



Décision n°2012-FO-08

du 20 décembre 2012

concernant une procédure au fond

pour violation du droit de la concurrence

mettant en cause

- 1) Allianz Insurance Luxembourg,
succursale de la société anonyme de droit belge « Allianz Belgium S.A. »,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B66307, établie à 14,
Boulevard F-D Roosevelt, L - 2450 Luxembourg
- 2) Arisa Assurances S.A.,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B52496, établie à 5, Rue
Eugène Ruppert, L - 2453 Luxembourg
- 3) Assurances Mutuelles d'Europe (A.M.E. Lux) S.A.,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B30015, établie à 7,
Boulevard Joseph II, L - 1840 Luxembourg
- 4) AXA Assurances Luxembourg S.A.,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B84514, établie à 1, Place
de l'Etoile, L - 1479 Luxembourg
- 5) Bâloise Assurances Luxembourg S.A.,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B68065, établie à 23, Rue
du Puits Romain, Bourmicht, L - 8070 Bertrange
- 6) Chartis Europe S.A.,
succursale de la société de droit français « Chartis Europe S.A. »
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B50342, établie à 10B, Rue
des Mérovingiens, L - 8070 Bertrange

- 7) Foyer Assurances S.A.,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B34237, établie à 12, Rue
Léon Laval, L - 3372 Leudelange
- 8) La Luxembourgeoise Société Anonyme d'Assurances,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le n° B31035, établie à 9, Rue
Jean Fischbach, L - 3372 Leudelange
- 9) P&V Assurances,
société coopérative à responsabilité limitée de droit belge, inscrite au registre de
commerce et des sociétés sous le n° B9445, établie à 5A, Rue Thomas Edison, L -
1445 Strassen
- 10) L'Association des Compagnies d'Assurances du Luxembourg a. s. b. l., établie à 12,
Rue Erasme, L - 1468 Luxembourg

Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu la communication des griefs du conseiller désigné du 12 juillet 2012 ;

Vu les prises de position écrites présentées au Conseil de la concurrence à la suite de la communication des griefs par ;

- 1) Me François Collot pour le compte des Assurances Mutuelles d'Europe (A.M.E. Lux) S.A. (ci-après : « AME Lux ») en date du 27 septembre 2012
- 2) Me Nicolas Decker pour le compte de Allianz Insurance Luxembourg (ci-après : « Allianz ») en date du 28 septembre 2012
- 3) Mme Marie-Hélène Massard pour le compte de AXA Assurances Luxembourg S.A. (ci-après : « AXA ») en date du 28 septembre 2012
- 4) Me Pierre Schleimer et Me Gabriel Bleser pour le compte de Bâloise Assurances Luxembourg S.A. (ci-après : la Bâloise ») en date du 28 septembre 2012
- 5) Me Marc Baden et Me Robert Loos pour le compte de P&V Assurances s.c.r.l. (ci-après : « P&V ») en date du 28 septembre 2012
- 6) Me Jean-Louis Schiltz pour compte de l'Association des Compagnies d'Assurances du Luxembourg a.s.b.l. (ci-après : « l'ACA ») en date du 1^{er} octobre 2012
- 7) Me Patrick Kinsch pour le compte d'Arise Assurances S.A. (ci-après : « Arise ») en date du 1^{er} octobre 2012
- 8) Me Sébastien Engelen, Me Julien Leclère et Me Annabelle Lepièce pour le compte de Chartis Europe S.A. (ci-après : « Chartis ») en date du 1^{er} octobre 2012
- 9) Me Guy Loesch pour le compte de La Luxembourgeoise Société Anonyme d'Assurances (ci-après : « LaLux ») en date du 1^{er} octobre 2012
- 10) Me Philippe-Emmanuel Partsch pour le compte de Foyer Assurances S.A. (ci-après : « le Foyer ») en date du 1^{er} octobre 2012

Après avoir entendu successivement lors de l'audition du 25 octobre 2012 M. Mattia Melloni, conseiller désigné, la partie plaignante en la personne de M. Bob Schmitz et les parties poursuivies le Foyer en la personne de Me Philippe-Emmanuel Partsch, LaLux en la personne de Me Guy Loesch, AXA en la personne de Me Patrick Santer, la Bâloise en la personne de Me Gabriel Bleser, Arise en la personne de Me Patrick Kinsch, P&V en la personne de Me Robert Loos, Allianz en la personne de Me Nicolas Decker, AME Lux en la personne de Me

François Collot, Chartis en la personne de Me Annabelle Lepièce et l'ACA en la personne de Me Jean-Louis Schiltz ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit ;

Index

1. La procédure	7
1.1. Le déroulement.....	7
1.1.1. La régularité de la procédure	8
1.1.2. Quant à la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi du 23 octobre 2011	8
1.1.3. Quant à la prétendue violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.....	9
1.1.4. Quant au moyen d'un prétendu non-respect de la procédure telle que légalement instaurée.....	12
2. La description du cadre légal et des acteurs du marché	13
2.1. Les entreprises d'assurance	15
2.2. L'Association des Compagnies d'Assurances du Grand-Duché de Luxembourg	16
2.3. L'autorité de surveillance du secteur des assurances	17
3. Les faits.....	19
3.1. Le règlement grand-ducal du 11 novembre 2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16 avril 2003 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs	19
3.2. La Note du 9 juin 2011	22
3.3. Les échanges entre le CAA et l'ACA.....	24
3.4. La dénonciation de la Note	28
4. Les griefs formulés par le conseiller désigné.....	29
5. Le droit applicable.....	29
5.1. Le droit national applicable	29
5.2. La non-applicabilité du droit communautaire.....	31
6. L'appréciation juridique	31

6.1.	Le marché pertinent.....	32
6.1.1.	Le marché des produits et services.....	33
6.1.2.	Le marché géographique.....	33
6.2.	La portée de la Note : entente prohibée.....	34
6.2.1.	La Note est une entente	34
6.2.2.	La Note ne constitue pas une interprétation en tous points conformes au règlement	34
6.2.2.1	Les interprétations de la Note conformes au règlement de 2003.....	35
6.2.2.2	Les interprétations de la Note contra legem	36
6.2.3.	La Note est une restriction de concurrence par objet et par effet	38
6.2.3.1	La restriction de la concurrence par objet.....	39
6.2.3.2	La restriction de la concurrence par effet	41
6.2.4.	L'autonomie des entreprises visées et rôle du CAA	43
6.2.5.	L'absence de justification sur base de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004.....	45
6.2.5.1	La première condition : gains d'efficacité.....	46
6.2.5.2	La deuxième condition : la réservation aux utilisateurs d'une partie équitable du profit	47
6.2.5.3	La troisième condition : caractère indispensable des restrictions.....	48
6.2.5.4	La quatrième condition : la non élimination de la concurrence.....	48
7.	Les sanctions.....	49
7.1.1.	La fixation du montant de base de l'amende sur base d'un pourcentage de la valeur des ventes	50
7.1.2.	La multiplication du montant de base en fonction de la durée	51

1. La procédure

1.1. Le déroulement

1. Par courrier du 21 septembre 2011, l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs a. s. b. l. (ci-après : « l'ULC ») dépose auprès du Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») une plainte sur base de l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 17 mai 2004 ») concernant un document intitulé « *Note interprétative relative aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 11.11.2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16.04.2003 relative à l'assurance obligatoire RC AUTOS en matière de Bonus/Malus* » (ci-après : « la Note ») établi sur papier en-tête de l'Association des Compagnies d'Assurances (ci-après : « l'ACA ») relative au règlement grand-ducal du 11 novembre 2003 modifié pris en exécution de la loi du 16 avril 2003 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs concernant l'assurance obligatoire Responsabilité civile autos en matière de Bonus/Malus.
2. Par courrier du 28 septembre, le Conseil transmet la plainte à l'ancienne Inspection de la concurrence (ci-après : « l'Inspection »).
3. Le 29 novembre 2011, l'Inspection procède à l'envoi d'une demande de renseignements aux association d'entreprises et entreprises suivantes :
 - ACA
 - AME Lux
 - Arisa
 - AXA
 - La Bâloise
 - Le Foyer
 - LaLux
 - Allianz
 - Chartis
 - MMA IARD Assurances Mutuelles
 - P&V
4. Par lettre du 16 mars 2012, le Conseil refuse la demande de confidentialité posée par LaLux en date du 26 janvier 2012.
5. Le 27 juillet 2012, le conseiller désigné par ordonnance du 2 mai 2012 (ci-après : « le conseiller désigné ») clôturé son enquête et transmet une communication des griefs aux parties impliquées.

6. Après écoulement des délais accordés par courrier en date du 23 juillet 2012 aux parties impliquées pour prendre position par rapport à cette communication des griefs, le dossier est transmis au Conseil en date du 2 octobre 2012.
7. Par application de l'article 26, 5^e paragraphe de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 23 octobre 2011 »), le Conseil invite le 3 octobre 2012 toutes les parties impliquées à une audition tenue le 25 octobre 2012 dans les locaux du Conseil, pour leur donner l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs communiqués. Les parties sont entendues dans l'ordre suivant :
 1. Monsieur Mattia Melloni, conseiller désigné ;
 2. Monsieur Bob Schmitz pour le compte de l'ULC ;
 3. Me Philippe-Emmanuel Partsch pour le compte de le Foyer ;
 4. Me Guy Loesch pour le compte de LaLux ;
 5. Me Patrick Santer pour le compte d'AXA ;
 6. Me Gabriel Bleser pour le compte de la Bâloise ;
 7. Me Patrick Kinsch pour le compte d'Arisa ;
 8. Me Robert Loos pour le compte de P&V ;
 9. Me Nicolas Decker pour le compte d'Allianz ;
 10. Me François Collot pour le compte d'AME Lux ;
 11. Me Annabelle Lepièce pour le compte de Chartis ;
 12. Me Jean-Louis Schiltz pour le compte de l'ACA.

1.1.1. La régularité de la procédure

1.1.2. Quant à la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi du 23 octobre 2011

8. L'ACA, Allianz, AME Lux, ainsi que LaLux critiquent pour cause d'inconstitutionnalité la loi du 23 octobre 2011 en visant le fait que le Conseil aurait été constitué comme autorité administrative indépendante sans qu'il n'y ait eu de base constitutionnelle pour ce faire.

Dans le même ordre d'idées, ces défenseurs visent le fait que le Conseil se serait vu attribuer un pouvoir réglementaire sans qu'il n'y ait eu de base constitutionnelle pour ce faire, respectivement que ce pouvoir réglementaire lui aurait été attribué par le législateur en violation des dispositions de la Constitution.

9. Par application de l'article 6, al. 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, la connaissance des questions de constitutionnalité de normes législatives soulevées devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif appartient exclusivement à la Cour Constitutionnelle.

Il en résulte que le Conseil n'est pas habilité de saisir la Cour Constitutionnelle de l'incident soulevé tenant néanmoins à relever que la loi du 23 octobre 2011 a défini le Conseil à titre « *d'une autorité administrative indépendante* » qui « *établit son règlement intérieur*. »

10. Le Conseil tient à préciser dans ce contexte que la loi modifiée du 17 mai 2004, entretemps abrogée, avait également créé un Conseil de la concurrence, « *autorité administrative indépendante* » qui « *établit son règlement intérieur* ».
11. Bien qu'un certain nombre de décisions de l'ancien Conseil aient été soumises au contrôle des juridictions administratives, qui, en vertu de l'article 6 de la loi du 27 juillet 2007 pré-mentionnée, doivent soulever d'office une question de conformité d'une loi à la Constitution, une telle question n'a jamais été soumise à la Cour Constitutionnelle de sorte que le Conseil rejette le moyen soulevé, tenant par ailleurs à souligner que son « *règlement intérieur* » ne renferme aucune disposition à caractère réglementaire contenant des normes abstraites et impersonnelles susceptibles d'avoir un effet direct sur les intérêts privés d'un administré.

Le Conseil rejette partant le moyen lié à une prétendue inconstitutionnalité de la loi du 23 octobre 2011.

1.1.3. Quant à la prétendue violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

12. L'ACA, Allianz et LaLux critiquent la manière dont le Conseil est organisé « *de par les termes de la loi* » en ce que le « *conseiller-rapporteur* » est nommé par le Président du Conseil et que partant la condition d'impartialité ferait défaut de sorte qu'il y aurait violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « CEDH »).

LaLux ajoute que « *La loi du 23 octobre 2011 a réuni en un seul organe l'ancienne Inspection de la concurrence, autorité de poursuite, et le Conseil de la concurrence à proprement parler, ce malgré une réticence accrue du Conseil d'Etat (Doc. Parlementaires n°5816). Le fait que l'instruction du dossier se fasse par un conseiller même du Conseil de la concurrence désigné par son président, encore que ce conseiller ne fasse pas partie de la formation collégiale appelée à se prononcer sur l'existence d'une infraction à la concurrence sur le marché, est de nature à susciter dans l'esprit des justiciables une suspicion de partialité au sein même du Conseil de la concurrence – un président et trois conseillers permanents qui se côtoient au jour le jour et sont physiquement localisés au sein d'une même structure – n'est pas sans susciter des questions de partialité subjective, voire objective. Il en est à fortiori ainsi dans un pays de la taille du Luxembourg dans lequel tout un chacun se connaît.*

La concentration des missions d'instruction et de sanction au sein d'un seul et même organe n'est donc pas sans poser des questions au regard de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantissant à tout contribuable un droit au procès équitable.¹ »

13. L'article 6 CEDH est libellé comme suit :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

- a.) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;*
- b.) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;*
- c.) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;*
- d.) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;*
- e.) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »*

14. L'article 6 CEDH ne requiert pas, contrairement aux affirmations de certaines parties défenderesses, que le Conseil, susceptible de prononcer une sanction, donc pouvant prendre une décision à l'égard d'une contestation sur un droit ou une obligation incombant en vertu des articles 3 ou 5 de la loi du 23 octobre 2011, réponde aux exigences d'un tribunal indépendant et impartial, mais impose l'existence d'une autorité revêtant les qualités d'indépendance et d'impartialité.

¹ Observations à la communication des griefs LaLux, points 12 et 13.

Il s'en suit que l'article 6 pré-mentionné, s'il impose dès lors en faveur de toute partie poursuivie l'existence d'une voie de recours devant un tribunal indépendant et impartial contre une sanction imposée en vertu des articles 20 ou 22 de la loi du 23 octobre 2011 pré-mentionnée, ne trouve pas application au niveau des décisions du Conseil, mais au niveau de l'instance compétente pour connaître d'un recours dirigé à leur rencontre².

*« Ce qu'exige l'article 6 c'est que si, au terme de la procédure administrative, l'administré est confronté à une décision qui lui cause grief, il puisse saisir un tribunal répondant aux garanties de l'article 6 ».*³

15. Il a été dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme que l'article 6 paragraphe 1, s'il consacre le « droit à un tribunal (...) », n'astreint pas pour autant les Etats contractants à soumettre les « contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil » à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des « tribunaux » conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organismes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous les rapports à ces mêmes prescriptions; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe⁴. La Cour a ultérieurement précisé que « ou bien les juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 paragraphe 1^{er} ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article. »⁵

16. Il y a néanmoins lieu de préciser que le législateur a instauré le Conseil en tant « qu'autorité administrative indépendante » devant lequel se déroulera une instruction et une audience présentant toutes les garanties inscrites à l'article 6 pré-mentionné tenant à l'impartialité de ses membres (liens de parenté avec une des parties), ou des fonctions (cumul de fonctions différentes dans une même affaire), et au respect du principe de l'égalité des armes ensemble avec celui des droits de la défense.

17. Il est exact que le président du Conseil doit nommer un des trois conseillers aux fins d'assurer la mise en œuvre des pouvoirs d'enquête et de la communication éventuelle des griefs.

Il n'en demeure pas moins qu'une fois nommé, le conseiller désigné, ayant la qualité d'officier de police judiciaire assermenté par le tribunal d'arrondissement, accomplira ses

² voir dans ce sens arrêt Tribunal administratif 25-7-01 N° 12119.

³ Jacques Velu et Rusen Ergec, La Convention européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 362.

⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere / Belgique*, série A, n° 43, point 51.

⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 10 février 1983, *Albert et Le Compte / Belgique*, série A, n° 58, point 29.

devoirs de façon impartiale d'un point de vue subjectif en ce qu'il n'avait pas procédé à des prises de position antérieures et d'un point de vue objectif, étant à relever qu'aucune des parties n'a mis en cause une partialité objective pouvant découler de conditions structurelles ou organisationnelles du Conseil.

18. La loi du 23 octobre 2011, qui a été respectée dans tous ses aspects lors du déroulement de la présente procédure, a par ailleurs réglé en détail un déroulement procédural qui laisse une totale indépendance au conseiller désigné pendant la phase d'instruction jusqu'à la communication des griefs et à la soumission du dossier à la formation collégiale.

Dès la soumission du dossier à la formation collégiale, le conseiller désigné est dessaisi du dossier sur lequel il n'a plus la moindre emprise alors qu'en vertu de l'article 25 de la loi du 23 octobre 2011, le Conseil n'est pas lié par la qualification proposée dans la communication des griefs et qu'il peut se prononcer dans sa décision finale sur tous les comportements qui s'attachent par leur objet ou leur effet aux faits dénoncés dans la communication des griefs.

19. Par ailleurs, lors de l'audition, le conseiller désigné, en vertu de l'article 26 de la loi du 23 octobre 2011, est entendu au même titre que les parties plaignantes, le ministre ou son représentant et les parties poursuivies.

Le Conseil rejette partant le moyen développé en rapport avec une prétendue partialité alors que le conseiller désigné serait nommé par le président du Conseil.

1.1.4. Quant au moyen d'un prétendu non-respect de la procédure telle que légalement instaurée

20. En ce qui concerne le moyen à peine développé par l'ACA d'un non-respect de la procédure « *qui n'a pas été mise en place respectivement organisée par le Conseil de la concurrence (ou son Président ou encore le Conseiller-rapporteur-sic)) en conformité des dispositions de la loi* »⁶ le Conseil tient à soulever que tant la loi que la jurisprudence européenne et nationale ont été respectées à la lettre en ce que toute procédure entamée devant son autorité connaît :
- a) une phase d'instruction nécessairement secrète dirigée par le conseiller désigné à qui la loi du 23 octobre 2011 a réservé « *des pouvoirs d'inspection* »,
 - b) une phase postérieure à la communication des griefs établie par le conseiller désigné, qui se distingue de la première phase par une possibilité pour les destinataires de répondre

⁶ Observations à la communication des griefs ACA, point 15.

à cette communication des griefs et par un accès au dossier pour toutes les parties qu'elles soient plaignantes ou poursuivies ainsi que pour le ministre de l'Economie,
c) une audition devant le Conseil lors de laquelle celui-ci entend successivement le conseiller désigné, les parties plaignantes, le ministre et les parties poursuivies.

21. En ce que certaines parties poursuivies prétendent que le plaignant aurait à tort reçu accès au dossier, il y a lieu de préciser que les droits des plaignants participent des garanties procédurales au titre de l'accès au juge et des principes de bonne administration.⁷

Il a ainsi été dégagé par le tribunal de première instance de l'Union européenne que « *La réglementation applicable reconnaît aux tiers qui font valoir un intérêt légitime le droit d'obtenir la transmission d'une version non confidentielle de la communication des griefs, et ce afin de pouvoir faire connaître leur point de vue par écrit. Ainsi, l'article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement no. 17 dispose que les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime sont habilitées à présenter une demande afin de faire constater par la Commission une infraction aux articles 81 CE et 82 CE. L'article 7 du règlement no. 2842/98 indique également que, lorsque la Commission retient des griefs concernant une question pour laquelle elle a été saisie d'une demande ou d'une plainte, elle envoie au demandeur ou au plaignant une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs afin qu'il puisse lui faire connaître son point de vue par écrit.* »⁸

22. Le Conseil rejette partant le moyen lié à un prétendu non-respect de la procédure telle que légalement instaurée.

2. La description du cadre légal et des acteurs du marché

23. Dans les annexes à la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, la RC Autos figure dans la nomenclature des risques à la branche N° 10 (« *R.C. véhicules terrestres automoteurs, toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules terrestres automoteurs (y compris la responsabilité du transporteur)* »).

La matière de l'assurance responsabilité civile couvrant les risques liés à la circulation des véhicules automoteurs est régie plus spécifiquement par la loi du 16 avril 2003

⁷ Liza Bellulo, Gillian Arnoux, Defence rights, complainants rights and impartiality in administrative sanctions of national competition authorities, Concurrences N° 3-2010, n°31695, pp. 189-196.

⁸ Arrêt du Tribunal de première instance du 7 juin 2006, affaires jointes T-213/01 et T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG et Bank für Arbeit und Wirtschaft AG contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2006, II-01601, point 67.

relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs. Cette loi est venue remplacer une loi du 7 avril 1976 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs et une loi du 16 décembre 1963 portant création d'un Fonds commun de garantie automobile.

La loi du 16 avril 2003 pré-mentionnée a fait l'objet de divers règlements grand-ducaux d'exécution, dont notamment celui du 11 novembre 2003 pris en exécution de cette même loi du 16 avril 2003. Ce règlement grand-ducal est venu remplacer deux règlements grand-ducaux des 20 décembre 1991 et 20 décembre 1994 qui avaient été pris en exécution de la loi du 7 avril 1976 pré-mentionnée.

Le règlement grand-ducal du 11 novembre 2003 pré-mentionné a fait l'objet de modifications ponctuelles, *a priori* sans incidence sur le dossier sous examen, par un règlement grand-ducal du 8 juin 2007 (ajout d'un article 3-1 ; modification de l'article 5, paragraphe 1, point 1 ; ajout d'un alinéa à l'article 10 ; remplacement de l'article 12) et un règlement grand-ducal du 23 février 2010 (ajout d'un point supplémentaire à l'article 4).

24. Le dispositif légal formé par la loi du 7 avril 1976 et de ses règlements d'exécution a fait l'objet de la part de la Commission européenne d'une procédure en manquement contre le Luxembourg pour être contraire à la liberté tarifaire instituée par une directive 92/49/CEE en raison du système d'adaptation du montant des primes à la sinistralité (le système Bonus/Malus). D'après le recours de l'époque, ce système aurait des répercussions directes sur les tarifs proposés.

Ce recours a été rejeté par arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 7 septembre 2004 (N° C-346/02) au motif que « *ce système comporte certes des répercussions sur l'évolution des primes. Toutefois, il n'aboutit pas à une fixation directe des tarifs par l'État, les entreprises d'assurances restant libres de fixer la hauteur des primes de base. Dans ces conditions, le régime luxembourgeois de bonus-malus ne saurait être assimilé à un système d'approbation des tarifs contraire au principe de la liberté tarifaire* ». ⁹

Cette affaire reste cependant sans incidence particulière sur le dossier relatif à la Note, car elle portait sur une question de liberté tarifaire du fait de l'ingérence de l'autorité publique, et non pas sur une question d'atteinte au jeu de la concurrence du fait des agissements d'opérateurs économiques.

⁹ Arrêt de la Cour du 7 septembre 2004, C-346/02, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, Rec. 2004, I-07517, point 23.

2.1. Les entreprises d'assurance

25. Pour offrir aux assurés leurs produits d'assurance RC Autos, les entreprises d'assurance peuvent ou bien s'établir au Luxembourg en demandant un agrément afférent, soit en tant que société de droit luxembourgeois, soit en tant que succursale d'une société établie dans un autre pays de l'Union européenne, ou bien agir depuis leur lieu d'établissement dans un autre pays de l'Union européenne dans le cadre de la libre prestation de service sous les conditions applicables à cette forme d'activité.

D'après les renseignements fournis par le Commissariat aux assurances (ci-après « le CAA »), les entreprises actives sur le marché de la RC Autos au Luxembourg, réparties en fonction de ces trois catégories, sont les suivantes (seules celles des deux premières catégories ont signé la Note) :

- Sociétés de droit luxembourgeois :
 - o Arisa
 - o AME Lux
 - o AXA
 - o La Bâloise
 - o Le Foyer
 - o LaLux
- Succursales luxembourgeoises de sociétés établies dans un autre pays de l'Union européenne :
 - o Allianz
 - o Chartis
 - o MMA IARD Assurances Mutuelles
 - o P&V
- Sociétés de droit étranger agissant dans le cadre de la libre prestation de services :
 - o ACE Insurance
 - o Assicurazioni Generali
 - o CB Insurances Belgium
 - o Chartis Europe
 - o Generali Belgium
 - o Lloyd's Association of Underwriters
 - o Probus Insurance Company Europe Limited
 - o TVM Verzekeringen België
 - o Zurich Insurance PLC

26. Les réponses à la demande de renseignements adressée à la MMA IARD Assurances Mutuelles révèlent cependant que celle-ci a cessé ses activités au Luxembourg dès 1994 en les transférant à la succursale luxembourgeoise de la société Zurich, dont les activités au Luxembourg ont par la suite été reprises en 2004 par la succursale luxembourgeoise de P&V.

27. Les données combinées fournies et publiées par l'ACA¹⁰ et le CAA¹¹ permettent de dresser pour l'année 2010, le tableau suivant par rapport à l'importance respective des activités au Luxembourg des différentes catégories d'acteurs dans la branche RC Autos (chiffres arrondis) :

Total des encaissements de primes	140.015.000 euros ¹²
Primes encaissées par les entités établies au Luxembourg, membres de l'ACA, signataires de la Note interprétatives	138.691.000 euros (soit 99,05%)
Primes encaissées en libre prestation de service au Luxembourg, non-membres de l'ACA, non-signataires de la Note interprétative	1.324.000 euros (soit 0,95%)

2.2.L'Association des Compagnies d'Assurances du Grand-Duché de Luxembourg

28. L'ACA est une association de droit privée constituée en 1956, ouverte aux entreprises d'assurance actives au Luxembourg et à certains professionnels offrant des services aux compagnies d'assurance. D'après ses statuts,

« l'Association a pour but, à l'exclusion de toute opération commerciale, la protection et le développement des intérêts professionnels, l'étude de problèmes intéressant ses membres ainsi que l'amélioration des services offerts au public. A ces fins, l'Association cherchera notamment :

- 1. à établir un contact permanent entre les Compagnies d'Assurances et resserrer les liens entre leurs représentants de manière à faciliter l'examen de toutes les questions pouvant intéresser leur activité*
- 2. à étudier les questions juridiques, fiscales, contentieuses, administratives, techniques, commerciales, financières, sociales; afin de remplir cette mission, elle collecte et agrège des données statistiques de ses membres*
- 3. à initier et coordonner des actions de formation dans l'intérêt de l'activité de ses membres*
- 4. à représenter ses membres auprès de toutes institutions publiques et privées, tant nationales qu'internationales*
- 5. à informer ses membres sur les problèmes actuels de la profession*
- 6. à être le représentant de ses membres dans le dialogue social sectoriel*

¹⁰ <http://www.aca.lu/publications/statistiques/>

¹¹ <http://www.commassu.lu>

¹² Rapport annuel du Commissariat aux assurances pour 2010, tableau 3.2, Assurance non vie : détail des opérations de 2010 en net de réassurance cédée. En dehors du champ de l'affaire sous examen, les entreprises établies au Luxembourg ont émis des primes pour des risques situés hors territoire luxembourgeois pour 36.941.000 euros.

7. à entamer et réaliser des actions de relations publiques et promouvoir le secteur de l'assurance luxembourgeois
8. à adopter des règles de conduite et de déontologie applicables à la profession
9. à organiser la médiation en assurance ».

Il résulte des réponses fournies par l'ACA que dans le cadre des activités RC Autos, elle regroupe toutes les entreprises de droit luxembourgeois et les succursales luxembourgeoises de sociétés établies dans un autre pays de l'Union européenne actives dans cette branche d'assurance au Luxembourg, telles qu'elles sont indiquées ci-dessus au point 25, à l'exclusion de la MMA IARD Assurances Mutuelles.

2.3.L'autorité de surveillance du secteur des assurances

29. Le CAA a été créé par la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances sous le statut d'établissement public doté de la personnalité juridique jouissant de l'autonomie financière, placé sous l'autorité du ministre ayant dans ses attributions le Commissariat (actuellement le ministre des Finances).

Le CAA a reçu pour mission:

« 1. de recevoir et d'examiner toute demande émanant de personnes désireuses de s'établir au Grand-Duché de Luxembourg et requérant l'agrément du ministre aillant dans ses attributions la surveillance des assurances privées.

2. d'exercer la surveillance, y compris financière, des personnes physiques et morales visées au point 1, conformément aux prescriptions de la législation et de la réglementation concernant la surveillance du secteur des assurances.¹³

3. de prendre des règlements dans la limite de sa spécialité.¹⁴

4. d'assurer le respect des obligations professionnelles en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme par toutes les personnes soumises à sa surveillance, sans préjudice de l'article 5 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

4a. de veiller à l'application des lois et règlements relatifs:

– aux relations entre les parties aux contrats et opérations d'assurances, et en particulier au respect des dispositions de la législation régissant le contrat d'assurance,

¹³ Loi du 27 octobre 2010.

¹⁴ Loi du 27 octobre 2010.

- aux opérations de réassurance et de titrisation de réassurance, et
- aux relations entre preneurs d'assurances et intermédiaires d'assurances.

4b. de veiller à ce que des personnes physiques ou morales qui sont connues pour entretenir, directement ou indirectement, des relations autres que strictement professionnelles avec le milieu du crime organisé ne puissent prendre le contrôle, directement ou indirectement, des personnes soumises à sa surveillance que ce soit en tant que bénéficiaires effectifs, en acquérant des participations significatives ou de contrôle, en occupant un poste de direction ou autrement. Fait partie de la mise en œuvre de cette mission, une évaluation de l'aptitude et de l'honorabilité des dirigeants, y compris de leur compétence et de leur intégrité. A cette fin, le Commissariat peut demander l'avis du procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg et de la police grand-ducale.

5. de recevoir et d'examiner les plaintes et réclamations émanant d'un preneur d'assurances ou d'un autre intéressé contre toute personne physique et morale visée par la présente loi.

6. d'assurer la coordination de l'exécution des initiatives et mesures gouvernementales visant à une expansion ordonnée des activités d'assurance et de réassurance au Grand-Duché de Luxembourg.

7. de suivre les dossiers et de participer aux négociations relatifs aux problèmes de l'assurance et de la réassurance sur le plan communautaire et international.

8. de présenter au Gouvernement toutes suggestions susceptibles d'améliorer l'environnement législatif et réglementaire concernant l'activité d'assurance et de réassurance au Grand-Duché de Luxembourg.

9. d'examiner toutes autres questions ayant trait à l'activité d'assurance et de réassurance que le ministre lui soumettra.

Le Commissariat est en outre l'autorité compétente prévue par le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs («Règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs»), pour assurer le respect des lois protégeant les intérêts des consommateurs par les personnes soumises à sa surveillance. »¹⁵

L'article 24, paragraphe 2 insiste sur la mission publique du Commissariat :
« La surveillance du secteur des assurances, des réassurances et des intermédiaires d'assurances n'a pas pour objet de garantir les intérêts individuels

¹⁵ Loi modifiée de 6 décembre 1991 sur le Secteur d'assurances.

des entreprises ou des professionnels surveillés ou de leurs clients, ou de tiers, mais elle se fait exclusivement dans l'intérêt public». ^{16 17}

3. Les faits

30. Au centre des reproches de la plainte et de la communication des griefs figure un document daté du 9 juin 2011, établi sur papier à en-tête de l'ACA, intitulé « *Note interprétative relative aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 11.11.2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16.04.2003 relative à l'assurance obligatoire RC AUTOS en matière de Bonus/Malus* ».

Ce document a fait l'objet d'une « *Lettre collective d'engagement* » du 14 juin 2011 signée par les dirigeants des compagnies d'assurance suivantes :

- Allianz
- Arisa
- AME Lux
- AXA
- La Bâloise
- Chartis
- Le Foyer
- LaLux
- P&V

Cette lettre collective d'engagement avait été envoyée par le président de l'ACA par courrier circulaire aux compagnies-membres de l'ACA pratiquant la branche RC Autos du 14 juin 2011.

3.1. Le règlement grand-ducal du 11 novembre 2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16 avril 2003 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs

31. Les dispositions du règlement grand-ducal modifié du 11 novembre 2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16 avril 2003 relative à l'assurance obligatoire RC

¹⁶ Souligné par le Conseil.

¹⁷ Loi du 18 décembre 1993.

AUTOS, (ci-après : « le règlement de 2003 »), dont il est question dans la Note, figurent au chapitre 4 du règlement de 2003 et ont la teneur suivante :

« Lorsque le preneur d'assurance est une personne physique, le contrat d'assurance prévoit un système de personnalisation de la prime d'assurance a posteriori répondant aux critères décrits ci-après :

Article 11

1. Echelle Bonus/Malus

<i>Degrés Bonus/Malus</i>	<i>Pourcentage de la Prime de Base</i>
22	250
21	225
20	200
19	180
18	160
17 MALUS	140
16	130
15	120
14	115
13	110
12	105
11 BASE	100
10	100
9	90
8	85
7	80
6 BONUS	75
5	70
4	65
3	60
2	55
1	50
0	47,5
-1	45
-2	45
-3	45

2. Fonctionnement

Un nouveau preneur d'assurance est classé au degré 11 de l'échelle Bonus/Malus, sauf ce qui est dit ci-après.

Pour les années d'assurance subséquentes, la prime variera à chaque échéance anniversaire comme suit :

- l'absence de sinistre au cours d'une période d'observation pendant laquelle l'assurance était en vigueur entraîne une descente d'un degré sur l'échelle Bonus/Malus, la descente se terminant au degré -3 ;*
- chaque sinistre au cours d'une période d'observation entraîne une montée de 3 degrés, la montée se terminant au degré 22 ;*
- cependant le degré applicable après 4 années consécutives sans sinistre ne pourra en aucun cas être supérieur à 11.*

3. Sinistres

Est considéré comme un sinistre au sens du point 2 ci-dessus tout sinistre pour lequel l'entreprise d'assurance a payé ou devra payer une indemnité en faveur de tiers lésés.

Ne sont cependant pas pris en considération :

- les sinistres qui n'atteignent pas le montant total des franchises éventuellement applicables ;*
- les sinistres que le preneur d'assurance aura remboursés à l'entreprise d'assurances endéans les 4 mois de la notification du paiement effectué par l'entreprise d'assurances au titre de l'article 13 du présent règlement.*

4. Période d'observation

La période d'observation est constituée par les 12 mois précédant de 1 mois le 1^{er} jour du mois de l'échéance anniversaire.

L'absence de sinistre pendant cette période n'entraîne pas la descente d'un degré, si au cours de cette période l'assurance était en vigueur pendant moins de 10 mois.

Toutefois, s'il est constaté à une échéance anniversaire que la descente pour absence de sinistres au cours de la période d'observation n'est pas accordée parce que l'assurance était suspendue pendant au moins 2 mois au cours de cette période d'observation, il est procédé comme suit :

- Si à l'échéance anniversaire précédente la descente sur l'échelle Bonus/Malus n'avait pas été accordée pour les mêmes raisons, les deux périodes d'observations sont réunies en une seule. S'il est constaté qu'au cours de cette seule et unique période d'observation l'assurance était en vigueur, par période interrompues, pendant 12 mois au moins, la descente d'un degré sera opérée normalement à l'échéance anniversaire en cause.*

5. *Changement de véhicule ou d'entreprise d'assurances*

Le changement de véhicule ou d'entreprise d'assurances n'a aucune incidence sur le degré Bonus/Malus.»

3.2. La Note du 9 juin 2011

32. La Note, quant à elle, avait pour objet de faire appliquer le règlement de 2003 de façon uniforme par toutes les entreprises du secteur. Il est important de reproduire à cet endroit l'intégralité de la Note :

« Note interprétative relative aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 11.11.2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16.04.2003 relative à l'assurance obligatoire RC AUTOS en matière de Bonus/Malus

1. Champ d'application du dispositif Bonus/Malus :

a. *Le preneur :*

L'article 11 du règlement grand-ducal précité précise explicitement que le système Bonus/Malus s'applique au preneur d'assurance et non pas conducteur habituel ou à tout éventuel autre concept.

Les personnes morales ne sont pas visées par les dispositions relatives au Bonus/Malus.

b. *Véhicules concernés :*

Tous les véhicules automoteurs au sens de la loi RC AUTOS sont concernés. Les remorques sont partant exclues du champ d'application.

c. *La notion de nouveau contrat d'assurance au sens de l'article 11.2 :*

<< Est à considérer comme nouveau preneur (...) toute personne physique qui, tout en étant preneur d'assurance pour un ou plusieurs véhicules, souscrit un nouveau contrat d'assurance pour un véhicule supplémentaire. >>

Compte-tenu de l'existence de contrats polyrisques (Poly care de Bâloise, Easy protect de LaLux, Mobilé de Foyer, ...), il convient de s'accorder sur le sens à donner aux mots << un nouveau contrat d'assurance >>.

- *A tout véhicule supplémentaire (risque) correspond un nouveau contrat au sens de cette disposition, peu importe que ce risque soit géré au sein du contrat polyrisques ou non.*
- *Et donc, chaque véhicule supplémentaire commence au bonus 11*

2. Les transferts de bonus

a. *entre deux preneurs différents*

En particulier, les pratiques ci-après sont interdites :

- *Transférer un bonus entre membres d'un même ménage,*
- *Transférer un bonus du grand-père (mère) au petit(e) fils (fille)*
- *Transférer un bonus entre époux*
- *Transférer un bonus de l'entreprise familiale à une personne physique*
- *Reprendre le bonus de son véhicule de leasing*

b. *entre deux risques différents d'un même preneur*

L'échange de bonus entre deux risques d'un même preneur et la conservation du bonus en cas de remplacement d'un véhicule assuré par un autre n'est possible que si une des conditions suivantes est remplie :

- *Les véhicules sont du même groupe de catégories Stataulux*
- *L'échange ou le remplacement se fait entre véhicule de luxe (11-17) et une camionnette (31-37)*

3. Changement de preneur

Il peut arriver qu'un contrat soit transféré à un autre preneur. C'est par exemple le cas lorsque le conjoint décède et que le véhicule est transféré au survivant.

En pareil cas, le contrat soit devra être annulé et un nouveau contrat devra être établi au degré 11, soit le bonus du contrat existant sera remis au degré 11.

4. Reprise d'un bonus provenant de l'étranger

Les principes ci-après doivent d'être respectés sur une base de « best effort » :

- *Se baser sur un document récent (< 1 ans) concernant le même preneur*
- *Exiger un document original officiel qui émane de l'assureur (les assureurs) précédent (et pas une attestation sur l'honneur p.ex.)*
- *Fixer le bonus d'entrée en se basant sur les antécédents sinistres (et donc ne pas reprendre à l'identique le bonus étranger affiché ou le rabais accordé dans le système précédent).*
- *Ne prendre en considération que la période sur laquelle il y a visibilité*
- *Le contrat étranger doit avoir cessé ou cesser prochainement.*

5. Reprise d'un bonus après sortie du système Bonus/Malus :

Pour un client n'ayant pas d'antécédents d'assurance pour la dernière période (pas de conduite sur un véhicule leasing par exemple), le degré préalablement acquis par le preneur (bonus ou malus) pourra être repris si ce degré date de moins de 4 ans. Dans le cas contraire, le degré applicable sera le degré 11.

Les compagnies pratiquant la branche RC AUTOS s'engagent à remettre à leurs clients une attestation Bonus/Malus à chaque résiliation de contrat.

6. Mécanismes tarifaires visant à compenser les effets des mouvements sur l'échelle Bonus/Malus

Tout mécanisme tarifaire visant à neutraliser en tout ou partie la variation tarifaire légalement prévue en cas de modification du bonus est proscrite.

7. Procédure d'arbitrage en cas de non-respect des présentes stipulations

Les compagnies pratiquant la branche RC AUTOS s'engagent à respecter strictement la réglementation en matière de Bonus/Malus et l'interprétation commune qui en est faite dans la présente note interprétative.

Elles désigneront une personne de contact pour toutes questions et tous litiges relatifs à la mise en œuvre des stipulations de la présente note.

En cas de manquement relevé, la compagnie qui en a fait le constat prendra contact avec la compagnie visée afin de clarifier bilatéralement la situation et en vue de trouver une solution conforme aux stipulations de la présente note interprétative.

En cas de désaccord entre elles, chaque compagnie concernée pourra soumettre le différend à un Comité de médiation à constituer au sein de l'ACA.

Le Comité de médiation sera composé d'un représentant de chaque compagnie pratiquant la branche RC AUTOS.

En cas de manquement constaté, il pourra imposer à la compagnie fautive :

- la rectification du bonus*
- la résiliation du contrat à la première échéance valable*

Les décisions du Comité de médiation seront prises à la majorité simple des compagnies représentées, à l'exception des compagnies concernées par le dossier soumis au Comité.

Le Comité de médiation pourra également saisir le Conseil de discipline de l'ACA s'il le juge opportun.

Le Comité de médiation sera en outre chargé de la mise à jour et des éventuelles adaptations de la présente note interprétative. »

3.3. Les échanges entre le CAA et l'ACA

33. L'instruction de l'affaire devant le Conseil permet d'accréditer la thèse selon laquelle l'intervention du CAA, si elle n'a certes pas été déterminante, n'a du moins pas été étrangère à la genèse de la Note.

Cette conclusion peut être tirée des aide-mémoires des nombreuses réunions organisées entre l'ACA et le CAA durant lesquelles l'application du règlement de 2003 a été discutée. C'est ainsi que l'aide-mémoire de la réunion du 7 juillet 2010 révèle que le CAA s'est plaint du non-respect du règlement de 2003 qu'il faudrait le cas échéant modifier. L'ACA, qui soutient que le règlement de 2003 permet des interprétations divergentes, promet alors de proposer des modifications au texte :

« 4) Bonus-Malus :

Le Commissariat aux Assurances expose qu'il a constaté lors de contrôles sur place que le dispositif bonus-malus est non respecté sur une large échelle. Il relève qu'il ne peut pas tolérer ces infractions systématiques, mais qu'il ne souhaite pas pour autant supprimer le système bonus-malus, surtout après que le Luxembourg l'ait défendu avec succès devant la Cour de Justice des Communautés Européennes. Il ne se dit cependant pas opposé à adapter, à ajuster certaines règles en matière, au cas où elles seraient considérées comme trop strictes ou plus en phase avec l'évolution des comportements et de réalité sociale (p. ex. de plus en plus de ménages disposant de plusieurs véhicules ce qui n'était pas le cas il y a 20 ans).

*L'ACA réitère son attachement au système bonus-malus et fait remarquer que sur certains points de la réglementation actuelle, diverses interprétations textuelles sont possibles*¹⁸. Elle souligne qu'elle va prendre sur le métier ce dossier et soumettre au Commissariat aux Assurances les amendements et assouplissements qu'elle jugera nécessaires ou utiles. »

Lors de l'entrevue du 13 octobre 2010, l'ACA réitère sa volonté de soumettre au CAA un projet de modification du règlement de 2003 :

« 1) Bonus- Malus :

L'ACA expose que suite à la dernière entrevue (lors de laquelle le Commissariat aux Assurances a dénoncé que dans la pratique les cas de non-respect du régime bonus-malus se multiplieraient et a invité l'ACA à réfléchir sur des éventuelles adaptations du dispositif), elle a commencé à sonder le terrain auprès des acteurs concernés. Elle affirme se trouver encore au stade du « brain storming » et vouloir soumettre des propositions de texte concrètes au Commissariat aux Assurances pour la prochaine réunion. »

34. Il y a lieu de constater que les personnes des compagnies d'assurance figurant sur la liste de présence de ces aide-mémoires sont toutes issues du sommet de la hiérarchie des entreprises visées.

Ces mêmes personnes ont pour la plupart aussi participé aux réunions techniques du comité ad hoc « RC-VTA » regroupant également les compagnies d'assurances, l'ACA et

¹⁸ Souligné par le Conseil.

le CAA. Ce comité, présidé par le Président du comité de direction du CAA, est chargé d'assister le CAA dans la préparation de ses tâches législatives et réglementaires¹⁹.

Le procès-verbal du 22 mars 2011 relate que ce comité a discuté le texte proposé par l'ACA :

« Le groupe commence la lecture de l'avant-projet de règlement proposé par l'ACA. (...). La définition du preneur d'assurances prévoit que ce terme désigne exclusivement une personne physique. Monsieur Rod demande ce qu'il en est du petit épicier qui a constitué une S. à r. l. et dispose d'une camionnette pour transporter ses fruits et légumes. Est-ce qu'il est visé ? Monsieur Origer réplique que la définition du preneur d'assurances est inchangée. Il s'agit de distinguer entre le preneur personne physique et flottes. En principe, le système B/M n'est prévu par la loi que pour les personnes physiques. En ce qui concerne les personnes morales, les assureurs sont libres de l'appliquer ou non.

Les articles 4 et 5 concernant plus particulièrement la classification des assurées sur l'échelle B/M. Monsieur De Cooman explique que le texte proposé a pour objectif de clarifier la situation actuelle en ce qu'il vise à soumettre au degré 11 tout nouveau contrat conclu pour un nouveau preneur. Il s'en suivrait que la pratique actuelle de faire bénéficier un membre d'une famille du degré B/M des autres membres de la famille, ne pourrait plus être confirmé. L'attestation d'assurances qui doit être produite par le preneur d'assurances en cas de changement d'assureur RC-VTA peut couvrir dorénavant une période allant jusqu'à 15 ans, au lieu de 12 ans. Le groupe n'y voit pas d'inconvénients. Monsieur Rod demande ce qui est demandé par les assureurs luxembourgeois si le nouveau client était assuré auparavant dans un Etat n'ayant pas de système B/M. Est-ce que d'autres documents sont admissibles ? Monsieur Themelin répond qu'un équivalent étranger est demandé actuellement. Monsieur Rod propose dès lors de prévoir cette éventualité dans le libellé de l'article 4.

Il indique que le CAA fera une proposition de texte qui fasse bien ressortir le couple « nouveau véhicule/conducteur » pour l'application du degré 11 de l'échelle B/M²⁰. »

En date du 26 avril 2011, « les membres du comité ad hoc marquent leur accord en ce qui concerne les modifications proposées²¹ ».

35. Lors de l'entrevue du 20 mai 2011 entre l'ACA et la direction du CAA, « l'ACA fait remarquer qu'elle se propose d'anticiper l'entrée en vigueur formelle des textes afférents en ce qui concerne le seul volet Bonus/Malus (...) », ce que le CAA ne désapprouve pas: « Le Commissariat aux Assurances dit ne pas avoir de problème avec cette approche²². »

¹⁹ Observations écrites de LaLux, point 61.

²⁰ Procès-verbal du 22 mars 2011, pages 1 et 3.

²¹ Procès-verbal du 26 avril 2011.

²² Aide-mémoire du 9 juin 2011, page 2.

Lors d'une entrevue du 6 octobre 2011 entre l'ACA et le CAA, le CAA affirme cautionner « *pleinement les nouvelles règles telles qu'appliquées par l'ACA* ». ²³

L'ACA fait remarquer que « *l'adoption formelle du règlement grand-ducal précisant la notion de « nouveau preneur » conforterait grandement la situation de l'ACA dans le cadre de la plainte pour entente illicite déposée par l'ULC* ». ²⁴ »

36. Si, dans un premier temps, à l'occasion de sa réponse du 2 janvier 2012 à la demande de renseignements lui parvenue en date du 1er décembre 2011, le CAA a affirmé qu'« *aucun avis formel ou approbation de l'interprétation du règlement RC Auto n'a été émis par le CAA* » ²⁵ et qu'« *aucun avis formel ou rapport au sujet de cette interprétation n'a été élaboré dans le cadre du Comité technique* » RC Auto « *du Commissariat* » ²⁶ force est cependant de constater que ces affirmations sont contredites par les extraits des comptes rendus précités de même que par une lettre du 19 septembre 2012 que le CAA a fait parvenir au président de l'ACA un mois avant l'audition des compagnies d'assurances devant le Conseil et dont il y a lieu de citer le passage suivant :

« 2.a) Je confirme que, lors d'une réunion en date du 20 mai 2011, l'ACA et le CAA ont trouvé un accord de principe sur la définition du « nouveau preneur d'assurance ». La formulation alors retenue a abouti à un avant-projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 11 novembre 2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16 avril relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs (ci-après le « RGD RC-VTA ») qui a été envoyé par courrier du CAA le 10 juin 2011 à l'ACA pour commentaires éventuels par rapport aux différentes modifications proposées. L'ACA a formalisé son accord sur la proposition de texte par courrier du 30 juin 2012.

²³ Aide-mémoire du 11 octobre 2011, page 5.

²⁴ Ibid., pages 4 et 5, souligné par le Conseil. L'ACA reconnaît ici que le CAA vole au secours des compagnies d'assurance dans un litige qui l'oppose à l'ULC dans le cadre de la présente affaire instruite devant les autorités de concurrence. Ce n'est pas la dernière fois que l'on peut constater une certaine connivence entre le CAA et les entreprises qu'il est censé surveiller. Lors de l'audition du 25 octobre 2012, la lettre du 19 septembre 2012 (dont question sub point 37) a également été considérée comme une faveur du CAA en direction du secteur. La lecture des comptes rendus et procès-verbaux permet de dénoter un consensualisme certain entre l'autorité de surveillance et les compagnies d'assurances. Ainsi peut-on notamment lire le passage suivant dans l'aide-mémoire du 11 octobre 2011 relatif à l'entrevue du 6 octobre 2011 de la Direction du CAA avec le Conseil d'Administration de l'ACA : « *Le Commissariat aux Assurances informe qu'il a été approché par le propriétaire de l'immeuble dont ses services sont logés en vue d'un éventuel achat. Il fait part de son intérêt à l'acquisition de cet immeuble. Il précise qu'il se trouve au tout début des négociations et qu'il dispose d'une réserve afférente lui permettant de financer un futur achat immobilier. Il fait part que ces comptes 2010 ont été clôturés avec un léger déficit, mais que pour les exercices 2011 et 2012 le solde négatif sera plus important. Il affirme qu'une adaptation des taxes de financement du fonctionnement du Commissariat aux Assurances sera inéluctable. Il explique que la hausse devrait être à peu près proportionnelle à l'augmentation du personnel depuis le dernier ajustement (et qu'on peut s'attendre à une révision vers le haut d'un tiers bien qu'aucune décision formelle n'ait encore été prise). Il demande à l'ACA, conformément à un gentleman's agreement établi, de ne pas critiquer ou faire part vers l'extérieur d'un mécontentement en relation avec la hausse desdites taxes.* »

²⁵ Réponse à la question 7.

²⁶ Réponse à la question 8.

b) Je confirme également que la proposition faite lors de cette réunion par l'ACA à voir appliquer de manière uniforme et sans délai la définition du nouveau preneur a été très favorablement accueillie par le CAA. En effet, le CAA a continuellement demandé à ce que l'article 11 RGD RC VTA soit appliqué de la même manière par toutes les entreprises d'assurances. Selon l'opinion du CAA, la définition du « nouveau preneur » ne modifie en rien le sens de cet article mais vise simplement à clarifier d'avantage le libellé. Il est dès lors évident que le CAA, en tant qu'autorité de contrôle prudentiel du secteur des assurances, a clairement soutenu la proposition de voir appliquer sans délai les règles du système B/M telle qu'elles ressortent clairement, aux vues du CAA, déjà à l'heure actuelle du libellé de l'article 11 RGD RC VTA. »

3.4. La dénonciation de la Note

37. La Note elle-même ne précise pas sa date d'entrée en vigueur. Le courrier circulaire du 14 juin 2011 adressé par l'ACA à tous ses membres concernés fixe l'entrée en vigueur de la note au 1^{er} juillet 2011. La note a été rendue publique par un communiqué de presse de l'ACA du 22 juin 2011 dans lequel est également précisée la date d'entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2011.

Il faut donc admettre que la Note a développé ses effets au plus tard à partir du 1^{er} juillet 2011.

38. Au courant du mois de janvier 2012, un certain nombre de compagnies d'assurances ont dénoncé l'application de la Note. Certaines joignent le courrier afférent à leurs réponses à la demande de renseignements (courrier AXA du 26 janvier 2012 ; courrier la Bâloise du 25 janvier 2012 ; courrier Chartis non daté ; courrier LaLux du 26 janvier 2012), d'autres l'affirment sans joindre le courrier à leurs réponses (Allianz sans précision de date ; AME Lux à la date du 25 janvier 2012 ; le Foyer sans précision de date).

39. Dans un communiqué de presse du 31 janvier 2012, l'ACA informe le public que la plupart des compagnies d'assurance ont dénoncé l'accord, sans préciser pour autant qu'il ait pris fin.

40. Il y a lieu de noter que le Conseil ne dispose pas d'éléments qui lui permettent de démontrer qu'à l'heure actuelle, la Note, même dénoncée, continue de produire des effets ou non de sorte qu'il admet pour les besoins du calcul des amendes que la Note a produit ses effets au moins durant 6 mois, du 1^{er} juillet 2011 au 1^{er} janvier 2012.

4. Les griefs formulés par le conseiller désigné

41. Dans sa communication des griefs du 12 juillet 2012, le conseiller désigné arrive à la conclusion suivante :

« 133. Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que la Note constitue une entente et, en particulier, une décision d'association d'entreprises, contraire à l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 [devenu l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011] et qui n'est pas justifiée aux termes de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004 [devenu l'article 4 de la loi du 23 février 2011].

134. Il y a également lieu de relever que la Note a duré du 1^{er} juillet 2011 au 31 janvier 2012 (sept mois). Ainsi, dans la mesure où celle-ci a pris fin le 31 janvier 2012, il n'est pas indispensable d'enjoindre à l'ACA et à ses membres de la faire cesser.

135. Enfin, il convient d'infliger, d'une part, une amende symbolique à l'ACA et, d'autre part, une amende non symbolique à chaque entreprise d'assurances signataire de la Note, conformément à l'article 18 de la loi du 17 mai 2004 [devenu l'article 20 de la loi du 23 octobre 2011].

136. L'ACA et les entreprises d'assurances signataires de la Note ont un mois à partir de la date de réception de la présente communication des griefs pour prendre position sur les charges retenues à leur encontre, conformément à l'article 23 de la loi du 17 mai 2004 [devenu l'article 25 de la loi du 23 octobre 2011]. »

5. Le droit applicable

5.1. Le droit national applicable

42. L'affaire se trouve à la charnière entre la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence et la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, entrée en vigueur le 1^{er} février 2012.

En principe une loi « ancienne » cesse ses effets à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Or, en réalité la situation est beaucoup plus complexe, un changement de législation

pouvant entraîner des interférences entre la législation nouvelle et la législation ancienne. Assez souvent le législateur, prévoyant lui-même les problèmes soulevés par cette transition, entreprend de résoudre *ad hoc* les problèmes transitoires par l'insertion de dispositions transitoires dans les clauses finales de la loi nouvelle.²⁷

43. L'instruction du dossier a commencé sous l'empire de la loi modifiée du 17 mai 2004 et s'achève sous l'empire de la loi du 23 octobre 2011. L'article 36, paragraphe 3 de la loi de 2011 dispose que « *les dispositions introduites par la présente loi sont immédiatement applicables à tous les dossiers en cours au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi* ».

Il n'en demeure pas moins, en ce qui concerne les actes d'instruction, que ceux-ci restent soumis à la loi en vigueur à la date de leur réalisation.

44. Au niveau des droits qui dépassent cependant la notion de procédure à suivre, si le principe de l'effet immédiat d'une loi nouvelle tend à assurer à la fois son efficacité ainsi que l'unité de législation à un moment donné, le principe de non-rétroactivité répond à une préoccupation de sécurité juridique. Ce principe est une garantie donnée aux situations juridiques valablement acquises et consolidées sous la loi ancienne et répond, en ce sens, à un besoin de paix et de stabilité sociale.²⁸

45. L'article 2 du code civil, en ce qu'il dispose que « *la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* », met l'accent sur le principe de non-rétroactivité pour l'application des règles juridiques.

46. Etant insérée au Titre préliminaire du code civil qui a une portée générale, la règle de non-rétroactivité vaut pour tous les domaines du droit, y compris le droit administratif, économique et social.²⁹

Il découle de ces développements que, répondant à une préoccupation de sécurité juridique et à un besoin de paix et de stabilité sociale, la règle de la non-rétroactivité interdit de reporter la loi nouvelle en arrière et de l'appliquer à la création de situations juridiques établies – que ce soit par l'effet d'actes juridiques ou de faits juridiques- sous l'empire de la loi ancienne.

47. Les faits incriminés ont débuté sous l'empire de la loi modifiée du 17 mai 2004 et le Conseil retient qu'ils ont pour les besoins de la fixation de l'amende cessé au 1^{er} janvier 2012, dès lors avant l'entrée en vigueur, en date du 1^{er} février 2012, de la loi du 23 octobre 2011. Le fond doit donc être tranché par rapport à la loi du 17 mai 2004 dont les dispositions de ses articles 3 et 4 sont par ailleurs identiques à celles des articles 3 et 4 de la loi du 23 octobre 2011.

²⁷ Tribunal administratif, 9 juin 2005, N° 18442 du rôle, confirmé sous cet aspect par un arrêt de la Cour administrative, 20 juin 2006, N° 20141C du rôle.

²⁸ Introduction à la science du droit par Pierre Pescatore page 315.

²⁹ Ibid., page 317.

5.2. La non-applicabilité du droit communautaire

48. Le droit communautaire des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'applique dès lors qu'une pratique anticoncurrentielle est susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire de manière sensible.

Tel n'est pas le cas en l'espèce alors que le cloisonnement national de la réglementation applicable aux produits d'assurance en matière de RC Auto, l'entente entre assureurs offrant un tel produit sur un marché national n'est pas de nature à restreindre ou autrement influencer sur l'ampleur ou la nature des échanges intracommunautaires.

Par ailleurs, même s'il fallait admettre que l'entente sous examen produise de tels effets, ces derniers ne seraient pas substantiels. En comparant le nombre de polices d'assurance RC Auto conclues au Luxembourg sous l'empire de la réglementation luxembourgeoise (quelques dizaines de milliers) au nombre de polices RC Auto conclues à travers l'Union européenne (quelques dizaines de millions), il devient évident qu'une éventuelle affectation des échanges intracommunautaires ne saurait être sensible.

Le Conseil estime donc que le droit communautaire est inapplicable en l'espèce.

6. L'appréciation juridique

49. De ce qui précède, il découle que le Conseil doit soumettre les faits précités à l'analyse de l'article 3 et éventuellement de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004:

« Art. 3. Interdiction des ententes

Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de dispositions du présent article sont nuls de plein droit.

Sont interdits tout accord entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à :

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions ;*

- 2) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
- 3) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
- 4) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*
- 5) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

Art. 4. Exceptions à l'interdiction des ententes

Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas :

- *aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises*
- *aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
- *aux pratiques concertées ou catégorie de pratiques concertées*

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution de produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs ;*
- b) *donner aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »*

6.1. Le marché pertinent

50. Même si la définition du marché ne retient pas la même attention dans le cadre des articles 3 et 4 que dans le contexte de l'article 5, il y a lieu de décrire le marché sur lequel s'applique la Note. La définition du marché est toutefois utile ne serait-ce que pour étudier les effets de la restriction de concurrence sur le marché ou pour calculer le niveau des amendes.

6.1.1. Le marché des produits et services

51. La Note interprétative concerne l'assurance responsabilité civile automobile (RC Autos), celle-ci étant répertoriée dans les annexes de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances comme constituant la branche 10. Chacune des branches identifiées dans ces annexes couvre un risque spécifique, soumis à des calculs actuariels propres et comptabilisé de façon autonome. Le marché pertinent aux fins de l'analyse de la Note ne comprend donc que cette branche 10, à l'exclusion des autres branches.

Le système Bonus/Malus, dont la Note vise à harmoniser la mise en œuvre, est régi par le règlement de 2003 qui en délimite le champ d'application aux polices d'assurance dans lesquelles le preneur d'assurance est une personne physique. Du fait de l'exclusion des polices d'assurances dans lesquelles le preneur d'assurance est une personne morale, le Conseil ne déduit pas que le marché pertinent soit limité au marché des assurances RC Autos pour les personnes privées étant donné que le risque couvert demeure le même pour les assurances où les preneurs sont des personnes physiques que pour celles où les preneurs sont des personnes morales. Isoler certains volets de la branche 10 pour les seuls besoins de la présente analyse ne cadrerait pas avec la répartition des risques en branches prévue par la loi.

52. Il en résulte que le marché pertinent est le marché de l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs (branche 10).

6.1.2. Le marché géographique

53. La branche 10 est soumise à une réglementation nationale détaillée à travers notamment la loi du 16 avril 2003 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs. Cette réglementation s'applique aux véhicules immatriculés au Luxembourg ou, en l'absence d'immatriculation, présentant certains autres liens de connexion distinctifs avec le Luxembourg (ces éléments figurent au point i) de l'article 1er de la loi du 16 avril 2003). Le marché pertinent aux fins de l'analyse de la Note ne comprend donc que les polices d'assurance couvrant des véhicules répondant aux conditions de la loi du 16 avril 2003.

54. Il en résulte que le marché pertinent est le marché de l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs immatriculés au Luxembourg ou autrement visés par la loi du 16 avril 2003 (branche 10). Les entreprises visées par la communication des griefs n'ont pas contesté la définition du marché en cause.

55. Il convient partant d'analyser si la Note constitue une entente prohibée au sens de la loi du 17 mai 2004.

6.2. La portée de la Note : entente prohibée

56. L'entente au sens du droit de la concurrence est constituée dès qu'il y a rencontre des volontés entre deux ou plusieurs entreprises concurrentes agissant en principe indépendamment l'une de l'autre sur le marché, dès lors que leur accord a pour objectif ou finalité de coordonner leur comportement sur ce marché ou de diminuer par tout autre moyen l'incertitude auquel le fonctionnement normal du marché les expose quant au comportement de leurs concurrents.

6.2.1. La Note est une entente

57. La Note, élaborée au sein de la Commission Non-Vie de l'ACA par des personnes qui y ont été déléguées par les compagnies d'assurance membres de l'ACA et signée en dernière instance par les représentants légaux de ces compagnies membres de l'ACA constitue une rencontre de volontés de toutes les parties visées, aussi bien des compagnies d'assurance que de l'ACA.

6.2.2. La Note ne constitue pas une interprétation en tous points conformes au règlement

58. Dans leurs observations écrites à la communication des griefs, les entreprises visées affirment qu'il ne saurait y avoir entente et donc violation de l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 dans la mesure où la Note n'ajouterait rien au règlement de 2003 et ne ferait que rappeler les principes énoncés par le règlement de 2003.³⁰

Le Conseil se doit de réfuter cette thèse car force est de constater que les entreprises visées ont de leur propre aveu interprété de façon divergente le règlement de 2003. Certaines interprétations adoptées par différentes compagnies d'assurances sont certes manifestement contraires au règlement de 2003 et c'est donc à juste titre que le CAA, dans ces hypothèses, a prononcé un rappel à l'ordre. On ne saurait davantage reprocher à la Note de rappeler les dispositions du règlement 2003 pour épinglez les violations évidentes du règlement de 2003 (6.2.2.1.). D'autres interprétations opérées par certaines compagnies peuvent en revanche être considérées comme étant conformes au règlement de 2003 et c'est à tort que la Note censure ces interprétations (6.2.2.2.). Le Conseil estime

³⁰ cf. Observations à la communication des griefs de l'ACA, page 7 « *la Note ne reflète que ce que le règlement grand-ducal prévoit* » et, plus loin page 16, « *le texte de la Note ne rajoute rien (...)* », les plaideurs se réfèrent également à la réponse par le ministre des finances à la question parlementaire no 1729 du 28 octobre 2011 du député François Bausch où il est dit que « *le nouveau règlement ne sert qu'à préciser les articles d'ores et déjà applicables, sans pour autant les modifier de façon substantielle* ».

que les points de la Note qui ne font que rappeler le règlement de 2003 ne sont pas des éléments constitutifs de l'entente, contrairement aux points de la Note qui s'éloignent du règlement 2003, lesquels points sont des éléments constitutifs de l'entente.

6.2.2.1 Les interprétations de la Note conformes au règlement de 2003

59. Peuvent en principe être considérées comme étant conforme au règlement de 2003 les interdictions relatives au transfert de bonus entre deux preneurs différents, telles que visées par la Note au point 2)a) :

»En particulier, les pratiques ci-après sont interdites :

- Transférer un bonus entre membres d'un même ménage,
- Transférer un bonus du grand-père (mère) au petit(e) fils (fille)
- Transférer un bonus entre époux
- Transférer un bonus de l'entreprise familiale à une personne physique
- Reprendre le bonus de son véhicule de leasing «

S'agissant du dernier point, l'interprétation par la Note du texte du règlement de 2003 est correcte pour autant que le preneur d'assurance ait changé. Il en est de même pour ce qui est du point 3 de la Note : « *Changement de preneur* :

Il peut arriver qu'un contrat soit transféré à un autre preneur. C'est par exemple le cas lorsque le conjoint décède et que le véhicule est transféré au survivant.

En pareil cas, le contrat soit devra être annulé et un nouveau contrat devra être établi au degré 11, soit le bonus du contrat existant sera remis au degré 11. »³¹

Tous ces transferts doivent être considérés comme étant contraires au règlement de 2003. En effet lorsqu'un membre d'une famille transfère son bonus avantageux à un autre membre de la famille, ce membre qui bénéficie du transfert est un nouveau preneur d'assurance et devrait donc se voir accorder, au sens de l'article 11(2), un degré de 11 à l'échelle de Bonus/Malus. Cette même logique s'applique aux situations où un jeune conducteur s'est vu appliquer, à titre dérogatoire, un bonus plus avantageux que le degré 11.

60. Quant à la situation évoquée par la Note où un bonus de l'entreprise familiale est transféré à une personne physique, le transfert de bonus est également interdit d'après le règlement de 2003 puisqu'il y a dans ce cas changement de preneur (pour autant que l'entreprise familiale est constituée sous forme d'une société).

³¹ Le bout de phrase « *soit le bonus du contrat existant sera remis au degré 11* » est cependant incompréhensible. Si le preneur d'assurance (le conjoint, pour citer la Note) décède, le contrat d'assurance prend fin. La remise au degré 11 du « *bonus du contrat existant* » est donc un non-sens.

61. Pour ce qui est des situations de leasing, il faut distinguer entre deux cas de figure. Dans le premier cas, le contrat de leasing a été établi au nom de l'entreprise du conducteur de la voiture de leasing. Si le contrat d'assurance est repris par le conducteur, alors il y a changement du preneur d'assurance et le bonus n'est pas transférable. En revanche, lorsque le contrat de leasing a été établi au nom du conducteur de la voiture de leasing et lorsque ce contrat est repris par le même conducteur, il s'agit toujours du même preneur d'assurance et l'article 11(2) du règlement s'applique tel quel.

6.2.2.2 Les interprétations de la Note contra legem

62. Une interprétation manifestement erronée de la Note et la restriction la plus importante de la liberté des compagnies d'assurance dans leur choix commercial se retrouve au point 1)c) de la Note :

«1)c) *La notion de nouveau contrat d'assurance au sens de l'article 11.2*

« Est à considérer comme nouveau preneur (...) toute personne physique qui, tout en étant preneur d'assurance pour un ou plusieurs véhicules, souscrit un nouveau contrat d'assurance pour un véhicule supplémentaire. »

Compte-tenu de l'existence de contrats polyrisques (Poly care de Bâloise, Easy protect de LaLux, Mobilé de Foyer, ...), il convient de s'accorder sur le sens à donner aux mots « un nouveau contrat d'assurance ».

- *A tout véhicule supplémentaire (risque) correspond un nouveau contrat au sens de cette disposition, peu importe que ce risque soit géré au sein du contrat polyrisques ou non.*
- *Et donc, chaque véhicule supplémentaire commence au bonus 11 »*

Ce qu'il faut reprocher à la Note, c'est qu'elle introduit ici des concepts nouveaux, notamment celui du « contrat d'assurances », qui ne figurent pas au règlement de 2003 et que la même Note rattache des effets à ces concepts, en termes d'application de l'échelle Bonus/Malus, effets qui ne se retrouvent pas davantage dans le règlement de 2003. De même définit-elle de façon extensive la notion de « nouveau preneur d'assurances » en décrétant qu'un preneur d'assurance « est à considérer comme nouveau preneur (...) » celui qui « (...) souscrit un nouveau contrat d'assurances (pour un véhicule supplémentaire) » (point 1)c) de la Note). Avant l'adoption de la Note, les compagnies avaient usé d'une marge de manœuvre autorisée par le règlement de 2003 pour appliquer au preneur d'assurance qui souscrit un nouveau contrat d'assurance pour une voiture supplémentaire un bonus avantageux.

63. Contrairement à ce qui est préconisé par la Note, l'application du même Bonus/Malus à un deuxième véhicule n'est d'évidence pas une irrégularité au sens du règlement de 2003,

le règlement étant silencieux sur ce point. Ainsi, les compagnies d'assurance devraient demeurer libres d'appliquer le bonus d'une première voiture à la deuxième voiture du même preneur d'assurance, quand bien même cette deuxième voiture serait assurée au moyen d'un nouveau contrat d'assurance.

64. A plus forte raison, l'application du même bonus à un 2^{ième} véhicule devrait être possible dans le cadre d'un contrat polyrisque qui vise expressément la situation où un preneur d'assurance dispose de plusieurs véhicules qu'il souhaite assurer au sein du même contrat.
65. Ensuite, concernant la reprise d'un bonus après sortie du système Bonus/Malus (point 5 de la Note), la Note précise que cette reprise est possible dans les seuls cas où celui-ci date de moins de 4 ans. Là encore, le règlement de 2003 ne prévoit aucune disposition spécifique sorte que le Conseil doit conclure qu'ici aussi, la Note restreint la liberté de manœuvre des compagnies d'assurance et porte atteinte à la concurrence sans que cette restriction ne soit prévue par le règlement de 2003.
66. Enfin, il faut noter que les entreprises visées affirment que la Note serait indispensable afin d'éviter que le règlement de 2003, en tant que norme de droit positif, soit pervertie de sa ratio legis « afin d'attirer des clients »³². Le Conseil souhaite rappeler à cet égard que si une norme juridique laisse subsister une marge aux entreprises, celles-ci sont libres d'en profiter. Le fait d'attirer de la clientèle est tout à fait légitime dans le cadre du jeu de la libre concurrence.
67. Pour autant que de besoin, le Conseil note que les compagnies d'assurances ne font pas une application cohérente de ce qu'ils prêtent comme ratio legis au règlement de 2003.

Les entreprises visées prétendent presque toutes que l'intention du pouvoir réglementaire serait fondée sur un objectif d'appréciation du risque dans la fixation de la prime à travers l'application d'une échelle de Bonus/Malus, fonction de la sinistralité du preneur d'assurance. Le règlement 2003 participerait ainsi à la prévention des accidents de route en incitant les automobilistes à se comporter raisonnablement et à respecter le code de la route. Ce raisonnement est cependant partiellement fallacieux.

68. Le facteur « risque » dans la genèse des sinistres n'est en effet pas déterminé par le couple preneur d'assurance / voiture tel que les compagnies d'assurance veulent le faire croire. Si les compagnies d'assurance avaient voulu aller au bout de leur argumentation, ils auraient dû relever que le risque ne dépend pas du preneur d'assurance, mais du conducteur. Dans la même logique, la souscription d'une nouvelle assurance par le même preneur pour un véhicule supplémentaire n'appelle pas de sinistralité différente de celle d'un premier contrat d'assurance souscrit par le même preneur. A la vérité, en appliquant le raisonnement des assureurs, le bonus applicable à un second véhicule devrait être le même que celui applicable à un premier véhicule et non pas le degré 11 comme le préconise la Note.

³² Observations à la communication des griefs par Le Foyer, point 49.

6.2.3. La Note est une restriction de concurrence par objet et par effet

69. Tout accord de volontés entre entreprises concurrentes ne constitue pas une entente prohibée. L'accord ne devient entente prohibée que s'il a pour objet ou pour effet de restreindre le degré de concurrence prévalant sur le marché concerné.

La Commission européenne confirme dans les lignes directrices que « *dès lors qu'il a été établi qu'un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de tenir compte de ses effets concrets* ». ³³ Ceci a également été confirmé par la jurisprudence à plusieurs reprises. ³⁴

70. Quant à la définition d'une restriction par objet, la Commission européenne précise:
« *Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché.* » ³⁵

71. C'est donc la gravité de ces restrictions qui est à la base de présomption d'effets négatifs sur la concurrence. Bien qu'il n'existe de liste exhaustive, la Commission européenne et la jurisprudence perçoivent comme restriction objective la fixation des prix ou le partage du marché. Ceci se rapproche notamment des restrictions caractérisées ³⁶. Pour l'analyse, au cas par cas, d'une restriction par objet, on doit tenir compte de la teneur de l'accord ainsi que de ses buts objectifs ³⁷. D'autres éléments à considérer sont le contexte ainsi que le comportement des parties sur le marché ³⁸. Dans tous les cas, pour conclure que l'accord est une restriction par objet, il faut justifier pourquoi la nature de l'accord est telle qu'il ne faut procéder à l'analyse de l'effet de l'accord pour le considérer comme anticoncurrentiel.

³³ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 20.

³⁴ Voir, par exemple, arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, C-49/92 P, *Commission des Communautés européennes contre Anic Participazioni SpA*, Rec. 1999, I-04125, point 99.

³⁵ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 21.

³⁶ Voir, par exemple, énumération dans la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis), 2001/C 368/07, point 11.

³⁷ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 22.

³⁸ Voir arrêt de la Cour du 28 mars 1984, affaires jointes 29/83 et 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1984, 01679, point 26, et arrêt de la Cour du 8 novembre 1983, affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, *NV IAZ International Belgium et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1983, 03369, point 25.

72. Il est important de remarquer que ni l'intention subjective des parties ni la conscience d'avoir commis une infraction ne sont des conditions nécessaires pour une restriction par objet³⁹ ⁴⁰. De même l'autorité de concurrence ne doit pas obligatoirement trouver un document citant que l'objet de l'accord est anticoncurrentiel.⁴¹

73. Dans le cas où une restriction ne tombe pas dans la catégorie des restrictions par objet, elle peut encore représenter une restriction par effet :

« Pour qu'un accord soit restrictif par ses effets, il doit affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité ou qualité des produits et services. »⁴²

L'analyse d'une restriction par effet va donc bien plus loin que l'analyse d'une restriction par objet. L'affaire BIDS a réaffirmé qu'une restriction de la concurrence est présumée pour une restriction par objet alors que pour une restriction par effet, une analyse approfondie devient nécessaire.⁴³

6.2.3.1 La restriction de la concurrence par objet

74. Le Conseil estime que la Note constitue une restriction de concurrence par objet car l'application de l'échelle Bonus/Malus au mépris du règlement de 2003 est l'exemple type du premier point de l'énumération d'accords illicites de l'article 3 de la loi du 17 mai 2004.

« Sont interdits tous accords entre entreprises, (...) qui consistent à :

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente⁴⁴ ou d'autres conditions de transactions;*
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
- 4) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*

³⁹ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 22.

⁴⁰ Arrêt de la Cour du 1er février 1978, affaire 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1978, 00131, point 18.

⁴¹ Affaire Bananas, décision Commission européenne du 15 octobre 2008 COMP/39188, point 302.

⁴² Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 24.

⁴³ Arrêt de la Cour du 20 novembre 2008, C-209/07, *Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, Rec. 2008, I-08637, point 17.

⁴⁴ Souligné par le Conseil.

5) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*»⁴⁵

75. La Note constitue ainsi une fixation indirecte des prix. Bien que les parties aient insisté maintes fois sur le fait que même en présence de la Note, les compagnies d'assurance restaient libres de fixer le montant de la prime de base et autres conditions tarifaires (éventuels rabais commerciaux, tarifs CASCO), il n'en demeure pas moins qu'un consommateur, qui, à la suite de l'introduction de la Note, ne pourra plus bénéficier de son bonus favorable sur un deuxième véhicule, mais se verra attribuer le degré I1 sur ce véhicule, sera obligé à payer la totalité de la prime de base. Il sera ainsi privé de la condition tarifaire qui peut diminuer sa prime de base jusqu'à un maximum de 45%. Comme la Note a une influence directe sur les pourcentages appliqués à la prime de base, l'entente impose le prix pour le consommateur.
76. Cette liberté tarifaire est d'autant plus limitée que le point 6 de la Note déclare que « *tout mécanisme tarifaire visant à neutraliser en tout ou partie la variation tarifaire légalement prévue en cas de modification du bonus est proscrite.* »⁴⁶ Cette prescription représente une franche restriction de l'autonomie des parties pour mettre en œuvre leur propre stratégie commerciale.
77. L'interdiction de procéder à un mécanisme compensatoire, rend donc impossible de jouer sur d'autres facteurs. Ainsi, même des rabais commerciaux pourraient être interprétés comme moyen compensatoire.
78. Finalement, il convient de mentionner que la Note prévoit un mécanisme répressif⁴⁷ pour assurer son respect. Ce dispositif punitif va jusqu'à instaurer un Comité de médiation

⁴⁵ Les situations décrites à l'article 3 ne fournissent pas de liste exhaustive de restrictions par objet. Voir, mutatis mutandis la jurisprudence communautaire : la Cour précise (Arrêt de la Cour du 20 novembre 2008, C-209/07, *Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, Rec. 2008, I-08637) :

« *La BIDS fait en outre valoir que la notion d'infraction par objet devrait être interprétée de manière restrictive. Seuls relèveraient de cette catégorie les accords ayant pour objet la fixation horizontale de prix, la limitation de la production ou la répartition des marchés, accords dont les effets anticoncurrentiels sont à ce point évidents qu'ils ne nécessitent aucune analyse économique. Les accords BIDS ne seraient pas assimilables à ce type d'accords ni à d'autres formes d'ententes complexes. La BIDS soutient qu'un accord portant sur la réduction de surcapacités sectorielles ne peut pas être assimilé à un accord visant à « limiter la production » au sens de l'article 81, paragraphe 1, sous b), CE. En effet, cette notion devrait être comprise comme visant une limitation de la production totale du marché plutôt que celle de la production de certains opérateurs qui se retirent volontairement du marché, sans entraîner une baisse de la production » (C-209/07 point 22).*

« *Toutefois, ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé au point 48 de ses conclusions, les types d'accords envisagés à l'article 81, paragraphe 1, sous a) à e), CE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées.* » (C-209/07 point 23).

⁴⁶ Note, point 6.

⁴⁷ Note, point 7.

appelé à contraindre la compagnie fautive à rectifier le bonus octroyé en violation des prescriptions de la Note et à résilier le contrat à la première échéance.⁴⁸

79. Le Conseil conclut que la Note, notamment par la définition restrictive de la notion de preneur d'assurance (point 1)c) de la Note), combiné à la prohibition de tout mécanisme de tarification compensatoire (point 6 de la Note) et au dispositif de répression (point 7 de la Note) constitue une restriction de la concurrence par objet.⁴⁹

6.2.3.2 La restriction de la concurrence par effet

80. Bien qu'il suffise de démontrer la restriction par objet pour retenir une violation de l'article 3, comme il l'a fait au chapitre précédent, le Conseil souhaite encore ajouter que l'entente a également un effet restrictif de concurrence.

« Pour qu'un accord ait des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il doit avoir, ou être susceptible d'avoir, une incidence défavorable sensible sur au moins un des paramètres de la concurrence sur le marché, tels que le prix, la production, la qualité ou la diversité des produits, ou l'innovation. »⁵⁰

« Des effets restrictifs sur la concurrence à l'intérieur du marché en cause sont susceptibles de se produire lorsqu'il est possible de prévoir avec un degré de probabilité raisonnable que les parties sont en mesure, du fait de l'accord, d'augmenter avantageusement les prix, ou de réduire la production, la qualité ou la diversité des produits, ou de limiter l'innovation ».⁵¹

81. En dehors de l'effet sur les prix, il faut constater que la Note a un effet non négligeable sur la diversité de l'offre. La Note élimine toute liberté aux compagnies d'assurance de se concurrencer par un autre moyen que celui de la prime de base. Le preneur d'assurance est obligé de choisir sa compagnie d'assurance uniquement en fonction des conditions tarifaires directes et non plus en fonction de critères supplémentaires.

⁴⁸ Ce mécanisme répressif démontre clairement l'objet anticoncurrentiel de la note. Le Comité de médiation sera composé « d'un représentant de chaque compagnie pratiquant la branche RC AUTOS. » (Note point 7). Ceci permettra à toutes les compagnies d'assurance de s'auto-surveiller afin de détecter la moindre déviation de l'entente. Un tel mécanisme est souvent indispensable pour de maintenir l'équilibre collusif (Voir par exemple Jones A., Sufrin B., EC Competition Law, Text, Cases, and Materials, second edition 2004, Oxford University Press, pages 774-775.).

⁴⁹ Le terme "médiation" adjoint au mot "Comité" dans la Note est un terme improprement utilisé dans le contexte. Il dissimule en vérité un réel pouvoir de sanction ou de létorsion étranger aux missions d'un médiateur.

⁵⁰ Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, point 27.

⁵¹ Ibid., point 28.

82. La Note produit encore un effet sur l'autonomie des parties : « *Les accords sont susceptibles d'avoir de tels effets lorsqu'ils diminuent sensiblement le jeu de la concurrence soit entre les parties à l'accord, soit entre l'une quelconque de ces parties et des tiers. Cela signifie que l'accord doit avoir pour effet de réduire l'autonomie décisionnelle des parties, soit du fait des obligations contenues dans l'accord qui régissent le comportement sur le marché d'au moins une des parties, soit en influant sur le comportement sur le marché d'au moins une des parties en modifiant ses incitations.* »⁵²

Ce point a également été confirmé par la jurisprudence :

« *En l'espèce, il y a lieu de relever que, pour conclure que la réduction du degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché restreint l'autonomie décisionnelle des entreprises et est, par suite, susceptible de restreindre la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1* ».⁵³

En l'espèce, la Note porte clairement atteinte à l'autonomie décisionnelle des parties puisqu'elles sont tenus, par des moyens de répression, de se tenir aux indications de la Note.

83. Comme le disent justement certaines parties, il faut, dans l'analyse de l'effet de la restriction de la concurrence, tenir compte de la situation du « contrefactuel ». La Commission européenne précise :

« *Pour apprécier si un accord de coopération horizontale a des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, il convient de comparer le contexte économique et juridique réel dans lequel la concurrence interviendrait en l'absence de l'accord, avec toutes ses restrictions alléguées du jeu de la concurrence [c. à d. en l'absence de l'accord tel qu'il est (s'il a déjà été mis en oeuvre) ou tel qu'il est envisagé (s'il n'est pas encore mis en oeuvre) au moment de l'évaluation]* ».⁵⁴

Ceci est confirmé par la jurisprudence :

« *Que le jeu de la concurrence dont s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux* ».⁵⁵

En l'occurrence, la situation contrefactuelle serait la situation telle qu'elle a existé auparavant c'est-à-dire un environnement où les entreprises se livrent au jeu de la concurrence sur différents niveaux et où le consommateur est apte à choisir la compagnie d'assurance qui lui convient le mieux. Ce choix libre du consommateur est d'autant plus important que le secteur des assurances est un secteur avec des coûts de transferts (réels et ressentis) élevés.

⁵² Ibid., point 27.

⁵³ Arrêt de la Cour du 28 mai 1998, C-7/95 P, *John Deere Ltd contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1998, I-03111, point 88.

⁵⁴ Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, point 29.

⁵⁵ Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, Affaire 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Rec. 1966, 00337.

84. Le préjudice des consommateurs est également avéré dans le contexte de l'analyse du contrefactuel. Ainsi, tous les consommateurs qui ont signé un contrat pour un deuxième véhicule pendant la période de l'entente, mais qui bénéficiaient pour leur premier véhicule d'un bonus plus favorable que le degré 11, sont lésés pour une durée de temps indéterminée, dans le sens qu'ils devront payer un prix plus élevé pour l'assurance de ce deuxième véhicule qu'en l'absence de l'entente.
85. Certaines compagnies ont plaidé que l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 ne serait pas applicable alors que l'accord n'aurait pas produit d'effet sensible. A cela le Conseil rétorque que l'entente ne constitue pas un accord d'importance mineure échappant à l'article 3 de la loi précitée⁵⁶. En effet, la Note a été signée par l'ensemble du secteur pour produire un effet sur le volume général des primes. Les réclamations relevées par la plaignante ne constituent pas des cas isolés mais concernent un nombre important de preneurs d'assurance. L'intention de restreindre le jeu concurrentiel et donc de faire produire des effets pour la Note a d'ailleurs été clairement affichée par les auteurs de l'accord. Ainsi lit-on dans le courrier circulaire du 14 juin 2011 par lequel la Note a été adressée par l'ACA à ses membres qu'il s'agit d'un « *retour aux sources et à l'orthodoxie (...) et de privilégier une vue rigoureuse au lieu de favoriser une orientation consumériste* ».⁵⁷

6.2.4. L'autonomie des entreprises visées et rôle du CAA

86. Le Conseil reconnaît volontiers que l'entente a été tolérée voire même encouragée et pour certains aspects de l'entente (mais pas pour tous), même autorisée par le CAA. Contrairement à ce qui a été avancé par les entreprises visées, l'intervention du CAA n'est pas allée jusqu'à contraindre les compagnies d'assurance à régler de façon aussi précise qu'elles l'ont fait l'application des dispositions de l'article 11 du règlement de 2003. Les injonctions dont il est question dans la lettre du 19 septembre 2012⁵⁸, si elles ont pour objet de redresser, à juste titre, des interprétations manifestement contraires au règlement de 2003, ne sont cependant pas de nature à justifier la rédaction de la Note, dont les dispositions vont largement au-delà de ce que la lettre du 19 septembre 2012 suggère.
87. La Note n'est pas sans ressembler à un véritable acte d'autorégulation de tout un secteur, toléré en partie par l'autorité de surveillance. Ainsi, le Conseil note que les points 1) à 5)

⁵⁶ Voir aussi: communication de la Commission 2001/C368/07 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté européenne (de minimis).

⁵⁷ Citée dans la réponse de P&V à la question 8 de la demande de renseignements.

⁵⁸ Voir point 36.

de la Note constituent pour certains des interprétations libres, parfois contraires au règlement de 2003 rédigées par le secteur lui-même mais qui ne sont pas toutes nées de l'inspiration du CAA. Les exemples les plus frappants de ce semblant d'autorégulation sont fournis par le « *mécanisme tarifaire visant à compenser les effets des mouvements sur l'échelle Bonus/Malus* » (point 6 de la Note) et la « *procédure d'arbitrage en cas de non-respect des (...) stipulations* » (point 7 de la Note). Il est bien certain que ces points n'ont pas pu être le fruit d'une contrainte étatique alors qu'on ne peut que difficilement s'imaginer qu'une autorité de surveillance dotée elle-même de pouvoirs de sanction puisse autoriser un mécanisme de sanction du secteur parallèle au sien.

88. Le Conseil considère aussi que les compagnies d'assurance, qui sont des entreprises de taille importante et dotées de moyens tout aussi importants, n'auraient pas dû méconnaître que la régulation du secteur appartient au CAA, régulation qu'elles n'auraient pas dû anticiper. Force est donc de constater que les entreprises visées n'ont pas seulement rédigé en détail ce qu'elles estiment devoir être l'application uniforme du système Bonus/Malus. Elles ont de surcroît appliqué la Note sans attendre l'entrée en vigueur d'un nouveau règlement grand-ducal qui ne devrait pas simplement préciser les règles de l'article 11 du règlement de 2003 mais, en plus, le modifier.^{59 60}

89. La Note, établie dans les circonstances pré-décrites, ne saurait être considérée comme une cause de justification équivalente à une exemption d'interdiction de l'entente. Cette conclusion doit être tirée de l'analyse du droit français dans le domaine visé. Pour que l'intervention de l'autorité publique puisse être invoquée comme cause de justification « *la circulaire ou la lettre doit d'abord se présenter comme une interprétation formelle de la législation en vigueur ; elle doit ensuite autoriser expressément les pratiques reprochées* ». ⁶¹

« De même, les auteurs de pratiques anti-concurrentielles n'ont pas été admis à invoquer l'approbation, voir les encouragements ou les incitations de l'Administration ». ⁶²

« Aussi bien, une entente illicite, suscitée, approuvée ou même soutenue par une administration de tutelle (...) ne saurait, à raison de ces seuls circonstances, échapper à la prohibition légale. (...) N'ont pas été assimilés à des contraintes légales ou réglementaires (...) l'aval donné par une administration aux propositions qui lui sont faites (par des entreprises) sur le contenu d'un contrat. » ⁶³

⁵⁹ A ce jour, le projet de règlement grand-ducal promis ne semble pas encore avoir été adopté par le gouvernement en Conseil.

⁶⁰ Les entreprises auraient pu rappeler au CAA qu'« en fin de compte, si l'Administration décide, lorsqu'elle l'estime justifié, de porter atteinte aux regles de la concurrence, elle doit prendre les textes législatifs ou réglementaires nécessaires à cette fin et consulter le Conseil de la concurrence. » cité dans Lamy, Droit économique (Concurrence, Distribution, Consommation) édition 2013, n° 1176.

⁶¹ Ibid., n° 1176.

⁶² Ibid., n° 1176, 2^{ième} alinéa.

⁶³ Ibid., n° 1176, 3^{ième} alinéa.

90. La solution retenue en droit communautaire n'est pas fondamentalement différente. D'après la doctrine, « les entreprises ne sauraient être condamnées pour participation à une entente lorsque leur comportement leur a été imposé par des (...) pressions administratives irrésistibles. Dans ce cas, en effet, la marge d'autonomie dans le chef des opérateurs économiques qu'implique l'article 101 TFUE fait défaut »⁶⁴. Ainsi qu'il a été démontré plus haut, on ne peut soutenir que dans l'affaire sous examen, la pression du CAA ait été irrésistible et ait enlevé toute marge d'autonomie aux compagnies d'assurance.
91. Tout au plus, l'intervention du CAA peut être considérée comme étant une circonstance atténuante pour les compagnies d'assurance si l'on applique les lignes directrices de la Commission européenne : « *le montant de base de l'amende peut être réduit lorsque la Commission constate l'existence de circonstances atténuantes :*
(...)
- *Lorsque le comportement anti-concurrentiel a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation.* »⁶⁵

6.2.5. L'absence de justification sur base de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004

92. Alors que le Conseil estime que la Note est une restriction de la concurrence par objet et par effet, il convient d'analyser si cette restriction peut bénéficier d'une exemption au sens de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004. Pour bénéficier de l'article 4, l'entente doit contribuer :
- 1) « à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ;
 - 2) à réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;
 - 3) à ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
 - 4) à ne pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.»⁶⁶

⁶⁴ Ibid., n° 1460.

⁶⁵ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) N° 1/2003, 2006/C 210/02, point 29.

⁶⁶ Voir en ce sens point 42 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08 ainsi que les conclusions de la jurisprudence dans arrêt du Tribunal de première instance du 8 octobre 2002, affaires jointes T-185/00, T-216/00, T-299/00 et T-300/00, *Métropole Télévision SA (M6) (T-185/00)*, *Antena 3 de Televisión, SA (T-216/00)*, *Gestevisión Telecinco, SA (T-299/00)* et *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA (T-300/00) contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2002, II-03805, point 86, arrêt du Tribunal de première instance du 15 juillet 1994, T-17/93, *Matra Hachette SA contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1994, II-00595, point 85, arrêt de la Cour du 17 janvier 1984, affaires jointes 43/82 et 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et*

93. Tout d'abord, il convient de mentionner que l'application de l'article 4 est un test mettant en balance d'un côté les dommages subis par la restriction de la concurrence et d'un autre côté les gains d'efficacité résultant de cette restriction de concurrence⁶⁷. Il faut que les gains soient plus importants que les effets négatifs de la restriction.
94. La charge de la preuve pèse sur les entreprises, alors qu'à l'article 2 du règlement 1/2003 il :
- « incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies. »*⁶⁸

6.2.5.1 La première condition : gains d'efficacité

95. Tout gain d'efficacité pertinent doit être de nature objective, les gains ne doivent être analysés du point de vue subjectif des parties⁶⁹. Bien que les gains les plus évidents soient ceux qui sont liés à une réduction des coûts de production, il est bien établi par la pratique de la Commission et par la jurisprudence que les gains qualitatifs sont acceptés au même titre que les gains quantitatifs. Dans le cas présent, les entreprises visées avancent des gains d'efficacité susceptibles de remplir les critères de gains qualitatifs, notamment en ce qui concerne l'amélioration de la sécurité routière ainsi qu'en ce qui concerne la possibilité pour les preneurs d'assurance de faire une meilleure comparaison entre les différentes offres d'assurance. Dans le cas d'un gain qualitatif, la description exacte du gain pour rendre possible une appréciation économique objective est d'autant plus importante alors qu'une quantification en termes de valeur des gains n'est pas possible⁷⁰.
96. D'après les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 (désormais article 101, paragraphe 3) les gains d'efficacité allégués sont justifiés en tenant compte des éléments de vérification suivants qui doivent être cumulativement réunis⁷¹:

Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, contre Commission des Communautés européennes, Rec. 1984, 00019, point 61 et voir arrêt du Tribunal de première instance du 19 mars 2003, T-213/00, *CMA CGM et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2003, II-00913, point 226.

⁶⁷ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 11.

⁶⁸ Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

⁶⁹ Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, point 49.

⁷⁰ *Ibid.*, points 56 et 57.

⁷¹ *Ibid.*, point 51.

- « a) nature des gains d'efficacité allégués;
b) lien entre l'accord et les gains d'efficacité;
c) probabilité et importance de chaque gain d'efficacité allégué; et
d) modalités et date de réalisation de chaque gain d'efficacité allégué. »

En particulier, le lien entre l'accord et les gains d'efficacité (point b.) est ténu. En effet, le gain en termes de sécurité routière n'a jamais été une préoccupation phare de la Note. Or, les lignes directrices prévoient qu'il doit exister « un lien de causalité suffisant entre l'accord restrictif et les gains d'efficacité allégués »⁷² et que ceci est déterminé par la question de savoir si « les gains d'efficacité résultent de l'activité économique qui constitue l'objet de l'accord »⁷³. L'objectif d'une meilleure sécurité routière n'est pas primordialement celui d'une compagnie d'assurance, qui est tout d'abord une entreprise commerciale.

97. Par ailleurs, le lien de causalité doit être direct étant donné que les effets d'un lien indirects sont trop incertains et ne peuvent être vérifiés⁷⁴.
98. L'argument selon lequel la Note permettrait une transparence accrue du marché et une comparaison plus aisée pour le consommateur entre les différents produits d'assurance ne serait pas davantage être retenu. Affirmer que la Note permettrait aux consommateurs de faire des choix raisonnables et réfléchis revient à infantiliser le consommateur qui serait incapable de choisir l'assurance la mieux adaptée à lui. Le processus de différenciation qualitative est situé, conjointement à la différenciation par les prix, à la base du processus concurrentiel entre entreprises. Éliminer cette possibilité de différenciation revient en fin de compte à une restriction du processus concurrentiel.

6.2.5.2 La deuxième condition : la réservation aux utilisateurs d'une partie équitable du profit

99. Pour que les gains d'efficacité soient retenus, il faut qu'ils ne soient pas contrebalancés par les dommages pour les consommateurs. Plus les restrictions de concurrence sont grandes plus les gains d'efficacité doivent être importants afin qu'une part suffisante des gains soit à disposition de l'utilisateur (théorie de « l'échelle mobile »).⁷⁵
100. Puisque le Conseil estime que la restriction considérée constitue une restriction par objet, la gravité d'une telle restriction nécessite des gains d'efficacité considérables au profit des utilisateurs aux fins de pouvoir être retenue comme cause d'exemption. Les

⁷² Ibid., point 53.

⁷³ Ibid., point 53.

⁷⁴ Ibid., point 54.

⁷⁵ Ibid., point 90.

compagnies d'assurance n'ont pas apporté la preuve d'un avantage considérable que constituerait la Note pour le consommateur privé.

6.2.5.3 La troisième condition : caractère indispensable des restrictions

101. Il convient de vérifier s'il « *n'existe pas d'autre moyen économiquement réalisable et moins restrictif* » permettant de réaliser ces gains d'efficacité⁷⁶. Un site Internet dédié à la comparaison des offres d'assurance ou, s'agissant de l'argument de la sécurité routière, une campagne de sensibilisation sur la sécurité routière, auraient été des moyens bien plus adaptés pour atteindre l'objectif d'un choix raisonné du consommateur ou pour prévenir des accidents de la route.

On doit donc conclure que la troisième condition n'est pas remplie.

6.2.5.4 La quatrième condition : la non élimination de la concurrence

102. Bien que la Note élimine une partie considérable de la concurrence sur le marché, le Conseil estime que le risque d'une élimination complète de la concurrence n'est pas donné.

103. Afin de pouvoir bénéficier d'une dérogation aux dispositions de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004, il faut remplir les quatre conditions, telles que décrites ci-dessus, de façon cumulative, conformément à la jurisprudence européenne ainsi qu'à la pratique de la Commission européenne⁷⁷. Puisque trois des quatre conditions ne sont pas vérifiées en l'espèce, il faut conclure que l'entente ne pourra bénéficier d'une exemption au sens de l'article 4 de la loi du 17 mai 2004.

⁷⁶ Ibid., point 75.

⁷⁷ Voir en ce sens point 42 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08 ainsi que les conclusions de la jurisprudence dans l'arrêt du Tribunal de première instance du 8 octobre 2002, affaires jointes T-185/00, T-216/00, T-299/00 et T-300/00, *Métropole Télévision SA (M6) (T-185/00)*, *Antena 3 de Televisión, SA (T-216/00)*, *Gestevisión Telecinco, SA (T-299/00)* et *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA (T-300/00) contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2002, II-03805, point 86, arrêt du Tribunal de première instance du 15 juillet 1994, T-17/93, *Matra Hachette SA contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1994, II-00595, point 85, arrêt de la Cour du 17 janvier 1984, affaires jointes 43/82 et 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1984, 00019, point 61 et voir arrêt du Tribunal de première instance du 19 mars 2003, T-213/00, *CMA CGM et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2003, II-00913, point 226.

7. Les sanctions

104. Malgré la durée relativement courte de l'entente, il est indispensable de sanctionner toutes les entreprises participantes par une amende qui ne serait être que symbolique.
105. Avant de proposer une méthode de calcul générale, il y a d'abord lieu d'aborder certains arguments spécifiques à Chartis.

Chartis a expliqué dans ses réponses à la demande de renseignements qu'elle ne couvrait aucun contrat d'assurance soumis au système Bonus/Malus. Sur cette base, elle fait valoir ne pas être concernée par la présente affaire et devoir échapper à toute sanction pécuniaire.

Chartis a néanmoins signé la Note interprétative et a de ce fait marqué son adhésion à l'entente. Pour pouvoir prononcer une amende à son encontre, il est sans importance qu'elle ait en pratique pu en bénéficier. Cependant, compte tenu de la situation particulière qu'elle a invoquée, le Conseil se limite à prononcer une amende symbolique de 200 euros contre Chartis.

106. Le calcul des amendes doit se faire d'après les critères d'appréciation déterminés par l'article 18, paragraphe 2 de la loi du 17 mai 2004 rédigé comme suit :

« (2) Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base des paragraphes précédents est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. »

Le Conseil se réfère ainsi

- à la gravité des faits retenus
- à la durée des faits retenus
- à l'importance du dommage causé à l'économie
- à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient

- à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées en veillant à individualiser les amendes et à ne pas dépasser le maximum légal de 10% du chiffre d'affaires mondial.

107. Pour la méthode de calcul de l'amende, le Conseil s'inspire de celle adoptée de la Commission européenne⁷⁸ dont le texte de base a servi de modèle à l'article 18, paragraphe 2 de la loi du 17 mai 2004.

7.1.1. La fixation du montant de base de l'amende sur base d'un pourcentage de la valeur des ventes

108. Au titre de la valeur des ventes, il semble pertinent de considérer la valeur des primes émises par les compagnies d'assurance en 2011, telles que fournies en réponse à la demande de renseignement, respectivement telles qu'elles sont publiquement accessibles⁷⁹. Ces chiffres sont les suivants :

Compagnies d'assurance	Primes 2011 en valeur (euros)
Allianz	5.027.522 euros
Arisa	42.474 euros
AME Lux	2.971.051 euros
AXA	21.609.287 euros
La Bâloise	9.656.792 euros
Chartis	3.409.575 euros
Le Foyer	47.172.606 euros
LaLux	40.003.773 euros
P&V	8.798.098 euros

Le montant de base calculé à partir de la valeur des ventes est fonction de la gravité de l'infraction et de l'importance du dommage causé à l'économie.

Il y a lieu de retenir un degré de gravité qui tient compte des éléments suivants :

- a) Circonstances aggravantes :
- l'entente supprime un des seuls éléments de flexibilité dans la fixation des primes d'assurance.

⁷⁸ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) N° 1/2003, 2006/C 210/02.

⁷⁹ <http://www.aca.lu/publications/statistiques/>

- l'entente couvre une assurance obligatoire.
- les effets de l'entente touchent directement les assurés/consommateurs individuels, affectent leurs attentes et génèrent des dépenses accrues.
- l'entente est conclue entre tous les assureurs établis au Luxembourg et couvre presque 100% du marché de la RC Autos.
- l'entente est conclue, non pas par des PME dépourvues de ressources (humaines et financières) réduites qui ne leur permettraient pas de procéder à une évaluation juridique de leur comportement, mais à des entreprises de grande taille dont le métier consiste à manier au quotidien des textes et des instruments juridiques.⁸⁰

b) Circonstances atténuantes :

- l'absence de caractère secret de l'entente. Les entreprises participantes n'ont pas entendu la cacher, mais ont ouvertement communiqué sur son existence et son contenu.
- L'élément intentionnel n'est pas un élément constitutif de l'infraction mais son absence équivaut à une circonstance atténuante. Il y a lieu de considérer que l'élément intentionnel n'est pas prouvé en l'espèce.
- Le Conseil n'a pas non plus d'élément présumant une récidive.
- La circonstance atténuante la plus importante réside dans le rôle d'inspirateur de l'entente joué par l'autorité de surveillance (voir 6.2.4.).

109. Compte tenu des éléments précités, le Conseil fixe le montant de base à 1% de la valeur des primes émises.

7.1.2. La multiplication du montant de base en fonction de la durée

110. L'infraction s'étalant sur 6 mois, le Conseil prend en considération un multiplicateur 0,5. Le Conseil doit souligner le caractère peu sévère de la sanction qui se justifie par la singularité de la dernière circonstance atténuante, circonstance à laquelle le Conseil attribue une très grande importance.

⁸⁰ Soit elles n'ont pas pris soin d'évaluer leur comportement au regard des exigences du droit de la concurrence, ce qui fait preuve d'une grande négligence, soit elles ont procédé à pareille évaluation, et dans ce cas elles ont soit conclu à l'absence de risque concurrentiel, ce qui fait preuve d'une grande incapacité, soit conclu à l'existence d'un risque concurrentiel et elles ont décidé de passer outre, ce qui fait preuve d'une grande nonchalance.

	Primes émises		Multiplicateur « Durée »	Amende
Allianz	5 027 522 euros	1%	0,5	25 138 euros
Arisa	42 474 euros	1%	0,5	212 euros
AME Lux	2 971 051 euros	1%	0,5	14 855 euros
AXA	21 609 287 euros	1%	0,5	108 046 euros
La Bâloise	9 656 792 euros	1%	0,5	48 284 euros
Chartis	3 409 575 euros	1%	0,5	17 048 euros
Le Foyer	47 172 606 euros	1%	0,5	235 863 euros
LaLux	40 003 773 euros	1%	0,5	200 019 euros
P&V	8 798 098 euros	1%	0,5	43 990 euros

111. Les amendes ainsi calculées sont inférieures au maximum légal de 10% des chiffres d'affaires mondiaux hors taxes.

112. Il n'existe pas de références appropriées pour l'ACA, qui n'est pas active sur le marché de l'assurance en tant qu'assureur. Comme par ailleurs le poids de l'amende frappant l'ACA sera en fin de compte supporté par ses membres, et afin d'éviter que ces derniers ne soient de ce fait sanctionnés à deux reprises, l'amende en ce qui concerne l'ACA est fixée au montant symbolique de 200 euros.

a adopté la présente décision :

Article 1^{er} :

En signant la Note,

- l'ACA
- Allianz
- Arisa
- AME Lux
- AXA
- La Bâloise
- Chartis
- Le Foyer
- LaLux
- P&V

ont violé l'article 3 de la loi du 17 mai 2004.

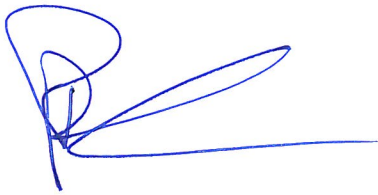
L'accord entre entreprises a au moins duré du 1^{er} juillet 2011 au 1^{er} janvier 2012.

Article 2 :

Pour l'infraction visée à l'article 1er, le Conseil impose une amende d'un montant total de 676 807 euros. Cette amende est répartie comme suit :

- | | |
|--------------|---------------|
| • l'ACA | 200 euros |
| • Allianz | 25 138 euros |
| • Arisa | 212 euros |
| • AME Lux | 14 855 euros |
| • AXA | 108 046 euros |
| • La Bâloise | 48 284 euros |
| • Chartis | 200 euros |
| • Le Foyer | 235 863 euros |
| • LaLux | 200 019 euros |
| • P&V | 43 990 euros |

Ainsi délibéré et décidé à l'unanimité des membres soussignés à Luxembourg le 20 décembre 2012.



Pierre Rauchs
Président



Marc Feyereisen
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller

Indication sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.