

PROCÉDURE CIVILE

Actions de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles en France et en Allemagne ^{130d4}

L'essentiel

S'agissant de la nature consécutive des actions privées, le projet français rejoint une initiative du législateur allemand datant de 2005, mais gagnerait à assurer l'interruption de la prescription du droit de créance des victimes. Le projet français suscite l'intérêt par rapport au droit allemand pour la forme de jugement déclaratif selon laquelle seront tranchées des questions communes à un grand nombre de cas. Toutefois, il est permis de douter des capacités de ce projet à devenir une véritable arme dissuasive, car il y a peu de chance pour que les gains illicites soient neutralisés.

par Florian BIEN
Titulaire de la Chaire
de droit des affaires
internationales, de
l'arbitrage international
et du droit privé,
université de Würzburg

Les actions de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles peuvent remplir deux fonctions différentes. Premièrement, elles facilitent l'accès à la justice et contribuent en même temps à satisfaire

aux demandes d'indemnisations. En second lieu, elles permettent une meilleure application du droit des ententes en tant que tel (*enforcement*). La peur d'être condamné à payer des dommages et intérêts aux privés, en plus des amendes infligées par les autorités de contrôle des ententes, constitue un aspect dissuasif supplémentaire pour les entreprises. C'est dans ce sens que Laurent Bêteille et Richard Yung parlent d'une « régulation imparfaite de l'économie, faute d'une sanction inadéquate »⁽¹⁾ et de l'« effet préventif » et « dissuasif » d'une action de groupe⁽²⁾. Mais, pour cela, il faudrait que les entreprises se voient retirer les gains obtenus grâce à la violation de la loi, ce qui en réalité équivaut à l'absorption des bénéfices (*Vorteilsabschöpfung* ou *skimming off*).

I. FAVEUR POUR LES ACTIONS CONSÉCUTIVES MAIS VIGILANCE SUR LA PRESCRIPTION DES CRÉANCES DES VICTIMES

En favorisant la procédure de mise en œuvre d'actions *follow on* en 2005, le législateur allemand a reconnu, de manière implicite, la primauté des autorités de la concurrence dans l'application du droit des ententes. Il y a surtout le paragraphe 33 alinéa 4 de la loi contre les restrictions de concurrence (GWB), qui dispose que le tribunal est lié par la constatation de l'infraction, telle qu'elle ressort de la décision finale prise par l'autorité de contrôle des ententes, la Commission européenne, l'autorité de la concurrence ou le tribunal d'un autre État membre agissant en tant que tel. Le projet de loi français sous examen reprend cette disposition, mais restreint sa portée aux actions de groupe. Sur ce point, ce projet de loi

va encore plus loin que le paragraphe 33 alinéa 4 GWB en ce qu'il exclut totalement une action de groupe autonome (*stand-alone*). Une action de groupe ne pourra être engagée devant le juge que sur le fondement d'une décision de sanction préalable. Cette disposition est d'une grande importance, car elle permet d'exclure le risque d'une action de groupe abusive.

Cependant, il convient de citer le paragraphe 33 alinéa 5 (GWB), qui dispose que la prescription du droit des victimes aux dommages et intérêts est interrompue en cas d'ouverture d'une procédure par l'autorité de la concurrence, par la Commission européenne, ou par l'autorité de concurrence d'un autre État membre pour violation des règles sur la concurrence. Or, en droit français, le recours soumis à l'autorité de concurrence ne semble pas constituer un acte interruptif de prescription. Seule la saisine d'un tribunal compétent pour connaître du litige en dommages et intérêts est à même d'interrompre une prescription en cours. Le législateur français devrait, semble-t-il, songer à la faire accompagner d'une règle telle que le paragraphe 33 alinéa 5 GWB précité. Ainsi, les victimes membres du groupe ne risqueraient pas la prescription de leur créance avant la fin de la procédure entamée par l'Autorité de la concurrence.

II. LES ACTIONS DE GROUPE PAR ADHÉSION VOLONTAIRE (*OPT IN*) EN MATIÈRE DE RÉPRESSION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES EN DROIT ALLEMAND

Les organisations de protection des consommateurs disposent d'un instrument leur permettant d'intenter une action dite de recouvrement (*Einziehungsklage*). Non seulement, elles ont la possibilité de se faire céder les droits des consommateurs victimes et de les réclamer en leur nom propre, mais elles sont même, conformément au paragraphe 79 alinéa 2 phrase 2 n° 3 du Code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*), autorisées à représenter les consommateurs devant les tribunaux. Ainsi, la crainte de voir la plainte échouer rien qu'au niveau de sa recevabilité – comme ce fut le cas avec « Que choisir » face à l'entente des fournisseurs de téléphonie mobile – est à

(1) Rapport d'information n° 499, 2009-2010, sur l'action de groupe de L. Bêteille et R. Yung, Sénat, session ordinaire, n° 499 (www.senat.fr/rap/r09-499/r09-4991.pdf), p. 19.

(2) *Idem*, p. 20.

écarter. Contrairement au droit français ⁽³⁾, il n'existe en droit allemand aucune condition particulière quant à la manière d'inciter les consommateurs à revendiquer leurs droits ; même une campagne menée à travers la presse ou internet serait autorisée.

En outre, les associations de protection des consommateurs ont un traitement de faveur en cas d'échec de leur action. Certes, l'association est condamnée à supporter les frais d'instance, y compris les honoraires payés par le défendeur à son avocat (§ 91 al. 1 ZPO, cf. CPC, art. 696) ⁽⁴⁾. Mais le législateur allemand a tenu compte de la qualité des demandeurs privés des dommages et intérêts (parmi eux les associations de protection des consommateurs) en accordant au tribunal le pouvoir de réduire, conformément au paragraphe 89a de la loi contre les restrictions à la concurrence GWB, unilatéralement, le montant du litige en leur faveur. L'on peut alors aboutir à la réduction des frais d'instance et, ainsi, du risque des coûts du procès pour le demandeur. Toutefois, en dépit des facilités que leur offre ce cadre légal, les associations allemandes de protection des consommateurs demeurent peu actives. Cette inertie s'explique principalement par l'absence d'incitations à caractère financier. En fait, ces associations n'ont aucun intérêt à s'engager dans des procédures judiciaires qui ne leur procurent pas d'avantage matériel. De même, le projet de loi française ne prévoit pas de mesures incitatives de ce genre. Malgré le caractère exemplaire de l'action entamée par « UFC Que choisir », ce manque risque de s'avérer non négligeable dans le devenir du projet de loi.

III. LES DIFFICULTÉS DE PREUVES ET L'APATHIE RATIONNELLE DES VICTIMES CONSTITUENT UN OBSTACLE MAJEUR À LA RÉPARATION DES DOMMAGES QUI RÉSULTENT DES ENTENTES ILLICITES

Dans la pratique, la réparation des dommages causés par une entente illicite échoue, surtout, à cause des difficultés qu'éprouvent les victimes à prouver la faute et le préjudice

qu'elles ont subi. Les propositions faites dans le rapport Bétéille et Yung semblent intéressantes et innovatrices. Elles essaient de trouver un équilibre entre les deux alternatives *opt out* et *opt in*, en exigeant une adhésion expresse, mais seulement au moment où le juge condamne la partie défenderesse à réparer le dommage causé. Les propositions de l'association nationale de protection des consommateurs, la *Verbraucherzentrale Bundesverband*, vont dans le même sens. Cette association a notamment souligné (bien que jusqu'ici sans succès) la nécessité pour le législateur de prévoir dans le huitième amendement de la loi contre les restrictions à la concurrence une forme de jugement déclaratif, dans lequel seront tranchées des questions communes à un grand nombre de cas. Dans un tel jugement déclaratif, le prix concurrentiel hypothétique pourrait être fixé de manière définitive. Dans le domaine spécial des placements financiers, une loi allemande prévoit, depuis 2005, la possibilité d'entamer une telle procédure modèle, qui permet de trancher, avec effet *erga omnes*, des questions de fait ou de droit qui se posent de manière parallèle dans au moins dix actions individuelles en dommages et intérêts, notamment à la suite d'informations financières erronées ⁽⁵⁾.

Toutefois, la difficulté pour le demandeur de prouver réellement sa qualité de victime est réelle. Il semble peu probable que les consommateurs gardent leurs factures après tant d'années écoulées. L'expérience américaine montre que les sommes revendiquées à titre des dommages et intérêts dans le cadre d'une action de groupe modèle *opt out* ne peuvent nullement être complètement versées et ce, faute pour victimes intéressées de faire valoir leurs droits et surtout de prouver après plusieurs années l'existence du préjudice subi. Si les sommes attribuées à titre des dommages et intérêts ne sont pas retirées, ou ne le sont que partiellement, les représentants des groupes, les tribunaux applique la *Fluidrecovery* ou compensation *cy-près*. À défaut d'un tel mécanisme, il est permis de douter que l'action de groupe, telle qu'envisagée par le législateur français, soit en mesure d'être une véritable arme dissuasive puisqu'elle ne parviendra pas à priver les entreprises de leurs gains illicites.

(3) C. conso, art. L. 422-1.

(4) Ladite American Rule ne s'applique ni en Allemagne ni en France.

(5) *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*.