

N° 6968¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2015-2016

PROJET DE LOI

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

* * *

AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE DES CONSOMMATEURS

(11.4.2016)

La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a ouvert la voie à la directive 2014/104/UE transposée par le présent projet de loi, illustre que non seulement les professionnels lésés par des pratiques anticoncurrentielles mais également les consommateurs doivent bénéficier d'un droit de recours leur permettant d'être indemnisés. Dans les affaires jointes C-295/04, C-296/04, C-297/04 et C-298/04 MANFREDI et consorts, l'Avocat Général de la Cour a souligné que „*les organes chargés de l'application des règles de concurrence dans la sphère publique interviennent dans l'intérêt public en poursuivant souvent certaines priorités, de sorte que chaque plainte n'est pas traitée sur le fond. Les actions civiles peuvent avoir un effet dissuasif à l'égard des contrevenants (potentiels) à l'interdiction d'ententes et contribuer de la sorte à l'application de cette interdiction ainsi qu'au développement d'une culture de la concurrence parmi les acteurs du marché. L'initiative des actions relevant du droit privé doit en premier lieu provenir de ceux dont les intérêts sont protégés par les règles de concurrence. Les consommateurs font notamment partie de ces personnes comme dans la présente affaire au principal.*“ Cette affaire est particulièrement parlante pour nous, car elle concernait une augmentation anormale en Italie des primes des assurances de responsabilité civile (RC) auto suite à une entente interdite entre les compagnies d'assurances. Faut-il rappeler que suite à une plainte de l'ULC, le Conseil de la concurrence a sévèrement condamné une entente orchestrée par l'ACA (Association des Compagnies d'Assurances) privant les consommateurs du plein bénéfice du système de Bonus/Malus. S'agissant d'une décision finale (non contestée en justice par l'ACA et les compagnies condamnées), les assurés lésés auraient pu intenter une action en remboursement des sommes indûment prélevées.

Le projet de loi devrait faciliter de telles actions en dommages et intérêts, d'autant plus que nos tribunaux civils n'ont guère d'expérience concernant des actions en réparation suite à des décisions de condamnation en matière de concurrence qu'il s'agisse d'ententes anticoncurrentielles ou d'abus de positions dominantes („*follow-on action*“).

L'ULC insiste d'emblée que l'efficacité de la nouvelle loi pour des actions en justice de la part de consommateurs lésés dépendra de l'adoption parallèle d'une loi autorisant les Actions de groupe, notamment en matière de concurrence. L'extrait ci-joint du Rapport 2013 de l'Autorité de la Concurrence française résume le bien-fondé de l'Action de groupe dans l'intérêt d'une application efficace du droit de la concurrence. Aux dernières nouvelles, le Ministère de l'Economie est toujours au stade de l'analyse préparatoire d'une éventuelle mesure malgré une Recommandation de la Commission, deux questions écrites du député, M. Mosar, et plusieurs courriers argumentés de l'ULC aux Ministres compétents.

L'affaire CODITEL illustre parfaitement qu'en l'absence d'Action de groupe, les recours en réparation de la part des consommateurs lésés resteront lettre morte dans la plupart des cas.

„La majorité des atteintes aux droits des consommateurs porte sur des montants qui, considérés isolément, ne justifient guère les frais et tracas liés à un recours individuel. Cependant le préjudice

causé au marché dans son ensemble, au vu du nombre élevé de consommateurs préjudiciés, peut s'avérer très élevé.

Prenons l'exemple des surfacturations de Coditel (Numericable) condamnées par le Conseil de la Concurrence en décembre 2010. Nous écrivions à l'époque que „Coditel a encaissé illégalement des sommes indues (s'élevant entre 60 et 107,04 € pour la deuxième prise de connexion et 38,38 à 60 € pour la troisième prise) de tous les abonnés pendant les six ans passés au crible par la Concurrence...“ et citions le Président du Conseil de la Concurrence selon lequel „...le retour des sommes versées relève de la relation contractuelle entre abonné et Coditel“ et qu'il „est probable que seuls quelques abonnés iront devant les tribunaux pour récupérer quelques centaines d'euros“¹. Si nous avions eu l'Action de Groupe, l'ULC aurait pu agir au nom de toutes les victimes (non seulement nos membres) devant un tribunal civil pour faire condamner au civil Coditel en l'obligeant de rembourser les sommes indûment encaissées.²

Conformément à la Directive 2014/104/UE, l'art. 2(2) du projet de loi prévoit déjà l'action en dommages et intérêts „par une personne agissant au nom d'une ou de plusieurs parties prétendument lésées“. En clair, l'ULC pourrait agir au nom et pour le compte d'un groupe de membres lésés par une même violation du droit de la concurrence. Encore faudra-t-il que de telles Actions de groupe devant les tribunaux civils soient permises par notre droit. L'ULC réitère avec force sa demande au Gouvernement de présenter dans les meilleurs délais un avant-projet de loi en rappelant que le Barreau de Luxembourg „est favorable à la création d'un recours collectif organisé et balisé, au niveau luxembourgeois mais aussi au niveau européen“³.

Concernant les autres dispositions du projet de loi, il s'agit d'une transposition fidèle de la directive susvisée même si des précisions à apporter par le droit procédural national (selon la directive) restent floues.

1. Consommateurs comme acheteurs directs ou indirects: Les consommateurs peuvent être lésés comme „acheteurs directs“ (exemples: CODITEL, ACA) ou „acheteurs indirects“. Tant la directive que le projet de loi se focalisent sur des „surcoûts“ résultant d'une violation de la concurrence. S'il est vrai que des prix artificiellement élevés constituent la principale lésion d'acheteurs directs voire indirects, le préjudice peut résulter également de refus de vente, de refus d'honorer des services après-ventes (garanties commerciales...), de choix limités, de ventes liées imposées, de programmes de fidélisation imposés par des entreprises en position dominante...

A titre d'illustration, nous renvoyons à la condamnation par la Commission Européenne de 3 brasseries luxembourgeoises pour un partage de marché dans le secteur horeca (annexe). Il en est résulté un choix de bières limité offert par les bistrotts qui a affecté les consommateurs comme „acheteurs indirects“.

Il n'est pas évident de quantifier de tels préjudices mais nous en concluons que les actions en réparation resteront donc essentiellement sinon exclusivement réservées à des prix excessifs résultant de violations de la concurrence.

2. Quantification du préjudice et preuves: Dans des affaires comme CODITEL ou ACA dans lesquelles des consommateurs ont été lésés comme „acheteurs directs“, le juge saisi d'une action en réparation n'aurait pas eu trop de difficultés à chiffrer les préjudices individuels encourus. Par contre, dans le cas des consommateurs lésés comme „acheteurs indirects“ (exemple: un commerçant qui a trop payé ses fournisseurs répercute les surcoûts aux consommateurs), la quantification du préjudice des consommateurs est bien plus problématique. L'exposé des motifs précise: „A défaut de règles communes dans l'UE pour la quantification du préjudice causé par une violation du droit de la concurrence, il revient au juge de se prononcer. A cet effet, il devra tenir compte de toute asymétrie de l'information entre les parties et du fait que la quantification du préjudice nécessite d'évaluer la manière dont aurait évalué le marché concerné en l'absence de violation. Cette évaluation suppose une comparaison avec une situation qui est hypothétique par définition et ne peut donc jamais être absolument exacte“.

1 de Konsument février 2011 n° 02

2 Extrait de l'article „Droit des consommateurs de demander collectivement réparation de leurs préjudices“ dans de Konsument n° 01, janvier 2014

3 Position sur le document de consultation de la Commission Européenne sur les recours collectifs pour les consommateurs

L'art. 17 de la directive stipule que: „*Les Etats membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles*“. L'ULC regrette que l'art. 10 du projet de loi n'apporte aucune précision sur d'éventuelles procédures nationales au Luxembourg guidant les juges dans l'évaluation du préjudice. N'y a-t-il pas lieu de s'inspirer notamment des procédures suivies, le cas échéant, en France et en Belgique, pays voisins de même tradition juridique?

Concernant la charge de la preuve du préjudice causé aux consommateurs comme „acheteurs indirects“, elle restera de toute façon difficile car ils devront démontrer notamment que „*la violation du droit de la concurrence a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur*“ (art. 10(2) b). En clair, à moins que ceux qui ont vendu des biens ou services aux consommateurs en les surfacturant à cause des pratiques de leurs fournisseurs, ne s'allient aux consommateurs, il sera très difficile à ces derniers d'apporter les preuves nécessaires même si „*le demandeur (consommateur) peut exiger la production d'informations par le défendeur ou par des tiers*“ (art. 10(1)). Une fois de plus, tout dépendra du soutien actif du juge saisi.

Autre problème pratique qui rendra aléatoires beaucoup d'actions en réparation: Prouver *a posteriori* que l'on a été directement et personnellement touché par une violation de la concurrence. Souvent les preuves d'achat auront disparu compte tenu que les infractions sont établies d'habitude avec beaucoup de retard par rapport aux faits et que toute action en réparation ne pourra être entamée que si la condamnation par l'autorité de concurrence ou le tribunal est définitive.

Notons encore qu'il peut s'agir tant d'une décision définitive du Conseil de la concurrence luxembourgeois que d'une décision définitive prise dans un autre Etat membre de l'Union européenne (art. 7) concernant des pratiques ayant lésé des consommateurs dans notre pays.

Ni la directive ni le projet de loi ne mentionnent qu'une décision définitive prise par la Commission Européenne puisse aussi servir de base à une action en réparation nationale (exemple: cartel des brasseurs luxembourgeois). L'ULC souhaite une explication.

Autre obstacle majeur aux actions en réparation: Les décisions des autorités de la concurrence acceptant des engagements des entreprises de mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles ne donnent pas droit à des actions en réparation. Dernièrement, notre Conseil de la concurrence suit de plus en plus cette procédure en privant ainsi les victimes de recours en indemnisation.

En conclusion, l'effet utile pour les consommateurs de cette nouvelle loi dépendra, en premier lieu, de la possibilité d'Actions de groupe et, en deuxième lieu et de manière générale, d'une nouvelle culture judiciaire qui manque cruellement en matière de concurrence dans notre pays.

Howald, le 11 avril 2016

*

ANNEXES

RAPPORT 2013 AUTORITE DE LA CONCURRENCE (FRANCE)

L'action de groupe

Nouvellement créée par la loi Hamon sur la consommation du 17 mars 2014, l'action de groupe renforce indéniablement les droits des consommateurs dans le cadre des „litiges du quotidien“. Désormais il leur sera plus facile d'obtenir réparation lorsqu'ils sont victimes d'ententes. Le préjudice subi peut être non négligeable: une entente peut conduire à une hausse artificielle des prix de 20%! Du consommateur au consom'acteur de la politique de la concurrence, il n'y a plus qu'un petit pas à franchir.

L'union fait la force

Bien souvent, les infractions au droit de la concurrence engendrent un préjudice non négligeable pour les consommateurs. Jusqu'à présent, ces infractions étaient sanctionnées par l'Autorité de la

concurrence au titre de la préservation de l'ordre public économique mais les consommateurs ne disposaient pas de moyens juridiques efficaces pour obtenir réparation. Si les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles parviennent, dans certains cas, à obtenir, par voie de transaction, une indemnisation de la part de l'opérateur fautif, tel n'est pas le cas des particuliers. Agir seul en justice constitue en effet pour eux une démarche difficile et coûteuse alors même que la somme des préjudices individuels peut souvent atteindre un niveau considérable. Ce temps est désormais révolu: **les consommateurs disposent à présent d'une procédure leur permettant de se regrouper pour agir en justice ensemble et obtenir réparation.** Concrètement, l'action pourra être portée devant le juge civil par une des seize associations de consommateurs agréées (telle que l'UFC-Que choisir ou la CLCV). Ces associations pourront s'appuyer sur le constat d'infraction établi par la décision de l'Autorité de la concurrence, une fois que celle-ci sera devenue définitive.

Un effet dissuasif supplémentaire ...

Au-delà de sa fonction de réparation, l'action de groupe représente un nouvel instrument de dissuasion puisqu'elle augmente le risque financier pour l'auteur de l'infraction. Elle contribue également à une bonne administration de la justice en évitant la multiplicité des recours dans une même affaire et permet un traitement égalitaire. Enfin, c'est un enjeu de compétitivité juridique internationale.

Des garde-fous pour préserver les entreprises des dérives et leur assurer une certaine sécurité juridique

Pour éviter les dérives auxquelles le modèle de la *class action* américaine expose les entreprises aux Etats-Unis, le législateur a mis en place des garde-fous qui permettent d'encadrer la procédure:

- l'action de groupe est réservée aux 16 associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées;
- l'action en réparation est circonscrite au seul préjudice matériel, à l'exclusion des préjudices moraux ou corporels;
- l'action devra obligatoirement s'inscrire dans le sillage d'une décision juridictionnelle (*follow-on action*) constatant la violation d'une règle de concurrence. Par ailleurs, pour être partie à la procédure collective, chaque consommateur devra manifester sa volonté de prendre part à l'action (*opt-in*). Ce système s'écarte à cet égard de la procédure américaine qui intègre automatiquement par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié, à l'exception de celles manifestant la volonté de s'exclure du groupe (*opt-out*);
- aucune action de groupe ne pourra se fonder sur une décision définitive de l'Autorité rendue avant l'entrée en vigueur de la loi (non rétroactivité) ni être engagée au-delà des ans après une décision définitive de l'Autorité.

„L'action de groupe contribue à rééquilibrer les relations entre opérateurs économiques et consommateurs.“

*

IP/01/1740

Bruxelles, le 5 décembre 2001

LA COMMISSION INFLIGE UNE AMENDE A DES BRASSERIES LUXEMBOURGEOISES POUR UNE ENTENTE DE PARTAGE DE MARCHÉ

La Commission européenne a infligé aujourd'hui des amendes d'un montant total de 448.000 euros à trois brasseries luxembourgeoises, Brasserie Nationale-Bofferding, Brasserie de Wiltz et Brasserie Battin, pour leur participation à une entente de partage de marché portant sur le secteur „horeca“ (hôtels, restaurants et cafés) au Luxembourg. Une quatrième entreprise, Brasserie de Luxembourg (filiale d'Interbrew), ne s'est pas vue infliger d'amende, parce qu'elle a dénoncé l'entente à la Commission. Les brasseries sont convenues de garantir les accords d'achat exclusif que chacune d'elles avait conclu avec les clients du secteur horeca luxembourgeois, et elles ont pris

des mesures en vue de restreindre la pénétration de ce secteur par des brasseries étrangères. L'entente est restée en vigueur d'octobre 1985 à février 2000.

A l'issue d'une enquête lancée en février 2000, la Commission européenne a établi que quatre brasseries luxembourgeoises ont participé à une entente de partage de marché portant sur le secteur horeca au Luxembourg. Les entreprises concernées sont les suivantes:

- Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch SA
- SA Brasserie Nationale-Bofferding
- Brasserie de Wiltz
- Brasserie Battin

L'entente consistait en une convention signée en 1985 en vertu de laquelle chaque partie convenait de ne pas fournir de bière aux clients horeca (hôtel, restaurants, cafés et grossistes de bière) liés à une autre partie par un accord d'achat exclusif ou „clause de bière“. Cette garantie s'étendait à des clauses de brasserie qui étaient invalides ou inopposables en droit, ainsi qu'à des relations de fourniture où les brasseries se bornaient à investir dans un débit de boissons sans conclure de contrat d'achat exclusif. Ainsi, protégeait-elle la clientèle de chaque partie. La garantie des clauses de bière était renforcée par un dispositif de consultation qui obligeait les parties à vérifier s'il existait une clause de bière en faveur de l'un de leurs co-signataires avant d'approvisionner un nouveau client, ainsi que par des pénalités financières en cas de non-respect.

L'accord contenait également des dispositions visant à entraver la pénétration du secteur horeca luxembourgeois par des brasseries étrangères. Il existait tout d'abord un dispositif de défense commune en vertu duquel les parties convenaient de se consulter lorsqu'une brasserie étrangère tentait de négocier un contrat de fourniture avec un débit de boissons qui était lié à l'une d'entre elles. La priorité était alors accordée à l'une des parties pour tâcher de conserver le débit concerné comme client. Si la brasserie désignée arrivait à négocier un nouveau contrat avec le débit en question, elle était obligée de compenser la partie ayant perdu le contrat en lui transférant un débit équivalent. Ensuite, d'autres dispositions permettaient d'exclure du cartel toute partie qui coopérait avec une brasserie étrangère ou distribuait sa bière.

L'accord avait été signé pour une durée illimitée et imposait un préavis écrit de douze mois en cas de résiliation. Aucune partie n'a résilié l'accord avant qu'Interbrew, la société mère de Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch, ne dénonce l'entente à la Commission en février 2000. Interbrew a fait cette révélation dans le cadre de l'enquête de la Commission sur le cartel dans le secteur de la bière en Belgique. La Commission a également recueilli des preuves de la mise en oeuvre de l'accord jusqu'en 1998.

Les amendes

La Commission a infligé les amendes suivantes:

- SA Brasserie Nationale-Bofferding: 400.000 euros
- Brasserie de Wiltz: 24.000 euros
- Brasserie Battin: 24.000 euros

Pour fixer le montant des amendes, la Commission tient compte de la gravité de l'infraction, de sa durée, de toute circonstance aggravante ou atténuante, ainsi que de la coopération éventuelle de l'entreprise concernée à l'enquête. Elle tient également compte de la part détenue par l'entreprise dans le secteur en cause et de sa taille globale. L'amende ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise.

L'entente en question constituait une forme de répartition du marché et comportait des mesures destinées à entraver le commerce entre le Luxembourg et d'autres Etats membres. La répartition du marché fait partie des infractions les plus graves aux règles de concurrence de la Communauté. Dans le cas présent, l'entente s'est cependant limitée au secteur horeca luxembourgeois, qui est relativement restreint, et n'a pas été intégralement mise en oeuvre. La Commission a par conséquent considéré qu'il s'agissait d'une infraction grave.

Pour fixer le montant de base de l'amende en fonction de la gravité de l'infraction, la Commission a pris en considération le fait que Bofferding, Wiltz et Battin sont des petites ou moyennes entreprises dont les activités se concentrent essentiellement au Luxembourg et dont le chiffre d'affaires total est

limité en conséquence. En revanche, Brasserie de Luxembourg est une filiale du groupe Interbrew, deuxième brasserie mondiale. L'entente a duré plus de 14 ans. Cette circonstance a amené la Commission à doubler le montant infligé au titre de la gravité de l'infraction.

La Commission a retenu comme circonstance atténuante qu'une insécurité juridique régnait quant à la validité des clauses de bière au Luxembourg au moment où l'accord a été signé, et que les parties ont pu avoir des doutes quant au caractère infractionnel de certaines de ses dispositions. Elle a considéré que cette circonstance justifiait une réduction des amendes de 20%.

Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch a bénéficié d'une exemption totale de l'amende substantielle qui lui aurait été infligée, parce qu'elle a été la première à informer la Commission de l'existence de l'entente, qu'elle a communiqué des éléments de preuve déterminants et qu'elle a fait preuve d'une coopération totale tout au long de l'enquête.

Destination des amendes

Les entreprises disposent de trois mois pour payer l'amende. Les amendes sont inscrites au budget général de l'Union européenne dès qu'elles acquièrent un caractère définitif. Le budget global de l'Union étant prédéterminé, toute recette imprévue est déduite des contributions des Etats membres au budget communautaire, ce qui bénéficie, en fin de compte, au contribuable européen.

Autres affaires

La Commission enquête également sur des ententes supposées sur le marché de la bière dans d'autres pays d'Europe. Entre janvier 2000 et janvier 2001, elle a ainsi effectué des vérifications en France, aux Pays-Bas, en Italie, au Danemark et au Portugal. Au stade actuel, il est impossible de préjuger de l'issue de ces enquêtes ou de la date à laquelle elles seront closes.

Voir également le document IP/01/1739 de ce jour concernant la décision prise dans l'affaire de l'entente sur le marché de la bière en Belgique.

