



AVIS

CCE 2014-0025

**Proposition de directive :
Actions en dommages et intérêts pour les infractions
au droit de la concurrence**



Avis
Proposition de directive :
Actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la
concurrence

Bruxelles
09.01.2014

Avis

Proposition de directive : Actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence

Saisine

Par sa lettre du 31 octobre 2013, Monsieur Johan Vande Lanotte, Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Economie, des Consommateurs et de la Mer du Nord, a sollicité l'avis de la Commission de la Concurrence dans les termes suivants :

« Monsieur le Président,

La Commission européenne a adopté, le 11 juin 2013, une proposition de directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

En application de l'article IV.39 du Code de droit économique, j'ai l'honneur de solliciter l'avis de la Commission de la Concurrence sur la proposition de directive susmentionnée et son impact en droit belge.

Veillez trouver le texte de la proposition de directive en annexe.

... »

La Commission de la Concurrence, ci-après dénommée la Commission, s'est réunie le 22 novembre et les 10 et 17 décembre 2013, sous la présidence de Monsieur Jacques Bourgeois, afin d'élaborer un projet d'avis. Ce projet d'avis a été approuvé unanimement le 9 janvier 2014 par la Commission au terme d'une procédure écrite.

Avis

1 Introduction

La proposition de la Commission vise à éliminer une série d'obstacles pratiques auxquels se heurtent les victimes d'infractions aux règles de la concurrence qui souhaitent obtenir une indemnisation devant la juridiction nationale. Grâce à un cadre plus clair et plus uniforme, la Commission européenne entend faire en sorte qu'il soit plus facile pour les victimes d'infractions au droit de la concurrence d'obtenir la réparation intégrale du préjudice qu'elles ont subi.

Par cette proposition, la Commission européenne vise également à accroître la sécurité juridique en réduisant les différences entre les États membres en ce qui concerne les règles nationales régissant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de la concurrence. En effet, en raison des différences actuelles entre les règles nationales (par exemple en matière d'accès aux preuves, de règles relatives à la répercussion du surcoût, de l'effet probatoire des décisions des autorités nationales de concurrence,...), les demandeurs jugent les règles de certains États membres beaucoup plus adaptées que d'autres pour engager une action en dommages et intérêts (« forum-shopping »). Il en résulte que l'égalité des conditions (« level playing field ») serait compromise en matière d'actions en dommages et intérêts, ce qui influence défavorablement la concurrence et entrave le bon fonctionnement du marché interne.

2 Considérations générales

Cette proposition est sur la table au terme de près de 10 ans de consultations. La Commission souscrit pleinement aux objectifs qui sont à la base de cette proposition de directive. La Commission apprécie qu'il y soit largement tenu compte des résultats d'études externes, d'analyses d'impact et de consultations publiques des parties intéressées, notamment concernant le Livre vert « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante » (2005) et le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (2008).

La Commission européenne a choisi de ne pas faire figurer dans cette proposition de directive des dispositions en matière de recours collectifs ayant spécifiquement trait à la concurrence. Dans une « Recommandation 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 », la Commission européenne a en effet opté pour une approche horizontale en matière de recours collectifs. Cette proposition de directive n'enfreint pas les mécanismes de recours collectif tels qu'ils sont proposés dans la recommandation de la Commission européenne.

La Commission constate que cette proposition de directive vise spécifiquement à faciliter l'obtention d'une indemnisation pour le demandeur, et que le champ d'application de cette proposition de directive est très large. La Commission est consciente que, dans la pratique, le champ d'application restera probablement essentiellement limité à des actions consécutives (dites « follow on »), à savoir des actions en dommages et intérêts privées engagées alors qu'une autorité de concurrence a déjà rendu une décision définitive constatant une infraction au droit de la concurrence. Sans porter atteinte aux possibilités dont dispose la juridiction en vertu du droit national, la Commission reconnaît que les autorités de concurrence sont les mieux placées pour constater les infractions au droit de la concurrence et que l'égalité des armes entre le demandeur et le défendeur est garantie dans les procédures engagées devant les autorités de concurrence.

Afin que l'article 9, alinéa 2 de la proposition de compromis puisse produire ses pleins effets, les procédures en dommages et intérêts devant une juridiction belge doivent aussi être possibles après la constatation d'une infraction par une autorité de concurrence d'un autre État membre de l'Union, mais avec des répercussions sur le territoire belge. Le cas échéant, cette décision peut être utilisée comme preuve à l'appui d'une action en dommages et intérêts, et ce conformément à la législation nationale en la matière.

Compte tenu du fait que les discussions au niveau européen au sujet de cette proposition de directive semblent progresser très rapidement, et que cette Commission a par conséquent été contrainte de rendre son avis dans un délai très court, la Commission a limité son avis à une série de considérations générales et à l'examen de quelques articles spécifiques. Il s'agit des articles ayant suscité les plus vives discussions au niveau européen, à savoir les articles 5 (Divulgence des preuves), 6 et 7 (Limites à la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence et Limites à l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence), 9 (Effet des décisions nationales), 11 (Responsabilité solidaire), 12 et 13 (Le moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût et Acheteurs indirects), 16 (Quantification du préjudice) et 17 (Effet suspensif de la résolution consensuelle des litiges). Bien que cette Commission ait été invitée à émettre son avis sur la proposition de directive initiale de la Commission européenne, elle a estimé qu'il était souhaitable de tenir compte de l'évolution des discussions de cette proposition au niveau du Conseil. La Commission s'est donc basée sur la proposition de compromis adoptée par le Conseil Compétitivité le 2 décembre 2013.

La Commission fait remarquer que les États membres doivent transposer cette directive en droit national dans les deux ans à compter de la date d'adoption. La directive laisse aux États membres la marge de manœuvre nécessaire en termes d'exécution, ces derniers étant libres de choisir les instruments les plus appropriés pour mettre en œuvre les mesures définies dans la directive, en tenant compte de leur cadre juridique matériel et procédural existant. La Commission se réserve par conséquent le droit d'émettre un avis plus approfondi et détaillé lors de la préparation de la transposition de la directive en droit national.

3 Article 5 : Divulgence des preuves

L'article 5 a pour objectif de veiller à ce que les demandeurs et/ou défendeurs aient un accès effectif aux preuves dont ils ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande de dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence et/ou pour étayer un moyen de défense y afférent. Les deux parties ont ainsi la possibilité d'enjoindre à l'autre partie ou à un tiers de divulguer les preuves qu'ils détiennent. La divulgation est soumise à un contrôle juridictionnel strict et actif en ce qui concerne la nécessité, l'étendue et la proportionnalité de celle-ci. Les juridictions nationales doivent en outre avoir à leur disposition des mesures efficaces pour protéger les secrets d'affaires ou les informations confidentielles divulguées au cours de la procédure.

L'article 5 s'inscrit dans la ligne de l'objectif consistant à faire en sorte que les victimes d'infractions au droit de la concurrence puissent demander plus facilement une réparation du préjudice subi. Le texte prévoit une série de limites à la mise à disposition et à la divulgation des preuves. La Commission estime qu'à l'article 5, (1), l'égalité des armes entre le demandeur et le défendeur semble garantie en termes de divulgation des preuves et d'accès à celles-ci. La Commission attire l'attention sur le fait que ce principe d'égalité des armes doit également être respecté lors de la transposition de la directive en droit national.

La Commission se demande si la mention de « catégories de preuves », à l'article 5, (3), n'est pas en contradiction avec la condition selon laquelle la partie qui demande la divulgation doit identifier les éléments de preuve de façon aussi précise et restreinte que possible. Cette partie de phrase semble en effet suggérer que des catégories complètes de preuves pourraient être divulguées sans contrôle juridictionnel individuel des différents éléments de preuve qui appartiennent à ces catégories. Pourtant, un contrôle juridictionnel individuel de ces différents éléments de preuve ne doit pas compromettre la divulgation de ceux-ci. Si ce texte est repris dans la version finale de la directive, il conviendra que le législateur belge décrive cette notion plus en détail ultérieurement.

Par ailleurs, la Commission constate que, dans sa proposition de directive initiale, à l'article 5, (3) a, la Commission européenne mentionne la probabilité que l'infraction présumée au droit de la concurrence ait bien été commise en tant que critère d'évaluation de la proportionnalité de la demande de divulgation. Dans le texte de compromis du Conseil, ce critère d'évaluation est toutefois remplacé comme suit à l'article 5, (4) : « the extent to which the claim or defence is supported by available facts and evidence justifying the request to disclose evidence ». La Commission se félicite de cette précision apportée dans le texte.

4 Article 6 : Limites à la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence, et article 7 : Limites à l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence

L'article 6 fixe une série de limites à la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence, et ce afin d'éviter que la divulgation ne compromette la mise en œuvre des règles de concurrence dans la sphère publique par une autorité de concurrence. La proposition de directive prévoit une protection absolue des déclarations aux fins d'une demande de clémence et des déclarations en vue d'une transaction. Certains documents bénéficient en outre d'une protection temporaire : les documents établis spécifiquement par les parties pour les besoins de la procédure d'une autorité de concurrence et les documents que l'autorité de concurrence a établis au cours de sa procédure ne peuvent être divulgués qu'une fois que l'autorité de concurrence a clos sa procédure. L'article 7 ajoute à cet égard que les preuves relevant d'une des catégories énumérées à l'article 6, (5) et obtenues uniquement dans le contexte d'une procédure relevant de la mise en œuvre du droit par la sphère publique, par exemple lors de l'exercice, par une partie, de son droit de la défense, ne sont pas recevables dans une action en dommages et intérêts, ou, dans le cas de documents appartenant aux catégories énumérées à l'article 6, (4), ne sont recevables dans une action en dommages et intérêts qu'une fois que l'autorité de concurrence a clos sa procédure.

La Commission insiste sur le fait que les programmes de clémence sont des outils essentiels pour la mise en œuvre des règles de concurrence par la sphère publique et que les déclarations aux fins d'une demande de clémence, ainsi que les déclarations en vue d'une transaction, bénéficient à juste titre d'un statut protégé en ce qui concerne leur divulgation en tant que preuves. Dans la proposition initiale de la Commission, il était uniquement question des déclarations aux fins d'une demande de clémence. La Commission se félicite que le texte du Conseil confère un statut protégé non seulement aux déclarations faites par les entreprises aux fins d'une demande de clémence, mais aussi aux déclarations faites au même titre par des personnes physiques. Ce traitement différent était en effet difficilement compréhensible, puisque la responsabilité civile des personnes physiques peut également être engagée dans le cadre d'une action en dommages et intérêts.

Par ailleurs, l'article 6 n'établit pas de distinction entre les entreprises ayant joué un rôle essentiel dans la détection d'une infraction dans le cadre d'une procédure de clémence, et qui ont donc obtenu une immunité d'amendes, et les entreprises qui sont intervenues lors d'une phase ultérieure de la procédure de clémence et n'ont obtenu qu'une réduction du montant des amendes. Cette distinction est cependant établie à l'article 11 en ce qui concerne la responsabilité solidaire. La Commission se demande pourquoi cette distinction n'a pas été faite à l'article 6.

Selon l'article 6, (4), la divulgation de certaines catégories de preuves n'est autorisée qu'une fois que l'autorité de concurrence a clos sa procédure. La Commission souhaiterait savoir si cette disposition permet, sur la base du droit national de la preuve, et si certaines conditions sont satisfaites, de demander la divulgation de preuves dans une phase antérieure auprès du président du tribunal en référé ou par voie d'arrêt interlocutoire. La Commission souligne que la protection des documents mentionnés à l'article 6, (4) ne doit pas être subordonnée aux dispositions du droit national de la preuve. Le texte de l'article 6, (1), alinéa 2 de la proposition du Conseil comporte le risque que les documents énumérés à l'article 6, (4) puissent être transmis avant que la procédure devant l'autorité nationale de concurrence ne soit définitivement close.

La Commission s'interroge également sur le fait que cette proposition de directive ne se prononce pas sur l'accès aux preuves nécessaires à la quantification du préjudice, en vue d'un règlement extrajudiciaire.

5 Article 9 : Effet des décisions nationales

L'article 9 de la proposition de la Commission confère un effet probatoire aux décisions définitives des autorités nationales de concurrence ou des instances nationales de recours, de sorte qu'une juridiction nationale ne puisse pas prendre de décisions qui vont à l'encontre de ces décisions constatant une infraction. Dans le texte du Conseil, il est toutefois précisé clairement que, dans ce type de décisions, la constatation d'infraction à la concurrence est irréfutable en ce qui concerne les procédures en dommages et intérêts, mais uniquement devant la juridiction du même État membre. En ce qui concerne la juridiction d'un autre État membre, ces décisions sont recevables comme preuves dans une procédure en dommages et intérêts, en vertu de la législation nationale.

Une telle disposition permet aux parties lésées d'engager plus facilement des actions en dommages et intérêts et de fournir plus facilement la preuve d'une infraction.

Bien que la Commission se rende compte que la même formulation a été utilisée à l'article 16 du règlement 1/2003, elle se demande toutefois ce que la Commission européenne entend précisément dans sa proposition par des décisions « allant à l'encontre » de ces constatations d'infraction. Dans le texte du Conseil, ces termes sont remplacés par des décisions qui « deemed to be irrefutably established ». Cela n'apporte pas pour autant de réponse à la question de la Commission. Par exemple : est-ce que la décision d'une juridiction nationale selon laquelle une constatation d'infraction au droit de la concurrence n'est pas en tant que telle une faute extra-contractuelle selon l'article 1382 du Code civil est une décision qui va à l'encontre de la décision de l'autorité nationale de concurrence dans laquelle l'infraction est « irrefutably established » ?

La Commission se demande également sur quels éléments de la décision constatant une infraction d'une autorité nationale de concurrence cet effet contraignant est d'application : s'applique-t-il uniquement au dispositif de la décision de constatation d'une infraction, ou englobe-t-il également le jugement de l'autorité de concurrence sur le rôle joué par une partie dans l'entente, la quantification du préjudice... ? Afin d'éviter toute insécurité juridique, la Commission demande que les précisions nécessaires soient fournies en la matière. Selon la Commission, la version du Conseil se limite à la constatation de l'infraction.

6 Article 11 : Responsabilité solidaire

L'article 11 dispose que les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint sont solidairement responsables du préjudice causé par l'infraction : ainsi, la partie lésée peut exiger de chacune des entreprises contrevenantes la réparation intégrale de ce préjudice, jusqu'à ce qu'elle ait été totalement indemnisée. L'entreprise contrevenante qui a versé l'indemnisation peut toutefois récupérer une contribution auprès des autres entreprises contrevenantes. Afin de préserver l'attrait des programmes de clémence de la Commission et des autorités de concurrence des États membres, la responsabilité de la partie qui a obtenu l'immunité a été limitée. Cette partie est uniquement responsable solidairement pour le préjudice qu'elle a causé à ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects. La limitation de responsabilité de la partie qui a obtenu l'immunité vis-à-vis de parties lésées autres que ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects n'est toutefois pas absolue : lorsque les parties lésées n'ont pas été intégralement indemnisées par les autres contrevenants, la partie qui a obtenu l'immunité reste solidairement responsable.

La Commission prend connaissance du fait que la responsabilité solidaire pour le préjudice causé par l'infraction est considérée comme une conséquence du comportement conjoint des entreprises dans le cadre de l'infraction, à savoir leur participation à une entente. La responsabilité solidaire est un principe qui est déjà prévu par la législation belge dans différentes situations. La Commission est consciente que le demandeur se tournera dans la pratique vers le contrevenant qui dispose de la plus grande capacité financière, indépendamment de la part de responsabilité de celui-ci dans le préjudice. En outre, dans de nombreux cas, il s'avérera difficile pour ce contrevenant de récupérer auprès des autres contrevenants, par voie d'une action récursoire, la part de l'indemnisation qu'il a versée au plaignant en plus de sa part dans le préjudice. La Commission estime cependant qu'en principe, les contrevenants sont in fine uniquement responsables de leur propre part dans le préjudice causé. Elle plaide par conséquent pour que le législateur propose des solutions visant à rendre ces actions récursoires plus faciles et plus efficaces.

Compte tenu de l'importance du programme de clémence pour la mise en œuvre des règles de la concurrence par la sphère publique, la Commission estime qu'il est justifié que le principe de responsabilité solidaire ne s'applique pas à une entreprise qui a obtenu une immunité d'amendes dans le cadre d'un programme de clémence vis-à-vis de parties lésées autres que ses propres acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects. Il semble acceptable à la Commission que cette entreprise ne soit donc en principe responsable que pour sa part du préjudice.

7 Article 12 : Le moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût et article 13 : Acheteurs indirects

L'article 12 reconnaît que l'entreprise contrevenante a le droit d'invoquer la répercussion du surcoût comme moyen de défense. Si le demandeur invoque avoir subi un préjudice en raison des surcoûts causés par l'infraction, le défendeur peut essayer de prouver que le demandeur a répercuté ces surcoûts sur ses propres clients, réduisant par conséquent sa perte réelle. Ainsi, seuls les acheteurs directs et indirects qui ont véritablement subi un préjudice peuvent exiger une indemnisation. Dans la proposition initiale de la Commission, il était prévu que la répercussion du surcoût ne puisse pas être invoquée comme moyen de défense lorsque le surcoût a été répercuté sur des personnes situées au niveau suivant de la chaîne de distribution et qui sont dans l'impossibilité juridique de demander réparation, par exemple à cause des règles nationales relatives au lien de causalité, à la prévisibilité et à l'éloignement. Dans le texte du Conseil, cette exception a disparu, mais l'article 15, (a) dispose que la juridiction nationale doit avoir la possibilité de déterminer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs directs et indirects. Ceci doit permettre d'éviter que des actions en dommages et intérêts engagées par des demandeurs à différents niveaux de la chaîne de distribution n'aboutissent à une responsabilité multiple ou à la non-responsabilité du contrevenant.

Étant donné qu'il est souvent particulièrement difficile pour un acheteur indirect de démontrer qu'il a subi un préjudice en raison du surcoût, l'article 13 prévoit pour ces acheteurs indirects un début de preuve : un acheteur indirect est réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion lorsqu'il a satisfait aux conditions définies à l'article 13.

L'entreprise contrevenante reste toujours responsable du préjudice qu'elle a causé. Le recours au moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût ne permet pas de décharger cette entreprise de sa responsabilité, mais il préserve le principe selon lequel une réparation ne peut être demandée que dans la mesure où la partie lésée a véritablement subi un préjudice, l'article 12 étant dans ce sens justifié.

La Commission souligne que l'application du moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût ne peut pas avoir pour conséquence de compliquer l'obtention d'une indemnisation par les autres maillons de la chaîne de distribution. La Commission renvoie à cet égard à l'article 13, qui facilite la charge de la preuve incombant aux acheteurs indirects en leur fournissant un début de preuve. Les acheteurs indirects doivent toujours prendre eux-mêmes l'initiative d'engager une procédure en dommages et intérêts. La proposition de la Commission et le texte du Conseil ne se prononcent pas davantage à ce sujet, qui reste donc de la compétence du droit national. La Commission se demande si ce ne serait pas opportun de favoriser l'unification en une seule instance de l'indemnisation des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution. À cet égard, la Commission note que le texte du Conseil prévoit à l'article 15, (a) que la juridiction nationale doit avoir la possibilité de déterminer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs directs et indirects.

La Commission est également consciente des difficultés rencontrées par le défendeur pour réfuter la présomption de répercussion sur l'acheteur indirect évoquée à l'article 13. La Commission souligne à cet égard les possibilités prévues à l'article 5, (1), selon lequel la juridiction peut également enjoindre au demandeur ou à un tiers de divulguer des preuves à la demande du défendeur. La transposition de cette directive soulèvera toutefois la question de l'application concrète de cette disposition dans les procédures nationales.

8 Article 16 : Quantification du préjudice

Afin d'aider les victimes d'une entente à quantifier le préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence, l'article 16 prévoit une présomption réfragable en ce qui concerne l'existence d'un préjudice résultant d'une entente. En outre, les règles et procédures nationales en matière de charge de la preuve, de niveau de la preuve et d'établissement des faits requises pour la quantification du préjudice ne peuvent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile pour la partie lésée d'exercer son droit à des dommages et intérêts.

La Commission estime que les juridictions nationales doivent avoir la compétence de constater l'existence du préjudice et de quantifier l'ampleur de celui-ci, et ce sur la base des preuves fournies par les parties. En ce sens, il doit être possible pour la juridiction nationale de pouvoir évaluer l'ampleur du préjudice en équité (*ex aequo et bono*) sur la base des différents éléments qui lui sont présentés. Des preuves économétriques peuvent également être importantes en la matière. L'une des possibilités consiste à ce que la juridiction fixe un pourcentage standard moyen, dans le cadre d'un débat contradictoire, pour l'ampleur du préjudice, après quoi les parties peuvent argumenter que le préjudice est plus ou moins grand.

La Commission constate que l'article 16 instaure une présomption réfragable de préjudice dans le cas d'une entente. Lors de ses discussions concernant cet article, la Commission a tenté d'identifier ce qui avait motivé le législateur européen à limiter cette présomption réfragable aux ententes, et à ne pas aussi la limiter à certaines pratiques horizontales bien définies de restriction de la concurrence. La Commission estimant que divers arguments peuvent être avancés pour soutenir les différentes positions, elle estime que le législateur européen pourrait envisager à la fois une extension de la présomption réfragable à d'autres infractions au droit de la concurrence (abus de position dominante, maintien des prix, ...) et un affinement aux pratiques horizontales de restriction de la concurrence mentionnées par la Commission européenne dans ses orientations, publications et communications (accords sur les prix, limitations de production, répartition des marchés et acheteurs,...)

9 Article 17 : Effet suspensif de la résolution consensuelle des litiges

L'article 17 confère un effet suspensif à la résolution consensuelle des litiges. Ainsi, le délai de prescription pour intenter une action en dommages et intérêts est suspendu pendant la durée de la procédure de résolution consensuelle du litige, à tout le moins pour les parties qui participent ou ont participé à la résolution consensuelle du litige.

La Commission se félicite que la proposition de directive prévoit à l'article 17 des dispositions visant à faciliter la résolution consensuelle des litiges. L'effet suspensif de la résolution consensuelle des litiges est par conséquent positive à cet égard.
