

Objet : Projet de loi n°6968 relatif à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. (4609SMI)

*Saisine : Ministre de l'Economie
(8 mars 2016)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis a pour objet de transposer en droit national la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les violations aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne (ci-après la « Directive 2014/104/UE »).

Considérations générales

A l'heure actuelle, la réparation d'un dommage découlant d'une pratique anticoncurrentielle est en théorie possible sur base du droit commun de la responsabilité, mais particulièrement rare en pratique en raison de la complexité des procédures nationales et de la difficulté pour les demandeurs de rapporter la preuve de leur préjudice.

Dans son Livre blanc de 2008¹, la Commission européenne estimait ainsi que le montant des dommages et intérêts dont étaient privées les victimes de pratiques anticoncurrentielles s'élevait à plusieurs milliards d'euros.

L'objectif de la Directive 2014/104/UE, qui doit être transposée pour le 27 décembre 2016, est donc d'instaurer un ensemble de règles communes aux Etats membres pour les actions en responsabilité fondées sur une pratique anticoncurrentielle afin de faciliter ces actions et d'inciter ainsi les victimes de telles pratiques à faire valoir leurs droits à réparation.

L'amélioration des conditions de réparation des victimes a également pour objectif indirect de produire des effets bénéfiques sur le respect des règles de concurrence par les acteurs économiques en renforçant l'effectivité et l'efficacité de la régulation du marché par les actions privées.

La Chambre de Commerce approuve ces objectifs, alors que le maintien d'une concurrence non faussée au sein du marché intérieur contribue à une meilleure allocation des ressources, à une plus grande efficacité économique, à une innovation accrue et au maintien de prix plus bas.

Le projet de loi sous avis, qui procède dans l'ensemble² à une transposition fidèle de la Directive 2014/104/UE, contient donc un certain nombre de mesures visant à faciliter

¹ Livre blanc de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, point 1.1.

l'exercice des actions en réparation des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence.

Ces nouvelles mesures, spécifiquement dédiées aux actions en dommages et intérêts fondées sur des violations du droit de la concurrence, concernent notamment la détermination de la responsabilité des auteurs d'une telle infraction, l'évaluation du préjudice subi par la victime, l'administration de la preuve ou bien encore les possibilités d'exonération ou les moyens de défense que pourra invoquer le défendeur.

I) L'instauration d'une présomption d'existence du préjudice en cas d'entente

L'article 3 du projet de loi sous avis reprend la présomption posée par la Directive 2014/104/UE³ en introduisant une présomption réfragable selon laquelle les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice.

Ladite disposition tient compte de la nature secrète des ententes qui accroît encore l'asymétrie d'information et rend plus difficile pour les demandeurs l'obtention de preuves nécessaires à la démonstration de l'existence d'un préjudice. Cette disposition opère donc un renversement de la charge de la preuve en obligeant les entreprises faisant l'objet d'une demande en réparation des dommages causés par une entente à rapporter la preuve de l'absence de préjudice.

Le défendeur pourra néanmoins toujours renverser cette présomption et utiliser les éléments à sa disposition pour prouver que l'entente n'a causé aucun préjudice.

II) Les innovations en matière de production de preuves

L'un des obstacles majeurs au développement des actions en réparation pour les violations aux dispositions du droit de la concurrence résulte du fait que les preuves pertinentes dont un demandeur a besoin pour démontrer le bien-fondé de sa demande en dommages et intérêts sont en général détenues par le défendeur lui-même ou par un tiers.

Le juge saisi d'une demande en réparation pour les violations aux dispositions du droit de la concurrence pourra, sur base des dispositions actuelles du Nouveau code de procédure civile, solliciter la communication de pièces.

En matière de concurrence, la question de la confidentialité des pièces est un élément très souvent discuté, les données dont le demandeur pourrait avoir besoin pour justifier sa demande relevant bien souvent du secret des affaires, voire du secret professionnel.

Afin de préserver les intérêts des professionnels, le projet de loi sous avis prévoit en son article 4, la possibilité pour les personnes à qui une demande de production de preuves est adressée par le juge d'être entendues par ce dernier en vue d'établir le caractère confidentiel de l'information sollicitée. Sur base de cette demande, le juge pourra appliquer

² Cf. commentaires au point IV) du présent avis relatifs à l'article 8 du projet de loi sous avis.

³ Article 17 paragraphe 2 de la Directive 2014/104/UE.

les mesures qu'il estimera utiles pour préserver les informations considérées comme étant confidentielles telles que la suppression des passages sensibles dans les documents, ou la tenue d'audiences à huis clos.

La Chambre de Commerce regrette l'absence de précisions supplémentaires dans le projet de loi sous avis quant à la tenue des débats suite à une telle demande alors qu'il n'est aucunement précisé si ces débats seront contradictoires et, plus important encore, si ces débats auront lieu à huis clos.

La Chambre de Commerce insiste en effet pour que la tenue des débats relatifs au caractère confidentiel de certaines informations soit effectuée, tant en première instance qu'en instance d'appel, à huis clos.

En outre, l'article 5 du projet de loi sous avis permettra également au juge de solliciter sous certaines conditions⁴ la production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence.

Il est encore à noter, avec satisfaction, que les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ainsi que les propositions de transaction ne peuvent à aucun moment être sollicitées à titre de preuve et sont expressément déclarées irrecevables dans le cadre d'actions en dommages et intérêts, ce qui permettra de ne pas dissuader les entreprises de coopérer avec les autorités de concurrence.

III) La reconnaissance des décisions des autorités de concurrence

L'article 7 du projet de loi sous avis prévoit, conformément aux dispositions de la Directive 2014/104/UE, que les décisions du Conseil de la concurrence pour lesquelles les voies de recours sont épuisées ou expirées, et constatant une violation du droit de la concurrence, seront à considérer comme preuves irréfragables de l'existence d'une faute par les juges saisis d'une demande de dommages et intérêts.

Les décisions émanant d'autorités de la concurrence d'autres Etats membres seront quant à elles considérées en tant qu'élément de preuve *prima facie* de l'existence d'une violation du droit de la concurrence.

La Chambre de Commerce se félicite que les auteurs du présent projet de loi s'en soient tenus au principe « *toute la directive rien que la directive* », en n'allant pas au-delà des prescriptions requises par la Directive 2014/104/UE.

La Chambre de Commerce regrette néanmoins que la Directive 2014/104/UE, en prévoyant en son article 9 que « *les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'une décision définitive visée au paragraphe 1 est prise dans un autre Etat membre, cette décision finale puisse, conformément au droit national, être représentée devant leurs juridictions nationales au moins en tant que preuve prima facie du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise...* », ait ainsi laissé une marge d'appréciation aux Etats membres quant à la valeur probante à accorder aux décisions émanant des autorités nationales de concurrence des autres Etats membres.

⁴ Article 5 paragraphes 1 et 2 du projet de loi.

Dans un souci de sécurité juridique, et pour éviter toute éventuelle contrariété de jugement au sein de l'Union européenne, la Chambre de Commerce estime en effet qu'il aurait été préférable d'accorder le même effet probatoire aux décisions émanant de l'autorité nationale de concurrence ainsi qu'aux décisions émanant des autorités nationales de concurrence des autres Etats membres.

IV) La responsabilité solidaire des coauteurs d'une violation du droit de la concurrence

La Directive 2014/104/UE pose en son article 3 le droit à une réparation intégrale de son préjudice pour la victime. Elle prévoit également à cet effet que les entreprises ayant enfreint le droit de la concurrence seront solidairement responsables du préjudice causé par l'infraction qu'elles auront commise.

Ainsi, chaque entreprise sera en principe tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité et la partie lésée aura le droit d'exiger de chacune d'elles la réparation intégrale de son préjudice, jusqu'à sa totale indemnisation.

La Chambre de Commerce regrette que ce principe de responsabilité solidaire ne soit pas clairement repris dans le projet de loi sous avis et rappelle qu'il est de principe en matière civile que la solidarité entre débiteurs ne se présume pas de sorte qu'elle ne peut résulter que de la loi ou d'une stipulation contractuelle⁵.

Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce suggère donc que le principe de la responsabilité solidaire entre coauteurs prévu à l'article 11 de la Directive 2014/104/UE soit expressément intégré dans le projet de loi sous avis.

Par conséquent, sur base du libellé de l'article 11 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE, la Chambre de Commerce propose que soit inséré un nouveau paragraphe 1^{er} à l'article 8 du projet de loi sous avis rédigé comme suit: « **Les entreprises ayant enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint sont solidairement responsables du préjudice causé aux tiers par l'infraction au droit de la concurrence** ».

Des dérogations à ce principe de solidarité entre coauteurs sont cependant prévues pour les PME au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission⁶, lorsque la part de marché de la PME sur le marché concerné est inférieure à 5% et lorsque l'application des règles habituelles de la responsabilité solidaire compromettrait irrémédiablement la viabilité économique de l'entreprise concernée et ferait perdre toute valeur à ses actifs. En pareille hypothèse, la PME ne sera alors tenue responsable qu'à l'égard de ses propres acheteurs ou fournisseurs directs et indirects.

⁵ Article 1202 du Code civil.

⁶ Aux termes de l'article 2 de l'annexe I à la Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, « la catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros. Dans la catégorie des PME, une micro-entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros ».

La Directive 2014/104/UE, soucieuse de préserver l'intérêt pour les entreprises de solliciter le bénéfice des programmes de clémence, a également prévu des dérogations au principe de solidarité pour les entreprises bénéficiaires d'une immunité⁷, en prévoyant que ces entreprises ne seront solidairement responsables qu'à l'égard de certaines catégories de victimes.

Ainsi, de telles entreprises seront uniquement déclarées solidairement responsables du préjudice subi (i) à l'égard de leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects, et (ii) à l'égard d'autres parties lésées uniquement lorsqu'une réparation intégrale ne peut être obtenue auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction au droit de la concurrence.

Ce choix s'explique par la volonté du législateur européen de protéger les entreprises qui coopèrent avec les autorités de concurrence contre une exposition injustifiée aux demandes de dommages et intérêts. Ces entreprises jouent en effet un rôle essentiel dans la révélation des violations commises sous la forme d'ententes secrètes et dans la cessation de ces violations, et permettent ainsi souvent d'atténuer le préjudice qui aurait pu être causé si la violation s'était poursuivie.

La Chambre de Commerce relève cependant que le libellé de l'article 8 (3) du projet de loi sous avis ne fait pas clairement ressortir ce principe et pourrait être sujet à diverses interprétations.

Dans le souci d'une bonne transposition de la Directive 2014/104/UE et de renforcement de la sécurité juridique, la Chambre de Commerce propose ainsi de modifier le libellé dudit paragraphe comme suit :

« Par dérogation au paragraphe 1^{er} du présent article⁸, les bénéficiaires d'une immunité ne seront solidairement responsables :

- a) *qu'à l'égard de leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects, et*
- b) *à l'égard d'autres parties lésées uniquement lorsqu'une réparation intégrale ne peut être obtenue auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction au droit de la concurrence. »*

V) Le moyen de défense de la répercussion du surcoût

Afin d'éviter toute réparation excessive, le projet de loi sous avis prévoit la faculté pour le défendeur à une action en dommages et intérêts, d'alléguer du fait que le surcoût engendré par la violation du droit de la concurrence commise a été répercuté par le demandeur sur ses acheteurs ou fournisseurs.

La consécration de ce moyen de défense par le Directive 2014/104/UE part du postulat selon lequel tout acteur de la chaîne de distribution d'un produit aura nécessairement comme réflexe de répercuter tout ou partie du préjudice subi sur ses

⁷ Article 11 de la Directive 2014/104/UE.

⁸ N.B. tel que découlant de la proposition formulée ci-dessus par la Chambre de Commerce.

propres clients. La perte ainsi répercutée ne constitue dès lors plus un préjudice pour lequel l'acteur économique concerné pourra demander une indemnisation.

En effet, dans le cas contraire, l'acteur économique pourrait se trouver doublement indemnisé pour son préjudice, ce qui serait contraire au principe d'une réparation intégrale, visant à limiter la réparation accordée à la victime au seul préjudice réellement subi, voulu par la Directive 2014/104/UE.

Le défendeur à une action en dommages et intérêts pourra donc invoquer le moyen de la répercussion du surcoût par le demandeur afin de diminuer en tout ou en partie le préjudice subi par le demandeur. La charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombera au défendeur qui pourra raisonnablement exiger la production d'informations par le demandeur ou par des tiers

VI) La promotion du règlement consensuel des litiges

La Directive 2014/104/UE a également pour objectif de favoriser le règlement consensuel des litiges dans le cadre des actions en dommages et intérêts intentées par les victimes d'infraction au droit de la concurrence.

Afin d'inciter les parties à se mettre d'accord sur la réparation du préjudice causé par une violation du droit de la concurrence, le projet de loi sous avis prévoit notamment une suspension des délais de prescription pendant la durée de la procédure de règlement consensuel du litige.

Les effets d'accords éventuellement trouvés dans le cadre de procédures de règlement consensuel des litiges sont également réglés par le projet de loi sous avis. En effet, de tels accords peuvent avoir des effets vis-à-vis des coauteurs de l'infraction qui ne seraient pas partie à cet accord.

Le projet de loi sous avis prévoit ainsi que :

- (i) le montant de la demande de la partie lésée à l'encontre des coauteurs devra être diminué du montant de l'indemnisation déjà payée par l'auteur de la violation partie au règlement consensuel,
- (ii) tout reliquat de la demande de la victime partie au règlement consensuel ne peut être réclamé qu'à l'encontre des coauteurs de l'infraction n'étant pas parties au règlement consensuel. Toute action récursoire des coauteurs contre le coauteur partie au règlement consensuel est également exclue.

Il est à noter qu'afin de garantir le droit de la victime à une réparation intégrale, les coauteurs parties à un règlement consensuel peuvent toutefois être tenus de verser des dommages et intérêts à la partie lésée lorsque c'est le seul moyen pour celle-ci d'obtenir réparation pour le reliquat de la demande incombant normalement aux coauteurs non parties au règlement consensuel.

Afin de sécuriser l'entreprise partie à un règlement consensuel et de préserver l'intérêt pour elle de conclure un tel accord, il est cependant prévu que l'accord de règlement consensuel pourra contenir une renonciation de la victime à ce droit.

La Chambre de Commerce, qui s'investit depuis longtemps dans la promotion du règlement extrajudiciaire des litiges par le biais de son Centre d'Arbitrage et du Centre de Médiation Civile et Commerciale ne peut que saluer de telles dispositions renforçant l'attrait des procédures de règlement consensuel des litiges.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous rubrique sous réserve de la prise en compte de ses observations.

SMI/DJI