

**PROJET DE LOI N° 6968 RELATIF A CERTAINES REGLES REGISSANT LES
ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS POUR LES VIOLATIONS DU DROIT
DE LA CONCURRENCE ET MODIFIANT LA LOI MODIFIEE DU 23 OCTOBRE
2011 RELATIVE A LA CONCURRENCE**

**AVIS DE L'ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE POUR L'ETUDE
DU DROIT DE LA CONCURRENCE DU 15 JUILLET 2016**

Le projet de loi relatif à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence¹ (« projet de loi ») vise à transposer en droit luxembourgeois la directive européenne 2014/104/UE « dommages et intérêts » en la matière² (« Directive »). L'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence (« ALEDC ») s'interroge sur la question de savoir s'il n'eut pas été plus opportun de saisir l'opportunité d'une révision de la loi afin d'y inclure les modifications nécessaires à améliorer l'efficacité du droit de la concurrence au Luxembourg (par exemple mais de manière non limitative la mise en place d'une réglementation sur le contrôle des concentrations).

Quant à la forme, il eut peut-être été plus efficace d'associer les praticiens du droit de la concurrence à l'élaboration du projet. A défaut de son implication en amont, l'ALEDC espère que le Gouvernement sera à même de prendre en compte ses commentaires.

Avant d'aborder l'examen du projet de loi, l'ALEDC souhaite souligner la portée de la directive.

La Directive a, aux termes de son article premier, pour objet d'énoncer « *certaines règles nécessaires pour faire en sorte que toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence commise par une entreprise ou une association d'entreprises puisse exercer effectivement son droit de demander réparation intégrale de ce préjudice à ladite entreprise ou à ladite association* ».

Afin de parvenir à cette effectivité du droit à réparation intégrale, la Commission européenne a proposé plusieurs mesures visant à **renforcer la sécurité juridique** afférente aux

¹ Projet de loi n°6968 relatif à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

² 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 Etats membres et de l'Union européenne, JO L 349 du 2.12.2014, pp. 1-19.

procédures de demandes en réparation, à **assurer une certaine égalité des armes** entre les auteurs des infractions et les victimes de celles-ci, enfin à **permettre une application effective et cohérente des articles 101 et 102** du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») dans les Etats membres.

Avant d'examiner les différentes dispositions de la Directive, reprises pour l'essentiel dans leur intégralité par le projet de loi luxembourgeois, il convient de rappeler le contexte juridique dans lequel s'est inscrite cette Directive, et notamment les inspirations jurisprudentielles qui ont conduit à son élaboration.

Dès les années 1960, la Cour de justice de l'Union européenne (« Cour de justice ») avait reconnu que le droit de l'Union européenne était susceptible de créer des droits dans le patrimoine juridique des particuliers³. Plus tard, la même Cour disait pour droit que « *les articles [101, paragraphe 1 et 102 TFUE] produisent des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder* »⁴. Partant, il était admis que des particuliers pouvaient se prévaloir de ces dispositions devant les juridictions nationales, notamment en invoquant la nullité d'une entente ou d'un abus de position dominante. Une question fondamentale demeurait toutefois : la victime d'une infraction aux règles de la concurrence – qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale – peut-elle directement intenter une action en dommages et intérêts devant les juridictions civiles, le cas échéant en se prévalant d'une décision de la Commission ou d'une autorité nationale de la concurrence constatant la nullité d'une pratique anticoncurrentielle, pour réparation du préjudice subi du fait précisément de l'infraction ? La Directive a entendu faciliter l'exercice d'un tel droit en codifiant la jurisprudence de la Cour de justice sur ce point, laquelle Cour affirmait dans son arrêt *Courage et Crehan*, que « *la pleine efficacité de l'article [101 TFUE] et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »⁵. Quant aux procédures applicables, le droit de l'Union prévoit l'autonomie procédurale des Etats membres, en l'absence d'harmonisation en la matière, pourvu que soient respectés les principes d'équivalence et d'effectivité⁶.

C'est sur cette base jurisprudentielle constante que la Commission a élaboré la Directive « dommages et intérêts ». Celle-ci doit, en vertu de son article 21, être transposée dans les ordres juridiques nationaux avant le 27 décembre 2016⁷. Comme déjà précisé, l'ALEDC salue

³ Arrêt de la Cour de justice du 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, affaire 26/62 (jurisprudence constante).

⁴ Arrêt de la Cour de justice du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, affaire C-453/99, point 23.

⁵ Arrêt de la Cour de justice du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, affaire C-453/99, point 26.

⁶ *Ibid*, point 29 : « *il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours [en demande de dommages et intérêts] (...) pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)* ».

⁷ Article 21-1 de la Directive 2014/104/UE : « *Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 27 décembre 2016.* ».

l'effort du gouvernement de vouloir respecter les délais impartis par la Directive au moyen du présent projet de loi, déposé à la Chambre des députés le 18 mars 2016, mais estime qu'il serait hautement recommandable de consulter les projets de lois belge et français avant de transposer cette Directive en droit luxembourgeois.

I. Remarques liminaires

Avant de procéder à un commentaire article par article du projet de loi, l'ALEDC souhaite mettre en exergue trois aspects qu'elle estime importants.

Extension de la présomption de préjudice aux abus de position dominante et plus généralement à toute constatation par le Conseil de la concurrence d'une violation du droit de la concurrence. Tout d'abord, l'ALEDC relève que le projet de loi luxembourgeois, à l'instar de la Directive, prévoit une présomption simple de préjudice pour des infractions commises dans le cadre d'une entente⁸. Ceci vise principalement à faciliter la preuve d'une infraction souvent difficile à appréhender, du fait du caractère généralement secret de certains accords, voire *a fortiori* de certaines pratiques concertées.

L'ALEDC tient toutefois à exprimer son étonnement quant à l'absence de présomption de préjudice pour un abus de position dominante avéré. Il est vrai que le texte de la Directive ne l'envisage pas. Cependant, les Etats membres sont libres de prévoir des dispositions plus strictes, en l'occurrence une présomption avec un champ d'application élargi. En effet, cette présomption irait dans le sens d'un des objectifs tant de la loi que de la directive, à savoir assurer une égalité des armes entre les auteurs des infractions et les victimes de celles-ci, qu'il s'agisse de clients ou de consommateurs finals.

Les préjudices subis par les consommateurs ou par des entreprises victimes d'un abus de position dominante sont aussi graves que les préjudices subis en matière de cartels. Ceci dit, l'ALEDC reconnaît que l'application d'une présomption de préjudice pour les abus de position dominante se heurte au fait que (i) la notion d'abus de position dominante est plus vague et moins circonscrite que celle de cartel (ce qui peut prendre certaines entreprises par surprise) et (ii) à la différence des cartels qui sont, par définition secrets, les éléments de preuves de l'existence d'un abus sont en général plus visibles et facilement appréhendables. L'ALEDC estime que le législateur luxembourgeois pourrait envisager, dans le respect des deux considérations précédentes, d'étendre la présomption de préjudice aux infractions pour abus de position dominante. Cette présomption ne porterait, à l'instar de celle appliquée en matière d'ententes, que sur l'existence d'un préjudice. En tout état de cause, le demandeur en réparation devrait encore prouver (i) une infraction au droit de la concurrence (qu'il s'agisse d'une entente ou d'un abus de position dominante) et (ii) le lien de causalité entre l'infraction au droit de la concurrence et le préjudice présumé.

⁸ Article 17 de la Directive 2014/104/UE, respectivement l'article 3 de la Loi « dommages et intérêts ».

La même logique postule que la présomption soit appliquée également à toute violation du droit de la concurrence constatée par le Conseil.

Ensuite, l’ALEDC constate que l’autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil de la concurrence luxembourgeois s’impose au juge dans le cadre d’une action en dommages et intérêts pour préjudice subi du fait d’une infraction au droit de la concurrence.

En effet, l’article 7 du présent projet de loi prévoit qu’une décision du Conseil constatant une violation du droit de la concurrence aura force probante irréfragable. L’ALEDC regrette toutefois que le projet de loi n’étende pas ce principe aux décisions d’autres autorités de la concurrence du Réseau européen de concurrence (« REC »). En effet, de telles décisions n’auront que le caractère de « preuve *prima facie* du fait qu’une violation du droit de la concurrence a été commise ». Il s’agira donc d’un simple commencement de preuve d’une telle pratique, alors que diverses procédures de consultation et contrôle sont en place au niveau du REC pour assurer qualité et cohérence dans la prise de décision au sein des différents Etats membres. Même si la Directive ne prévoit pas de caractère probant renforcé pour les décisions définitives prises dans un autre Etat membre, l’ALEDC est d’avis que le projet de loi devrait prévoir que ces dernières puissent également bénéficier d’une force probante irréfragable lorsqu’elles appliquent les dispositions européennes du droit de la concurrence (articles 101 et 102 TFUE). Toutefois, afin de préserver un haut niveau de sécurité juridique au Luxembourg, cette présomption devrait être subordonnée à la possibilité, pour toute partie intéressée, d’exercer un recours effectif devant une juridiction luxembourgeoise à l’encontre de ces décisions étrangères. L’ALEDC est sensible aux différences existant quant à la procédure d’appel dans les différents Etats membres, tant quant aux critères appliqués en appel (annulation ou réformation) qu’une plus ou moins grande expérience de la pratique du droit de la concurrence de certaines juridictions. A ce titre, il pourrait être envisagé de faire dépendre, en droit luxembourgeois le caractère irréfragable de la présomption de l’existence de voies de recours effectives contre la décision concernée dans le pays dans lequel ladite décision a été adoptée, de telle manière que la juridiction luxembourgeoise soit assurée que la personne incriminée a effectivement eu l’opportunité de faire valoir ses droits de la défense.

Par ailleurs, l’ALEDC rappelle qu’une décision d’acceptation d’engagements par une autorité de la concurrence n’emporte aucune constatation formelle d’infraction. Afin d’accroître la sécurité juridique sur ce point, il conviendrait que le projet de loi précise que la présomption irréfragable ne s’applique pas aux décisions d’engagements, qui restent soumises aux règles générales du droit de la preuve.

Enfin, il apparaît que la Directive laisse les Etats membres régir la procédure relative aux actions en dommages et intérêts, conformément au principe de l’autonomie procédurale des Etats membres en l’absence d’harmonisation au niveau de l’Union européenne en la matière. Or, le projet de loi reste très évasif et est, selon l’ALEDC, largement insuffisant quant aux procédures à mettre en œuvre pour assurer une réparation effective des préjudices subis du fait d’une violation du droit de la concurrence national ou européen par une entreprise. Ainsi, selon l’ALEDC, l’objectif de la Directive, par ailleurs identique à celui du projet de loi dans l’exposé des motifs, tenant à renforcer la sécurité juridique des procédures des actions en dommages et intérêts pourrait ne pas être atteint. Les règles régissant la preuve sont

générales et trop vagues pour permettre une réparation effective des préjudices subis par les victimes. Selon l’ALEDC, le projet de loi gagnerait à prévoir des règles procédurales précises, notamment en matière d’accès aux preuves.

Après ces quelques remarques liminaires, nous allons procéder au commentaire article par article du projet de loi.

II. Commentaires article par article du projet de loi

L'*article premier* pourrait, à l'instar de la Directive, rappeler l'objet de la réglementation, à savoir assurer l'exercice effectif du droit, pour toute victime d'une infraction au droit de la concurrence, à obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

L'ALEDC regrette à cet égard que le projet de loi ne contienne aucune précision quant au principe de réparation intégrale du préjudice pourtant précisé à l'article 3 de la Directive. En l'absence de toute jurisprudence au Luxembourg sur ce point, il conviendrait que le projet de loi stipule expressément que le préjudice effectivement subi du fait d'une violation du droit de la concurrence couvre à la fois la perte réellement subie et le manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts à compter de la survenance du préjudice. De plus, il serait également opportun de rappeler l'interdiction pour le juge, posée par la Directive, d'accorder une réparation excessive.

L'ALEDC souhaite faire remarquer à cet égard que l'interdiction de « réparation excessive » posée dans la Directive⁹ doit être comprise dans un double sens. D'une part, elle s'oppose à ce qu'une victime obtienne une réparation allant au-delà du préjudice effectivement subi (par exemple, en exigeant la réparation de l'intégralité de son préjudice de la part de chaque auteur ou en récupérant un éventuel surcoût pourtant répercuté auprès de ses clients). D'autre part, cette disposition vise à empêcher qu'un même auteur ne soit contraint de contribuer à une réparation plus importante que celle qui lui incombe en cas de multiplicité d'auteurs, ou à réparer plusieurs fois un même préjudice, notamment en cas de transaction.

Enfin, l'ALEDC constate que le champ d'application du projet de loi est identique à celui de la Directive, outre l'absence de mention de la dimension européenne de certains marchés ; le projet de loi se concentre en effet sur des considérations stato-centrées.

L'*article 2* soulève deux remarques. Premièrement, alors que le projet de loi reprend presque mot pour mot les définitions données par la directive, à ceci près qu'il les adapte au contexte national, ledit projet donne une définition des PME inexistante dans la Directive. On relève que la référence à la recommandation 2003/361/CE de la Commission européenne¹⁰ est singulière, le projet ne se référant pas du tout à la législation nationale en la matière aux fins de cette définition.

Deuxièmement, le projet de loi ne définit pas la notion « d'auteur de l'infraction » (pourtant définie à l'article 2 de la Directive¹¹). Cette notion pourrait éventuellement être source

⁹ Aux termes de l'article 3, paragraphe 3, de la Directive : « *La réparation intégrale au sens de la présente directive 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* ».

¹⁰ Recommandation 2003/361/CE de la Commission européenne du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (N°C(2003) 1422).

¹¹ L' « auteur de l'infraction » y est défini comme « *l'entreprise ou l'association d'entreprises ayant commis une infraction au droit de la concurrence* ».

d'insécurité juridique dans la mesure où, en l'absence de toute précision sur ce point, il n'est pas certain de savoir si l'auteur de la violation se confond avec la notion « d'entreprise » utilisée en droit européen de la concurrence et emporte la possibilité d'agir contre l'ensemble du groupe de sociétés pour obtenir réparation (voir *infra*, le commentaire de l'article 8).

L'*article 3* appelle naturellement quelques commentaires, compte tenu des observations liminaires. La transposition de l'article 17 de la Directive en droit luxembourgeois est sans équivoque effectuée dans cet article qui dispose que « *Il est présumé de manière réfragable que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice* ». Cependant, force est de constater que le projet de loi ne cherche pas à aller plus loin que la Directive, ce qui est pourtant possible, et ne consacre pas une présomption de préjudice dans l'hypothèse d'une infraction au droit de la concurrence constituée par un abus de position dominante. Nous nous référons, pour le surplus aux développements consacrés dans nos préliminaires.

L'*article 4* doit faire l'objet de quelques remarques.

- D'une part, les paragraphes 1 et 2 prévoient que la production de preuves puisse être ordonnée par le juge, conformément à la lettre de la directive. Ils transposent également la possibilité pour le juge de protéger le cas échéant ces informations. Le paragraphe 1 dresse une liste non exhaustive¹² de moyens efficaces de protection parmi lesquels la possibilité de conduire des audiences à huis clos ou encore la production d'une version confidentielle des documents requis par l'une ou l'autre des parties. Nous estimons que le projet de loi a raison de prévoir qu'une demande d'entretien avec le juge puisse être demandée « sans forme »¹³. Cependant, bien que la partie ayant demandé la protection des informations sollicitées ait la possibilité d'interjeter appel de la décision du juge de donner droit à la demande de l'une des parties, nous regrettons que le projet de loi ne prévoie pas une liste des hypothèses dans lesquelles un refus peut être opposé aux parties par le juge, qui dispose dès lors d'une marge d'appréciation assez conséquente, voire discrétionnaire. Par exemple, le Projet de loi pourrait utilement prévoir qu'une telle information n'est plus protégée par la confidentialité lorsque cette information est « historique », conformément à la jurisprudence européenne qui considère que les informations perdent leur caractère confidentiel après cinq ans¹⁴. L'ALEDC souligne également l'importance qu'il y a de préciser, lorsque la production de documents est ordonnée, que l'utilisation de ceux-ci à d'autres fins que celles de l'action en réparation est interdite. Dans la foulée, il pourrait être opportun de préciser expressément le droit de demander la production de certains documents dont le demandeur pourrait ne pas avoir connaissance, dès lors que ceux-ci ont trait à une pratique anticoncurrentielle avérée.

¹² L'article 4-1 du projet de loi mentionne « ces mesures incluent », ce qui signifie que l'ensemble des mesures n'y figure pas.

¹³ Article 4-2, deuxième alinéa du projet de loi.

¹⁴ Arrêt du Tribunal du 8 mai 2012, *Spira*, affaire T-108/07, point 65 : « *ne sont ni secrètes ni confidentielles les informations qui l'ont été, mais datent de cinq ans ou plus et doivent, de ce fait, être tenues pour historiques, à moins, exceptionnellement, que la requérante ne démontre que, malgré leur ancienneté, ces informations constituent toujours des éléments essentiels de sa position commerciale ou de celle du tiers concerné* ».

- D'autre part, le paragraphe 3 instaure le principe selon lequel « *les personnes à qui une demande de production de preuves est adressée doivent faire une demande expresse* » de protection des informations communiquées. L'ALEDC estime que la rédaction de ce paragraphe pourrait gagner en clarté en précisant que cette demande expresse vise à faire consacrer le caractère confidentiel des informations dont la production a été ordonnée.
- Pour éviter des retards de production, le projet de loi pourrait instaurer, dès la procédure d'instruction devant la Conseil de la concurrence, une obligation de production d'une version non confidentielle concomitamment à tout document confidentiel sous peine de déchéance de la confidentialité. La pratique dans d'autres Etats membres montre que les débats sur la confidentialité peuvent faire bloquer la mise en état d'un dossier pendant plusieurs années.
- Il convient également de préciser que la demande de production ne peut être conditionnée par aucune exigence de preuve quant à la pertinence des documents demandés. Un lien distant avec la demande de dommages et intérêts devrait suffire.
- De manière générale, L'ALEDC insiste sur l'utilité de préciser à quel stade de la procédure une demande de production de moyens de preuve peut être introduite et de préciser les délais de procédure y afférents afin, notamment, d'éviter toute manœuvre destinée à retarder inutilement l'issue de l'action en réparation. Il s'agit, notamment, (i) du délai pour déposer une requête en production de documents une fois l'action en réparation introduite, (ii) du délai dans lequel le juge doit se prononcer quant à la requête, (iii) du délai imparti au défendeur pour justifier de la confidentialité des informations à fournir et, le cas échéant, être entendu par le juge sur ce point ainsi que (iv) du délai dans lequel la partie à qui une injonction de production de documents a été délivrée doit s'exécuter.

L'article 5, fixe les règles concernant la production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence. Cet article appelle globalement les mêmes observations que celles soulevées précédemment. Ainsi, qu'il s'agisse de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence ou non, celles-ci ne peuvent être fournies que si leur utilisation est exclusivement limitée au cadre de l'action en réparation. Des délais stricts pour la production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence devraient également être prévus.

Pour le surplus, l'article 5 appelle les quelques observations suivantes.

- Le paragraphe 1 reprend à la lettre près les éléments à prendre en compte en sus de ceux évoqués par l'article 4 par le juge lorsque ce dernier est saisi d'une demande de production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence.
- Idem pour le paragraphe 2, qui pose le principe selon lequel toutes les informations entrant directement dans le cadre de la procédure devant l'autorité de concurrence ne peuvent faire l'objet d'une ordonnance de production avant que la procédure de l'autorité en question ne soit close.

- Idem pour les paragraphes 3, 4, 5, 6 et 7.
- Les paragraphes 8 et 9 reprennent quant à eux le paragraphe 11 de l'article 6 de la Directive, en prévoyant en plus le régime des demandes de production de preuves adressées à la Commission européenne.

L'article 6, qui est une copie conforme de l'article 7 de la Directive, prévoit certaines limites à l'utilisation de preuves obtenues exclusivement par le biais de l'accès au dossier d'une ANC. L'ALEDC observe que le Projet de loi a opté pour l'irrecevabilité automatique des preuves portant sur les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et sur les propositions de transaction, bien que l'article 7 de la Directive offre également la possibilité aux Etats membres de « protéger d'une autre manière » ces preuves. De même, alors que l'article 6, alinéa 2, prévoit que les preuves obtenues dans le cadre de procédures devant une autorité de concurrence ne sont recevables qu'à la clôture de la procédure devant cette autorité, la Directive permettait également aux Etats membres de « protéger ces preuves d'une autre manière », pour autant que leur production ne nuise pas indûment à l'action de l'autorité.

L'article 7 mérite commentaires. Certes, le projet de loi luxembourgeois reproduit fidèlement la lettre de l'article 9 de la Directive. Cependant, deux éléments attirent notre attention.

Le premier est le fait que les décisions constatant une infraction au droit de la concurrence rendues par une ANC dans un autre Etat membre que le Luxembourg ne constituent qu'un commencement de preuve ; le projet de loi parle de « *preuve prima facie du fait qu'une violation du droit de la concurrence a été commise* ». Comme exposé au cours des observations liminaires, même s'il est regrettable que la Directive n'en prévoie pas expressément la possibilité, il conviendrait d'étendre cette présomption aux décisions définitives des autres autorités nationales de concurrence membres du REC statuant sur l'application des articles 101 et 102 TFUE, à condition que ces décisions soient susceptibles d'un recours effectif devant une juridiction luxembourgeoise. De même, à l'instar des règles applicables en matière de sanctions aux personnes physiques en vertu du règlement 1/2003, la protection des droits de la défense au Luxembourg pourrait également être assurée en prévoyant que le juge vérifie si la décision d'une autorité de la concurrence d'un autre Etat membre a été prise selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense que celui reconnu au Grand-Duché de Luxembourg¹⁵. En tout état de cause, l'ALEDC salue le fait que l'exposé des motifs prévoit expressément que le juge peut librement choisir de conférer aux décisions des autorités de concurrence des autres Etats membres une force probante supérieure.

L'ALEDC entend souligner que le caractère obligatoire des décisions d'une autorité de concurrence ne vaut que pour les décisions de constatations d'infraction. La présomption irréfragable ne porte donc pas sur les décisions en matière d'engagements – qui n'établissent pas d'infraction¹⁶ – ou sur les décisions concluant à l'absence d'infraction. Ces deux derniers

¹⁵ Voir le 16^{ème} considérant du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

¹⁶ Voir le 13^{ème} considérant du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

types de décisions sont sans préjudice de la faculté donnée au juge de conclure ou non à une violation du droit de la concurrence, selon les règles du droit commun de la preuve.

L'article 8 porte sur la responsabilité solidaire. Il transpose intégralement l'article 11 de la Directive. Cette disposition n'appelle aucun commentaire particulier ; nous saluons le maintien dans le projet de loi luxembourgeois de la distinction entre l'immunité relative à l'infraction – obtenue via un programme de clémence par exemple – et l'immunité relative à la responsabilité dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, voulue par la Directive. En effet, celle-ci vise à garantir que la responsabilité sera toujours portée par une entreprise lorsqu'une infraction au droit de la concurrence est commise. Nous soulignons en outre que l'article 8 consacre le principe du droit à réparation intégrale au profit des victimes d'infractions au droit de la concurrence.

Sans préjudice de la proposition formulée *supra* quant à l'insertion, à l'article 2, d'une définition claire de la notion « d'auteur d'infraction », l'article 8 pourrait être utilement complété en prévoyant des règles de partage de responsabilités en présence d'un groupe de sociétés. Ainsi, la jurisprudence « AKZO » de la Cour de justice applicable en matière d'amendes¹⁷ pourrait être étendue à la réparation du préjudice subi en prévoyant que les sociétés mères peuvent être déclarées responsables des infractions (et donc redevables de dommages et intérêts) commises par leurs filiales lorsque ces dernières sont détenues à 100% par la société mère ou agissent sous la direction de celle-ci.

L'article 9 comporte une dérogation au principe de la réparation intégrale voulue par la Directive, volonté transposée dans le projet de loi luxembourgeois. Il prévoit que la répercussion du surcoût résultant de la violation du droit de la concurrence pourra être invoquée par l'auteur de ladite infraction comme moyen de défense dans le cadre d'une action en dommages et intérêts à son encontre. Evidemment, la charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur. Cet article pourrait être complété en indiquant clairement que le juge estime lui-même la part du surcoût qui a été répercutée sur les acheteurs indirects, afin d'éviter que la perte subie versée à un niveau de la chaîne de distribution, n'excède pas le préjudice du surcoût causé à ce niveau.

L'article 10 transpose l'article 14 de la Directive relatif aux acheteurs indirects. La disposition prévoit que « *pour apporter la preuve de l'existence et de l'ampleur de la répercussion du surcoût par l'auteur d'une violation du droit de la concurrence, le demandeur peut exiger la production d'informations par le défendeur ou par des tiers* ». En effet, la directive prévoit que le demandeur supporte la charge de la preuve lorsque l'existence d'une demande de dommages et intérêts est fonction de la répercussion ou non du surcoût sur le demandeur ou de l'ampleur de cette répercussion. Transposant l'article 14 de la Directive, l'article 10 du projet de loi prévoit que lorsque l'acheteur indirect prouve que le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence ayant entraîné un surcoût pour l'acheteur direct (le fournisseur par exemple) et que l'acheteur indirect s'est approvisionné auprès de l'acheteur direct, l'acheteur indirect est « *réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre* ». Cette transposition n'appelle pas de commentaire particulier, si ce n'est que nous saluons le fait

¹⁷ Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *AKZO Nobel*, affaire C-97/08 P.

qu'elle soit plutôt facile à rapporter, sous réserve de la coopération de l'acheteur direct, qui sera amené à communiquer certains éléments de preuve.

L'ALEDc observe encore qu'à la différence des acheteurs indirects, l'auteur de l'infraction ne bénéficie pas d'une présomption de répercussion du surcoût par son client direct et devra donc apporter la preuve de celle-ci. Il en résulte une asymétrie dans la présomption de passing-on, qui pourrait éventuellement être considérée discriminatoire, et donc gommée dans le projet de loi en étendant la présomption de passing-on également aux acheteurs directs.

Cette présomption a pour revers de médaille pour l'entreprise auteur de l'infraction que si elle réussit à démontrer la répercussion du surcoût sur les clients indirects, elle favorisera dans le même temps les actions en réparation des consommateurs finals. D'autre part, si cette entreprise choisit de transiger, elle s'expose à payer deux fois, en contradiction avec l'interdiction de réparation excessive : la première fois, le client direct suite à la transaction, la seconde fois les clients indirects ou consommateurs finals dans le cadre d'une action séparée.

L'article 11 constitue une copie conforme de l'article 15 de la Directive relatif aux actions en dommages et intérêts intentées par des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution. Cette disposition vise en substance à assurer que des actions abusives en dommages et intérêts ne soient intentées par des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution. Ainsi, devront être prises en compte par les juridictions luxembourgeoises les actions déjà intentées devant leur prétoire par des demandeurs situés à d'autres niveaux ou encore des décisions rendues par lesdites juridictions. Aucun commentaire spécifique n'est requis.

L'article 12 transpose l'article 18 de la Directive. Il dispose que l'initiation d'une procédure de règlement consensuel du litige suspend le délai de prescription fixé pour intenter une action en dommages et intérêts. Cette disposition est heureuse car elle s'inscrit dans la logique du droit civil luxembourgeois, dans lequel le règlement consensuel des litiges suspend systématiquement les délais de recours des actions judiciaires. Le paragraphe 2 de l'article 12 dispose que ce délai est susceptible d'aller jusqu'à 2 ans, non prorogeable. Nous constatons toutefois que le projet de loi luxembourgeois n'a pas fait sien du paragraphe 3 de l'article 18 de la Directive, qui prévoyait qu'une autorité de la concurrence pouvait considérer la réparation versée à la suite d'un règlement consensuel avant le prononcé d'une décision par une juridiction judiciaire ordonnant le paiement d'une amende comme constituant une circonstance atténuante. Même si cet *oubli* n'est pas préjudiciable en soi, nous nous interrogeons tout de même sur celui-ci.

L'article 13 transpose fidèlement l'article 19 de la Directive, qui règle les rapports entre la victime d'une infraction et les co-auteurs éventuels de celle-ci, selon qu'ils sont partie ou non au règlement consensuel. Nous estimons que ces règles tendent à répondre au principe d'une réparation intégrale du préjudice de la victime d'une infraction au droit de la concurrence, et rappelons qu'elle ne peut aboutir à une réparation excessive.

L'article 14 relatif à la condamnation aux dépens fait écho à l'article 8 de la Directive relatif aux sanctions que les juridictions peuvent imposer aux parties lorsque celles-ci ne respectent pas une injonction de production de preuves, refusent de s'y conformer ou encore violent les

dispositions relatives à l'utilisation des preuves. La Directive mentionnait l'exigence de proportionnalité ainsi qu'elle insistait sur le caractère dissuasif desdites sanctions : nous déplorons dès lors que le projet de loi n'ait pas repris ces précisions. En effet, il est susceptible qu'il résulte de l'application de cette disposition un large pouvoir d'appréciation dans le chef des juridictions, à même de prononcer des sanctions excessives, et donc contraires à l'exigence de proportionnalité, ou dérisoires, et donc contraires à l'exigence du caractère dissuasif des sanctions. Nous constatons également que le projet de loi n'a pas fait usage des facultés laissées par la Directive de tirer des conclusions défavorables en cas de non-respect des dispositions relatives à la preuve. La Directive prévoit en effet, par exemple, la possibilité de présumer que la violation du droit de la concurrence est avérée si l'auteur présumé de l'infraction refuse de produire les éléments de preuve ou détruit ceux-ci. Cette absence de mention expresse n'est toutefois pas problématique, puisque comme rappelé dans le commentaire des articles, cette possibilité est en tout état de cause offerte au juge en vertu du droit commun.

L'article 15 traite de la question des délais de prescription, lesquels sont conformes aux principes procéduraux judiciaires classiques (commencement du délai de prescription dès la connaissance par la victime du comportement infractionnel lui ayant causé un préjudice, effet suspensif d'un acte d'une autorité de concurrence, etc.), et n'appelant dès lors aucun commentaire. L'ALEDC remarque que l'article 15 ne requiert pas de modification du Code civil sur ce point puisque le droit luxembourgeois prévoit des délais de prescription de droit commun plus favorables (30 ans ou 10 ans entre commerçants).

L'article 16 porte certaines modifications de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et n'appelle aucun commentaire particulier.

III. Recommandations

En conclusion, compte tenu de l'expérience pratique des membres de l'ALEDC et dans l'objectif de permettre une indemnisation effective et pas théorique des victimes de pratiques anticoncurrentielles à Luxembourg, ainsi que d'assurer une sécurité juridique indispensable à tous les acteurs concernés, l'ALEDC recommande au gouvernement de revoir le projet de loi déposé en insérant :

- une présomption de préjudice également en cas d'abus de position dominante et toute autre violation constatée au droit de la concurrence;
- des règles procédurales plus précises concernant l'utilisation de preuve, notamment en changeant les règles du code de procédure civile et d'attendre les projets de lois belges et français, tout en facilitant l'obtention par les demandeurs de tout élément de preuve pertinent ;

- le principe en droit luxembourgeois que les décisions d'une autorité de la concurrence faisant partie du réseau européen des autorités de concurrence, décisions ayant retenu une infraction aux articles 101 et/ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et ayant autorité de chose jugée constituent une présomption simple d'une infraction à l'article 101 ou 102 TFUE et donc également une présomption de preuve réfragable devant les juridictions luxembourgeoises dans les conditions précitées ;

Luxembourg, le 15 juillet 2016