

REPRESENTATION PERMANENTE  
DE LA FRANCE  
AUPRES DE L'UNION EUROPEENNE

23 JUIL. 2008

Bruxelles, le 21 juillet 2008

SS/cf/2168  
MLL/MICA/522/08

23/7/08 - A/15300

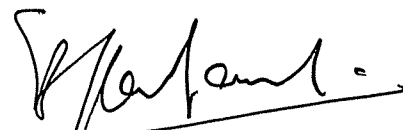
**OBJET :** Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante  
– Observation des autorités françaises

P.J. : Une note

Monsieur le Directeur général,

J'ai l'honneur de vous faire parvenir, ci-joint, une note des Autorités françaises relative à l'objet ci-dessus.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Directeur général, l'expression de ma considération la plus distinguée.



Stéphane Saurel  
Conseiller budgétaire

M. le Directeur général de la Concurrence  
Commission Européenne  
200, rue de la Loi  
B – 1049 Bruxelles

## NOTE A LA COMMISSION EUROPEENNE

### **Objet : Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante - Réponse des autorités françaises**

p.j. : Note détaillée

Les autorités françaises partagent le souci exprimé dans le Livre blanc de la Commission de renforcer l'effectivité des règles de concurrence notamment en permettant aux victimes de pratiques anticoncurrentielles d'obtenir l'entière réparation du préjudice subi. Elles considèrent que la place des actions civiles formées devant les juridictions judiciaires, qui tend à se développer, peut encore être renforcée.

Les propositions exprimées dans le Livre blanc de la Commission appellent cependant plusieurs observations, tant du point de vue de la définition des principes qui devraient gouverner le renforcement des actions civiles que de celui des moyens qu'il convient d'envisager pour y parvenir. Elles sont présentées ci-dessous et détaillées dans la note jointe. Elles montrent les difficultés à surmonter et les écueils à éviter pour parvenir à la mise en place d'un instrument respectueux des droits des victimes et de la défense dans ce domaine.

A l'issue d'un examen approfondi de cette question et des propositions de la Commission, les autorités françaises estiment donc qu'un éventuel instrument sur les actions civiles en matière de concurrence ne devrait contenir aucune règle contraignante

#### **1 – Base juridique d'une initiative dans le domaine des actions en réparation des violations des règles de la concurrence**

Les articles 81 et 82 du Traité ne paraissant pas être une base juridique justifiant une intervention législative communautaire dans le domaine de la procédure civile, il est indispensable de clarifier le débat sur la nature de l'instrument envisagé par la Commission – règlement ou directive -, avant de poursuivre la réflexion sur les améliorations possibles des systèmes et des procédures actuellement en vigueur au plan national.

#### **2 – Recours collectifs**

Un mécanisme de recours collectif permettant à des entités qualifiées d'agir en justice pour le compte d'autrui ne peut être envisagé qu'à la condition que les personnes ainsi représentées disposent à tout moment de l'instance du droit de décider si elles veulent ou non prendre part à l'action ou s'en extraire, le cas échéant.

Les principes généraux gouvernant le droit de la responsabilité civile excluent un mécanisme d'action collective qui permettrait la réparation des préjudices subis par des victimes dont l'identité ne serait pas déterminée.

Une procédure d'action collective assortie d'une option de participation explicite ne pourrait être mise en place sans satisfaire à plusieurs conditions :

- faciliter l'accès à la justice des particuliers en permettant au représentant du groupe de les aider à démontrer la responsabilité de l'auteur du dommage ;
- préserver le droit d'agir en justice, impliquant le droit de ne pas agir, en obligeant la personne qui souhaite obtenir des dommages et intérêts à se manifester ;
- prévoir une appréciation objective du préjudice dont la réparation devrait être demandée afin d'éviter l'allocation de dommages et intérêts hors de proportion avec le préjudice effectivement subi par les victimes.

### **3- Accès aux preuves**

La procédure de production forcée de pièces devrait être soumise à un contrôle strict du juge, lequel appréciera si la communication des pièces sollicitées est nécessaire à la solution du litige, ainsi qu'au respect du principe du contradictoire.

La communication des déclarations des entreprises effectuées dans le cadre d'une demande de clémence doit être interdite.

### **4 - Effet contraignant des décisions des autorités régulatrices de la concurrence :**

Les autorités françaises ne sont pas favorables à cette mesure pour deux raisons principales :

1. Une telle mesure modifierait profondément l'ordre juridique interne des Etats membres, tels que la France, dans lesquels l'autorité de la chose jugée n'est pas accordée à un acte émanant d'une instance administrative, telle que l'autorité nationale de régulation de la concurrence, et où l'autorité de la chose jugée n'a d'effet qu'à l'égard des personnes qui étaient parties à la procédure.
2. La pertinence de l'intervention du législateur communautaire dépend en tout premier lieu de l'ampleur des difficultés, qui ne sont pas démontrées par le Livre blanc, que soulèverait l'absence d'effet contraignant des décisions des autorités régulatrices de la concurrence.

### **5 – Frais de l'action en justice**

Il est de la responsabilité de chaque Etat membre de prendre les dispositions nécessaires pour que les frais de procédure ne portent pas atteinte au droit des victimes de pratiques anticoncurrentielles à agir en justice.

Les autorités françaises formulent les plus vives réserves sur la recommandation encourageant les Etats membres à donner aux juridictions la possibilité de statuer sur les dépens dès l'engagement de la procédure.

### **6 – Les dommages et intérêts :**

Les autorités françaises s'interrogent sur la nécessité d'une définition communautaire des dommages et intérêts.

La détermination du préjudice est une question de fait relevant de la compétence des juridictions d'une part et de la compétence des Etats d'autre part (principe de subsidiarité et d'indépendance des juridictions). En conséquence, les autorités françaises s'interrogent sur l'utilité d'un guide permettant le calcul des dommages et intérêts et, en tout état de cause, s'opposent à ce qu'il ait un effet contraignant.

### **7 – La répercussion des surcoûts et l'acheteur indirect :**

La possibilité ouverte au défendeur d'invoquer la répercussion des surcoûts existe déjà en droit français. Le système préconisé par la Commission n'est donc pas en contrariété avec celui existant actuellement en France.

Une présomption de répercussion du surcoût au profit de l'acheteur indirect pourrait être envisageable à condition que cette présomption ait un caractère réfragable et qu'elle ne conduise pas à un enrichissement sans cause.

### **8 – Délais de prescription**

Les autorités françaises rappellent que la fixation des délais de prescription est de la compétence exclusive des Etats membres.

Les autorités françaises sont très réservées quant à la proposition de faire courir le point de départ du délai de prescription à compter du jour où l'infraction prend fin en cas d'infraction continue ou répétée.

### **9 – L'exigence d'une faute**

En droit français, sans supprimer la notion de faute, les tribunaux peuvent en déduire son existence par le simple constat de la violation d'une règle de droit. L'appréciation de l'existence d'une faute reste toutefois soumise à l'appréciation souveraine des juges. Le système envisagé dans le livre blanc paraît donc conforme au mécanisme français de ce point de vue.

### **10 – Coordination de l'action publique avec les actions privées**

Il est crucial de protéger l'attractivité du programme de clémence sous peine de fragiliser tant l'action publique que privée. En droit français, le juge peut considérer que la procédure de clémence est un motif légitime excluant la production de certains documents.

## Observations des autorités françaises sur le Livre blanc

### 1 – Base juridique d'une initiative dans le domaine des actions en réparation des violations des règles de la concurrence

Le livre blanc envisage de faciliter les actions en réparation des infractions aux règles de la concurrence en combinant des mesures tant au niveau communautaire qu'au niveau national afin de garantir, dans chaque Etat-membre, une protection minimale effective du droit des victimes à obtenir des dommages et intérêts, en application des articles 81 et 82 du traité CE. Pour justifier le principe d'une législation communautaire, le livre blanc invoque les articles précités du traité CE, ainsi que deux arrêts de la cour de justice des communautés européennes (*Courage et Crehan, CJCE, 20 sept. 2001, C/453/99* et *Manfredi, CJCE, 13 juil. 2006, C 295-298/04*), dans lesquels la Cour a reconnu le droit à toute personne de demander réparation du dommage qui lui était causé lorsqu'il existait un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente prohibée au sens de l'article 81 ou l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 82 CE.

Cependant, certaines des orientations proposées dans le livre blanc paraissent ressortir du domaine de la procédure civile. Or, les articles 81 et 82 du Traité ne paraissent pas être une base juridique justifiant une intervention législative communautaire dans ce domaine, qui relève du troisième pilier du Traité sur l'Union Européenne.

Les autorités françaises relèvent également que le livre blanc n'indique pas précisément la nature de l'instrument envisagé par la Commission – règlement ou directive. Il ressort cependant de l'analyse du livre blanc que l'adoption d'une directive semble être la piste privilégiée, en ce qu'elle paraît correspondre le mieux à la spécificité des matières traitées.

Il convient de souligner que la France, comme nombre d'autres Etats membres, ont par ailleurs déjà adopté ces dernières années plusieurs mesures visant à assurer l'effectivité des actions en réparation des infractions aux règles de la concurrence, telles que la spécialisation d'un nombre limité de juridictions ayant compétence en matière de concurrence.

Pour ces raisons, les autorités françaises estiment indispensable de clarifier le débat sur cette question essentielle des instruments juridiques appropriés, avant de poursuivre la réflexion sur les améliorations possibles des systèmes et des procédures actuellement en vigueur au plan national.

### 2 – Recours collectifs

Le livre blanc envisage l'introduction dans la législation des Etats membres de deux dispositifs de recours collectifs en faveur des consommateurs et des professionnels victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ces instruments revêtiraient la forme d'actions représentatives exercées par des entités qualifiées (2-1) et d'actions collectives assorties d'une option de participation explicite (2-2).

## **2-1- Actions représentatives**

Selon le livre blanc et le document de travail, des actions représentatives pourraient être exercées par des entités qualifiées, qui seraient soit désignées à l'avance par les Etats membres, soit habilitées à agir en justice pour le compte des victimes dans une affaire déterminée selon les règles procédurales de droit interne.

Les entités qualifiées pourraient mener des actions en réparation non seulement pour des victimes identifiées mais aussi, dans des cas plus restreints, pour des victimes « identifiables ».

Les dommages et intérêts alloués aux entités qualifiées seraient par préférence affectés pour compenser le préjudice subi par les victimes mais pourraient également être « exceptionnellement » affectés directement à l'entité ou à son objet social.

Les autorités françaises estiment que tout mécanisme de recours collectif doit respecter le principe de liberté des citoyens de l'Union européenne de pouvoir conduire personnellement la défense de leurs intérêts par la voie d'une action en justice, principe qui implique également le droit de ne pas agir. Aussi, si le législateur communautaire devait autoriser des entités qualifiées à agir en justice pour le compte d'autrui, ce serait à la condition que les personnes ainsi représentées disposent à tout moment de l'instance du droit de décider si elles veulent ou non prendre part à l'action ou s'en extraire, le cas échéant. Ces droits des citoyens ont en France valeur constitutionnelle.

De plus, les principes généraux gouvernant le droit de la responsabilité civile imposent que les victimes d'un dommage soient intégralement indemnisées de leurs préjudices. Les dommages et intérêts accordés par les tribunaux doivent ainsi compenser la totalité du préjudice subi par les victimes sans toutefois l'excéder afin d'éviter un enrichissement indu de celles-ci. De même, les réparations doivent être allouées aux victimes et non à des personnes qui n'auraient pas subi un préjudice du fait du dommage. Un mécanisme d'action collective qui permettrait la réparation des préjudices subis par des victimes dont l'identité ne serait pas déterminée ne respecterait pas ces exigences. En effet, les tribunaux seraient contraints de statuer sur la demande de dommages et intérêts sans pouvoir apprécier la situation particulière de chaque victime. Les réparations allouées à l'entité qualifiée bénéficieraient pour partie à d'autres personnes que les victimes de l'infraction, ce qui ne serait pas acceptable.

## **2-2 – Actions collectives assorties d'une option de participation explicite**

Selon le livre blanc et le document de travail, il est envisagé d'instituer des actions collectives assorties d'une option de participation explicite.

Si le droit français comporte d'ores et déjà des mécanismes d'action collective, l'attention du gouvernement a été appelée sur l'insuffisance de ces dispositifs. Aussi a-t-il engagé une réflexion sur l'opportunité d'une réforme visant à instituer une action de groupe.

La mise en place d'une action de groupe serait en effet de nature à favoriser la réparation des dommages causés à un grand nombre de victimes, notamment lorsqu'elles sont dissuadées d'agir en justice par la disproportion existante entre le montant de leur préjudice et les charges inhérentes à une action individuelle en justice.

Cependant, un tel dispositif doit préserver un juste équilibre entre les intérêts en présence et, en particulier, concilier les exigences de protection des demandeurs et de compétitivité des entreprises. Aussi, plusieurs dangers graves doivent être évités : action en justice sans le consentement d'autrui ; création de modes de preuve intrusifs ; condamnation à des dommages et intérêts punitifs au-delà de la valeur du dommage subi ; judiciarisation excessive de l'économie au détriment des entreprises.

Aussi, la procédure qui pourrait être mise en place devra satisfaire à plusieurs conditions :

- faciliter l'accès à la justice des particuliers en permettant au représentant du groupe de les aider à démontrer la responsabilité de l'auteur du dommage ;
- préserver le droit d'agir en justice, impliquant le droit de ne pas agir, en obligeant la personne qui souhaite obtenir des dommages et intérêts à se manifester ;
- prévoir une appréciation objective du préjudice dont la réparation devrait être demandée afin d'éviter l'allocation de dommages et intérêts hors de proportion avec le préjudice effectivement subi par les victimes.

### **3- Accès aux preuves**

Les orientations envisagées dans le livre blanc visent à faciliter l'accès du demandeur aux éléments de preuve nécessaires au succès de ses prétentions tout en évitant les effets négatifs que pourraient engendrer des modes de preuve trop intrusifs.

Les autorités françaises partagent cette double préoccupation. Elles se félicitent de ce que le livre blanc ne prévoit pas de mesures prévoyant d'abaisser la charge de la preuve lorsque le demandeur ne dispose pas des moyens suffisants lui permettant d'avoir accès aux éléments de preuve détenus par son adversaire. En effet, cette piste, évoquée dans de précédents documents de travail de la Commission, aurait abouti à faire peser sur le défendeur une présomption d'avoir commis un manquement aux règles de la concurrence, ce qui n'aurait pas été acceptable.

Selon les autorités françaises, la réflexion sur les moyens de renforcer l'efficacité des actions civiles doit se concentrer autour de la production forcée des pièces.

Les dispositions régissant la production forcée de pièces doivent éviter plusieurs écueils : procès difficilement maîtrisables et coûteux en raison du grand nombre de documents communiqués, atteintes excessives à la vie des entreprises par l'accès à des documents sans relation avec le litige, interférences sur les procédures menées par les autorités de régulation de la concurrence...

Aussi, la procédure de production forcée de pièces doit-elle être soumise à un contrôle strict du juge, lequel appréciera si la communication des pièces sollicitées est nécessaire à la solution du litige. A cet égard, si l'idée de permettre au juge d'enjoindre aux parties de divulguer « des catégories de preuves pertinentes » était retenue, il conviendrait de définir précisément cette notion afin d'éviter toute incertitude juridique et tout risque d'abus.

Il est également primordial de respecter le principe du contradictoire tout au long de la procédure, notamment en permettant aux parties concernées par la communication de faire valoir leurs observations. A cet égard, il ne serait pas acceptable que le juge ou un expert puisse avoir accès à des pièces qui ne seraient pas communiquées aux autres parties du procès. Il y a lieu enfin de cantonner la procédure d'accès aux preuves à la communication de pièces et de ne pas donner aux parties le pouvoir de contraindre des personnes à répondre à des interrogatoires ou de procéder à des mesures d'instruction privées dans les locaux de leurs adversaires.

Il est enfin nécessaire de conférer une protection adéquate aux personnes qui font l'objet d'enquêtes menées par les autorités de concurrence, en interdisant notamment la communication des déclarations des entreprises effectuées dans le cadre d'une demande de clémence.

Lorsqu'une partie n'a pas communiqué les pièces dont la production était requise ou a détruit les éléments de preuves pertinents, il pourrait être envisagé de prévoir expressément que le juge puisse tirer toutes conséquences de ce comportement lorsqu'il statue sur le litige. En effet, les obligations des parties de conserver aux débats un minimum de loyauté et de se soumettre aux décisions du juge ne sauraient être sanctionnées, dans le cadre d'un procès civil, par des mesures de nature pénale, telles que des amendes. De plus, les principes généraux du droit de la responsabilité civile interdisent d'envisager l'allocation de dommages et intérêts punitifs, qui ne seraient pas fonction du montant du préjudice subi par les victimes.

#### **4 - Effet contraignant des décisions des autorités régulatrices de la concurrence :**

Dans le livre blanc et le document de travail, il est envisagé que les décisions prises par les autorités régulatrices de la concurrence, une fois définitives, s'imposent aux juridictions civiles de l'Union devant lesquelles serait formée une action relative à la pratique anticoncurrentielle sanctionnée. La Commission ne s'opposerait cependant pas à ce que les Etats Membres soient autorisés à prévoir des sauvegardes similaires à celles contenues dans l'article 34 du règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au regard des voies légales et justes de procédure (*fair legal process*).

Selon la Commission, la proposition répond à un souci d'amélioration de l'application cohérente des règles communautaires du droit de la concurrence et de la sécurité juridique. Elle permettrait d'éviter des « coûts et délais supplémentaires considérables » générés par le réexamen par la juridiction saisie au fond des éléments factuels retenus par l'autorité de la concurrence.

Les autorités françaises prennent acte de cette motivation tout en soulignant que la Commission ne la démontre pas.

Les autorités françaises ne sont pas favorables à cette mesure pour deux raisons principales :

1. Une telle mesure modifierait profondément l'ordre juridique interne des Etats membres, tels que la France, dans lesquels l'autorité de la chose jugée n'est pas accordée à un acte émanant d'une instance administrative, telle que l'autorité nationale de régulation de la concurrence et où l'autorité de la chose jugée n'a d'effet qu'à l'égard des personnes qui étaient parties à la procédure.
2. La pertinence de l'intervention du législateur communautaire dépend de l'ampleur des difficultés que soulèverait l'absence d'effet contraignant des décisions des autorités régulatrices de la concurrence. Le livre blanc et le document de travail ne contiennent

aucun élément de nature à démontrer la nécessité d'un instrument communautaire dans ce domaine au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

En effet, la Commission n'a pas démontré, notamment par le biais de l'étude d'impact, l'existence de nombreux cas de contradiction entre les décisions des autorités de la concurrence et les jugements des juridictions, pas plus que la réalité de la difficulté pour un demandeur se prévalant d'une décision rendue par une autorité régulatrice de la concurrence de prouver devant une juridiction saisie la réalité des pratiques anti-concurrentielles menées par une entreprise. Au contraire, on constate que dans la majorité des cas, les juges saisis de l'action civile reprennent les éléments de fait et de droit établis par l'autorité de la concurrence lorsqu'ils statuent sur les demandes d'indemnité.

## **5 – Frais de l'action en justice**

Concernant les frais de l'action en justice, la Commission émet le souhait que lesdits frais ne constituent pas un frein à l'exercice de l'action en justice pour les victimes de pratiques anti-concurrentielles.

A ce titre, la Commission encourage les Etats Membres à prendre trois séries de mesures :

- élaborer des règles de procédure favorisant les accords transactionnels ;
- 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 la concurrence ;
- donner aux juridictions nationales la faculté de statuer sur les dépens par ordonnance, de préférence au stade initial de la procédure.

Les autorités françaises partagent la préoccupation de la Commission sur la nécessité que les frais de procédure ne portent pas atteinte au droit des victimes de pratiques anti-concurrentielles à agir en justice aux fins d'obtenir réparation de leur préjudice.

Elles estiment toutefois qu'il est de la responsabilité de chaque Etat membre de prendre les dispositions nécessaires à la mise en application de ce principe. Aussi, elles se félicitent que les propositions de la Commission soient formulées aux Etats membres sous la forme de recommandations.

S'agissant des mesures destinées à favoriser les accords transactionnels, les autorités françaises rappellent que le droit interne encourage la conciliation, qui permet de mettre un terme à une procédure coûteuse. En application de l'article 21 du code de procédure civile, il entre dans la mission du juge de concilier les parties. Dans certaines procédures, un préalable de conciliation est obligatoire avant que l'affaire ne soit évoquée aux fins de jugement. Le recours à la médiation est également organisé par le droit français (articles 21 et suivants de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et 131-1 et suivants du code de procédure civile). Ce mode alternatif de règlement des conflits permet aux parties de trouver une solution au litige qui les oppose avec l'aide d'un tiers neutre et impartial.

S'agissant des frais de justice, ils sont peu élevés en France. La loi n°77-1468 du 30 décembre 1977 relative à la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives pose le principe de l'accès à la justice. Un dispositif d'aide juridictionnelle est prévu en faveur

des personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

S'agissant de l'aménagement de la répartition des frais du procès entre les parties, en principe, le juge condamne la partie perdante d'un procès à verser à son adversaire les dépens de l'instance - qui sont limitativement énumérés par l'article 695 du code de procédure civile et sont tarifés - ainsi qu'une somme aux titres des autres frais exposés par son adversaire et qui ne sont pas compris dans les dépens, tels que les honoraires d'avocat.

Cependant, le juge peut décider de mettre une fraction ou la totalité des dépens à la charge d'une autre partie que la partie perdante. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, en tenant compte de l'équité et de la situation économique de la partie condamnée, le montant de l'indemnité au titre des frais non compris dans les dépens voire décider qu'il n'y a pas lieu à condamnation. Ces dispositions permettent par conséquent de limiter le coût du procès pour la partie perdante dans le respect des droits de la partie gagnante.

Aussi, les autorités françaises ne peuvent que formuler les plus vives réserves sur la recommandation encourageant les Etats membres à donner aux juridictions la possibilité de statuer sur les dépens dès l'engagement de la procédure.

En effet, une disposition permettant de garantir par avance au demandeur qu'il n'aura pas à supporter les conséquences de la perte d'un procès ne pourrait qu'encourager l'engagement d'actions non fondées.

De plus, la décision dispensant le demandeur de s'acquitter d'une partie des dépens aboutit à mettre ces frais à la charge du défendeur. Or, si les prétentions du défendeur sont reconnues bien fondées par le juge, il serait inique qu'il ait à supporter les frais du procès. Cette décision rendue avant l'aboutissement de la procédure pourrait de surcroît apparaître comme un pré-jugement puisque le juge devrait exposer les motifs qui le conduisent à exonérer le demandeur d'une partie des dépens.

Enfin, il serait illusoire de prévoir la possibilité pour le juge de plafonner par avance les dépens. Si le juge doit rester vigilant sur le coût du procès pour les parties, certaines mesures d'instruction, génératrices de frais, se révèlent parfois nécessaires en cours de procédure afin de permettre la manifestation de la vérité. Dès lors, une décision limitant les frais de l'instance serait susceptible d'empêcher le juge de rendre sa décision en toute connaissance de cause.

## **6 – Les dommages et intérêts :**

### **\* Sur la codification de la notion dommages et intérêts**

Dans le livre blanc et le document de travail, il est envisagé que la définition du dommage, telle qu'elle résulte de l'acquis communautaire, soit codifiée. Il résulte de cet acquis que les victimes d'une atteinte au droit de la concurrence résultant de la violation de l'article 81 ou 82 du TCE ont droit à réparation intégrale (perte subie, gain manqué et les intérêts des dommages et intérêts courant du jour du dommage jusqu'au paiement effectif). Des dommages et intérêt pour préjudice moral ou punitifs peuvent également leur être alloués s'ils sont prévus pour les actions fondées sur une atteinte à la concurrence de l'Etat concerné. Il

serait permis aux Etats membres de s'assurer que le montant des dommages et intérêts ainsi alloués pour perte subie n'entraîne pas un enrichissement injuste des victimes.

En droit français, la réparation du préjudice est intégrale: tout le préjudice et rien que le préjudice. Les dommages et intérêts doivent ainsi compenser d'une part la perte subie et d'autre part le gain manqué. Il est traditionnellement admis que les intérêts relatifs à une indemnité judiciairement allouée ne courent que du jour où la créance de réparation est judiciairement fixée, le jugement étant constitutif. Le préjudice résultant du non paiement des dommages et intérêts n'a en effet pas un lien de causalité direct avec l'atteinte au droit de la concurrence. Toutefois, le droit français prévoit que le juge peut faire partir les intérêts avant le jour du jugement, à une date qu'il fixe (article 1153-1 du code civil).

Les notions de préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles sont ainsi conceptuellement et techniquement très proches en droit communautaire et en droit français.

Aussi, les autorités françaises s'interrogent sur la nécessité d'une définition communautaire des dommages et intérêts.

#### **\* Sur l'élaboration d'un guide permettant le calcul des dommages et intérêts**

L'élaboration d'un guide concret non contraignant à destination des juges nationaux et des parties pour calculer les dommages et intérêts est également envisagée dans le livre blanc. Ce guide inclurait des présomptions simples, la perte subie étant envisagée comme le résultat d'une infraction à la concurrence c'est-à-dire comprenant le gain manqué.

En droit français, le juge national dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour évaluer l'entier préjudice. La détermination du préjudice est une question de fait relevant de la compétence des juridictions d'une part et de la compétence des Etats d'autre part (principe de subsidiarité et d'indépendance des juridictions).

En conséquence, les autorités françaises s'interrogent sur l'utilité d'un tel guide et, en tout état de cause, s'opposent à ce qu'il ait un effet contraignant.

#### **7 – la répercussion des surcoûts et l'acheteur indirect :**

L'objectif de la Commission est de mettre en place un système qui permettent aux acheteurs indirects ayant subis un dommage du fait d'une pratique anticoncurrentielle d'obtenir *effectivement* réparation de ce préjudice.

En conséquence, la Commission préconise que le demandeur, acheteur indirect, puisse bénéficier de la présomption réfragable selon laquelle le surcoût que le défendeur (auteur de l'infraction) a imposé illégalement à l'acheteur direct, a été répercuté en totalité à son niveau.

Le système préconisé par la Commission dans son Livre blanc repose sur deux idées - force :

1. le défendeur (auteur de l'infraction) doit pouvoir invoquer le moyen du « *passing on* » afin d'éviter tout enrichissement sans cause du demandeur (acheteur direct ou indirect) dans le cas où ce dernier aurait répercuté le surcoût.

2. Les acheteurs indirects, notamment parce qu'ils n'ont pas de lien direct avec l'auteur de l'infraction, vont avoir beaucoup de difficultés à rapporter la preuve que le surcoût résultant de l'infraction initiale leur a été répercuté

Eu égard à ces éléments la Commission considère qu'il est nécessaire d'alléger la charge qui incombe à l'acheteur indirect de rapporter la preuve que le surcoût a été répercuté sur lui.

La Commission fait valoir que si d'un côté on permet au défendeur de se défendre en invoquant le moyen du « passing on » mais que de l'autre on n'allège pas pour l'acheteur indirect la charge de la preuve de la répercussion du surcoût, on pourrait aboutir à un système dans lequel l'auteur du préjudice ne dédommage aucune des victimes, ni les acheteurs directs ni les acheteurs indirects. Ce résultat serait contraire à l'objectif de réparation totale et effective posé par la Cour de Justice et pourrait aboutir à un enrichissement sans cause de l'auteur de l'infraction

#### **7-1 - Sur la possibilité ouverte au défendeur d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts.**

Cette possibilité existe déjà en droit français sous la forme d'une règle de fond : le défendeur à l'action en responsabilité civile peut invoquer comme moyen de défense l'absence ou la diminution du préjudice du fait de la répercussion des surcoûts.

En effet, toute action en réparation du préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle nécessite la preuve de l'imputabilité de la faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre le dommage et la faute. La réparation, qui doit être intégrale correspond au dommage subi et ne doit donc être ni en-deçà ni au-delà du préjudice. Pour évaluer le préjudice, le juge prend en compte différents éléments. Aussi, la répercussion par la victime du surcoût des pratiques anticoncurrentielles est-elle l'une des données prise en compte par le juge pour évaluer le montant global du préjudice.

Dans ces conditions, si une personne se prétend victime d'une pratique anti-concurrentielle et demande réparation de son préjudice, alors même qu'elle a répercuté le surcoût des pratiques subies sur ses propres clients, son préjudice s'en trouvera diminué. Son indemnisation le sera dans la même mesure.

Le système préconisé par la Commission n'est donc pas en contrariété avec celui existant actuellement en France.

#### **7-2 - Sur l'instauration au profit de l'acheteur indirect d'une présomption réfragable de répercussion de l'entier surcoût résultant d'une pratique anticoncurrentielle**

Cette présomption de répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect victime d'une pratique anticoncurrentielle n'existe pas actuellement en droit français. Toutefois, des présomptions de ce type existent dans d'autres domaines notamment la présomption de responsabilité du fabricant du fait de ses produits défectueux. Cette présomption résulte de la directive 85/374/CEE, transposée dans l'article 1386 du Code Civil.

Les autorités françaises perçoivent la difficulté dans laquelle peuvent se trouver les acheteurs indirects qui ont subi un dommage et veulent en obtenir réparation. Elles sont conscientes également du fait que le système actuel peut conduire à une absence totale d'indemnisation des acheteurs directs et indirects au profit des auteurs des pratiques anticoncurrentielles.

Aussi, les autorités françaises considèrent qu'une présomption de répercussion du surcoût au profit de l'acheteur indirect pourrait être envisageable à condition que :

- Cette présomption ait un caractère réfragable
- Cette présomption ne conduise pas à un enrichissement sans cause. Le montant des dommages et intérêts doit en effet correspondre à l'intégralité du préjudice subi par la victime sans aller au-delà. En tout état de cause, l'action en réparation demeure distincte de l'action portée devant le Conseil de la concurrence. Le demandeur bénéficiaire de la présomption doit ainsi continuer à supporter la charge de la preuve de l'infraction, l'existence du surcoût initial et l'ampleur de son dommage, notamment dans le cas où le produit ou le service ayant initialement fait l'objet du surcoût a été utilisé pour fabriquer d'autres biens ou services.

## **8 – Délais de prescription**

Concernant les délais de prescription, la Commission indique que de tels délais ne doivent pas constituer pour les victimes de pratiques anti-concurrentielles un obstacle à la réparation des dommages.

A cet effet, le livre blanc propose que le délai de prescription ne commence à courir :

- qu'à la date à laquelle l'infraction prend fin, en cas d'infraction continue ou répétée ;
- qu'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.

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

Les autorités françaises partagent la préoccupation de la Commission tendant à ce que les délais de prescription ne constituent pas un obstacle à l'action des victimes de pratiques anti-concurrentielles.

Elles rappellent que la fixation des délais de prescription est de la compétence exclusive des Etats membres.

Très récemment, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile, a réformé le droit de la prescription en matière civile. Selon le texte adopté, 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 ; le report du

point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peuvent avoir pour effet de porter le délai de prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

L'adoption d'une telle réforme n'est pas de nature à modifier de façon sensible la situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, lesquelles disposent d'un délai suffisamment long pour être en mesure d'exercer leur action en réparation dans les délais impartis.

S'agissant du point de départ du délai de prescription à compter de la décision du conseil de la concurrence, les autorités françaises prennent acte de cette proposition de la Commission, étant rappelé qu'en droit français, les décisions du Conseil de la concurrence n'ont pas autorité de la chose jugée sur les décisions des juridictions.

Les autorités françaises sont très réservées quant à la proposition de faire courir le point de départ du délai de prescription à compter du jour où l'infraction prend fin en cas d'infraction continue ou répétée. En effet, le retardement excessif du point de départ de la prescription serait source d'insécurité juridique.

## **9 – L'exigence d'une faute**

Dans le livre blanc, il est proposé que la réparation d'un préjudice résultant d'un délit en matière de pratiques anticoncurrentielles ne nécessite pas la preuve d'une faute en application du principe d'effectivité du droit communautaire et de la jurisprudence de la CJCE (notamment décision Brasserie du pêcheur du 5 mars 1996). La preuve de l'infraction doit être suffisante. La responsabilité civile peut néanmoins ne pas être engagée en cas de faute objectivement excusable, c'est-à-dire si le défendeur démontre que, malgré une attention normale, il ne pouvait raisonnablement être conscient que sa conduite porterait atteinte aux règles de concurrence.

En droit français, les demandes d'indemnisation des délits résultant des pratiques anticoncurrentielles sont fondées sur le droit commun de la responsabilité civile. L'engagement de la responsabilité nécessite ainsi l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité direct entre la faute et le dommage.

Néanmoins, sans supprimer la notion de faute, les tribunaux peuvent en déduire son existence par le simple constat de la violation d'une règle de droit. Ainsi, les juridictions civiles ou commerciales françaises considèrent de façon constante que « la violation des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce constitue des fautes délictuelles justifiant l'action en réparation sur les fondements des articles 1382 et 1383 du code civil. ». La violation d'une obligation légale constitue donc une faute.

L'appréciation de l'existence d'une faute reste toutefois soumise à l'appréciation souveraine des juges. La faute comprend nécessairement le caractère inexcusable de l'acte.

Le mécanisme français paraît donc conforme au système envisagé dans le livre blanc.

## **10 – Coordination de l'action publique avec les actions privées**

Afin de maintenir attractifs les programmes de clémence, la Commission préconise que les déclarations présentées par les entreprises en application de la procédure de clémence et 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) ne soient pas révélées. Cette protection s'appliquerait aux demandes de clémence acceptées, rejetées ou n'ayant donné lieu à aucune décision de la part de l'autorité de concurrence. Ainsi, les bénéficiaires des demandes de clémence devraient être protégés contre les injonctions de production ou de communication faites par les tribunaux.

En droit français, le Conseil de la concurrence peut prononcer des mesures de clémence (immunité, réduction d'amende). Or, l'attractivité des programmes de clémence rend nécessaire la confidentialité des déclarations des entreprises demanderesse afin qu'elles ne soient pas utilisées à d'autres fins.

Il est ainsi crucial de protéger l'attractivité du programme de clémence sous peine de fragiliser tant l'action publique que privée. Pour autant, cette protection doit être articulée avec les principes généraux du droit processuel français, sous le contrôle du juge.

La décision du Conseil de la concurrence est publique et motivée. Les parties ont dès lors accès de manière indirecte aux déclarations de la personne bénéficiaire de la procédure de clémence laquelle peut ne formuler que des déclarations orales.

En droit français, le juge peut demander ou ordonner la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime (article 11 du nouveau code procédure civile).

Aussi le juge peut-il considérer que la procédure de clémence est un motif légitime excluant la production de certains documents.

En conclusion, les autorités françaises estiment qu'un futur instrument sur les actions civiles en matière de concurrence ne devrait contenir aucune règle contraignante.