

Transposition de la Directive 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats Membres et de l'Union européenne

Avis du Conseil de la concurrence

N°2016-AV-05

(1/6/2016)

Contexte général

Suite à la saisine du 7 mars 2016 par l'intermédiaire de M. le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Economie et conformément à l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») rend l'avis suivant à propos du projet de loi relatif à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Ledit projet de loi transpose la Directive 2014/104/UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats Membres et de l'Union européenne (ci-après la « Directive »). Le Conseil a été associé aux travaux de rédaction de la proposition de directive par l'intermédiaire de la délégation luxembourgeoise auprès du groupe de travail « compétitivité » du Conseil de l'Union européenne ainsi qu'à la rédaction du projet de loi sous avis.

Commentaires du projet

A. Sur les opportunités ressortissant du projet de loi sous avis qui transpose la Directive 2014/104/UE

Abondamment auscultée au stade des travaux préparatoires, la Directive a été publiée au *Journal Officiel de l'Union Européenne* (« JOUE ») le 5 décembre 2014. Avec elle, le droit à la réparation pour toute infraction au droit de la concurrence entre dans une nouvelle ère, le législateur européen ayant voulu harmoniser, faciliter et doper la sphère privée du droit à réparation comme moyen complémentaire de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Ainsi, le projet de loi sous avis¹ reconnaît notamment un droit à la réparation intégrale, c'est-à-dire du dommage réel, du manque à gagner et du paiement d'intérêts, aux victimes (directes et indirectes) des infractions aux dispositions 101 et 102 du TFUE et/ou aux dispositions du droit national de la concurrence, et, en l'espèce, aux articles 3 et ou 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Ce droit à la réparation intégrale, que l'on retrouve aussi dans le droit commun luxembourgeois de la responsabilité civile, est ouvert aux consommateurs, aux entreprises et aux autorités publiques qui se considèrent lésés par des telles infractions.

En plus d'un droit à la réparation intégrale qui doit être garanti aux victimes (directes et indirectes) d'une pratique anticoncurrentielle, le projet de loi sous avis apporte d'autres éclaircissements importants au droit luxembourgeois.

L'accès aux preuves pour la victime

En premier lieu, le projet de loi sous avis dispose que chaque victime a accès aux preuves dont elle a besoin pour prouver le bien-fondé de son action en dommages et intérêts². A cet égard, le Conseil fait observer que la Directive définit des règles minimales relatives à la communication des preuves en posant un cadre strict à leur divulgation, tout en laissant les Etats membres libres de fixer des règles plus strictes. Dans ce contexte, le vrai défi de la Directive était celui d'instaurer un équilibre entre d'une part, l'accès facilité aux preuves pour les victimes d'une pratique anticoncurrentielle et, d'autre part, la protection des intérêts des entreprises notamment concernant la protection d'informations confidentielles. La divulgation des preuves est donc soumise à des exigences strictes, à savoir un contrôle rigoureux du juge national en ce qui concerne leur utilité et leur proportionnalité, ce que le projet de loi a bien repris dans son commentaire à l'article 5

¹ Voir, en l'espèce, l'article 2 du projet qui transpose l'article 2 de la Directive, intitulé « *définitions* ».

² Voir, en l'espèce, l'article 5 du projet qui transpose l'article 5 de la Directive, intitulé « *production des preuves* ».

du projet³. En plus, cette disposition précise que, pour les besoins d'une action en dommage et intérêts pour violation du droit de la concurrence, le juge national peut enjoindre les défendeurs ou les tiers à divulguer les preuves qu'ils détiennent. Néanmoins, cette divulgation n'est pas sans conditions, la partie l'ayant sollicitée devant prouver la pertinence des preuves pour étayer sa demande ou sa défense et identifier des éléments ou des catégories de preuves. C'est notamment à celle-ci de présenter une requête dans laquelle elle prouve que des pièces détenues par le défendeur en production de preuve seront décisives pour mener à bien sa demande en dommages et intérêts. Cela demande une circonscription « ...aussi précise et étroite que possible » de la demande de production de pièces de sa part, soumise par la suite à un contrôle juridictionnel « *strict et pointu* ».⁴

En revanche, l'article 6, 1^{er} alinéa, du projet de loi sous avis⁵ prévoit des exceptions à la divulgation de certaines preuves ou informations figurant dans les dossiers des autorités nationales de concurrence (ci-après les « ANC »). Ainsi, les déclarations effectuées par les entreprises afin d'obtenir la clémence et les propositions de transaction ne sont en aucun cas à divulguer afin de ne pas porter atteinte aux procédures nationales alternatives devant les ANC comme, par exemple, les programmes de clémence.

Il s'ensuit que le Conseil partage la conclusion reprise dans le projet de loi sous avis, concernant l'accès aux preuves pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, il faut favoriser la victime dans son accès aux preuves, tout en évitant qu'une divulgation excessive desdites preuves puisse menacer certaines procédures négociées des ANC, comme, par exemple, les programmes nationaux de clémence.

La responsabilité solidaire des entreprises

En deuxième lieu, le projet de loi sous avis prévoit une autre mesure en faveur des victimes : la responsabilité solidaire des entreprises contrevenantes au droit de la concurrence. De ce fait, chacune des entreprises sera tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité et la partie lésée pourra exiger la réparation intégrale de ce préjudice à chacune d'elles, jusqu'à ce qu'elle ait été totalement indemnisée⁶. Cela étant, chaque entreprise pourra exercer une action récursoire contre les autres entreprises dans l'hypothèse où elle paierait plus que la partie qui lui incombe. Toutefois, une telle règle pourrait produire de lourdes conséquences pour les entreprises financièrement les plus

³ Voir, en l'espèce, le commentaire audit article 5 repris à la p. 18 du projet de loi sous avis.

⁴ Voir, en l'espèce, l'article 4 du projet de loi sous avis et son commentaire – pp. 16 et 17 dudit projet, ainsi que le titre III de l'exposé des motifs, intitulé « *production des preuves* » qui transposent l'article 5 de la Directive.

⁵ Cette disposition transpose l'article 7, 1^{er} alinéa, de la Directive, intitulé « *limites à l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence* ».

⁶ Voir, en l'espèce, l'article 8 du projet de loi sous avis et son commentaire – pp. 19 et 20 dudit projet, ainsi que le chapitre IV de l'exposé des motifs – p.5 dudit projet, intitulé « *Effet des décisions nationales, délais de prescription et responsabilité solidaire* » qui transposent l'article 11 de la Directive, intitulé « *responsabilité solidaire* ».

attrayantes car, en vertu d'une telle règle, la victime pourra choisir de se tourner vers l'entreprise la plus solvable pour le paiement intégral des dommages et intérêts. En effet, il serait logique pour celle-ci de se tourner vers l'entreprise qui dispose de la plus grande capacité financière, indépendamment de sa part de responsabilité dans le préjudice qu'elle a causé. Une telle règle devra donc avoir pour pendant une action récursoire efficace afin que la survie des entreprises ne soit pas menacée. Le Conseil partage donc la conclusion retenue dans le projet de loi sous avis sur la « *responsabilité solidaire des entreprises* ».

Les décisions des ANC

En troisième lieu, le projet de loi sous avis fait une distinction entre les décisions définitives du Conseil qui constituent une preuve *irréfragable* aux fins d'une action en réparation devant les juridictions nationales et celles des autres ANC qui constituent une simple preuve *prima facie* d'une infraction au droit de la concurrence⁷. En d'autres termes, le projet de loi sous avis pose le principe selon lequel les juridictions nationales sont liées par les décisions rendues par le Conseil ou les autres ANC, mais à des degrés différents. La constatation d'une infraction par une décision définitive du Conseil ou d'une autre ANC doit donc être considérée comme établie en vue d'une action en réparation devant les juridictions nationales, ce qui permettra *in fine* aux victimes d'engager plus facilement des actions en dommages et intérêts grâce à un allègement de la charge de la preuve. Ainsi, ce type d'action permettra aux victimes d'introduire une demande d'indemnisation en se basant sur ce qui a été décidé antérieurement par le Conseil ou les autres ANC. Grâce à ce système, l'action civile aura donc plus de chance d'aboutir à un succès. Le Conseil partage bien cette solution, mais souligne le fait que dorénavant les juridictions civiles luxembourgeoises seront amenées à traiter « *différemment* » les décisions définitives du Conseil que celles des autres NCA, ce qui pourra sérieusement porter atteinte à une correcte et uniforme application du droit de la concurrence dans l'Union européenne.

La répercussion des surcoûts et la pratique du « passing on defense »

En quatrième lieu, le projet de loi sous avis traite de la question sensible de la répercussion des surcoûts et du « *passing on defense* » et cela afin notamment d'instaurer une action civile plus juste⁸. La première question concerne l'hypothèse où la victime directe d'une pratique anticoncurrentielle aurait répercuté en tout ou partie des surcoûts sur ses propres clients (acheteurs indirects). Dans cette optique, le projet de loi sous avis

⁷ Voir, en l'espèce, l'article 7 du projet de loi sous avis et son commentaire – p. 19 ainsi que le chapitre IV de l'exposé des motifs – p.5 dudit projet qui transpose l'article 9 de la Directive, intitulé « *effets des décisions nationales* ».

⁸ Voir, en l'espèce, le chapitre V de l'exposé des motifs du projet de loi sous avis, intitulé « *la répercussion du surcoût* ».

admet la pratique du « *passing on defense* » par laquelle l'entreprise contrevenante pourra opposer à la victime directe la répercussion de ces surcoûts qu'il a fait supporter à sa propre clientèle (acheteurs indirects)⁹. Ainsi, le « *passing on* » se révèle être un mécanisme efficace contre l'enrichissement sans cause des victimes directes. Le projet de loi sous avis permet également d'éviter que ces dernières soient dédommagées d'un préjudice qu'elles n'ont pas subi et que l'entreprise contrevenante soit condamnée à une indemnisation injustifiée. Une fois de plus, le Conseil se rallie à la solution retenue dans le projet de loi sous avis concernant la répercussion des surcoûts et la pratique du « *passing on defense* ».

Règlement consensuel des litiges

En cinquième lieu, le projet de loi sous avis prévoit la réparation du préjudice des victimes grâce à un règlement consensuel extrajudiciaire entre parties qui ne met pas en danger la possibilité pour lesdites parties d'introduire une action en justice en cas d'échec¹⁰. Le Conseil partage cette solution.

Le délai de prescription

En sixième et dernier lieu, le projet de loi sous avis dispose que ce sont les délais de droit commun qui s'appliquent aux victimes pour intenter leur action en réparation et cela en application des principes d'équivalence et d'effectivité. Le projet sous avis spécifie également que tout délai peut être interrompu par tout acte d'une ACN¹¹. Sur ces délais, le Conseil n'a aucune observation à faire et partage donc la solution retenue par les auteurs du projet de loi sous avis.

B. Sur les défis ressortissants du projet de loi sous avis qui transpose la Directive

En revanche, le projet de loi sous avis et, avant tout, la Directive avec son panel de mesures en faveur de la réparation efficiente du préjudice subi par la victime d'une pratique anticoncurrentielle, aurait pu mettre à mal les procédures alternatives ou négociées des ACN et, en particulier, les programmes nationaux de clémence. En effet, les entreprises qui ont adhéré aux programmes nationaux de clémence pourraient se trouver dans la situation paradoxale de voir certaines informations sensibles qui les concernent dévoilées, ce qui pourrait aggraver leur situation au civil. Par la même, le *public enforcement* des ANC pourrait en être affecté dans la mesure où l'attractivité des

⁹ Voir, en l'espèce, l'article 10 du projet de loi sous avis et son commentaire qui transposent l'article 14 de la Directive, intitulé « *acheteurs indirectes* ».

¹⁰ Voir, en l'espèce, l'article 13 du projet de loi sous avis et son commentaire – pp. 22 et 23, ainsi que le chapitre VII de l'exposé des motifs dudit projet – pp. 6 et 7, intitulé « *règlement consensuel des litiges* », qui transposent les articles 18 et 19 de la Directive consacrés au règlement consensuel des litiges.

¹¹ Voir, en l'espèce, l'article 15 du projet de loi et son commentaire qui transposent l'article 10 de la Directive, intitulé « *délais de prescription* ».

programmes nationaux de clémence pourrait se voir amoindrie à cause de la crainte des entreprises de voir certaines informations sensibles qui les concernent dévoilées.

Le projet de loi sous avis fait référence à une méthode pour la quantification du préjudice¹² qui s'appuie sur un guide pratique cité dans la Directive et dont l'objet consiste à mettre à la disposition des juges et des parties aux actions en dommages et intérêts des éléments de nature économique et pratique susceptibles de les aider dans la quantification.

Toutefois, ce guide est difficile à appliquer, ce qui rend la quantification du préjudice particulièrement lourde aux juridictions civiles.

C. Sur l'absence d'une action collective en réparation

Le Conseil regrette cependant que le gouvernement n'ait pas saisi l'occasion d'introduire par le biais du présent projet de loi l'action collective en réparation alors que la proposition de directive de 2013 était pourtant accompagnée de la Recommandation 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union européenne. Malgré l'annonce dans le programme gouvernemental d'étudier la question (page 11 v° Justice) et de charger le Ministre du ressort de la mission « *d'introduire l'action en réparation collective (action de groupe) suivant la recommandation de la Commission* » (page 105), le Conseil n'a pas connaissance d'une quelconque initiative du gouvernement dans ce domaine. Cela est d'autant plus regrettable que c'est surtout en matière de violations des règles de concurrence que cette réparation collective donne tout son sens. Comme l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs l'a fort bien relevé dans son avis sur le présent projet, cet instrument aurait pu porter ses fruits dans deux affaires à propos desquelles le Conseil avait prononcé des amendes dans le secteur de la télédiffusion et sur le marché des assurances. Le principal problème de la réparation réside en ce que, comme l'a expliqué M. Joaquim Almunia, alors vice-président de la Commission chargé de concurrence, l'action des citoyens et des entreprises, particulièrement des PME, est limitée par des obstacles de coût et de temps. Alors que les conséquences dommageables d'un cartel peuvent être d'une ampleur exceptionnelle, le préjudice causé à un individu particulier est en revanche, dans la plupart des cas, inférieurs aux coûts inhérents à la procédure judiciaire. L'introduction d'actions collectives devant les juridictions nationales pourrait permettre de rendre ces recours plus efficaces, en groupant les personnes lésées par une même pratique illicite. L'effet escompté est de rendre accessible le recours en

¹²Voir, en l'espèce, l'article 3 du projet de loi et son commentaire ainsi que le chapitre VI de l'exposé des motifs dudit projet, intitulé « *quantification du préjudice* » qui transposent l'article 17 de la Directive, intitulé « *quantification du préjudice* ».

dommages et intérêts, y compris pour les particuliers et les petites et moyennes entreprises.

L'idée consiste, globalement, à promouvoir le *private enforcement* au niveau collectif. Selon les propos de M. Alexander Italianer, ancien directeur de la DG Concurrence de la Commission européenne¹³, la perspective selon laquelle conférer un plus vaste champ aux procédures de *private enforcement* se ferait forcément au détriment de celles, aujourd'hui largement majoritaires, de *public enforcement* est erronée. Bien au contraire, les deux constituent des outils complémentaires afin de faire appliquer le droit de la concurrence. Selon la Commissaire chargée de la Justice à l'époque, «*cette recommandation procède d'une démarche équilibrée en vue d'offrir aux citoyens un meilleur accès à la justice tout en évitant un système d'actions de groupe selon le modèle américain et le risque de demandes fantaisistes et de procédures judiciaires abusives*». L'idée même de *private enforcement* est certes directement inspirée du droit américain avec ses caractéristiques *class actions*, à juste titre critiquées comme symbole des excès de la «*judiciarisation*» d'une société. Beaucoup craignent, en effet, que les procédures de recours collectifs soient exploitées de manière abusive.

Pour apaiser ces craintes, les grands principes posés par la recommandation de la Commission tentent de limiter les abus en posant des règles précises concernant la qualité à agir. En outre, le principe du consentement exprès («*opt-in*») permet aux demandeurs de ne pas être automatiquement intégrés à un recours, au seul motif qu'ils ont été lésés par la pratique en cause. Enfin, la Commission recommande de prévoir de solides garanties procédurales, par exemple en n'autorisant pas les honoraires de résultat ou en interdisant les dommages et intérêts à caractère punitif. Elle préconise également le recours à des modes alternatifs de résolution des conflits.

Dans l'Union européenne, les procédures d'action collective ont été instaurées dans la plupart des Etats membres. En France, la loi relative à la consommation, dite loi Hamon, du 17 mars 2014¹⁴, consacre son article premier à l'action de groupe. Plus encore, elle introduit ce système en droit français de la consommation, répondant en partie aux recommandations de la Commission. Elle prévoit que les plaintes des consommateurs victimes d'un manquement commis par un même professionnel peuvent être fusionnées en une seule action collective. Le dispositif est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014. Cette action collective à la française se divise en deux phases. La première consiste en un jugement sur le principe de la responsabilité de l'entreprise, sans nécessité d'avoir recours

¹³ Alexander Italianer, 5th International Competition Conference, 17 février 2012, Bruxelles.

¹⁴ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 dite « loi Hamon », JORF n°0065 du 18 mars 2014 page 5400.

à un mandat de plusieurs consommateurs. Sont visés, notamment, les préjudices découlant de pratiques anticoncurrentielles dont les manquements sont réputés établis après une décision définitive d'une autorité de concurrence. Après quoi, le juge définit les grands groupes de consommateurs lésés avant qu'une procédure d' « *opt-in* » ait lieu. Lors de la deuxième phase a lieu l'indemnisation, à proprement parler, du consommateur lésé, directement ou par l'intermédiaire de l'association qui a introduit le recours.

Un dispositif similaire a récemment été introduit en droit belge, par la loi du 28 mars 2014. De la protection de la concurrence à la protection de la vie privée, c'est l'ensemble des règles relatives à la protection du consommateur qui est, ici également, concerné. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2014.

Conclusion

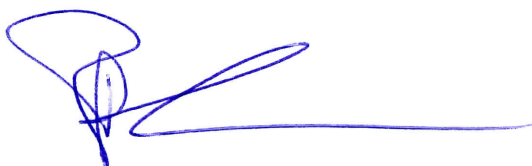
Le Conseil rappelle qu'aujourd'hui seule une infime partie des victimes de pratiques anticoncurrentielles parviennent à obtenir réparation du préjudice subi. Les raisons de cette difficulté sont multiples :

- a) une priorité donnée dans le marché intérieur au *public enforcement* privilégiant les sanctions administratives sur le *private enforcement* qui relève des sanctions civiles,
- b) les difficultés inhérentes à l'action civile comme l'accès aux éléments et documents nécessaires pour prouver le préjudice subi et
- c) le sentiment d'impuissance des victimes face aux entreprises.

Cela étant, le projet de loi sous avis va dans le sens de la facilitation de l'accès à la justice pour les victimes d'une pratique anticoncurrentielle, tout en garantissant une réparation satisfaisante du préjudice subi.

Il s'ensuit que le Conseil marque son accord avec le projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré et avisé en date 1^{er} juin 2016



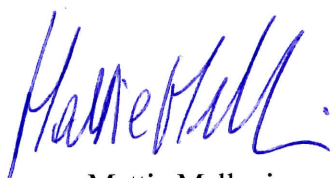
Pierre Rauchs

Président



Marc Feyereisen

Conseiller



Mattia Melloni

Conseiller



Jean-Claude Weidert

Conseiller