

FIDE 2016 QUESTIONNAIRE

<p>Contentieux indemnitaires et réparation collective en droit européen de la concurrence</p>
--

BELGIQUE

Rapport préparé par :

Hakim Boularbah

Professeur à l'Université de Liège et avocat

Damien Gerard

Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain et avocat

Xavier Taton

Maître d'enseignement à l'Université libre de Bruxelles et avocat

I. QUESTIONS GENERALES SUR LE CONTENTIEUX INDEMNITAIRE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Q1 : Les arrêts de la CJUE dans les affaires « *Courage* » (C-453/99) et « *Manfredi* » (C-295/04) ont-ils eu un impact sur le contentieux indemnitaire en droit européen de la concurrence (article 101 et 102 TFUE) dans le système juridique de votre pays ? Si c'est le cas, merci de préciser quels ont été leurs effets ? Les principes d'équivalence et d'effectivité ont-ils eu une influence sur ces effets ? Sur quel droit peut-on fonder une action judiciaire dans votre pays : Le droit européen ou le droit national – droit des contrats et/ou de la responsabilité, ou droit de l'enrichissement sans cause ?

Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires « *Courage* » et « *Manfredi* » n'ont pas eu d'impact identifiable sur le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence en Belgique. Cette absence d'impact s'explique par le fait qu'en droit belge, toute violation d'une règle de droit constitue une faute, pour autant que la règle violée impose ou interdise un comportement spécifique et que sa violation soit imputable au défendeur en responsabilité. Cette jurisprudence s'applique aux pratiques restrictives de concurrence qui sont prohibées par les articles 101 ou 102 TFUE ou par leurs équivalents en droit belge, les articles IV.1 et IV.2 du Code de droit économique. Sans devoir recourir aux principes d'équivalence et d'effectivité, le droit belge fournit donc des fondements juridiques pour le contentieux indemnitaire en cas de violation du droit européen ou belge de la concurrence.

Une action judiciaire peut être introduite devant les cours et tribunaux belges tant pour violation du droit européen de la concurrence (spécialement les articles 101 ou 102 TFUE) que du droit belge de la concurrence (spécialement les articles IV.1 ou IV.2 du Code de droit économique).

Le droit belge permet l'introduction de plusieurs types d'actions judiciaires en cas d'infraction au droit de la concurrence. Sauf disposition dérogatoire, ces actions restent soumises aux règles ordinaires de procédure et de droit privé.

Dans la majorité des cas, les actions introduites se fondent sur le droit des contrats (annulation des accords restrictifs de concurrence), sur le droit de la responsabilité (réparation du préjudice causé par la faute) ou sur le droit des pratiques du marché (cessation des pratiques du marché déloyales).

Q2 : Pour quels *types de demandes* les actions indemnitaires en droit de la concurrence sont-elles ouvertes et utilisées en pratique dans votre pays ? Quels types d'instruments/de recours (tels que les actions en nullité contractuelle, en injonction de cessation, en dommages et intérêts, en confiscation des bénéfiques) peuvent être exercés dans le contentieux de l'indemnisation, et qui peut les mettre en œuvre ?

En vertu des articles 101, § 2 TFUE et IV.1, § 2 du Code de droit économique, toute personne intéressée peut demander l'annulation d'un accord ou d'une décision d'association d'entreprise qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. La nullité d'un tel accord ou d'une telle décision d'association d'entreprises peut être demandée à titre principal, ou être invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une action en exécution forcée d'un accord ou d'une décision d'une association d'entreprises.

Sur la base de l'article 1382 du Code civil, toute personne préjudiciée peut introduire une action en réparation du préjudice qui lui a été causé par une faute, qui peut être une infraction au droit de la concurrence. Le Titre II du Livre XVII du Code de droit économique permet

également à certains représentants d'introduire des actions en réparation collective contre une ou plusieurs entreprises en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi par un groupe de consommateurs (voyez les réponses aux questions 28 et 30 ci-dessous). Les dommages et intérêts sont déterminés sur la base du préjudice subi par la victime de l'infraction et non des bénéfices retirés par l'auteur de l'infraction (voyez la réponse à la question 13 ci-dessous). Il n'y a donc pas d'action judiciaire en confiscation de bénéfices.

Enfin, le Titre I du Livre XVII du Code de droit économique permet aux intéressés, à certaines autorités publiques et à certaines associations d'agir en cessation d'une infraction au droit de la concurrence (voy. la réponse à la question 28 ci-dessous).

Q3 : Avec quelle fréquence sont employées, si elles sont ouvertes, les actions suivantes : (a) actions en nullité contractuelle fondées sur une infraction au droit de la concurrence ; (b) recours en injonction de cessation en droit de la concurrence ; (c) actions en dommages et intérêts ; (d) actions en confiscation de bénéfice ? Ces procédures se heurtent-elles à des difficultés dans votre pays ? Si c'est le cas, comment ces difficultés pourraient-elles être surmontées ? Pensez-vous que les actions de type (a) (b) et (c) relatives aux infractions aux articles 101 et 102 du TFUE se heurtent à des difficultés au regard des principes d'équivalence et d'effectivité ?

Aucune statistique officielle n'est disponible pour le contentieux indemnitaire belge en droit de la concurrence. La doctrine indique toutefois que les demandes d'annulation de contrats et les actions en cessation représentent l'écrasante majorité des procédures qui ont été introduites à ce jour. Les causes de nullité contractuelle sont elles-mêmes le plus souvent postulées à titre de défenses à l'encontre d'actions en exécution des contrats concernés.

Si les actions en dommages et intérêts restent nettement minoritaires, leur nombre a toutefois augmenté au cours des dernières années.

Comme indiqué dans la réponse à la question 1 ci-dessus, les règles belges applicables au contentieux indemnitaire en droit de la concurrence ne suscitent aucune difficulté au regard des principes d'équivalence et d'effectivité.

Certains auteurs soutiennent que les actions indemnitaires en droit de la concurrence se heurteraient à de trop grandes difficultés au niveau de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité. Si les actions pour infraction au droit de la concurrence peuvent effectivement donner lieu à des questions litigieuses complexes, ces difficultés semblent pouvoir être surmontées si les parties demanderesse et leurs conseils fournissent les efforts nécessaires pour faire établir les faits reprochés et pour évaluer les dommages causés de manière objective sur la base de démonstrations empiriques étayées.

Q4 : Les actions autonomes sont-elles juridiquement possibles et utilisées en pratique dans votre pays ? Y a-t-il eu des actions de suivi fondées sur les décisions de la Commission européenne ou de l'autorité nationale de la concurrence reconnaissant l'existence d'une infraction ? Si c'est le cas, donnez-nous une brève présentation de ces affaires.

Les actions autonomes sont juridiquement possibles et sont fréquemment utilisées en pratique en Belgique. En effet, l'écrasante majorité des actions en nullité contractuelle et des actions en cessation sont introduites sans qu'une décision ait été préalablement prononcée par la Commission européenne ou par une autorité nationale de concurrence.

Il y a lieu de remarquer que lorsqu'une action en cessation est déclarée fondée, le président du tribunal constate nécessairement une violation du livre VI du Code de droit économique. Cette violation peut elle-même être invoquée en tant que faute à l'appui d'une action ultérieure en dommages et intérêts. Des jugements de cessation peuvent dès lors constituer le fondement d'actions de suivi en indemnisation.

Des actions de suivi ont également été introduites sur le fondement de décisions de la Commission européenne et de l'Autorité belge de la concurrence reconnaissant la commission d'infractions. Des jugements ont été prononcés dans les trois affaires suivantes.

Les deux premières affaires ont donné lieu à des jugements du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles du 24 novembre 2014 et du 24 avril 2015 concernant le « cartel des ascenseurs »¹. Ces actions ont été introduites par l'Union européenne, l'Etat belge, la Communauté flamande et la Région flamande sur la base d'une même décision de la Commission européenne du 21 février 2007 ayant condamné les quatre principaux fabricants européens d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques, pour avoir restreint la concurrence sur ce marché de 1996 à 2004, en se répartissant les appels d'offres et les autres contrats dans le Benelux et en Allemagne². Dans ses deux jugements, le tribunal de commerce a considéré qu'une faute était établie dans le chef des sociétés défenderesses, mais que les autorités demanderesses n'établissaient pas qu'elles auraient subi une inflation de prix effective dans leurs marchés d'installation, d'entretien et de rénovation d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques. Les demandes ont donc été rejetées pour absence de preuve du dommage et du lien de causalité. Des appels ont été introduits contre ces deux jugements, et sont actuellement pendants devant la cour d'appel de Bruxelles.

La troisième affaire concerne une action de suivi fondée sur une décision du Conseil de la concurrence du 21 janvier 1999, qui avait condamné pour abus de position dominante des importateurs officiels d'une certaine marque de motos. Les abus reprochés consistaient notamment à avoir imposé, de 1991 à avril 1996, l'intervention de distributeurs officiels de la marque pour la délivrance des certificats de conformité et pour la livraison et le placement des pièces de rechange³. Alors que cette décision du Conseil faisait encore l'objet d'un recours⁴, des importateurs de motos indépendants de l'époque ont assigné l'importateur officiel de la marque en vue d'obtenir la réparation du préjudice qu'ils ont subi en raison de ces abus. Dans un jugement du 23 octobre 2014, le tribunal de commerce de Gand, division Termonde a posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur le point de savoir si une action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence peut se prescrire avant qu'une décision coulée en force de chose jugée soit prononcée sur l'existence de cette infraction⁵. La Cour constitutionnelle n'a pas encore prononcé son arrêt sur cette question.

¹ Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *R.C.B.*, 2015/1-2, p. 37 ; comm. néerl. Bruxelles, 24 avril 2015, *R.C.B.*, 2015/3, p. 212.

² Décision de la Commission du 21 février 2007, aff. COMP/E-1/38.823, *Ascenseurs et escaliers mécaniques*, C(2007) 512 final. Les recours contre cette décision ont été rejetés (TUE, 13 juillet 2011, aff. T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, *Rec.*, 2011, p. II-5129 ; CJUE, ord. 15 juin 2012, aff. C-493/11 ; CJUE, ord. 15 juin 2012, aff. C-494/11 P ; CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-501/11 P ; CJUE, 24 octobre 2013, aff. C-510/11 P).

³ Cons. concurrence 21 janvier 1999 (reflet), *R.D.C.*, 1999, p. 361.

⁴ Les recours ont été rejetés par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 février 2009 (*Ann. prat.*, 2009, p. 870) et par un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2011 (*R.C.B.*, 2012/1, p. 19).

⁵ Com. Gand, div. Termonde, 23 octobre 2014, *R.C.B.*, 2014/4, p. 359.

Enfin, il n'est pas rare que des actions en indemnisation et des plaintes auprès de l'Autorité belge de la concurrence soient introduites et poursuivies en parallèle. Une action en dommages et intérêts pour abus de position dominante de l'opérateur historique sur le marché de la téléphonie mobile illustre cette situation. Cette affaire est décrite dans les réponses aux questions 18, 25, 42 et 60 ci-dessous.

Q5 : Est-il possible que le *montant des frais de procédures et/ou des honoraires* dans votre pays empêche des demandeurs potentiels d'intenter des actions en indemnisation pourtant fondées en matière de droit de la concurrence ? Si c'est le cas, quelles mesures pourraient permettre d'atténuer ce problème ? Existe-t-il des moyens de déroger aux règles générales en matière de frais de justice et/ou d'honoraires ?

Comme pour tout autre contentieux indemnitaire, le montant des frais de procédure et des honoraires d'avocat constitue une contrainte pour les victimes souhaitant agir contre l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence. Toutefois, aucune analyse objective n'indique que le montant des frais et honoraires constituerait en lui-même un obstacle significatif à l'introduction d'actions en indemnisation devant les cours et tribunaux belges dans cette matière.

Le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence est soumis aux règles générales en matière de frais de justice et d'honoraires d'avocat. Aucune dérogation n'est prévue dans cette matière.

Q6 : Les *financements* pour intenter une action en indemnisation sont-ils raisonnablement accessibles dans votre pays ? Quels sont les moyens de financement les plus courants ? Le financement par des tiers et/ou les honoraires de résultat jouent-ils un rôle important ? Existe-t-il une réglementation/des restrictions concernant ce type de financement dans votre pays ? Des règles spécifiques sont-elles applicables aux actions collectives de ce point de vue ?

En Belgique, les actions en justice sont financées par les parties elles-mêmes dans l'écrasante majorité des cas.

L'article 446ter du Code judiciaire interdit de calculer les honoraires de l'avocat exclusivement en fonction du résultat de l'action judiciaire introduite. Il n'est toutefois pas interdit – et il est parfois prévu en pratique – que l'avocat supporte une partie du risque financier inhérent à l'action. C'est notamment le cas lorsque l'avocat accepte de plafonner le montant de ses frais et honoraires (capped fees), ou de réduire le montant de base de ses honoraires en contrepartie d'une prime due en cas de jugement favorable (success fee).

Le financement par des tiers ne fait l'objet d'aucune législation spécifique et n'est pas développé dans la pratique belge actuelle. Si le Titre II du Livre XVII du Code de droit économique ne réglemente pas davantage le financement par des tiers en cas d'action en réparation collective, d'autres dispositions de cette loi sont de nature à décourager l'intervention de tiers financeurs dans ces contentieux collectifs (voyez la réponse à la question 31 ci-dessous).

Q7 : Dans votre pays, les victimes, en particulier les consommateurs et les petites et moyennes entreprises (PME) bénéficient-elles de moyens adéquats pour obtenir des *informations pratiques* concernant les infractions au droit de la concurrence et les possibilités d'intenter une action judiciaire, notamment une demande en dommages et intérêts ? Sinon, comment cette situation pourrait-elle être améliorée ? Les délais de prescription pour intenter une demande en dommages et intérêts tiennent-ils compte

de la date à laquelle la victime a eu connaissance de l'infraction ou du fait que cette infraction lui a causé un préjudice, ou de l'identité de l'auteur de l'infraction ? L'article 10 (2) de la Directive 2014/104/UE va-t-il affecter la pratique actuelle ? Si c'est le cas, de quelle manière ?

Même si divers sites internet et certains services publics fournissent des informations générales sur les possibilités d'actions en justice en Belgique, les victimes doivent généralement s'adresser à des avocats, à d'autres conseils privés, ou à des associations de consommateurs pour obtenir des renseignements précis sur la manière dont ils peuvent défendre leurs intérêts devant les cours et tribunaux.

En ce qui concerne les informations sur les infractions au droit de la concurrence qui ont été constatées, l'article IV.66, § 2 du Code de droit économique prévoit que les décisions de l'Autorité belge de la concurrence sont publiées au Moniteur belge et sur le site web de l'Autorité. Les jugements et arrêts des cours et tribunaux en matière de pratiques restrictives de concurrence sont, quant à eux, communiqués à l'Autorité. Le site web de l'Autorité constitue donc une source officielle d'informations publiques pertinentes.

Les affaires d'infractions au droit de la concurrence font souvent l'objet d'une certaine publicité dans les médias. Depuis la création de l'action en réparation collective, il a d'ailleurs pu être constaté que les associations de consommateurs n'hésitent pas à utiliser les médias pour informer les consommateurs des litiges collectifs potentiels.

Si ces moyens d'information ne garantissent pas l'introduction d'actions en indemnisation de la part de chaque partie lésée pour chaque infraction au droit de la concurrence, il ne semble pas qu'une réforme soit nécessaire à ce niveau.

Les actions en dommage et intérêts se prescrivent, en vertu de l'article 2262bis, § 1er du Code civil, par cinq ans à partir du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable, et en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage. En droit belge, les délais de prescription applicables tiennent donc compte de la date de connaissance du dommage et de l'auteur de l'infraction, tout en évitant que des actions soient introduites plus de vingt ans après la fin de l'infraction.

La transposition de l'article 10, § 2 de la Directive 2014/104/UE ne devrait donc pas modifier substantiellement l'état du droit belge sur cette question. A l'inverse, la transposition de l'article 10, § 4 de cette même Directive devrait introduire un effet suspensif ou interruptif de prescription pour tout acte d'instruction ou de poursuite d'une autorité de concurrence.

Q8 : *Quels sont les juridictions compétentes pour juger le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence dans votre pays ? S'agit-il de juridictions ayant une compétence générale, ou existe-t-il une spécialisation ou une compétence exclusive pour juger ce type d'affaires ? Le système choisi par votre pays (spécialisation/non spécialisation) est-il considéré comme satisfaisant pour le contentieux indemnitaire ? Le cas échéant, quels sont les aspects du système qui devraient être modifiés pour permettre une meilleure administration de la justice dans ce domaine ? Les tribunaux sont-ils pourvus de pouvoirs de gestion de dossier suffisant pour les actions générales ou collectives ? Si c'est le cas, de quelle manière les juges emploient-ils ces pouvoirs, et dans quelle mesure la gestion de dossier contribue-t-elle à un traitement effectif et efficace des affaires ?*

Aucune juridiction spécialisée n'a été désignée au sein de l'Ordre judiciaire belge pour connaître du contentieux indemnitaire en droit de la concurrence.

En vertu des règles ordinaires de compétence matérielle, les actions en indemnisation sont généralement portées devant les tribunaux de commerce (en vertu de leur compétence générale pour les demandes dirigées contre des entreprises) et plus rarement devant les tribunaux de première instance (en vertu de leur compétence résiduelle). Les actions en cessation et les procédures urgentes sont introduites devant les présidents de ces tribunaux. En degré d'appel, les cours d'appel sont compétentes pour connaître des voies de recours contre les jugements de ces (présidents de) tribunaux.

Il n'est pas exclu que d'autres juridictions puissent aussi connaître, notamment à titre incident, de contestations en droit de la concurrence.

Par dérogation à ce régime de droit commun, les actions en réparation collective font l'objet d'une plus grande concentration, puisqu'elles relèvent de la compétence exclusive des seuls tribunaux de commerce ou de première instance de Bruxelles. Seule la cour d'appel de Bruxelles est donc compétente en degré d'appel.

Il n'y a pas de projet ou de demande de centralisation accrue du contentieux indemnitaire belge en droit de la concurrence.

Les cours et tribunaux belges disposent de deux types de pouvoirs de gestion des dossiers.

Premièrement, le président de chaque juridiction répartit les affaires entre ses différentes chambres conformément au règlement particulier de la juridiction. Dans les juridictions d'une certaine taille, cette répartition des affaires poursuit un objectif de spécialisation des chambres de jugement.

Deuxièmement, sauf accord contraire des parties, la cour ou le tribunal saisi fixe, dès l'audience d'introduction de chaque affaire, un calendrier pour l'échange des conclusions écrites ainsi qu'une date pour l'audience des plaidoiries. Par voie de conséquence, sauf négligence des parties, celles-ci ont la garantie de voir leur affaire instruite et plaidée selon les disponibilités du tribunal.

Ces pouvoirs de gestion s'appliquent également aux actions en réparation collective. En outre, le Titre II du Livre XVII du Code de droit économique divise la procédure en trois phases de recevabilité, de négociation et de fond.

Si les pouvoirs de gestion légalement attribués aux cours et tribunaux semblent adéquats, l'arriéré judiciaire que connaissent certaines juridictions – la cour d'appel de Bruxelles en particulier – impose souvent de longs délais avant qu'une affaire en état soit fixée pour plaidoiries ou qu'un jugement soit prononcé dans une affaire prise en délibéré.

Q9 : Pensez-vous que les *juges* dans votre pays sont suffisamment équipés et formés pour traiter ce type de procédure ? Sinon, quelles sont les mesures qui pourraient améliorer la situation ?

Comme tout procès civil, le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence est considéré avant tout comme l'affaire des parties. C'est donc aux parties et à leurs conseils qu'incombe en premier lieu la responsabilité d'instruire adéquatement ce type de procédure et d'exposer leurs arguments de manière claire et détaillée devant les juridictions compétentes. S'ils

l'estiment opportuns, les tribunaux peuvent compléter leur information en ordonnant des mesures d'instruction telles qu'une expertise sur des questions techniques.

Comme indiqué dans la réponse à la question précédente, le contentieux indemnitaire en droit de la concurrence n'est pas réservé à une juridiction spécialisée. En pratique, ces affaires sont toutefois majoritairement attribuées à certaines chambres identifiées, au sein des cours et tribunaux devant lesquels ce contentieux est plus fréquent. Dans la majorité des cas, les affaires sont donc jugées par des magistrats qui ont une certaine expérience du droit de la concurrence.

En conséquence, les magistrats appelés à connaître du contentieux indemnitaire en droit de la concurrence ne sont pas moins bien équipés ou moins bien formés que leurs collègues en charge d'autres contentieux qui sont parfois tout aussi complexes ou spécialisés.

Q10 : La durée moyenne des procédures judiciaires concernant le contentieux indemnitaire est-elle raisonnable dans votre pays ? Sinon, quelles sont les principales causes de retard, et comment celles-ci pourraient-elles surmontées ? De quelle manière le principe de diligence dans le traitement des demandes d'ordonnance d'injonction (principe 19 de la Recommandation 2013/396/UE sur les recours collectifs) exerce-t-il une influence sur la pratique et le droit actuels ?

Comme il a été indiqué en réponse à la question 8 ci-dessus, la durée des procédures judiciaires dépend principalement de la diligence des parties (et de l'expert en cas de mesure d'expertise) et de l'arriéré judiciaire que connaît la juridiction compétente. La durée moyenne d'une procédure varie donc considérablement d'une juridiction à l'autre. La principale cause du retard dans le traitement des causes est le manque de ressources humaines et matérielles attribuées à l'Ordre judiciaire. En 2006, la Cour de cassation a ainsi condamné l'Etat belge pour ne pas avoir libéré les moyens permettant de nommer un nombre suffisant de juges pour conjurer l'arriéré judiciaire à Bruxelles⁶.

Les actions en cessation sont formées et instruites selon les formes du référé devant les présidents des tribunaux. Ces actions sont donc soumises aux règles applicables aux procédures urgentes. Cette particularité nous semble conforme au principe de diligence inscrit dans le principe 19 de la Recommandation 2013/396/UE.

II. QUESTIONS SUR LA RESPONSABILITE CIVILE : PARTIES, QUANTIFICATION, MOYENS DE DEFENSE IMPLIQUANT LA REPERCUSSION DES SURCOUTS, CAUSALITE, FAUTE, RESPONSABILITE SOLIDAIRE

Q11 : Les personnes physiques ou morales, notamment les acheteurs indirects et les co-auteurs, ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence, peuvent-elle demander et obtenir la réparation intégrale de ce préjudice dans votre système juridique ? L'article 3 paragraphe 1 et l'article 12 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE nécessitent-ils des modifications de fond ?

Le droit belge de la responsabilité civile est fondé sur le principe de la réparation intégrale du dommage, qui consiste à replacer la victime dans l'état où elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise. Tant les acheteurs directs que les acheteurs indirects peuvent obtenir

⁶ Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594.

réparation de leur dommage s'ils démontrent que la faute les a personnellement placés dans une situation plus défavorable. La transposition des articles 3, § 1^{er} et 12, § 1^{er} de la Directive 2014/104/UE ne nécessite pas de modifications de fond.

Les co-auteurs d'un accord restrictif de concurrence peuvent également demander des restitutions et/ou des dommages et intérêts à leurs cocontractants en raison de la nullité de leur accord. En vertu de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, le tribunal dispose toutefois d'un large pouvoir d'appréciation en cas de demande formée entre co-auteurs d'un accord restrictif frappé de nullité.

Q12 : Qui est considéré comme auteur d'une infraction en droit de la concurrence et tenu des dommages et intérêts dans votre système juridique national ? Une société mère peut-elle être tenue responsable des infractions au droit de la concurrence commises par une filiale ?

Comme les articles 101 et 102 TFUE, les articles IV.1 et IV.2 du Code de droit économique prohibent les pratiques restrictives de concurrence dans le chef des « entreprises ». Une société mère peut donc être considérée comme auteur d'une infraction si elle a influencé le comportement de sa filiale. Pour autant que la faute soit ainsi imputable à la société mère, elle sera tenue responsable de l'indemnisation du préjudice causé.

En cas d'action de suivi, la ou les société(s) condamnée(s) par l'autorité de concurrence est(sont) généralement considérée(s) comme personne(s) responsable(s), pour autant que leur action soit considérée comme constitutive de faute (voyez la réponse à la question 1 ci-dessus).

Q13 : Comment le « préjudice » est-il généralement défini en droit civil dans votre pays ? Y a-t-il des différences dans la définition du « préjudice » dans les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence ? Quels types de préjudices/intérêts (notamment *damnum emergens*, *lucrum cessans*) peuvent donner lieu à réparation en cas de réussite de l'action ? Quelle forme de réparation peut être accordée pour les préjudices liés à l'écoulement du temps depuis la survenance du dommage initial ? Est-il possible de prononcer des dommages et intérêts ayant un caractère de sanction ? Si c'est le cas, est-ce que le principe « *non bis in idem* » s'applique-t-il si l'autorité de concurrence a déjà prononcé une amende à l'encontre de l'auteur de l'infraction ? L'article 3 paragraphes 2 et 3 de la Directive 2014/104/UE aura-t-il un impact sur la pratique actuelle ?

En droit civil belge, le préjudice correspond à la différence entre deux situations : (i) la situation réelle dans laquelle se trouve véritablement la victime à la suite du comportement fautif, et (ii) la situation hypothétique dans laquelle cette victime se serait trouvée si ce comportement fautif n'avait pas eu lieu. Ce n'est que si cette différence est désavantageuse pour la victime qu'il y a un dommage réparable. A l'inverse, s'il n'y a pas de différence entre ces deux situations ou si cette différence n'est pas défavorable à la victime, cette dernière ne peut se prévaloir d'aucun dommage. La même définition s'applique aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence.

Toute atteinte à un intérêt stable et légitime de la victime peut constituer un dommage réparable. Le tribunal peut donc ordonner la réparation tant du dommage direct (*damnum emergens*) que du manque à gagner (*lucrum cessans*).

Le préjudice lié à l'écoulement du temps est réparé par l'octroi d'intérêts compensatoires lorsqu'il est établi que l'écoulement du temps a aggravé le dommage subi. En fonction des éléments de la cause, le tribunal fixe le point de départ et le taux de ces intérêts.

Les dommages et intérêts punitifs ne sont pas autorisés en droit belge. Le principe *non bis in idem* ne s'applique qu'en cas de double poursuite à caractère pénal et ne concerne donc pas le contentieux indemnitaire. En droit civil, le cumul d'indemnités à charge de plusieurs débiteurs est toutefois exclu lorsque le dommage a déjà été intégralement réparé et que les indemnités procèdent de la même cause juridique.

La transposition de l'article 3, §§ 2 et 3 de la Directive 2014/104/UE devrait rester sans influence sur l'état du droit belge.

Q14 : Quel est le *niveau de preuve* normalement exigé du demandeur concernant le préjudice ? Ce niveau est-il différent pour les actions en réparation en droit de la concurrence ?

Pour être réparable, le dommage doit être concret, légitime et certain. Il ne peut pas être hypothétique, conjectural ou éventuel.

Le droit belge ne définit pas de standard d'appréciation pour la preuve d'un dommage. Cela signifie que le tribunal saisi d'une action en indemnisation doit être convaincu de ce que la faute a eu pour effet de placer le demandeur dans une situation différente et moins favorable à ses intérêts stables et légitimes. Un dommage n'est pas considéré comme certain s'il est seulement vraisemblable qu'il se produise, quand bien même cette vraisemblance serait évaluée à des probabilités élevées.

Le demandeur supporte la charge de prouver son dommage concret, légitime et certain.

En l'état actuel du droit belge, ces mêmes règles s'appliquent aux actions en réparation pour infraction au droit de la concurrence. La transposition de l'article 17 de la Directive 2014/104/UE est discutée dans la réponse à la question 17 ci-dessous.

Q15 : Quelles sont les méthodes établies et les plus utilisées pour *quantifier les préjudices* dans votre pays, d'une manière générale et dans les actions en réparation en droit de la concurrence en particulier (par exemple méthodes des comparateurs avec analyse de régression, méthodes de simulation, méthodes des coûts, méthodes des financements) ? Le guide pratique de la Commission européenne pour quantifier le préjudice dans les actions en dommages et intérêts en matière de droit de la concurrence (SWD(2013) 205) est-il consulté et constitue-t-il une aide en pratique ? Est-il tenu compte du principe de la proportionnalité des coûts des méthodes appliquées au calcul du préjudice invoqué ?

Si le demandeur en responsabilité a convaincu le tribunal saisi de l'existence de son dommage, il appartient au tribunal de se prononcer sur l'évaluation de ce dommage. En effet, le tribunal doit donner effet au droit du demandeur d'obtenir la réparation intégrale de son dommage. En d'autres termes, le demandeur a la charge de prouver l'existence mais non l'évaluation de son dommage.

Il n'y a pas de méthode établie pour quantifier le dommage réparable au sein de la jurisprudence belge. La règle est que l'estimation du dommage réparable doit être effectuée *in concreto*, sur la base des données factuelles du dossier.

La jurisprudence belge sur la quantification des préjudices en cas d'infraction au droit de la concurrence est très peu fournie. Cela ne signifie pas nécessairement que le droit de la concurrence serait insuffisamment appliqué par les juridictions belges. En effet, de nombreuses demandes peuvent faire l'objet de règlements extrajudiciaires, notamment à la suite de mesures d'instruction.

Il est toutefois difficile de prédire à ce stade l'évolution future de la jurisprudence belge sur l'évaluation des dommages économiques. La doctrine estime que le guide pratique de la Commission européenne (SWD(2013) 205) peut fournir une aide utile aux cours et tribunaux, et que la méthode d'évaluation la plus accessible et la plus convaincante pour les cours et tribunaux est celle des comparateurs avec des techniques d'ajustement simples telles que des calculs de moyennes. Les techniques statistiques plus complexes comme les analyses de régression doivent être réservées aux affaires présentant les enjeux les plus importants.

L'article 875bis du Code judiciaire consacre le principe de subsidiarité des mesures d'instruction, en vertu duquel « *le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse* ». En cas de contestation sur l'évaluation du dommage, le tribunal prend donc en compte la proportionnalité des coûts de l'expertise qui serait éventuellement nécessaire.

Q16 : Pourriez-vous nous indiquer si, et dans quelle mesure, les juridictions de votre pays peuvent *estimer* (par opposition à l'obligation de calculer précisément) le préjudice subi dans les affaires de responsabilité ?

Ce n'est que s'il est impossible de déterminer autrement le dommage dans les circonstances de l'affaire, que le tribunal peut avoir recours à une évaluation approximative en équité (*ex æquo et bono*).

Q17 : Dans quelle mesure les règles de l'article 17 de la Directive 2014/104/UE sur la quantification, l'estimation, et la présomption simple de préjudice dans le cadre d'une entente est susceptible de *modifier* la pratique actuelle dans votre pays et de *faire une différence* pour les parties d'une procédure en dommages et intérêts ?

La transposition de l'article 17 de la Directive 2014/104/UE est susceptible de modifier l'état du droit belge à deux niveaux.

Premièrement, l'article 17, § 2 institue une présomption réfragable de préjudice en cas d'entente. Ce sera donc désormais sur la partie défenderesse que reposera la charge de prouver que l'entente prohibée n'a pas causé de préjudice à la partie demanderesse. Cette disposition devrait favoriser les actions en réparation en cas d'entente, et entraîner une augmentation du nombre d'actions judiciaires dans cette matière.

Ensuite, l'article 17, § 3 prévoit que les juridictions nationales pourront demander l'assistance des autorités nationales de concurrence en ce qui concerne la quantification du montant des dommages et intérêts à allouer en cas d'action en indemnisation. A la suite de cette disposition, l'Autorité belge de la concurrence pourra se voir confier un rôle supplémentaire au sein du contentieux indemnitaire. Ses avis ne seront plus limités à la question de la licéité de la pratique concernée mais pourront aussi concerner l'évaluation du dommage réparable.

Q18 : Les *moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts* sont-ils admis par les juridictions nationales dans les procédures de droit de la concurrence ? Merci de citer les

sources légales applicables à cette question dans votre pays. Existe-t-il une *jurisprudence pertinente* (« précédents ») dans votre pays sur la question de la répercussion des surcoûts et/ou des autres manques à gagner ? Quelles sont les règles relatives à la charge de la preuve en matière d'admissibilité d'un moyen de défense lié à la répercussion des surcoûts ? L'article 13 de la Directive 2014/104/UE affectera-t-il la situation actuelle ?

Les moyens de défense impliquant la répercussion des surcoûts (*passing-on defence*) sont admis en droit belge sur la base de la notion légale de dommage réparable au sens de l'article 1382 du Code civil. En effet, si l'acheteur direct a pu répercuter intégralement le surcoût sur ses propres clients, cet acheteur direct ne se trouve pas dans une situation plus défavorable en raison de la pratique restrictive de concurrence, et ne peut donc pas inclure ce surcoût dans le dommage qu'il aurait personnellement subi.

La jurisprudence belge sur la question de la répercussion des surcoûts est très peu fournie. Le précédent le plus pertinent est probablement un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 février 2015, qui a statué sur des demandes de dommages et intérêts pour des abus tarifaires de l'opérateur historique du marché de la téléphonie mobile. Les demandeurs étaient les deux nouveaux entrants sur le marché. Ils reprochaient notamment à l'opérateur dominant d'avoir fixé des tarifs excessifs de terminaison mobile en violation de son obligation d'orientation sur les coûts. Dans cette affaire, la cour a interrogé les demandeurs sur la refacturation de ces tarifs à leurs propres clients. Les demandeurs ont répondu qu'ils avaient refacturé intégralement ces tarifs à leurs clients, mais que le niveau trop élevé de ces tarifs de terminaison a eu un effet indirect sur leurs propres tarifs de détail. Sur cette base, la cour a considéré que le surcoût allégué n'était pas un dommage réparable, et que l'effet allégué sur les tarifs de détail constituait une demande nouvelle irrecevable. Cet arrêt suggère que le dommage potentiel d'un acheteur direct ne se limite pas au seul surcoût, mais qu'il est également susceptible d'englober toute cause pour laquelle cet acheteur se trouve dans une situation plus défavorable⁷.

Il n'y a pas de jurisprudence précise sur la charge de la preuve de (l'absence de) répercussion du surcoût. Conformément à la règle selon laquelle chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue (article 870 du Code judiciaire), il conviendrait de mettre la charge de la preuve de la répercussion du surcoût sur la partie défenderesse. L'arrêt précité du 26 février 2015 suggère toutefois que les juridictions belges préfèrent déterminer s'il y a eu surcoût ou pas dans les faits (au besoin par le biais d'une mesure d'instruction ou d'une question à l'audience) plutôt que de statuer sur la seule base des règles sur la charge de la preuve.

La transposition de l'article 13 de la Directive 2014/104/UE rendra la situation plus claire, puisqu'elle confirmera expressément que « *la charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe au défendeur, qui peut raisonnablement exiger la production d'informations par le demandeur ou par des tiers* ».

Q19 : Pouvez-vous spécifier quels sont les moyens actuellement à la disposition des juridictions pour évaluer la répercussion des surcoûts et son taux : (a) « droit mou » – bonnes pratiques/lignes directrices concernant l'évaluation du taux de répercussion du surcoût ou (b) dispositions légales ? (c) Quel rôle jouent les experts et comment les expertises sont-elles évaluées par les juridictions ? Les experts sont-ils nommés par les

⁷ Bruxelles, 26 février 2015, *R.D.C.*, 2015/8, p. 843.

juridictions ou par les parties ? Existe-t-ils des standards précis concernant l'admissibilité des experts (tels que le standard « *Daubert* » utilisé aux États-Unis) ?

Aucune disposition légale, bonne pratique ou ligne directrice n'est actuellement à la disposition des juridictions belges pour évaluer la répercussion des surcoûts sur les acheteurs indirects. Comme indiqué dans la réponse précédente, cette question ne s'est pas suffisamment posée dans la pratique du contentieux indemnitaire pour que des méthodes spécifiques aient pu être développées.

Les cours et tribunaux belges peuvent ordonner des mesures d'expertises sur des questions techniques. Il est probable qu'une expertise économique sera ordonnée dans toutes les affaires où la juridiction saisie considérera pertinent d'évaluer précisément le taux de répercussion du surcoût.

Les experts sont nommés par la juridiction saisie. Les parties peuvent suggérer voire se mettre d'accord sur les experts à désigner. En cas d'accord des parties, la juridiction ne peut déroger au choix des parties que par une décision motivée (article 962, alinéa 2 du Code judiciaire).

Il n'existe pas en droit belge de standard d'admissibilité des experts comparable au standard « *Daubert* » utilisé aux États-Unis. Chacune des parties peut toutefois solliciter la récusation de l'expert désigné, son remplacement et/ou l'annulation de son rapport d'expertise pour un ensemble de motifs admis en jurisprudence, notamment s'il apparaît que l'expert manque d'indépendance ou d'impartialité, s'il omet de motiver son rapport ou de répondre aux observations des parties, ou s'il n'a pas les compétences requises pour effectuer la mission.

Q20 : Existe-t-il une réglementation concernant le préjudice des *acheteurs indirects/consommateurs* ou une jurisprudence pertinente (« précédents ») dans votre pays concernant les actions en réparation des *acheteurs indirects/consommateurs* ? Sinon, quels en sont les raisons ou les principaux facteurs ? Si c'est le cas, l'article 14 de la Directive 2014/104/UE impose-t-il une modification de la situation actuelle ?

Les actions en réparation des acheteurs indirects sont admises en droit belge sur la base de la notion légale de dommage réparable au sens de l'article 1382 du Code civil. En effet, si l'acheteur indirect a subi la répercussion d'un surcoût de la part de l'acheteur direct, cet acheteur indirect se trouve dans une situation plus défavorable en raison de la pratique restrictive de concurrence, et peut donc réclamer la réparation de son dommage personnel à l'auteur ou aux auteurs de la faute.

Même si la jurisprudence belge reste peu fournie sur cette question, le raisonnement précité a déjà été admis dans plusieurs affaires. Le précédent le plus pertinent est probablement un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 octobre 2011, qui a ordonné une expertise sur une action en dommages-intérêts d'une entreprise de transport ferroviaire qui reprochait à un producteur d'électricité un abus de position dominante consistant à avoir intégré le coût d'opportunité des quotas de CO² dans son prix de vente d'électricité. Cette partie demanderesse était un acheteur indirect, car l'électricité consommée pour le transport ferroviaire en Belgique faisait l'objet d'un achat groupé par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, lequel revendait à l'entreprise de transport, par le biais d'un contrat de service, l'électricité nécessaire à l'opération des trains. Avant d'ordonner une expertise sur l'existence ou non d'un abus, la cour a constaté qu'il était plausible qu'en cas de surpris dans la vente

d'électricité au gestionnaire de l'infrastructure, le transport ferroviaire se trouverait lui-même dans une situation plus défavorable⁸.

La transposition de l'article 14 de la Directive 2014/201/UE changera la situation actuelle en ce qui concerne la charge de la preuve de répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect. En effet, bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence précise sur la charge de la preuve de (l'absence de) répercussion du surcoût, c'est l'acheteur indirect qui semble devoir supporter cette charge, puisque c'est lui qui allègue la répercussion du surcoût (article 870 du Code judiciaire)⁹. Après la transposition de l'article 14 de la Directive, l'acheteur indirect sera réputé avoir apporté cette preuve lorsqu'il aura démontré l'infraction, le surcoût pour l'acheteur direct, et son propre achat de biens ou de services concernés par l'infraction. Il s'agira d'une présomption réfragable puisque le défendeur pourra toujours démontrer l'absence de répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect.

Q21 : Existe-t-il des règles procédurales visant à garantir que l'indemnisation du dommage réel à tout niveau de la chaîne de distribution n'exécède pas le préjudice de surcoût subi à ce niveau, afin d'éviter toute réparation excessive sans éliminer la responsabilité de l'auteur de l'infraction (cf. article 12 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE) ?

Deux catégories de règles procédurales sont utiles pour éviter toute réparation excessive à charge de l'auteur ou des auteurs de l'infraction au droit de la concurrence, de même que toute élimination injustifiée de responsabilité.

Premièrement, si des actions en indemnisation séparées sont introduites pour la même infraction par des demandeurs différents (situés au même niveau ou à un autre niveau de la chaîne de distribution), ces actions peuvent être, à la demande de la partie défenderesse, jointes pour connexité afin d'éviter le risque de jugements inconciliables (article 30 du Code judiciaire), notamment sur la question de l'existence et du taux de répercussion du surcoût. La jonction des actions pour connexité est soumise à l'appréciation souveraine de la juridiction saisie de la demande de jonction, ainsi qu'à certaines conditions procédurales. Des actions séparées ne peuvent notamment être jointes que si elles sont pendantes devant la même juridiction ou devant des juridictions différentes statuant au même degré.

Ensuite, si des actions en indemnisation séparées ne sont pas jointes pour connexité, tout jugement ou arrêt prononcé sur l'une des actions, peut être invoqué par les parties dans le cadre d'une autre action introduite pour la même infraction. Le jugement ou l'arrêt déjà prononcé aura autorité de chose jugée, et constituera une présomption irréfragable à l'égard des parties à la procédure dans laquelle il a été prononcé, ainsi qu'une présomption réfragable vis-à-vis des tiers non parties à cette procédure. Ces règles sur l'autorité de chose jugée permettent également de prévenir le risque de décisions inconciliables, notamment sur la question de l'existence et du taux de répercussion du surcoût. Elles doivent toutefois être

⁸ Bruxelles, 11 octobre 2011, R.G. 2010/AR/3112, *inédit*. Après expertise, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 janvier 2015 a rejeté l'action pour absence d'abus de position dominante (R.D.C., 2015/8, p. 828).

⁹ L'arrêt précité du 11 octobre 2011 suggère toutefois que l'acheteur indirect ne doit établir qu'une influence vraisemblable sur sa situation pour obtenir le prononcé d'une mesure d'expertise. Cet arrêt tend à confirmer ce qui est indiqué dans la réponse à la question 18 ci-dessus, à savoir que les juridictions belges préfèrent déterminer s'il y a eu surcoût ou pas dans les faits plutôt que de statuer sur la seule base des règles sur la charge de la preuve.

invoquées par les parties, les juridictions ne pouvant pas les soulever d'office (article 27, alinéa 2 du Code judiciaire).

Ces deux catégories de règles procédurales sont utiles pour éviter que l'invocation de (l'absence de) répercussion des surcoûts entraîne une réparation excessive ou une élimination injustifiée de responsabilité. Elles ne garantissent toutefois que cet objectif puisse être atteint, car l'application de ces règles dépend de leur invocation par les parties.

Q22 : Existe-t-il des *outils* permettant aux juridictions de dûment prendre en compte les faits et informations énumérés à l'article 15 paragraphe 1 de la Directive 2014/104/UE pour éviter que des actions en dommages et intérêts intentées par des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution ne donnent lieu à une responsabilité multiple ou à une absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction ?

Avec les présomptions en sens opposés de ses articles 13 et 14, la Directive 2014/104/UE crée un risque de décisions contradictoires en cas d'actions simultanées de demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution.

Comme indiqué dans la réponse à la question précédente, les juridictions saisies d'actions en indemnisation prendront en compte les actions introduites par des demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution, ainsi que les jugements prononcés sur ces actions, si les parties soulèvent des moyens de connexité ou d'autorité de chose jugée sur la base de ces actions et jugements.

Les informations publiques pertinentes découlant de la mise en œuvre du droit de la concurrence par l'Autorité belge de la concurrence ont été décrites dans la réponse à la question 7 ci-dessus. Le site web de l'Autorité est la source officielle la plus pertinente.

Il n'est pas exclu que les juges puissent avoir connaissance d'affaires d'infractions au droit de la concurrence par le biais des médias. Bien qu'il soit en principe interdit aux juges de se fonder sur des faits qu'ils tiennent de leur connaissance personnelle, ils pourraient interroger les parties à l'audience sur l'incidence d'autres affaires notoires ou ordonner une réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer au sujet de ces affaires.

Aucun autre outil n'est prévu pour permettre aux cours et tribunaux belges de prendre en compte les faits et informations énumérés à l'article 15, § 1 de la Directive 2014/104/UE.

Q23 : Comment le « *lien de causalité* » est-il généralement défini en droit civil dans votre pays ? Les catégories normatives telles qu'imputabilité, caractère adéquat, prévisibilité objective du dommage causé par une infraction, fait d'un tiers, champ d'application des dispositions protectrices, effet distant ou vague jouent-elles un rôle ? Existe-t-il une différence dans la définition du « *lien de causalité* » dans les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence ? Prévoyez-vous des difficultés au regard du principe d'effectivité du droit de l'Union ?

En matière de causalité, le droit civil belge applique la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle un lien causal existe dès qu'il est établi que sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. La même théorie s'applique aux actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence.

Pour qu'il y ait responsabilité, le lien causal entre la faute et le dommage doit être certain et nécessaire. Le lien causal ne peut pas être établi sur la base de conjectures, d'hypothèses ou de vraisemblances même évaluées à 80% ou 90%. Pour appliquer ces critères, la

jurisprudence et la doctrine belges ont développé le test de la « condition *sine qua non* » et la théorie de l'alternative légitime. Selon le premier test, il doit être démontré avec certitude que sans la faute reprochée, le dommage ne serait pas parvenu tel qu'il s'est produit concrètement. La théorie de l'alternative légitime enseigne que lorsqu'ils examinent le lien causal, les cours et tribunaux doivent remplacer le comportement fautif critiqué par le comportement que la partie défenderesse aurait eu si elle avait adopté une conduite licite. Si le dommage se serait également produit avec un tel comportement licite, il n'y a pas de lien de causalité entre la faute et le dommage.

Les règles belges sur le lien causal ne considèrent pas les critères d'imputabilité, d'adéquation, de prévisibilité objective du dommage, de champ d'application des dispositions protectrices, ou d'effet distant ou vague, qui sont appliquées dans d'autres droits. Le fait d'un tiers peut être à l'origine d'une rupture du lien causal entre la faute et le dommage, s'il apparaît, conformément aux raisonnements prescrits par la théorie de l'équivalence des conditions, que le dommage s'est produit à cause de ce fait d'un tiers et qu'il se serait produit de façon identique en l'absence de la faute reprochée à la partie défenderesse.

Même si le droit belge lui reconnaît certains correctifs, comme les conditions de certitude et de nécessité, et les tests de la condition *sine qua non* et de l'alternative légitime, la théorie de l'équivalence des conditions reste l'une des conceptions du lien causal qui est la plus favorable aux demandeurs en responsabilité. Pour cette raison, aucune difficulté au regard du principe d'effectivité du droit de l'Union n'est prévue en droit civil belge.

Q24 : Au regard de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire « Kone » (C-557/12), les règles nationales du lien de causalité devront-elles être modifiées ou appliquées différemment par les juridictions de votre pays, pour garantir que les clients « parapluie » puissent en pratique intenter une action et obtenir une indemnisation ? Les conclusions de l'arrêt « Kone » pourraient-elles également affecter la manière dont les règles du lien de causalité sont appliquées aux actions en dommages et intérêts des clients indirects ?

Les jugements précités du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles du 24 novembre 2014 et du 24 avril 2015 dans l'affaire du « cartel des ascenseurs » démontrent que les règles belges sur le lien causal ne doivent pas être modifiées à la suite de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire « Kone » (voyez la réponse à la question 4 ci-dessus). Dans ces jugements, le tribunal a considéré que les autorités publiques demanderesses n'avaient pas subi de dommage consistant dans une augmentation des prix de leurs marchés publics. Le tribunal n'a pas fondé sa décision sur le motif que le droit belge excluait de manière catégorique l'influence potentielle d'une entente sur les prix d'entreprises non parties à l'entente (fixation d'un prix de protection ou « *umbrella pricing* »). A l'inverse, le tribunal a considéré qu'en fait, les autorités publiques demanderesses n'ont pas démontré que l'entente condamnée avait effectivement entraîné une augmentation des prix des marchés concernés.

Les conclusions de l'arrêt « Kone » n'affectent pas davantage les règles qui sont applicables aux actions d'acheteurs indirects. Ces actions sont également soumises à la théorie de l'équivalence des conditions (voyez également la réponse à la question 20 ci-dessus).

Q25 : La loi de votre pays exige-t-elle une « faute » pour permettre d'obtenir une indemnisation en droit de la concurrence ? Si c'est le cas, cette faute doit-elle être démontrée par le demandeur ou existe-t-il une présomption de faute simple ou irréfragable ?

Le droit belge exige du demandeur en responsabilité qu'il prouve la commission d'une faute de la part du défendeur en responsabilité. Aucune indemnisation ne peut être obtenue sans la démonstration d'une faute. C'est le demandeur qui supporte la charge de prouver la faute.

Toutefois, comme il a été indiqué dans la réponse à la question 1 ci-dessus, si le demandeur prouve une infraction au droit de la concurrence, il démontre *ipso facto* une faute dans le chef de tout auteur de cette infraction, pour autant que le droit de la concurrence imposait ou interdisait un comportement spécifique et que sa violation était imputable au défendeur en responsabilité. L'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 février 2015 montre que la jurisprudence belge fait preuve d'une grande sévérité dans l'application de ce critère d'imputabilité aux auteurs d'infractions au droit de la concurrence. Dans cette affaire, la Cour a considéré que l'entreprise en position dominante pouvait déduire de certaines communications et décisions de la Commission européenne, que le renforcement des effets de réseau était susceptible de constituer un abus, quant bien même aucune condamnation explicite n'avait encore été prononcée à l'époque des faits.

Q26 : En vertu du droit national de votre pays, les *co-auteurs* d'une infraction au droit européen de la concurrence sont-ils tenus solidairement responsables de l'indemnisation du préjudice causé par cette infraction ? Existe-t-il *des exceptions* à l'application de ces règles générales du droit civil (par exemple sur la question du lien de causalité, de l'étendue de la responsabilité, de la qualification de l'auteur de l'infraction en PME ou du bénéficiaire d'une immunité) ? Si c'est le cas, pourriez-vous indiquer sur quelle base légale ou jurisprudence pertinente (« précédents ») ? L'article 11 paragraphes 1 à 4 de la Directive 2014/104/UE sur la responsabilité solidaire va-t-il affecter le droit et la pratique actuels dans votre pays ?

Les co-auteurs de la faute sont solidairement responsables de la réparation intégrale du préjudice causé à la victime. Chacun des co-auteurs est donc tenu d'indemniser intégralement la victime (obligation à la dette) mais peut ensuite introduire un recours contre les autres co-auteurs en vue de récupérer la part de ceux-ci dans l'indemnisation du préjudice causé (contribution à la dette). Ces règles s'appliquent, sans exception, aux actions en indemnisation pour infraction au droit de la concurrence.

La transposition de l'article 11, §§ 1 à 4 de la Directive 2014/104/UE impliquera une modification du droit belge sur ce point, puisque cette disposition vise à limiter dans certaines circonstances la responsabilité solidaire des PME et des bénéficiaires d'une immunité d'amende dans le cadre d'un programme de clémence.

Q27 : Quelles sont les règles applicables au *recours* d'un co-auteur contre les autres selon le droit de votre pays ? Existe-t-il des exceptions à l'application normale de ces règles ? Si c'est le cas, pourriez-vous indiquer sur quelle base légale ou jurisprudence pertinente (« précédents ») ? L'article 11 paragraphes 5 et 6 de la Directive 2014/104/UE sur la responsabilité solidaire et, en cas de règlement amiable, les règles de l'article 19 paragraphes 2 à 4 de la Directive 2014/104/UE affecteront-ils le droit et la pratique actuels dans votre pays ?

Comme déjà indiqué dans la réponse à la question précédente, tout co-auteur qui a indemnisé la victime peut introduire un recours contributoire contre les autres co-auteurs en vue de récupérer la part de ceux-ci dans l'indemnisation du préjudice causé. Ce droit de recours existe, sans exception, en cas d'infraction collective au droit de la concurrence.

La transposition de l'article 11, §§ 5 et 6 de la Directive 2014/104/UE impliquera une modification du droit belge sur ce point, puisque cette disposition vise à limiter les recours

contributoires contre les bénéficiaires d'une immunité d'amende dans le cadre d'un programme de clémence.

La transposition de l'article 19, §§ 2 à 4 de la Directive 2014/104/UE entraînera également plusieurs modifications substantielles du droit belge en ce qui concerne l'influence des règlements consensuels sur l'obligation et la contribution à la dette solidaire des co-auteurs de l'infraction. Deux modifications remarquables peuvent être anticipées lors de cette transposition.

Premièrement, lorsque les co-auteurs de l'infraction non parties au règlement consensuel ne pourront pas payer le reliquat de la demande de la partie lésée partie à ce règlement, cette partie lésée pourra réclamer ce reliquat à l'encontre du co-auteur partie à ce règlement (article 19, § 3 de la Directive). Cela signifie que le co-auteur qui transigera avec la victime supportera à l'avenir le risque d'insolvabilité des co-auteurs non parties à la transaction, sauf exclusion expresse de ce risque dans les termes du règlement consensuel.

Deuxièmement, la Directive 2014/104/UE considère, à tort, l'arbitrage comme une procédure de règlement consensuel du litige. Alors que l'article 1285 du Code civil n'attache un effet extinctif de l'obligation et de la contribution à la dette qu'en cas de « remise ou décharge conventionnelle » d'un codébiteur solidaire, la transposition de la Directive devrait étendre le même effet à toute sentence arbitrale prononcée sur une demande en indemnisation de la partie lésée à l'encontre d'un co-auteur de l'infraction. Cela signifie qu'en application des articles 19, §§ 2 et 3 de la Directive, le co-auteur partie à un arbitrage devrait, qu'il soit condamné ou non par la sentence arbitrale, échapper à tout recours contributoire de la part des co-auteurs de l'infraction, sauf insolvabilité desdits co-auteurs. Une telle conséquence ne se justifie qu'en cas de mode consensuel de règlement du conflit, et pas dans un mode contentieux tel que l'arbitrage.

III. QUESTIONS RELATIVES AUX RECOURS COLLECTIFS

Q28 : Au regard de la Recommandation de la Commission européenne sur les recours collectifs (2013/396/UE), dont les principes devraient être mis en œuvre dans tous les États membres avant juillet 2015, certains mécanismes de recours collectifs, notamment les recours en réparation et en injonction de cessation, sont-ils *déjà disponibles* dans votre pays ? Si c'est le cas, pouvez-vous brièvement décrire leurs traits principaux et leur champ d'application ?

Oui, certains mécanismes de recours collectifs sont déjà disponibles en droit belge.

L'action en cessation est régie par le Titre 1er du Livre XVII du Code de droit économique. Elle est formée et instruite selon les formes du référé devant le Président du tribunal de commerce. Elle peut être introduite à la requête : (i) des intéressés; (ii) du ministre compétent pour la matière concernée ou du directeur général de la direction générale Contrôle et Médiation du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, sauf lorsque la demande porte sur un acte visé à l'article VI. 104; (iii) d'une autorité professionnelle, d'un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile; ou (iv) d'une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité civile, pour autant qu'elle soit représentée au Conseil de la consommation ou qu'elle soit agréée par le ministre, suivant des critères déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, sauf lorsque la demande porte sur un acte visé à l'article VI. 104.

Les associations et groupements visés à l'alinéa premier, 3° et 4°, peuvent agir en justice pour la défense de leurs intérêts collectifs statutairement définis. Elle peut être formée pour faire cesser une infraction aux dispositions du Code de droit économique, notamment celles visées au Livre IV concernant la protection de la concurrence.

L'action en réparation collective est régie par le Titre 2 du Livre XVII du Code de droit économique. Il s'agit d'une procédure permettant à un représentant, répondant aux exigences prévues par le Code, d'agir contre une ou plusieurs entreprises en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi par un groupe de consommateurs, sans que le représentant ait à obtenir un mandat de chacun des consommateurs. L'action en réparation collective est limitée au droit de la consommation et ne peut être utilisée qu'en cas de violation par l'entreprise concernée de ses obligations contractuelles ou de certains règlements européens ou lois limitativement énumérés par l'article XVII.37 du Code, parmi lesquelles les dispositions du Code visées au Livre IV concernant la protection de la concurrence (L'article XVII.37 ne vise donc que le droit belge de la concurrence et ne fait pas référence aux articles 101 et 102 du TFUE ou, de manière plus générale, au droit de la concurrence européen). L'action est introduite devant un des tribunaux de première instance ou de commerce de Bruxelles. Elle doit satisfaire à certaines conditions de recevabilité particulières.

Q29 : Des actions collectives en dommages et intérêts en droit de la concurrence ont-elles déjà réussi dans votre pays ? Sinon, quels sont les obstacles qui devraient être supprimés ? Pensez-vous que l'introduction d'un régime de recours collectif propre au droit de la concurrence pourrait améliorer la situation dans votre pays ?

Non, aucune action collective en dommages et intérêts en droit de la concurrence n'a encore « réussi » en Belgique. Comme pour les actions individuelles (voyez la réponse à la question 3 ci-dessus), les difficultés tiennent essentiellement à la preuve de la faute, du dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. La transposition de la directive devrait certainement faciliter les actions en responsabilité.

Q30 : Si des mécanismes de recours collectif sont disponibles dans votre pays, comment la question de la *qualité pour agir* pour intenter une action collective est-elle clarifiée, notamment dans la différenciation entre action en représentation et action de groupe ? Ces règles sont-elles conformes aux principes 4 à 6 de la Recommandation 2013/396/UE ? Les autorités publiques ont-elles également le droit d'intenter des actions en représentation ?

En vertu de l'article XVII.39 du Code de droit économique, seules trois catégories d'entités sont aptes à représenter le groupe de consommateurs. Les deux premières sont des entités privées, la troisième est une autorité publique :

1) Les associations de défense des intérêts des consommateurs sont les principaux représentants des groupes de consommateurs lésés. Celles-ci doivent être dotées de la personnalité juridique et, en outre, siéger au Conseil de la Consommation ou être agréées par le Ministre en fonction de critères déterminés par arrêté royal.

2) D'autres associations ne poursuivant pas un but économique durable peuvent également être titulaires de l'action en réparation collective. Elles doivent être agréées par le Ministre ainsi que posséder un objet social en relation directe avec le préjudice collectif subi par le groupe. En outre, elles doivent être dotées de la personnalité juridique depuis au moins trois ans à dater de l'introduction de l'action. Elles doivent enfin fournir la preuve, par la présentation de leurs rapports d'activités ou de toute autre pièce, que leur activité effective correspond à leur objet social et que cette activité est en relation avec l'intérêt collectif dont elles visent la protection.

3) Le Service de Médiation pour le Consommateur qui est un service public autonome doté de la personnalité juridique qui consiste en un point de contact unique et un service pour le règlement extrajudiciaire des litiges. La loi limite toutefois son rôle de représentant ; il ne peut agir qu'en vue de la négociation d'un accord de réparation collective, à l'exclusion de la phase contentieuse.

Le représentant du groupe doit satisfaire tout au long de la procédure en réparation collective aux conditions visées à l'article XVII.39 du Code. Au cas où il ne serait plus satisfait à une de ces conditions au cours de la procédure, l'article XVII.40 du Code prévoit que le requérant perd sa qualité de représentant du groupe et que le juge désigne, le cas échéant d'office, un autre représentant du groupe, avec l'accord exprès de ce dernier.

Toutefois, il ne suffit pas de remplir ces conditions pour disposer automatiquement du droit d'agir pour le compte du groupe. Encore faut-il que le représentant soit jugé adéquat lors de la phase de recevabilité de l'action. La loi ne précise pas les critères à prendre en considération par le juge lors de la vérification du caractère adéquat du représentant. Suivant la doctrine, il faut s'assurer de sa représentativité suffisante de l'ensemble des membres du groupe de consommateurs concernés, de sa solvabilité tant en ce qui concerne l'avance des frais de procédure que sa responsabilité éventuelle ou encore du sérieux de son organisation.

Ces règles paraissent conformes aux principes 4 à 6 de la Recommandation 2013/396/UE.

Q31 : Si des mécanismes de recours collectifs sont disponibles dans votre pays, les demandeurs doivent-ils déclarer au tribunal dès le début de la procédure l'origine des fonds qu'ils vont employer pour financer la procédure ? Des protections sont-elles prévues concernant les méthodes de financement, telles que celles énumérées dans les principes 15, 16 et 32 de la Recommandation 2013/396/UE ?

La loi ne règle pas cette question. La doctrine enseigne toutefois que l'existence de conventions portant sur la prise en charge des frais ou le partage des dommages-intérêts entre le représentant ou un tiers financeur et les membres du groupe soit dévoilée par le représentant lors de la phase de recevabilité afin de permettre au tribunal de se prononcer en pleine connaissance de cause sur le caractère adéquat de sa mission de représentation dans l'action en réparation collective.

Ceci étant, l'intervention d'un tiers financeur paraît très peu probable dès lors que les dommages et intérêts revenant aux membres du groupe sont versés directement aux consommateurs par un liquidateur chargé de l'exécution de la décision sur le fond ou de l'accord de réparation collective. Il n'existe donc pas de possibilité pour le tiers financeur de prélever un pourcentage pour se rémunérer, sauf dans l'hypothèse peu réaliste où il aurait conclu des accords particuliers avec chacun des consommateurs concernés.

Q32 : Le principe selon lequel une partie condamnée ou déboutée lors d'un recours collectif doit rembourser à l'autre partie les frais de justice nécessaires (« principe du perdant payeur ») est-il garanti dans votre pays, et si c'est le cas, à quelles conditions ?

Oui, le perdant doit rembourser à l'autre partie les frais de procédure ou dépens (droits de requête et de mise au rôle, frais d'expertise, indemnité de procédure, ...). La condamnation aux frais d'avocats (« indemnité de procédure ») est limitée à un montant forfaitaire qui dépend du montant des dommages et intérêts réclamés et qui ne correspond pas aux frais effectivement payés pour la défense de la partie qui obtient gain de cause.

Q33 : Si des mécanismes de recours collectifs existent dans votre pays, quelles sont les règles prévues pour garantir que l'entité représentative ou le groupe de demandeurs peuvent *diffuser des informations* au sujet d'une prétendue violation des droits, ou d'une situation de préjudice de masse, et de leur intention d'intenter une action collective (recours en cessation ou en réparation ?

Aucune règle n'est prévue à ce sujet et la pratique montre que les associations de consommateurs n'hésitent pas à utiliser très largement les médias pour diffuser de telles informations.

Q34 : Si des mécanismes de recours collectif en réparation existent dans votre pays, quelles sont les règles applicables à la *constitution en tant que partie demanderesse* ? Notamment, (a) le principe du consentement express ou un autre principe est-il applicable ? (b) existe-t-il des exceptions ? Si c'est le cas, comment se justifient-elles ? (c) Est-ce qu'un membre de la partie demanderesse peut librement quitter cette partie demanderesse à tout moment jusqu'à ce que l'affaire soit jugée, sans être privé de la possibilité de poursuivre l'action sous une autre forme ? Si c'est le cas, à quelles conditions ? Est-ce que les personnes prétendant avoir subi un préjudice dans la même situation de préjudice de masse peuvent se joindre à la partie demanderesse à tout moment jusqu'à ce que l'affaire soit jugée ? Si c'est le cas, à quelles conditions ?

Le groupe de consommateurs, représentés dans le cadre de l'action en réparation collective, est composé par l'ensemble des consommateurs qui, à titre individuel, sont lésés par une cause commune. La particularité du système belge réside dans le fait que le choix entre l'option d'inclusion (opt-in) ou l'option d'exclusion (opt-out) est laissé à la seule discrétion du juge saisi de l'action. Dans deux cas particuliers, l'opt-in est obligatoire. Il s'agit, premièrement, des cas où l'action tend à la réparation de dommages corporels ou moraux et, deuxièmement, des cas dans lesquels les personnes lésées ne résident pas de manière habituelle en Belgique.

Le droit d'option des consommateurs doit être exercé selon les modalités et délais arrêtés par le juge dans sa décision sur la recevabilité. L'exercice du droit d'option est un acte unilatéral irrévocable. En principe, le délai d'option prend fin avant l'issue des négociations ou de la décision au fond afin d'éviter les spéculations sur la réussite de l'action en réparation collective. En d'autres termes, il n'est pas possible de sortir du groupe une fois que, selon le cas, l'on a exercé l'option d'inclusion ou que l'on n'a pas exercé l'option d'exclusion. De même, il n'est pas possible de rejoindre le groupe, après le délai d'option, si, selon le cas, l'on n'a pas exercé l'option d'inclusion ou que l'on a exercé l'option d'exclusion.

Q35 : Existe-t-il dans votre pays des règles garantissant que la *rémunération des avocats* ne constitue pas une incitation à engager des procédures judiciaires qui ne soient *pas nécessaires* dans l'intérêt des parties ? Si les *honoraires de résultat* sont autorisés, leur réglementation nationale dans le cadre des recours collectifs correspond-elle au principe 30 de la Recommandation 2013/396/UE ?

L'article 446ter du Code judiciaire interdit de manière générale les honoraires uniquement liés au résultat (voyez également la réponse à la question 6 ci-dessus). Aucune règle particulière n'est toutefois prévue pour les recours collectifs. En pratique, toutefois, l'avocat est rémunéré par le représentant qui ne perçoit pas les dommages et intérêts qui reviennent directement aux consommateurs et ne peut donc pas reverser une partie du résultat à l'avocat. L'avocat du représentant n'entretient par ailleurs pas de relation avec les consommateurs et ne peut donc pas non plus leur réclamer d'honoraires de résultat.

Q36 : Quelles sont les protections et garanties procédurales permettant aux parties à une instance civile de se protéger contre le risque de *procédures abusives* dans les situations de préjudice de masse ? Sont-elles conformes aux protections fondamentales identifiées au considérant 15 de la Recommandation 2013/396/UE (en particulier le fait d'éviter les dommages et intérêts ayant le caractère de sanction « punitive damages », les procédures intrusives de communication de pièces préalablement au procès (« pre-trial discovery ») et les dommages et intérêts octroyés par les jurys (« jury awards ») ?

Plusieurs garanties sont prévues par le Code de droit économique : actions réservées aux consommateurs, représentants pouvant introduire l'action limités aux associations sans but lucratif, phase préalable de recevabilité, rôle accru du juge,... La loi belge ne prévoit ni « punitive damages », ni « pre-trial discovery », ni « jury awards ».

Q37 : Au regard des dispositions de la Directive 2014/104/UE visant à faciliter les actions en dommages et intérêts par les *acheteurs indirects* (en particulier les articles 12, 14), les mécanismes de recours collectifs disponibles dans votre pays (s'ils existent) sont-ils *adéquats* pour garantir la possibilité pratique pour les acheteurs indirects, notamment les consommateurs, d'agir en dommages et intérêts ?

L'action en réparation collective est réservée aux consommateurs et concerne donc directement les acheteurs indirects.

Q38 : Des règles d'*actions collectives de suivi* existent-elles en droit de la concurrence dans votre pays autorisant les autorités publiques à adopter une décision reconnaissant l'existence d'une violation du droit européen ? Si c'est le cas, ces règles sont-elles conformes aux principes 33 et 34 de la Recommandation 2013/396/UE ?

Aucune règle spécifique n'existe en matière d'actions collectives de suivi. La réglementation générale s'applique en cas d'infraction aux règles belges en matière de protection de la concurrence. Elle ne prévoit toutefois pas les principes 33 et 34 de la Recommandation 2013/396/UE relatifs à la suspension de l'action en réparation, à l'autorité des décisions de constatation d'infraction et à la suspension des délais de prescription.

IV. QUESTIONS GENERALES SUR LES RELATIONS ET LA COOPERATION ENTRE JURIDICTIONS ET AUTORITES DE CONCURRENCE ET L'EFFET CONTRAIGNANT

Q39 : Vos juridictions ont-elles déjà *demandé* un avis d'une autorité nationale de la concurrence sur la question de l'application des règles de droit européen de la concurrence, dans le cadre d'un contentieux indemnitaire ? (a) Sinon, quelles peuvent en être les raisons, et qu'est-ce qui pourrait être fait pour encourager les juridictions à utiliser cette possibilité ? (b) Si oui, pourriez-vous nous donner les références des jurisprudences pertinentes, et nous indiquer si ces avis ont été suivis par les tribunaux ? (c) Connaissez-vous des jurisprudences dans lesquelles *une autorité nationale de concurrence est intervenue* de sa propre initiative par le biais d'un acte d'intervention bénévole (« *amicus curiae* ») communiqué à un tribunal national ?

Les cours et tribunaux belges ont demandé à deux reprises un avis à l'Autorité belge de la concurrence sur l'application du droit belge ou européen de la concurrence.

Sous l'empire des anciennes lois coordonnées du 15 septembre 2006, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 14 janvier 2010 avait demandé les observations de l'Autorité sur la définition exacte du marché pertinent et sur l'existence d'une position dominante dans le chef

de la défenderesse¹⁰. L'Autorité a répondu, à l'époque, qu'elle n'était pas compétente pour effectuer une telle instruction, car la procédure ne concernait pas un recours contre une de ses décisions¹¹.

Depuis l'entrée en vigueur du Livre IV du Code de droit économique, l'article IV.77 de ce code prévoit expressément que l'Autorité belge de la concurrence peut, d'office ou à la demande de la juridiction saisie, soumettre des observations au sujet de l'application des articles IV.1 et IV.2 du code ou des articles 101 et 102 TFUE. Un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 23 juin 2014 a demandé à l'Autorité de déposer des observations écrites sur la définition du marché pertinent et sur l'existence d'un accord restrictif de concurrence¹². Dans ses observations du 17 novembre 2014, l'Autorité a indiqué que la clause d'exclusivité dans l'accord concerné ne devait pas être considérée comme une restriction par objet et qu'elle tombait probablement dans le champ d'application de la communication *de minimis*. L'affaire est fixée pour plaidoiries à une audience du 15 mars 2016.

A notre connaissance, l'Autorité belge de la concurrence n'est pas intervenue de sa propre initiative pour soumettre des observations sur une action en indemnisation pendante devant les cours et tribunaux.

Q40 : Vos tribunaux ont-ils déjà soumis une *question préjudicielle* à la Cour de Justice dans le cadre d'un contentieux indemnitaire ? (a) Si oui, pourriez-vous donner les références de la jurisprudence pertinente ? (b) Sinon, connaissez-vous des affaires dans lesquelles il aurait été approprié de soumettre une telle question préjudicielle ?

Deux questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice par les tribunaux belges dans le cadre d'un contentieux indemnitaire en droit de la concurrence.

Dans un jugement du 21 novembre 2005, le tribunal de commerce de Bruxelles a posé une question préjudicielle sur la compatibilité d'une clause résolutoire expresse avec le règlement (CE) n° 1400/2002 d'exemption par catégories dans le secteur automobile¹³. La Cour de justice a prononcé son arrêt en date du 18 janvier 2007¹⁴.

Dans l'affaire précitée du « cartel des ascenseurs », un jugement du même tribunal du 18 avril 2011 a interrogé la Cour de justice sur le droit pour la Commission européenne d'intenter, au nom de l'Union européenne, une action en réparation du préjudice subi par l'Union à la suite d'une pratique restrictive de concurrence déjà condamnée par une décision de la Commission¹⁵. La Cour de justice a prononcé son arrêt le 6 novembre 2012¹⁶.

Q41 : Existe-t-il de (*nouvelles*) formes de coopération entre les juridictions et/ou les autorités de concurrence (notamment des coopérations transfrontalières) qui pourraient

¹⁰ Bruxelles, 14 janvier 2010, *Ann. prat.*, 2010, p. 1026.

¹¹ Bruxelles, 29 mai 2012, *R.D.C.*, 2012, p. 1007.

¹² Anvers, 23 juin 2014, R.G. 2012/AR/1798-2012/AR/1843, *inédit*.

¹³ Com. Bruxelles, 21 novembre 2005, R.G. 7998/2004, *inédit*.

¹⁴ CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-421/05, *City Motors Groep / Citroën Belux, Rec.*, 2007, p. I-653.

¹⁵ Com. Bruxelles, 18 avril 2011, *R.C.B.*, 2011/2, p. 156.

¹⁶ CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-199/11, *Europese Gemeenschap / Otis e.a., R.D.C.*, 2013/1, p. 32.

avoir un effet bénéfique sur l'effectivité et la cohérence du contentieux indemnitaire dans votre pays ?

La coopération entre autorités nationales de concurrence et entre juridictions nationales compétentes pour les contentieux de droit de la concurrence a respectivement lieu dans le cadre du Réseau européen de la concurrence (*European Competition Network*) et de l'Association des juges du droit européen de la concurrence (*Association of European Competition Law Judges*).

L'objectif de cohérence du contentieux indemnitaire est rendu plus difficile par l'éclatement de ce contentieux entre un grand nombre de cours et tribunaux compétents (voyez la réponse à la question 8 ci-dessus).

Q42 : Dans votre système national, quelles parties d'une décision reconnaissant l'existence d'une infraction, rendue par l'autorité nationale de la concurrence, la Commission européenne, l'autorité de concurrence d'un autre État membre ou une juridiction d'un autre État membre agissant en qualité d'autorité de concurrence sont considérées comme *contraignantes* dans les procédures de suivi ? L'article 9 de la Directive 2014/104/UE impose-t-il des modifications de votre droit national ?

Jusqu'à l'entrée en vigueur du livre IV du Code de droit économique en septembre 2013, le Conseil de la concurrence était une juridiction administrative. En raison de cette nature juridictionnelle, l'autorité des décisions du Conseil était controversée au sein de la doctrine belge. La jurisprudence publiée enseigne que les cours et tribunaux ne se considéraient pas liés par les décisions du Conseil mais qu'ils accordaient une grande force probante aux informations factuelles contenues dans ses décisions¹⁷. Depuis septembre 2013, l'Autorité belge de la concurrence est devenue une autorité administrative. Ce changement de nature institutionnelle met un terme à la controverse précédente, vu que l'article 159 de la Constitution impose aux cours et tribunaux d'exercer un contrôle de légalité de toutes les décisions administratives qui sont invoquées dans le cadre des débats dont ils sont saisis. Ce n'est donc que si la juridiction saisie constate la légalité d'une décision de l'Autorité belge de la concurrence qu'elle doit lui donner effet.

Conformément à l'article 16, § 1^{er} du règlement (CE) n° 1/2003, la constatation d'une infraction au droit de la concurrence contenue dans une décision de la Commission européenne s'impose aux cours et tribunaux belges saisis d'une action en indemnisation.

Les décisions des autorités de concurrence des autres États membres n'ont pas d'autorité vis-à-vis des cours et tribunaux belges, mais elles peuvent être invoquées à titre d'éléments de preuve à l'appui d'une action en indemnisation.

Les décisions des juridictions des autres États membres ne peuvent être revêtues de l'autorité de chose jugée en Belgique que si elles y sont reconnues sur le fondement du règlement (UE) n° 1215/2012/UE. Aucune jurisprudence n'est disponible sur cette question.

La transposition de l'article 9 de la Directive 2014/104/UE entraînerait une modification importante du droit belge sur ce point, puisque cette disposition vise à reconnaître un effet obligatoire aux décisions de constatation d'infraction de l'Autorité belge de la concurrence, et une valeur de commencement de preuve aux décisions identiques des autorités de concurrence

¹⁷ Cet enseignement ressort notamment de l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 février 2015 dans une action pour abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile.

d'autres Etats membres. La transposition de cette disposition risque toutefois de susciter des difficultés en Belgique, en raison de la nature administrative de l'Autorité belge de la concurrence et de l'obligation constitutionnelle pour les cours et tribunaux belges de contrôler la légalité des décisions administratives.

Q43 : Une décision reconnaissant l'existence d'une infraction, rendue par l'une des institutions mentionnées à la (Q41), peut-elle être considérée comme *définitive* dans votre pays s'agissant de son effet contraignant dans le contexte d'un contentieux de suivi, ou du calcul des délais de prescription, si les appels interjetés contre la décision sont *limités* à la contestation du montant des amendes ?

Cette question n'a pas été examinée en Belgique. Il est probable qu'un recours limité à la contestation du montant des amendes n'empêchera pas de considérer la décision de constatation de l'infraction comme définitive au sens des articles 9 et 10 de la Directive 2014/104/UE.

Q44 : Les tribunaux nationaux de votre pays sont-ils obligés de *surseoir à statuer* lorsque l'autorité nationale de la concurrence a ouvert une procédure concernant la même affaire, et jusqu'à ce qu'une décision soit prise ?

Les cours et tribunaux belges ne sont pas obligés de surseoir à statuer, et ne le font généralement pas, lorsque l'Autorité belge de la concurrence a ouvert une procédure d'instruction concernant la même affaire.

V. QUESTIONS RELATIVES A LA DIVULGATION ET LA CONFIDENTIALITE

Q45 : Existe-t-il un droit spécifique permettant aux victimes d'avoir accès au *dossier d'une autorité de concurrence* dans votre pays, en vue d'intenter un contentieux indemnitaire ?

Non, il n'existe aucun droit spécifique permettant aux victimes d'avoir accès au dossier de l'Autorité belge de la concurrence, ou de toute autre autorité de concurrence, en vue d'intenter un contentieux indemnitaire.

Par principe, l'article IV.45, §2, al. 2 du Code de droit économique dispose que « [*]es personnes ayant introduit la plainte et toutes les autres personnes physiques ou morales entendues par le Collège de la concurrence n'ont pas accès au dossier de procédure et d'instruction, à moins que le président n'en décide autrement au sujet du dossier de procédure* » (nous soulignons). Le jurisprudence a reconnu en matière de contentieux objectif (recours en annulation d'une décision de l'Autorité belge de la concurrence) que « *l'accès au dossier peut être accordé à des plaignants pour des motifs d'efficacité et, notamment, lorsqu'un moyen déterminant invoqué par la partie mise en cause dans ses conclusions pour soutenir ses griefs à l'encontre de la décision du Conseil, repose sur des éléments (à décharge) contenus dans le dossier mais inconnus pour la partie plaignante* »¹⁸. Dans le même arrêt, la Cour d'appel de Bruxelles a en revanche refusé un accès subsidiaire au dossier « *afin de lui permettre d'assurer de manière utile et complète la défense de ses intérêts et l'exercice de ses droits procéduraux* »,

¹⁸ Bruxelles, 30 avril 2015, *R.C.B./T.B.M.*, 2015-3, p. 231, renvoyant à Bruxelles, 6 mai 2010, *R.C.B./T.B.M.*, 2010/4, 46, para. 31.

dans la mesure où il s'agirait alors d'assurer la défense des droits subjectifs d'un intervenant volontaire ou d'un plaignant.¹⁹

En vertu de l'article IV.46, §3 du Code de droit économique, l'interdiction d'accès est par ailleurs absolue (« *l'accès ne peut y être accordé d'aucune autre manière* ») en ce qui concerne les demandes de clémences et « *les pièces et renseignements fournis par le demandeur* ». Selon l'exposé des motifs relatif à cette disposition, le législateur a considéré qu' « *il faut refuser aux tiers l'accès aux pièces dans le dossier de clémence, y compris à ceux qui envisagent une action en dommages-intérêts en raison d'une infraction aux règles de concurrence* »²⁰. Il en résulte dès lors une tension avec les arrêts rendus par la Cour de justice dans les arrêts C-360/09, *Pfleiderer* et C-536/11, *Donau Chemie*, ainsi qu'avec l'article 6 de la Directive 2014/104.

En ce qui concerne les documents et données échangés entre l'Autorité belge de la concurrence et les entreprises en cause dans le cadre de la procédure de transaction (applicable également à la matière des abus de position dominante en droit belge), l'article IV.56 du Code de droit économique prévoit qu'ils sont « *confidentiels* ». La pratique témoigne d'une interprétation large de cette notion qui devrait faire obstacle à leur production dans le cadre du contentieux indemnitaire.

Au regard de ce qui précède, bien que rien ne l'exclue expressément, il est incertain à l'heure actuelle que des victimes puissent obtenir accès au dossier d'une autorité de concurrence – ou à tout le moins à certaines pièces individuelles – en se prévalant des articles 877 et 878 du Code judiciaire. Ces dispositions permettent notamment à un juge d'ordonner la production de documents détenus par un tiers à la procédure, sous certaines conditions (cf. réponse à la question 46). Avant de se prononcer, le juge invite le tiers en question à faire valoir ses observations. Le jugement qui ordonne la production d'un document n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel (cf. article 880 du Code judiciaire).

Q46 : Si – au regard de la règle concernant la charge de la preuve prévue par l'article 2 du Règlement 1/2003/CE – les parties à une procédure civile ne disposent pas de la preuve qui leur est nécessaire, quel est le moyen le plus courant pour obtenir cette preuve dans votre État membre ? Est-ce la communication entre parties, la communication par un tiers, les mesures d'instruction privées ou d'instruction *in futurum*, l'obtention de preuves auprès des autorités publiques en vertu des règles de transparence, des moyens informels d'obtenir des preuves, etc. ?

En vertu de l'article 870 du Code judiciaire, chaque partie à une procédure civile a la charge de prouver les faits qu'elle allègue et de contribuer à l'administration de la preuve. En matière de contentieux indemnitaire, cela signifie par exemple que la partie qui entend obtenir réparation devra apporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un dommage certain et concret et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (cf. article 1382 du Code civil). L'article 871 du Code judiciaire prévoit qu'un juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose. L'article 877 du Code judiciaire permet en particulier à un juge d'ordonner à une partie ou à un tiers la production de documents. L'enquête prévue aux articles 915 et suivants du Code judiciaire permet quant à elle d'entendre des témoins afin d'apporter la preuve d'un fait précis et pertinent. Dans le cadre du contentieux de la responsabilité civile, le recours à l'expertise constitue une mesure

¹⁹ *Idem*, p. 232.

²⁰ *Doc. Parl.*, Chambre, 27 décembre 2012, n°53-2591/001 / 2592-001, 14.

d’instruction courante ; l’article 962 du Code judiciaire permet ainsi à un juge de charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis d’ordre technique, notamment quant à l’existence d’un comportement ou la quantification du dommage.

De façon générale, le juge bénéficie d’une importante marge aux fins d’apprécier l’opportunité d’ordonner des mesures d’instructions et ses décisions en la matière ne sont souvent pas susceptibles de recours. Bien qu’encore limitée, la pratique en matière de contentieux indemnitaire apparaît à ce jour confirmer de grandes divergences d’appréciation au sein des cours et tribunaux par rapport aux demandes de production d’informations, qu’elles émanent de la partie demanderesse en vue d’établir la réalité d’un comportement ou de la partie défenderesse dans le but d’obtenir des éléments qui ne seraient pas en sa possession et susceptibles de disqualifier la faute.

Dans un jugement du 24 novembre 2014 opposant l’Union européenne aux sociétés Kone, Otis, Schindler et ThyssenKrupp en réparation du préjudice allégué du fait de la participation de ces dernières à une entente dans le secteur de l’installation et de l’entretien d’ascenseurs, le Tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles a ainsi rejeté la demande faite aux parties défenderesses de produire une série d’éléments relatifs à des appels d’offre (soumissions, contrats, notes internes, correspondances) aux motifs que la demande était tardive et que le Tribunal n’était pas convaincu de l’intérêt et de la pertinence des pièces sollicitées²¹. Dans le même jugement, le tribunal a ensuite refusé d’ordonner une expertise en vue de prouver et d’évaluer le dommage dans la mesure où la partie demanderesse n’avait pas démontré avoir effectivement subi un dommage suffisamment certain et concret²². En revanche, dans une affaire UGC/Kinopolis²³, le Tribunal de commerce de Bruxelles a ordonné en mai 2009 la production forcée d’un contrat. De même, dans une affaire SNCB/Electrabel²⁴, la Cour d’appel de Bruxelles a ordonné en octobre 2011 à un panel d’experts de déterminer l’existence du comportement incriminé, avant de rejeter la demande en réparation de la SNCB.

Q47 : À quelles conditions est actuellement soumise, dans votre législation nationale, la possibilité pour les juridictions nationales d’ordonner la communication des preuves par une partie à une autre dans le cadre d’une instance en cours ?

En vertu de l’article 877 du Code judiciaire, quatre conditions doivent être remplies afin d’obtenir la communication d’une pièce par une partie (ou un tiers) à une autre dans le cadre d’une instance en cours : (i) la pièce doit contribuer à la preuve d’un fait pertinent ; (ii) la production doit viser un document identifiable et déterminé; (iii) il est nécessaire qu’il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention du document par la partie (ou le tiers) en question ; et (iv) la pièce dont la production est ordonnée doit effectivement se trouver entre les mains de cette partie (ou de ce tiers).

²¹ Comm. Bruxelles, 24 novembre 2014, *Union européenne/Kone, Otis, Schindler et ThyssenKrupp*, R.C.B./T.B.M., 2015, p. 37.

²² *Idem*. Voy. également le jugement du 24 avril 2015 concernant une action en réparation dirigée contre les mêmes parties défenderesses par les autorités belges (Comm. Bruxelles, 24 avril 2015, Régie des bâtiments et Région flamande/Kone, Otis, Schindler et ThyssenKrup, R.C.B./T.B.M., 2015, p. 212).

²³ Comm. Bruxelles, 14 mai 2009, R.G. A/08/5692, *inédit*.

²⁴ Bruxelles, 11 octobre 2011, RG 2010/AR/3112, *SNCB/Electrabel* (l’expertise avait été cependant refusée en première instance).

Comme indiqué précédemment, les cours et tribunaux bénéficient d'une marge importante dans l'appréciation de la réunion de ces conditions. Dans le jugement susmentionné du 24 novembre 2014, le Tribunal de commerce de Bruxelles a par exemple invoqué la tardiveté et l'absence de pertinence afin de rejeter la demande de production de documents formulée par la partie demanderesse.²⁵ En vertu de l'article 880 du Code judiciaire, le jugement qui ordonne la production d'un document n'est en outre susceptible ni d'opposition ni d'appel.

Q48 : Les juridictions ont-elles la possibilité d'ordonner la production d'une preuve par un tiers ? Si c'est le cas, à quelles conditions ? Les juridictions nationales ont-elles, dans votre pays, la possibilité de demander directement à une autorité de concurrence la production de preuves figurant au dossier de cette autorité de concurrence ? Si c'est le cas, cette possibilité est-elle soumise à des conditions spécifiques ? Quelles sont les limites de l'utilisation ?

L'article 877 du Code judiciaire permet également à un juge d'ordonner la production d'un document détenu par un tiers, aux mêmes conditions que celles applicables à la production de documents entre parties (cf. réponse à la question 47). Le tiers est néanmoins invité à faire valoir ses observations et les parties sont autorisées à prendre connaissance de celles-ci et à y répondre (article 878 du Code judiciaire). Le jugement ordonnant la production de la pièce en question détermine les modalités et le délai selon et endéans lesquels elle doit être déposée – en original ou en copie – au dossier de la procédure.

Comme indiqué en réponse à la question 45, il est incertain en l'absence de précédent, que l'article 877 du Code judiciaire puisse être invoqué aux fins de demander directement à une autorité de concurrence – en tant que tiers à la cause – la production de preuves figurant dans un dossier d'instruction, dans la mesure où il s'agirait de documents identifiables. L'autorité de concurrence en question disposerait alors du droit de faire valoir ses observations, notamment quant à la nécessité et l'opportunité de produire la pièce en question, qui seraient également soumises à un débat contradictoire entre les parties.

Q49 : Pourriez-vous indiquer s'il est possible, en vertu de votre législation nationale ou de la jurisprudence (« précédents ») à une juridiction nationale d'ordonner la production de catégories de preuve ? Si cette possibilité existe, pourriez-vous énumérer les conditions devant être remplies en lien avec cette production ? Pourriez-vous également donner une indication sur la fréquence à laquelle les juridictions nationales ordonnent la production de catégories de preuve ?

L'article 877 du Code judiciaire requiert que la demande de production porte sur un (ou plusieurs) document(s) identifiable(s) et déterminé(s). Cette condition est de nature à empêcher la production de catégories de preuves par une juridiction belge.

Concernant précisément la possibilité d'ordonner la production de catégories de preuves telle qu'envisagée par la proposition de Directive 2014/104, la Commission de la concurrence (organe consultatif ayant une compétence d'avis sur toutes les questions générales de politique de concurrence) s'était à l'époque demandée « *si la mention de 'catégories de preuves' à l'article 5, (3), n'est pas en contradiction avec la condition selon laquelle la partie qui demande la divulgation doit identifier les éléments de preuve de façon aussi précise et restreinte que possible. Cette partie de phrase semble en effet suggérer que des catégories complètes de*

²⁵ Comm. Bruxelles, 24 novembre 2014, *Union européenne/Kone, Otis, Schindler et ThyssenKrupp, R.C.B./T.B.M.*, 2015, p. 37.

preuves pourraient être divulguées sans contrôle juridictionnel individuel des différents éléments de preuve qui appartiennent à ces catégories. Pourtant, un contrôle juridictionnel individuel de ces différents éléments de preuve ne doit pas compromettre la divulgation de ceux-ci. Si ce texte est repris dans la version finale de la directive, il conviendra que le législateur belge décrive cette notion plus en détail ultérieurement »²⁶.

Q50 : La mise en œuvre des règles édictées par la Directive 2014/104/UE, notamment les articles 5 et 6 sur la production de preuve, qui comprennent essentiellement la possibilité d'ordonner la production de certaines catégories de preuve (par exemples article 5 paragraphe 2, article 6 paragraphes 5, 9 et 10) va-t-elle affecter l'approche adoptée par les demandeurs dans votre pays pour tenter d'obtenir la preuve dont ils ont besoins pour démontrer le bien-fondé de leur demande ? Pensez-vous qu'en conséquence de l'article 6 paragraphes 4 à 6 et paragraphe 10, et de l'article 7 de la Directive 2014/104/UE, les demandeurs (potentiels) présenteront moins de requêtes auprès des autorités de concurrence pour avoir accès aux documents du dossier ?

La mise en œuvre des règles édictées par la Directive 2014/104 pourrait affecter l'approche prévalant en Belgique en matière de production de preuve. Cette évolution devrait cependant faciliter l'accès aux preuves plutôt que dissuader les demandeurs (potentiels). La possibilité de demander la production de catégories de preuves en vertu de l'article 5, §2 de la Directive, en particulier, aura pour effet d'assouplir les conditions mises par l'article 877 du Code judiciaire à la production de documents.

Dans le domaine du contentieux indemnitaire en matière de concurrence, à tout le moins, la transposition de la Directive 2014/104 pourrait également amener les cours et tribunaux à baisser leur niveau d'exigence aux fins d'obtenir la production de documents au regard du souci exprimé quant au risque que « *des exigences juridiques strictes faisant obligation aux demandeurs d'exposer précisément tous les faits de l'affaire au début de l'instance et de produire des éléments de preuve bien précis à l'appui de leur demande peuvent indûment empêcher l'exercice effectif du droit à réparation garanti par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* »²⁷.

Q51 : Pensez-vous que les règles nationales de votre pays régissant l'accès aux documents figurant au dossier des autorités de concurrence et leur utilisation dans les procédures judiciaires doivent être adaptées pour être conformes aux règles édictées par la Directive concernant la protection de certains documents, tels que les déclarations en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction ?

Comme indiqué en réponse à question 45, les règles nationales régissant l'accès aux documents figurant au dossier des autorités de concurrence et leur utilisation dans les procédures judiciaires sont limitées aux « *pièces et renseignements* » fournis par les demandeurs de clémence (article IV.46, §3 du Code de droit économique) et aux « *documents et données* » échangés dans le cadre des procédures de transaction (article IV.56 du Code de droit économique).

Dans la mesure où il prévoit une interdiction absolue d'accès à la fois aux déclarations auto-incriminantes effectuées en vue d'obtenir la clémence et aux informations préexistantes (pièces)

²⁶ Avis CCE 2014-25 de la Commission de la Concurrence portant sur la Proposition de directive : Actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence du 9 janvier 2014, <http://www.ccecrb.fgov.be>, p. 5 (nous soulignons).

²⁷ Voy. considérant 14 de la Directive 2014/104.

qui les accompagnent, l'article IV.46, §3 du Code de droit économique devra en principe être modifié afin de se conformer à l'article 6, §6, a) de la Directive 2014/104.

En revanche, la large confidentialité applicable à l'ensemble des documents et données échangés dans le cadre des procédures de transaction en vertu de l'article IV.56 du Code de droit économique apparaît conforme à l'article 6, §, b) de la Directive 2014/104 dans la mesure où il entend assurer une protection absolue des propositions de transaction.

Q52 : Les règles de la Directive 2014/104/UE sur la production de preuve créent un standard minimal. Les États membres sont expressément autorisés à adopter un régime *plus large* de production de preuves (article 5 paragraphe 8). Votre pays dispose-t-il actuellement d'un système de production de preuve *plus large ou plus étroit* (comparé à celui de la Directive) ? Serait-il raisonnable que votre pays adopte de nouvelles règles concernant la production de preuves, d'une application plus générale [par exemple couvrant tout type de contentieux indemnitaire, créant une approche unifiée couvrant également les procédures relatives à l'indemnisation d'une infraction aux droits de propriété intellectuelle (précédente mise en œuvre de la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle)] ?

La Belgique dispose actuellement d'un système de production de preuve plus étroit que celui prévu par la Directive 2014/104. Compte tenu de la réserve avec laquelle les cours et tribunaux ont tendance à traiter les demandes de production de preuve en matière civile, il paraît peu probable à ce stade que la Belgique adopte de nouvelles règles concernant la production de preuves d'une application plus générale. En revanche, l'introduction du système de production de preuves prévu par la Directive 2014/104 en matière d'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, pourrait constituer une première étape vers l'introduction d'un système plus général applicable à d'autres secteurs d'activités économiques, à d'autres types de contentieux indemnitaires, voire à l'ensemble de la matière civile.

Q53 : Quelle est la définition « d'information confidentielle » appliquée dans votre pays ? Cette définition est-elle la même en matière de sanctions publiques et en matière indemnitaire ?

Le droit positif belge ne contient pas de définition de la notion « d'information confidentielle ».

En matière indemnitaire, il est parfois fait référence à une définition des « secrets commerciaux » donnée par le tribunal de commerce de Bruxelles au début du siècle dernier : « [o]n admet généralement que ces secrets peuvent inclure des listes de clients, des informations sur les consommateurs, sur la politique des prix pratiqués par l'entreprise, sur les méthodes de publicité, la situation financière, les stratégies commerciales, etc.; et plus généralement, que ça recouvre les faits et les circonstances en rapport avec l'organisation et l'activité commerciales de l'entreprise »²⁸.

En matière de sanctions publiques, l'Autorité belge de la concurrence interprète la notion d'information confidentielle en conformité avec les règles édictées par la Commission européenne. La Commission définit le secret d'affaire et l'information confidentielle dans sa Communication relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires

²⁸ Comm. Bruxelles, 30 janvier 1908, *J.C.B.*, 1908, p. 153.

relevant des articles [101] et [102 TFUE]²⁹. Les secrets d'affaires sont les « *informations sur l'activité professionnelle d'une entreprise (dont la divulgation) peut gravement léser ses intérêts* » (para. 18) tandis que les autres informations confidentielles comprennent « *les informations autres que les secrets d'affaires qui peuvent être considérées comme confidentielles dans la mesure où leur divulgation léserait gravement une personne ou une entreprise* » (para. 19). De façon générale, le traitement des informations confidentielles par l'Autorité belge de la concurrence est régi par l'article IV.41, §§ 6 à 9 du Code de droit économique.

Q54 : Pourriez-vous indiquer si les juridictions nationales de votre pays disposent de mécanismes pour protéger l'information confidentielle dans les procédures relatives aux sanctions publiques et dans les procédures indemnitaires en matière de concurrence ? Si c'est le cas, pourriez-vous donner une brève description des conséquences de ces mécanismes, de leur fondement légal, et des sanctions prévues en cas de violation de la confidentialité ? La pratique actuelle sera-t-elle affectée par les exigences de l'article 5 paragraphe 4 de la Directive 2014/104/UE en vertu de laquelle les juridictions doivent avoir le pouvoir d'ordonner la production d'information confidentielle (si celle-ci a un lien avec l'action en dommages et intérêts) ?

Lorsqu'un juge ordonne la production de preuves sur la base de l'article 877 du Code judiciaire, il peut indiquer « *les modalités et les délais dans lesquels elle doit avoir lieu* » (cf. article 879 du Code judiciaire). L'article 882 du Code judiciaire dispose également que « [l]a partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra ». Ces dispositions permettent donc, d'une part, à une partie ou un tiers d'opposer un intérêt légitime à un ordre de production émanant d'un juge, comme le secret des affaires, et d'autre part aux cours et tribunaux de moduler la production des documents à produire afin de protéger les informations confidentielles. La Cour de cassation a également reconnu que la partie lésée, qui a pris l'initiative d'introduire l'action en réparation et qui doit donc en supporter la charge de la preuve, reste également en droit d'invoquer le secret des affaires³⁰.

Concrètement, les cours et tribunaux ont eu recours dans le passé aux mesures suivantes, prises individuellement ou en combinaison, afin de préserver la confidentialité des informations qui devraient être divulguées lors d'une procédure indemnitaire devant les juridictions civiles : (i) la production d'une version non-confidentielle d'un document (ex. contrat commercial) ; (ii) le masquage ou le tri de documents sous contrôle d'un tiers indépendant (par exemple un expert) ; (iii) la consultation de documents dans une *dataroom* sans copie ni prise de notes et moyennant la signature d'un accord de confidentialité; (iv) la divulgation des informations à des personnes qui sont soumises au secret professionnel (tels que des réviseurs d'entreprises, qui peuvent se prononcer sur la confidentialité de pièces à la place des parties tout en étant empêchés de leur communiquer la substance des informations auxquelles ils ont eu accès) ; ou (v) la vérification par le juge lui-même de la pièce dont le caractère confidentiel est invoqué.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que les cours et tribunaux belges ont développé des mesures efficaces de protection des informations confidentielles, de sorte que la pratique

²⁹ Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil, *J.O.U.E.*, 2005, C 325/07.

³⁰ Cass. 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174. Voy. aussi Bruxelles, 30 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1181.

actuelle ne devrait pas être affectée comme telle par les exigences de l'article 5, §4 de la Directive 2014/104.

Q55 : Quel type de mesures pour la *protection* de l'information confidentielle (telle que prévue par différentes dispositions de la Directive 2014/104/UE dans le contexte de la production de preuve, par exemple article 5 paragraphe 3 (c), article 8 paragraphe 1 (c) à (d) et paragraphe 2, et article 7 paragraphe 3) serait le mieux adapté au système et à la pratique juridiques de votre pays ?

Pour assurer la protection effective de la confidentialité et en sanctionner le cas échéant la violation, les mesures les mieux adaptées au système et à la pratique juridique belge incluent : (i) l'imposition d'une amende par ordonnance du juge (voy. par analogie l'article 926 du Code judiciaire) ; (ii) la condamnation de la partie en cause à des dommages et intérêts (voy. par analogie l'article 882 du Code judiciaire) ; et (iii) la faculté par le juge de tirer des conclusions défavorables (voy. par analogie l'article 972bis du Code judiciaire).

De façon générale, toute question ou litige portant sur la confidentialité et son respect devrait pouvoir faire l'objet d'un incident de procédure sur lequel le juge compétent devrait être amené à statuer après avoir entendu les parties en leurs explications.

VI. QUESTION SPECIFIQUE RELATIVE A L'IMPACT DE L'ELEMENT TRANSFRONTALIER

Q56 : L'application des règles sur la *compétence judiciaire* fixées par le Règlement 44/2000/UE (Bruxelles I) et le Règlement 1215/2012/UE et des règles sur le *droit applicables aux obligations non contractuelles* 864/2007/CE (Rome II) aux actions en dommages et intérêts a-t-elle rencontré des problèmes importants dans la pratique judiciaire de votre pays en droit de la concurrence ? Si vous percevez des problèmes, pensez-vous qu'une solution exigerait la modification de ces règlements ?

Aucun problème particulier n'a été rencontré à ce jour.

Q57 : D'après l'expérience de votre pays, pensez-vous que les juridictions traitant les contentieux indemnitaires individuels ou collectifs rencontrent des problèmes particuliers lorsque ces contentieux comportent un élément transfrontalier ? En particulier : Dans les litiges concernant des personnes de *plusieurs États membres*, la possibilité d'intenter une action collective unique devant une juridiction unique est-elle écartée en raison de règles nationales de recevabilité ou de capacité du groupe de demandeur étrangers ou du fait que l'entité représentative relève d'un système juridique étranger ?

L'action en réparation collective de droit belge peut bénéficier à des consommateurs étrangers mais la loi prévoit que l'opt-in est obligatoire pour les personnes lésées qui ne résident pas de manière habituelle en Belgique. Cette règle est justifiée par le fait que le risque est plus grand pour les non-résidents de ne pas avoir été informés de l'introduction de l'action. Par ailleurs, la probabilité est plus grande que la loi applicable à l'action soit une loi étrangère et non la législation belge.

Cependant, les associations de défense des consommateurs d'un autre Etat membre de l'Union européenne ne peuvent agir en tant que représentant du groupe de consommateurs (belges et/ou étrangers), sauf à demander leur agrément par le Ministre des affaires économiques.

VII. QUESTIONS RELATIVES AUX MARD/MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES DIFFERENDS/REGLEMENT AMIABLE DES LITIGES

Q58 : Pouvez-vous indiquer les *types de mécanisme de règlement amiable des litiges* les plus fréquemment utilisés dans votre pays (et à quels types de litiges ils s'appliquent) ?

Les types de mécanisme de règlement amiable des litiges les plus fréquemment utilisés en Belgique sont :

- La conciliation (articles 731-733 du Code judiciaire) : dans tout litige susceptible d'être réglé par transaction, à l'initiative d'une partie ou de commun accord, une conciliation peut être tentée devant le juge compétent pour connaître du litige en premier degré de juridiction. Si un accord intervient, il est coulé dans un procès-verbal revêtu de la formule exécutoire.
- La médiation (articles 1724-1737 du Code judiciaire) : les parties demandent l'aide d'un tiers agréé, neutre, indépendant et impartial afin de les aider à trouver une solution durable à leur conflit. Si les parties parviennent à un accord, ce dernier est homologué par un juge avec les effets d'un jugement d'accord. La médiation est fréquemment appliquée en matière familiale ou de droit du travail.
- La transaction (articles 2044-2058 du Code civil) : contrat par lequel les parties entendent vider une contestation née ou à naître par le biais de concessions réciproques, il permet notamment de régler les conséquences civiles d'un délit. Les transactions bénéficient entre les parties de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Le recours à la transaction est fréquent en matière de responsabilité civile.

Contrairement à ce que la Directive 2014/104/UE suggère, l'arbitrage (articles 1676-1723 du Code judiciaire) n'est pas un mode de règlement amiable des litiges mais un mode alternatif permettant de soumettre toute cause patrimoniale (ainsi que les causes non-patrimoniales sur lesquelles il est possible de transiger) à un ou plusieurs tiers indépendant(s) afin de trancher un litige au moyen d'une sentence arbitrale qui a, entre les parties, les mêmes effets qu'un jugement. Il y est fréquemment fait recours en matière commerciale.

Q59 : Les modes alternatifs de résolution des différends et règlements amiables *collectifs* au sens des principes 25-28 de la Recommandation 2013/396/UE sont-ils disponibles et encouragés dans votre pays ?

Le Titre 2 du Livre XVII du Code de droit économique organise en droit belge l'action en réparation collective, qui est une action représentative ouverte en cas de violation par une entreprise de ses obligations contractuelles ou d'un règlement européen ou d'une loi énuméré à l'article XVII.37 du Code de droit économique. Le législateur a veillé à limiter l'intervention judiciaire et à encourager la négociation d'un accord amiable entre le représentant du groupe et l'entreprise en question. Concrètement, le juge qui autorise l'action en réparation collective doit mentionner dans sa décision de recevabilité le délai (entre 3 et 6 mois) imparti aux parties pour négocier un accord sur la réparation du préjudice collectif régi par l'article XVII.45 du Code de droit économique. Cette disposition prévoit la possibilité de recourir à un médiateur agréé. En cas d'accord, ce dernier est soumis à l'homologation du juge et n'emporte pas la reconnaissance de responsabilité ou de culpabilité du défendeur.

Q60 : Pouvez-vous nous donner une *présentation générale* des actions en dommages et intérêts fondées sur les articles 101 et 102 du TFUE qui ont été récemment réglées de

manière transactionnelles ou par d'autres formes de résolution amiable des différends (y compris l'arbitrage) ?

Les actions indemnitaires pour un dommage subi à la suite d'une infraction aux règles de concurrence demeurent rares en Belgique. Cela n'exclut cependant pas que certains litiges puissent occasionnellement être réglés de manière transactionnelle et, le plus souvent, confidentielle.

Récemment, cependant, un accord transactionnel a été rendu public dans une affaire en dommages et intérêts opposant les opérateurs de téléphonie mobile Base et Mobistar à Proximus, l'opérateur historique, à la suite de la condamnation de Proximus (alors Belgacom) par l'Autorité belge de la concurrence en 2009 pour abus de position dominante³¹. L'action en dommages et intérêts était suivie de près en Belgique depuis que deux experts désignés par le Tribunal de commerce de Bruxelles avaient estimé le dommage subi à plus de 1,8 milliard d'euros. Ces deux experts avaient cependant été écartés et remplacés en 2012³². Le dernier arrêt rendu dans cette affaire en février 2015 avait statué sur plusieurs questions de principe en défaveur de Proximus et renvoyé l'affaire au rôle dans l'attente du dépôt d'un nouveau rapport d'experts sur les abus tarifaires reprochés³³.

Dans un communiqué daté du 21 octobre 2015, Proximus a annoncé qu'il avait été mis fin à tous les litiges existants avec Base et Mobistar par un accord transactionnel impliquant le versement de 120 millions d'euros à Base (66 millions) et Mobistar (54 millions).

Q61 : Existe-t-il dans votre pays des règles sur les *effets suspensifs et les autres effets des transactions amiables*, y compris les effets sur les actions ultérieures en dommages et intérêts ? Si c'est le cas, quelles expériences ont été faites ? Les articles 18 et 19 de la Directive 2014/104/UE auront-ils un impact sur la situation juridique et la pratique actuelles ?

En vertu du droit commun, les transactions exécutées bénéficient entre les parties de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Si, à la suite d'une décision de justice rendue en premier degré de juridiction, les parties décident de transiger sur le montant de l'indemnité due, cette démarche n'aura aucun effet suspensif de la faculté pour l'une des parties de faire exécuter ce jugement. Une transaction n'est revêtue de l'autorité de la chose jugée conformément à l'article 2052 du Code civil qu'à partir du moment où celle-ci a été exécutée³⁴. Une fois la transaction exécutée, celle-ci aura alors pour effet de vider le litige qui opposait originellement les parties de sorte qu'une « *exception de transaction* »

³¹ Décision du Conseil de la concurrence n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, aff. CONC-P/K-05-0065 : *Base/BMB*.

³² Bruxelles, 6 mars 2012, R.G. 2011/AR/856, *inédit*. Les pourvois en cassation contre cet arrêt ont été rejetés par un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2013 (R.G. C.12.65.F-C.12.120.F-C.12.625.F).

³³ Bruxelles, 26 février 2015, précité.

³⁴ La convention se borne en effet à dire à quelles conditions les parties entendent subordonner l'extinction du litige. Or, ces conditions ne sont pas nécessairement remplies lors de la conclusion de la transaction. Ainsi, lorsque la transaction contient une obligation à la charge de l'une des parties, la situation litigieuse ne prend fin qu'avec l'exécution de cette obligation. Voy. Cass. fr., 12 juillet 2012, *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, p. 169 et obs. P. Therry ; Bruxelles, 10 octobre 2014, *Rev. not. b.*, 2015, p. 73 et obs. J. Van Compernelle et G. De Leval, « La transaction inexécutée n'éteint pas le litige ».

entraînera l'irrecevabilité de la demande indemnitaire qui tenterait de renouveler une contestation terminée par une transaction.

Contrairement à la médiation (article 1730, §3 du Code civil³⁵), la transaction n'emporte pas de suspension du délai de prescription. Cette situation devra être modifiée afin de transposer l'article 18 de la Directive 2014/104. Sous réserve des remarques formulées en réponse à la question 27, le droit belge apparaît conforme à l'article 19 de la Directive 2014/104 dans la mesure où il prévoit que : (i) la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres et que, si le créancier a expressément réservé ses droits contre ces derniers, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (article 1285 du Code civil); et (ii) si un des codébiteurs se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement (article 1214 du Code civil).

Par ailleurs, comme indiqué en réponse à question 59, la procédure en réparation collective prévue au Titre 2 du Livre XVII du Code de droit économique prévoit une période obligatoire de négociation d'un accord transactionnel entre les parties après décision sur la recevabilité de l'action. Au terme de la période fixée, le juge soit homologuera l'accord conclu soit reprendra le traitement de l'affaire.

Q62 : Au regard de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire « “Eco Swiss” (C-126/97) pensez-vous qu'il existe des obstacles dans le système et la pratique juridiques de votre pays s'opposant à l'examen par une juridiction d'une *décision d'arbitrage* qu'elle considère comme contraire à l'article 101 du TFUE ?

Le caractère d'ordre public du droit de la concurrence ne s'oppose pas à ce qu'un litige en la matière soit soumis à une procédure d'arbitrage convenue par les parties. Les arbitres sont toutefois tenus d'appliquer le droit de la concurrence au litige dont ils sont saisis, et le cas échéant, de soulever eux-mêmes son application si les parties ne l'ont pas invoqué. En outre, les tribunaux belges saisis d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale ou d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur doivent, respectivement et le cas échéant d'office, annuler la sentence ou refuser sa reconnaissance ou son exequatur en cas de violation du droit de la concurrence.³⁶

Q63 : À votre avis, comment pourrait-on *promouvoir au mieux un usage significatif des transactions ou autres modes alternatifs de règlement des différends* dans le cadre du contentieux indemnitaire ?

Comme indiqué en réponse à la question 59, le droit belge en matière de réparation collective impose le passage par une phase négociée. De la même façon, les actions indemnitaires individuelles pourraient être soumises à l'obligation de tenter une conciliation préalable. Comme l'impose l'article 18 de la Directive 2014/104, sur le modèle de la médiation, la transaction volontaire devrait également pouvoir entraîner une suspension du délai de prescription.

³⁵ Aux termes de l'article 1730, § 2, « si la proposition est adressée par envoi recommandé et qu'elle contient la réclamation d'un droit, elle est assimilée à la mise en demeure visée à l'article 1153 du code civil". Suivant le paragraphe 3, « dans les mêmes conditions, la proposition suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois ».

³⁶ Pour une illustration, voy. Trib. Bruxelles, 8 mars 2007, *Rev. Arb.*, 2007, p. 303 ; et Bruxelles, 22 juin 2009, *Rev. Arb.*, 2009, p. 574.

VIII. QUESTIONS RELATIVES AUX PERSPECTIVES LEGISLATIVES

Q64 : Merci de faire une synthèse des principales difficultés relatives à la mise en œuvre de la Directive 2014/104/UE et de la Recommandation 2013/396/UE dans votre pays.

Les principales difficultés relatives à la mise en œuvre de la Directive 2014/104/UE en Belgique incluent (voy. pour le surplus les différentes références à la transposition de la Directive dans les réponses formulées ci-avant) : (i) la présomption réfragable selon laquelle les infractions sous forme d'entente causent un préjudice (art. 17, §2), qui constitue une exception au droit général de la responsabilité civile ; (ii) la présomption selon laquelle une infraction constatée par une définitive de l'Autorité belge de la concurrence est établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts est problématique au regard de la nature administrative de l'Autorité et de l'article 159 de la Constitution selon lequel les cours et tribunaux doivent exercer un contrôle de légalité de toutes les décisions administratives qui sont invoquées dans le cadre des débats dont ils sont saisis ; (iii) les règles régissant la production de preuves (art. 5) nécessitent de mettre en place un régime spécifique pour le contentieux indemnitaire en matière de concurrence (ex. accès à des catégories de preuves) ; (iv) l'accès au dossier de l'autorité belge de la concurrence (arts. 6-7) devrait être organisé par la loi ; (v) une modification du Code de droit économique est nécessaire afin d'exclure la protection automatique des documents préexistants aux demandes de clémence ; (vi) la limitation (à certaines conditions) de la responsabilité solidaire des petites et moyennes entreprises et des bénéficiaires d'une immunité (art. 11) nécessitent également une dérogation au droit commun de la responsabilité civile ; et (vii) la suspension du délai de prescription pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige (art. 18), doit être étendu au-delà de la seule médiation et, en particulier, à la transaction.

L'action en réparation collective prévue par le Code belge de droit économique apparaît de façon générale conforme à la Recommandation 2013/396/UE. Les modifications suivantes apparaissent néanmoins souhaitables : (i) inclure les articles 101 et 102 TFUE parmi les causes invocables au soutien d'une action en réparation collective (art. XVII.37 du Code de droit économique) ; (ii) les entités représentatives officiellement reconnues comme tel par d'autres Etats membres devraient être admises à agir (art. XVII.39 du Code de droit économique) ; (iii) les recommandations 33 et 34 concernant les actions collectives de suivi devraient également être intégrées en droit belge.

Q65 : Pouvez-vous citer des obstacles juridiques pratiques qui ne sont pas visés dans la Directive 2014/104/UE et qui, à votre avis, devraient être supprimés dans votre pays pour donner une véritable efficacité aux actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence (ou au contentieux indemnitaire en général) ? Si c'est le cas, comment ces obstacles pourraient-ils être supprimés ?

La réserve affichée traditionnellement par les juridictions belges par rapport à la production forcée de documents constitue un obstacle pratique auquel l'établissement d'un régime propre aux actions indemnitaires en matière de concurrence et une pratique de ce type de litiges pourraient néanmoins remédier dans la durée. La soumission de toute demande de production de documents à un débat contradictoire et l'introduction d'une possibilité d'appel à l'encontre des jugements incidents ordonnant la production de documents, pourraient également contribuer à faciliter l'adoption de ce type de mesures.

La limitation du champ d'application *rationae personae* de l'action en réparation collective aux seuls consommateurs constitue également, en théorie, un obstacle juridique pratique au développement du contentieux indemnitaire en matière de concurrence en Belgique. Dans ce cas,

la liste limitative des entités ayant qualité à agir en tant que représentant pourrait également être revue ou, à tout le moins, les conditions mises à l'agrément des associations représentatives.

Q66 : Dans une perspective plus large, serait-il utile dans votre pays que les dispositions relatives à la mise en œuvre (ou certaines d'entre elles) s'appliquent *au-delà* de la catégorie d'actions couvertes par la Directive 2014/104/UE, par exemple (a) aux actions en dommages et intérêts qui ne concernent que les infractions au droit national de la concurrence ; (b) aux actions civiles autres que les actions en dommages et intérêts dans les aspects concurrentiels du droit de la concurrence et (c) aux actions civiles en général ?

Les dispositions résultant de la transposition de la Directive 2014/104/UE devraient s'appliquer également aux actions en dommages et intérêts concernant les infractions au droit national de la concurrence, et être regroupées autant que possible au sein d'un nouveau chapitre 5 du Titre IV du Code de droit économique ou d'un Titre IVbis. En revanche, il n'apparaît pas souhaitable à ce stade d'étendre le régime prévu par la Directive à d'autres actions civiles spécifiques ou de l'intégrer au droit judiciaire général, compte tenu des modifications sensibles que ce régime introduit par rapport au droit commun de la responsabilité civile et de l'action civile. Une évaluation de l'expérience acquise dans la mise en œuvre de ce régime spécial pourrait ensuite justifier son élargissement à d'autres types de contentieux.

*