 France

CATALA, P., (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, Paris, La documentation française, 2005.

CERUTTI, G. et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe*, Paris, 16 décembre 2005, [en ligne] : <http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_rappactiondegroupe.pdf>.

COULON, J.-M., (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, Paris, La Documentation française, 2008, [en ligne] : < http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>.

FRANCE, CENTRE DE DOCUMMENTATION ECONOMIE-FINANCE, *Comment définit-on les petites et moyennes entreprises ?*, Paris, Ministère de l'économie et des finances, 16 et 22 novembre 2012, [en ligne] : <http://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises> et < http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>.

FRANCE, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, *Avis relatif au Vocabulaire de droit*, JO 13 mai 2006, p. 7072.

FRANCE, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET NEOLOGIE, *Avis relatif au vocabulaire de droit*, NOR : CTNX0609246X, JO 13 mai 2006, p. 7072.

FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Avis du Conseil de la concurrence relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 21 septembre 2006, [en ligne] : < http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>.

FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel 1988*, Paris, 1988.

FRANCE, CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel pour 2007*, Études thématiques : Les mesures conservatoires, Paris, 2007.

FRANCE, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE ET DE LA RÉPRESSSION DES FRAUDES, *Droit de la concurrence : les mesures conservatoires en 2003*, Extrait d' Actualités n° 173 - mars 2004, [en ligne] : < http://www.finances.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/03_publications/actualitesccrf/concurrence173.htm?ru=03>.

FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES, *Le droit de la preuve devant le juge civil et l'attractivité économique du droit français*, 19 octobre 2005, p. 2, [en ligne] : <www.gip-recherche-justice.fr/aed/NoteSAEIDroitPreuve%20191005.doc>.

FRANCE, PARLEMENT, *Avis fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 1015) relatif à la consommation*, (par Sébastien DENAJA), n° 1123, (2012-2013) – 11 juin 2013.

FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire*, n° 201 (2010-2011) - 22 décembre 2010.

FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, (présenté par Laurent BÉTEILLE), n° 657, (2009-2010) – 9 juillet 2010.

FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi relative à l'introduction de l'action de groupe en France*, n° 324, (2007-2008) – 24 octobre 2007.

FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à créer une action de groupe*, n° 2677, (2009-2010) – 24 juin 2010.

FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire*, n° 201, (2010-2011) – 22 décembre 2010.

FRANCE, PARLEMENT, *Proposition de loi visant à instaurer le recours collectif de consommateurs*, n° 110 (2011-2012) - 24 juillet 2012.

FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne 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) (présenté Marc LAFFINEUR), n° 3200, (2005-2006) – 28 juin 2006.

FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, (présenté par Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG), (2009-2010) – 26 mai 2010.

FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile* (présenté par MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE), n° 558, (2008-2009) – 15 juillet 2009 : [en ligne] : <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>.

FRANCE, PARLEMENT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, (présenté par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE), n° 558, (2008-2009) – 15 juillet 2009.

FRANCE, PARLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la consommation*, n° 1156, (2012-2013) – 13 juin 2013.

FRANCE, PARLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 175), adopté par le sénat, de lutte contre la contrefaçon* (présenté par Philippe GOSSELIN , n° 178, (2006-2007) – 26 septembre 2007.

FRANCE, SÉNAT, *L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs*, n° 499 (2009-2010) - 26 mai 2010, [en ligne] : < http://www.senat.fr/rap/r09-499/r09-4991.pdf>.

GABAIX, X., A. LANDIER et D. THESMAR, *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Paris, La Documentation française, 2012.

5. DOCUMENTS NON-OFFICIELS ET RAPPORTS DIVERS

5.1 Canada

ADDY, G., *Exposé sur les modifications apportées à la Loi sur la concurrence et aux lois connexes (projet de loi C-23)*, Montréal.

ASSOCIATION CANADIENNE DES CONSOMMATEURS, *Mémoire présenté au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie concernant le*

*projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le tribunal de la concurrence***,** 24 octobre 2001.

Association du Barreau canadien : < http://www.cba.org/CBA_ClassAction/SearchFr.aspx>.

CHAMBRE DE COMMERCE DU CANADA, *Sommaire des observations à propos du projet de loi C-23 présentés au Comité permanent de l'industrie, de la science et de la technologie*, 16 octobre 2001.

GROUPE DE LA POLITIQUE ET DU DROIT DE LA CONCURRENCE, *Mémoire au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie*, 6 novembre 2001.

HEMENS, H. J., W.A. MACDONALD, J. W. YOUNGER (Avocats), *Mémoire présenté au sujet des dispositions relatives aux actions collectives du Bill C-42*, Ottawa, Mai 1977.

VON FINCKENSTEIN, K., *Lettre à Mme WELAN, Présidente du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, en réponse à l'exposé de M. Georges ADDY*, Ottawa, 22 octobre 2001.

W. ROSS, T., *Le projet de loi C‑23 et la permission donnée aux particuliers : commentaires et observations sur les modifications qu'il est proposé d'apporter aux lois sur la concurrence et le Tribunal de la concurrence, Observations formulées devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes*, 23 octobre 2001.

5.2 Union-Européenne

WAELBROECK, D., D. SLATER et G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 août 2004, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>.

5.3 France

AGENCE FRANCE PRESSE, « Actions de groupe: "quelques verrous" selon l'Autorité de la concurrence », 25 mai 20013, [en ligne] : <http://www.afp.com/fr/professionnels/services/news/actions-de-groupe-quelques-verrous-selon-lautorite-de-la-concurrence>.

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ÉTUDE SUR LA CONCURRENCE, *Consultation de la Commission sur le recours collectif,* p. 27 et 30, [en ligne] : < http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/afec.fr.pdf>.

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, *Résolution du Conseil nationales des Barreaux, L'introduction de l'action de groupe en droit français*, Paris, 6 et 7

juillet 2012, [en ligne] : < http://cnb.avocat.fr/docs/textes/CNB-RE2012-07-06_TXT_Introduction-action-de-groupe-en-France.pdf>.

6. SITES INTERNET

Autorité de la concurrence :
<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_2mars2009_clemence.pdf>.

Bureau de la concurrence :
<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca >.

Cartel Damage Claims :
<http://www.carteldamageclaims.com/>.

Conseil national du Barreau français :
<http://cnb.avocat.fr/docs/RIN/RIN_2010-05-08_Consolide+Commentaire%5bFinal%5d.pdf>.

Cour supérieure du Québec :
<http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/rrc/Accueil/Accueil.aspx>.

La *Law foundation* de l'Ontario :
< http://www.lawfoundation.on.ca/fr/fonds-daide-aux-recours-collectifs/ >.

Réseau des entreprises canadiennes :
< http://www.ic.gc.ca/eic/site/ccc-rec.nsf/fra/accueil>.

Annexe 1 – Tableau comparatif des autorités de concurrence canadienne et française

	France		**Canada**	
Enquêtes	Administrative	Pénales	Criminelle	Civile
Agents	Les agents du service de l'instruction de l'Autorité de la concurrence et agent de la DGCCRF	Agents de la DGCCRF	Agents du Bureau de la concurrence	
Poursuite	Rapporteur général	Procureur de la République	Direction des poursuites pénales et criminelles	Commissaire de la concurrence
Juridiction/Autorité compétente	Autorité de la concurrence	Tribunal correctionnel	Cour supérieure	Tribunal de la concurrence
Textes applicables	Art. L. 420-1, 2 et 5 C. com. et art. 101 et 102 du TFUE	Art. L. 420-6 C. com.	Partie VI L.c.	Partie VIII L.c.

Annexe 2 – Textes des principales législations

Loi sur la concurrence

Recouvrement de dommages-intérêts

36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

Preuves de procédures antérieures

(2) Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

Compétence de la Cour fédérale

(3) La Cour fédérale a compétence sur les actions prévues au paragraphe (1).

Restriction

(4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

b) dans le cas de celles qui sont fondées sur le défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance du Tribunal ou d'un autre tribunal, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date où a eu lieu la contravention à l'ordonnance du Tribunal ou de l'autre tribunal,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite.

Code de procédure civile du Québec

LIVRE IX - LE RECOURS COLLECTIF

TITRE I - DISPOSITIONS INTRODUCTIVES

999. Dans le présent Livre, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

a) «jugement»: un jugement du tribunal;

b) «jugement final»: le jugement qui dispose des questions de droit ou de fait traitées collectivement;

c) «membre»: une personne physique, une personne morale de droit privé, une société ou une association faisant partie d'un groupe pour le compte duquel une de ces personnes, une société ou une association exerce ou entend exercer un recours collectif;

d) «recours collectif»: le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres.

La personne morale de droit privé, la société ou l'association ne peut être membre d'un groupe que si, en tout temps au cours de la période de 12 mois qui précède la requête pour autorisation, elle comptait sous sa direction ou son contrôle au plus 50 personnes liées à elle par contrat de travail et qu'elle n'est pas liée avec le représentant du groupe.

1000. La Cour supérieure connaît exclusivement, en première instance, des demandes exercées en vertu du présent Livre.

1001. À moins que le juge en chef n'en décide autrement, un même juge qu'il désigne entend toute la procédure relative à un même recours collectif.

Lorsqu'il estime que l'intérêt de la justice le requiert, le juge en chef peut désigner ce juge malgré les dispositions des articles 234 et 235.

TITRE II - L'AUTORISATION D'EXERCER LE RECOURS COLLECTIF

1002. Un membre ne peut exercer le recours collectif qu'avec l'autorisation préalable du tribunal, obtenue sur requête.

La requête énonce les faits qui y donnent ouverture, indique la nature des recours pour lesquels l'autorisation est demandée et décrit le groupe pour le compte duquel le membre entend agir. Elle est accompagnée d'un avis d'au moins 10 jours de la date de sa présentation et signifiée à celui contre qui le requérant entend exercer le recours collectif; elle ne peut être contestée qu'oralement et le juge peut permettre la présentation d'une preuve appropriée.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;

c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

1004. S'il fait droit à la requête, le tribunal réfère le dossier au juge en chef qui fixe, en tenant compte de l'intérêt des parties et des membres, le district dans lequel le recours collectif sera exercé.

1005. Le jugement qui fait droit à la requête:

a) décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement;

b) identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;

c) ordonne la publication d'un avis aux membres.

Le jugement détermine également la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe; le délai d'exclusion ne peut être fixé à moins de 30 jours ni à plus de six mois après la date de l'avis aux membres. Ce délai est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut permettre au membre de s'exclure s'il démontre qu'il a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

1006. L'avis aux membres indique:

a) la description du groupe;

b) les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;

c) la possibilité pour un membre d'intervenir au recours collectif;

d) le district dans lequel le recours collectif sera exercé;

e) le droit d'un membre de s'exclure du groupe, les formalités à suivre et le délai pour s'exclure;

f) le fait qu'un membre qui n'est pas un représentant ou un intervenant ne peut être appelé à payer les dépens du recours collectif; et

g) tout autre renseignement que le tribunal juge utile d'inclure dans l'avis.

1007. Un membre peut s'exclure du groupe en avisant le greffier de sa décision, par courrier recommandé ou certifié, avant l'expiration du délai d'exclusion.

Un membre qui s'exclut n'est lié par aucun jugement sur la demande du représentant.

1008. Un membre est réputé s'exclure du groupe s'il ne se désiste pas avant l'expiration du délai d'exclusion d'une demande qu'il a formée et dont disposerait le jugement final sur la demande du représentant.

1009. Dans le cas d'une demande de jugement déclaratoire, l'avis remplace, à l'égard des membres, la signification prévue par l'article 454.

1010. Le jugement qui rejette la requête est sujet à appel de plein droit de la part du requérant ou, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel, de la part d'un membre du groupe pour le compte duquel la requête a été présentée. L'appel est instruit et jugé d'urgence.

Le jugement qui accueille la requête et autorise l'exercice du recours est sans appel.

1010.1. À moins que le contexte n'indique un sens différent, les dispositions du Titre III s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au présent Titre.

TITRE III - DÉROULEMENT DU RECOURS

1011. Le représentant forme sa demande selon les règles ordinaires. S'il ne le fait pas dans les trois mois de l'autorisation, le tribunal peut la déclarer périmée sur requête de tout intéressé signifiée au représentant et accompagnée d'un avis d'au moins 30 jours de sa présentation. Cet avis doit aussi, au moins 15 jours avant la date de présentation de la requête, être publié de la même manière que l'avait été l'avis du jugement faisant droit à la requête pour autorisation d'exercer le recours collectif, à moins que le tribunal n'ordonne un autre mode de publication.

Tant qu'il n'a pas été statué sur cette requête, le représentant ou un autre membre qui demande de lui être substitué peut encore empêcher que la péremption de l'autorisation ne soit prononcée, en formant sa demande; en ce cas, le tribunal fait droit à la requête, mais pour les dépens seulement.

1012. Sauf dans le cas où il prétend pouvoir exercer un recours en garantie, le défendeur ne peut opposer au représentant un moyen préliminaire que s'il est commun à une partie importante des membres et porte sur une question traitée collectivement.

1013. L'enquête ou l'audition sur la demande formée par le représentant ne peuvent avoir lieu avant l'expiration du délai d'exclusion.

1014. L'aveu fait par un représentant lie les membres sauf si le tribunal considère que l'aveu leur cause un préjudice.

1015. Malgré l'acceptation des offres du défendeur relativement à sa créance personnelle, le représentant est réputé conserver un intérêt suffisant. Cependant, un autre membre peut demander de lui être substitué.

1016. Le représentant ne peut amender un acte de procédure, se désister totalement ou partiellement de la demande, d'un acte de procédure ou d'un jugement, sans l'autorisation du tribunal et qu'aux conditions que celui-ci estime nécessaires.

1017. Un membre ne peut intervenir volontairement en demande que pour assister le représentant, soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions.

Le tribunal reçoit l'intervention s'il est d'avis qu'elle est utile au groupe.

1018. Dans le cas d'une intervention conservatoire, le tribunal peut, en tout temps, limiter le droit d'un intervenant de produire un acte de procédure ou de participer à l'enquête ou à l'audition, s'il est d'avis que l'intervention nuit au déroulement du recours ou est contraire aux intérêts des membres.

1019. Une partie ne peut, avant le jugement final, soumettre un membre, autre qu'un représentant ou un intervenant, à un interrogatoire préalable ou à un examen médical que si le tribunal considère l'interrogatoire ou l'examen utiles à l'adjudication des questions de droit ou de fait traitées collectivement.

1020. Un témoin ne peut être entendu hors de cour sans l'autorisation du tribunal.

1021. Un membre ne peut être interrogé sur faits et articles.

1022. Le tribunal peut, en tout temps, à la demande d'une partie, réviser le jugement qui autorise l'exercice du recours collectif s'il considère que les conditions énumérées dans les paragraphes a ou c de l'article 1003 ne sont plus remplies.

Le tribunal peut alors modifier le jugement qui autorise l'exercice du recours collectif ou l'annuler ou permettre au représentant de modifier les conclusions recherchées.

En outre, si les circonstances l'exigent, le tribunal peut, en tout temps, et même d'office, modifier ou scinder le groupe.

1023. Celui qui désire renoncer à son statut de représentant ne peut le faire qu'avec l'autorisation du tribunal.

Le tribunal accepte la renonciation s'il est en mesure d'attribuer le statut de représentant à un autre membre.

1024. Un membre peut, par requête, demander au tribunal que lui-même ou un autre membre soit substitué au représentant.

Le tribunal peut substituer le requérant ou un autre membre qui y consent au représentant s'il est d'avis que ce dernier n'est plus en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Le représentant substitué accepte le procès dans l'état où il se trouve; il peut, avec l'autorisation du tribunal, refuser de ratifier les actes déjà faits si ceux-ci ont causé un préjudice irréparable aux membres. Il ne peut être tenu au paiement des dépens et des autres frais pour les actes antérieurs à la substitution, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement.

1025. La transaction, l'acceptation d'offres réelles ou l'acquiescement, sauf s'il est sans réserve à la totalité de la demande, ne sont valables que s'ils sont approuvés par le tribunal. Cette approbation ne peut être accordée à moins qu'un avis n'ait été donné aux membres.

L'avis contient les renseignements suivants:

a) le fait qu'une transaction sera soumise au tribunal pour approbation à une date et à un lieu déterminés;

b) la nature de la transaction et le mode d'exécution prévu;

c) la procédure que suivront les membres pour prouver leur réclamation;

d) le fait que les membres peuvent faire valoir au tribunal leurs prétentions sur la transaction proposée et sur la disposition du reliquat, le cas échéant.

Le jugement détermine, le cas échéant, les modalités d'application des articles 1029 à 1040.

1026. Si le tribunal, après que la demande du représentant a été formée, annule le jugement qui autorise l'exercice du recours collectif, l'instance se poursuit entre les parties, selon les règles ordinaires; le dossier est renvoyé, le cas échéant, devant le tribunal compétent.

TITRE IV - LE JUGEMENT

CHAPITRE I - CONTENU ET EFFET DU JUGEMENT FINAL

1027. Le jugement final décrit le groupe et lie le membre qui ne s'en est pas exclu.

1028. Le jugement final qui condamne à des dommages-intérêts ou au remboursement d'une somme d'argent ordonne que les réclamations des membres soient recouvrées collectivement ou fassent l'objet de réclamations individuelles.

1029. Le tribunal peut, d'office ou à la demande des parties, prévoir des mesures susceptibles de simplifier l'exécution du jugement final.

1030. Lorsque le jugement final acquiert l'autorité de la chose jugée, le tribunal de première instance ordonne la publication d'un avis.

L'avis contient la description du groupe et indique la teneur du jugement.

Si le jugement final prévoit qu'un membre peut présenter sa réclamation, le tribunal indique les questions qui restent à déterminer, les renseignements et les documents qui doivent accompagner la réclamation et tout autre renseignement qu'il juge utile d'inclure dans l'avis.

CHAPITRE II - LE RECOUVREMENT COLLECTIF

1031. Le tribunal ordonne le recouvrement collectif si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres; il détermine alors le montant dû par le débiteur même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n'est pas établi.

1032. Le jugement qui ordonne le recouvrement collectif des réclamations enjoint au débiteur soit de déposer au greffe ou auprès d'un établissement financier exerçant son activité au Québec le montant établi ou d'exécuter une mesure réparatrice qu'il détermine, soit de déposer une partie du montant établi et d'exécuter une mesure réparatrice qu'il juge appropriée.

Lorsque le tribunal ordonne le dépôt auprès d'un établissement financier, les membres bénéficient alors des intérêts sur les montants déposés.

Le jugement peut aussi fixer, pour les motifs qu'il indique, des modalités de paiement.

Le greffier agit en qualité de saisissant pour le bénéfice des membres.

1033. Si le jugement qui ordonne le recouvrement collectif prévoit la liquidation individuelle des réclamations des membres ou la distribution d'un montant à chacun d'eux, cette liquidation ou distribution se fait selon la manière prévue par les articles

Les sommes qui ne sont pas réclamées ou distribuées constituent le reliquat.

1033.1. Le tribunal peut également désigner un tiers pour effectuer la liquidation des réclamations individuelles ou la distribution des montants accordés par jugement à chacun des membres et déterminer sa rémunération.

La distribution des montants accordés par le jugement ou convenus par transaction homologuée s'effectue sous le contrôle du tribunal.

1034. Le tribunal peut, s'il est d'avis que la liquidation des réclamations individuelles ou la distribution d'un montant à chacun des membres est impraticable ou trop onéreuse, refuser d'y procéder et pourvoir à la distribution du reliquat des montants recouvrés collectivement après collocation des frais de justice et des honoraires du procureur du représentant.

1035. Les créances sont colloquées dans l'ordre suivant:

1. les frais de justice, y compris les frais d'avis, et la rémunération visée à l'article 1033.1;

2. les honoraires du procureur du représentant; et

3. les réclamations des membres, le cas échéant.

1036. Le tribunal dispose du reliquat de la façon qu'il détermine et en tenant compte notamment de l'intérêt des membres, après avoir donné aux parties et à toute autre personne qu'il désigne l'occasion de se faire entendre.

CHAPITRE III - LES RÉCLAMATIONS INDIVIDUELLES

1037. Le présent chapitre s'applique lorsqu'il y a lieu de prononcer sur les réclamations individuelles des membres.

1038. Lorsque le jugement final acquiert l'autorité de la chose jugée, un membre peut, dans l'année qui suit la publication de l'avis prévu par l'article 1030, produire sa réclamation au greffe du district dans lequel le recours collectif a été entendu ou de tout autre district selon que le détermine le tribunal.

1039. Le tribunal décide de la réclamation du membre ou il ordonne au greffier de prononcer suivant les modalités qu'il détermine.

Le tribunal peut, s'il le juge nécessaire dans l'intérêt de la justice et des parties, déterminer des modes de preuve et de procédure spéciaux.

1040. Le défendeur peut opposer à un réclamant un moyen préliminaire que l'article 1012 l'a empêché d'opposer auparavant.

Code la consommation

CHAPITRE III – L'ACTION DE GROUPE

Section 1 : Champ d'application de l'action de groupe et qualité pour agir

Article L423-1
Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles :

1° A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;

2° Ou 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.

L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.

Article L423-2
L'action de groupe est introduite selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Section 2 : Jugement sur la responsabilité

Article L423-3
Dans la même décision, le juge constate que les conditions de recevabilité mentionnées à l'article L. 423-1 sont réunies et statue sur la responsabilité du professionnel, au vu des cas individuels présentés par l'association requérante. Il définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement.

Le juge détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices. Lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel.

A cette fin, à tout moment de la procédure, le juge peut ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel.

Article L423-4
S'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe.

Les mesures de publicité de la décision sont à la charge du professionnel. Elles ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation.

Article L423-5
Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui.

Il détermine les modalités de cette adhésion et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel ou par l'intermédiaire de l'association ou de la personne mentionnée à l'article L. 423-9.

L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante.

L'adhésion au groupe ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante.

Article L423-6
Toute somme reçue par l'association au titre de l'indemnisation des consommateurs lésés est immédiatement versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Ce compte ne peut faire l'objet de mouvements en débit que pour le versement des sommes dues aux intéressés.

Article L423-7
Le juge fixe le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices des consommateurs lésés, ainsi que celui ouvert, à cette échéance, pour le saisir en application de l'article L. 423-12 des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

Article L423-8
Lorsqu'il statue sur la responsabilité, le juge peut condamner le professionnel au paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association, y compris ceux afférents à la mise en œuvre de l'article L. 423-9.

Il peut ordonner, lorsqu'il la juge nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, la consignation à la Caisse des dépôts et consignations d'une partie des sommes dues par le professionnel.

Article L423-9
L'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, pour l'assister, notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation.

Section 3 : Procédure d'action de groupe simplifiée

Article L423-10
Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe.

Préalablement à son exécution par le professionnel et selon des modalités et dans le délai fixés par le juge, cette décision, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation, fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision.

En cas d'inexécution par le professionnel, à l'égard des consommateurs ayant accepté l'indemnisation, de la décision rendue dans le délai fixé, les articles L. 423-12 et L. 423-13 sont applicables et l'acceptation de l'indemnisation dans les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de la présente section.

Section 4 : Mise en œuvre du jugement, liquidation des préjudices et exécution

Article L423-11
Le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur, dans les conditions, limites et délais fixés par le jugement mentionné à l'article L. 423-3.

Article L423-12
Le juge ayant statué sur la responsabilité tranche les difficultés qui s'élèvent à l'occasion de la mise en œuvre du jugement.

Il statue dans un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

Article L423-13
L'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement mentionné au second alinéa de l'article L. 423-12.

Article L423-14
L'intégralité des frais et des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement prévus à l'article L. 111-8 du code des procédures civiles d'exécution, pour l'application des sections 1,2 et 4 du présent chapitre, est à la charge du professionnel visé.

Section 5 : Médiation

Article L423-15
Seule l'association requérante peut participer à une médiation, dans les conditions fixées au chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels mentionnés à l'article L. 423-1.

Article L423-16
Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire. Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette adhésion.

Section 6 : Modalités spécifiques à l'action de groupe intervenant dans le domaine de la concurrence

Article L423-17
Lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action mentionnée à l'article L. 423-1 que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou

juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements.

Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3.

Article L423-18
L'action prévue à l'article L. 423-1 ne peut être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision mentionnée à l'article L. 423-17 n'est plus susceptible de recours.

Article L423-19
Par dérogation au second alinéa de l'article L. 423-4, le juge peut ordonner l'exécution provisoire du jugement mentionné à l'article L. 423-3 pour ce qui concerne les seules mesures de publicité, afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti.

Section 7 : Dispositions diverses

Article L423-20
L'action mentionnée à l'article L. 423-1 suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement prévu aux articles L. 423-3 ou L. 423-10.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle, selon le cas, le jugement rendu en application des articles L. 423-3 ou L. 423-10 n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation ou de l'homologation prévue à l'article L. 423-16.

Article L423-21
Les décisions prévues aux articles L. 423-3 et L. 423-10 ainsi que celle résultant de l'application de l'article L. 423-16 ont également autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure.

Article L423-22
L'adhésion au groupe ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge mentionnée à l'article L. 423-3 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 423-16.

Article L423-23
N'est pas recevable l'action prévue à l'article L. 423-1 lorsqu'elle se fonde sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet du jugement prévu à l'article L. 423-3 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 423-16.

Article L423-24
Toute association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut demander au juge, à compter de sa

saisine en application de l'article L. 423-1 et à tout moment, sa substitution dans les droits de l'association requérante, en cas de défaillance de cette dernière.

Article L423-25
Est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe.

Annexe 3 – Récapitulatif des propositions de l'étude

Propositions relatives aux PME	1. L'action collective doit être le mode processuel d'action en justice des acteurs non-dominants sur le marché, que ces acteurs soient des consommateurs ou des PME. 2. Dans le cadre d'une action collective, un consommateur ne doit pas représenter un groupe de victimes de pratiques anticoncurrentielles constitué d'entreprises et de consommateurs. Une représentation duale par un consommateur et un chef d'entreprise ou une organisation professionnelle est à privilégier. 3. La représentation d'une PME dans un groupe de victimes doit être autorisée par cette dernière selon le principe de l'adhésion volontaire au groupe (*opt-in*).
Propositions relatives à la compétence des juridictions	4. Les juridictions en charge des actions privées doivent être spécialisées en droit de la concurrence. 5. La compétence territoriale des juridictions doit dépendre du lieu de résidence de la victime ou du représentant du groupe de victimes. 6. En cas de spécialisation des juridictions en droit de la concurrence, l'action privée collective doit être confiée à ces mêmes juridictions.
Propositions relatives à la procédure civile	7. L'action privée en réparation du préjudice concurrentiel doit être ouverte et accessible aux victimes tant d'une entente anticoncurrentielle que d'un abus de position dominante. Dans le cadre d'une action collective, la représentation du groupe ne doit pas être réservée exclusivement à une association de consommateurs. 8. L'action subséquente est à privilégier dans l'ordonnancement des procédures publiques et privées afin de limiter les risques liés à leur connexité en cas d'actions parallèles. Cependant, la victime doit pouvoir choisir d'exercer une action seule en l'absence de condamnation préalable dans le cadre de l'action publique pour éviter l'immobilisme du *private enforcement* et sa dépendance au *public enforcement*. 9. Les délais de prescription de l'action publique et de

	l'action privée doivent être similaires pour assurer la cohérence des procédures. 10. Toute forme de limitation de la publicité de l'action privée collective de sa création à son extinction nuit à son effectivité en limitant l'adhésion des victimes et le versement des dommages et intérêts obtenus. 11. La victime doit pouvoir demander un accès au dossier de l'autorité publique de concurrence dès lors qu'elle démontre que cet accès est nécessaire à l'exercice de ses droits et que la procédure publique est close. Cette communication doit être ordonnée par le tribunal en charge de l'action privée. Si cette ordonnance est accordée, l'autorité en charge de l'action publique ne doit pas pouvoir la contester en justice.
Propositions relatives à l'identification de la peine privée	12. Toute faute civile commise avec l'intention d'adopter un comportement anticoncurrentiel doit être considérée comme une faute lucrative. 13. Les dommages et intérêts punitifs octroyés dans une action privée doivent prendre la forme de dommages et intérêts restitutoires. Ces derniers devraient être inassurables. 14. En cas de participation du ou des auteurs de pratiques anticoncurrentielles au programme de clémence ou d'immunité de l'autorité de concurrence qui se solde par une réduction de l'amende ou par sa suppression, le défendeur à l'action privée bénéficiaire de cette clémence ne devrait être tenu qu'à des dommages et intérêts compensatoires ou à un pourcentage des dommages et intérêts restitutoires se limitant à sa part dans la participation à la pratique et variant selon l'ordre d'arrivée des auteurs au programme de clémence et d'immunité.
Propositions relatives à la qualification du préjudice concurrentiel	15. Le préjudice concurrentiel de consommation doit être distingué du préjudice concurrentiel d'affaire. Le préjudice concurrentiel de consommation est celui subi par l'acheteur d'un bien et l'utilisateur d'un service disponible massivement et qui a fait l'objet d'une pratique anticoncurrentielle. Il revêt un caractère collectif puisqu'il englobe une multitude de victimes. Le préjudice concurrentiel d'affaire résulte quant à lui des opérations de toute nature liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière en lien avec des pratiques anticoncurrentielles. Il est par nature individuel.
Propositions	

relatives au régime du préjudice concurrentiel	16. Le préjudice concurrentiel doit s'inférer de la faute civile d'entente ou d'abus de position dominante 17. Tout préjudice concurrentiel de consommation doit pouvoir donner lieu à une action collective sans égards à la qualité de consommateur de la victime au sens du droit de la consommation. Les PME doivent donc pouvoir se regrouper dans une telle action. 18. Le préjudice concurrentiel de consommation doit être présumé. Le juge doit pouvoir fixer de manière discrétionnaire un montant forfaitaire de dommages et intérêts qu'il estime correspondre au préjudice de consommation subi par la ou les victime(s). Dans une action collective, l'évaluation du préjudice individuel donnera lieu à une estimation globale à l'échelle du groupe en multipliant, par exemple, le préjudice individuel par le nombre de victimes réelles (selon le modèle *opt-in*) ou potentielles (selon le modèle *opt-out*) de la pratique anticoncurrentielle. 19. Le préjudice concurrentiel d'affaire ne se présume pas. Si le juge constate que ce préjudice est réel mais qu'il est difficile à estimer, comme on le constate souvent dans les litiges de concurrence, il doit pouvoir avoir recours à une évaluation forfaitaire. Cette évaluation se fait alors de manière discrétionnaire.
Propositions relatives à l'évaluation de la peine privée	20. En l'absence de sanction publique des pratiques anticoncurrentielles, les dommages et intérêts restitutoires sont fixés en fonction du gain illicite lequel est évalué par la juridiction civile. 21. En cas de sanction publique des pratiques anticoncurrentielles, les dommages et intérêts restitutoires versés aux victimes de ces pratiques doivent correspondre à la différence entre l'amende publique prononcée et le montant évalué du gain illicite par la juridiction civile. 22. Les dommages et intérêts restitutoires sont fixés, en toutes circonstances, en fonction du gain illicite mais dans la limite de ce qui est nécessaire pour assurer une récupération de ce gain sans compromettre la situation patrimoniale de l'auteur ou des auteurs de pratiques anticoncurrentielles.
	23. Dans le cadre d'une action collective, la sanction privée ou l'indemnité doivent être versées au groupe de victimes ou

Propositions relatives à la liquidation du préjudice concurrentiel	de manière à toucher un nombre suffisant et significatif de membres du groupe. 24. Dans l'action collective, en présence d'un fonds qui finance l'action ou lorsque cette action est confiée à une association de consommateurs, des honoraires de résultat pour rémunérer l'avocat ne sont pas nécessaires. Néanmoins, c'est à la condition qu'il soit prioritaire sur la créance d'indemnisation pour le paiement de ces honoraires et frais et qu'en présence d'un fonds, le financement accordé à l'avocat corresponde à la valeur des prestations juridiques sur le marché. 25. La victime doit être, après l'avocat, la première bénéficiaire des sommes accordées à titre de sanction privée. Toute concurrence de l'Etat sur ces sommes punitives est à proscrire. 26. Sauf à démonter un abus de procédure de la part des victimes de pratiques anticoncurrentielles, elles ne devraient pas être tenues aux dépens en cas d'échec de l'action. 27. La solidarité entre co-auteurs de la pratique anticoncurrentielle ne saurait jouer pour les dommages et intérêts restitutoires ou pour toute autre forme de peine privée.
Propositions relatives aux acheteurs indirects	28. L'acheteur indirect doit pouvoir réclamer la réparation de son préjudice concurrentiel à la condition de démontrer la répercussion du préjudice par l'acheteur direct. De la même manière, l'acheteur direct qui demande la réparation de son préjudice concurrentiel doit prouver qu'il n'a pas répercuté ce préjudice sur l'acheteur indirect. 29. Seul le préjudice déconnecté du surcoût résultant de la pratique anticoncurrentielle peut être demandé tant par l'acheteur direct que par l'acheteur indirect. Tel est le cas de la perte de clientèle liée à l'augmentation des prix à la suite d'une entente. Seules des dommages et intérêts compensatoires sur la base d'une évaluation forfaitaire sont alors possibles conformément aux propositions 18 et 19. 30. Les dommages et intérêts restitutoires sont réservés aux acheteurs qui démontrent avoir subi le surcoût résultant de la pratique anticoncurrentielle.

Index

A

Accès à la justice · 414
Acheteur indirect · 16, 52, 69, 246, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 279, 294, 316, 353, 354, 355, 356, 357, 382, 399, 413, 414, 417, 430
Action de groupe · 10, 21, 26, 27, 40, 53, 56, 62, 66, 67, 77, 85, 86, 90, 97, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 109, 113, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 136, 137, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 164, 168, 170, 173, 174, 182, 190, 194, 210, 216, 218, 219, 222, 223, 224, 230, 239, 248, 249, 259, 264, 266, 268, 270, 271, 274, 279, 285, 286, 288, 294, 304, 309, 346, 347, 349, 351, 355, 356, 367, 372, 377, 380, 382, 391, 403, 404, 405, 414, 415, 416, 423, 425, 426, 427, 428, 429
Action du Ministre (France, art. L. 442-6 C.com.) · 142, 308
Action publique · 4, 9, 16, 18, 25, 32, 52, 56, 57, 58, 74, 76, 80, 126, 130, 139, 142, 145, 148, 151, 157, 162, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 189, 201, 202, 204, 209, 210, 215, 216, 217, 221, 222, 224, 225, 227, 235, 237, 238, 241, 255, 259, 277, 283, 293, 317, 322, 325, 327, 328, 345, 425, 426, 428
Action subséquente · 156, 157, 158, 219, 259, 264, 283, 362
Agence (Théorie économique de l') · 113, 114, 226, 311
Analyse économique du droit · 21, 22, 23, 24, 194, 297, 387, 390
Association de consommateurs · 53, 55, 56, 86, 97, 99, 100, 122, 126, 127, 176, 226, 317, 428

B

Bijuridisme · 14, 15, 16, 20, 45

C

Cartel Damage Claims · 371, 372
Cartelmobile (Affaire du) · 120, 243, 267
Causes d'exonération de responsabilité civile · 262, 264, 293
Champerty – Plaidoirie à champart (Droit anglais) · 373, 374, 408
Class action · 13, 29, 230
clause d'adhésion (Recours collectif canadien) · 98, 231, 232, 233
Clause de retrait (Recours collectif canadien) · 231, 232
Clayton Act · 3, 7, 91, 92, 290, 295, 297, 305, 327, 329, 330, 333, 395
Clémence privée · 227, 238, 246, 261, 262, 293, 365, 428
Compétence matérielle · 131, 135, 138, 159
Compétence territoriale · 131, 132, 133, 134, 142, 160, 182
Concurrence déloyale · 34, 47, 64, 66, 72, 75, 132, 138, 152, 153, 184, 247, 248, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 260, 276, 277, 282, 283, 284, 291, 293, 305, 306, 308, 312, 314, 324, 326, 335, 342, 423
Conseil constitutionnel · xiii, 62, 98, 141, 305, 319, 320
Cy-près · 408, 411

D

Démarchage par les avocats · 53, 101, 118, 119, 120, 121
Discovery · 7, 19, 27, 85, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 237
Dommage concurrentiel – Distinction avec le préjudice concurrentiel · 13, 46, 64, 79, 152, 194, 209, 275, 276, 277, 279, 284, 417
Dommages et intérêts – Évaluation forfaitaire (Québec) · 274, 275, 279, 280, 282, 286, 287, 289, 291, 294, 296, 301, 313, 336, 337, 339, 420, 421, 427
Dommages et intérêts compensatoires · 24, 92, 242, 259, 263, 287, 289, 293, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302, 304, 309, 310, 311, 312, 315, 320, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 333, 336, 339, 343, 345, 351, 358, 361, 363, 365, 368, 369, 378, 381, 383, 385, 399, 401, 402, 420, 421, 427
Dommages et intérêts punitifs · 5, 9, 19, 23, 27, 52, 73, 123, 154, 249, 259, 260, 261, 287, 288, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 337, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 359, 361, 362, 364, 366, 368, 369, 383, 385, 390, 398, 399, 400, 401, 402, 420, 423, 424, 426, 427, 428
Dommages et intérêts restitutoires et confiscatoires · 293, 305, 315, 320, 332, 336, 342, 343, 344, 345, 348, 358, 359, 361, 366, 368, 378, 381, 382, 383, 399, 402, 419, 420, 421
Dommages et intérêts triples ou *Treble damages* · 29, 91, 228, 236, 297, 329, 330, 336, 395
Double recouvrement (Risque de) · 354, 355, 357, 382
Droit à un recours effectif · 20, 44, 45, 208
Droit comparé · xiii, xvii, 18, 25, 30, 31, 153, 156, 224, 306
Droit d'action privé · 12, 31, 45, 91, 423
Droit d'auteur – Évaluation des dommages et intérêts · 245, 312, 315, 362, 425

E

E-discovery · 196

F

Faute concurrentielle (Faute dans le cadre de l'action privée) · 242, 246, 247, 248, 252, 253, 254, 258, 259, 261, 264, 285, 286, 293, 305, 335, 336, 362, 368, 370, 419
Faute lucrative · 111, 246, 259, 260, 261, 262, 298, 303, 304, 305, 310, 311, 312, 314, 315, 318, 331, 336, 339, 367, 370, 400, 401, 419, 420, 424
Fluid class recovery · 349, 351, 382
Fonds d'aide aux recours collectifs · 403, 405, 409, 412, 415
forum shopping · 43, 133, 218, 228, 229, 236

G

Gain illicite · 262, 296, 310, 312, 314, 317, 336, 351, 356, 368, 369, 417, 421, 424

H

Honoraires de résultat · 23, 386, 387, 388, 389, 390, 398

I

Injonction interlocutoire (Canada et Québec) · 176, 183, 185, 187, 188, 189, 190, 195, 353
Intérêt collectif · 52, 66, 97, 98, 100, 124, 126, 127, 159, 176, 302, 304, 357, 429
Intérêt individuel · 91, 97, 99, 124

J

Jonction d'instance · 83, 84
Juridictions spécialisées en matière de concurrence en France · 72, 136, 141, 159, 181, 190
Justice corrective · 21, 23, 24, 49, 240, 249, 407
Justice sociale · 60, 65, 81, 82, 86, 87, 102, 122

L

Lien de causalité · 5, 7, 16, 48, 153, 243, 245, 246, 259, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 283, 294, 295, 316, 335, 339

M

Mandat *ad litem* · 114
Mesures conservatoires (France) · 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 190

N

Nul ne plaide par Procureur · 89

O

Ontario · 83, 88, 93, 103, 109, 132, 133, 135, 137, 189, 195, 196, 200, 201, 232, 270, 315, 354, 387, 393, 403, 404, 405, 406, 409, 415
Ordre concurrentiel · 80, 108, 130, 159, 161, 222, 425, 426

P

Passing-on (Théorie du) · 69, 268, 272
Peine privée · 76, 241, 275, 282, 287, 295, 296, 299, 302, 303, 306, 307, 308, 317, 320, 322, 324, 326, 328, 330, 331, 332, 333, 335, 343, 359, 361, 362, 366, 368, 370, 400, 401, 402, 405, 419, 420, 426, 427, 428
PME victime · 17, 33, 40, 53, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 90, 103, 104, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 133, 135, 159, 239, 251, 253, 259, 279, 286, 352, 353, 377, 386, 393
Préjudice (Collectivisation du) · 65
Préjudice collectif · 64, 65, 153, 283, 285
Préjudice concurrentiel d'affaire · 275, 278, 279, 281, 294, 352, 420
Préjudice concurrentiel de consommation · 275, 278, 279, 280, 282, 285, 286, 288, 289, 291, 294, 336, 352, 420, 421, 427
Prescription (Délai de) · 9, 15, 17, 40, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 189, 201, 237, 354, 426
Private enforcement · 3, 6, 7, 17, 23, 32, 43, 46, 63, 64, 68, 71, 72, 73, 95, 112, 130, 153, 156, 202, 215, 216, 217, 237, 238, 264, 330, 337, 365, 421, 423, 424, 426, 429
Procédure civile sociale · 86, 87
Programme d'immunité · 214
Programme de clémence · 8, 193, 194, 201, 202, 203, 206, 207, 208, 209, 214, 215, 216, 217, 222, 225, 226, 227, 236, 237, 261, 262, 264, 293, 317, 362, 364, 365, 366, 368, 383, 418, 426, 428
Proposition de directive sur l'action privée · 26, 51, 62, 174, 194, 209, 210, 222, 223, 264, 266, 272, 284, 292, 309, 359, 363, 428
Propriété intellectuelle – Évaluation des dommages et intérêts · 44, 261, 306, 312, 313, 314, 315, 342, 417, 425
Public enforcement · 4, 32, 130, 153, 156, 215, 216, 217, 218, 228, 235, 237, 238, 264, 311, 330, 337, 345, 365, 421, 424, 425, 426, 429

R

Rapport Terré (France) · 260, 305, 318, 320, 348, 402
Rapport Williams (Canada) · 11, 47, 71, 92, 349, 350, 387
Recours collectif · 6, 9, 10, 11, 13, 16, 19, 22, 29, 39, 40, 42, 45, 46, 47, 48, 53, 59, 60, 63, 65, 66, 67, 70, 71, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118,120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 133, 136, 137, 138, 143, 154, 155, 159, 161, 185, 199, 210, 218, 220, 221, 225, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 239, 264, 266, 268, 270, 271, 273, 274, 279, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 294, 301, 302, 313, 317, 337, 341, 345, 346, 348, 349, 350, 352, 354, 357, 371, 374, 380, 382, 385, 387, 388, 390, 391, 394, 395, 398, 399, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 415, 416, 418, 423, 424, 427, 428, 429
Recouvrement collectif · 290, 291, 340, 346, 347, 349, 350, 352, 382, 398, 406, 411, 421
Recouvrement individuel · 290, 291, 346, 347, 407
Récupération du gain illicite · 309, 332, 340, 341, 342, 343, 381, 420
Référé-concurrence · 177, 179, 180
Réparation en nature · 339, 341, 348, 351, 352, 353, 382, 412, 414
Réparation fluide ou *fluid recovery* · 341, 348, 350, 352, 411, 417
Répercussion des surcoûts · 269, 272, 316
Représentant (Action de groupe et Recours collectif) · 84, 88, 103, 111, 112, 113, 116, 122
Reprise d'instance · 375, 376, 378, 380

S

Sherman Act · 3, 17, 32, 44
Solidarité (condamnation solidaire ou *in solidum*) · 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 366, 378, 383

T

Tiers · 23, 35, 79, 137, 141, 191, 194, 198, 203, 204, 208, 209, 211, 212, 238, 263, 272, 325, 341, 344, 347, 352, 357, 359, 364, 365, 366, 367, 369, 370, 372, 374, 375, 376, 381, 385, 398, 402, 403, 408, 409, 410, 412, 414, 415, 416, 418
Tort de *conspiracy* (Common law canadi 257