

Prise de position

Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 02.04.2008, COM(2008)165 final

Les autorités de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg, l'Inspection et le Conseil de la concurrence, ont suivi de près les efforts entrepris par la Commission afin de promouvoir l'action privée en dommages et intérêts dans le domaine du droit de la concurrence.

Il est un fait qu'au Grand-Duché de Luxembourg aucune action en dommages et intérêts basée sur une infraction au droit de la concurrence n'a été introduite à nos jours et ce malgré un cadre légal, basé sur le code civil et le code de procédure civile luxembourgeois, respectueux de l'ordre juridique communautaire, de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et en conformité avec les exigences dictées par les acquis communautaires.

Le Livre blanc et ses documents de travail ont servi de base aux autorités de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg pour réaliser une analyse actualisée du droit civil luxembourgeois en dommages et intérêts mis dans le contexte du droit de la concurrence. Il nous semble que d'autres pays communautaires se retrouvent dans une situation similaire à celle du Grand-Duché de Luxembourg.

Pour notre analyse nous avons eu recours à une approche empirique.
Les observations suivantes s'imposent :

Approche indemnitaire : réparation du préjudice

Nous soutenons pleinement l'approche indemnitaire que la Commission a finalement retenue, au détriment des dommages punitifs, dans le Livre blanc.

La punition doit rester le terrain de prédilection de l'action publique. Il n'est pas opportun de promouvoir l'action privée dans le domaine du droit de la concurrence par le biais de l'attribution de dommages punitifs.

L'enrichissement indu qui en résulte porte préjudice au concept de réparation, traditionnellement à la base de l'action privée, et risque d'engendrer des vagues d'actions injustifiées encombrant les juridictions et discréditant l'action privée dans ce domaine.

Opportunité d'un recours privé

-Consommateurs

Les acteurs économiques, surtout les consommateurs, n'éprouvent pas toujours le besoin de faire valoir un dommage qui, pris isolément, n'est que minime.

Il est parfois peu opportun pour le particulier de réclamer réparation d'un préjudice ou de participer à une action représentative.

Il est dès lors douteux que la campagne lancée en faveur de l'action représentative incite dans un tel cas d'espèce les consommateurs à recourir à des actions en dommages et intérêts. L'absence de la volonté des victimes à demander réparation de leur préjudice en justice est un facteur qui ne doit pas être négligé.

-Entreprises

Les entreprises, qui ont réussi à trouver un arrangement à l'amiable avec l'auteur d'un comportement anticoncurrentiel, ne veulent souvent pas demander réparation de leurs dommages en justice afin de ne pas dégrader les relations commerciales ; le Grand-Duché de Luxembourg est un petit pays avec un marché restreint et un nombre limité d'acteurs professionnels.

Il est alors plus opportun de promouvoir les arrangements entre parties que de porter les différends en justice, sur la place publique, ce qui peut nuire à l'intérêt de l'économie nationale ; les investisseurs peuvent être réticents à nouer des liens avec les acteurs économiques s'ils risquent d'être entraînés en justice chaque fois que leur partenaire commercial ou autre s'estime lésé.

Intérêt public prime l'intérêt privé

Afin de renforcer le respect des règles de concurrence et afin de sanctionner une atteinte à l'ordre publique économique, l'intervention des autorités de concurrence reste dans tous les cas indispensable; les actions privées, potentiellement possibles, ne permettent pas de remplacer l'action publique.

L'action privée ne peut être que complémentaire et ne doit pas constituer une alternative à l'action publique.

Il faut trouver le juste équilibre entre intérêts en cause et veiller à ce que l'action publique ne soit pas sacrifiée sur l'autel de l'action privée. Il est dès lors indispensable de refuser l'accès au dossier de l'autorité de concurrence dans le cadre d'une action privée « follow-on » si ceci risque de mettre en cause l'efficacité des programmes de clémence.

Facteur coût

Il est vrai que le facteur coût d'une action en dommages et intérêts, mettant en œuvre des concepts complexes et difficiles à prouver, est un facteur non négligeable qui constitue, à nos yeux, le plus grand obstacle pour la mise en œuvre de l'action privée dans le domaine du droit de la concurrence.

Il reste considérable même si au niveau européen le cadre légal pour la mise en œuvre de l'action privée est harmonisé.

Peu importe si on se trouve dans le cadre d'une action privée lancée à titre individuel ou à titre d'action de groupe, dans tous les cas on doit faire face à des frais importants; le particulier aura toujours la charge de la preuve de son préjudice et devra supporter sa quote-part des frais en relation avec l'action.

- Action représentative

Une action représentative est peu gérable en présence d'un nombre important de victimes vu que la détermination du préjudice et la répartition des indemnités pouvant s'avérer très difficile, exige la mise en œuvre d'une main d'œuvre importante et de ce fait engendre des frais qui en fin de compte sont peu contrôlables.

Etant donné qu'il doit tôt ou tard supporter les frais de l'action et apporter la preuve du préjudice réellement subi, l'acteur économique lésé par un comportement anticoncurrentiel n'est pas forcément motivé à se lancer dans une telle aventure, que ce soit individuellement ou collectivement.

- « Follow-on »

Il n'est pas douteux que le coût d'une action en dommages et intérêts va diminuer considérablement dans le cas du « follow-on » vu que le montant du dommage particulier ne fait pas l'objet de l'instruction par les autorités de concurrence.

Financement d'une action représentative : cas du Grand-Duché de Luxembourg

Au Grand-Duché de Luxembourg existe une seule association représentative des consommateurs, l'Union luxembourgeoise des consommateurs (ULC). L'ULC est reconnue d'utilité publique et est subventionnée par des deniers publics.

Elle est autorisée de par la loi de lancer des actions en cessation dans l'intérêt des consommateurs.

Les moyens financiers de l'ULC, qui se composent de subventions étatiques et des cotisations de ses membres, ne suffisent pas pour assurer le préfinancement d'une action représentative.

Il est d'ailleurs peu probable que des banques ou des assurances prennent le risque pour financer une telle action. Reste alors l'Etat en tant que source de financement, mais est-ce vraiment utile que l'Etat, le Trésor public, finance une action en justice tendant à protéger l'intérêt particulier ?

Action collective

Une action collective est à nos yeux l'action la plus praticable étant donné qu'elle est plus respectueuse de la culture juridique continentale si basée sur l'« opt-in ».

Les victimes manifestent dès le début de l'affaire un intérêt à agir et recherchent la synergie des frais et l'optimisation des chances de succès d'une action en justice par la jonction de leurs intérêts dans une action commune.

Dans ce cas le problème lié au préfinancement de l'action est résolu étant donné que les particuliers sont disposés à supporter le coût de l'action en justice et qu'ils ont la possibilité de céder la créance à un investisseur, qui lui financera l'action et en supportera les risques¹.

Il importe de souligner que les synergies ne vont se manifester que si un nombre restreint de personnes s'est arrangé à lancer une telle action vu que la gestion de l'action collective devient peu praticable en présence d'un nombre important de personnes représentées².

Pouvoir d'injonction du juge civil

A ce titre il convient de souligner qu'au Grand-Duché de Luxembourg le juge dispose déjà à l'heure actuelle du pouvoir d'injonction afin d'ordonner la remise de pièces et de documents dans le cadre d'une affaire en justice.

Il est à noter que ce pouvoir ne permet pas de mettre fin à la dissymétrie d'information aussi longtemps que le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner une perquisition ou une saisie pour se procurer les preuves requises dans les cas où une personne refuse de remettre les pièces ou pour vérifier la véracité des allégations dans les cas où une personne prétend que les pièces concernées n'existent plus ou n'ont jamais existées.

« Autorité de la chose décidée »

Dans le respect de la culture juridique, basée sur la séparation des pouvoirs, il serait indiqué de ne pas parler de « l'autorité de la chose décidée » en relation avec des décisions émanant d'une autorité de concurrence mais de parler de présomption irréfragable, présomption par laquelle le juge et les parties seront liés.

Si les décisions des autorités de concurrence devaient avoir un effet au niveau européen, il est indispensable d'harmoniser les procédures et pouvoirs des différentes autorités de concurrence et ce afin de garantir un standard européen pour l'administration de la preuve, les moyens de preuve et les droits de la défense.

Dans ce cas il serait indispensable d'instaurer un système de publicité des décisions émanant des autorités de concurrence au niveau communautaire.

« Passing-on » et principe du perdant qui paie

Nous félicitons la Commission qu'elle soutienne la mise en œuvre du « passing-on » comme argument en faveur de l'indemnisation de la victime indirecte du comportement anticoncurrentiel.

Cet élément souligne au mieux la volonté de la Commission de permettre a priori à toute personne ayant subi un dommage d'en réclamer réparation.

Le principe du perdant qui paie, retenu par la Commission dans le Livre blanc, mis en relation avec une large ouverture de l'action privée, permet d'instaurer un garde-fou

¹ cf exemple allemand dans une affaire relative à un cartel de ciment

Oberlandesgericht Düsseldorf 14 mai 2008, VI-U 14/07-Belgisches Kartellklageunternehmen

² Action collective lancée par un nombre important de petits actionnaires contre l'entreprise Telekom en Allemagne

afin d'éviter un recours abusif à une telle action dans le domaine du droit de la concurrence. Vu le facteur non négligeable des frais engagés lors d'une telle action, les victimes présumées vont se garder de lancer des actions avec un enjeu minime ou dépourvues de chances de succès ; les tribunaux ne seront ainsi pas encombrés d'actions inopportunes freinant le rythme d'évacuation normal des affaires.

Accessibilité du droit de la concurrence

Il ne faut pas oublier que le droit de la concurrence est un droit complexe mettant en œuvre des concepts abstraits pour les non habitués en la matière. Il est un fait que dans la plupart des pays membres de la CE, il n'y a pas de juridictions spécialisées dans le droit de la concurrence.

L'effort de codification de l'acquis communautaire permet déjà de rendre la matière plus accessible, transparente et est de ce fait une initiative louable.

Il serait utile de prendre l'initiative de promouvoir plus les opportunités d'initialisation et de formation au droit de la concurrence, déjà existantes, destinées aux praticiens du droit, aussi bien les juristes que les juges.

Vers une réforme généralisée de l'action en dommages et intérêts en droit civil ?

Il ne faut pas perdre de vue que dans le domaine du droit civil, il existe aussi des actions en réparation basées sur des concepts, des faits complexes et difficiles à prouver.

La dissymétrie de l'information et des moyens financiers, formant des obstacles à l'accès à une action en dommages et intérêts, peut se rencontrer par exemple pour les actions en réparation dans le domaine de la construction, le domaine médical etc.

Il peut être loisible d'attendre une réforme plus générale du droit civil avant de se lancer dans une réforme partielle axée que sur le domaine du droit de la concurrence.

Luxembourg, le 25 août 2008