

REPOSE DE LA CCIP AU LIVRE BLANC SUR LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS  
POUR INFRACTION AUX REGLES COMMUNAUTAIRES  
SUR LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION DOMINANTE

Dans le prolongement de son Livre vert paru en 2006, la Commission européenne soumet à consultation un Livre Blanc sur les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles, afin d'harmoniser les procédures des Etats membres.

La Chambre de commerce et d'industrie de Paris accueille favorablement le principe d'une telle démarche, à condition que les intérêts des entreprises soient dûment pris en compte. C'est dans cette optique, qu'elle a souhaité faire valoir certaines observations.

#### I L'INTRODUCTION DE RECOURS COLLECTIFS

##### 1) Le Livre Blanc

La Commission européenne propose d'instaurer :

- des actions représentatives, intentées par des entités qualifiées telles que des associations de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnelles, au nom de victimes identifiées ou, dans des cas plutôt restreints, identifiables. Ces entités sont soit i) officiellement désignées à l'avance soit ii) habilitées par un Etat membre, au cas par cas pour une infraction donnée aux règles de concurrence, à intenter une action au nom d'une partie ou de la totalité de leurs membres ; et
- des actions collectives assorties d'une option de participation explicite, dans lesquelles les victimes décident expressément de mettre en commun leurs demandes d'indemnisation individuelles pour les dommages qu'elles ont subis, afin d'engager une seule action en justice.

##### 2) Observations de la CCIP

La protection des consommateurs est une préoccupation de tous, y compris des entreprises. Le principe même de la responsabilité et de la réparation des préjudices causés répond à un besoin légitime d'équité. Pour autant, selon la CCIP, toute évolution législative tendant à introduire une action de groupe doit nécessairement s'accompagner d'un certain équilibre, afin que les opérateurs économiques ne se retrouvent pas « piégés » par des procédures abusives altérant leur réputation, avant même tout jugement sur leur responsabilité. Ainsi, toute dérive devant absolument être évitée, la CCIP insiste sur certains grands principes, notamment :

- l'action de groupe devrait être limitée au seul droit de la consommation, qui apparaît comme le seul domaine présentant une justification économique suffisante. En effet, la finalité même de l'action de groupe consiste à prendre en considération la situation de consommateurs qui n'ont aucun intérêt à introduire individuellement une action en justice au vu du faible montant de leur préjudice.
- l'introduction d'une telle action devrait être réservée aux seules associations de consommateurs agréées.
- l'association devrait être en mesure de démontrer la réalité du groupe, c'est-à-dire d'établir que le nombre de consommateurs concernés est trop important pour permettre le règlement du litige par une autre procédure. Par ailleurs, les préjudices pouvant justifier l'ouverture de cette action devraient remplir un certain nombre de critères cumulatifs :
  - préjudices ayant pour origine commune un même professionnel ;

- préjudices matériels uniquement (à l'exclusion, notamment, des dommages corporels ou encore moraux) ;
  - préjudices contractuels (issus de l'inexécution ou d'une mauvaise exécution par un professionnel de ses obligations contractuelles) ;
  - préjudices identiques ;
  - préjudices de faible montant, par exemple 2.000 euros.
- Il serait indispensable de choisir le système de l'opt-in, en vertu duquel le groupe ne saurait être constitué que des seuls consommateurs ayant manifesté la volonté d'adhérer à l'action. La procédure devrait s'articuler autour de deux grandes phases :  
 Au cours de la première, le juge saisi aurait à se prononcer sur la recevabilité de l'action et, surtout, sur la responsabilité du professionnel mis en cause. Le cas échéant, il rendrait un jugement déclaratoire de responsabilité, qui préciserait les critères d'évaluation du préjudice et les modalités de publicité.  
 Au vu du jugement déclaratoire de responsabilité, s'ouvrirait une seconde phase d'indemnisation des consommateurs, sachant que toute évolution vers des dommages et intérêts punitifs devrait être exclue. En tout état de cause, les délais devraient être courts pour éviter des procédures sans fin et trop coûteuses.

Afin d'éviter l'instrumentalisation de l'action de groupe, il conviendrait de prévoir, en cas de procédures abusives, le remboursement des frais engagés et sommes versées, ainsi qu'une indemnisation des entreprises au regard de la déstabilisation qu'elles ont pu subir.

Au regard de ces principes ainsi énumérés, le livre Blanc appelle des réserves sur deux points : tout d'abord, la CCIP observe que le texte comporte une certaine ambiguïté car il ne semble pas exclure la possibilité d'introduire des actions représentatives fondées sur le système « opt out », ensuite la notion de victimes identifiables est trop floue. Il est donc indispensable de réserver une telle action aux entités qualifiées pour des victimes identifiées et non identifiables.

## II L'ACCÈS AUX PREUVES

### 1) Le Livre Blanc

La Commission propose que :

- les juridictions nationales aient, dans des conditions déterminées, le pouvoir d'enjoindre aux parties à la procédure ou à des tiers de divulguer des catégories bien définies de preuves pertinentes;
- les conditions préalables à une injonction de divulgation soient notamment que le requérant :
  - ait présenté l'ensemble des données factuelles et moyens de preuve qu'il a pu raisonnablement obtenir, pour autant que ces éléments fassent apparaître des raisons plausibles de présumer qu'il a subi un dommage imputable à une infraction aux règles de concurrence commise par le défendeur;
  - ait montré, à la satisfaction de la juridiction saisie, qu'il n'est pas en mesure, en dépit des efforts que l'on peut raisonnablement attendre de lui, de produire les preuves requises par d'autres voies;
  - ait défini des catégories suffisamment précises de preuves à divulguer; et
  - ait convaincu la juridiction saisie que la mesure de divulgation envisagée est pertinente pour l'affaire en cause, ainsi que nécessaire et proportionnée;

- les déclarations des entreprises effectuées dans le cadre d'une demande de clémence ainsi que les enquêtes des autorités de concurrence bénéficient d'une protection adéquate;
- les juridictions disposent du pouvoir d'imposer des sanctions suffisamment dissuasives pour éviter la destruction d'éléments de preuves pertinents ou le refus de se conformer à une injonction de divulgation, et notamment de la faculté de tirer des conséquences défavorables dans le cadre de l'action civile en dommages et intérêts.

## 2) Observations de la CCIP

Le Livre Blanc manque de clarté concernant la possibilité pour les juridictions nationales de se voir communiquer par les parties ou des tiers des catégories de pièces, toutefois en cette matière, la CCIP estime que le pouvoir d'appréciation doit être laissé au juge.

En France, le droit commun offre déjà un certain nombre de moyens aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse d'entreprises ou de particuliers, pour apporter la preuve de leurs prétentions. La partie demanderesse peut ainsi solliciter le juge pour qu'il enjoigne le défendeur d'établir ses prétentions. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile précise ainsi que « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». En outre, l'article 11 énonce que « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ». Certes, les difficultés d'administration de la preuve sont d'intensité variable selon la nature des éléments exigés, certains sont détenus par le demandeur à l'action (contrats, correspondances...), d'autres dépendent des tiers ou de l'entreprise défenderesse (bilans, comptes rendus de réunions internes...) mais, en tout état de cause, le juge a toujours la possibilité d'ordonner la production de catégories de document sous astreinte. C'est pourquoi la CCIP est hostile à la mise en place de règles spécifiques relatives à la divulgation de preuves documentaires dans les actions civiles en dommages et intérêts. Si la recherche de preuves est un élément fondamental dans l'établissement de la faute comme du préjudice, il ne saurait être question de transposer les mécanismes de la « common law », et plus précisément la procédure de « discovery », dans notre système juridique. Les entreprises doivent pouvoir bénéficier d'un maximum de garde fous dans le respect de la protection de la confidentialité et du secret des affaires.

## III EFFET CONTRAIGNANT DES DÉCISIONS DES ANC

### 1) Le Livre Blanc

La Commission européenne propose la règle selon laquelle :

- les juridictions nationales devant statuer sur des actions en dommages et intérêts concernant une pratique visée à l'article 81 ou 82 sur laquelle une ANC du REC a déjà rendu une décision définitive concluant à l'existence d'une infraction à ces articles, ou sur laquelle une instance de recours a rendu un jugement définitif confirmant la décision de l'ANC ou constatant elle-même une infraction, ne peuvent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de cette décision ou de ce jugement.

### 2) Observations de la CCIP

La CCIP observe que toutes les autorités nationales de la concurrence (ANC) du Réseau européen de la concurrence (REC) ne confèrent pas les mêmes garanties en matière des droits de la défense. Il faudrait préalablement vérifier que les garanties offertes sont similaires aux exigences formulées par l'état de droit auquel est soumise la juridiction qui se prononce sur la demande de réparation.

## IV NÉCESSITÉ DE L'EXISTENCE D'UNE FAUTE

### 1) Le Livre Blanc

La Commission propose la mesure suivante :

- lorsque la victime a rapporté la preuve d'une infraction à l'article 81 ou 82, l'auteur de cette infraction doit être tenu responsable des dommages causés, sauf s'il prouve que l'infraction résulte d'une erreur véritablement excusable;
- une erreur est considérée comme excusable dans le cas où une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence.

### 2) Observations de la CCIP

La CCIP s'interroge sur la notion « d'erreur véritablement excusable » qu'elle estime assez floue. En effet, même si la Commission précise que seule l'erreur commise dans le cadre de situations complexes ou nouvelles pourra être excusable, il s'agit d'une notion vague qui, si elle doit être interprétée restrictivement, nécessite plus de précisions afin d'éviter des divergences d'interprétations en fonction des juridictions saisies.

## V DOMMAGES ET INTÉRÊTS

### 1) Le Livre Blanc

La Commission européenne a l'intention :

- d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes pour l'évaluation des dommages et intérêts dans les affaires d'ententes et d'abus de position dominante, par exemple au moyen de méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages subis.

### 2) Observations de la CCIP

La CCIP estime que le calcul des dommages et intérêts doit s'attacher à réparer le ou les préjudices subis de manière effective et individuelle dans le respect des règles nationales de la réparation civile du préjudice. A cet égard, la CCIP approuve la démarche de la Commission qui consiste à élaborer des lignes directrices ou des communiqués portant sur la détermination des montants des dommages et intérêts. De tels documents offriraient l'avantage de synthétiser l'ensemble des jurisprudences des Etats membres et aideraient les juges à disposer d'une vision d'ensemble concernant des cas similaires traités par leurs homologues.

## VI LA RÉPERCUSSION DES SURCOÛTS

### 1) Le Livre Blanc

La Commission propose que :

- les défendeurs soient en droit d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts. Le niveau de preuve requis pour ce moyen de défense ne devrait pas être inférieur à celui imposé au requérant pour prouver les dommages subis ;
- les acheteurs indirects puissent se fonder sur la présomption réfragable que le surcoût illégal a été répercuté sur eux dans sa totalité.

### 2) Observations de la CCIP

La CCIP est favorable à l'introduction du moyen de défense relatif à la répercussion des surcoûts dans la mesure où elle estime que tout système de dommages et intérêts punitifs doit être exclu.

En cas de litiges, la référence aux surcoûts permet au défendeur de démontrer que le préjudice en cause est nécessairement moins important et incitera le juge à atténuer le montant de la réparation. Il est, en effet, très important de faire la différence entre le préjudice porté à la collectivité et le préjudice individuel subi par chaque concurrent, client ou consommateur qui en demandent la réparation.

En revanche, la CCIP n'est pas favorable à l'introduction de la présomption simple selon laquelle le surcoût illégal a été répercuté dans sa totalité sur les acheteurs indirects : cette option porterait atteinte aux principes fondamentaux relatifs à la charge de la preuve (notamment la règle *actori incumbit probatio*) et présente le risque d'aboutir à l'indemnisation de préjudices qui n'ont pas été réellement subis. Dans ces conditions, il est préférable de laisser au défendeur la possibilité de recourir à l'expertise judiciaire afin de déterminer si, à travers les reventes successives du bien faisant l'objet d'une entente, il y eu effectivement transfert du surcoût par les différents intermédiaires.

## VII LES DÉLAIS DE PRESCRIPTION

### 1) Le Livre Blanc

La Commission européenne propose que le délai de prescription ne commence pas à courir :

- avant le jour où l'infraction prend fin, en cas d'infraction continue ou répétée;
- avant le moment où la victime de l'infraction peut raisonnablement être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause.

La Commission propose également :

- qu'un nouveau délai de prescription de deux ans minimum commence à courir le jour où la décision constatant l'infraction, sur laquelle le requérant s'appuie pour intenter une action, est devenue définitive.

## 2) Observations de la CCIP

La CCIP s'interroge sur la proposition consistant à prévoir un délai de prescription de deux ans minimum dont le point de départ est le jour où la décision constatant l'infraction devient définitive. On peut se demander si cette option, conçue en considération des droits positifs des 27 Etats membres de l'Union, est opportune.

En effet, en droit français l'action civile en réparation du préjudice se prescrit au terme d'un délai de 5 ans, sachant que le point de départ de cette prescription est le jour où le titulaire du droit aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. En matière de concurrence, s'agissant du préjudice né de la mise en œuvre d'un cartel, par nature secret, on peut légitimement penser que le point de départ de la prescription devrait commencer le jour où les victimes du cartel ont pu avoir une connaissance raisonnable de son existence, c'est-à-dire le jour où la décision de l'autorité de la concurrence sanctionnant les membres du cartel a été rendue publique.

Pour le cas où le point de départ de la prescription serait, non pas le jour où la décision de sanction est rendue publique, mais le jour où l'autorité de concurrence communique, pour la première fois, sur l'existence d'une enquête en cours ou sur une saisine, ainsi que le pratique de façon courante la Commission et comme commence à le faire en France le Conseil de la concurrence, la CCIP estime qu'il serait judicieux, afin de préserver le droit à réparation des victimes, de suspendre le délai de prescription pendant le traitement contentieux de l'affaire devant une autorité de concurrence. Dans un souci de cohérence avec la reconnaissance de l'autorité de la chose décidée, il pourrait être opportun de faire courir la suspension jusqu'à ce que la décision de l'autorité de concurrence soit définitive.

## VIII L'INTERACTION ENTRE LES PROGRAMMES DE CLÉMENCE ET LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS

### 1) Le Livre Blanc

La Commission européenne propose que la protection des déclarations effectuées par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence s'applique :

- à toutes les déclarations d'entreprises soumises par tout demandeur de clémence en rapport avec une infraction à l'article 81 du traité CE (y compris lorsque le droit national de la concurrence est appliqué en parallèle) ;
- que la demande de clémence soit acceptée, rejetée ou ne donne lieu à aucune décision de la part de l'autorité de concurrence.

### 2) Observations de la CCIP

La CCIP approuve la démarche de la Commission qui tend à maintenir l'efficacité des programmes de clémence. Les demandes de clémence étant confidentielles, la CCIP soutient la proposition visant à exclure toute divulgation de celles-ci, afin de protéger la confidentialité des communications faites par le demandeur à l'autorité de concurrence, ce qui est de nature à renforcer la sécurité juridique.

Parce que l'entreprise, en s'auto-incriminant, donne toutes les preuves de son implication, il convient de veiller à ce que le surcroît de preuves ainsi collecté ne la défavorise pas dans le cadre d'une action privée. En effet, si au final l'entreprise s'avère être beaucoup plus sanctionnée que les autres cartellistes qui n'ont pas participé au programme de clémence, il y

aurait là une discrimination qui pourrait décourager toute tentative de dénoncer un cartel. En revanche la CCIP estime que toute entreprise qui a commis des actes répréhensibles doit réparer les dommages qu'elle a causés, en conséquence un cartelliste repentant ne doit bénéficier d'aucune discrimination qu'elle soit positive ou négative.

\*\*\*\*\*