

Projet de loi

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

Avis du Conseil d'État

(24 mai 2016)

Par dépêche du 7 mars 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Économie.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'un tableau de correspondance avec les dispositions de 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, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que du texte coordonné de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Les avis de l'Union luxembourgeoise des consommateurs et de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement du 26 avril 2016 et du 20 mai 2016.

Selon la lettre de saisine, les avis de la Chambre des métiers et du Conseil de la concurrence ont été demandés ; or, ils ne sont pas encore parvenus au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen a pour but de transposer en droit national la directive 2014/104/UE précitée qui entend faciliter la mise en œuvre des actions en dommages et intérêts résultant d'une violation des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou des dispositions nationales interdisant les ententes et les abus de position dominante.

Il ne fait aucun doute que les dispositions du Code civil relatives à la responsabilité civile permettent d'ores et déjà la réparation du préjudice causé par la violation des règles nationales et européennes du droit de la concurrence¹.

¹ Cass.com. français 6 octobre 2015, RJDA 4/16, n° 323

Au-delà de l'action des autorités nationales et européennes de concurrence aux fins de sanctionner les ententes ou abus de position dominante prohibés, l'action en dommages et intérêts dirigée contre les auteurs des violations du droit de la concurrence « permet également une meilleure dissuasion car elle fait peser sur les entreprises une menace plus lourde en multipliant les coûts (amende administrative et dommages intérêts) »².

La directive 2014/104/UE qu'il s'agit de transposer vise à faciliter les actions en dommages et intérêts suite à une violation du droit de la concurrence constatée par la Commission européenne, le Conseil de la concurrence ou une autre autorité nationale de concurrence du droit de la concurrence. Comme le soulignent les auteurs du projet de loi sous avis, « l'exercice du droit à indemnisation se heurtait à un problème majeur, celui de l'accès aux preuves. En effet, les actions en dommages et intérêts dans les affaires portant sur des ententes requièrent généralement l'examen d'un grand nombre de données factuelles. La difficulté propre aux ententes est que les preuves pertinentes ne sont que très difficilement accessibles, car détenues par la partie à l'origine du comportement anticoncurrentiel, nécessairement secret ».

Le projet de loi sous examen transpose la directive 2014/104/UE précitée au moyen d'une loi spéciale. Une alternative aurait été d'intégrer les dispositions relatives aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence dans la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence afin de disposer en cette matière d'un seul texte de loi (à côté du Code civil) et d'éviter ainsi une multiplication de textes dont la justification n'est pas évidente.

Examen des articles

Article 1^{er}

Les dispositions contenues à l'article 1^{er} sont superfétatoires car elles n'ont pas de valeur normative.

Si la Chambre des députés entend les maintenir, le Conseil d'État tient à faire les observations suivantes : d'une part, il doit formellement s'opposer au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, qui dispose que « la présente loi a encore pour objet de fixer les règles coordonnant la mise en œuvre de l'action publique et privée dans le domaine du droit de la concurrence ». Cet alinéa est source d'insécurité juridique, étant donné que le terme d'« action publique » est un terme consacré et vise l'action du ministère public. En outre, même si on interprétait ce terme comme visant l'action de l'autorité nationale de concurrence ou de la Commission européenne, *quod non*, l'objet du projet de loi sous examen n'est pas de régir l'action de ces autorités en cas de violation du droit national ou européen de la concurrence, mais de fixer « les règles coordonnant la mise en œuvre des règles de concurrence par les autorités de concurrence et la mise en œuvre de ces règles dans le cadre d'actions en dommages et intérêts intentées devant les juridictions nationales »³. Le principe fixé à l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de la directive

² Observations sous Cass.com. 6 octobre 2015 précité

³ Article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2014/104/UE

2014/104/UE selon lequel « toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence [ou, pour reprendre les termes du projet de loi, par une violation du droit de la concurrence] commise par une entreprise ou association d'entreprises [peut] exercer effectivement son droit de demander réparation intégrale de ce préjudice à ladite entreprise ou ladite association » pourrait, si besoin en était, figurer au paragraphe 1^{er} de l'article sous rubrique. Il en va de même de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2014/104/UE.

Le paragraphe 2 en vertu duquel « les dispositions de la [présente] loi s'appliquent en sus du droit commun applicable aux actions en dommages et intérêts, en cas de conflit avec le droit commun les dispositions de la présente loi priment » est superfétatoire, dans la mesure où il s'agit d'une application du principe selon lequel les lois spéciales s'appliquent en sus des lois générales. S'il était néanmoins maintenu, il conviendrait de subdiviser ce paragraphe en deux phrases.

Article 2

L'article 2 du projet de loi contient les définitions reprises de l'article 2 de la directive 2014/104/UE.

Les auteurs du projet de loi s'éloignent de la directive en ce qu'ils ont transposé la notion de « infraction au droit de la concurrence » par celle de « violation du droit de la concurrence ». Le Conseil d'État peut y marquer son accord, mais souligne que le terme d'« infraction » se retrouve à l'article 8 et à l'article 13 du projet de loi. Il faudra assurer une certaine cohérence à ce sujet.

Le Conseil d'État note que la définition de « auteur de l'infraction » (qui sera à adapter en « auteur de la violation ») contenue dans la directive n'a pas été reprise à l'article 2, alors que ces termes sont utilisés dans le reste du dispositif et notamment à l'article 2, point 16 concernant la définition de l'acheteur direct.

La définition de l'« entente » est celle de la directive 2014/104/UE, même s'il aurait été plus avisé de se référer à l'« entente » au sens de l'article 101 TFUE et de l'article 3 de la loi précitée du 23 octobre 2011.

Article 3

L'article sous examen transpose l'article 17, paragraphe 2, de la directive 2014/104/UE et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 4

L'article sous examen permet au juge saisi de l'affaire d'occulter des passages confidentiels des pièces qu'une partie ou un tiers peuvent être enjoins à produire dans une instance de dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence. Si le droit commun permet déjà à l'heure actuelle au juge d'occulter des pièces ou passages de pièces dont le contenu est confidentiel, le Conseil d'État ne s'oppose pas à ce qu'un régime particulier soit prévu dans le cadre d'actions en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence. Il propose toutefois d'ajouter à l'énumération des garanties prévues au paragraphe 1^{er} la possibilité pour le

juge d'écarter du débat l'intégralité de pièces qui y sont étrangères ou non pertinentes pour la solution du litige.

L'article sous examen transpose l'article 5 de la directive 2014/104/UE, mais les critères figurant à l'article 5, paragraphe 3, de cette directive ne sont pas transposés dans la loi en projet, alors même que le commentaire de l'article 4 y fait référence. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'État exige que l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2014/104/UE précitée soit transposé à l'article 4 de la loi en projet.

Dans la mesure où le projet de loi sous examen prévoit un régime particulier du traitement de pièces contenant des informations confidentielles, le Conseil d'État demande que l'article 5, paragraphe 2, soit complété par une disposition identique à celle de l'article 286 du Nouveau Code de procédure civile, en vertu duquel « la décision du juge est exécutoire à titre provisoire, sur minute s'il y a lieu ».

Comme c'est déjà le cas en droit commun, la personne ayant fait la demande de protection des informations peut faire appel de la décision du juge rejetant le caractère confidentiel de tout ou partie des pièces qui sont demandées à être produites, et le délai d'appel est de quinze jours à partir du prononcé de la décision du juge. Le Conseil d'État relève cependant qu'il faudra une signification de cette décision aux fins d'exécution⁴.

Le Conseil d'État demande la suppression de l'alinéa 2 du paragraphe 3 pour être superfétatoire, dans la mesure où cette disposition est prévue par le paragraphe 2, alinéa 2.

Article 5

L'article 5 sous rubrique transpose l'article 6 de la directive 2014/104/UE relatif à la production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence.

Le Conseil d'État note que le paragraphe 1^{er} de l'article 5 sous examen, qui transpose l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2014/104/UE, ne fait pas référence aux critères de droit commun visés à l'article 5, paragraphe 3, de cette directive que la loi en projet a omis de transposer, et au sujet de laquelle le Conseil d'État a formulé une opposition formelle à l'endroit de l'article 4. La référence aux règles concernant l'appréciation du caractère proportionnel d'une demande de production de preuve par le juge, que la directive prévoit à l'article 6, paragraphe 4, devra sous peine d'opposition formelle être inscrite à l'article 5, paragraphe 1^{er} sous avis. En effet, les critères figurant sous les points a) à c) de l'article 5, paragraphe 1^{er} sous avis, s'ajoutent au critère de proportionnalité qui doit être transposé à l'endroit de l'article 4 de la loi en projet.

Au paragraphe 4 de l'article sous examen, il convient de remplacer « un programme de clémence » par « une déclaration effectuée en vue d'obtenir la clémence », étant donné que l'article 6, paragraphe 7, de la directive renvoie à l'article 2, point 16) de cette dernière, et non pas au programme de clémence défini à l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 15), de la directive.

⁴ T. Hoscheit, Le Droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, page 358, n° 680

Le paragraphe 8 permet à l'autorité de concurrence, à laquelle est adressée une demande de production de pièces, de présenter ses observations relatives à la proportionnalité des demandes de production des preuves au juge qui a effectué cette demande. Ce paragraphe prévoit que ces observations doivent intervenir dans les quinze jours à compter du jour de la réception de la demande de production de preuves. Ce délai ne figure pas à l'article 6 de la directive 2014/104/UE, ni d'ailleurs à l'article 33, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence modifiée par l'article 16, paragraphe 3, du projet de loi sous examen. Il n'en demeure pas moins qu'il est important que le juge puisse prendre une décision passé un certain délai suivant les circonstances de la cause. Ce sera au juge – et non à la loi – de fixer ce délai.

Article 6

L'article 6, qui transpose l'article 7 de la directive 2014/104/UE, concerne les limites à l'utilisation des preuves obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence.

Si l'article sous examen transpose fidèlement l'article 7 de la directive précitée, le Conseil d'État constate qu'au paragraphe 3, les auteurs du projet de loi ont, *in fine*, omis d'ajouter les termes « ce qui inclut la personne qui a racheté sa demande », alors que ces termes figurent dans la définition d'« action en dommages et intérêts » et au paragraphe 3 de l'article 7 de la directive.

Article 7

L'article 7 transpose l'article 9 de la directive 2014/104/UE et règle les effets des décisions des autorités de concurrence.

Au paragraphe 2, les auteurs du projet de loi ont transposé littéralement le paragraphe correspondant de la directive. Celle-ci demande aux États membres de veiller à ce qu'une décision finale prise par une autorité de concurrence soit acceptée, au moins en tant que preuve *prima facie* du fait qu'une violation du droit de la concurrence a été commise.

Le Conseil d'État considère que les termes « au moins » et « *prima facie* » doivent être supprimés. Une décision définitive prise par une autorité d'un autre État membre constatant l'existence d'une violation du droit de la concurrence constitue la preuve de l'existence d'une telle violation. Dans ce contexte, les termes « *prima facie* » ne sont, quel que soit le choix retenu, d'aucune plus-value, ceci d'autant plus que l'utilisation des termes latins doit être proscrite dans des textes ayant valeur normative.

Article 8

L'article 8 de la loi en projet qui transpose l'article 11 de la directive 2014/104/UE concerne la responsabilité solidaire des auteurs d'une violation du droit de la concurrence.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 11 de la directive précitée n'est pas transposé par la loi en projet, alors qu'il s'agit d'une confirmation des règles de droit commun en matière de responsabilité solidaire. L'article 8 de la loi en projet transpose, par contre, les dérogations à cette responsabilité

solidaire, étant précisé que l'application de ces dérogations, notamment celles prévues au paragraphe 1^{er}, point b), ne sera pas sans poser de problème en pratique.

Le Conseil d'État constate qu'au paragraphe 5, les auteurs du projet de loi ont repris les termes de la directive qui renvoie à l'infraction « du droit de la concurrence », alors que les auteurs du projet de loi ont utilisé les termes de « violation du droit de la concurrence ». Il renvoie à son observation qu'il a faite concernant l'article 2, point 1) du projet de loi sous avis.

Article 9

L'article sous examen transpose l'article 13 de la directive 2014/104/UE et n'appelle pas d'observation.

Article 10

L'article sous examen transpose l'article 14 de la directive 2014/104/UE. Pourquoi s'être départi de l'intitulé de cet article 14 ?

Le Conseil d'État relève que l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive est couvert par le droit commun et que sa transposition est dès lors superflue.

Il note par ailleurs que la transposition envisagée à l'article 9, paragraphe 1^{er}, sous avis n'est pas correcte, en ce qu'à l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive il n'est pas question de « moyens de défense » mais de « charge de la preuve ». Le Conseil d'État s'y oppose dès lors formellement. Ainsi, soit le paragraphe 1^{er} est à supprimer pour être superflu, soit ce paragraphe devra reprendre l'article 14, paragraphe 1^{er} de la directive.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 1^{er} de l'article sous examen qui, d'une part, est en large partie couvert par l'article 9, alinéa 2, de la loi en projet et, d'autre part, ne transpose pas l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive.

À l'article 10, paragraphe 2, alinéa 2, il convient d'écrire :

« Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque le défendeur peut démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect ou qu'il ne l'a pas été entièrement. »

Il n'y a pas lieu de reprendre la précision « à la satisfaction du juge » dans la mesure où, si le juge retient un moyen c'est parce qu'il en a été satisfait.

Article 11

L'article sous examen traite des actions en dommages et intérêts intentées par des personnes lésées situées à des niveaux différents de la chaîne de distribution. Il convient de supprimer les termes « par tous moyens à sa disposition » car il n'est pas besoin de rappeler au tribunal qu'il doit utiliser tous les moyens à sa disposition en matière de preuve.

Article 12

Le Conseil d'État constate que la deuxième phrase du paragraphe 1^{er} de l'article 18 de la directive 2014/104/UE n'a pas été transposée. Pour cette raison, le Conseil d'État doit donc s'opposer formellement au paragraphe 1^{er} de l'article sous examen.

L'article sous examen reprend les termes de l'article 18, paragraphe 2, de cette directive, qui indique que le délai peut aller jusqu'à deux ans. Il convient, soit de fixer dans la loi un délai de suspension, soit d'indiquer clairement qu'il appartient au juge saisi de l'affaire de fixer le délai de suspension pouvant aller jusqu'à deux ans. Dans la mesure où les termes utilisés par les auteurs du projet de loi ne transposent pas correctement la directive, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 2 de l'article sous examen.

Article 13

L'article 13 transpose l'article 19 de la directive 2014/104/UE, et n'appelle pas d'observation quant au fond.

Le Conseil d'État exige que le terme « la victime », figurant aux paragraphes 1^{er} à 3 de l'article 13 de la loi en projet, soit remplacé par « la partie lésée », puisque « la victime » n'est pas un terme défini et que la directive utilise le terme « la partie lésée », qui est également défini à l'article 2.

Aux paragraphes 2, 3 et 4, le terme « infraction » doit être remplacé par le terme de « violation », dans la mesure où les auteurs du projet de loi ont pris le parti de renvoyer à une violation du droit de la concurrence, et non pas à l'infraction au droit de la concurrence.

Au paragraphe 2, les auteurs du projet de loi feraient mieux de reprendre littéralement la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 19 de la directive 2014/104/UE, qui est plus précise.

Article 14

L'article sous examen prévoit que le juge saisi d'une action en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence peut sanctionner l'une des parties ou les tiers ou leurs représentants légaux, lorsqu'ils commettent l'un des faits qui y sont énumérés et qui sont repris de l'article 8 de la directive 2014/104/UE. La sanction prévue est la mise à charge de la partie ou du tiers ou de leurs représentants légaux de « la totalité ou une fraction des dépens ».

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à l'article sous examen. En effet, en premier lieu, les dépens ne peuvent être imposés qu'à une partie à un litige et non pas à un tiers, et encore moins aux représentants légaux d'une partie tierce à un litige. En second lieu, les dépens, vu leur faible montant en droit judiciaire luxembourgeois, ne constituent pas une sanction appropriée telle qu'exigée par la directive 2014/104/UE.

Article 15

L'article 15 concerne les délais de prescription et n'appelle pas d'observation.

Article 16

L'article 16, paragraphe 3, qui ajoute un nouveau paragraphe 2 à l'article 33 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, vise la possibilité pour le Conseil de la concurrence de produire des observations sur les pièces figurant dans son dossier. Le délai de quinze jours, tel que prévu à l'article 5, paragraphe 8 de la loi sous rubrique, n'y figure pas. Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant cet article du projet de loi.

Le dernier alinéa du nouveau paragraphe 2 de l'article 33 qui permet au Conseil de la concurrence, « s'il l'estime convenable », de prêter assistance aux juridictions de l'ordre judiciaire qui en font la demande pour quantifier le montant des dommages et intérêts, doit être reformulé. En effet, l'expression « s'il l'estime convenable » témoigne d'une certaine supériorité du Conseil de la concurrence par rapport aux juridictions de l'ordre judiciaire. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de déterminer s'il est convenable ou non pour lui de prêter une telle assistance. Le Conseil d'État insiste pour que le terme « convenable » soit remplacé par celui d'« appropriée » qui est celui employé à l'article 17, paragraphe 3 de la directive.

Article 17

Cet article n'appelle pas d'observation quant au fond.

Observations d'ordre légistique

Article 1^{er}

Il est superflu de préciser qu'il s'agit de la « présente » loi. Le Conseil d'État propose dès lors d'omettre le terme « présente » à la première phrase de l'article sous avis.

Article 2

La visibilité des définitions commande de les placer dans un ordre alphabétique.

Dans la définition de l'« action en dommages et intérêts », il convient d'écrire « le droit de la concurrence de l'Union européenne » et remplacer la référence au « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » par « TFUE » dont l'abréviation se trouve dans la définition de « violation du droit de la concurrence ». Si les définitions sont placées par ordre alphabétique, il faudra déplacer les définitions des abréviations « TFUE » et « loi concurrence » au premier endroit du dispositif où il est fait usage de ces termes. En outre, il convient de préciser l'intitulé du règlement (CE) n° 1/2003 en écrivant 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. Vu la longueur de la définition, le Conseil d'État

se demande s'il n'est pas plus approprié de scinder la définition en deux, à savoir la définition de « action en dommages et intérêts » et celle de « droit national de la concurrence » à l'instar de ce qui a été fait dans la directive 2014/104/UE. Dans ce cas, il faudra mentionner l'intitulé du règlement européen 1/2003 à la définition de « autorité de concurrence ».

En ce qui concerne la définition de l'« autorité de concurrence », il convient de mentionner « la Commission européenne » et remplacer « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » par « TFUE ».

Il faut encore remplacer « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » par « TFUE » dans la définition du « programme de clémence »,

L'intitulé complet et la date de la recommandation 2003/361/CE doivent être indiqués dans la définition de la « PME ». Il faudra ainsi écrire :
« recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises. »

Article 4

À l'article 4, paragraphe 1^{er}, il convient d'écrire :

« [...] la production d'informations confidentielles est ordonnée par le juge, ce dernier applique [...]. »

En outre, au paragraphe 2, alinéa 3, les termes « sans forme » doivent être supprimés pour être superfétatoires.

Article 5

À l'article 5, paragraphe 5, la référence doit être faite au paragraphe 3, et non pas au paragraphe 4. Au paragraphe 9, il convient de compléter l'intitulé du règlement n° 1206/2001 en écrivant règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, et de supprimer, au dernier alinéa, les termes « telle qu'elle a été modifiée ».

Article 6

À l'article 6, paragraphe 3, les termes « du présent article » peuvent être supprimés, pour être superfétatoires.

Article 10

À l'article 10, paragraphe 2, l'alinéa 2 doit être rédigé comme suit :

« Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque le défendeur peut démontrer que le surcoût [...]. »

Article 16

À l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire :

« Le Conseil de la concurrence fournit ses preuves conformément à l'article 5 de la loi du JJ/MM/AA [...]. »

À l'alinéa 2, il convient d'écrire « article 5, paragraphe 8 » au lieu de « article 5(8) ».

Article 17

D'un point de vue rédactionnel, il convient de formuler l'article 17 de la manière suivante :

« La présente loi ne s'applique pas aux actions en dommages et intérêts introduites avant son entrée en vigueur. »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 24 mai 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes