

Bruxelles, le 14 juillet 2008

DOCUMENT

Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et les abus de position dominante – Réponses de la FEB

Résumé

Le 2 avril 2008, Madame Neelie Kroes, Commissaire en charge de la concurrence, a publié un Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante. L'objectif poursuivi par la Commission est de permettre aux victimes d'infractions au droit de la concurrence d'avoir accès à des mécanismes de réparation efficaces pour les dommages qu'elles ont subis.

Le Livre blanc appelle un certain nombre de réserves de la part de la FEB. A travers l'objectif louable de favoriser la réparation de préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles, la Commission en vient à imaginer des solutions qui heurtent des principes ancrés profondément au cœur du droit de la responsabilité ou du droit de la procédure en Belgique.

Le document présente les mesures et options de politique générale proposées par la Commission, ainsi que, pour chacune d'elles, les réponses de la FEB. ■

Les départements
juridique et fiscal
T + 32 2 515 08 38
F + 32 2 515 09 85
cg@vbo-feb.be



1 OBJET ET PORTEE DU LIVRE BLANC

Pourquoi un livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante?

Tout citoyen ou toute entreprise subissant des dommages du fait d'une infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (articles 81 et 82 du traité CE) doit pouvoir demander réparation à celui qui a causé les dommages. Ce **droit des victimes à réparation** est garanti par le **droit communautaire. Mais dans la pratique, les victimes d'infractions aux règles de concurrence communautaires n'obtiennent, à ce jour, que rarement réparation** des dommages subis.

Dans son livre vert de 2005, la Commission parvenait à la conclusion que cette défaillance était due, en grande partie, à **divers obstacles juridiques et procéduraux** inscrits dans les règles des États membres régissant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence engagées devant les juridictions nationales.

Le livre blanc envisage et propose des options de politique générale et des mesures spécifiques qui devraient assurer, davantage qu'aujourd'hui, que **toutes les victimes** d'infractions au droit communautaire de la concurrence **ont accès à des mécanismes de réparation efficaces leur permettant d'être totalement indemnisées** pour les dommages qu'elles ont subis.

L'objectif premier du présent 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. **L'indemnisation intégrale des victimes** est le principe directeur.

2 LES MESURES ET OPTIONS DE POLITIQUE GENERALE PROPOSEES

2.1 Qualité pour agir: acheteurs indirects et recours collectifs

2.1.1 Proposition de la Commission

La Commission propose de combiner deux mécanismes complémentaires de recours collectif afin de remédier efficacement à ces problèmes dans le domaine de la concurrence:

- **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 État 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.

2.1.2 Position de la FEB

On remarquera tout d'abord que la Commission n'a pas retenu l'opt-out, qui permet à toutes les victimes de faire partie d'une action collective, sans même qu'elles aient besoin de se manifester. De tel recours, formés au nom d'un groupe indéfini de personnes, sans le moindre mandat de justice, heurtent de nombreux principes de notre droit. Aussi, la Commission a retenu l'**opt-in, seul système à être respectueux des droits de la défense et du principe de l'autorité relative de la chose jugée** (cette règle protège le justiciable en empêchant qu'il puisse se trouver lié par une décision issue d'une procédure à laquelle il n'a pas été associé).

A propos de l'action représentative, il semble à la FEB que les entités qualifiées ne devraient pas pouvoir être habilitées au cas par cas par un Etat membre, pour une infraction donnée. Il est **préférable que ces entités soient désignées à l'avance officiellement, selon des conditions bien établies**. Il s'agit d'éviter que des organisations soient créées pour 'les besoins de la cause'. Afin d'éviter les effets d'aubaine, les dommages et intérêts doivent être accordés aux seules victimes. En tout état de cause, il importe d'exclure l'octroi de dommages-intérêts pour préjudice collectif aux organisations de consommateurs elles-mêmes ; sinon, ce type d'actions permettrait à ces associations de se financer.

Au-delà de ces remarques d'ordre technique, la FEB continue de soulever une objection de principe aux mécanismes de recours collectifs. La FEB estime que le renforcement de recours collectifs n'est pas une solution appropriée, et ce pour des raisons tant juridiques que socio-économiques.

Arguments juridiques :

- Les actions collectives se heurtent à des principes essentiels de droit belge. Tout d'abord, celui qui exige un intérêt personnel pour introduire une action en justice. « **Nul ne plaide par procureur** ». Il faut un intérêt personnel pour agir en justice. La jurisprudence de la Cour de cassation demeure stricte en matière de défense des intérêts collectifs (arrêts de principe du 9 décembre 1957, 25 octobre 1985 et 19 septembre 1996). Une association ne peut en principe ester en justice pour défendre le but statutaire qu'elle poursuit ou l'intérêt collectif de ses membres. Une association ne peut poursuivre en



justice qu'un intérêt qui lui est personnel (article 17 du Code judiciaire). Des dérogations légales existent, mais elles sont de stricte interprétation (ex : action en justice des organisations de défense des droits de l'homme en matière de racisme, action en cessation pour les associations de consommateurs reconnues).

- Les actions collectives vont encore contribuer à engorger les cours et tribunaux qui ne sont pas à même de traiter ces procédures : expertises, gestion des preuves, incidents de procédure, etc. Depuis les années 80, des avis alarmants sont lancés sur le fait que notre système judiciaire est surchargé. Veut-on **aggraver encore l'arriéré judiciaire** ?
- Enfin, dans notre système juridique actuel, des plaignants peuvent toujours se regrouper en vue de partager les frais et les ressources disponibles, par pragmatisme. Rien n'empêche non plus de solliciter du public des mandats pour agir en justice dans le cadre d'une « action collective ».

Arguments socio-économiques :

- Les recours collectifs représentent un **très grand risque pour les entreprises** : impossibilité de cerner et de chiffrer les conséquences d'un tel type d'action, croissance du nombre d'actions ne correspondant pas à des besoins réels, incitation à intenter un procès, création d'associations visant à obtenir des décisions de principe, etc.
- Un grand nombre d'actions sont rassemblées, ce qui **expose les sociétés à des demandes de dommages et intérêts exorbitantes**. Cela conduit nécessairement à la hausse des primes d'assurance, voire à l'inassurabilité de certains risques.
- La publicité qui entoure de tels procès peut nuire à l'image d'une société, et donc avoir un **impact négatif**, par exemple, sur le cours de bourse de celle-ci. Les sociétés sont contraintes de transiger sous la pression médiatique, sans nécessairement que leur responsabilité soit fondée ou au final établie.
- Le précédent américain montre que l'objectif principal de ce type d'actions n'est plus d'indemniser des personnes prétendument lésées, mais d'être un **moyen de pression**. L'action privée se substitue à l'action publique. Parfois même, il s'agit d'**opérations de déstabilisation** de la part de concurrents peu scrupuleux. Il faut bien admettre que des risques importants d'abus et de déstabilisation des entreprises et du marché existent si l'on facilite trop les actions collectives.

Pour ces différentes raisons, la FEB est opposée à un renforcement des mécanismes de recours collectifs. Certes, ce n'est pas la class action qui est proposée par la Commission, mais une version édulcorée de celle-ci, dépouillée de



ses caractéristiques les plus inquiétantes. Cependant, si la Commission se défend de vouloir introduire le système américain, il n'en demeure pas moins que l'Europe risque d'être confrontée rapidement aux dérives de la class action. Ce n'est pas parce que la Commission ne recommande pas dans son livre blanc l'opt-out, les contingency fees, les punitive damages, etc. que les caractéristiques du système américain ne pourraient pas ressurgir ; **le Livre blanc n'offre aucune garantie que celles-ci ne seront pas reprises, notamment dans les droits nationaux.**

Il y a un équilibre à respecter entre la facilité d'accès au prétoire et le coût économique de cet accès facilité. C'est la raison pour laquelle la FEB estime qu'il vaut bien mieux **encourager les divers modes de règlement alternatifs des conflits**, en dehors des cours et tribunaux (*Alternative Dispute Resolution* ou ADR).

2.2 Accès aux preuves: divulgation *inter partes*

2.2.1 Proposition de la Commission

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**.



2.2.2 Position de la FEB

La FEB se félicite du fait que la Commission ait tourné le dos au système de **discovery** pur et dur, tel qu'il existe aux Etats-Unis. Il consiste en l'obligation de divulguer massivement au cours de l'audience toute la documentation commerciale d'une entreprise. Ce système est extrêmement dangereux, car il comporte un risque évident de détournement par un concurrent aux fins d'avoir accès à des informations confidentielles ou à des secrets d'affaires. On connaît les conséquences dramatiques que peut avoir la discovery pour une entreprise qui y serait confrontée.

La proposition de la Commission ne semble peut-être pas déraisonnable mais toute inquiétude n'est pas écartée pour autant. Les garde-fous prévus par la Commission sont-ils suffisants ? La principale crainte de la FEB par rapport aux suggestions de la Commission concernant l'accès aux preuves est : **qu'entend-on par « catégorie de preuves » ?**

En droit belge, ce sont les articles 870 et suivants du Code judiciaire qui règlent la preuve et la production de documents. Le principe est que chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue (art. 870). Le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose (art. 871). Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure (art. 877).

Il paraît excessif, ainsi que le fait la Commission, qu'un plaignant puisse réclamer la divulgation de «catégories bien définies de preuves pertinentes ». En effet, le pouvoir de nuisance du plaignant serait dans ce cas disproportionné par rapport à la défense de ses intérêts légitimes. **L'option préférable selon la FEB est la divulgation**, comme en droit belge, de **documents individuels** pertinents et suffisamment identifiés, le tout sous le contrôle du juge.

Remarque importante : si l'on facilite l'accès aux preuves de la façon proposée par la Commission, il semble indispensable de garantir, en contrepartie, les droits de la défense et la protection du secret des affaires. La proposition de la Commission en matière d'accès aux preuves rend d'autant plus urgente la nécessité de reconnaître une fois pour toutes aux **avis des juristes d'entreprises le bénéfice du secret professionnel** (cf. critiques de l'arrêt Akzo).



2.3 Effet contraignant des décisions des autorités nationales de concurrence (ANC)

2.3.1 Proposition de la Commission

La Commission propose la règle suivante:

- 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 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.

2.3.2 Position de la FEB

La FEB estime que la règle selon laquelle les décisions de l'ANC sont à considérer comme des preuves de l'infraction dans le cadre de litiges civils en dommages et intérêts ultérieurs devrait également s'appliquer de manière claire aux décisions constatant l'absence d'infraction. En tout cas, la présomption devrait être réfragable dans les hypothèses où le défendeur parvient à démontrer de manière convaincante qu'il y a de substantielles raisons de revoir les circonstances de l'infraction.

Par ailleurs, la preuve du dommage ainsi que la preuve du lien causal entre l'infraction et le dommage devraient continuer à relever de la compétence exclusive des juridictions nationales.

2.4 Nécessité de l'existence d'une faute

2.4.1 Proposition de la Commission

La Commission propose une mesure destinée à clarifier, pour les Etats 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**;
- 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.



2.4.2 Position de la FEB

En Belgique, on ne s'émouvra pas de la proposition de la Commission quant à la nécessité de l'existence d'une faute. Au regard du **droit belge** en effet, **la violation d'une prescription légale (et donc d'une disposition du traité CE) constitue une faute** de nature à engager la responsabilité de son auteur dans les termes des articles 1382 et suivant du Code civil. Dès lors, la preuve du manquement au traité CE doit être considérée comme suffisante pour permettre l'action en réparation, non pas en raison de l'existence d'une présomption de faute, mais en raison de l'unité des fautes concurrentielles et civiles, l'atteinte au marché étant, en elle-même, un fait générateur de responsabilité.

Cet exemple ne signifie pas pour autant que la FEB approuve l'approche de la Commission européenne. A titre de remarque générale, la FEB estime qu'il est inadéquat de recourir au droit européen de la concurrence pour harmoniser les importantes matières des droits nationaux de la responsabilité civile et de la procédure.

2.5 Dommages et intérêts

2.5.1 Proposition de la Commission

En conséquence, **pour faciliter le calcul des dommages et intérêts**, la Commission 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.

2.5.2 Position de la FEB

Le Livre vert, qui a précédé le Livre blanc, posait la question suivante : l'allocation de dommages et intérêts doit-elle remplir un simple rôle de réparation ou doit-elle également participer à la dissuasion des auteurs et l'incitation des victimes à demander réparation ?

En principe, la FEB estime que les dommages et intérêts devraient être accordés en fonction du dommage subi par le demandeur, suite à l'infraction commise par le défendeur. Des définitions des dommages et intérêts qui vont au-delà de l'indemnisation du dommage aboutiraient à enrichir injustement les demandeurs et pourraient réduire les demandes de mesures de clémence. Ceci reviendrait également à introduire des éléments répressifs dans un système qui devrait se limiter à l'indemnisation du dommage. Contrairement aux USA, où le contrôle public



est moins développé qu'en Europe, la répression des infractions au droit européen commises dans l'Union européenne devrait être réservée aux autorités publiques.

Dans le Livre blanc, la définition des dommages et intérêts que donne la Commission ne comporte plus d'aspects punitifs, n'évoque plus la prise en compte du gain réalisé ou le doublement du montant de l'indemnisation. Ceci est une bonne chose mais la **FEB voudrait en outre que la Commission exclue de façon expresse les punitives damages** : il faut être bien conscient des risques d'enrichissement injustifié de la victime et donc de déséquilibre du marché que les punitive damages peuvent entraîner.

Le système belge repose sur le principe de la réparation intégrale du préjudice selon lequel seul le préjudice subi par la victime, mais l'entier préjudice, doit être indemnisé par l'auteur des pratiques. La FEB est attachée à ce principe et considère qu'une distinction claire doit être maintenue entre la mission de régulation dévolue aux autorités de concurrence pour laquelle ces autorités disposent de pouvoirs de sanction, et la mission dévolue aux juridictions qui consiste à réparer le préjudice causé.

2.6 Répercussion des surcoûts

2.6.1 Proposition de la Commission

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.

La Commission 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.

2.6.2 Position de la FEB

Puisqu'en principe, les actions en dommages et intérêts devraient se limiter à l'indemnisation du dommage, la FEB estime que la répercussion des coûts devrait également être admise comme moyen de défense. De la même façon, et en principe, tant l'acheteur direct que l'acheteur indirect devraient pouvoir assigner l'auteur de l'infraction en justice, afin que chacun d'eux puisse être indemnisé pour le dommage subi.



La Commission propose l'introduction d'une présomption réfragable selon laquelle le surcoût illicite est répercuté aux acheteurs indirects dans sa totalité. Pour les défendeurs, il ne sera généralement pas possible d'apporter la preuve du contraire, puisqu'ils n'ont pas accès à l'information requise, détenue par les intermédiaires de la chaîne de distribution.

La FEB admet que toute personne ayant subi un dommage a le droit d'être indemnisée, elle estime que cette indemnisation doit être accordée en conformité avec les principes généraux du droit de la responsabilité civile applicable, autrement dit pour autant que le demandeur parvienne à prouver le dommage subi. Toute mesure dérogeant à ce principe donnerait lieu à d'éventuels abus. Le fait que le dommage soit dans certaines circonstances difficile à prouver n'est ni inhabituel, ni suffisant pour justifier l'introduction d'une présomption.

2.7 Délais de prescription

2.7.1 Proposition de la Commission

La Commission 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.

2.7.2 Position de la FEB

La Commission reconnaît l'importance des délais de prescription en termes de sécurité juridique. Toutefois, le système envisagé dans le Livre blanc n'est pas satisfaisant sur ce point.

Etendre les délais de prescription afin de résoudre les "difficultés pratiques" des demandeurs revient à négliger la sécurité juridique. Les propositions de la Commission limitent le champ d'application des délais de prescription à un tel degré que la plupart des infractions ne seront plus l'objet d'aucune prescription.

Tous les ordres juridiques nationaux disposent aujourd'hui de délais de prescription uniformément applicables pour les actions en dommages et intérêts. Il n'existe aucune raison justifiant l'application de règles différentes pour les actions en dommages et intérêts en cas d'infractions au droit de la concurrence. Du reste, le principe général de droit européen de l'autonomie procédurale des Etats membres devrait s'appliquer ici.



2.8 Coûts des actions en dommages et intérêts

2.8.1 Proposition de la Commission

La Commission 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 en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence;
- 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.

2.8.2 Position de la FEB

Introduire une action en justice n'est pas un acte anodin. Il faut par conséquent éviter toute mesure qui risquerait de déresponsabiliser les justiciables.

La FEB ne voit pas d'un œil favorable la proposition de donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire d'ordonner, au début du procès, que le requérant ne sera pas soumis au paiement des frais, même s'il est débouté.

Il convient de ne pas encourager le développement de contentieux fantaisistes et abusifs en réduisant de manière excessive le risque financier que constitue la prise en charge des coûts de la procédure par les plaignants. Outre le fait qu'une telle proposition entre en contradiction avec notre droit de la procédure, et en particulier les nouvelles règles relative à la répétibilité des honoraires d'avocats.

Si un requérant ne devait pas prendre la charge des frais de la procédure, nul doute que de nombreuses requêtes à la pertinence douteuse viendraient encombrer les tribunaux et réduire l'efficacité du droit de la concurrence.



3 CONCLUSION

La FEB rappelle son souhait que les préjudices causés par les ententes et les abus de position dominante soient mieux réparés, mais sans pour autant que le modèle européen soit dénaturé.

Il y a un juste équilibre à trouver : s'il faut améliorer le sort des victimes comme le suggère la Commission, il faut également prendre garde à ne pas pour autant mettre à mal certains droits fondamentaux, en particulier les droits de la défense et la protection du secret des affaires. La FEB considère qu'il est inapproprié d'utiliser le droit de la concurrence pour harmoniser des aspects importants du droit de la procédure et du droit de la responsabilité dans les 27 pays membres de l'Union européenne.

En conclusion, la FEB met en garde contre le coût d'une « judiciarisation » de l'économie, et contre les dangers d'une « litigation culture » qui entraîne des conséquences néfastes sur l'innovation, la croissance et l'emploi, et qui paralyse l'esprit d'entreprendre. ■