

**Observations sur le**

**« Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante »**

**La Délégation des Barreaux de France, basée à Bruxelles, est la représentation, auprès des institutions européennes, du Conseil National des Barreaux, du Barreau de Paris et de la Conférence des Bâtonniers. Elle représente ainsi l'ensemble des barreaux et des avocats français.**

La DBF se réjouit de la faculté qui lui est offerte par la Commission européenne de pouvoir formuler ses observations sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

La DBF prend acte des efforts de la Commission européenne qui visent à améliorer l'accès à la justice des victimes des infractions aux règles de la concurrence dans les Etats membres. La DBF souligne toutefois que cet accès est déjà effectif dans un certain nombre d'Etats membres, notamment en France.

La DBF constate également que le Livre blanc souligne la nécessité de préserver une « *approche véritablement européenne* » des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence, par des « *mesures équilibrées enracinées dans la culture et les traditions juridiques européennes* ». La DBF apprécie ainsi le fait que, dans le Livre blanc, la Commission n'a pas proposé certaines mesures envisagées dans le Livre vert qui auraient généré des litiges relevant de la culture américaine de concurrence, telles que l'instauration de dommages et intérêts multiples.

**Néanmoins, la DBF estime que la base juridique pour mettre en œuvre les mesures préconisées par le Livre blanc n'est pas établie et que certains points abordés par la Commission doivent faire l'objet d'un examen plus attentif avant l'adoption de toutes mesures législatives en la matière.** Le Livre blanc et le document de travail de la Commission ne fournissent pas toujours une réponse totalement satisfaisante aux problèmes posés. Certains points sont susceptibles d'avoir un impact considérable sur les traditions constitutionnelles et sur les principes de droit civil et de procédure civile des Etats membres. Ces questions doivent être abordées avec précaution afin d'éviter de proposer des mesures qui pourraient s'opposer à la culture et aux traditions juridiques nationales et européennes.

La DBF a choisi de présenter des remarques préliminaires **(I)** avant de répondre aux différentes questions abordées par le Livre blanc **(II)**.

## I. Remarques préliminaires

### 1. Compétence, base juridique et cadre juridique

**La Commission européenne ne vise aucun fondement juridique pour les mesures qu'elle adopterait sur la base des propositions énoncées dans le Livre blanc.**

- **La compétence**

A priori, la Commission tire implicitement sa compétence de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 20 septembre 2001 rendu dans l'affaire Courage (C-453/99) qui posait le principe du droit à réparation pour les dommages subis du fait d'infractions au droit communautaire de la concurrence et qui affirmait qu'« *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* ».

Cette position est tout à fait discutable, car le fait pour la Cour de justice de renvoyer aux juridictions nationales et à l'ordre juridique national en l'absence de réglementation communautaire, ne constitue pas la reconnaissance d'une compétence de la Communauté, compétence qui ne peut découler que d'un transfert explicite de la part des États membres.

**Or, la Commission ne fournit aucune indication de la base juridique pertinente sur laquelle se fonderaient les mesures proposées.**

- **L'aspect « Justice, Liberté et Sécurité » des mesures proposées**

Il importe également de noter que les mesures proposées par la Commission auraient une incidence considérable sur les législations nationales, et notamment sur le droit civil et le droit procédural. L'article du Traité qui pourrait être envisagé dans le présent contexte est l'article 65 sur les mesures concernant la coopération judiciaire en matière civile (en conjonction avec les articles 61 et 67 du Traité, et éventuellement avec l'article 83). L'article 65 exige toutefois que les mesures relèvent de la « coopération judiciaire en matière civile », qu'elles aient des implications transfrontalières et qu'elles soient nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur. Les initiatives proposées par la Commission devraient être évaluées à l'aune de ces critères.

Une des préoccupations de la DBF concerne la cohérence des politiques et des mesures qui relèvent de l'administration de la justice en Europe prises par les différentes directions générales de la Commission européenne. La DBF partage la préoccupation du CCBE concernant le fait que différentes DG proposent souvent des mesures qui

concernent les systèmes judiciaires des Etats membres sans disposer d'une stratégie générale en matière de justice au niveau européen. Dans le cadre de ce Livre blanc, par exemple, les mesures sur les recours collectifs proposées en matière de lutte contre les ententes par la DG Concurrence se recoupent largement avec les mesures sur les recours collectifs proposées pour la protection des consommateurs par la DG Santé et Protection des consommateurs. De surcroît, la matière ne semble pas être traitée en liaison avec la DG Justice, Liberté et Sécurité alors même que cette dernière a la responsabilité principale, en matière de stratégie générale de la justice, pour prendre des mesures relatives à la « reconnaissance mutuelle des décisions » et à une « plus grande convergence du droit civil » (tant du point de vue de la procédure que du fond) dans le cadre de « l'espace européen de justice » introduit par les conclusions de Tampere en 1999.

Or, la DG Justice, Liberté et Sécurité a lancé récemment un Forum sur la justice au sein duquel toutes les parties prenantes du monde judiciaire sont réunies afin de discuter des initiatives communautaires.

**Dès lors, la DBF estime que les mesures reprises dans le Livre Blanc, qui concerne d'importants sujets susceptibles d'avoir une incidence sur les règles de droit civil et de procédure dans tous les Etats membres, doivent être transmises au Forum sur la justice afin qu'elles soient discutées entre des représentants du monde judiciaire, des professions juridiques, des Etats membres et de la Commission.**

- **Le cadre juridique**

Indépendamment de la question de la base juridique, le Livre blanc ne contient aucune indication sur le type d'acte que la Commission européenne entend utiliser pour traduire ses propositions en mesures concrètes (acte obligatoire : directive, règlement / orientations indicatives...).

La DBF souhaite rappeler qu'il importera, en tout cas, de veiller au nécessaire respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. La DBF considère que ces principes n'ont pas reçu une attention appropriée de la part de la Commission.

## **2. Objectifs du Livre blanc et rôle dissuasif des actions en dommage et intérêts**

Selon la Commission européenne, l'objectif premier du Livre blanc est « *d'améliorer les conditions juridiques dans lesquelles les victimes exercent leur droit, conféré par le traité, de demander réparation de tous les dommages subis du fait d'une infraction aux règles de concurrence communautaires* ».

Dans le même temps, la Commission européenne indique que « *les mesures proposées dans le présent Livre blanc visent à mettre en place un système efficace de mise en œuvre des règles par la sphère privée s'appuyant sur les actions en dommages et intérêts qui complète, sans la remplacer ni la compromettre, l'action des pouvoirs publics* » dans le domaine de l'application des articles 81 et 82 du Traité.

Cela étant, pour la Commission européenne, « *une amélioration des conditions de réparation des victimes produirait donc aussi, intrinsèquement, des effets bénéfiques du point de vue de la dissuasion d'infractions futures, ainsi qu'un plus grand respect des règles de concurrence communautaires* ».

La DBF considère que la vocation des juridictions statuant sur des actions indemnitaires est de réparer un dommage et non pas d'avoir un effet dissuasif à l'égard des auteurs d'infractions aux règles de concurrence.

L'effet dissuasif est pleinement assuré par la décision et par la sanction prononcée par l'autorité de concurrence, et ce d'autant plus dans les États, comme la France, dans lesquels le dommage à l'économie, qui tient compte partiellement des préjudices causés aux concurrents et aux clients, est un critère de la sanction prononcée par l'autorité de concurrence.

Ce n'est que dans l'hypothèse où une action en dommages et intérêts est menée de façon autonome que la décision judiciaire peut avoir un effet dissuasif puisque le juge statuera à la fois sur la qualification de l'infraction et sur les dommages et intérêts.

Dès lors, une action civile doit pouvoir se déployer de manière autonome sans être conditionnée par une action publique préalable.

**La DBF entend souligner que, dans la mesure où, en France et dans de nombreux autres Etats membres, les deux systèmes coexistent, il semble inapproprié de modifier l'équilibre existant au prétexte d'introduire une dissuasion plus forte.**

### **3. Création d'un régime de responsabilité dérogatoire du droit commun**

Pour la Commission européenne,

*« ces actions en dommages et intérêts présentent, en effet, un certain nombre de caractéristiques particulières qui sont souvent insuffisamment prises en compte dans les règles traditionnelles de responsabilité et de procédure civile ».*

Le Livre blanc tire la conséquence de ces particularités en proposant la mise en place de certaines dispositions spécifiques aux actions en responsabilité pour infraction aux règles de concurrence.

Selon la DBF, de telles dispositions seraient en contradiction avec des règles de procédure civile et de responsabilité civile en vigueur en France (et probablement également dans d'autres États) et aboutiraient à la création d'un régime de responsabilité dérogatoire du droit commun en ce qui concerne la réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles.

**La DBF, sans méconnaître le souhait des victimes de voir faciliter leurs actions, est radicalement hostile à la création d'un tel régime dérogatoire. Aucune raison ne justifie un régime discriminatoire selon que l'infraction s'est réalisée**

**dans le domaine du droit de la concurrence ou dans tout autre domaine du droit.**

A titre d'exemple, les problèmes des plaignants dans les affaires de concurrence ne sont pas nécessairement différents de ceux rencontrés dans les affaires résultant de plaintes déposées pour violations des règles en matière de responsabilité environnementale. De surcroît, une affaire peut combiner des questions de concurrence et des questions commerciales, contractuelles et autres.

#### **4. Absence d'éléments relatifs au lien de causalité**

En droit français (articles 1382 et suivants du Code civil), le lien de causalité doit être prouvé.

Cette question est essentielle puisqu'un dommage a souvent une pluralité de cause et que le comportement de la victime peut également avoir contribué au dommage.

**Dans ces conditions, la DBF suggère que la Commission européenne clarifie sa position en ce qui concerne la démonstration de l'existence d'un lien de causalité directe.**

<b>II. Observations sur les mesures proposées par le Livre blanc</b>
--

**Les observations qui suivent doivent être considérées à la lumière des remarques préliminaires qui précèdent, et notamment à la lumière de la question fondamentale de savoir quelle est la compétence de la Commission pour proposer des mesures législatives en cette matière.**

#### **1. Qualité pour agir: acheteurs indirects et recours collectifs**

- ***Proposition de la Commission européenne***

La Commission européenne propose de combiner deux mécanismes complémentaires afin de remédier aux problèmes d'indemnisation des consommateurs individuels et des petites entreprises :

- des actions représentatives, intentées par des entités qualifiées au nom de victimes identifiées ou, dans des cas plutôt restreints, identifiables, et
- des actions collectives assorties d'une option de participation explicite.

- **Observations de la DBF**

**La DBF est en accord avec la position de la Commission européenne qui consiste à retenir, pour les actions en représentation et pour les actions collectives, un système « d'opt in » et non d' « opt out ».**

En effet, il importe de veiller à la liberté individuelle des victimes et notamment des entreprises qui, lorsqu'elles ont subi un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle, ne souhaitent pas forcément engager une action indemnitaire en raison de leurs relations d'affaires. Le système d'actions collectives assorties d'une option de participation constitue la meilleure garantie de la liberté de chaque personne ou entreprise à décider seule si elle souhaite maintenir ou non sa plainte d'une manière autodéterminée et active.

De plus, il convient d'éviter que certaines modalités conduisent à la mise en place d'un système « d'opt out » déguisé. Tel serait le cas si des actions en représentation pouvaient être engagées au nom de victimes « identifiables ». L'action en représentation doit donc être limitée aux victimes identifiées. Ceci implique que chaque consommateur soit identifié individuellement et averti de l'existence d'une action représentative à laquelle il pourrait souhaiter participer.

**S'agissant de la proposition relative à des actions représentatives intentées par des entités qualifiées, la DBF s'oppose à ce que les actions représentatives relèvent du monopole d' « entités qualifiées ». Il n'est pas question en effet de priver les victimes de la possibilité de confier collectivement la défense de leurs intérêts à toute entité ad hoc, organisation, association (etc.) de leur choix.**

Enfin, la DBF s'interroge sur la relation entre les propositions discutées dans le Livre blanc et les propositions de la DG Santé et Protection des consommateurs sur les actions collectives. La DBF est préoccupée par le fait que des propositions similaires soient lancées par deux entités différentes de la Commission, sans un débat sur leur interaction. A nouveau, le Forum sur la justice qui vient d'être lancé constituerait une instance idéale pour un tel débat avant l'adoption de mesures concrètes.

## **2. Accès aux preuves: divulgation *inter partes***

- **Proposition de la Commission européenne**

La Commission européenne propose que, dans l'ensemble de l'Union Européenne, un **niveau minimal de divulgation *inter partes*** soit prescrit pour les affaires de dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence communautaires.

- **Observations de la DBF**

L'obligation de divulguer des preuves pertinentes, telle qu'envisagée par le Livre blanc, doit être examinée à la lumière des questions d'auto-incrimination et de confidentialité des documents.

En droit français, il appartient au demandeur à une action civile engagée du fait d'une violation du droit de la concurrence de rapporter la preuve du comportement qui lui a causé un préjudice. Le nouveau code de procédure civile organise la production de pièces ou d'éléments de preuve détenus par l'adversaire ou par un tiers dans le but de favoriser la manifestation de la vérité tout en respectant les intérêts légitimes des détenteurs des pièces. Ainsi, en matière de production de preuves, la charge de la preuve incombe au demandeur sans préjudice de l'action du juge qui dispose des moyens d'une instruction active.

**La DBF, sans méconnaître l'importance du fait qu'une victime d'une pratique anticoncurrentielle ne doit pas se trouver démunie parce qu'elle ne peut pas obtenir la production de preuves détenues par son adversaire, souhaite insister sur la nécessité de préserver les intérêts légitimes du défendeur.**

L'architecture générale du mécanisme proposé par la Commission européenne correspond d'ailleurs en grande partie à l'article 11 du Code de procédure civile français :

*« 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.  
Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».*

Quant aux mécanismes envisagés, ils sont similaires à ceux que la procédure civile française offre, laquelle octroie au juge la possibilité d'enjoindre à une partie ou à un tiers de communiquer des pièces dès lors qu'il a été vérifié que la demande était pertinente, nécessaire et proportionnée (sommation et injonction de communiquer (articles 138, 142 et 145 du Code de procédure civile)).

**Toutefois, elle s'en différencie par l'étendue des possibilités de production des pièces. Il existe dans la proposition de la Commission européenne des imprécisions ou réserves qui risquent de conduire à ce que ces demandes ne soient plus pertinentes, nécessaires et proportionnées.**

Tout d'abord, le texte parle de divulgation « *inter partes* ». Ce droit doit donc bénéficier aux deux parties et non pas au seul demandeur. Il conviendrait ainsi de préciser que le défendeur à l'action en responsabilité peut, lui aussi, bénéficier de la même procédure de communication.

La DBF estime ensuite que la nature contradictoire de la procédure de production de preuves doit être préservée.

La DBF considère également que la notion de « *catégories suffisamment précises de preuves à divulguer* » est trop imprécise.

Concernant la destruction des éléments de preuve, la formulation retenue par la Commission européenne est, elle aussi, trop imprécise. De plus, une partie à un procès civil ne saurait être tenue à d'autres obligations que celles résultant du lien d'instance. Il ne saurait lui être imposé, avant même que le litige soit engagé, de conserver des

documents dans le seul but de permettre à un éventuel adversaire de disposer de preuves à son encontre. Au final, une procédure trop souple ouvrirait la porte au risque d'un détournement de la procédure à la seule fin d'obtenir des documents sensibles de la part d'un concurrent. La proposition occulte également l'hypothèse d'une impossibilité matérielle à divulguer faute d'avoir conservé ces documents en raison notamment de l'ancienneté des faits.

La DBF constate également que le Livre blanc attache beaucoup d'importance aux questions d'accès aux preuves alors qu'aucun développement n'est consacré à celles relatives au standard de preuve alors même que celui-ci n'a fait l'objet d'aucune harmonisation dans les Etats membres.

**Enfin et quelque soit le jugement que l'on peut porter par ailleurs sur le programme de clémence, le demandeur de clémence ne doit pas se trouver devant le juge civil dans une situation plus défavorable que les entreprises qui n'ont pas choisi de faire cette démarche.**

### **3. Effet contraignant des décisions des ANC**

- ***Proposition de la Commission européenne***

La Commission européenne propose que 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 puissent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de cette décision ou de ce jugement.

- ***Observations de la DBF***

La DBF s'interroge sur la manière dont la Commission européenne espère rendre effectives ces propositions consistant à considérer qu'une infraction à l'ordre public économique constatée par une autorité de concurrence implique automatiquement une faute au sens des règles de la responsabilité civile.

En effet, si les législations anglaise et allemande ont imposé aux juridictions civiles de ne pas contredire les décisions rendues par les ANC, cela n'est pas le cas dans tous les autres Etats. **Ainsi en France, les décisions du Conseil de la concurrence ne s'imposent pas aux juges français.**

**Il a été jugé en effet que « la saisine du Conseil de la concurrence est facultative et [...] la décision qu'il est appelé à rendre ne lie pas le juge judiciaire » (Cass. com., 15 octobre 1996, pourvoi n° 1570 P, Société pompes funèbres générales c/ Sté d'exploitation des marbreries Lescarcelle RJDA 1/97,n° 72).**

Les instruments communautaires existants ne reconnaissent pas eux mêmes cet effet aux décisions administratives. Conformément à l'article 33 du règlement du Conseil n° 44/2001, les juridictions des États membres sont liées par les jugements devenus définitifs des juridictions des autres États membres. Les décisions administratives étrangères, et notamment celles des ANC, ne constituent pas, au sens du règlement n° 44/2001, des jugements étrangers.

Là encore, la DBF rejette l'idée d'instaurer un régime dérogatoire en matière de concurrence.

**De plus, la réforme voulue par la Commission européenne consiste à accorder une autorité de la chose décidée par l'autorité de concurrence au détriment du principe constitutionnel de l'indépendance du juge. Il s'agit donc d'un point qui ne peut pas recevoir l'accord de la DBF.**

Il s'agit là encore d'une proposition qui devrait être envoyée au Forum sur la justice récemment lancé, comme indiqué dans nos remarques préliminaires, car la reconnaissance mutuelle des décisions constituera un des principaux domaines de réflexion et d'action Forum.

Or la question se pose dans des termes similaires lorsque la décision de l'ANC est validée en appel par une juridiction (en France, les décisions du Conseil de la concurrence sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel de Paris). L'article 5 du code civil français interdit au juge de statuer par voie de disposition générale. **Par conséquent, les décisions rendues dans le cadre d'un litige ne sont revêtues de l'autorité de la chose jugée que s'il y a identité de parties, d'objet et de cause.** Dans ce contexte, force est de constater qu'il n'y a ni identité de parties (les victimes ne sont pas parties à la procédure devant l'ANC), ni d'objet ni de cause (la réparation du dommage privé diffère de la réparation de l'atteinte à l'ordre public).

#### **4. Nécessité de l'existence d'une faute**

- ***Proposition de la Commission européenne***

Selon la Commission, il n'y a aucune raison de décharger les auteurs d'infractions de leur responsabilité au motif qu'ils n'ont pas commis de faute, excepté dans le cas où l'auteur de l'infraction a commis une erreur excusable.

La Commission européenne propose une mesure destinée à clarifier, pour les États membres qui exigent que la preuve d'une faute soit rapportée, que 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.

La Commission estime qu'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.

- **Observations de la DBF**

**La DBF est opposée à cette proposition.**

L'exigence de la faute est en effet l'un des fondements de la responsabilité délictuelle, quelle que soit la matière. En matière de concurrence, la faute découle de la violation d'une règle de droit. La violation de la règle de droit doit être prouvée.

Or, les décisions des autorités de concurrence sont souvent fondées sur un raisonnement global à partir de simples indices et de présomptions. Le juge civil ou pénal, par contre, doit être en mesure d'individualiser de façon précise le comportement fautif de chaque entreprise. **En faisant valoir une décision fondée sur des présomptions et des indices de fautes, les droits de la défense ne sont pas respectés puisque, lorsqu'il s'agit d'une action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil, la faute doit être certaine et ne saurait reposer sur des probabilités. Il importe d'apprécier de manière concrète et précise la faute individuelle de chaque entreprise impliquée.**

**Par conséquent, la DBF refuse d'envisager le recours à une telle présomption, d'autant qu'en droit français, rien n'interdit à une partie de produire à l'appui de ses prétentions une décision rendue par l'autorité de la concurrence.** Cette pièce constitue un élément de preuve important que les juges nationaux ont à leur disposition. La proposition de la Commission européenne n'est donc pas justifiée.

Une difficulté se pose également au regard de la proposition de la Commission européenne du 30 juin 2008 par laquelle elle entend instaurer une procédure de transaction dans le cadre d'une procédure d'infraction.

Les parties qui auront pris connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, pourront décider de reconnaître leur participation à l'entente et leur responsabilité. S'en suivra une communication des griefs simplifiée et une décision finale qui reprendront, le plus souvent, les éléments de la transaction.

Les parties qui auront transigé pourront bénéficier d'une réduction de 10 % du montant de l'amende. Or, la transaction se définit en droit civil français comme la convention par laquelle chacune des parties décide d'abandonner tout ou partie de ses prétentions pour mettre fin au différend qui l'oppose à l'autre. Il semblerait juridiquement difficilement justifiable que le juge civil ou le juge pénal saisi d'une constitution de partie civile puisse se fonder sur une transaction entre une autorité publique de concurrence et l'entreprise défenderesse pour apprécier l'étendue de la responsabilité.

Quant à l'« erreur excusable », la DBF considère que l'approche de la Commission est incohérente dans la mesure où elle même ne reconnaît pas la possibilité, dans le cadre des procédures qu'elle diligente le concept d'erreur excusable. En tout état de cause, il appartient au seul juge de déterminer le degré de culpabilité de l'auteur d'une infraction.

## 5. Domages et intérêts

- ***Proposition de la Commission européenne***

Pour faciliter le calcul des dommages et intérêts, 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.

- ***Observations de la DBF***

Le principe de réparation intégrale du préjudice subi énoncé par la Commission européenne est conforme au principe de stricte compensation en droit français de la responsabilité civile, qui couvre la perte subie et le gain manqué.

En ce qui concerne le calcul des dommages et intérêts, plusieurs méthodes d'évaluation du préjudice sont utilisées. Le calcul des dommages et intérêts est complexe et implique le plus souvent le recours à un expert. Ce qui importe est que ce calcul reflète au mieux l'étendue du préjudice et soit le plus proche possible de la réalité. Le droit à réparation ne saurait justifier une évaluation du préjudice approximative ou non démontrée.

**Dès lors, la DBF est opposée à une méthode standardisée d'évaluation du préjudice.**

## 6. Répercussion des surcoûts

- ***Proposition de la Commission européenne***

La Commission européenne propose que les défendeurs soient en droit d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts.

La Commission européenne propose également d'alléger la charge de la preuve incombant à la victime et propose que les acheteurs indirects puissent se fonder sur la présomption « réfragable » que le surcoût illégal a été répercuté sur eux dans sa totalité.

- ***Observations de la DBF***

**La DBF est favorable à l'admission de la répercussion des surcoûts comme moyen de défense.**

En revanche, la DBF est réservée sur la présomption, même « réfragable » (sic), de répercussion intégrale du surcoût illégal.

En effet, cette présomption se heurte à des considérations à la fois juridiques et pratiques. A titre d'exemple, face à des acheteurs indirects, l'auteur de l'infraction devra

prouver que le surcoût n'a pas été répercuté sur le demandeur à l'action en réparation. Ceci reviendra à prouver que ce surcoût a été supporté par un acheteur intermédiaire. Cette preuve est d'une complexité extrême à rapporter.

De plus, les acheteurs indirects sont des victimes « par ricochet » de la pratique anticoncurrentielle. La DBF considère qu'il n'existe aucune justification à ce que leur régime d'indemnisation soit plus avantageux que celui des victimes directes.

**Enfin, la DBF estime que la présomption selon laquelle les surcoûts ont été supportés en totalité par les acheteurs indirects va à l'encontre de la nécessité de rapporter la preuve d'un dommage certain. Dès lors que l'auteur de l'infraction ne serait pas en mesure de démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur les plaignants, ces derniers bénéficieront d'une indemnisation automatique, sans que le dommage certain n'ait été prouvé.**

## **7. Délais de prescription**

### **• Proposition de la Commission européenne**

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 et 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 européenne 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.

### **• Observations de la DBF**

La DBF est en accord avec la proposition consistant à faire courir le délai de prescription à partir du moment où la victime de l'infraction peut **raisonnablement** être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause. Ceci est dans la ligne de la modification de l'article 2224 du Code civil français, intervenue par la loi du 17 juin 2008 :

*« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».*

**La DBF suggère toutefois que la proposition d'ouverture d'un nouveau délai de prescription de deux ans à compter de la décision définitive constatant l'infraction ne soit pas retenue.** En effet, au moment où les délais de prescription viennent d'être réduits notamment en matière de responsabilité civile délictuelle afin de rapprocher le temps du droit du temps réel de la vie économique, il paraît pour le moins déplacé et anachronique de rallonger encore les délais de prescription.

Au surplus, une telle disposition pourrait être discriminatoire selon qu'une autorité de concurrence a été saisie ou non.

## **8. Coûts des actions en dommages et intérêts**

### **• Proposition de la Commission européenne**

La Commission européenne encourage les États membres à :

- élaborer des règles de procédure favorisant les accords transactionnels, afin de réduire les coûts
- fixer les frais de procédure de telle manière qu'ils ne constituent pas un frein excessif à l'introduction d'actions
- donner aux juridictions nationales la possibilité de statuer sur les dépens par ordonnance, de préférence au stade initial de la procédure, en dérogeant, dans certains cas le justifiant, aux règles habituellement appliquées. Une telle ordonnance permettrait d'assurer que le requérant, même s'il était débouté, n'aurait pas à supporter tous les frais exposés par l'autre partie.

### **• Observations de la DBF**

La DBF est en accord avec la volonté de favoriser le règlement des litiges par des accords transactionnels, cette solution permettant une réduction des coûts des procédures mais également un règlement et donc une indemnisation des victimes plus rapide. Elle est d'ailleurs couramment pratiquée en France.

En revanche, la DBF n'est pas favorable à un plafonnement des frais de procédure en ce qu'un tel plafonnement pourrait notamment avoir pour conséquence une restriction de l'accès à l'expertise.

Enfin, la DBF suggère que la mise en place des actions en représentation et des actions collectives soit prise en compte dans la réflexion sur les coûts des procédures dans la mesure où ces actions donneront des moyens accrus aux victimes.

A cet égard, la DBF tient à souligner l'importance du principe du « perdant payeur » afin d'éviter des abus de l'instrument de recours collectifs.

Ce principe doit être affirmé clairement et inclure la modulation offerte par le droit français. En application de l'article 696 du nouveau code de procédure civile, la partie perdante supporte en principe les frais et dépens de l'instance. Cependant, le juge peut décider de mettre tout ou partie de ceux-ci à la charge d'une autre partie.

**Des dispositions dérogatoires qui conduiraient systématiquement à faire prendre en charge les frais du demandeur par le défendeur, quelle que soit l'issue de l'action, créeraient une rupture d'égalité entre les parties et entre les justiciables et ne seraient pas de ce fait acceptables.**

## **9. Interaction entre les programmes de clémence et les actions en dommages et intérêts**

- ***Proposition de la Commission européenne***

La Commission européenne propose d'assurer une protection adéquate aux déclarations effectuées par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence contre la divulgation de ces déclarations dans des actions privées en dommages et intérêts, afin d'éviter de placer l'entreprise à l'origine de cette demande dans une situation moins favorable que celle des co-auteurs de l'infraction.

Une autre mesure afin de garantir que les programmes de clémence restent pleinement attractifs consisterait à limiter la responsabilité civile des auteurs d'infraction auxquels a été accordé le bénéfice d'une immunité d'amendes. La Commission propose par conséquent d'examiner plus avant la possibilité de limiter la responsabilité civile des bénéficiaires d'une immunité d'amendes aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs et indirects.

- ***Observations de la DBF***

La DBF est en accord avec la volonté de protection des déclarations du demandeur à la clémence exprimée dans le Livre blanc.

La DBF suggère d'ailleurs que le bénéficiaire d'une immunité d'amendes soit également bénéficiaire d'une immunité au plan pénal (par voie législative), dans les États qui prévoient la possibilité d'une sanction pénale complémentaire à celle prononcée par l'autorité de concurrence.

**En revanche, la DBF n'est pas favorable à une limitation de la responsabilité civile des bénéficiaires d'immunité d'amende.**

En effet, même si un opérateur dénonce une pratique anticoncurrentielle par le biais d'une procédure de clémence, cette dénonciation ne saurait diminuer sa responsabilité dans le dommage subi par la ou les victimes de cette pratique anticoncurrentielle. Il est en effet un principe de droit français et établi par l'article 1382 du Code civil selon lequel tout demandeur a droit à ce que l'intégralité de son dommage soit réparée.

En outre, le demandeur à la clémence est déjà « récompensé » par l'attribution d'une immunité d'amendes et, éventuellement, une immunité pénale.

De surcroît, une limitation de sa responsabilité aurait pour conséquence automatique une augmentation de la responsabilité des autres auteurs de l'infraction, dès lors que l'entier préjudice subi par les victimes doit être indemnisé.

Or, une telle augmentation pourrait conduire à ce que la contribution aux dommages et intérêts de chacun des coauteurs de l'infraction soit déconnectée de leurs responsabilités respectives dans la commission de l'infraction.

Enfin, le calcul de cette limitation de responsabilité serait d'une difficulté insurmontable puisqu'il faudrait l'établir sur la base des montants des différentes réductions accordées à chacune des entreprises dans le cadre du programme de clémence.