



UFC-QUE CHOISIR
233 bd Voltaire
75555 PARIS CEDEX 11
www.quechoisir.org

Paris, le 10 Juillet 2008,

<p style="text-align: center;">RÉPONSE AU LIVRE BLANC SUR LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS POUR INFRACTION AUX RÈGLES COMMUNAUTAIRES SUR LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION DOMINANTE</p>

A titre liminaire, l'UFC Que Choisir souhaite rappeler qu'elle avait déjà salué l'initiative prise par la Commission européenne, tendant à favoriser les actions en justice des victimes de pratiques anticoncurrentielles, dès la publication du Livre Vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante¹.

L'UFC Que Choisir accueille donc favorablement 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, publié en avril 2008.

L'UFC Que Choisir est en accord avec la philosophie générale de l'approche de la Commission, notamment concernant la nécessité de voir les victimes de pratiques anticoncurrentielles indemnisées, la nécessité de développer l'accès au droit ou encore de faciliter l'accès à la Justice.

L'UFC Que Choisir fait le même constat que la Commission européenne : à l'heure actuelle, les actions en réparation des préjudices nés des pratiques anticoncurrentielles sont inexistantes, inefficaces, ou inadaptées, dans la plupart des Etats membres et, notamment en France.

L'UFC Que Choisir réclame, depuis de nombreuses années, l'introduction d'une véritable « Action de Groupe » en France, mais aussi au niveau européen, tant dans le domaine de la concurrence que dans d'autres domaines².

Il nous semble en effet que les règles du droit de la concurrence ne peuvent avoir pleine efficacité que si, outre les sanctions administratives attachées à leur violation, la réparation des préjudices subis par les victimes de cette violation (entreprises ou consommateurs) est également réalisée. Cette réparation qui équivaut le plus souvent à contraindre l'entreprise à restituer le bénéfice illicitement retiré de la pratique anticoncurrentielle, couplée à une sanction administrative, est la seule mesure adéquate qui permet de dissuader les professionnels d'avoir de nouveaux comportements anticoncurrentiels.

¹ Livre Vert, 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, COM (2005) 672 final, du 19 décembre 2005.

² Voir notre proposition relative à l'Action de groupe dans notre contribution au Livre Vert 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, p.10 et suivantes, disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html.

Nous saluons donc particulièrement le fait que le livre blanc reconnaisse la nécessité de mettre en place, pour l'ensemble des victimes d'infraction aux règles de la concurrence, des recours collectifs.

Il nous apparaît également comme essentiel qu'une parfaite cohérence soit assurée entre, d'une part, les règles proposées dans le présent livre blanc en matière d'actions de groupe et limitées au droit de la concurrence et, d'autre part, celles qui sont envisagées dans le cadre plus large de la protection des consommateurs et qui devraient être énoncées dans une Communication de la Commission européenne à la fin de l'année 2008.

Bien que nous soyons globalement satisfaits du contenu de ce Livre Blanc, nous souhaitons dans notre réponse émettre certaines réserves et soulever certains points non abordés.

1. OBJET ET PORTÉE DU LIVRE BLANC

1.1. 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?

L'UFC Que Choisir partage l'analyse de la Commission constatant que « dans la pratique, les victimes d'infractions aux règles de concurrence communautaires n'obtiennent, à ce jour, que rarement réparation des dommages subis ». Il est indispensable de remédier à cette situation.

L'UFC Que Choisir ne peut être qu'en accord avec la volonté de la Commission de rendre effectif ce droit à l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, droit garanti par la législation communautaire et rappelé, à plusieurs reprises, par la Cour de Justice des communautés européennes³.

Nous sommes dès lors favorables à la proposition de la Commission de mettre en place un socle commun de règles, au niveau européen, permettant à toute victime d'engager des actions en dommages et intérêts, dans tous les Etats membres.

Cela garantira une plus grande sécurité juridique et un meilleur accès à la justice pour l'ensemble des citoyens européens.

Nous partageons l'approche de la Commission, qui considère que le meilleur moyen de supprimer les obstacles juridiques et procéduraux et de lutter contre l'inefficacité actuelle des actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence est de combiner des mesures adoptées, tant au niveau national que communautaire.

1.2. Objectifs, principes directeurs et portée du livre blanc

L'UFC Que Choisir est satisfaite par l'approche concrète de ce Livre Blanc de la Commission. En effet, la Commission propose des options de politique générale ainsi que des mesures spécifiques afin d'assurer à toutes les victimes d'infraction au droit communautaire de la concurrence l'accès à des mécanismes de réparation efficaces.

L'UFC Que Choisir marque son accord avec le premier principe directeur, réel fil conducteur du Livre Blanc, posé par la Commission : l'indemnisation intégrale des victimes, en facilitant l'accès à la Justice pour toutes les victimes de pratiques anticoncurrentielles, dont les consommateurs.

L'UFC Que Choisir soutient également le principe d'une approche européenne dans la définition du « cadre juridique commun » à mettre en place pour assurer une plus grande efficacité des actions en réparation, avec le respect du principe de l'autonomie procédurale. En effet, s'il est vrai qu'il ne convient pas d'harmoniser totalement ce cadre juridique, les Etats membres devront mettre en place un système efficace, fondé sur ce socle commun.

³ Arrêt du 20 septembre 2001 dans l'affaire C-453/99, Courage et Crehan, Recueil 2001, page I-6297, et arrêt du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295-298/04, Manfredi, Recueil 2006, page I-6619.

Le développement de ces actions efficaces ne doit cependant pas se faire au détriment de l'action des pouvoirs publics pour l'application des règles communautaires de la concurrence.

La Commission évoque également le fait que le développement des actions en réparation aura un effet dissuasif. L'UFC Que Choisir souhaite rappeler que c'est en complément d'une sanction administrative à l'initiative des pouvoirs publics que cet effet dissuasif sera atteint pleinement. Ces actions doivent compléter et non remplacer les actions des pouvoirs publics. La régulation du jeu concurrentiel par les autorités publiques doit demeurer un objectif prioritaire dans le cadre d'une économie de marché où doit prédominer la préoccupation de l'intérêt général. Le rôle des autorités publiques doit être renforcé par les mécanismes de recours offerts aux personnes privées.

Enfin, comme la Commission, nous sommes d'avis que les mesures à prendre doivent avoir un champ d'application large : couvrir toutes les catégories de victimes, tous les types d'infractions aux règles de concurrence et tous les secteurs de l'économie. De même nous soutenons, la possibilité d'engager plusieurs types d'action en réparation : « *follow-on action* » à la suite de la constatation préalable d'une infraction par une autorité de concurrence, ou nouvelle procédure ne faisant suite à aucune constatation.

2. MESURES ET OPTIONS DE POLITIQUE GÉNÉRALE PROPOSÉES PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

2.1. Qualité pour agir : acheteurs indirects et recours collectifs

● *acheteurs indirects*

L'UFC Que Choisir est satisfaite par le fait que la Commission reprenne le principe, relatif à la qualité pour agir, retenu par la jurisprudence de la Cour de Justice, qui prévoit que toute personne ayant subi un préjudice du fait d'une infraction aux règles de concurrence doit pouvoir demander réparation devant les juridictions nationales⁴.

La qualité pour agir doit être reconnue tant aux victimes directes qu'aux victimes indirectes des infractions. L'UFC Que Choisir ne peut que s'en féliciter puisque ce principe permet d'inclure les consommateurs finals dans la définition des victimes pouvant obtenir réparation!

Ce point est essentiel car, le plus souvent, les consommateurs ne sont pas des « acheteurs directs ». Ils se retrouvent dans de nombreux cas, à la fin de la chaîne de distribution, et supportent, du fait de la répercussion, la totalité ou une partie du surcoût illégal.

En effet, les cas qui sont soumis à l'appréciation des autorités de concurrence concernent des biens intermédiaires offerts sur des marchés qui se situent en amont du marché de détail sur lequel les consommateurs sont présents.

Seul doit compter le principe de la réparation intégrale de toutes les victimes, pour le préjudice qu'elles ont subi : il n'y a donc aucune raison de traiter différemment les victimes en fonction de leur lien direct ou non avec l'auteur de l'infraction.

● *Recours collectifs :*

Nous partageons le point de vue de la Commission qui précise qu'il existe un besoin évident de mécanismes permettant le regroupement des demandes d'indemnisation individuelles de victimes d'infractions aux règles de concurrence, puisque qu'à l'heure actuelle les victimes n'obtiennent pas réparation.

Comme le souligne la Commission, il convient de prendre en compte la situation des « consommateurs individuels (ou des petites entreprises) qui subissent de manière sporadique des dommages de faible valeur, qui sont dissuadés d'engager des actions individuelles en réparation en raison des coûts, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes que cela implique ».

⁴ Arrêt du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295-298/04, Manfredi, Recueil 2006, page I-6619.

La Commission propose donc pour faciliter un réel accès à la justice et la réparation du préjudice subi, de combiner deux mécanismes de recours collectifs complémentaires : une action représentative ouverte à des entités qualifiées qui pourraient être notamment des organisations de consommateurs, et une action collective ouverte à un groupe identifié de victimes.

L'UFC Que Choisir salue ces propositions, étant donné que la France n'a pas encore adopté de recours collectif permettant l'indemnisation de toutes les victimes.

L'UFC Que Choisir entrevoit dans cette approche permettant de couvrir une pluralité de cas, une voie prometteuse.

Nous avons néanmoins un certain nombre de remarques, réserves ou propositions à faire concernant ces mécanismes.

Pour l'UFC Que Choisir, il est impératif que ces mécanismes de recours collectif permettent l'indemnisation totale de l'ensemble des consommateurs ayant subi un préjudice du fait de pratiques anticoncurrentielles. Pour cela, il est indispensable qu'une action puisse être engagée pour un groupe de victimes, par une association de consommateurs ou une autre entité habilitée, sans qu'il soit nécessaire que la totalité des victimes se soient préalablement identifiées. Il existe de grandes difficultés liées à la possibilité d'informer les victimes de la possibilité et de la probabilité d'engager une action collective en réparation. Il n'est donc pas envisageable de mettre en place une telle « action fermée » !

Seule serait efficace une action engagée par une association de consommateurs, une entité désignée ou un groupe de victimes permettant d'obtenir une décision qui profiterait ainsi à l'ensemble de victimes répondant aux caractéristiques des victimes ou du « groupe ».

Le Principe conducteur érigé par la Commission dans son Livre Blanc serait ainsi respecté : toutes les victimes seraient intégralement indemnisées !

Sur les propositions de la Commission :

- Actions représentatives intentées par des entités qualifiées

La Commission propose que les Etats membres mettent en place « des actions représentatives pouvant être 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 pourraient être soit officiellement désignées à l'avance, soit habilitées par un Etat 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 ».

L'UFC Que Choisir est favorable à l'idée que des entités qualifiées puissent engager une action au nom des victimes identifiées ou identifiables, et est satisfaite de voir que la Commission cite expressément les Associations de consommateurs parmi ces entités qualifiées. La Commission reconnaît ainsi le rôle des Associations dans la défense des intérêts des consommateurs victimes d'infraction.

L'Association souhaiterait cependant insister sur l'importance d'engager des actions en réparation avec la seule exigence de victimes identifiables et non identifiées.

Car, outre la problématique des coûts engendrés par l'exigence faite aux victimes de devoir s'identifier avant le début de la procédure, la quasi impossibilité à mettre en place et à gérer, ce type d'action collective avec « opt in » a déjà prouvé son inefficacité, notamment au Royaume-Uni dans l'affaire des « maillots de football de Manchester » où l'association de consommateurs n'a réussi à obtenir qu'un petit millier de mandats.

Nous avons eu l'occasion lorsque nous avons engagé en France une action en réparation à la suite d'une entente de gel des parts de marché d'opérateurs de téléphonie mobile, de constater qu'il est impossible en pratique de pouvoir mobiliser toutes les victimes d'un même agissement.

Cette Action menée par l'UFC Que Choisir à l'encontre du « Cartel Mobile » a montré l'extrême difficulté qu'il existe pour recueillir les mandats des consommateurs victimes. Les coûts sont

exorbitants (près de 500 000 euros) comparés au montant relativement faible des dommages individuels et comparés au pourcentage minimal de victimes s'étant manifestées (un peu plus de 12.000) par rapport aux victimes potentielles (environ 20 millions de détenteurs d'abonnements téléphoniques en cause).

Dès lors que le mécanisme envisagé exige que toutes les victimes soient identifiées l'objectif d'une réparation totale des victimes ne peut jamais être atteint.

L'UFC Que Choisir souhaiterait donc que la mention « des cas plus restreints » soit supprimée.

La Commission propose deux options quant à la désignation des entités qualifiées: soit elles sont officiellement désignées au préalable ; soit elles sont habilitées au cas par cas par un Etat membre.

Il semble cependant opportun de fixer, au niveau européen, des critères communs destinés à faciliter la désignation préalable, par chaque Etat membre, d'entités qualifiées. Il serait utile de s'inspirer du mécanisme de désignation des entités qualifiées mis en place avec la directive relative aux actions en cessation.

Ainsi, le risque de « discrimination », entre les associations des différents Etats membres, ou de désignation arbitraire sera limité.

De plus, ces entités devront avoir le droit d'agir en justice dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Elles devront donc être reconnues comme étant habilitées à agir, quel que soit l'Etat membre concerné et, quelle que soit la résidence des victimes. Dans le cas où plusieurs Etats membres seront concernés par l'infraction, il devra être possible pour toute entité qualifiée d'agir dans un autre Etat membre et/ou de pouvoir éventuellement s'associer à l'action d'une autre entité habilitée.

- Actions collectives de groupes de victimes identifiées

La Commission propose d'instaurer une procédure complémentaire à l'action représentative intentée par des entités qualifiées : « 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 ».

L'UFC Que Choisir n'est pas opposée, en principe, à l'idée d'instaurer une action complémentaire permettant aux victimes d'une même pratique anticoncurrentielle de joindre leurs actions pour obtenir réparation, sous réserve de la prise en compte de nos remarques préliminaires et sous réserve que ces actions « n'interfèrent » pas avec les « Actions représentatives » potentielles.

Ce type d'action pourrait s'avérer nécessaire si par exemple, il n'existe pas d'entités qualifiées pour représenter les victimes lésées, ou dans les cas où ces entités n'auraient pas les moyens financiers nécessaires ou n'auraient pas la volonté politique d'agir en justice.

Il est conviendrait cependant d'éviter tout risque de multiplication d'actions portant sur la même affaire. Le juge saisi devrait, au moment où il examine la recevabilité de l'action, vérifier si une action en représentation couvrant déjà l'ensemble des victimes potentielles n'est pas déjà en cours.

De plus, l'UFC Que Choisir est défavorable à « l'option de participation explicite » proposée pour ces actions collectives.

En effet, comme nous l'avons déjà exprimé à maintes reprises, l'obligation pesant sur les victimes individuelles, consistant à se faire expressément connaître avant d'engager une action collective, soulève de nombreux problèmes.

L'option de participation explicite ou « opt in » est en contradiction avec l'idée motrice de ce Livre Blanc, puisque ce type d'action ne permet pas l'indemnisation intégrale de l'ensemble des victimes ayant subi un préjudice du fait d'une infraction aux règles du droit de la concurrence.

2.2. Accès aux preuves : divulgation *inter partes*

L'UFC Que Choisir partage le constat fait par la Commission dans le Livre Blanc : il existe effectivement une asymétrie structurelle de l'accès à l'information, aux documents pertinents, aux preuves entre le ou les défendeurs et les victimes, alors que les affaires de concurrence supposent la connaissance et l'examen d'un nombre particulièrement élevé de données factuelles.

Dans la plupart des cas de contentieux nés de pratiques anticoncurrentielles, les preuves pertinentes sont difficilement accessibles aux victimes requérantes, étant donné qu'elles sont le plus souvent détenues par les entreprises qui sont mises en cause ou détenues par des tiers, qui cherchent à les dissimuler. Or ces informations constituant des preuves essentielles, sont nécessaires à la réussite d'une action en dommages et intérêts en cas d'infraction aux règles de concurrence.

Il semble donc impératif de mettre en place une exception, dans le cadre du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, au principe général selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur, pour garantir l'effectivité des actions en réparation.

L'adaptation nécessaire des règles de la charge de la preuve est d'autant plus indispensable que l'on reconnaît la qualité pour agir aux « acheteurs indirects ».

En effet, dans les cas où la chaîne de distribution est longue, l'acheteur indirect rencontre des problèmes pour présenter les preuves nécessaires pour obtenir réparation.

La Commission européenne propose d'établir une obligation de divulgation *inter partes* : « l'accès aux preuves devra reposer sur l'établissement des faits et un contrôle juridictionnel strict de la plausibilité de la demande d'indemnisation et de la proportionnalité de la demande de divulgation. »

Les juridictions nationales auront donc le pouvoir d'enjoindre aux parties à la procédure ou à des tiers de divulguer des catégories bien définies de preuves pertinentes, mais cela seulement dans des conditions bien déterminées.

La Commission pose le principe de la preuve de la « plausibilité » de la demande pour que le juge ordonne la divulgation de catégories précises de preuves : il appartient au demandeur de fournir au juge les données factuelles, déjà en sa possession, qui lui donnent une sorte de présomption que le préjudice qu'il a subi est imputable à une infraction commise par le défendeur.

L'efficacité du système serait garantie par des sanctions dissuasives en cas de refus de divulgation ou de destruction d'éléments de preuves pertinents.

Cette proposition semble être un apport par rapport aux systèmes d'accès aux preuves qui existent en France⁵, puisque cela permettrait la communication d'un certain nombre de pièces sous le contrôle strict du juge. Mais il est très décevant que le Livre Blanc ne propose qu'un accès limité aux documents des autorités de concurrence.

L'UFC Que Choisir demande à la Commission de favoriser l'accès à la totalité des dossiers détenus par les autorités nationales de concurrence des différents Etats membres, ainsi que l'accès aux documents détenus par ses propres services. En effet, les décisions condamnant les cas d'entente ou d'abus de position dominante sont fondées sur des dossiers probants, établis par les autorités de concurrence, ou la Commission européenne, qui contiennent donc tous les éléments permettant de démontrer les pratiques incriminées et les atteintes au marché.

⁵ En France par exemple, le juge des requêtes peut ordonner la saisie de documents ; l'article 145 du code de procédure civile permet d'obtenir des informations, la possibilité de demander au tribunal certains documents détenus par l'autorité de concurrence. Cependant, bien souvent le secret des affaires est opposé par les entreprises aux demandeurs. Le juge pénal peut également être saisi afin d'ordonner une enquête.

A l'exception de la protection des certains « secrets d'affaire » ou de certains points des déclarations reçues dans le cadre des programmes de clémence, nous ne voyons aucune raison objective empêchant les victimes d'infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante d'accéder aux dossiers détenus par les autorités de concurrence nationales ou par la Commission européenne, à partir du moment où une décision a déjà été prise.

Un tel principe existe en droit suédois : l'accès aux documents officiels, reçus ou rédigés par une autorité publique, y compris l'autorité de concurrence, est un principe fondamental.

L'excuse reposant sur le respect du secret d'affaire ou de la protection adéquate des déclarations faites dans le cadre d'un programme de clémence n'est pas fondée, puisque les autorités de concurrence, comme les services de la Commission effectuent ou pourraient effectuer un « tri » des documents au fur et à mesure de la constitution du dossier, afin d'identifier les pièces qui méritent d'être écartées en cas de demande d'accès à l'intégralité du dossier.

Le secret d'affaire ne doit pas être un obstacle, il serait donc nécessaire de revoir la définition de cette notion d'une façon moins restrictive du point de vue des consommateurs.

L'exception liée au programme de clémence est, par ailleurs également critiquable, car s'il est reconnu que la clémence doit jouer dans la sanction administrative, il ne nous semble pas adéquat de limiter la responsabilité de ces entreprises dans le cadre de la réparation du préjudice qu'elles ont causé. Il n'est pas acceptable de faire peser les conséquences de ces programmes de clémence sur les victimes !

2.3. Effet contraignant des décisions des ANC

L'UFC Que Choisir est très favorable à la proposition de la Commission visant à ce que toute décision définitive prise sur le fondement de l'article 81 ou 82, par une autorité de concurrence nationale ou tout jugement définitif d'une instance de recours confirmant ou constatant une infraction, soit reconnue dans tout Etat membre comme une preuve irréfutable de l'infraction aux règles de concurrence.

Une telle proposition est une réelle avancée pour nous, car si ce principe est déjà reconnu dans certains Etats membres, il n'existe pas de règle analogue en droit français.

Une telle mesure ne pourra que faciliter et améliorer l'efficacité des actions en justice des consommateurs, qui n'auront plus à apporter la preuve de la pratique anticoncurrentielle.

De plus, cette proposition permet, outre de renforcer l'efficacité du droit de la concurrence, d'accroître la sécurité juridique et de faire de vraies économies de procédure !

Cette reconnaissance de l'effet contraignant des décisions des ANC est primordiale, étant donné que dans des cas de plus en plus fréquents, les pratiques anticoncurrentielles ont cours sur l'ensemble du marché européen ou du moins sur les marchés de plusieurs états membres.

En effet, ce principe empêchera une juridiction nationale appelée à statuer sur des actions en dommages et intérêts concernant une pratique visée à l'article 81 ou 82 du Traité de prendre des décisions allant à l'encontre d'une décision définitive déjà prononcée par une ANC (ou d'un jugement définitif la confirmant).

Pour aller plus loin, il serait utile de promouvoir la publicité des décisions prises en matière de concurrence. La Commission pourrait proposer un système pour rendre publiques les décisions adoptées par chaque ANC dans tous les Etats membres. À l'heure actuelle, la Commission informe les citoyens des mesures qu'elle entreprend via son service de presse ainsi que par ses sites internet. Il est envisageable de publier les décisions prononcées par les ANC par les mêmes canaux d'information. Cette publication serait accompagnée d'une information sur la possibilité pour les victimes d'obtenir une réparation si elles estiment avoir subi un préjudice.

2.4. Nécessité de l'existence d'une faute

Dans le cadre de la réparation des dommages subis du fait d'une infraction aux règles de concurrence, certains Etats membres reconnaissent le principe de responsabilité sans faute, ou la faute est présumée de manière irréfragable si l'infraction est prouvée, alors que dans d'autres Etats membres, la preuve d'une faute doit être rapportée pour obtenir réparation.

La Commission ayant marqué sa préférence pour la première approche, propose, pour les Etats membres qui exigent que la preuve d'une faute soit rapportée, que la nécessité de prouver l'existence d'une faute soit limitée.

Ainsi, elle propose lorsque la victime a rapporté la preuve d'une infraction à l'article 81 ou 82, que l'auteur de l'infraction soit tenu responsable des dommages causés, sauf s'il prouve que l'infraction résulte d'une erreur véritablement excusable. Une erreur ne serait considérée comme excusable que dans le cas où une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence.

L'UFC Que Choisir est favorable comme la Commission à la reconnaissance d'une responsabilité sans faute, à partir du moment où une violation du droit de la concurrence a été prouvée par une décision d'une autorité de concurrence devenue définitive.

Mais nous ne sommes pas favorables à la proposition de la Commission qui vise à introduire la notion de « faute excusable » ; notion beaucoup trop floue laissée à l'appréciation des juges nationaux, ce qui ne manquera pas de créer des interprétations très divergentes d'un Etat à l'autre, créant ainsi une discrimination entre les victimes.

Il n'y a d'ailleurs aucune raison objective à décharger les auteurs d'infraction de leur responsabilité au motif qu'ils n'auraient pas commis de faute.

2.5. Dommages et intérêts

Le livre blanc aborde les questions relatives à la détermination des types de dommages réparables ainsi que celle du calcul du *quantum* des dommages.

Il est nécessaire de rappeler que ces questions, très complexes, sont primordiales pour les Associations de consommateurs, puisqu'elles sont déterminantes pour la réussite de l'action en réparation des consommateurs.

Dans le Livre Blanc, la Commission propose de faciliter l'identification des types de dommages pouvant obtenir réparation. Elle reprend notamment les solutions jurisprudentielles de la CJCE⁶ : les victimes doivent, au minimum, obtenir la réparation intégrale des dommages subis à leur valeur réelle.

L'UFC Que Choisir est favorable à l'idée de mettre à la disposition du juge, une sorte de liste des dommages indemnisables ou, du moins, un instrument lui permettant de savoir « où » et « quoi » chercher comme type de dommages (dommage réel, manque à gagner, perception d'intérêts...)

Nous soutenons donc la proposition de la Commission de codifier, dans un instrument législatif communautaire, l'acquis communautaire relatif aux types de dommages pour lesquels les victimes d'infraction peuvent obtenir réparation.

Quant à la question du calcul du *quantum* des dommages subis, nous saluons l'engagement pris par la Commission de produire des règles de calcul ou des éléments permettant d'évaluer les dommages et intérêts.

La Commission propose d'établir des lignes directrices contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes pour l'évaluation des dommages et intérêts, par exemple au moyen de méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages, afin d'éviter aux victimes de devoir avoir recours à des expertises économiques longues, complexes et surtout extrêmement

⁶ Arrêt du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295-298/04, Manfredi, Recueil 2006, page I-6619.

onéreuses ; obligation disproportionnée par rapport au montant souvent relativement faible des dommages subis.

Il est également très important que ces lignes directrices soient établies au niveau communautaire, afin d'éviter les discriminations qui pourraient exister entre les victimes dans les différents Etats membres, si des méthodes différentes sont utilisées pour calculer le même dommage.

De plus, il serait légitime que les décisions prises par la Commission européenne dans le domaine de la concurrence comme celles qui sont prononcées par les autorités nationales de la concurrence contiennent une estimation des dommages causés aux victimes. Une telle mesure faciliterait d'une manière très effective le calcul du *quantum* des dommages.

2.6. Répercussion des surcoûts

L'UFC Que Choisir reconnaît l'utilité du principe de la répercussion des surcoûts dans la mesure où cela vient faciliter la possibilité pour les consommateurs finals d'engager une action en réparation et leur garantit une indemnisation juste.

L'UFC Que Choisir reconnaît aussi que le contrevenant ne doit pas payer deux fois. Pour plus de cohérence, l'auteur de l'infraction doit donc pouvoir invoquer comme moyen de défense, la « passing on defence » pour affirmer que son acheteur direct a répercuté sur ses clients, tout ou partie, des surcoûts illégaux en les intégrant dans ses prix et qu'il n'a ainsi pas subi de pertes.

En revanche, comme nous l'avons observé antérieurement, si le préjudice est indirect, cela entraîne des problèmes de preuve. L'acheteur indirect rencontrera beaucoup de difficultés pour avoir connaissance et accès aux preuves ainsi que pour établir le lien de causalité.

Il est donc logique que les règles de la charge de la preuve soient adaptées : la charge de la preuve doit peser sur le contrevenant.

Nous soutenons donc la proposition de la Commission consistant à renverser la charge de la preuve, au bénéfice des victimes indirectes. Ces dernières pourront ainsi se fonder sur la présomption que le surcoût illégal a été répercuté sur elles dans sa totalité, à charge pour les défendeurs d'apporter la preuve contraire.

2.7. Délais de prescription

Ces questions liées aux délais de prescriptions des actions en justice sont primordiales pour les consommateurs : le temps ne doit pas jouer en faveur des auteurs des infractions et la possibilité d'obtenir réparation ne doit pas, non plus, être éteinte pendant que l'action administrative est en cours.

Il est, en effet, essentiel pour les victimes d'infraction aux règles de concurrence de connaître avec exactitude la période pendant laquelle elles pourront engager une action en justice à l'encontre de leurs auteurs. Pour plus de sécurité juridique, les délais de prescription doivent donc être fixés d'une manière claire pour toutes les parties concernées.

L'UFC Que Choisir est favorable aux propositions faites par la Commission européenne qui prévoient que le délai de prescription ne commence pas, en cas d'infraction continue ou répétée à courir avant le jour où l'infraction prend fin; ni 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.

Il semble également cohérent de suspendre le délai de prescription pendant toute la durée de la procédure engagée par une autorité de concurrence.

Nous soutenons en conséquence la proposition de la Commission qui, pour les cas des actions en dédommagement qui feront suite à une décision d'une autorité de concurrence, ouvre un nouveau

délai de prescription de deux ans à compter du jour où la décision constatant l'infraction, sur laquelle le requérant s'appuie pour intenter une action, est devenue définitive.

2.8. Coûts des actions en dommages et intérêts

Les questions des coûts des actions en dommages et intérêts sont, là encore, cruciales pour les consommateurs.

L'UFC Que Choisir partage le constat fait par la Commission : les coûts afférents aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence peuvent se révéler être un réel frein à l'accès à la justice, ces actions étant souvent très complexes, longues et très onéreuses. De plus, dans la plupart des cas les victimes auront à intenter une action à l'encontre d'une partie ayant beaucoup plus de moyens financiers à sa disposition : un rééquilibrage doit être trouvé.

Il est donc important de mettre en place des mesures, liées à ces questions des coûts, visant à minimiser les coûts afin que ceux-ci ne soient pas un obstacle à l'introduction d'une action en réparation.

Par conséquent, nous sommes favorables à la proposition visant à encourager les Etats membres à 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 : l'idée de plafonner ces frais semble une piste à étudier.

L'UFC Que Choisir soutient surtout très fortement la proposition de la Commission visant à reconnaître au juge des pouvoirs « discrétionnaires » pour la répartition des coûts, permettant ainsi de déroger, dans certains cas, au principe que les dépens sont à la charge du perdant, en donnant la possibilité aux juridictions nationales de statuer sur la répartition des dépens, par ordonnance, idéalement au stade initial de la procédure.

Il est nécessaire pour les consommateurs, qui s'estiment lésés, de pouvoir « chiffrer » les risques financiers dès le début de la procédure et d'obtenir l'assurance qu'ils n'auront pas à supporter, s'ils sont déboutés, les frais exposés par les défendeurs.

Plus globalement, la question du financement des recours collectifs constitue la clé de voûte de la réalisation de l'objectif premier du Livre Blanc : la réparation intégrale des préjudices subis par les victimes de pratiques concurrentielles.

Or le Livre Blanc fait peser sur les Etats membres une obligation de mettre en place un système de financement des recours collectifs afin d'assurer un réel accès à la justice.

Un fonds, public ou privé, pourrait être créé pour assurer et gérer le financement, dans certains cas, des recours collectifs, en prenant en charge les frais de procédure, lorsque le ou les demandeurs n'en ont pas les moyens (frais de procédure, d'avocat, d'expertise...).

Ce fonds pourrait être constitué par le reliquat des dommages et intérêts qui n'auraient pas pu être alloués à toutes les victimes identifiables.

Le recours à des systèmes d'assurance visant à couvrir les coûts des actions, qui existent déjà dans certains Etats membres, devrait également être étendu à l'ensemble de l'Union européenne. Au Royaume-Uni par exemple, une compagnie d'assurance peut assurer les risques encourus par les plaignants qui portent une affaire devant les tribunaux.

Il est également nécessaire de permettre aux Associations de consommateurs, qui engageraient un recours collectif, de pouvoir récupérer auprès du défendeur, les frais générés.

Quant à la question des accords transactionnels, la proposition de la Commission, visant à encourager les Etats membres à élaborer des règles de procédure favorisant les accords transactionnels afin de réduire les coûts, ne nous satisfait pas.

Nous craignons que la favorisation des accords transactionnels dénature le principe de la réparation intégrale du préjudice subi. En effet, il y a un risque de non indemnisation totale du dommage, puisque les entreprises auraient par exemple la possibilité d'échapper à la divulgation des preuves et trouveraient ainsi une « porte de sortie » trop honorable, tout en gardant une partie des gains illicitement acquis.

Il est cependant clair qu'il ne faut pas totalement exclure cette possibilité d'aboutir à une transaction, si, et seulement si, des recours collectifs efficaces sont réellement mis en place et, dans ce cas, il ne faut absolument pas que cela soit un préalable obligatoire à toute action en justice.

Le délai de prescription devra être suspendu pendant toute la durée où les parties tentent de rechercher un accord.

De plus, l'accord transactionnel ainsi obtenu devra être contrôlé et entériné par un juge.

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

L'UFC Que Choisir comprend la nécessité, pour la Commission européenne ou les autorités nationales de concurrence, de garantir l'attractivité des programmes de clémence pour favoriser l'application du droit de la concurrence au sein de l'UE.

La question de l'interaction entre les procédures de clémence (dans la sphère publique) et l'action en réparation (dans la sphère privée) soulève la problématique de la difficile conciliation de l'efficacité du programme de clémence avec le maintien de la protection adéquate du droit de la victime d'obtenir une juste indemnisation.

Si l'UFC Que Choisir accepte que les bénéficiaires d'un programme de clémence puissent se voir octroyer une immunité totale ou partielle dans le cadre du prononcé de l'amende administrative, nous ne pouvons accepter que leurs responsabilités civiles soient limitées dans le cadre d'action privée en réparation !

Selon nous, cette proposition va à l'encontre de l'objectif premier du Livre Blanc, qui est de permettre l'indemnisation intégrale des victimes. Une telle proposition de limitation de la responsabilité de certains ne peut être acceptable que si les autres contrevenants sont tenus d'indemniser « solidairement » la totalité du préjudice.

Quant à la question de la protection des déclarations effectuées par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence, l'UFC Que Choisir n'est pas favorable à la proposition de la Commission visant à exclure de manière systématique toutes les déclarations d'entreprises soumises par tout demandeur de clémence, que cette demande ait été ou non acceptée : cette exception nous semble beaucoup trop large. A titre d'exemple, il n'y a aucune raison objective à accorder une telle exception à une entreprise qui a demandé à bénéficier de la clémence et à laquelle cela a été refusé.

De plus, que faire si les seules preuves pertinentes résident dans ces déclarations ?

Il conviendrait de laisser le juge saisi d'une action en réparation de décider, au cas par cas, du bien fondé de la communication de telle ou telle information et, de sa pertinence pour la solution du litige.

3. Autres questions

Question soulevée par le Droit international privé : Juridiction compétente et loi applicable

Le document de travail accompagnant le livre Blanc ne fait qu'effleurer ces problèmes d'attribution de juridiction ou de conflit de lois. Les instruments communautaires traitants de ces questions (Règlements « Bruxelles I », « Rome I » ou encore « Rome II » par exemple) ne couvrent pas tous les cas de conflits de lois ou de juridictions envisageables en matière d'action en réparation du préjudice subi du fait de pratiques anticoncurrentielles.

Ces questions étant très complexes, il serait utile de fixer des règles communautaires « simplifiées », ou une règle unique, d'attribution de juridiction et de détermination de la loi applicable. Ces règles faciliteraient les recours collectifs envisagés dans le cadre de ce Livre Blanc, notamment, afin

d'atteindre l'objectif premier du Livre Blanc qui est de permettre l'indemnisation intégrale des victimes.

Une solution simple serait de laisser le choix à la victime ou à ses représentants : ils pourraient ainsi saisir le tribunal de leur choix. Cette règle communautaire serait accompagnée par l'application dans tous les cas de la *lex fori*.

Question relative aux honoraires d'avocat :

Si l'UFC Que Choisir est opposée à la possibilité, dans le cadre de recours collectif en réparation du préjudice subi du fait de pratiques anticoncurrentielles, de voir accorder des honoraires d'avocat fondés sur le principe des « contingency fees », nous pensons qu'il conviendrait d'aborder la problématique des « success fees ».

Ce principe d'honoraires, est très différent de celui des « contingency fees » puisque les avocats ne « se font pas payer » sur l'indemnisation obtenue, indemnisation qui doit être intégralement versée aux victimes, conformément au principe posé par le Livre Blanc. Les avocats des victimes requérantes pourraient, comme cela existe déjà au Royaume-Uni, recouvrer leurs honoraires auprès des défendeurs perdants.

Dans tous les cas, pour éviter toute dérive possible, la fixation du montant des honoraires pourraient être contrôlée par le juge.

Problématique de la « publicité » des actions collectives :

Comme cela a déjà été évoqué plus haut (voir point 2.1, notamment), une des problématiques fondamentales pour les Associations françaises de consommateurs est la question liée à la possibilité de rendre publique toute action collective engagée ou à engager, de pouvoir communiquer sur ces actions vers l'ensemble des consommateurs, sans tomber sous le coup de l'interdiction du « démarchage juridique » qui existe actuellement, en droit français en tout cas.

Il nous semble cohérent de vouloir mettre en place un mécanisme efficace afin de permettre l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles et, de prévoir corollairement au niveau européen, un mécanisme adéquat pour informer les victimes potentielles de l'éventuelle possibilité pour elles d'obtenir une juste réparation par le biais d'une action collective.

Une telle communication devrait être autorisée, par voie de presse ou via internet notamment.