

Les lacunes dans l'application de la loi sur les cartels en droit civil

Le droit des cartels doit être mis en œuvre par des autorités indépendantes et dotées des moyens nécessaires. Parallèlement, les victimes devraient avoir la possibilité de se défendre de manière autonome contre les violations de la concurrence et d'exiger réparation des préjudices subis. En principe, on reconnaît que des voies de recours de droit civil sont nécessaires. Cependant, leur mise en pratique bute sur de nombreux obstacles. Comme le montrent les récentes expériences faites par quelques États européens, il est possible d'améliorer sensiblement l'attrait d'une procédure civile sans avoir pour autant recours à des mesures qui vont à l'encontre du système.



Le succès des plaintes privées contre des pratiques anticoncurrentielles ne dépend pas de facteurs isolés, mais de la conception globale du droit matériel et de procédure civile ainsi que de l'interaction avec les procédures menées par l'autorité de la concurrence.

Illustration: Hannes Saxer

Le droit des cartels relève aussi bien du droit public que privé. D'un côté, il est du ressort de la Commission de la concurrence (Comco) sous le contrôle des tribunaux; de l'autre, les personnes lésées peuvent défendre leurs intérêts elles-mêmes en intentant une action devant la justice civile. Une telle procédure peut être engagée après que la Comco a constaté une violation des règles de la concurrence (*plainte «follow on»*), mais également de manière indépendante (*plainte «stand alone»*).

Bien que la législation en vigueur en prévoie déjà la possibilité, l'application du droit des cartels en faisant appel aux tribunaux civils reste marginale, en particulier quand il s'agit de faire valoir ses droits contre autrui. Ce constat est valable non seulement pour la Suisse, mais également pour la plupart des autres pays européens. Les actions civiles ne présentent guère d'attrait: l'administration des preuves est difficile et le coût élevé. En outre, la procédure administrative menée par les autorités de la concurrence constitue une option qui, si elle ne conduit pas au versement de dommages-intérêts, n'engendre aucun frais pour les victimes et ne leur crée aucune difficulté.

Expériences pratiques aux États-Unis

Aux États-Unis, le «*private enforcement*» jouit d'une grande popularité. Selon des estimations, les plaintes privées représentent plus de 90% de toutes les procédures engagées contre des cartels. Cette prépondérance est due à de fortes incitations financières et à un ensemble de conditions qui facilitent les procédures:

- au terme de la section 4 du *Clayton Act*, la victime d'un cartel peut exiger des dommages-intérêts triples («*treble damages*»);
- il est possible de convenir avec les avocats d'honoraires de résultat;
- durant la procédure préalable appelée «*pretrial discovery*», les parties disposent de moyens étendus pour rechercher des preuves, ce qui peut s'avérer un avantage de taille dans les affaires complexes liées au droit des cartels;
- les plaintes en nom collectif («*class actions*») permettent d'atteindre plus facilement la masse critique nécessaire pour qu'il soit rentable d'intenter un procès;
- selon l'*American Rule*, le plaignant ne doit pas rembourser les frais de procédure à l'autre partie au cas où il est débouté; à l'inverse, si la victime d'un cartel porte



Pr Andreas Heinemann
Titulaire de la chaire de droit commercial, économique et européen, université de Zurich

plainte et obtient gain de cause, elle peut faire valoir son droit au remboursement des frais.

En Europe, on juge généralement excessive la culture américaine en matière de plaintes. Les réserves visent principalement les dommages-intérêts triples, le danger de «*fishing expeditions*» durant le «*pretrial discovery*», l'incongruité d'un procès avec jury dans des affaires complexes liées au droit des cartels, ainsi que le risque de pression pour la conclusion de règlements à l'amiable dans les plaintes collectives («*blackmail settlements*»).

L'évolution en Europe

Au sein de l'Union européenne, les choses sont en train de bouger dans le domaine des plaintes privées pour pratiques anticoncurrentielles. Dans les affaires *Courage* (2001) et *Manfredi* (2006), la Cour de justice des Communautés européennes a rendu des arrêts qui reconnaissent le droit de toute personne de réclamer des dommages-intérêts si elle a subi un préjudice dû à une violation des règles européennes de la concurrence. De son côté, la Commission européenne a présenté un Livre vert (2005) et un Livre blanc (2008) sur les actions en dommages-intérêts pour infraction au droit des cartels. De nombreuses propositions d'amélioration sont actuellement débattues, qui pourraient se traduire par de nouvelles directives ou ordonnances.

Le cartel des vitamines, qui a fonctionné au niveau international jusqu'en 1999, a fait l'objet d'une avalanche d'actions en dommages-intérêts – pas seulement en Europe – qui ont focalisé l'attention sur la question des plaintes privées pour ententes illicites. En Allemagne, la révision de la loi sur les cartels a amélioré en 2005 les conditions de dépôt des plaintes privées. Depuis lors, l'Office allemand des cartels a enregistré 300 demandes de poursuites en dommages-intérêts. La cession de plaintes est également de plus en plus répandue en Allemagne. Ainsi, les tribunaux ont déclaré recevable une action en dommages-intérêts introduite par *Cartel Damage Claims (CDC)* contre les membres d'un cartel du ciment. Cette société belge tente de recouvrer en son nom les dommages-intérêts d'entreprises lésées qui lui ont cédé leur droit à agir en justice. Le modèle commercial qu'elle a mis en place pourrait donner une seconde vie aux plaintes privées.

Dans quelques États, il est possible d'intenter des actions collectives en dommages-intérêts au nom d'un groupe de victimes. La France et la Grande-Bretagne, par exemple, accordent ce droit aux associations de consommateurs reconnues (voir encadré 1).

Une réforme s'impose en Suisse

L'évolution de la question en Suisse se recoupe avec celle que l'on observe dans le reste de l'Europe. Les procédures civiles existent sur le papier – en tout cas dans la mesure où elles visent des entreprises –, mais elles ne sont utilisées qu'à titre exceptionnel. Les chances de succès sont trop minces, le préjudice individuel souvent trop faible et les frais de procédure trop élevés. Le droit en vigueur présente différentes lacunes décrites ci-après.

Qualité pour agir des consommateurs et de leurs associations

Les entreprises ont pleinement qualité pour agir sur le plan civil contre des cartels, au contraire des consommateurs. De l'avis général, ces derniers n'ont aucun droit à faire valoir en cas d'infraction aux règles de la concurrence. Cela semble toutefois contradictoire: alors que leur souveraineté est un principe reconnu en matière économique, les consommateurs ne peuvent même pas agir sur le plan juridique pour défendre leurs intérêts. Ils doivent attendre que les autorités interviennent. Si l'éventualité d'actions engagées par les consommateurs eux-mêmes suscite tant de réserves, c'est par crainte que le cercle des ayants droits ne s'élargisse démesurément et que l'on assiste à une déferlante incontrôlable de plaintes. Or, ce risque est purement théorique, ce type de démarche ne présentant qu'un intérêt minime pour les citoyens. C'est ce qu'ont montré les expériences faites avec la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Selon ce texte, les clients ont non seulement le droit de demander l'interdiction ou la cessation d'une pratique déloyale, mais ils peuvent aussi intenter des actions en dommages-intérêts. En l'occurrence, la crainte de voir les tribunaux inondés de requêtes s'est révélée infondée.

Il ne suffit pas non plus d'accorder aux victimes le droit de porter plainte individuellement. Les associations de consommateurs doivent aussi être habilitées à défendre les intérêts des citoyens et à réclamer des indemnités en justice. Cela résulte du phénomène de l'«*apathie rationnelle*»: bien que les cartels soient extrêmement préjudiciables à l'économie, les inconvénients subis par les consommateurs sont tellement fragmentés que ces derniers n'ont guère d'intérêt à solliciter des réparations à titre individuel. C'est pour cela que les associations doivent pouvoir saisir les tribunaux. Si on y regarde de plus près, le modèle «*opt in*» est celui qui convient le mieux au système juridique en vigueur. L'association concernée devrait, dans ce cas, réclamer des réparations uniquement au nom des consommateurs qui lui en ont donné

Encadré 1

Protection juridique collective

En France, des organisations de consommateurs reconnues peuvent intenter une action en réparation du préjudice collectif; c'est également valable dans le domaine du droit de la concurrence. Contrairement aux «*class actions*» américaines, le droit français impose le modèle «*opt in*»: les associations ne peuvent agir qu'au nom des consommateurs qui les ont expressément mandatées. La première grande affaire de ce type a visé le cartel formé par les opérateurs français de téléphonie mobile. La plainte de l'organisation de consommateurs *UFC Que Choisir?* a été rejetée en première instance. Un recours est pend-

ant. La Grande-Bretagne connaît également le principe des plaintes collectives dans son droit des cartels. Des associations reconnues peuvent saisir le *Competition Appeal Tribunal* et faire valoir des demandes de dommages-intérêts pour le compte des consommateurs, à condition que cette démarche fasse suite à une décision de l'autorité de la concurrence (plaintes «*follow on*»). Comme en France, cela n'est toutefois possible qu'avec le consentement de chacun des plaignants. L'organisation de consommateurs *Which?* a entamé des poursuites contre un cartel qui avait fixé illégalement le prix de maillots de football. À l'issue d'une conciliation, chaque personne lésée a reçu entre 5 et 20 livres par tee-shirt acheté.

l'autorisation. Cette option est certainement moins radicale que le système «opt out» des plaintes collectives étatsuniennes, mais elle respecte mieux le droit d'être entendu et les principes relatifs au caractère exécutoire d'une décision de justice. L'adhésion à une plainte déposée par une association ne devrait être subordonnée à aucune exigence formelle importante. Une simple inscription sur un site Internet devrait suffire.

Évaluation du dommage et indemnité à caractère punitif

Étant donné les liens économiques complexes qui caractérisent ce type d'affaires, il est très difficile de calculer le préjudice généré par les ententes illicites. Même si l'autorité de la concurrence a préalablement constaté une violation de la loi sur les cartels, cela ne sert pas à grand-chose, car cette instance ne se prononce généralement pas sur les dommages subis. Les tribunaux civils sont donc appelés à exploiter complètement leur marge de manœuvre lorsqu'ils doivent constater et évaluer les pertes. Il s'agira aussi de suivre avec attention la tentative de la Commission européenne de présenter, comme elle l'a annoncé, un «cadre réglementaire pragmatique et non contraignant» pour l'estimation des dommages occasionnés par les infractions au droit communautaire de la concurrence.

La problématique des dommages inclut également les questions du «*passing on*» et de l'indemnité à caractère punitif. Pour que les plaintes privées en réparations s'appuient sur des bases solides, il faudra d'abord déterminer clairement quel acteur du marché peut faire valoir quel type de préjudice (voir encadré 2). La question de l'indemnité à caractère punitif revêt une dimension véritablement idéologique. Il ne fait aucun doute que le succès du «*private enforcement*» aux États-Unis provient surtout de l'existence des dommages-intérêts triples. Il faut, cependant, se garder d'un tel modèle: la surcompensation du dommage n'est pas adaptée au système de la responsabilité civile. L'indemnité à caractère punitif est, avec les plaintes collectives «opt out», la principale cause de la quantité exagérée de procédures privées aux États-Unis. Les modifications devraient donc porter sur d'autres aspects du droit suisse.

Accès aux moyens de preuve

La difficulté de réunir des preuves est l'une des principales raisons qui expliquent le nombre minime de plaintes privées contre des ententes illicites. Elle est imputable à certains aspects spécifiques du droit des cartels, à savoir le phénomène des stratégies secrètes, le caractère économique des éléments constitutifs des infractions et la complexité de ce

type d'affaires. Il est tout à fait possible de résoudre, ou du moins d'atténuer, ces problèmes sans déroger aux principes fondamentaux qui régissent les procédures civiles. Ainsi, les tribunaux devraient être habilités à obliger les parties ou des tiers à présenter des catégories précises de preuves importantes. Ce devoir de publication devrait être soumis à diverses conditions: la vraisemblance d'un préjudice engendré par une violation des règles de la concurrence, l'impossibilité de présenter les preuves nécessaires en déployant des efforts raisonnables ainsi que le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. De surcroît, il conviendrait d'introduire des présomptions légales: par exemple, des niveaux de parts de marché qui signaleraient l'existence d'une position dominante.

Liens entre les procédures administratives et civiles

Les tribunaux civils devraient être formellement tenus de respecter les décisions exécutoires rendues par la Commission de la concurrence dans les affaires dont ils sont saisis. Il faudrait, par ailleurs, davantage impliquer la Comco dans les procès civils, lui assigner un rôle qui dépasse son devoir actuel d'expertise. Un mot encore concernant le programme de clémence: il est vrai qu'une entreprise engagée dans un cartel est d'autant moins intéressée à venir témoigner devant la cour si elle risque d'endosser une responsabilité civile. On peut, toutefois, surmonter ce problème en garantissant la confidentialité des déclarations faites par les entreprises. Ce serait aller à l'encontre du système que d'accorder au témoin principal des avantages en matière de responsabilité civile.

Conclusion

Le succès des plaintes privées contre des pratiques anticoncurrentielles ne dépend pas de facteurs isolés, mais de la conception globale du droit matériel et de la procédure civile ainsi que de l'interaction avec les procédures menées par l'autorité de la concurrence. Il n'est pas nécessaire de copier le système américain. Au contraire: l'indemnité à caractère punitif est déconseillée, de même que les plaintes collectives basées sur le modèle «opt out». En revanche, certaines améliorations sont absolument nécessaires. Elles concernent la qualité pour agir, la définition des dommages-intérêts et l'accès aux moyens de preuve. Si l'on suit cette feuille de route, la crainte d'une «américanisation» du procès civil se révélera infondée. On aura simplement donné aux victimes une chance légitime de se défendre vraiment contre les infractions aux règles de la concurrence. ■

Encadré 2

Le problème du «*passing on*»

Les membres d'un cartel peuvent-ils se défendre en argumentant que leurs victimes ont répercuté sur l'échelon suivant du marché les majorations illégales de prix et n'ont dès lors subi aucun préjudice? Le droit américain exclut cette objection du «*passing on*», pour des raisons qui tiennent à l'efficacité des plaintes privées.

En Suisse, par contre, la doctrine majoritaire admet la défense fondée sur le «*passing on*». Chacun devrait pouvoir exiger des réparations pour le montant exact de pertes subies. Cette position est en soi pertinente, mais elle produit des résultats inacceptables tant que l'on ne reconnaît pas le droit aux consommateurs et à leurs associations de réclamer des dommages-intérêts. Si les prix surfaits des cartels sont entièrement supportés par les consommateurs, les demandes des acteurs intermédiaires du marché se heurtent à l'objection du «*passing on*» et les citoyens lésés ne peuvent réclamer d'indemnités puisqu'on leur dénie la qualité pour agir. C'est pourquoi l'objection basée sur la possibilité de répercuter les coûts ne devrait être admise que si les consommateurs et leurs associations obtiennent le droit de faire valoir leurs prétentions.