

Réponse au livre blanc sur les actions en dommages et intérêts

Antoine Masson

Université du Luxembourg

Le livre blanc, présenté par la Commission le 2 avril 2008, comporte des améliorations importantes au regard du livre vert, afin d'éviter les dérives constatées dans d'autres systèmes juridiques. On peut ainsi se féliciter de ce que le livre blanc a abandonné l'idée d'introduire des dommages et intérêts punitifs, qu'il prévoit un encadrement de la procédure *inter partes* d'accès aux preuves, qu'il établit un standard de preuves uniformes en Europe, afin d'éviter un forum shopping ou encore que la règle de l'opting out n'ait pas été retenue concernant les *class actions*.

Toutefois, le contenu du livre blanc continue d'appeler quelques réflexions :

1- Le livre blanc est muet sur l'articulation à prévoir entre les class actions et les modes alternatifs de règlement des conflits. Pour autant, l'effet des actions de groupes ne risque-t-il pas d'être amoindri dans les Etats membres connaissant un système de médiation obligatoire, en raison de la difficulté de concilier ces deux mécanismes (et ceci d'autant plus que la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur la médiation reconnaît cette hypothèse. De même, les clients directs d'une entreprise, qui souhaiteraient intenter une action contre cette dernière, seront-ils tenus par une clause compromissoire insérée dans leur contrat ? Or, l'insertion de clauses d'arbitrage peut être utilisée pour proscrire les class actions, puisque ces dernières sont impossibles devant un arbitre. Aussi, chaque plaignant doit-il entamer une procédure d'arbitrage avec les mêmes difficultés qu'une procédure contentieuse (sous réserve de la possibilité de jonction d'affaires).

2 - Le livre blanc mentionne que les décisions des ANC ou des juridictions nationales devenues définitives, seront contraignantes, dès lors qu'elles constatent une infraction. Par contre, il semble que le livre blanc exclut l'opposabilité des décisions négatives car cette hypothèse aurait conduit les entreprises suspectées à orchestrer la saisine des juridictions ou des ANC les plus indulgentes, afin d'échapper à leur responsabilité. Toutefois, le livre blanc ne précise pas quel sera l'effet des décisions ne reconnaissant que partiellement la responsabilité d'une entreprise, ce qui devrait générer des difficultés.

3 - L'exception à la responsabilité d'une entreprise en cas d'erreur excusable appellerait également des précisions. Il semble, en effet, que la Commission cherche ainsi à protéger les entreprises qui seraient victimes d'une évolution des modèles économiques servant à l'analyse des comportements, de sorte que ce qui avait pu être considéré comme licite ne le soit plus. Si telle est effectivement la motivation de la Commission, il semble qu'il eût été préférable de ne pas introduire cette exception au contour flou et de s'appuyer sur le concept de sécurité juridique ou de confiance légitime, pour résoudre d'éventuels problèmes.

4- Le livre blanc est muet sur la question de l'articulation des actions en dommages et intérêts et des transactions qui peuvent être conclues entre les entreprises et les ANC. Il semble pourtant opportun de prévoir à cette occasion certains droits pour les plaignants en cas de transaction.

5- Le livre blanc n'accorde aucun avantage pour les particuliers à introduire une action spontanément (action « de novo ») par rapport aux actions faisant suite à une décision des ANC. Or, ces premières permettent aux ANC de réaliser des économies de ressources, notamment en ce qu'elles leur évitent une enquête ou du moins, conduisent les requérantes à révéler des informations qui seraient, autrement, restées secrètes. Des dispositions pourraient donc être prévues comme, par exemple, l'octroi de dommages et intérêts plus élevés afin d'inciter les particuliers à agir en premier plutôt que d'attendre les décisions des ANC.

En tout état de cause, en cas d'action « de novo », il ne devrait pas être possible pour une entreprise de demander à bénéficier d'une mesure de clémence afin de voir sa responsabilité civile limitée aux demandes d'indemnisation de ses partenaires contractuels (cf. p. 12 in fine du livre blanc). En effet, une telle restriction, si elle est retenue, doit avoir pour objectif essentiel de garantir l'efficacité des programmes de clémence en ce que ces derniers conduisent les ANC à faire des économies de ressources concernant la recherche de la preuve. Toutefois, dans le cadre des actions « de novo », la preuve n'est pas rapportée par les ANC, mais par les requérants. Il en résulte deux solutions : soit les parties ont suffisamment de preuves et permettre aux entreprises de frapper à la porte des ANC pour obtenir des immunités partielles ne présente aucun intérêt, soit les requérants échouent dans leur recours et les ANC pourront toujours retenter une action après enquête ou dénonciation.

Par contre, accorder une limitation de responsabilité en cas d'action intentée à la suite d'une enquête ou d'une décision d'une ANC, peut être pertinent en ce que cette limitation renforcerait l'intérêt du mécanisme.