

Les recours collectifs en droit de la concurrence

Pierre Rauchs

Président du Conseil de la concurrence

Je tiens tout d'abord à remercier les organisateurs de cette conférence, en premier lieu Marie-Josée Ries et Cindy Bauwens.

Le recours collectif est un instrument crucial, dont le Conseil de la concurrence n'a d'ailleurs pas manqué de souligner la nécessité dans son avis concernant la loi de transposition de la directive 2014 en matière d'indemnisation des préjudices résultant d'une violation du droit de la concurrence. Si le Conseil accueille favorablement l'idée d'une directive en la matière, il regrette toutefois la volonté de la Commission de limiter pour l'instant son projet de directive au droit de la consommation, alors même qu'elle a mené des réflexions approfondies concernant l'introduction d'une action collective en réparation en droit de la concurrence. Nous nous félicitons donc de l'approche plus large retenue pour la présente conférence. Cette exclusion du droit de la concurrence s'explique peut-être par le fait que le droit de la consommation est plus fréquemment perçu comme un droit à vocation sociale

Mais, contrairement à certaines idées reçues, le droit de la concurrence est lui aussi un droit qui se soucie des victimes du pouvoir de marché des entreprises lorsque ce pouvoir dévie vers le non-respect des règles de concurrence. Introduire le recours collectif dans le droit de la concurrence permettra de mieux incarner la fibre sociale du droit de la concurrence. Reconnaître aux justiciables le droit de se regrouper pour obtenir la réparation de leur préjudice contribuera à une mise en œuvre plus aboutie des normes dont nous défendons le respect.

En se lançant dans des batailles juridiques de longue haleine, les autorités européenne et nationales mettent en lumière le comportement anticoncurrentiel sans toujours souligner les effets concrets, nocifs de ce comportement vis-à-vis des consommateurs. Les ententes ou abus de pouvoir de marché mènent à des hausses de prix constantes qui se traduisent, pour le citoyen lambda, en érosion progressive de son pouvoir d'achat, en érosion également de la qualité des produits et services - y compris des services publics. Les entreprises en profitent pour s'arroger une rente au détriment d'un consommateur graduellement privé de son rôle d'arbitre

C'est pour cette raison que la Cour de justice de l'Union européenne exige, depuis les arrêts *Courage* et *Manfredi*, que chaque État membre mette à disposition une voie de recours permettant à toute victime d'un comportement anticoncurrentiel de voir son préjudice réparé. La mention « toute victime » est importante pour le Conseil. En effet, contrairement au droit de la consommation qui retient comme victime le consommateur personne physique qui agit à des fins non professionnel, le droit de la concurrence n'ignore pas comme victime les entreprises. On peut citer, à titre exemple, la *Deutsche Bahn*, auprès de laquelle un service entier est mobilisé afin de réclamer les dommages et intérêts auxquels elle a droit en tant que victime d'une pratique anticoncurrentielle.

Etant donné cette spécificité, nous pensons qu'il serait judicieux de réfléchir dès maintenant à l'introduction de l'action de groupe dans la législation relative à la concurrence, et non pas dans le seul Code de la consommation. Il n'en reste pas moins que le principe – celui d'assortir le droit à une réparation à un recours collectif – est le même qu'il s'agisse du droit de la consommation ou du droit de la concurrence.

La directive de 2014 sur les dommages et intérêts établit déjà le droit à réparation pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Simplement, il s'avère que le recours individuel dont nous disposons déjà est insuffisant. Insuffisant dans la mesure où, à l'heure actuelle, seule une entreprise de taille importante aura les moyens financiers suffisants pour se pourvoir en justice. De plus, le consommateur au sens où on l'entend habituellement n'a souvent qu'un préjudice qui, considéré isolément, s'avère modeste, voire minime. Il faut bien entendu additionner ces sommes modiques individuelles pour comprendre la motivation qui pousse les entreprises à un comportement anticoncurrentiel : un gain illicite considérable. Si bien que nous nous trouvons aujourd'hui dans une situation où certaines entreprises préfèrent risquer une sanction d'une autorité de la concurrence, plutôt que de se priver du bénéfice bien plus important que leur rapporte leur comportement anticoncurrentiel. Et cette situation est inacceptable dans un Etat de droit.

Il est temps que le citoyen, le consommateur, se saisisse du droit de la concurrence. Ils se trouvent d'ailleurs au centre même de ce droit. Après tout, le droit de la concurrence vise de près ce qu'il est convenu d'appeler dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union le "bien-être du consommateur". Ce n'est pas le bien-être égoïste, ni le consumérisme que l'on cherche à promouvoir. Il s'agit au contraire de la défense de l'intérêt général, du « bien commun » pour reprendre la formule du prix Nobel Jean Tirole., notion à dimension qualitative. On le comprend peut-être mieux au Luxembourg, où la promotion de la qualité de vie de tout un chacun est particulièrement valorisée.

A travers la sanction de comportements anticoncurrentiels, le Conseil de la concurrence est investi d'une mission de dissuasion, ou « deterrence policy ». En prononçant de lourdes amendes contre les entreprises en cause dans les diverses affaires, il s'agit de dissuader les autres entreprises de suivre le mauvais exemple. En revanche, le Conseil n'impose pas la réparation du préjudice causé à chaque consommateur individuel, ce qui dépasserait de très loin ses moyens. Si nous sommes bien en contact avec les consommateurs, c'est parce que ceux-ci peuvent nous signaler des comportements anticoncurrentiels. L'Union luxembourgeoise des consommateurs ne s'y est pas trompé. C'est en effet l'ULC qui est à l'origine de la première décision rendue par le Conseil dans la fameuse affaire « bonus-malus de l'assurance automobile » dont les principales victimes ont été les consommateurs. Mais, une fois la procédure inquisitoire lancée, les consommateurs individuels disparaissent de la procédure.

Voilà bien le problème : où se situe le citoyen dans tout cela ? Il lui est possible d'engager une action devant les tribunaux luxembourgeois, que ce soit une action tendant à faire constater une infraction (lorsqu'il n'y a pas de décision d'une autorité de concurrence), ou une action tendant à obtenir la réparation d'un préjudice. Il lui est également loisible de s'engager dans une procédure de médiation. Toutes ces options sont importantes, mais il convient d'en renforcer l'efficacité : le Conseil encourage une efficacité accrue de la médiation, parce qu'une alternative réelle existe et peut servir d'argument pour encourager les entreprises à dédommager – l'exemple néerlandais en témoigne. Efficacité accrue bien évidemment également dans le cadre de la procédure judiciaire par l'introduction du recours collectif. Certains craignent le chantage judiciaire, les procédures longues et coûteuses pour l'ensemble des parties à l'instance. Mais on peut couper court à cette discussion par l'introduction d'une procédure scindée en deux : dans un premier temps, le juge établira la responsabilité de l'entreprise, le cas échéant en l'assortissant des mesures de publicité adéquates ; dans un second temps, il s'intéressera à la question de la réparation proprement dite. On évite ainsi les abus, tout en conservant un recours effectif.

Le premier objectif de ce recours collectif est donc de compléter la mise en œuvre publique du droit de la concurrence, axée sur la dissuasion, par une mise en œuvre privée, axée sur la réparation. Mais, en réalité, le recours collectif est également doté d'un effet dissuasif. L'entreprise qui pense pouvoir échapper à une sanction du Conseil risque d'être rattrapée par les consommateurs lésés. Et l'entreprise, dont le comportement a *déjà* fait l'objet d'un constat d'infraction par le Conseil se voit d'autant plus probablement confrontée à une obligation de réparation - en payant des dommages et intérêts qui peuvent, bien entendu, dépasser les amendes imposées par le Conseil. En renforçant la vigilance par rapport au comportement des entreprises sur le marché, l'action privée contribue donc à la politique de dissuasion. L'objectif du recours collectif ne relève donc pas de la seule sphère privée, mais relève de l'intérêt général dans la mesure où il s'agit de confisquer les bénéfices imputables à des pratiques anticoncurrentielles. Le contentieux indemnitaires devient ainsi également contentieux confiscatoire. C'est la raison pour laquelle il faut mettre tous les moyens en œuvre afin de rendre le recours collectif effectif, plutôt que de se contenter de la consécration d'une belle coquille vide.

D'aucuns craignent que le recours au juge constitue un obstacle à l'action du Conseil de la concurrence. J'estime cependant qu'au contraire le citoyen qui saisira le juge sera pour nous un allié et un moteur qui encouragera et prolongera notre action.

Encore faut-il lui en donner les moyens. La question de l'encadrement du recours collectif se pose inévitablement. Seul un consensus négatif existe pour l'instant: éviter le modèle américain de la *class action*. A nous donc de définir notre modèle.

La première question, sans doute décisive pour garantir l'efficacité du recours, tient aux modalités qui permettront à un consommateur donné de se joindre au recours collectif. Deux modèles se présentent, l'opt-in et l'opt-out. Dans le cadre de l'opt-in, le consentement de la victime pour se joindre à l'action est exigée comme préalable au lancement de la procédure, tandis que l'opt-out rassemble d'emblée les consommateurs quitte à leur donner la possibilité de se dissocier de l'action par la suite. Un raisonnement en termes d'opt-out l'emporte selon nous. Il est vrai qu'il s'agit d'un type de recours juridictionnel dont nous n'avons pas l'habitude: il présume que le consommateur entend participer à l'action, alors même qu'il ne s'est pas manifesté.

Mais un brin d'originalité est bien nécessaire en la matière. Nous sommes dans une situation qui nous oblige à rétablir l'équilibre dans le rapport de forces sur le marché. Pour l'instant, celui-ci paraît dominé par les entreprises car les comportements déviants restent largement incontestés devant les tribunaux, faute d'instruments adéquats. L'opt-out est donc une occasion à saisir afin de garantir une appropriation immédiate du recours collectif par le justiciable. Ceux parmi les consommateurs - qu'on estime intuitivement peu nombreux - qui ne souhaitent pas participer, pourront toujours se désister.

Il conviendra en second lieu de s'assurer que les décisions des autorités de concurrence - la nôtre, celle d'un autre Etat membre ou bien la Commission - puissent servir la cause des consommateurs lésés. L'autorité de la chose décidée doit donc être accordée à l'ensemble de leurs décisions, et cela non seulement pour les ententes, comme c'est déjà le cas, mais également pour les abus de position dominante. **Aucun comportement anticoncurrentiel ne doit être à l'abri d'une action privée effective.** La charge de la preuve qui incombe aux

consommateurs en sera facilitée, étant donné qu'une décision de sanction emporte la présomption d'un comportement fautif de l'entreprise sanctionnée

Le recours collectif ne peut cependant prendre son plein essor qu'avec des moyens supplémentaires. Ceux-ci concernent notamment la publicité. Si le Conseil ne voit pas certes pas d'inconvénient à ce que ces informations soient centralisées sur son propre site internet, il reste que cette publicité risque d'être tout à fait insuffisante. Il faut réfléchir à d'autres moyens de rendre l'opinion publique attentive à l'existence d'une décision d'une autorité de concurrence qui pourrait enclencher une action collective, ou à l'existence d'un recours collectif déjà actionné.

Une fois le recours collectif déclenché, d'autres questions se posent encore. L'une qui se révèle être particulièrement importante pour le Conseil de la concurrence est celle de l'accès aux documents. Vous savez que le Conseil dispose d'une procédure de clémence qui permet aux entreprises qui dénoncent spontanément leur comportement anticoncurrentiel de bénéficier sous certaines conditions d'une réduction d'amende, ou même d'une immunité. Cette procédure risque de perdre son intérêt pour les entreprises si la confidentialité de certaines pièces transmises ne leur est pas garantie. Or la législation luxembourgeoise permet au juge de se saisir de cette question en déterminant lui-même les pièces accessibles au justiciable. Nous ne voyons aucun inconvénient à ce que cette compétence lui soit également reconnue dans le cadre du recours collectif.

Un autre problème épineux concerne le financement du recours collectif. L'UEL en particulier semble hostile à un financement public. En réalité, je ne vois pas d'autre alternative viable. D'une part, la directive prévoit que les dommages et intérêts correspondant à de « petits montants » alimentent un fonds public. Celui-ci devra donc être créé nolens volens. En second lieu, il suffit d'observer les abus générés aux Etats-Unis par une véritable industrie du chantage juridique, financée par des fonds privés manquant de transparence, pour comprendre qu'un financement privé n'est pas davantage dans l'intérêt des entreprises (qui, rappelons-le, peuvent tout à fait être victimes d'un comportement anticoncurrentiel) que dans celui des citoyens. C'est pour cette raison que le Conseil se prononce en faveur de la création d'un fonds public qui, après une subvention initiale, sera alimenté par la partie non-réclamée des dommages et intérêts résultant des recours collectifs engagés.

Ces propositions - des variantes sont tout à fait envisageables - tendent toutes au même but: rendre au consommateur sa fonction d'arbitre dans le jeu de la concurrence. Pour le Conseil, cette proposition, qui lie le respect de l'Etat de droit au respect de l'ordre public économique, ne saurait qu'être encouragée – et appelle une mise en œuvre rapide.

Je vous remercie de votre attention.