Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ?

À propos de l'affaire du Cartel du ciment allemand

Bruno Deffains et Samuel Ferey

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rei/4181>

DOI : 10.4000/rei.4181

ISSN : 1773-0198

Éditeur

De Boeck Supérieur

Édition imprimée

Date de publication : 15 septembre 2010

Pagination : 51-68

ISSN : 0154-3229

Référence électronique

Bruno Deffains et Samuel Ferey, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 131 | 3e trimestre 2010, document 3, mis en ligne le 15 septembre 2012, consulté le 02 juin 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rei/4181> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rei.4181>

VERS UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE EN DROIT DE LA CONCURRENCE ?

À PROPOS DE L'AFFAIRE DU CARTEL DU CIMENT ALLEMAND

Mots-clés : Politique de la concurrence, responsabilité civile, dissuasion, cession de plainte, indemnisation des victimes.

Key words : Competition Policy, Civil Liability, Deterrence, Victims Compensation, Transaction on Civil Action.

INTRODUCTION

La parution récente du Livre blanc de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence (Commission européenne, 2008) est l'occasion de réfléchir à nouveau sur l'introduction de procédures collectives en droit français et communautaire. Le Livre blanc (*Whitepaper*), qui fait suite au Livre vert (*Greenpaper*) de 2005 (Commission européenne, 2005 ; 2008), cherche en effet à promouvoir des mécanismes incitatifs favorisant le recours des victimes de pratiques anticoncurrentielles

- (1) Remerciements. Cette recherche est le fruit des nombreuses discussions que nous avons eues lors du workshop « Quelle harmonisation pour favoriser le contentieux privé des dommages concurrentiels ? » organisé à Bruxelles en juin 2008 dans le cadre du projet de recherche « One Europe, One Judge, One law ». Les auteurs tiennent à remercier tout particulièrement Anne-Lise Sibony, Jacqueline Riffaut-Silk, Muriel Chagny et Paul Kloetgen pour leurs discussions et commentaires sur ce cas. Toutes les erreurs ou omissions restent bien entendu les nôtres.

– consommateurs ou acheteurs intermédiaires – pour obtenir réparation du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité civile (Commission européenne, 2008 ; Frison-Roche, 2007) (2). En effet, une victime d'une pratique anticoncurrentielle, comme par exemple un consommateur qui achète un bien final à un prix supérieur à celui qu'il aurait été en l'absence de cette pratique, subit bien un préjudice. Sur le papier d'ailleurs, ces problèmes de responsabilité civile sont relativement simples puisque le préjudice est économique et évaluable, que l'auteur de l'acte générateur de ce préjudice est dans beaucoup de cas déjà identifié par les autorités publiques et que le lien de causalité entre l'acte générateur et le préjudice est lui aussi avéré (3). Or, dans la pratique, on remarque que ces procédures fondées sur la responsabilité civile sont relativement rares.

L'enjeu économique est pourtant considérable. Si ces actions en responsabilité (4) se développaient de manière crédible, la réparation du préjudice subi par les victimes serait assurée et la dissuasion à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles serait renforcée. Elle s'appuierait alors sur deux piliers : d'une part, le mécanisme traditionnel d'amende mis en place par les autorités publiques sur le fondement du droit de la concurrence *stricto sensu* (*public enforcement*) et d'autre part, un mécanisme de réparation sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile mis en œuvre par des agents privés (*private enforcement*). La conjugaison de ces deux mécanismes pourrait alors permettre d'assurer un niveau réellement dissuasif des coûts de violation de la loi (5) : la règle de responsabilité permet alors d'allouer les ressources de manière efficace en construisant des incitations induisant les acteurs privés à participer, par leur comportement, à la réalisation de l'efficacité globale.

- (2) C'est-à-dire à toute personne ayant subi le préjudice économique. Au niveau communautaire, la CJCE a, dans les arrêts *Courage* (20 septembre 2001) et *Manfredi* (13 juillet 2006), explicitement reconnu que le droit des victimes de pratiques anticoncurrentielles à réparation est garanti par le droit communautaire. Ces arrêts sont la conséquence d'une lente évolution jurisprudentielle déjà présente, par exemple, dans l'opinion de l'avocat général dans l'arrêt *Banks* (Komninos, 2008). On peut remarquer ici la différence avec les États-Unis où l'on estime que 90 % des affaires en droit de la concurrence sont des affaires civiles (Jones, 1999). Mais le système américain est très largement différent puisqu'il reconnaît à la fois les possibilités d'action de groupe (*class action*), de dommages punitifs (triple dommage). L'action civile est donc pensée comme une action dissuasive.
- (3) Pour une discussion de ces trois points, voir par exemple Combe, 2006.
- (4) On distingue le plus souvent les actions représentatives et les actions collectives. Une action représentative a lieu par le biais d'un mandat qui donne possibilité à un tiers de représenter la victime au procès. Une action collective est une action jointe de plusieurs victimes qui réclament réparation d'un même préjudice, ce que l'on appelle les *class actions* aux États-Unis. À l'intérieur des actions collectives, on distingue celles qui sont *opt-out* et celles qui sont *opt-in*.
- (5) Ceci est d'autant plus vrai que l'on considère très largement que le montant actuel des amendes par exemple est très en dessous des surprofits nés des pratiques (notamment en cas de cartel). On pourrait également ajouter à ces sanctions, les sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques ayant organisé la pratique.

Bien entendu, ces deux mécanismes sont, dans la pratique, le plus souvent liés et notamment pour des raisons de preuve. En vertu des principes de la présomption légale, une décision d'une ANC (autorité nationale de concurrence) condamnant une entreprise pour pratique anticoncurrentielle, est en effet une preuve de l'existence de cette pratique et ouvre donc directement la possibilité à une action en responsabilité sans que la victime – le consommateur ou l'acheteur intermédiaire – n'ait à démontrer et à prouver l'existence de cette pratique.

Cela étant, on constate que ces actions en responsabilité sont utilisées de manière extrêmement limitée (Combe, 2007). Selon la Commission, plusieurs causes expliquent la faible utilisation de ces mécanismes juridiques. La première est bien connue des économistes, c'est celle d'un bien public (Deffains, Doriat-Duban et Langlais, 2008). À cet égard, le Livre blanc rappelle notamment que, en vertu de la nature particulière des affaires en droit de la concurrence, « le rapport risque/récompenses est souvent défavorable au requérant » (Commission européenne, 2008, p. 2).

La seconde est juridique et plus précisément procédurale. En effet, les pays européens, et la France en particulier, manquent le plus souvent de procédures qui permettraient de diminuer les coûts de transaction, de lutter contre le phénomène de passager clandestin ou d'internaliser les bénéfices publics d'une action privée en responsabilité. En effet, les victimes dont le préjudice individuel est faible et le préjudice agrégé élevé subissent des coûts à se coordonner pour obtenir réparation. Plus largement, chacun a intérêt à jouer passager clandestin à savoir que les autres subissent le coût du procès pour ensuite introduire sa propre demande. Enfin, les autorités publiques qui auraient intérêt à ce que les victimes réclament réparation, peuvent faire face à des situations où personne ne va pourtant au procès. On comprend donc mieux la position de la Commission européenne dans sa volonté d'ouvrir aux agents la possibilité de joindre les affaires à travers des procédures d'action collective ou d'action représentative afin justement de diminuer ces coûts de transaction.

C'est dans ce contexte que nous voudrions présenter et expliquer d'un point de vue d'économie du droit l'affaire *Cartel Damages Claims SA* (ci-après *CDC*). Cette affaire témoigne en effet d'une solution économique et juridique originale au problème des actions collectives : celui du rachat, par un agent privé, des droits litigieux des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Le jugement du tribunal de première instance de Düsseldorf et l'arrêt récent de la cour d'appel (6) de cette même ville reconnaissant la légalité de la procédure de CDC lui donnent une actualité incontestable et font passer cette possibilité

(6) Dans la suite, nous traduisons *Landgericht Düsseldorf* par tribunal de première instance de Düsseldorf et *Oberlandesgericht Düsseldorf* par cour d'appel de Düsseldorf. Cette traduction est un peu abusive dans la mesure où il est difficile de transposer termes à termes l'architecture juridique allemande en droit français.

de simple virtualité théorique à un mécanisme empirique relativement efficace. Ainsi, en analysant ce cas – sorte d’irruption de nouvelles formes institutionnelles possibles d’action en responsabilité dans le réel juridique – nous voudrions en développer les implications économiques (dissuasion, répartition du surplus, fonctionnement du marché des droits) et juridiques même si une application de cette solution au droit français semble pour l’instant hors de portée.

Dans un premier temps, nous présenterons le cas CDC dans le contexte économique et juridique allemand marqué à la fois par la condamnation du cartel du ciment par l’office allemand des cartels en 2003 et par un droit national plus ouvert que le droit français (*I. Le cas CDC et la cession de droits à réparation*). Dans une deuxième partie, nous analysons ce cas d’un point de vue économique et institutionnel. Il s’agira alors de comprendre les effets économiques de ce type de mécanismes institutionnels sur l’effectivité des actions en responsabilité. Plutôt que de s’en tenir à une dimension purement économique du problème, il nous semble que c’est autour de l’effectivité, à la fois comprise dans sa manifestation économique et juridique, que l’on peut réellement analyser cette procédure pour en montrer les avantages mais aussi les risques (*II. Marchandisation du droit ou effectivité ?*). Enfin, en conclusion, nous nous interrogerons sur la possibilité de voir de telles actions se développer dans le contexte français.

I. — LE CAS CARTEL DAMAGES CLAIMS SA ET LA CESSIION DES DROITS A RÉPARATION

Le cas CDC SA est emblématique des évolutions actuelles du droit de la responsabilité (nécessité de réparation) et de la conception des sanctions à l’égard des pratiques anticoncurrentielles. Cette évolution, déjà mise en évidence par la littérature théorique en économie, appelle à une conjugaison du *public enforcement* effectué par les autorités publiques et sanctionné par des amendes et du *private enforcement* mis en œuvre par des victimes privées – consommateurs ou entreprises – et sanctionné par des dommages et intérêts (Combe, 2006, pp. 25 et suiv. ; Shavell, 2004). Ce cas est intéressant car il constitue l’idéal-type d’une forme originale de *private enforcement* en l’absence d’action collective, celui du rachat par un agent privé des droits à agir de victimes de pratiques anticoncurrentielles.

L’intérêt de ce cas est donc immense dans la mesure où, d’une part, il met en évidence une solution originale au problème du passager clandestin bien connu des actions de groupe et où, d’autre part, il actualise sous forme de réalité empirique ce qui n’apparaissait qu’une virtualité théorique en politique de la concurrence. Il dépasse enfin le droit de la concurrence dans la mesure où il annonce peut-être certaines formes futures – économiques et juridiques – des actions en responsabilité lorsque le dommage est réparti sur un grand nombre d’individus.

Section 1. Le contexte de l'affaire

Début 2002, l'office allemand des cartels (*Bundeskartellamt*, FCO) ouvre une enquête sur le cartel du ciment allemand. Un certain nombre d'entreprises du secteur sont en effet accusées de pratiques d'entente sous forme de quotas de production, de fixation des prix et de répartition du marché allemand, et ce sur une période relativement longue qui court du début des années 1990 jusqu'aux années 2000. En avril 2003, le FCO condamne ces pratiques : 12 producteurs de ciment sont condamnés à une amende totale de 702 millions d'euros (dont 660 pour les six plus gros cimentiers allemands : Alsen AG, Dyckerhoff AG, HeidelbergCement AG, Lafarge Zement GmbH, Readymix AG (aujourd'hui : Cemex Deutschland AG) et Schwenk Zement KG). Les comportements en cause sont à la fois des ententes régionales, des ententes sur les prix, des quotas et des limitations d'importations (*Oberlandesgericht Düsseldorf*, 14 mai 2008).

C'est dans ce contexte que CDC (société anonyme créée en 2002) intente une action en responsabilité civile devant le tribunal régional de Düsseldorf en août 2005. CDC SA est une entreprise de droit belge qui propose aux victimes de comportements anticoncurrentiels de racheter les créances que constituent leurs droits à agir contre les membres du cartel sur le fondement du droit de la responsabilité civile. Ce faisant, CDC joint les actions des victimes et peut attaquer les membres du cartel sur le fondement de ce rachat des droits à agir. Avant d'être étudiée sur le fond, l'affaire a connu plusieurs épisodes procéduraux. Les défendeurs – cimentiers – ont notamment d'abord réclamé la suspension de la procédure (au motif que le FCO n'avait pas complètement terminé ses investigations concernant notamment le montant du surplus réalisé par le cartel). C'est cette suspension que rejette le tribunal régional de Düsseldorf (*Landgericht Düsseldorf*, 9 mars 2006) puis la cour d'appel de Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*, 3 mai 2006). En effet, le risque de report apparaît à la Cour comme disproportionné par rapport au principe d'une protection juridique effective des victimes du cartel. Elle confirme donc le jugement du tribunal de première instance et rejette l'appel des défendeurs.

Ce n'est qu'à partir de 2007 que l'affaire commence à être réellement traitée sur la question de la recevabilité. D'abord, le tribunal de première instance admet l'admissibilité de la demande par jugement du 21 février 2007. Les défendeurs interjettent appel de cette décision. La cour d'appel de Düsseldorf rejette l'appel et confirme le jugement de première instance par un arrêt du 14 mai 2008 (*OLG Düsseldorf*, 14 mai 2008). Elle décide donc que, au regard du droit en vigueur, l'action de CDC en responsabilité civile est tout à fait recevable. Même si elle ne se prononce pas sur le fond de l'affaire, ce premier pas est déjà immense. En outre, elle ne reconnaît pas aux défendeurs le droit de se pourvoir en cassation. C'est principalement cette décision que nous aimerions commenter.

Section 2. La recevabilité de l'action par cession de créances

Comme le droit français, le droit allemand (7) reconnaît aux victimes de cartel un droit à agir en responsabilité civile afin d'obtenir réparation du préjudice subi. Il s'agit ici d'une simple application du droit commun de la responsabilité civile qui s'ajoute aux actions menées par les autorités nationales ou communautaires de la concurrence et qui peuvent déboucher sur des dommages et intérêts. En droit de la responsabilité, la sanction n'est que la réparation – exprimée en termes monétaires – des pertes infligées à la victime.

Cependant, cette action n'est ouverte qu'aux personnes physiques ou morales qui ont effectivement un intérêt légitime à agir, à savoir les victimes du cartel. De ce fait, le principal problème juridique qui se pose à l'entreprise CDC SA est précisément que, même si elle dispose des moyens financiers et humains pour poursuivre ce cartel et prendre en charge le procès, elle n'en a pas le droit puisqu'elle n'est pas directement concernée par l'affaire en question – n'étant pas elle-même victime du cartel – et qu'elle n'a donc aucun droit légitime à agir en justice contre les membres du cartel sur le fondement de la responsabilité civile.

C'est précisément là qu'intervient le mécanisme de cession des droits à titre onéreux mis en place par CDC. CDC a obtenu, par contrat, la cession des droits à agir des victimes – initialement de 29 entreprises puis de sept supplémentaires (8). Chacune des victimes possède en effet un droit à agir contre les membres du cartel. Ce droit a une certaine valeur – égale à la réparation pondérée par le risque de recouvrement (9). Tout l'intérêt de cette affaire est que CDC et les victimes considèrent que cette créance est aliénable et qu'il est possible pour une victime de céder cette créance à un tiers qui se retrouve titulaire des droits d'actions devant les juridictions.

Le contrat entre CDC et les entreprises victimes stipule deux choses : d'une part le prix de cette créance est constitué d'un montant fixe et égal à 100 euros et d'un montant variable calculé comme une part (de 75 % à 85 %) des dommages et intérêts que toucherait CDC dans le cas où elle gagnerait le procès. D'autre part, une clause vient restreindre les droits de CDC notamment dans ses possibilités de cession des créances à des tiers. Étant détentrice de ces

- (7) Depuis les arrêts *Manfredi* et *Courage*, cette possibilité est également offerte en droit communautaire de la concurrence.
- (8) À noter que dans cette affaire, les victimes sont des entreprises qui ont été acheteurs intermédiaires des produits vendus par les membres de l'entente.
- (9) Plusieurs éléments viennent déterminer la valeur de cette créance : son niveau, la probabilité de recouvrer effectivement cette créance, le taux d'actualisation des réparations versées mais également l'aversion au risque des différents acteurs. Comme on le verra, le type de contrat entre CDC et les victimes n'a pas pour but de réallouer les risques.

créances, CDC a estimé devant le tribunal de première instance puis devant la Cour d'appel qu'elle avait bien un droit à agir. Et c'est sur ce fondement que CDC a réclamé plus de 147 millions d'euros au titre des dommages et intérêts dus aux victimes (10).

Les défendeurs au contraire ont argumenté sur plusieurs points. Certains sont relativement accessoires, d'autres sont plus fondamentaux et attaquent de front la position procédurale de CDC. Ainsi, pour les défendeurs, la position de CDC n'est pas claire. N'étant pas la réelle victime, elle ne posséderait en réalité aucun droit à agir car elle n'aurait pas d'intérêt pour cela. Sa position serait assimilable à celle d'un tiers qui, de lui-même, interférerait dans une procédure qui ne la concerne pas. Pour les défendeurs, les cessions n'en sont pas et sont de simples « mandats de recouvrement ». Dès lors, les caractéristiques du litige ne permettraient pas à ces mandats d'être réellement efficaces dans la mesure où le préjudice n'est pas clairement établi. En outre, les défendeurs considèrent que la cession en question contrevient d'une part aux lois qui régissent les professions juridiques et d'autre part aux bonnes mœurs.

La décision de la Cour d'appel prend position sur ces différents points. D'abord, elle invalide la thèse des défendeurs. En effet, ceux-ci prétendaient que le lien qui unit CDC aux victimes était celui d'un mandat de recouvrement et non d'une réelle cession de créance. Dans le cadre d'un mandat, CDC n'aurait effectivement eu aucun intérêt légitime à l'affaire. La Cour rejette cet argument au motif que ceci irait contre la volonté contractuelle expresse des parties qui, explicitement, conçoivent leur relation comme une cession de créance. En outre, aucun des éléments propres au contrat ne valide l'idée que le lien entre CDC et les victimes ne serait pas celui d'une cession de créances : ainsi, le fait de limiter les possibilités pour CDC de disposer ou d'aliéner cette créance (par exemple la vendre à un tiers) renforce cette lecture. C'est justement parce que CDC est le nouveau propriétaire de cette créance qu'il est nécessaire de prévoir les limitations de ce droit de propriété. Dès lors, aucune notion de représentation en justice n'est nécessaire puisque le titulaire d'une créance peut tout à fait poursuivre lui-même le procès.

C'est donc sur le terrain de la cession de créance, qu'il faut poser le problème. Dans ce cadre, la question de l'intérêt à agir de CDC est évidente et résulte de la définition même de la cession. Son intérêt à agir résulte automatiquement de sa détention de la créance. Dire que la cession est valide et dire que

(10) Pour CDC, et au regard de la responsabilité civile, le dommage doit être calculé comme la différence entre le prix effectivement payé et le prix qui aurait été payé si la concurrence avait été effective, multiplié par l'ensemble des quantités de ciment vendues dans la période de référence. Même si CDC reconnaît laisser à la Cour le soin de chiffrer le préjudice, elle réclame 147 millions euros à l'ensemble des membres du cartel, débiteurs solidaires (OLG, p. 6).

CDC a un intérêt à agir sont une seule et même chose. Et CDC agit alors en son nom propre et non en représentation des victimes.

À l'issue de son argumentation, la Cour laisse cependant deux points dans l'ombre qui pourront se révéler cruciaux dans la décision à venir sur le fond de l'affaire. En effet, deux des arguments des défendeurs n'ont pas réellement été tranchés, celui de la violation des règles encadrant le conseil juridique et celui des bonnes mœurs (11). Le Tribunal considère ces deux points – qui sont fondamentaux car ils peuvent entraîner la nullité des contrats de cessions – comme ne relevant pas de la recevabilité de la demande mais comme des arguments de fond. Dit autrement, il n'est pas utile de les trancher pour décider de la recevabilité ou non des demandes de CDC. En revanche, ces deux points seront déterminants pour savoir si les créances sont valides et non nulles. En cas de nullité des créances pour atteinte aux bonnes mœurs ou pour violation des lois sur le conseil juridique, l'ensemble de la stratégie juridique échafaudée par CDC s'écroulerait comme un château de cartes car elle n'aurait plus aucun droit à être présente au procès.

On l'a vu, l'arrêt de la cour de Düsseldorf met un point final à une longue procédure portant sur la *recevabilité* des prétentions de CDC. Pour la première fois à notre connaissance (12), un tribunal puis une cour d'appel autorise une procédure (s'apparentant à une *class action*) en droit de la concurrence. Cet arrêt est donc crucial pour quiconque réfléchit à la responsabilité, aux sanctions et à la prévention des cartels. Cependant, cet arrêt n'est qu'une étape car rien ne laisse présager que CDC gagnera effectivement sur le fond le procès qui l'oppose aux cimentiers.

II. — QUELS MÉCANISMES JURIDIQUES POUR ENCADRER LE *PRIVATE ENFORCEMENT* ?

Cette timide ouverture vers le rachat des droits laisse présager de profondes modifications dans la manière dont on envisage en économie du droit les pro-

- (11) On peut ici arguer que CDC se pose, dans une certaine mesure, comme un avocat ou une structure de conseil juridique. L'argument des bonnes mœurs utilisé par les défendeurs est plus ambigu à comprendre et doit sûrement être entendu ici comme le fait de chercher à contourner le droit allemand par une innovation procédurale.
- (12) On ne peut qu'être frappé par l'opposition entre cette solution allemande et les décisions et arrêts récents des juridictions françaises dans l'affaire des mobiles. En effet, attaqués par l'association de consommateurs *Que Choisir* sur ce même fondement de la responsabilité civile à travers une action en représentation, les défendeurs ont argué de l'illégalité des mandats détenus par l'association. En effet, la manière utilisée par l'*UFC Que Choisir* pour obtenir les mandats de la part des victimes a été assimilée à du démarchage, ce qui est interdit en droit de la consommation comme le précise l'article L. 422-1 du Code de la consommation (tribunal de commerce de Paris, 6 décembre 2007, jugement confirmé par la cour d'appel de Paris par un arrêt du 22 janvier 2010).

blèmes de responsabilité en cas de nombre élevé de victimes. L'objectif de cette seconde partie est de développer d'un point de vue un peu plus général les implications de ce cas pratique en termes d'économie du droit : d'une part sur les aspects économiques (incitation, recours et dissuasion et répartition du surplus) et juridiques (représentation que l'on se fait de la responsabilité, marchandisation des droits).

Il nous semble qu'une manière d'envisager cette question et de discuter cette solution est celle de l'*effectivité* des normes. En effet, ce concept est à la fois économique et juridique. Il permet donc de sortir d'une guerre de tranchée entre position économique d'une part et arguments juridiques de l'autre et de penser en même temps les deux aspects du problème. En termes économiques, l'effectivité est la capacité du droit à fournir des incitations optimales afin que les règles soient respectées et que les compensations soient payées. Il s'agit ici de penser l'interaction entre existence des règles de droit et comportements individuels vis-à-vis de ces règles. En termes juridiques, l'effectivité renvoie assez naturellement également à la question de savoir si les dispositifs juridiques sont cohérents entre eux et s'ils ne violent pas le principe d'effectivité des normes communautaires.

Section 1. Économie de « l'action en justice »

L'analyse économique du droit ne pose pas directement la question de l'effectivité des normes dans la mesure où elle se concentre sur les problèmes d'efficience. Pour autant, le sujet n'est pas ignoré. Nous en voulons pour preuve les débats relatifs à l'utilisation de la responsabilité civile comme instrument d'internalisation des risques de dommages. Les études sur le sujet cherchent à décrire les mérites respectifs des différents systèmes de responsabilité civile basés ou non sur la notion de faute. Mais une fois ces mérites constatés au plan théorique, l'analyse se concentre sur les limites rencontrées en pratique. Les problèmes d'information du Tribunal ainsi que les difficultés liées à la solvabilité des agents responsables ont ainsi souvent été mis en avant (voir par exemple Shavell, 1987). Mais il est une autre limite qui nous ramène directement à la question de l'effectivité, celle de la probabilité que l'agent responsable aille en procès.

Pour illustrer notre propos, nous nous placerons dans le cas le plus simple d'un accident unilatéral avec niveau d'activité exogène (Deffains, 2000). Pour cela, on considère une situation où l'activité d'un agent impose un risque de dommages à des tiers, les victimes subissant une perte de montant D en cas d'accident. La probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. Soit $p(x)$ cette probabilité, où x représente l'effort de prévention de l'agent avec $p' < 0$ et $p'' > 0$. Les précautions de l'agent réduisent les bénéfices qu'il retire de son activité, ce coût de prévention étant dénoté par $C(x)$ avec $C' > 0$ et $C'' > 0$.

L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers :

$$\min_x CS(x) = C(x) + p(x)D \quad (1)$$

En supposant une solution intérieure à ce problème, l'effort de prévention socialement optimal x^* satisfait la condition de premier ordre :

$$C'(x^*) + p'(x^*)D = 0 \quad (2)$$

En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul. Dans ce qui suit, on analyse le rôle de la responsabilité civile en tant que mécanisme d'incitation à la prévention. Dans certains cas, ce mécanisme réalisera l'optimum ; dans d'autres cas, le niveau de précaution sera sous-optimal. On suppose ici que l'activité générant les risques est socialement désirable quel que soit le degré de précaution de l'agent.

Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est légalement responsable des dommages qu'il provoque, quel que soit par ailleurs le degré de précaution avec lequel il exerce son activité. L'agent générateur de risques fait alors face à la fonction de coût « sans faute » :

$$K_s(x) = C(x) + p(x)D \quad (3)$$

En supposant la neutralité au risque, l'agent minimise ce coût, ce qui implique qu'il adopte le niveau de précaution socialement optimal.

Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent imposant les risques n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme ou standard de comportement « raisonnable » fixé par le Tribunal compte tenu des caractéristiques de la situation (13). On suppose que la norme juridique est efficace, en ce sens qu'elle correspond au niveau de précaution optimal. Dans ce cas, l'agent fait face à la fonction de coût « pour faute » :

$$K_f(x) = \begin{cases} C(x) + p(x)D & \text{si } x < x^* \\ C(x) & \text{si } x \geq x^* \end{cases} \quad (4)$$

Avec une telle règle, l'agent adoptera donc également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité

- (13) Plusieurs méthodes peuvent être appliquées par le Tribunal pour déterminer la norme légale : analyse coût-bénéfice, règle du juge Hand, principe du *bonus pater familias*. Dans le premier cas, le juge cherche à maximiser le surplus global, dans le second à faire supporter le risque à celui qui peut éviter le dommage au moindre coût, dans le troisième, on compare le comportement avec celui qu'aurait pris un agent normalement prudent.

dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le Tribunal : s'il ne respecte pas le niveau de précaution x^* , son coût privé se confond avec le coût social, ce qui n'est plus vrai à partir de x^* puisque le Tribunal ne lui impute plus la charge des dommages. L'intérêt de l'agent est donc de respecter x^* de façon à minimiser son coût privé.

Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le Tribunal doit en effet être en mesure de fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal. Si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop élevée, l'optimum sera encore réalisé car son coût privé continuera d'être minimisé en x^* . En d'autres termes, l'équivalence des deux formes de responsabilité ne sera avérée que si le Tribunal détient les informations permettant de fixer la norme de comportement en x^* . Remarquons que cette équivalence concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime de responsabilité retenu. Avec la responsabilité sans faute l'agent générateur de risque supporte la totalité des coûts, avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

Ce raisonnement soulève toutefois une difficulté immédiate en termes d'effectivité. En effet, nous avons implicitement supposé tout au long de l'analyse que la probabilité de la victime d'aller devant le juge est égale à l'unité. Plus précisément, nous pourrions réécrire notre problème du coût social sous la forme :

$$\min_x CS(x) = C(x) + qp(x)D$$

avec $q = 1$

Cette hypothèse n'est pas réaliste. De ce fait, on observera que si la probabilité est strictement inférieure à 1, les incitations à prévenir le dommage sont insuffisantes. Dans notre exemple, l'effort sera strictement inférieur au niveau optimal. Il s'agit bien là d'une question d'effectivité dans la mesure où le signal reçu par l'agent à l'origine du risque s'avère inadapté. En pratique, il existe de nombreuses raisons de croire que la probabilité d'accéder au juge est strictement inférieure à 1. On peut bien entendu mettre en avant les contraintes financières de certains agents (14). Mais d'autres raisons peuvent également

- (14) Même si le service public de la justice garantit en principe l'accès au juge pour tous, les coûts d'une action en justice ne sont pas nuls si l'on considère les honoraires d'avocats, les frais d'expertises et un certain nombre de coûts divers. De ce fait, on comprend que certains puissent être dans l'incapacité d'agir. C'est précisément ce qui motive les politiques d'aide judiciaire à assurer la prise en charge de certains coûts par l'État.

contribuer à réduire la probabilité d'agir en justice. Nous pensons plus particulièrement ici à la dispersion des dommages. En effet, lorsqu'un très grand nombre de personnes sont atteintes si faiblement que personne n'a intérêt, individuellement, à mener l'affaire devant les tribunaux, il est clair que les incitations de l'agent générateur du risque sont très insuffisantes. Imaginons par exemple que 10000 personnes soient victimes d'un produit mis en vente par une seule entreprise et que seule la moitié de ses victimes décide d'aller devant le juge. Au mieux, les incitations seront de moitié inférieures à ce qui serait socialement souhaitable. Si l'on considère ici que le problème réside moins dans une contrainte financière des agents que dans la faiblesse de l'enjeu au niveau individuel, différents moyens d'actions existent pour rétablir l'effectivité de la norme juridique. On pense notamment aux politiques agissant sur D (dommages-intérêts punitifs par exemple) ou à celles influençant directement q , notamment la possibilité d'engager des actions collectives.

Nous pouvons toutefois remarquer que ce problème de « sous-investissement au procès » par les victimes est d'autant plus important qu'il y a une dimension collective à l'action. En effet, dès lors que le défendeur subit une externalité négative liée au procès (le risque d'être poursuivi sur le même fondement par plusieurs victimes), il a intérêt à surinvestir dans le procès. Cela lui permet en effet de signaler à l'ensemble des victimes que la bataille judiciaire sera difficile. Au contraire, la victime seule n'investit qu'à hauteur de ses bénéfices attendus. Or, le décalage sera d'autant plus important que la victime percevra la défense agressive de l'auteur du dommage comme une probabilité plus faible d'une issue favorable. Un résultat classique en économie du droit veut d'ailleurs que l'aversion pour le risque influence négativement la probabilité d'aller devant le juge.

Nous avons ici décrit un phénomène bien connu dans la littérature consacrée à l'évaluation des règles de responsabilité civile. Ce phénomène nous permet de bien comprendre l'importance de la notion d'effectivité de la norme en matière économique. Nous pouvons souligner que cette question est tout aussi importante en matière pénale. La question n'est plus simplement celle de l'indemnisation des victimes de dommages, mais plus généralement celle de la sanction optimale. Si la probabilité de détection est insuffisante (en particulier si les victimes ne portent pas plainte), les auteurs d'actes criminels ou délicieux peuvent être insuffisamment dissuadés.

Section 2. L'action collective et le rachat des droits : marchandisation ou effectivité

Nous avons vu plus haut que les actions collectives peuvent constituer un moyen de corriger les défaillances du système de responsabilité lorsque les victimes sont dispersées et insuffisamment incitées à agir en justice. En pratique, ces actions sont des procédures juridiques qui autorisent un certain nombre de personnes qui ont les mêmes griefs contre un défendeur à les faire valoir par le biais d'une partie agissant à titre de représentant. En général, une

personne intente une action en son propre nom et au nom d'autres personnes qui sont dans la même position vis-à-vis du défendeur. Ensemble, le demandeur agissant à titre de représentant et les autres demandeurs constituent « un groupe de demandeurs ». Les autres victimes ont le droit de se joindre au groupe ou de ne pas y participer. Sous l'angle juridique, au lieu de procédures individuelles multiples, intentées par différents demandeurs qui soulèveraient les mêmes questions de fait et de droit contre un défendeur, les actions de groupe permettent qu'un problème qui est commun à de nombreux demandeurs soit réglé en une seule procédure devant le tribunal.

Les travaux d'analyse économique ont focalisé l'attention sur l'action de groupe en tant que mécanisme de régulation des risques dont les conséquences peuvent affecter un grand nombre de victimes (risques industriels, risques liés à la consommation de produits, risques environnementaux,...). Trois aspects essentiels de l'action de groupe ont pu être soulignés (Deffains, Doriat-Duban et Langlais, 2008). Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables : l'action de groupe permettrait de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais de justice entre les nombreux membres du groupe, l'action collective assurerait un meilleur accès à la justice en rendant possible des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, l'action de groupe servirait l'efficacité en faisant en sorte que les auteurs de dommages potentiels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence.

Bien entendu, les actions collectives soulèvent elles-mêmes des difficultés. En particulier, elles sont des exemples typiques de biens publics où le risque de passer clandestin est important. Il semble donc permis de s'interroger sur l'opportunité de procéder différemment par un mécanisme de rachat de droits dans certaines circonstances. Il nous semble en particulier opportun d'introduire une distinction entre le droit de la consommation (relation consommateur/producteur) et le droit de la concurrence (relation interentreprises). En effet, les enjeux ne sont pas de même nature, le nombre de victimes peut être très différent et leurs stratégies de défense peuvent diverger (15). L'originalité dans l'affaire *CDC* réside dans le fait qu'il y a un transfert de créances au profit d'un tiers qui n'existe en principe pas avec l'action collective. Cette ouverture d'une procédure crée un précédent important d'un mécanisme légal et économique favorisant le *private enforcement* et le « marché des créances » en réalité.

(15) On imagine en particulier qu'une entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle menée par un concurrent puissant hésitera à le poursuivre en justice par crainte de mesures de rétorsion dans l'avenir ou simplement faute des moyens suffisants par rapport à son adversaire.

Le *private enforcement* comme complément ou substitut de l'action publique est un sujet de recherche en économie du droit. Le mécanisme de mise en œuvre privée décrit les situations où les activités de détection et de poursuite devant la justice sont confiées aux parties privées. La décision sur l'affaire continue en principe de relever de la sphère publique, le plus souvent dans le cadre d'un jugement rendu par un tribunal. Le mécanisme privé serait donc clairement limité à la mise en œuvre du droit. En principe, ce type de dispositif apparaît inutile puisque le mécanisme public devrait être suffisant pour atteindre l'optimum (16). En particulier, dans le domaine du droit de la concurrence, les autorités seraient en mesure de détecter et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, au niveau européen l'ensemble des dispositifs concentre historiquement le pouvoir de mise en œuvre du droit de la concurrence entre les mains de la Commission. Un tel choix implique, bien entendu, une forte centralisation. Les autorités de la concurrence se doivent en effet de rechercher et de traiter l'information, d'instruire les cas et de juger les cas d'espèce. Chacune de ces étapes implique un travail complexe et hautement qualifié. En d'autres termes, la mise en œuvre du droit de la concurrence dans un tel contexte s'avère particulièrement coûteuse (17). C'est une des raisons qui ont conduit la Commission à promouvoir une participation plus active des parties privées dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. La publication en 2008 du Livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante est l'illustration la plus manifeste de cette évolution. Si l'objectif affiché est clairement de fournir un mécanisme d'indemnisation des victimes de dommages causés par l'infraction, ce texte pose plus généralement la question des avantages du recours à un mécanisme de mise en œuvre privés.

D'une manière générale, les avantages liés à un tel mécanisme peuvent être regroupés en trois grandes catégories selon la littérature. En premier lieu, les victimes d'un dommage sont souvent les mieux placées pour identifier ceux ou celui qui en sont à l'origine. Non que des agents publics n'y parviendraient pas, mais les agents privés bénéficient d'avantages informationnels (Polinsky et Shavell, 2000). En second lieu, les incitations des agents privés peuvent être plus efficaces pour détecter et poursuivre les comportements à l'origine des dommages dans la mesure où ils sont directement motivés par le montant des dommages et intérêts qu'ils peuvent obtenir. Enfin, les coûts relatifs à la recherche et à la détection des comportements condamnables ainsi que les coûts des poursuites pourraient être plus faibles (Posner, 1970). En effet, la

(16) En supposant bien entendu que le régulateur recherche la maximisation du bien-être social.

(17) On peut notamment remarquer que l'on considère largement qu'un grand nombre de cartels ne sont pas détectés par les autorités de la concurrence. Pour une synthèse des différents travaux et évaluations existant sur cette question, voir par exemple Combe, 2006.

détection des cartels pourrait alors passer par la surveillance des victimes plus promptes à dénoncer ces pratiques si elles y trouvent un intérêt (18). Sur la base de ces différents arguments, la littérature s'est efforcée d'identifier les conditions de mise en œuvre optimale de mise en œuvre du droit. C'est ainsi par exemple que Garoupa et Klerman (2000) proposent un modèle général permettant de délimiter les champs respectifs des mécanismes privés et publics (19).

Au regard de ces arguments de nature à la fois théorique et empirique, il semble donc que le recours à un mécanisme de mise en œuvre privée soit particulièrement adapté au droit de la concurrence. On comprend également qu'une telle procédure de rachat de créances dépasse largement ce seul champ juridique et couvre de nombreux cas de responsabilité civile. Loin d'y voir un simple mécanisme d'échange des droits de poursuite, il contribue à l'effectivité du droit. Reste que les principes juridiques trouvent-ils leur compte dans le développement de tels mécanismes qui participent, de fait, à une « marchandisation » des droits à réparation ?

Il nous semble que cette question appelle deux séries de commentaires. D'une part, il est clair que si ce genre de solution venait à se généraliser, on devrait voir apparaître un véritable « marché des droits » où les offreurs seraient les victimes et les demandeurs les entreprises spécialisées dans ce genre de contentieux à l'image de CDC et du droit de la concurrence. Ce risque a d'ailleurs été vu en France par exemple, où la Cour de cassation a rejeté l'action en représentation de l'*UFC Que choisir* précisément au motif que l'association de consommateurs se serait rendue coupable de démarchage illégal de mandats (voir note 12). Cependant, cet argument n'est qu'à moitié convaincant car dès lors que l'on reconnaît que de tels droits à agir sont patrimoniaux et qu'ils peuvent être compensés au titre d'une réparation monétaire, on voit mal

- (18) On peut rapprocher ce phénomène de celui mis en place par les cartels eux-mêmes lorsqu'ils utilisent les consommateurs pour repérer toute trahison d'un des membres du cartel. Ainsi, dans l'affaire *Conforama*, un mécanisme de remboursement de la différence de prix était utilisé par les membres du cartel pour que le consommateur signale lui-même toute déviation par rapport au prix d'entente en réclamant la différence de prix constaté pour un même produit entre différents distributeurs (Conseil de la concurrence, 28 juin 2002).
- (19) Cependant, on doit noter qu'un certain nombre d'auteurs doutent que les sanctions civiles soient réellement efficaces contre les cartels. D'une part, car elles sont essentiellement fondées sur la réparation du préjudice. Or, même en ajoutant les sanctions civiles aux amendes, le niveau de sanction resterait inférieur à son niveau dissuasif (Combe, 2006). Plus fondamentalement, on comprend également que les sanctions civiles peuvent être un frein à la détection des cartels. En effet, l'un des dispositifs principaux de lutte anti-cartel est constitué des programmes de clémence qui permettent à certains membres des cartels d'obtenir l'immunité totale ou partielle devant les autorités de la concurrence. De plus en plus utilisés, ces programmes ont pour but de favoriser l'instabilité des cartels et donc de construire des incitations qui permettent leur autodissolution. On voit bien que, dans ce cadre, la perspective d'obtenir l'immunité est moins attrayante si l'entreprise sait qu'elle devra tout de même rembourser le préjudice subi par les consommateurs.

ce qui ferait obstacle à leur vente entre agents privés. D'autre part, il reste un argument plus décisif, celui de l'effectivité des normes. Ce problème est bien connu en droit communautaire, et notamment en droit communautaire de la concurrence. En effet, il y aurait un caractère somme toute assez paradoxal à reconnaître la possibilité d'une action en dommages et intérêts tout en ne prévoyant aux victimes aucun dispositif institutionnel pour rendre effectif ce droit ou en déclarant illégaux tous mécanismes juridiques qui joueraient un tel rôle d'effectivité (Komninos, 2008). En suivant Komninos, on peut ici faire trois remarques. Premièrement, le droit à une protection effective est un droit reconnu aux articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'Homme. Deuxièmement, et plus spécifiquement, le droit communautaire voit dans les actions privées un élément essentiel de l'effectivité du droit communautaire en faisant des agents privés les compléments de l'action publique dans la réalisation du droit communautaire. Enfin, des dispositions procédurales différentes selon les États affaibliraient l'ensemble de la construction du droit communautaire de la concurrence. Certes, il est généralement reconnu aux États membres une liberté procédurale, mais si les écarts de solutions juridiques étaient trop importants entre les systèmes juridiques, la cohérence et l'uniformité du droit communautaire seraient en jeu et ne manqueraient de créer des effets pervers par la voie de stratégies juridiques et économiques différenciées.

CONCLUSION

L'affaire *CDC*, récemment jugée en Allemagne, offre l'occasion de réfléchir à une procédure juridique originale, celle du rachat par un tiers des droits à réparation de victimes d'un préjudice. De spéculation théorique, cette possibilité prend une nouvelle actualité avec l'arrêt récent de la cour d'appel de Düsseldorf en mai 2008. Outre son caractère extrêmement innovant dans le contexte juridique européen, une telle solution procédurale offre plusieurs avantages d'un point de vue d'économie du droit. D'une part, il permet de lutter contre l'ineffectivité dans l'application du droit liée au fait que les dommages sont répartis sur un nombre élevé de victimes dont aucune n'a intérêt à agir de manière isolée. Il s'agit là d'un dispositif institutionnel et juridique original permettant de lutter contre les phénomènes bien connus de passagers clandestins et de sous-investissements dans le procès. Certes, ce système procédural ouvre la porte à la création d'un marché des droits dont on peut s'interroger sur la légitimité. Mais une telle réticence doit être mise en balance avec la meilleure effectivité dans la réalisation des droits individuels. Ce débat doit également être considéré à l'aune des développements récents en économie du droit comportemental. Cette dernière invite en effet à s'interroger sur la psychologie des agents, en particulier les biais qui peuvent ressortir lors de la prise de décision. En matière de résolution des conflits, certaines heuristiques ont ainsi pu être mises en évidence qui soulignent le rôle de la réciprocité ou des biais de *self-serving*. Il semble en particulier que l'attitude des justiciables ne soit pas la même lorsqu'il est question d'engager une action qui peut leur permettre d'obtenir une indemnisation ou bien une sanction de l'auteur d'une infraction. L'effectivité du droit doit également tenir compte de ce type de phénomènes.

BIBLIOGRAPHIE

- CANENBLEY Cornelis (2007), « La réparation du préjudice économique né d'une pratique anticoncurrentielle. L'expérience germanique », communication, Cour de cassation, Paris, 26 avril.
- COMBE Emmanuel (2006), « Quelle sanction contre les cartels? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, t. XX, n° 1, pp. 11-46.
- COMBE Emmanuel (2007), *Économie et Politique de la concurrence*, Dalloz, Paris.
- COMMISSION EUROPÉENNE (2005), *Livre vert. Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Bruxelles.
- COMMISSION EUROPÉENNE (2008), *Livre blanc. Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Bruxelles.
- DEFFAINS Bruno (2000), « L'évaluation des règles juridiques: un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile: un bilan », *Revue d'Économie Politique*, 2000, n° 6, pp. 752-785.
- DEFFAINS Bruno, DORIAT-DUBAN Myriam et LANGLAIS Éric (2008), « Économie des actions collectives », *Concurrences*, n° 2, pp. 19-49.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne (2007), *Droit de la concurrence*, Dalloz, Paris.
- GAROUPA Nuno et KLERMAN G. (2000), « Optimal Law enforcement with a Rent-Seeking Government », *USC Olin research Paper* n° 009.
- JONES Clifford A. (1999), *Private Enforcement of An antitrust Law in EU, UK and USA*, Oxford University Press, Oxford.
- KOMNINOS Assimakis P. (2009), « Procedural Autonomy and Civil Antitrust Remedies », in Catherine Barnard and Okeoghene Odudu (eds.), *The Outer Limits of European Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland.
- POLINSKY Mitchell et SHAVELL Steven (2000), « The Economic Theory of Enforcement of Law », *Journal of Economic Literature*, 38, pp. 45-76.
- POSNER Richard (1970), « A Statistical Study of Antitrust Enforcement », *Journal of Law and Economics*, 13, pp. 365-419.
- SHAVELL Steven (2004), *Economic Foundations of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- SIBONY Anne-Lise (2008), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, Paris.

Voir arrêts, jugements et décisions de justice, page suivante

Arrêts, jugements et décisions de justice

Conseil de la concurrence, décision n° 02-D-42 du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public.

Cour de justice des Communautés européennes, cas C-453/99, *Courage Ltd v. Bernard Crehan*, (2001) ECR I-6297.

Cour de justice des Communautés européennes, cas C-295/04 à C-298/04 *Vincenzo Manfredi et al. V Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa et al.* (2006) ECR I-6619.

Landgericht Düsseldorf, *Cartel damage Claim SA/Cemex*, 9 mars 2006, cas n° 34 O (Kart) 147/05.

Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 mai 2006, cas n° 6 W (Kart) 6/06.

Landgericht Düsseldorf, 21 février 2007, n° 02/2007.

Oberlandesgericht Düsseldorf, 14 mai 2008, cas n° 6 U (Kart) 14/07.

Tribunal de commerce de Paris, 6 décembre 2007, *UFC Que Choisir/Bouygues Telecom*.

Cour d'appel de Paris, 22 janvier 2010, *UFC Que Choisir/Bouygues Telecom*.