

## Observations du Groupe France Télécom à la consultation sur le

### Livre Blanc de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante

1. La Commission européenne (ci-après « la Commission ») soumet à consultation le Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, qui fait suite à la publication en 2005 d'un Livre Vert sur le même thème.
2. Le Groupe France Télécom (ci-après « France Télécom ») salue cette initiative et profite de l'opportunité qui lui est offerte pour apporter un certain nombre de commentaires concernant les propositions formulées par la Commission.

#### 1. OBJET ET PORTÉE DU LIVRE BLANC

3. France Télécom relève que la Commission ambitionne l'adoption d'une « *approche véritablement européenne* » dans la mise en place d'un cadre juridique renouvelé, propre à assurer une plus grande efficacité des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence. Dans cette optique, le Livre Blanc expose des options de politique générale, présentées par la Commission comme étant des mesures équilibrées, enracinées dans la culture et les traditions juridiques européennes.
4. Toutefois, il apparaît que la culture et les traditions juridiques des États membres sont, dans ce domaine, pour le moins **hétérogènes**. Il est donc primordial que la Commission prenne en compte cet état de fait, et notamment le profond ancrage du **droit romano-germanique** au sein des 27 États membres.

#### 2. LES MESURES ET OPTIONS DE POLITIQUE GÉNÉRALE PROPOSÉES

##### 2.1 Qualité pour agir : acheteurs indirects et recours collectifs

5. Si France Télécom souhaite exprimer sa réticence quant à l'introduction de nouveaux types d'actions en dommages et intérêts, il convient toutefois de souligner que l'option de l' « *opt in* » que privilégie le Livre Blanc semble davantage répondre au souci d'un équilibre entre droit à indemnisation et protection des entreprises, plutôt que l' « *opt out* ».
6. Pour autant, France Télécom appelle l'attention de la Commission sur le risque potentiel de **dérives** qui pourraient être induites par la possibilité d'introduire des actions représentatives « *au nom de victimes identifiées ou, dans des cas plutôt restreints, identifiables* », qui semble se rapprocher de l' « *opt-out* ». Cette notion de « *victimes identifiables* » est source d'insécurité juridique pour les entreprises, et surtout il est souhaitable que la Commission précise ce qu'elle entend par « *dans des cas plutôt restreints* ».

7. Par ailleurs, la Commission évoque la mise en place de « *garde-fous* » afin de prévenir les dérives éventuelles des actions de groupe, mais le Livre Blanc n'apporte aucune précision à ce sujet. Il est pourtant primordial que la Commission accorde davantage de protection aux entreprises. France Télécom estime notamment que la Commission devrait prendre davantage en considération les **risques de surcompensation**, si à la fois les acheteurs directs et les acheteurs indirects introduisent des actions en dommages et intérêts, à différents moments et devant différentes juridictions.
8. Enfin, France Télécom tient à attirer l'attention de la Commission sur la question de **l'accréditation des associations**. N'existe-t-il pas un risque qu'une association qui se voit refuser une accréditation dans un Etat membre obtienne une accréditation dans un autre Etat membre ? La Commission entend-elle mettre en place un dispositif propre à éviter ce type de problème ?

## 2.2 Accès aux preuves : *divulgation inter partes*

9. France Télécom souhaite faire part de sa préoccupation face aux propositions de la Commission en matière d'accès aux preuves. Le Livre Blanc envisage en effet un renforcement considérable des droits des victimes à cet égard, au détriment des droits de la défense.
10. Tel que présenté dans le Livre Blanc, l'accès aux preuves se caractérise par la mise en place d'un **pouvoir d'injonction de divulgation**, attribué au juge. Pour autant, la mise en place d'un tel contrôle devra nécessairement s'accompagner de garanties accrues pour la défense. Par ailleurs, la divulgation de telles preuves n'impliquant pas d'obligation à agir de la part des demandeurs, se pose la question de la **responsabilité** de tels demandeurs en cas de publication des données et informations auxquelles ils auront pu avoir accès. France Télécom redoute que le cadre envisagé se rapproche de la procédure de « *discovery* », et soit **porteur de dérives** telles que celles existantes aux Etats-Unis.
11. France Télécom tient également à formuler des réserves quant à l'utilisation dans le Livre Blanc de l'expression « *asymétrie structurelle de l'information* ». France Télécom réitère ainsi les observations apportées dans le Livre Vert concernant la part de **subjectivité** qui découle de l'utilisation d'une telle formule et s'interroge sur les garanties dont pourront bénéficier les défendeurs dans ce contexte. Aussi, il serait souhaitable que la Commission précise davantage à partir de quand elle estime qu'il existe une **asymétrie de l'information**.
12. Par ailleurs, le Livre Blanc pose comme principe la protection des déclarations effectuées par les entreprises dans le cadre d'une demande de **clémence**, ainsi que les enquêtes des autorités de concurrence. Cependant, il n'est nulle part fait mention du traitement dont pourraient bénéficier les déclarations des entreprises dans le cadre de l'introduction d'une procédure de **transaction** en droit communautaire de la concurrence. La protection des informations fournies par les entreprises doit rester un des traits saillants de ce type de procédure, sous peine de réduire sensiblement leur attrait pour les entreprises.

### 2.3 Effet contraignant des décisions des ANC

13. La Commission envisage de rendre contraignantes les décisions des autorités nationales de concurrence. France Télécom a déjà eu l'occasion lors de la consultation sur le Livre Vert d'exprimer son attachement à ce que les actions en dommages et intérêts ne puissent être engagées devant les juridictions civiles que dans la mesure où la décision de l'autorité nationale de concurrence a acquis autorité de la force jugée.
14. Dans ce contexte, France Télécom approuve la proposition de la Commission tendant à considérer que seules seront revêtues d'un effet contraignant « *les décisions pour lesquelles le défendeur a épuisé toutes les voies de recours interne et ne s'applique qu'aux pratiques et entreprises à propos desquelles l'ANC ou l'instance de recours a constaté l'infraction* ».
15. Pour autant, plusieurs questions restent en suspens. Il sera ainsi nécessaire de définir quels types de décision auront un effet contraignant. S'agira-t-il uniquement des décisions aboutissant à un constat d'infraction ou est-ce que l'effet contraignant concernera l'ensemble des décisions des ANC ?

### 2.4 Nécessité de l'existence d'une faute

16. La Commission propose que soit écartée l'exigence de la preuve d'une faute pour qu'une action en dommages et intérêts soit engagée. Dans ce contexte, France Télécom, comme elle l'avait déjà fait à l'occasion de la consultation sur le Livre Vert, **réitère son opposition à la mise en œuvre d'un tel dispositif.**
17. En effet, il apparaît essentiel, dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité d'une entreprise, de conserver l'**exigence d'une faute** au sens du droit civil français. Ecarter cette exigence reviendrait à ne pas tenir compte de la culture juridique française qui fait de la faute le **fait générateur de la responsabilité délictuelle**, et serait de nature à bouleverser de manière substantielle les fondements de la responsabilité en France.
18. France Télécom souhaite ainsi réaffirmer son opposition à la mise en place d'un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun pour les infractions liées aux règles de concurrence.
19. Par ailleurs, le Livre Blanc fait état de la possibilité pour les auteurs d'infraction aux règles de concurrence de se dégager de leur responsabilité dès lors qu'ils sont en mesure de prouver que l'infraction est le fait d'une **erreur excusable**. France Télécom souscrit pleinement à la reconnaissance de cette dérogation.
20. Pour autant, l'attention de la Commission est attirée sur le **manque de précision** entourant la mise en œuvre d'une telle dérogation. En effet, si le Livre Blanc donne une définition de l'erreur excusable, celle-ci semble *a priori* **restrictive et potentiellement difficile à mettre en œuvre**. Il en résulte de nombreuses interrogations pour les auteurs d'infraction, notamment quant à l'interprétation qui sera donnée de cette exception, les juridictions nationales jouant alors un rôle prépondérant en la matière.

## 2.5 Dommages et intérêts

21. France Télécom souhaite manifester son souhait de voir définitivement rejetée l'introduction de dommages punitifs tels que pratiqués aux Etats-Unis. Si la Commission semble *a priori* écarter l'hypothèse de dommages punitifs, France Télécom souhaite toutefois exprimer son inquiétude quant à la référence à la jurisprudence de la CJCE qui a pu relever que « *les victimes doivent, au minimum, obtenir réparation intégrale du dommage subi à sa valeur réelle* ». La mention du terme « *au minimum* » est préoccupante pour les entreprises et laisse entrevoir la **possibilité d'instaurer des dommages punitifs**.
22. L'introduction de dommages punitifs irait à l'encontre de notre culture juridique. En outre, l'introduction de tels dommages serait de nature à contrevenir au principe « *non bis in idem* » dans la mesure où le versement de tels dommages viendrait **se cumuler à l'amende** infligée par l'autorité nationale de concurrence. Les entreprises se verraient ainsi sanctionnées une première fois via l'amende, puis seraient soumises à une obligation de réparation intégrale et seraient sanctionnées une deuxième fois au titre des dommages punitifs. Ce mécanisme de **double sanction** à l'encontre des auteurs d'infraction au droit de la concurrence ferait peser sur les entreprises une charge beaucoup trop lourde, excédant largement ce qui est nécessaire pour produire un effet dissuasif sur les entreprises.
23. France Télécom relève aussi l'intention de la Commission d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes pour l'évaluation des dommages et intérêts dans le cadre des affaires d'ententes et d'abus de position dominante. Dans ce contexte, le Livre Blanc fait état de l'intention de la Commission de proposer des méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages subis.
24. Cette proposition est surprenante dans la mesure où l'évaluation du préjudice est un exercice complexe qui ne saurait être réduit à la mise en place de méthodes données. En effet, dans de nombreuses situations, il peut tout simplement s'avérer impossible de parvenir à une estimation du préjudice. Au regard de telles circonstances, l'application de méthodes ou règles simplifiées ne permettra pas de résoudre les difficultés d'évaluation du préjudice, inhérentes au contexte.
25. France Télécom souhaite en outre que la Commission précise la **forme que pourrait revêtir ce cadre d'orientations non contraignantes**, dans la mesure où il a pu être avancé par la Commission elle-même récemment dans plusieurs enceintes que l'adoption de lignes directrices ne serait pas appropriée.

## 2.6 Répercussion des surcoûts

26. France Télécom tient à souligner l'importance de l'utilisation de la répercussion des surcoûts comme moyen de défense pour les entreprises visées par les actions en dommages et intérêts. Il apparaîtrait en effet abusif qu'un requérant puisse engager une action en dommages et intérêts alors même que celui-ci a répercuté l'augmentation des prix sur ses propres clients, et qu'il n'a ainsi subi aucune perte. La Commission devrait ainsi veiller à ce que de telles actions ne puissent donner lieu à un **enrichissement sans cause des demandeurs**.

27. A l'occasion de la consultation publique lancée par la Commission lors de la publication du Livre Vert en 2005, France Télécom avait d'ores et déjà exprimé son opposition à la mise en place de toute mesure visant à limiter ce moyen de défense. France Télécom souhaite donc réitérer cette objection, dans la mesure où le Livre Blanc laisse entrevoir la possibilité d'alléger la charge de la preuve incombant à la victime. Toute limitation des moyens de défense doit être écartée. Or, il apparaît que la Commission envisage un **allègement de la charge de la preuve** incombant aux victimes en permettant que les acheteurs indirects puissent se fonder sur la présomption réfragable que le surcoût illégal a été répercuté sur eux dans sa totalité.

## 2.7 Délais de prescription

28. France Télécom relève que les propositions de la Commission en matière de délais de prescription tendent à renforcer les droits des victimes, tant dans le cadre d'actions autonomes que dans le cadre d'actions intentées à la suite d'une décision d'une autorité nationale de concurrence.

29. Le Livre Blanc fait notamment état de la possibilité d'introduire un **nouveau délai** de prescription de deux ans minimum qui commencera à courir le jour où la décision de l'ANC constatant l'infraction aux règles de concurrence devient définitive. Ce délai semble abusif, notamment en raison de **son caractère indéterminé** (« *deux ans minimum* »).

## 2.8 Coûts des actions en dommages et intérêts

30. France Télécom s'interroge sur l'opportunité de la mesure envisagée par la Commission consistant à habilitier les juridictions nationales à déroger au principe selon lequel **la partie qui succombe est condamnée aux dépens**. Tel que souligné dans le Livre Blanc, ce principe prévaut au sein des Etats membres, et certains d'entre eux ont d'ores et déjà admis certaines exceptions.

31. La Commission entend réduire les coûts des actions en dommages et intérêts afin de faciliter la mise en œuvre de telles actions. La mesure envisagée consisterait notamment à habilitier les juridictions à **déroger au principe** selon lequel la partie qui succombe est condamnée aux dépens, et ce, éventuellement, au stade initial de la procédure. Pour autant, il s'agit de considérer que le fait de maintenir un tel principe permet également de prévenir des demandes infondées et une potentielle **multiplication de recours dilatoires**.

32. France Télécom souhaite donc attirer l'attention de la Commission sur la nécessité de réfléchir à la mise en place de garde-fous afin de prévenir toutes dérives éventuelles. L'adoption de mesures propres à responsabiliser les auteurs d'actions privées serait ainsi plus que souhaitable.

33. Il convient, en outre, de souligner qu'il existe au sein de nombreux Etats membres des dispositifs d'allègement des coûts de procédure. Ainsi en est-il par exemple du mécanisme de l'aide juridictionnelle en France et qui permet une prise en charge étatique, totale ou partielle, des frais de la transaction ou du procès.

34. Le système français permet une certaine balance entre réduction des coûts de procédure et responsabilisation des requérants. Ainsi, même si une personne obtient l'aide juridictionnelle, le droit français laisse la possibilité au juge de condamner la victime à payer les frais du procès, engagés par le défendeur. De plus, afin d'écartier les requêtes abusives, l'aide juridictionnelle peut être retirée, et tout ou partie des dépenses peuvent être remboursées.
35. Par ailleurs, le Livre Blanc énonce le besoin d'encourager la conclusion d'accords transactionnels aptes à réduire de façon significative les coûts de procédure. Il convient de souligner que de telles procédures ont bien souvent un coût très élevé pour les parties. En effet, s'il n'est plus question de coûts de procédure, de lourdes charges sont malgré tout induites notamment du fait du recours fréquent à des experts, mais aussi et surtout du fait des honoraires des conseils des parties. Surtout, il convient de respecter la liberté dont disposent les parties de conclure ou non un accord transactionnel. Dans ce contexte, l'intervention et les encouragements de la Commission pour la conclusion de tels accords semblent inappropriés.

## 2.9 Interaction entre les programmes de clémence et les actions en dommages et intérêts

36. France Télécom tient à exprimer son approbation concernant le traitement particulier réservé aux entreprises impliquées dans un programme de clémence.
37. France Télécom accueille favorablement la protection des déclarations d'entreprises soumises par tout demandeur de clémence en cas d'infraction à l'article 81 CE contre toute forme de divulgation. Les garanties que la Commission semble vouloir maintenir à l'égard des entreprises paraissent couvrir l'ensemble des cas de figure puisque cette protection viendrait à s'appliquer que la demande de clémence soit rejetée, acceptée, ou ne donne lieu à aucune décision de la part de l'autorité de concurrence mais encore, avant et après l'adoption d'une décision par l'autorité de concurrence.
38. France Télécom tient également à souligner son intérêt pour la proposition de la Commission consistant à limiter la responsabilité civile des parties ayant bénéficié d'une immunité d'amendes. La Commission renforcerait ainsi l'attractivité du programme de clémence.
39. Pour autant, France Télécom s'interroge sur l'absence de bénéfice de limitation de responsabilité pour les entreprises qui se seraient vu accorder une réduction d'amende dans le cadre du programme de clémence.
40. En outre, France Télécom s'interroge sur la protection dont pourraient bénéficier les entreprises qui participeraient non au programme de clémence mais à la **procédure de transaction** que la Commission est en train d'introduire en droit communautaire de la concurrence. Il est en effet indispensable que les déclarations des entreprises dans ce cadre ne fassent l'objet d'**aucune divulgation**.

-----

41. France Télécom entend également apporter quelques remarques supplémentaires d'ordre général :
- En premier lieu, il aurait été apprécié que la Commission expose avec davantage de précision les suites qu'elle entend donner au Livre Blanc. Ainsi, France Télécom déplore l'absence d'un **calendrier plus détaillé**.
  - Cette absence de précision se matérialise également via l'absence de référence à une quelconque **base juridique** sur laquelle la Commission entend se fonder afin de mettre en œuvre l'ensemble de ces propositions.
  - Par ailleurs, il aurait été souhaitable que la Commission précise **quel(s) instrument(s) législatif(s)** elle entend utiliser pour codifier ce qu'elle désigne notamment comme étant l'acquis communautaire actuel en matière de dommages et intérêts : règlement, directive, recommandation...
42. De plus, le Livre Blanc n'aborde à aucun moment les problématiques de **droit international privé** que soulèvera inévitablement la recrudescence des actions en dommages et intérêts souhaitée par la Commission. Or, en raison de la récurrence d'affaires revêtant une dimension communautaire, il existe un risque évident de *forum shopping* et de *law shopping*.
43. Enfin, se pose le problème de l'**articulation** du présent Livre Blanc et des mesures qui pourraient en découler, avec les projets et les réflexions actuellement en cours au sein d'autres directions générales de la Commission dont la Direction Générale de la Santé et des Consommateurs. Sur ce point, le Livre Blanc n'apporte pas de réponse.