



**AVIS**

**CCE 2016 - 1150**

**Actions en dommages et intérêts  
pour infractions au droit de la concurrence**

**CCE**  
Conseil Central de l'Economie  
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven  
**CRB**





**COMMISSION DE LA CONCURRENCE**

**Avis relatif aux actions en dommages et intérêts  
pour infractions au droit de la concurrence**

**Bruxelles  
19-05-2016**

## Saisine

Par sa lettre du 8 avril 2016, monsieur Kris Peeters, Vice-Premier ministre et ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur, a sollicité l'avis de la Commission de la Concurrence dans les termes suivants :

« *Monsieur le Président,*

*Le Parlement européen et le Conseil ont adopté le 26 novembre 2014 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 États membres et de l'Union européenne. Cette directive doit être transposée au plus tard le 27 décembre 2016.*

*En application de l'art. IV.39 du Code de droit économique, j'ai l'honneur de solliciter l'avis de la Commission de la concurrence concernant l'avant-projet de loi qui vise à transposer ladite directive et l'exposé des motifs y relatif. J'attire votre attention sur le fait que l'exposé des motifs n'existe à ce jour qu'en version française, la version néerlandaise étant en cours de traduction.*

*Je vous saurais gré de me faire parvenir cet avis pour le 6 mai 2016 au plus tard.*

*... »*

La Commission de la Concurrence, ci-après dénommée la Commission, s'est réunie les 19 et 28 avril 2016, sous la présidence de monsieur Jacques Bourgeois, afin d'élaborer un projet d'avis. Ce projet d'avis a été approuvé à l'unanimité le 19 mai 2016 par la Commission au terme d'une procédure écrite.

Lors de l'élaboration de ce projet d'avis, la Commission a pu compter sur l'expertise de représentants du SPF Économie.

## Introduction

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 infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, ci-après dénommée la directive, vise à garantir l'exercice effectif du droit à réparation pour les victimes d'infractions au droit de la concurrence. Grâce à un cadre plus clair et plus uniforme, la directive 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.

La mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique, en particulier des articles 101 et 102 du TFUE, est assurée par la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence, conformément au règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence peuvent donc constater des infractions au droit de la concurrence et infliger des amendes, sans pouvoir octroyer des dommages et intérêts aux entreprises ou aux citoyens (consommateurs) qui sont victimes de ces infractions. La mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée appartient en effet aux juridictions nationales. Pour garantir une bonne exécution des règles de concurrence de l'Union européenne, une interaction efficace entre la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique à travers la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence, d'une part, et la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère privée à travers les juridictions nationales, d'autre part, s'avère nécessaire.

Plusieurs obstacles tels que la production de preuves, les différences entre les États membres en ce qui concerne les règles nationales, les règles en matière de prescription, la quantification du préjudice... compliquent l'exercice effectif du droit à réparation pour les victimes. La directive vise à éliminer ces obstacles, de sorte que les victimes puissent obtenir une réparation intégrale du préjudice subi. A cette fin, la directive mentionne les moyens suivants :

- a) Le droit à réparation intégrale du préjudice subi (article 3 de la directive) ;
- b) Une présomption réfragable que les infractions commises dans le cadre d'un cartel causent un préjudice (article 17, point 2 de la directive) ;
- c) L'injonction donnée par un juge à une partie ou à un tiers de produire certains éléments de preuve pertinents ou des catégories pertinentes de preuves, circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible, qui se trouvent en sa possession, sur la base de toutes les données factuelles et preuves raisonnablement disponibles présentées dans une justification motivée (article 5 e.s. de la directive) ;
- d) La protection de certaines catégories de preuve jusqu'à la clôture de la procédure de l'autorité de concurrence (la « liste grise ») (article 6, point 5 de la directive) ;
- e) La protection absolue des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et des propositions de transaction (article 6, point 6 de la directive) ;
- f) L'imposition de sanctions en cas de non-respect d'une injonction de production de preuves, de destruction de preuves pertinentes, de non-respect des obligations imposées en vue de la protection des informations confidentielles ou de violation des restrictions prévues pour l'utilisation des preuves (article 8 de la directive) ;

- g) L'instauration d'une présomption irréfragable devant le juge national d'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou d'une instance de recours (article 9, point 1 de la directive) ;
- h) Le principe de la répercussion du surcoût, qui permet, d'une part, à l'auteur de l'infraction d'invoquer comme moyen de défense contre une action en dommages et intérêts que le demandeur a répercuté tout ou partie du surcoût résultant de l'infraction et, d'autre part, aux acheteurs indirects de prouver qu'ils ont subi un préjudice (article 12 e.s. de la directive) ;
- i) Le principe de la responsabilité solidaire, avec des particularités pour les petites et moyennes entreprises et pour le bénéficiaire d'une exonération totale d'amendes ou d'une immunité de poursuites (article 11 de la directive) ;
- j) La limitation du principe de la responsabilité solidaire pour l'auteur de l'infraction qui a conclu un règlement consensuel avec la victime de l'infraction (article 19 de la directive) ;
- k) La suspension pendant une période de maximum 2 ans d'une procédure judiciaire concernant des actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence, en cas de procédure de règlement consensuel du litige (article 18 de la directive) ;
- l) La prévision de délais de prescription qui permettent un exercice effectif du droit à réparation (article 10 de la directive) ;
- m) La suspension du délai de prescription fixé pour tenter une action en dommages et intérêts pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige (article 18 de la directive).

Pour transposer ces moyens de la directive dans l'ordre juridique belge, il a été choisi d'apporter des modifications au Code de droit économique (CDE). Outre l'insertion d'une série de définitions dans le Livre I. Définitions du CDE, certaines adaptations au Livre IV. Protection de la concurrence et au Titre 2. L'action en réparation collective du Livre XVII. Procédures juridictionnelles particulières s'avéraient nécessaires. Les dispositions de la directive sont cependant transposées pour la plupart par l'insertion d'un Titre 3. L'action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence dans le Livre XVII du CDE.

## 1 Considérations générales

Comme la Commission l'a déjà indiqué dans son avis du 9 janvier 2014<sup>1</sup> relatif à la proposition de directive de l'époque, la Commission souscrit pleinement aux objectifs qui sont à la base de cette directive et qui visent notamment 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, de sorte qu'elles puissent aussi effectivement exercer leur droit à réparation via un cadre plus clair et uniforme au sein de l'Union européenne. Cette directive profite, autrement dit, tant aux consommateurs qu'aux entreprises qui sont victimes d'infractions au droit de la concurrence. La Commission apprécie que cette directive tienne largement compte des résultats d'études externes, d'analyses d'impact et de consultations publiques des parties intéressées réalisées pendant une longue période. La Commission attire en particulier l'attention sur 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 constate que la directive laisse peu, voire aucune marge de manœuvre aux États membres pour la transposition de certaines dispositions, alors que c'est le cas pour une série d'autres dispositions. Dans les cas où la marge de manœuvre est faible ou inexistante, l'avis se limite dès lors à la simple constatation que les dispositions sont transposées en droit belge conformément à la directive. La Commission regrette en outre, ainsi qu'il ressort des contacts avec les représentants du SPF Economie, que la Commission européenne n'adopte, dans certains cas, aucun point de vue clair lorsqu'un article déterminé de la directive suscite des problèmes d'interprétation et confie en fait à la Cour européenne de Justice le soin de régler tout éventuel problème. Ceci ne profite pas à la sécurité juridique. La Commission estime également que la Commission européenne ne peut pas tenir un Etat membre pour responsable d'une transposition erronée de la directive lorsque cet Etat membre a posé une question d'interprétation et que la Commission européenne n'a pas donné de réponse claire.

Suite aux nouvelles dispositions de l'avant-projet de loi, le juge national sera confronté à des concepts et notions du droit de la concurrence, pour lesquels il ne dispose pas encore nécessairement de l'expertise requise à l'heure actuelle. Ainsi, l'article XVII.78 inséré dispose que les règles et pratiques prévues par le droit de l'Union européenne s'appliquent notamment aussi lorsque le juge ordonne la production de preuves qui se trouvent dans le dossier d'une autorité de concurrence. En relèvent également les documents internes qui sont échangés dans le cadre du Réseau européen de la concurrence. Etant donné que le juge ne sera pas toujours familiarisé avec de tels documents, le SPF Economie a l'intention d'organiser des formations pour les juges dans cette matière. La Commission trouve que c'est une bonne chose. La Commission souhaite souligner que les entreprises, les consommateurs et leurs représentants respectifs doivent également être bien informés de cette nouvelle réglementation, de sorte qu'ils soient au courant des possibilités que cette réglementation offre pour obtenir plus facilement une réparation pour les infractions au droit de la concurrence.

---

<sup>1</sup> CCE 2014-0025 [Avis de la Commission de la Concurrence relatif à la proposition de directive : actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence](#), 9 janvier 2014.

La Commission demande à être tenue informée de la mesure dans laquelle il a été tenu compte de ses remarques ainsi qu'à rester impliquée dans l'élaboration du projet de loi. Ce faisant, la Commission peut, si elle le souhaite, formuler son avis sur des questions importantes qui pourraient encore être soulevées au cours du processus d'élaboration.

## **2 Remarques sur le fond**

### **2.1 Principe général de la réparation intégrale**

L'article XVII.72 inséré (article 14 de l'avant-projet de loi) transpose l'article 3 de la directive et introduit le principe général de la réparation intégrale. Toute personne physique ou morale qui a subi un dommage causé par une infraction au droit de la concurrence a le droit de demander et obtenir une réparation intégrale du dommage, de sorte que la partie lésée soit replacée dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise. Il est en outre encore ajouté que la réparation intégrale n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts.

La Commission constate que cet article est commenté en détail dans l'exposé des motifs, dont il ressort que le principe de la réparation intégrale, tel qu'il est présenté dans la directive et à l'article XVII.72, est totalement conforme au droit commun de la responsabilité civile et à la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui en découle. La réparation intégrale comprend donc aussi la réparation de la perte réelle (*damnum emergens*) et du manque à gagner (*lucrum cessans*), majorée du paiement d'un intérêt. La Commission se rend compte qu'il sera plus difficile de déterminer le manque à gagner que la perte réelle devant le juge dans le cadre d'une action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence. D'après la Commission, c'est cependant aussi le cas en droit commun, si bien que le juge peut appliquer par analogie la jurisprudence du droit commun.

Bien que l'article XVII.72 ne déroge donc pas à la jurisprudence belge constante, la Commission comprend qu'on ait choisi de tout de même prévoir une disposition légale pour les raisons énumérées dans l'exposé des motifs (principe fondamental de la directive, sécurité juridique, ...). D'après la Commission, l'article XVII.72 constitue dès lors une transposition conforme à la directive.

La Commission approuve le fait que l'interdiction de réparation excessive, telle que des dommages et intérêts punitifs ou multiples, soit expressément reprise dans la législation. La Commission demande qu'on ajoute dans l'exposé des motifs qu'on ne peut au contraire pas déduire de l'interdiction explicite de réparation excessive pour cette réglementation que la réparation excessive serait autorisée dans le cas d'autres réglementations. La Commission se demande si un problème peut se poser lorsqu'une décision émanant d'un autre pays, qui connaît des dommages et intérêts punitifs, doit être exécutée en Belgique. D'après la Commission, cela ne pose aucun problème en ce qui concerne d'autres Etats membres de l'UE, étant donné qu'ils doivent également transposer la directive qui est stricte en la matière.

### **2.2 Cartels**

Dans l'article XVII.73 inséré (article 15 de l'avant-projet de loi), la présomption réfragable que les infractions commises dans le cadre d'un cartel causent un préjudice est introduite, tel que prévu à l'article 17, point 2 de la directive. Dans la directive, un cartel est décrit comme :

*« tout accord ou toute pratique concertée entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment, mais pas uniquement, à fixer ou à coordonner des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, y compris au regard des droits de la propriété intellectuelle, à attribuer des quotas de production ou de vente, à répartir des marchés et des clients, notamment en présentant des soumissions concertées lors de marchés publics, à restreindre l'importation ou l'exportation ou à prendre des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents. »*

A l'article 3 de l'avant-projet de loi, il est fait référence pour la définition de la notion de cartel à la définition reprise dans les directives en matière de clémence de l'ABC. Par rapport à la définition de la directive, relèvent également de la notion de cartel les accords et/ou pratiques concertées avec d'autres entreprises et/ou associations d'entreprises non concurrentes, autrement dit aussi les cartels 'hub and spoke'. D'après les discussions menées par le SPF Economie avec la Commission européenne, les cartels 'hub and spoke' ne peuvent relever de la directive que si les entreprises ne jouent le rôle de facilitateur qu'au niveau vertical et n'ont pas contribué activement au cartel de la même manière que les participants horizontaux. Ainsi, la définition reprise dans l'avant-projet de loi devra être adaptée pour être conforme à la directive. Les participants verticaux au cartel 'hub and spoke' pourraient être insérés dans la définition du 'programme de clémence', leurs déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence bénéficieraient dès lors d'une protection absolue et seraient ensuite reprises sur la « liste noire ».

L'introduction d'une présomption réfragable qu'un cartel a causé un préjudice vise à renforcer l'exercice effectif du droit à réparation, étant donné qu'il est difficile pour les victimes, et en particulier pour les consommateurs, de prouver le préjudice subi.

La Commission constate que pour la différence d'approche entre les accords horizontaux et les accords verticaux, la Commission européenne se base sur le fait que d'après l'analyse d'impact jointe à la directive, les accords horizontaux causent un préjudice dans la plus grande majorité des cas, alors que cela semble moins évident pour les accords verticaux. Ceux-ci ont même souvent un impact positif pour les consommateurs et les entreprises. C'est expliqué en détail dans les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales. En outre, une extension de la définition serait considérée comme une transposition non conforme à la directive, ainsi qu'il ressort des discussions menées par le SPF Économie avec la Commission européenne. Ainsi, dans les pays où la directive a déjà été transposée (Pays-Bas et Luxembourg), la définition a également été reprise de la directive. La Commission se pose des questions quant à la marge de manœuvre limitée qui est laissée aux États membres dans le cadre de la transposition de cette disposition de la directive. Sans vouloir remettre en question le fait que des accords verticaux peuvent également ressortir des effets positifs, la Commission est d'avis que ceci n'enlève rien au fait que les consommateurs et les entreprises qui estiment subir un préjudice suite à des accords verticaux, peuvent toujours en apporter la preuve afin d'obtenir une réparation. Dans la pratique, il semble quasiment impossible pour les consommateurs de collecter suffisamment de preuves appropriées à cet effet. La Commission demande des actions fermes de la part de l'ABC afin de poursuivre des accords verticaux nuisibles, pour autant que ceci corresponde à sa politique des priorités. Une bonne motivation de la décision d'infraction doit fournir des éléments de preuve aux consommateurs afin de pouvoir prouver auprès du juge les préjudices subis par eux.

## 2.3 Production de preuves

### 2.3.1 Principes généraux

L'article 5 de la directive dispose que le juge peut ordonner, d'office ou à la demande de chacune des parties au litige, la production de certains éléments de preuve pertinents ou de catégories pertinentes de preuves, circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible, qui se trouvent en possession d'une partie ou d'un tiers, en ce compris l'autorité de concurrence, sur la base des données factuelles et des preuves raisonnablement disponibles présentées dans une justification motivée. Le juge limite la production de preuves à ce qui est proportionné. Cet article de la directive est transposé dans l'article XVII.74 inséré (article 19 de l'avant-projet de loi). L'article XVII.75 inséré (article 20 de l'avant-projet de loi) stipule en outre que le juge peut ordonner la production de preuves contenant des informations confidentielles, moyennant la prise de mesures efficaces de protection de ces informations. Une série de mesures de protection possibles sont mentionnées, telles que la possibilité d'occulter ou de modifier des passages sensibles ou de déposer des documents confidentiels dans une pièce à accès restreint où les autres parties ou leurs avocats uniquement pourront les consulter sans pouvoir les reproduire ou les emporter. La personne à qui une injonction de production de preuves est adressée a le droit de déposer des observations écrites. Elle peut également être entendue, si le juge l'y autorise.

La Commission estime que ces articles s'inscrivent dans la ligne de l'objectif de la directive consistant à faire en sorte que les victimes d'infractions au droit de la concurrence puissent demander plus facilement une réparation du préjudice subi. Suite aux différentes mesures de protection prises et à la possibilité pour la personne à qui une injonction de production de preuves est adressée de déposer des observations écrites, l'égalité des armes entre le demandeur et le défendeur semble suffisamment garantie. La Commission estime cependant que la liste non limitative des mesures de protection possibles a sa place plutôt dans l'exposé des motifs que dans le dispositif de la loi, comme il est d'usage dans le cadre de l'élaboration d'une loi. L'article XVII.75, alinéa 2 du CDE pourrait donc rester limité à la phrase : « Lorsque le juge ordonne la production de telles informations, il prend des mesures efficaces de protection de ces informations. »

La Commission fait remarquer que le demandeur qui demande des dommages et intérêts, plus particulièrement s'il s'agit d'un consommateur, ne pourra souvent invoquer que la décision de l'ABC pour étayer en premier lieu son action en dommages et intérêts. Les consommateurs ne pourront en effet souvent pas disposer d'autres indices d'une infraction au droit de la concurrence. La Commission estime important que le juge en tienne compte lors de l'évaluation de la « justification motivée » d'une partie qui demande la divulgation de preuves, l'article XVII.74, § 1er stipulant que ces preuves « doivent être circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible sur la base de toutes les données factuelles et preuves raisonnablement disponibles » présentées dans cette justification. Elle est d'avis que cela devrait au moins être également mentionné tel quel dans l'exposé des motifs. D'un point de vue formel, la Commission demande, dans la version néerlandaise de l'article XVII.74, § 1er, l'ajout, après les mots « zo nauwkeurig en zo eng » (« de manière aussi précise et étroite »), des mots « als redelijkerwijs mogelijk » (« que raisonnablement possible »).

La Commission répète sa remarque formulée dans l'avis précédent, dans laquelle elle se demande si la mention de « catégories de preuves » 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. Ceci 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. Le considérant 16 de la directive stipule que :

*« Lorsqu'une demande de production de preuves vise à obtenir une catégorie de preuves, cette catégorie devrait être identifiée par référence à des caractéristiques communes de ses éléments constitutifs tels que la nature, l'objet ou le contenu des documents dont la production est demandée, à la période durant laquelle ils ont été établis, ou à d'autres critères, pour autant que les preuves relevant de cette catégorie soient pertinentes au sens de la présente directive. »*

Sur la base de ce considérant, un certain nombre d'exemples de « catégories de preuves » possibles ont été insérés dans l'exposé des motifs, comme tous les rapports des réunions entre les entreprises concurrentes X, Y et Z pendant la période d'infraction, ou toutes les factures relatives au produit faisant l'objet du cartel qui ont été adressées aux acheteurs directs pendant la période d'infraction. La Commission doute que ces exemples et la précision formulée au considérant 16 apportent une clarification adéquate, mais comprend que le législateur belge soit tenu de transposer ces dispositions de manière conforme à la directive.

La Commission se demande si le juge peut également ordonner la production de preuves se trouvant à l'étranger et si, dans ce cas, la partie ou le tiers qui se trouve à l'étranger peut invoquer la réglementation étrangère pour empêcher la divulgation des preuves, par exemple la réglementation en matière de secrets d'affaires. La Commission pense que cela peut surtout se produire avec des pays hors Union européenne, étant donné que pour les Etats membres de l'UE, l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive dispose que les Etats membres doivent veiller à ce que les juridictions nationales puissent, à la demande du défendeur, enjoindre au demandeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes. La Commission demande aux autorités belges d'examiner si cet article s'applique également de manière transfrontalière entre les Etats membres, car les règles de protection des informations confidentielles seraient dès lors aussi d'application. En tout cas, la Commission estime que cela devrait être le cas.

### **2.3.2 Production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence**

D'après l'article 6 de la directive et sa transposition dans l'article XVII.78 e.s. (article 24 e.s. de l'avant-projet de loi), le juge ne peut ordonner la production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence que si aucune partie ou aucun tiers ne peut raisonnablement produire les preuves demandées. Un test de proportionnalité supplémentaire est également prévu. En outre, le juge ne peut ordonner la production de certaines catégories de preuves qu'une fois que l'autorité de concurrence a clos sa procédure en adoptant une décision ou d'une autre manière (la liste grise), et certaines catégories de preuves bénéficient même d'une protection absolue, empêchant le juge d'en ordonner la production. Cette liste noire comprend les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction.

La Commission ne formule aucune remarque quant à ces dispositions, qui ont été transposées conformément à la directive. Le programme de clémence et la procédure de transaction sont des outils indispensables pour la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique. Le non-octroi d'une protection absolue pour les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction dissuaderaient, d'après la Commission, les entreprises d'encore collaborer avec l'autorité de concurrence, avec toutes les conséquences que cela entraîne pour la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique.

### **2.3.3 Sanctions**

L'article XVII.82 inséré (transposition de l'article 8 de la directive, article 29 de l'avant-projet de loi) prévoit que le juge peut infliger des sanctions effectives dans des cas tels que le non-respect d'une injonction de production de preuves émanant d'un juge, la destruction de preuves pertinentes... L'une des sanctions possibles concerne la faculté pour le juge de tirer du comportement d'une partie toute conséquence défavorable qu'il jugera appropriée, par exemple en présumant que le fait litigieux en question est avéré ou en rejetant, en tout ou en partie, les demandes et moyens de défense, ainsi que la faculté de prononcer une condamnation aux dépens.

La Commission constate que le juge peut choisir tant des sanctions disponibles en droit commun, telles qu'une amende, une astreinte..., que des sanctions spécifiquement prescrites par la directive et insérées à l'article XVII.82. La Commission fait à cet égard remarquer que le juge dispose d'une importante marge d'appréciation, par exemple en ce qui concerne la faculté de tirer du comportement d'une partie toute conséquence défavorable qu'il jugera appropriée. La Commission estime très important que le juge fasse dès lors bien la part des choses entre le fait que la sanction doit être effective et suffisamment dissuasive et le fait que la sanction doit être proportionnée à la gravité de l'infraction procédurale et à l'intention ou non d'infraction d'une des parties. La Commission est d'avis que les compétences de sanction de droit commun dont dispose le juge permettent d'organiser des sanctions de telle manière qu'elles soient effectives, proportionnées et suffisamment dissuasives. Cela vaut en particulier pour l'outil de l'astreinte, qui permet de tenir compte par exemple de la gravité de l'infraction, du chiffre d'affaires de l'auteur de l'infraction... La Commission propose de l'insérer dans l'exposé des motifs.

### **2.4 Effet des décisions constatant une infraction au droit de la concurrence**

En vue de la transposition de l'article 9 de la directive, l'article XVII.83 inséré (article 31 de l'avant-projet de loi) introduit la présomption qu'une infraction au droit de la concurrence constatée dans le cadre d'une décision définitive de l'ABC ou dans le cadre d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles est considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts pour une infraction au droit de la concurrence. Une décision définitive constatant une infraction dans un autre Etat membre de l'UE vaut preuve *prima facie* du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise et peut être examinée avec les autres éléments de preuve apportés.

La Commission prend acte du fait que l'article XVII.83 constitue une transposition fidèle de l'article 9 de la directive. La Commission se demande si cet article donnera lieu à une question préjudicielle adressée à la Cour constitutionnelle ou à la Cour européenne de justice. La Commission se demande en effet si l'effet des décisions d'une autorité de concurrence ne pose aucun problème en matière de séparation des pouvoirs devant la juridiction nationale et si la différence de traitement entre une décision définitive constatant une infraction adoptée par l'ABC et une décision définitive constatant une infraction dans un autre Etat membre est justifiée. La Commission souhaite dès lors attendre les premières applications concrètes de cet article dans la pratique.

## **2.5 Répercussion du surcoût**

Les articles XVII.84 et 85 insérés (articles 33 et 34 de l'avant-projet de loi) constituent la transposition des articles 12, 13 et 14 de la directive. D'après l'article XVII.84, le défendeur dans une action en dommages et intérêts peut invoquer, comme moyen de défense contre une demande en dommages et intérêts, le fait que le demandeur a répercuté, en tout ou en partie, le surcoût résultant de l'infraction sur ses acheteurs et donc limité ses pertes réelles. Il s'agit du moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût ('passing-on defence'). Lorsque l'existence d'une demande de dommages et intérêts ou le montant des dommages et intérêts dépend de l'existence d'une répercussion du surcoût ou de l'ampleur de cette répercussion, la charge de la preuve de l'existence et de l'ampleur de cette répercussion incombe au demandeur. Si le demandeur est un acheteur indirect, il existe une présomption réfragable de répercussion du surcoût à son encontre, lorsqu'il a démontré les éléments énumérés à l'alinéa 2 de l'article XVII.85. Le défendeur peut réfuter cette présomption s'il parvient à démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté, en tout ou en partie, sur l'acheteur indirect.

D'après la Commission, l'entreprise qui a commis une infraction demeure toujours responsable du préjudice qu'elle a causé. Le recours au moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût ne permet pas à cette entreprise de se libérer de sa responsabilité, mais garantit le principe que des dommages et intérêts ne peuvent être demandés que dans la mesure où la partie lésée a effectivement subi un préjudice. Autrement dit, cet article constitue l'application du principe du droit à la réparation intégrale qui ne peut entraîner de réparation excessive. Dans ce sens, l'article XVII.84 est dès lors justifié.

La Commission affirme en outre que l'application du moyen de défense invoquant la répercussion du surcoût ne peut entraîner dans la pratique que les maillons suivants de la chaîne d'approvisionnement obtiennent plus difficilement la réparation du préjudice subi. La Commission se félicite dès lors de ce que l'article XVII.85 facilite la charge de la preuve des acheteurs indirects en leur apportant un début de preuve. La Commission se rend en outre compte des difficultés pour le défendeur de réfuter la présomption visée à l'article XVII.85 qu'une répercussion a eu lieu. La Commission attire à cet égard l'attention sur la possibilité qui est prévue pour le juge d'également enjoindre au demandeur ou à un tiers, à la demande du défendeur, de divulguer des preuves.

La Commission constate qu'il est prévu à l'article 16 de la directive que la Commission européenne délivre à l'intention des juridictions nationales des orientations sur la façon d'estimer la part du surcoût qui a été répercutée sur les acheteurs indirects. Jusqu'à présent, on ne dispose toujours d'aucune information en la matière. La Commission souligne que la Commission européenne devrait publier ces orientations dans les plus brefs délais.

## **2.6 Responsabilité solidaire**

Les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint sont solidairement responsables du préjudice causé par cette infraction. Par conséquent, chacune de ces entreprises est tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité et la partie lésée a le droit d'exiger de chacune d'elles la réparation intégrale de ce préjudice jusqu'à ce qu'elle ait été totalement indemnisée. C'est le principe de la responsabilité solidaire de l'article 11 de la directive, transposé dans l'article XVII.86 du CDE. Il existe deux exceptions à ce principe. Pour les PME, la responsabilité solidaire vaut à l'égard de leurs acheteurs directs ou indirects et 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. De la même manière, la responsabilité solidaire du bénéficiaire d'une exonération totale d'amendes ou d'une immunité de poursuites est également limitée. L'article XVII.87 prévoit que le co-auteur de l'infraction au droit de la concurrence qui a payé une proportion plus importante du montant de la réparation que celle qu'il aurait dû payer, peut récupérer auprès de tout autre co-auteur de l'infraction une contribution dont le montant correspond à la responsabilité relative de chacun d'eux dans le préjudice causé par ladite infraction. Enfin, l'article XVII.88 mentionne une série de particularités en ce qui concerne le co-auteur de l'infraction au droit de la concurrence avec qui la partie lésée a conclu un règlement consensuel. Ce co-auteur de l'infraction ne peut plus être interpellé pour le reliquat de la demande de dommages et intérêts, sauf si les co-auteurs de l'infraction qui n'ont pas participé à ce règlement consensuel ne peuvent payer les dommages et intérêts correspondant à ce reliquat de la demande.

La Commission constate que les articles insérés de l'avant-projet de loi reproduisent également fidèlement les articles correspondants de la directive. D'après la Commission, le principe de la responsabilité solidaire a déjà trouvé application dans la jurisprudence belge, même s'il s'agit plutôt de la responsabilité 'in solidum'. La responsabilité solidaire et la responsabilité 'in solidum' ont en substance les mêmes conséquences, sauf que la responsabilité solidaire est plus favorable pour les parties lésées au niveau des conséquences secondaires (mise en demeure, interruption de la prescription...). La Commission se rend compte que le demandeur se retournera dans la pratique contre le co-auteur de l'infraction au droit de la concurrence qui dispose des capacités financières les plus importantes, quelle que soit sa part dans le préjudice. Les co-auteurs de l'infraction ne sont tenus in fine qu'à leur part dans le préjudice causé. Il est donc justifié que le co-auteur concerné puisse récupérer auprès des autres co-auteurs de l'infraction la part des dommages et intérêts qu'il a payée au demandeur en plus de sa part dans le préjudice par le biais d'une action récursoire.

La Commission juge logiques et acceptables les exceptions à la responsabilité solidaire prévues dans la directive (pour les PME, pour le bénéficiaire d'une immunité, ou en cas de règlements consensuels). En ce qui concerne l'exception prévue pour le bénéficiaire d'une immunité d'amende dans le cadre d'un programme de clémence, la Commission comprend que c'est dans l'intérêt du programme de clémence, qui est d'une importance capitale pour la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique.

Si l'ABC a adopté une décision définitive constatant une infraction contre les différents participants au cartel et que seul un des participants n'interjette pas appel de cette décision, les victimes de l'infraction peuvent toujours introduire une action en dommages et intérêts à l'encontre de l'entreprise qui n'a pas interjeté appel. Eu égard à la responsabilité solidaire, cette entreprise peut être interpellée pour la réparation intégrale du préjudice subi, alors qu'elle ne pourra exercer son action récursoire qu'après la décision de la Cour d'appel. En outre, la Cour d'appel peut prendre une autre décision, telle que la limitation de l'ampleur du cartel. Dans la pratique, il pourrait en découler que les entreprises interjettent toujours appel des décisions de l'ABC. La Commission souhaite attirer l'attention des décideurs politiques sur cette conséquence indésirable ou inattendue et demande qu'on en poursuive l'examen afin de trouver une éventuelle solution.

## **2.7 Effet suspensif du règlement consensuel des litiges**

Le recours à une procédure de règlement consensuel des litiges suspend l'action en dommages et intérêts pour l'infraction au droit de la concurrence durant une période de maximum 2 ans (l'article XVII.89 inséré par l'article 40 de l'avant-projet de loi, transposition de l'article 18, 2 de la directive). D'après la définition d'un règlement consensuel des litiges, visée à l'article I.22, 16°, l'arbitrage en relève aussi.

La Commission se félicite de ce que la directive et sa transposition en droit belge visent à stimuler le règlement consensuel des litiges. A cet égard, l'effet suspensif du règlement consensuel des litiges est donc une bonne chose. Bien que la Commission soit consciente que dans la plupart des cas, un règlement consensuel ne sera conclu qu'après une décision définitive constatant une infraction adoptée par l'ABC, il n'est pas à exclure qu'une réparation soit au préalable déjà octroyée suite à une procédure de règlement consensuel. La Commission se demande cependant si l'égalité des armes entre les parties dans le cadre d'un règlement consensuel relatif à la réparation du préjudice subi est suffisamment garantie, au cas où ce règlement consensuel serait conclu avant une décision définitive constatant une infraction adoptée par l'ABC, puisqu'il est difficile, surtout pour les consommateurs, d'obtenir des preuves et qu'aucune production de preuves ne peut être demandée.

## **2.8 Délais de prescription**

La directive prescrit à l'article 10 que les Etats membres doivent arrêter des règles en ce qui concerne les délais de prescription pour l'introduction d'actions en dommages et intérêts. En Belgique, on a choisi d'appliquer les délais de prescription du droit commun (article XVII.90 et suivants). Les délais de prescription commencent à courir à partir du jour qui suit celui où l'infraction au droit de la concurrence a cessé et où le demandeur a eu connaissance ou aurait dû raisonnablement avoir connaissance :

- a) du comportement et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence ;
- b) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un dommage ; et
- c) de l'identité de l'auteur de l'infraction.

En ce qui concerne les infractions continues et répétées, on présume que l'infraction a cessé le jour où la dernière infraction a pris fin. A l'article XVII.91, il est enfin prévu conformément à la directive que les délais de prescription soient suspendus pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel des litiges.

En ce qui concerne la prise de cours des délais de prescription, la Commission souhaite faire remarquer qu'il est dans la pratique souvent difficile de constater quand le demandeur peut 'aurait dû raisonnablement avoir connaissance'. La Commission se rend compte que cette difficulté ne se pose assurément pas seulement en ce qui concerne l'application du délai de prescription dans le cadre des actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence.

## **2.9 Dispositions transitoires**

La directive doit être transposée en droit national pour le 27 décembre 2016 au plus tard. En ce qui concerne l'application dans le temps, la directive stipule qu'aucun effet rétroactif ne peut être attribué aux dispositions du droit national qui transposent les dispositions substantielles de cette directive. Les dispositions non substantielles ne peuvent s'appliquer aux actions en dommages et intérêts dont une instance judiciaire nationale a été saisie avant le 26 décembre 2014.

La Commission constate que l'avant-projet de loi soumis pour avis manque de dispositions transitoires. Il ressort des discussions menées par le SPF Economie avec la Commission européenne que la Commission européenne n'a pas l'intention de désigner les dispositions substantielles et les dispositions purement procédurales. Du point de vue de la sécurité juridique, la Commission le regrette vivement. Les Etats membres ne savent pas vraiment comment transposer l'article 22 de la directive. La Commission comprend qu'il faudra faire preuve de la prudence nécessaire lors de la transposition de cet article.

### **3 Remarques de forme concernant l'avant-projet de loi**

La Commission estime que la définition de 'déclaration effectuée en vue d'obtenir la clémence', reprise à l'article I.22, 12° est très difficilement lisible. C'est notamment dû au fait que par rapport à la directive, dans laquelle les 'informations préexistantes' sont formulées séparément, la définition de cette notion est ajoutée à la définition de 'déclaration effectuée en vue d'obtenir la clémence'. La Commission propose soit de définir séparément la notion d'informations préexistantes, soit de terminer la phrase à 'programme de clémence' et de remplacer la dernière partie 'à l'exclusion de...' par une nouvelle phrase : 'Ceci ne comprend pas...', ce qui profite à la lisibilité de l'avant-projet de loi.

La Commission plaide en faveur du remplacement, dans la version néerlandaise de l'article XVII.72, § 2, alinéa 2, de '*dient niet tot... te leiden*' ('n'entraîne pas de...') par la formulation plus forte '*mag niet leiden tot...*' ('ne peut pas entraîner de...'). La Commission demande, de façon générale, la relecture approfondie des versions néerlandaise et française de l'avant-projet de loi ainsi que la mise en concordance de ces deux versions.

La Commission demande que le texte de l'avant-projet de loi fasse clairement la distinction entre, d'une part, la demande de production de preuves émanant des parties et, d'autre part, l'injonction de production de preuves émanant du juge. A certains endroits dans l'avant-projet de loi, ces notions sont confondues. Ainsi, la Commission juge indiqué d'ajouter, par souci de clarté, à l'article XVII.79, § 1<sup>er</sup>, 1° inséré (article 25 de l'avant-projet de loi) les mots « émanant des parties » après les mots « production de preuves ». Au § 2, il faudrait remplacer les mots « demande de production de preuves » par les mots « injonction de production de preuves ».