



Rapport annuel 2009 du Conseil de la concurrence

Conseil de la concurrence

Autorité administrative indépendante
créée par la loi du 17 mai 2004 relative
à la concurrence

6, boulevard Royal
L-2449 Luxembourg

B.P. 856
L-2018 Luxembourg

Tel. : (+352) 247-84174
Fax : (+352) 26 20 12 18
E-mail : conseil@concurrence.etat.lu
Site internet: www.concurrence.lu

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Rapport annuel 2009

(dressé en exécution de l'article 7, paragraphe 4 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence)

Aux termes de l'article 7, paragraphe 4 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence (ci-après « la Loi »), « Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités qui reprend les décisions importantes prises par lui en prenant soin de préciser si ces décisions sont coulées en force de chose jugée. Le rapport est remis au ministre et à la Chambre des députés. Il sera tenu à la disposition de toute personne intéressée ».

Le présent rapport annuel porte dans une première partie sur l'évolution des structures créées par la loi du 17 mai 2004. Une deuxième partie est consacrée aux travaux menés par le Conseil au cours de l'année 2009. Dans une troisième partie, le Conseil reprend l'optique adoptée lors des rapports annuels des années précédentes en abordant un thème lié à ses activités. Dans ce cadre, le Conseil entend donner cette année un éclairage sur les aspects de sanction et de dissuasion dans le domaine du droit de la concurrence.

Table des matières

Table des matières.....	2
I) La loi du 17 mai 2004 et ses structures	4
A) La loi du 17 mai 2004.....	4
B) Le Conseil de la concurrence.....	4
C) L'Inspection de la concurrence.....	4
II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2009.....	5
A) Le Président du Conseil de la concurrence.....	5
1) Administration.....	5
2) Actions d'application du droit de la concurrence.....	7
a) Les mesures conservatoires	7
b) Les mesures de confidentialité	9
B) Le Conseil de la concurrence.....	11
1) Généralités et administration.....	11
2) Politique de communication et manifestations publiques	11
3) Article 33 de la loi du 17 mai 2004 (reprise des dossiers pendants)	12
4) Actions d'application du droit de la concurrence.....	13
a) Décisions au fond.....	14
b) Amendes et astreintes dans le cadre de l'instruction.....	15
c) Amendes et astreintes : procédures de recouvrement.....	17
d) Astreintes suite à des mesures conservatoires	18
5) La coopération internationale	18
a) L'Union européenne : la réunion des Directeurs généraux	19
b) La coopération étendue entre autorités de concurrence et autorités politiques	19
c) Le règlement N° 1/2003 : le Réseau Européen de la Concurrence.....	19
d) La Commission européenne : DG Concurrence	21
e) La Commission européenne : les autres Directions générales.....	22
f) L'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE)	23
g) La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED).....	23
h) Les organisations privées au niveau international : ICN et ECA	23
C) Tableau récapitulatif au 31 décembre 2008 des décisions et actes adoptés sur base de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, et des recours exercés à leur encontre	24
III) La dissuasion et les sanctions en droit de la concurrence.....	33
A) Règles de fond, sanctions et autorités de poursuite : état de l'existant.....	34
1) Le droit de la concurrence au sens strict : prohibition des ententes et des abus de position dominante.....	34
2) Le droit pénal.....	35
a) L'interdiction des faits de manipulation des prix	35
b) L'interdiction de la pratique de prix imposés et du refus de vente y associé	38
c) Conclusion	39

B) Dissuasion optimisée : voies alternatives et complémentaires	40
1) La responsabilisation des dirigeants d'entreprise	40
a) L'amplification du droit pénal	40
b) Les interdictions professionnelles	42
2) La prise de conscience des entreprises	43
a) L'exclusion des procédures de soumissions publiques.....	43
b) Les actions privées en dommages-intérêts	44
3) Le renforcement des moyens de détection	45
a) La procédure de clémence	45
b) Les ressources humaines, financières et juridiques	46

I) La loi du 17 mai 2004 et ses structures

A) La loi du 17 mai 2004

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence n'a pas subi de modifications au cours de l'année 2009.

Le projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, après avoir été déposé à la Chambre des députés le 10 décembre 2007 et fait l'objet au cours de l'année 2008 de divers avis, n'a pas connu d'évolutions substantielles au cours de l'année 2009. La Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire de la Chambre des Députés a commencé ses discussions sur le projet.

B) Le Conseil de la concurrence

Suite au départ à la fin de l'année 2009 de deux membres du Conseil de la concurrence, un arrêté grand-ducal du 6 février 2009 (Mémorial B, N° 14 du 19 février 2009, page 216) a procédé à leur remplacement en désignant M. Pierre Calmes aux fonctions de conseiller effectif et M. Jean-Paul Meyers aux fonctions de conseiller-suppléant.

Le Conseil se compose dès lors comme suit :

- Thierry Hoscheit
Président
- Pierre Calmes
Conseiller
- Christiane Weidenhaupt
Conseiller
- Luisito Bertinelli
Conseiller-suppléant
- Claude Bingen
Conseiller-suppléant
- Jean-Paul Meyers
Conseiller-suppléant
- Marc Origer
Conseiller-suppléant
- Charlotte Prüssen
Conseiller-suppléant

C) L'Inspection de la concurrence

Les ressources humaines de l'Inspection de la concurrence sont restées les mêmes en 2009.

II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2009

A) Le Président du Conseil de la concurrence

1) Administration

Une partie de la tâche du Président du Conseil de la concurrence, seul membre occupant ses fonctions au sein du Conseil à plein temps, est consacrée à la gestion des structures administratives, des procédures de fonctionnement internes et des moyens matériels nécessaires au bon fonctionnement du Conseil.

Cette tâche comporte aussi le suivi des contacts avec d'autres services et administrations de l'Etat (Inspection de la concurrence, Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, Ministère de la Justice, Ministère des Classes Moyennes, Institut Luxembourgeois de Régulation, Administration de l'Enregistrement et des Domaines, ...etc.), les organismes de défense des intérêts des consommateurs (Union luxembourgeoise des consommateurs, GIE Centre européen des consommateurs Luxembourg), les diverses organisations professionnelles et les entreprises.

Ce volet comporte des activités très diverses : participation aux travaux relatifs à la stratégie de Lisbonne coordonnés par le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, notamment à la visite de la

Commission européenne organisée dans ce cadre ; suivi des missions menées par l'OCDE en vue de la préparation de l'étude économique du Luxembourg ; interventions ponctuelles, formelles ou informelles, dans des discussions bi- ou multilatérales sur des dossiers ou projets concernant, ou susceptibles de concerner, le droit de la concurrence ou le droit de la consommation (projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ; étude économique menée sur le marché des courses de taxi à la suite de l'avis n° 2007-AV-02 du Conseil de la concurrence du 15 novembre 2007 concernant l'application de l'article 2, alinéa 2 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au marché des services de taxis et de la modification de l'article 2, alinéa 5 de cette loi par la loi du 11 mars 2008 portant modification de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ; projet de rédaction d'un code de déontologie dans la fonction publique ; loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement et notamment son article 58 ; organisation du notariat ; introduction d'un contrôle des concentrations en droit luxembourgeois ; ...).

Le travail administratif régulier, qui comporte bien souvent aussi des recherches et réflexions poussées, consiste aussi à répondre à toutes les sollicitations venant de l'extérieur visant à recueillir des informations sur la situation du droit de la concurrence au Luxembourg, ou sur la situation concurrentielle, législative ou réglementaire de tel marché. Cela inclut les simples particuliers ou les

entreprises qui ont une interrogation ponctuelle, en passant par les étudiants qui mènent une recherche dans le cadre de la rédaction de mémoires ou de thèses universitaires pour aboutir aux consultants qui sont chargés par des organismes de mener une enquête poussée dans certains secteurs, sans oublier les nombreuses questions et questionnaires qui émanent des autres membres du Réseau européen de la concurrence.

Au niveau international, le Président prend en charge la mission légale du Conseil consistant à participer en tant que membre aux réunions du Réseau Européen de la Concurrence mis en place par le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et aux travaux de celui-ci.

D'une façon générale, le Président a aussi assuré au fil de l'année 2009 la représentation du Conseil à l'occasion de diverses manifestations, colloques ou conférences lors desquels la présence d'un représentant du Conseil est utile pour des raisons de visibilité de l'institution ou pour former un réseau de correspondants utile à l'accomplissement des missions du Conseil.

Au niveau national, on peut relever les Journées de l'Economie organisées les 11 et 12 février 2009 par le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, la Chambre de commerce et la FEDIL, l'assemblée générale de l'Union luxembourgeoise des consommateurs le 6 mai 2009, la Journée luxembourgeoise de

l'Association Henri Capitant du 19 juin 2009 qui a notamment traité un sujet portant sur « Le contrôle français des concentrations, une inspiration pour le droit luxembourgeois ? », la Troisième conférence sur des aspects du droit européen de la consommation organisée le 15 octobre 2009 par le Centre européen des consommateurs, Luxembourg, et diverses autres manifestations tenues par des organisations professionnelles.

Au niveau international, on peut noter la 14. Internationale Kartellkonferenz organisée par le Bundeskartellamt du 26 au 29 avril 2009 à Hambourg, le European Competition Day, tenu à Brno, République tchèque, du 13 au 14 mai 2009, la 8^e Conférence annuelle du International Competition Network du 3 au 5 juin 2009 à Zürich, Suisse, le Vingtième anniversaire du Tribunal de première instance des Communautés européennes célébré le 25 septembre 2009 à Luxembourg et le European Competition Day, tenu à Stockholm, Suède, le 7 octobre 2009.

Le Président assure également les relations institutionnelles avec les organisations internationales traitant du droit de la concurrence ou de sujets connexes : OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement ; qui a organisé la Xe session du Groupe d'experts intergouvernemental sur le droit et la politique de la concurrence à Genève en juillet 2009), INC (International Competition Network), ECA (European Competition Authorities ;

qui a tenu sa réunion annuelle à Madrid, Espagne, les 21 et 22 avril 2009).

2) Actions d'application du droit de la concurrence

Le Président dispose en vertu de la Loi de pouvoirs de décision dans deux domaines.

a) Les mesures conservatoires

Le premier domaine porte sur les mesures conservatoires que le Président peut ordonner pour parer à un risque grave en cas d'atteinte alléguée au droit de la concurrence (article 11 de la Loi).

L'année 2009 n'a pas vu de nouveaux dossiers présentés au Président sur base de cette disposition légale.

Il faut cependant revenir sur le dossier qui avait été présenté au Président en 2007 concernant une allégation d'abus de position dominante dans le secteur des télécommunications. Dans cette affaire, il a été reproché à l'opérateur historique de mettre en œuvre un certain nombre de pratiques abusives, dont il pourrait faire usage en raison de sa position dominante sur les marchés pertinents, afin d'étendre ou de consolider ses positions sur les marchés de la téléphonie fixe, de la téléphonie mobile et de l'accès Internet à haut débit. Ce dossier a fait l'objet d'une décision N° 2008-MC-01 du Président du 22 janvier 2008.

Un bref résumé de cette décision a été présenté dans le rapport annuel 2008.

L'opérateur concerné a introduit en date du 22 avril 2008 un recours devant le Tribunal administratif. Ce recours a été toisé en 1^e instance par jugement du Tribunal administratif du 20 mai 2009 (N° 24306 et 24408 du rôle).

Ce jugement annule la décision N° 2008-MC-01. Cette annulation intervient sur base d'un moyen tiré de l'inobservation par le Président du Conseil de règles procédurales inscrites dans la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Le jugement retient que la procédure de mesures conservatoires requiert la notification d'une communication des griefs et par voie de conséquence l'observation d'un délai minimal de deux mois entre l'envoi de cette communication des griefs et l'audition de l'entreprise. S'il y a bien eu en l'espèce envoi d'une communication des griefs, le Tribunal retient cependant que le délai de deux mois n'a pas été respecté. Le jugement retient en outre que la procédure de mesures conservatoires requiert la présence lors de l'audition du ministre ayant l'économie dans ses attributions. Celui-ci n'ayant pas été présent, le Tribunal administratif en déduit une deuxième irrégularité procédurale pour prononcer l'annulation de la décision du Président du Conseil.

Avant d'aboutir à cette conclusion, le Tribunal administratif écarte cependant divers autres arguments présentés de part et d'autre et donne ainsi quelques précisions utiles sur l'application de la loi :

- la décision imposant des mesures conservatoires ne constitue pas un simple acte préparatoire à la décision au fond, mais elle s'inscrit dans une procédure parallèle à l'instruction au fond, relève d'une autorité autre que celle compétente pour décider au fond et est l'aboutissement d'une procédure spéciale prévue par la loi qui répond à des critères d'appréciation qui lui sont spécifiques. Cette décision est de nature à produire des effets juridiques obligatoires affectant les intérêts de l'entreprise visée et est donc susceptible d'un recours immédiat

- l'opérateur a un intérêt à agir en annulation uniquement contre les éléments décisionnels de la décision attaquée, à l'exclusion des éléments de la motivation relatifs à un constat *prima facie* d'un comportement abusif. Ceux-ci ne peuvent être critiqués que dans le cadre de l'examen de la justification au fond du recours.

L'opérateur est encore sans intérêt pour attaquer la partie de la décision relative aux mesures conservatoires qui ne crée pas de nouvelles obligations à sa charge et ne modifie donc pas de façon caractérisée sa situation juridique, mais se limite à reprendre une obligation préexistante en vertu d'une décision antérieure d'une autre autorité, en l'espèce de l'Institut Luxembourgeois de Régulation. Il en est ainsi d'autant plus que cette partie de la décision a cessé de produire ses effets, dans la mesure où elle a été mise à exécution

- la procédure d'urgence de l'article 11 de la loi de 2004 est autonome dans son déroulement par rapport à la procédure au fond et s'en distingue par son objet. Les exigences

formelles de l'article 9 relatives à la saisine du Conseil de la concurrence (en ce que cet acte de saisine doit contenir une description détaillée du fait dénoncé et de son incrimination et tous les éléments de son existence présumée) ne sont donc pas applicables à la présentation d'une demande de mesures conservatoires au Président du Conseil de la concurrence

- le texte de l'article 23 de la loi de 2004 est ambiguë et le Président du Conseil a donc valablement pu chercher à l'interpréter de manière à rétablir une certaine cohérence. Cette ambiguïté ne s'étend pas à la question de savoir si l'adoption de mesures conservatoires doit faire l'objet au préalable d'une communication des griefs. Dans la mesure où l'article 23 fait une référence claire et précise à l'article 11 de la loi, la procédure des mesures conservatoires est soumise à l'exigence d'une communication des griefs. Les inconvénients que peut engendrer cette solution sur la mise en œuvre de la procédure des mesures conservatoires (par le biais notamment des délais qu'il convient d'observer dans le cadre d'une procédure de communication des griefs sur base des articles 23 et 24) sont des considérations d'opportunité par rapport à un choix politique qui ne sont pas de nature à influencer sur l'interprétation à donner à une disposition légale claire et non équivoque sur ce point.

Les principes de primauté, d'effectivité et de coopération loyale issus du droit communautaire, avancés pour justifier l'inapplicabilité dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires des dispositions légales relatives à la

communication des griefs et des délais y associés, ne sont pas de nature à tenir en échec les dispositions légales en question en l'absence de règles communautaires directement applicables auxquelles ces règles nationales seraient contraires

- la communication des griefs n'est pas soumise à une forme particulière et ne constitue pas une fin en soi. Il s'agit d'un moyen pour fournir à l'entreprise concernée tous les éléments nécessaires à la préparation de sa défense. Elle peut donc être constituée par une succession d'écrits, de notes et d'audiences orales

- la question de savoir si une pratique donnée constitue une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique pouvant justifier des mesures conservatoires ne doit pas figurer dans la communication des griefs, puisqu'il ne s'agit pas d'un grief adressé à l'entreprise concernée, mais d'une qualification à opérer par le Président à partir des faits contradictoirement débattus devant lui

- les dispositions de l'article 24 de la loi de 2004 imposant un délai de 2 mois entre la communication des griefs et l'audition devant le Conseil de la concurrence sont applicables aux demandes de mesures conservatoires. En l'espèce, l'entreprise ne disposait que d'un délai de trois semaines pour prendre position par rapport au dernier élément écrit reprenant les griefs qui lui étaient reprochés. La décision sur les mesures conservatoires encourt l'annulation de ce chef

- les dispositions de l'article 24 de la loi de 2004 imposant la présence

du ministre ayant dans ses attributions l'économie lors de l'audition organisée par le Conseil de la concurrence sont applicables aux demandes de mesures conservatoires. Cette présence revêt une importance particulière et le vice de procédure découlant de son absence constitue un manquement substantiel auquel il ne peut être remédié par d'autres moyens. La décision sur les mesures conservatoires encourt l'annulation de ce chef.

Ce jugement du Tribunal administratif a fait l'objet en date du 30 juin 2009 d'un appel de la part du Président du Conseil. La procédure d'appel est pendante à la date de clôture du présent rapport.¹

b) Les mesures de confidentialité

Le deuxième domaine d'action du Président agissant seul concerne la possibilité pour lui de conférer à un certain nombre d'informations la protection de la confidentialité, afin qu'elles ne soient pas divulguées au public ou aux concurrents lorsqu'une telle divulgation serait de nature à porter préjudice à ceux qui ont porté ces informations à la connaissance des autorités de concurrence (article 24, paragraphes 2 à 4 de la Loi).

La vie des affaires et la protection des positions commerciales des entreprises requièrent que certains

¹ L'arrêt en appel a été prononcé le 4 mars 2010. La Cour administrative confirme le jugement de première instance sur le deuxième moyen d'annulation.

renseignements fournis à l'autorité de concurrence soient couverts par le secret, afin d'éviter qu'ils ne soient dévoilés à un stade ultérieur de la procédure, lorsque d'autres personnes concernées par l'instruction, et notamment leurs concurrents, auront accès au dossier. Ces renseignements peuvent être multiples : identité d'une personne qui a porté certaines informations à la connaissance de l'autorité de concurrence, méthodes de fabrication ou de commercialisation, structure des coûts, identité des fournisseurs ou clients, volume d'affaires, ...

Devant l'impérieuse nécessité de préserver de telles informations, l'article 24, paragraphes 2 à 4 de la Loi permet aux entreprises de demander au Président du Conseil que les données recueillies dans le cadre de l'application de la Loi soient couvertes par la confidentialité.

Au cours de l'année 2009, en vue de la clôture de l'instruction dans un dossier, l'Inspection de la concurrence a continué au Président du Conseil une demande de confidentialité qui avait été adressée à celle-ci. La demande concernait globalement les réponses fournies par une entreprise à une demande de renseignements, et était motivée par la circonstance que l'entreprise en question était exploitée par un commerçant en nom personnel.

Cette demande a été rejetée par décision du 31 juillet 2009. A cet effet, la décision retient d'une part que la confidentialité ne peut être accordée d'une façon générale pour toutes les informations fournies par

l'entreprise, dont certaines sont manifestement du domaine public, mais qu'il appartient à l'entreprise de les individualiser et d'expliquer pour chacune d'elles les raisons qui peuvent justifier le bénéfice de la confidentialité. La décision retient d'autre part que le statut juridique du demandeur en confidentialité n'a pas d'incidence sur le sort de la demande, mais que la confidentialité doit être appréciée par rapport au contenu des informations concernées.

Cette décision de rejet n'a pas fait l'objet d'un recours de la part de l'entreprise concernée.

Un certain nombre de demandes ont été présentées au cours de l'année 2009 sur base des dispositions de l'article 24, paragraphes 2 à 4 de la Loi à la suite de demandes de renseignements adressées par l'Inspection de la concurrence à des entreprises, sans que ces demandes n'aient ouvert de nouvelles perspectives ou soulevé de nouveaux problèmes par rapport à la pratique des années antérieures. Toutes ces demandes ont été traitées d'après les modalités publiées, en ce que les entreprises sont averties par courrier que les renseignements au sujet desquels la confidentialité est réclamée sont provisoirement protégés et ne sont divulgués ni par le Conseil de la concurrence ni par l'Inspection de la concurrence à des tiers en attendant la fin de l'enquête. C'est à ce moment que le Président pourra apprécier en connaissance de cause, après avoir entendu les parties concernées en leurs explications s'il entend revenir sur la protection provisoire accordée initialement, si

une des deux exceptions prévues par la Loi, qui permettent la divulgation des informations lorsqu'elles sont nécessaires pour les besoins de la procédure ou pour assurer les droits des parties, est remplie.

B) Le Conseil de la concurrence

1) Généralités et administration

Les réunions régulières du Conseil ont été tenues par le Président et les conseillers effectifs.

Ces réunions ont été au nombre de 7 au cours de l'année 2009, auxquelles se sont ajoutés des contacts réguliers afin de débattre de certains sujets généraux ou de préparer des dossiers en vue d'une décision ultérieure.

Au cours de ses réunions, le Conseil a abordé divers sujets :

- le traitement des dossiers soumis pour décision au fond par l'Inspection de la concurrence ou des entreprises
- la réflexion sur les modalités procédurales d'application de certains points essentiels de la loi du 17 mai 2004 (effets d'une décision antérieure du Conseil dans une même affaire ; possibilité d'une appréciation divergente que celle exprimée par l'Inspection de la concurrence dans la communication des griefs et conclusions à en tirer ; procédure pour procéder au classement des affaires ;

organisation de l'audition prévue par la loi)

- suivi de problèmes concurrentiels potentiels
- le suivi des travaux au sein du Réseau Européen de la concurrence
- le suivi des recours pendants devant les juridictions administratives
- la préparation du rapport annuel 2008
- la préparation du budget 2010.

2) Politique de communication et manifestations publiques

Dans le cadre de sa stratégie de communication visant à promouvoir le droit de la concurrence et à marquer la visibilité des autorités de concurrence, le Conseil a continué à entretenir des contacts avec les organisations représentatives des entreprises et des consommateurs.

D'autres initiatives se placent également dans ce cadre.

L'expérience de collaborer avec la Europäische Rechtsakademie de Trèves en vue d'une formation d'une demi-journée sur le droit de la concurrence à l'attention des participants à un séminaire d'une semaine organisé par celle-ci sur le sujet général du droit privé européen a été renouvelée en date du 3 juillet 2009.

Les contacts entretenus avec la Europäische Rechtsakademie de Trèves ont également permis de

participer à une séance de formation destinée aux autorités thaïlandaises. La Rechtsakademie avait mis en place à l'attention de ces derniers un programme de formation portant sur le droit de la concurrence communautaire et des aspects de politique de la concurrence. Dans ce cadre, le Président du Conseil et le rapporteur général de l'Inspection ont tenu en date du 2 décembre 2009 une vidéoconférence avec les participants à cette formation au cours de laquelle ils ont exposé leurs expériences et réflexions.

Le site Internet commun au Conseil de la concurrence et à l'Inspection de la concurrence sous l'adresse www.concurrence.lu est régulièrement tenu à jour afin de fournir au public une information la plus complète possible sur les aspects les plus importants du droit de la concurrence au Luxembourg. Le Conseil y publie notamment toutes les décisions adoptées par lui (à l'exception de celles portant sur des demandes de clémence et sur des demandes de confidentialité).

Au niveau international, le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence assurent leur visibilité en collaborant à un certain nombre de publications qui ambitionnent de présenter les autorités de concurrence à travers le monde : Handbook of Competition Enforcement Agencies et Handbook of Competition Economics, publiés par la Global Competition Review ; Competition & Antitrust Review, publié par Euromoney Yearbooks ; Getting the Deal Through-Merger Control 2009, publié par Law Business Research.

3) Article 33 de la loi du 17 mai 2004 (reprise des dossiers pendants)

Seul un dossier est resté ouvert au titre de cette disposition légale. Un premier volet concernant les possibilités d'accès par des distributeurs aux cuves de stockage de produits pétroliers dans le port fluvial de Mertert avait fait l'objet d'une décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007.

Le complément d'enquête sur un second volet, concernant le marché en amont de l'acheminement par la voie fluviale des produits pétroliers vers ces cuves de stockage, avait été clôturé par l'Inspection de la concurrence à la fin de l'année 2008.

Le Conseil a adopté à cet égard une décision N° 2009-FO-02 en date du 3 août 2009. Le marché pertinent y est défini comme étant le marché de l'acheminement par voie fluviale de produits pétroliers vers le port de Mertert, et les prestations de courtage y liées. Le Conseil retient que la société gestionnaire des installations de stockage situées dans ce port est en mesure d'exercer une influence significative sur ce marché pertinent en raison de la situation monopolistique qu'elle occupe sur le marché aval des capacités de stockage dans le port de Mertert.

Dans les faits, le Conseil de la concurrence constate que la société gestionnaire des capacités en question exerce une contrainte sur les entreprises pétrolières qui ont pris en

location de telles capacités de stockage pour les amener à faire assurer les services de transport de produits pétroliers vers ces installations, respectivement les services de courtage en rapport avec ces transports, par une seule et unique entreprise. Cette pratique restreint la concurrence dans la mesure où elle empêche les entreprises pétrolières d'avoir recours aux services d'un autre prestataire et où elle empêche d'autres entreprises de pénétrer sur le marché pertinent.

Cette pratique n'est cependant pas sanctionnée en fin de compte. Le Conseil admet qu'elle se trouve justifiée globalement par des nécessités objectives liées au degré élevé de sécurité qui doit être atteint pour le transport de produits dangereux que sont les produits pétroliers, par des gains d'efficacité liés aux conditions particulières des opérations de transport sur la Moselle et par des considérations d'intérêt national tenant à la sécurité de l'approvisionnement en produits énergétiques.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et est donc actuellement définitive.

4) Actions d'application du droit de la concurrence

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence confère au Conseil de la concurrence le pouvoir de décision dans huit domaines :

1. il décide du retrait individuel du bénéfice d'une exemption par

catégorie accordée par un règlement communautaire (article 6, paragraphe 3)

2. il statue au fond sur l'existence d'une infraction aux règles relatives à la concurrence issues de la Loi ou du traité CE et sur les mesures aptes à y mettre fin (article 10)
3. il peut accepter des engagements qui sont proposés par les entreprises concernées par une procédure d'enquête en vue de mettre fin à une situation anticoncurrentielle (article 12)
4. il peut prononcer des amendes (article 18, paragraphe 1^{er}, point 3) et des astreintes (article 20, paragraphe 1^{er}, point 1) lors de décisions sur le fond prises sur base de l'article 10
5. il peut prononcer des amendes (article 18, paragraphe 1^{er}, points 1 et 2) et des astreintes (article 20, paragraphe 1^{er}, point 3) dans le cadre de l'instruction menée par l'Inspection de la concurrence sur base de l'article 13
6. il peut prononcer des astreintes suite à des mesures conservatoires ordonnées par le Président sur base de l'article 11 (article 20, paragraphe 1^{er}, point 2)
7. il peut prononcer des astreintes suite à l'adoption d'engagements sur base de l'article 12 (article 20, paragraphe 1^{er}, point 2)
8. il peut adopter des avis de clémence (article 19).

Seul le point 2 (décision sur le fond) a trouvé une application concrète en 2009.

Toutefois, à la suite des décisions intervenues en 2007 et 2008, le domaine des astreintes prononcées dans le cadre des enquêtes menées par l'Inspection (point 5 de la liste) et par suite de mesures conservatoires (point 6 de la liste) a connu certains prolongements dont il faut donner un aperçu.

La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques a encore attribué au Conseil un pouvoir consultatif et de veto dans le cadre de l'application de cette loi. Cette disposition légale n'a pas fait l'objet d'applications pratiques au cours de l'année 2009.

a) Décisions au fond

A la suite d'une plainte qui lui avait été adressée en octobre 2007, l'Inspection de la concurrence avait effectué une enquête par rapport à des comportements touchant à l'édition et à la distribution de produits de presse écrits. Cette enquête avait abouti à un rapport d'enquête, aux termes duquel l'Inspection estimait qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir sur base de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Après avoir donné l'occasion aux parties plaignantes de présenter leurs observations sur ce rapport, l'Inspection de la concurrence a soumis le dossier au Conseil de la concurrence, lequel a adopté une décision N° 2009-FO-01 du 2 juillet 2009.

La plainte, introduite par des entreprises actives dans l'édition et la

distribution de produits de presse hebdomadaires payants, reprochait à un éditeur établi au Luxembourg de s'être associé à une maison d'édition établie à l'étranger pour lancer au Luxembourg une publication journalière gratuite. La plainte estimait y avoir matière soit à entente anticoncurrentielle entre les deux maisons d'édition, soit à abus de position dominante de la part de la maison d'édition luxembourgeoise.

L'Inspection de la concurrence avait étendu son enquête à un deuxième éditeur établi au Luxembourg, qui avait lancé tout seul une deuxième publication journalière gratuite, afin de vérifier si les comportements reprochés au premier éditeur ne pouvaient pas trouver à s'appliquer au second.

Dans sa décision, le Conseil retient d'abord que le marché des produits de presse doit être subdivisé en publications journalières et publications à parution plus espacée (hebdomadaire, mensuel, ...), et qu'au sein de ces subdivisions, on peut distinguer les publications gratuites des publications payantes. En l'espèce, le marché pertinent pour les besoins de l'analyse concurrentielle était le marché des publications journalières payantes et gratuites.

Sur le fond, le Conseil retient que la forme et l'objectif de la collaboration entre l'éditeur luxembourgeois et l'éditeur étranger entre dans le cadre d'un projet commercial logique et est exempt de toute caractéristique anticoncurrentielle. Comme par ailleurs cet éditeur luxembourgeois

n'occupe pas de position dominante sur le marché pertinent pour l'analyse concurrentielle, le Conseil a aussi écarté l'idée qu'il puisse y avoir un abus de position dominante.

En ce qui concerne la maison d'édition à laquelle l'Inspection avait étendu son enquête, le Conseil constate qu'elle occupe effectivement une position dominante sur le marché des publications journalières payantes, mais qu'aucun élément du dossier n'indiquait qu'elle usait ou abusait de sa position dominante sur ce marché pour se procurer un avantage sur le marché adjacent des publications journalières gratuites. Par voie de conséquence, le Conseil constate là aussi l'absence d'abus de position dominante.

Finalement, le Conseil vérifie encore si les conditions sont remplies pour pouvoir retenir le cas échéant un abus de position dominante collective à charge des deux éditeurs luxembourgeois, pour constater que tel n'est pas le cas et partant écarter l'idée d'un comportement pouvant entrer dans ce cas de figure.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et est partant définitive.

*b) Amendes et astreintes
dans le cadre de l'instruction*

i) Les premières décisions qui avaient été adoptées dans ce cadre en 2007 (décisions N° 2007-AA-01 à N° 2007-AA-06) à l'encontre de trois entreprises avaient connu des suites juridictionnelles par suite de recours

contentieux qui avaient abouti à trois jugements du Tribunal administratif de première instance du 30 avril 2008 (N° du rôle 22862, 22958 et 23252 ; N° du rôle 22864, 22957 et 23253 ; N° du rôle 22882 et 23384), suivis de trois arrêts rendus par le Cour administrative le 13 novembre 2008 (N° du rôle 24433C ; N° du rôle 24434C ; N° du rôle 24455C).

Le Conseil rappelle que ces arrêts ont retenu les points suivants :

- la loi du 17 mai 2004, en ce qu'elle impose la présence de magistrats dans la composition du Conseil de la concurrence, n'est pas contraire à l'article 93 de la Constitution, puisque les fonctions de conseiller du Conseil de la concurrence ne s'apparentent pas à une fonction salariée et ne tombent donc pas dans le champ d'application de l'article 93 de la Constitution. En tout état de cause et pour autant que de besoin, la loi de 2004 doit être considérée comme dérogation légale permise à la prohibition de l'article 93 de la Constitution
- la loi du 17 mai 2004, en ce qu'elle impose la présence de magistrats dans la composition du Conseil de la concurrence, n'est pas contraire à un principe de la séparation des pouvoirs, non-formalisé dans le texte de la Constitution, puisque ce principe n'impose pas une démarcation stricte entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire et que les magistrats en question ne siègent pas au Conseil de la concurrence en leur qualité de magistrats, mais en tant que professionnels du droit

- le Conseil de la concurrence ne peut pas apparaître en son propre nom dans la procédure juridictionnelle à défaut d'être pourvu de la personnalité juridique, mais l'Etat peut y conclure en agissant par son organe qu'est le Conseil de la concurrence
- le Conseil de la concurrence a le statut d'une administration
- le Conseil de la concurrence peut être saisi non seulement par courrier recommandé ou déclaration, mais aussi par courrier simple
- la loi du 17 mai 2004 constitue une base légale suffisante pour prononcer des amendes à l'encontre des entreprises sans qu'il n'y ait violation du principe « pas de peine sans loi »
- les critères légaux pour procéder à la fixation du montant des amendes demandées à la suite d'un défaut de réponse à une demande de renseignements sont la proportionnalité par rapport à la gravité des faits, la proportionnalité par rapport à la durée des faits, l'obligation de procéder à une évaluation individuelle par entreprise et la situation de l'entreprise concernée. Il n'y a pas lieu de tenir compte dans ce cadre particulier de l'importance du dommage causé à l'économie et de l'éventuelle répétition des pratiques prohibées, qui sont des critères propres aux amendes prononcées au fond. La Cour administrative décide que la rédaction de la Loi accorde un large pouvoir d'appréciation au Conseil de la concurrence, qui est

cependant encadré par certains principes généraux qui ont tous été respectés en l'espèce. La Cour approuve encore le Conseil d'avoir considéré que le montant maximal de 10% du chiffre d'affaires annuels auquel peuvent se chiffrer les amendes semble trop important dans ce cadre particulier et de s'être orienté pour la détermination de ce montant maximal en guise de source d'inspiration aux règles applicables au niveau communautaire.

La Cour administrative retient en fin de compte que les montants des amendes prononcées en l'espèce sont proportionnés et adéquats

- les astreintes prévues par la loi du 17 mai 2004 ne sont pas soumises aux dispositions légales du Code civil, alors qu'elles ne sont pas prononcées par une juridiction
- les astreintes prononcées en l'espèce sont proportionnées et adéquates
- la loi du 17 mai 2004 ne contrevient pas au droit communautaire en prévoyant un recours en annulation à l'encontre de la décision qui prononce des astreintes, dès lors que le droit communautaire n'impose pas aux droits nationaux une forme particulière de recours et qu'en tout état de cause, le recours en annulation, comportant notamment une analyse sur l'existence d'une erreur d'appréciation manifeste, constitue un recours effectif
- le Conseil de la concurrence peut sanctionner, et partant l'Inspection de la concurrence

peut enquêter sur, des faits antérieurs à la l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004, puisque des incriminations similaires à celles prévues par cette loi existaient antérieurement sous l'empire de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

Les trois arrêts de la Cour administrative n'ont sanctionné les décisions du Conseil que sur le point mineur de la durée d'application des astreintes journalières. Ils ont retenu que les astreintes prévues par la loi du 17 mai 2004 ont un caractère spécifique, et qu'elles ne peuvent agir que pour le futur. Elles ne peuvent donc être imposées qu'au plus tôt à partir du jour de la notification de la décision du Conseil qui les prononce.

Deux de ces arrêts ont fait l'objet de recours en interprétation déposés le 23 janvier 2009 à la suite à la procédure de recouvrement des astreintes, dans le cadre de laquelle le Président du Conseil avait invité l'Administration de l'enregistrement par courrier du 24 décembre 2008 à tenir compte pour le cours des astreintes d'une durée comprise entre le jour de la décision du Conseil qui avait imposé les astreintes et le jour auquel les entreprises avaient fourni les informations. Par leurs recours en interprétation, les entreprises demandaient d'une part à la Cour d'annuler la décision que le Président du Conseil aurait prise le 24 décembre 2008 et d'autre part de dire que l'astreinte n'est due qu'à partir de l'expiration d'un délai de 8 jours suivant la notification de la décision qui l'impose.

Dans deux arrêts rendus par la Cour administrative en date du 30 avril 2009 (N° 24433C A et N° 24434C A), la juridiction administrative se déclare incompétente pour toiser le premier volet et déclare le second volet irrecevable, dans la mesure où il tendrait à voir modifier le dispositif des arrêts du 30 avril 2008.

Ces procédures sont désormais closes.

ii) Les décisions N° 2008-AA-02 et N° 2008-AA-03 du 13 octobre 2008, qui avaient imposé des amendes et des astreintes à deux entreprises pour ne pas avoir donné suite à des demandes de renseignements de l'Inspection de la concurrence n'ont pas fait l'objet d'un recours et sont devenues définitives au cours de l'année 2009².

*c) Amendes et astreintes :
procédures de recouvrement*

Les deux entreprises qui avaient présenté des recours en interprétation de deux arrêts de la Cour administrative du 13 novembre 2008 rendus à la suite des décisions avaient encore en parallèle déposé en date du 23 janvier 2009 des recours en annulation devant le Tribunal administratif de ce qu'elles

² L'amende et les astreintes telles que fixées à l'encontre d'une de ces deux entreprises par les décisions N° 2008-AA-03 et N° 2008-AA-04 ont été payées auprès de l'Administration de l'enregistrement au début de l'année 2010.

qualifiaient de décision prise par le Président du Conseil dans son courrier du 24 décembre 2008 à l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

Ces recours en annulation n'ont cependant pas été plaidés, mais les requérantes les ont fait rayer du rôle du Tribunal administratif lors de l'audience du 28 septembre 2009.

D'après les renseignements qui ont été fournis au Conseil de la concurrence, ces deux entreprises avaient aussi présenté au mois de janvier 2009 des demandes en grâce au titre des amendes qui avaient été prononcées à leur encontre. Ces demandes ou bien n'ont pas abouti ou bien n'ont pas été autrement poursuivies, puisque les deux entreprises se sont acquittées au cours de l'année 2009 de leurs dettes d'amendes et d'astreintes auprès de l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

L'entreprise qui n'avait pas entrepris d'autres procédures devant les tribunaux à la suite de l'arrêt du 13 novembre 2008 qui la concernait, a cependant, d'après les indications fournies au Conseil, présenté une demande en grâce.

Le Conseil ne dispose pas d'informations sur l'état de cette procédure de grâce. Au jour de la clôture du présent rapport, les montants dus n'étaient pas non plus payés.

d) Astreintes suite à des mesures conservatoires

La décision N° 2008-AA-01 du 26 février 2008, qui avait prononcé des astreintes à l'appui de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008, avait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif ensemble avec cette dernière décision. Les recours contre les deux décisions ont été joints par le Tribunal administratif et ont été toisés ensemble dans le jugement du 25 mai 2009 (N° 24306 et 24408 du rôle). Après avoir annulé la décision N° 2008-MC-01, le jugement du Tribunal administratif procède en toute logique à l'annulation de la décision N° 2008-AA-01.

Le Conseil de la concurrence a interjeté appel contre ce jugement. Cette procédure d'appel est pendante devant la Cour administrative au jour de la clôture du présent rapport.³

5) La coopération internationale

L'activité du Conseil de la concurrence au niveau international comporte différents volets.

³ L'arrêt en appel a été prononcé le 4 mars 2010. La Cour administrative confirme le jugement de première instance.

*a) L'Union européenne : la
réunion des Directeurs
généraux*

La Commission européenne convoque sur une base annuelle ou semestrielle une réunion des Directeurs généraux. Cette assemblée réunit les responsables des différentes autorités de concurrence, ensemble avec les responsables des instances politiques (essentiellement les ministères) chargés d'orienter ou le cas échéant d'appliquer le droit de la concurrence dans leurs pays respectifs. Elle a pour mission d'aborder les grands dossiers de la politique et du droit de la concurrence et de définir le cas échéant les grandes orientations.

Le Conseil de la concurrence participe à ces réunions. Les discussions y ont porté en 2009 sur les nouveaux défis que doivent affronter les autorités de concurrence, notamment au regard des axes d'action prioritaires, des règles de procédure, des sanctions et du contrôle des concentrations ou sur la gestion de la crise économique et l'intervention des autorités de concurrence.

Une autre occasion de rencontrer les responsables de haut niveau est le European Competition Day, organisé en principe chaque semestre par l'autorité de concurrence dont le pays assure la présidence de l'Union européenne. En 2009, les European Competition Days ont eu lieu les 13 et 14 mai à Brno en République tchèque et le 7 octobre 2009 à Stockholm en Suède.

*b) La coopération étendue
entre autorités de
concurrence et autorités
politiques*

En pratique, un certain nombre de sujets abordés par la Commission européenne dépassent les limites du droit de la concurrence au sens strict et les compétences des autorités de concurrence nationales. Des modes de collaboration sont envisagés dans ces cas de figure, qui amènent le Conseil de la concurrence à coopérer au niveau national avec les services ministériels concernés.

*c) Le règlement N° 1/2003 :
le Réseau Européen de la
Concurrence*

En vertu de l'article 6, paragraphe 4 de la Loi, « *le Conseil de la concurrence représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité* ». Ce Réseau Européen de la Concurrence regroupe toutes les autorités de concurrence nationales des 27 Etats membres de l'Union européenne et la Commission européenne.

La participation du Conseil de la concurrence aux travaux de ce Réseau recouvre une grande variété d'aspects.

i) Il y a d'un côté les réunions qui portent en règle générale sur des problèmes d'application généraux, qui peuvent le cas échéant faire l'objet d'illustrations à l'aide de cas concrets.

Il en est ainsi d'abord de l'assemblée plénière, convoquée sur une base trimestrielle, qui prépare les réunions des Directeurs généraux, organise le fonctionnement du Réseau et surveille et coordonne les travaux des différents sous-groupes et groupes de travail.

Il en est ainsi ensuite des sous-groupes et groupes de travail, qui travaillent soit sur des secteurs déterminés (professions libérales, énergie, banques, véhicules automoteurs, sports, ...), soit sur des questions générales (clémence, communication, ...). Ces sous-groupes et groupes de travail se réunissent en fonction de leurs besoins spécifiques.

Les matières abordées dans ces différents groupes de travail amènent souvent le Conseil à devoir répondre à des demandes de renseignement émanant soit de la Commission, soit d'autres autorités de concurrence, sur le contenu de la loi ou la pratique au Luxembourg.

A titre exemplatif des travaux effectués à ce niveau, le Conseil tient à signaler les suites qui ont été réservées au programme modèle de clémence qui avait été adopté par les Directeurs généraux en septembre 2006. Ce document prévoyait qu'il fasse l'objet d'un rapport d'évaluation après trois années. La préparation de

ce rapport a débuté par un questionnaire adressé à toutes les autorités de concurrence présentes au sein du REC, et le rapport a été établi sur base des réponses reçues. Ce Rapport d'évaluation sur l'état de la convergence entre les régimes de clémence des autorités formant le REC a été finalisé au courant de l'année 2009 et doit servir de base pour des réflexions futures sur la nécessité et les possibilités d'une convergence accrue des programmes de clémence, afin de les rendre plus efficaces.

Dans le cadre de sa communication externe, le REC a pris la décision de publier une Newsletter à l'attention du public. Tout au long de l'année 2009, les travaux d'élaboration du concept de cet ECN Brief ont été poursuivis, pour déboucher sur la première édition à publier au début de l'année 2010. Cette publication doit présenter de façon claire et concise l'activité des autorités de concurrence réunies au sein du REC.

ii) Il y a de l'autre côté les réunions qui se consacrent à l'étude de dossiers concrets en vue de l'application de la réglementation communautaire.

Ainsi, tant le Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, que le Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises mettent en place des comités consultatifs, dans le cadre desquels les autorités de concurrence

nationales fournissent leurs avis sur les dossiers individuels dans lesquels la Commission européenne envisage de prendre une décision.

iii) Tous ces travaux au niveau communautaire sont soutenus par un réseau informatique et un système de courriels sécurisés qui appuient efficacement l'exécution des tâches confiées aux autorités de concurrence.

iv) Face au volume des devoirs que comporte ce travail au niveau communautaire et face aux connaissances spécifiques requises pour pouvoir contribuer utilement aux différentes discussions, les ressources limitées du Conseil et de l'Inspection les contraignent malheureusement souvent à limiter leurs activités internationales à un suivi des débats. Un tri doit être opéré afin de concentrer l'attention sur quelques dossiers qui peuvent faire l'objet d'une participation plus active.

*d) La Commission
européenne : DG
Concurrence*

i) Les autorités de concurrence nationales, tel que le Conseil de la concurrence, sont impliquées à travers le comité consultatif dans le processus de décision au niveau communautaire pour les affaires dans lesquelles des entreprises individuelles sont poursuivies pour avoir violé les articles 81 ou 82 du traité CE. La Commission cherche constamment des voies pour améliorer et faciliter la

coopération entre autorités de concurrence dans ce cadre.

ii) Le champ d'action de la DG Concurrence de la Commission européenne dépasse le seul cadre des poursuites individuelles des violations du droit de la concurrence, pour porter sur des questions plus générales ou des études étendues. Les autorités de concurrence nationales bénéficient d'une position privilégiée en ce qu'elles sont souvent impliquées au préalable dans les différentes initiatives et les résultats qui en résultent. Elles peuvent ainsi suivre l'évolution de tels dossiers dès un stade précoce.⁴

La DG Concurrence a ainsi achevé en 2009 l'enquête sectorielle dans le secteur pharmaceutique et publié son rapport final qui retrace les problèmes concurrentiels qu'elle a identifié dans ce secteur.

Par rapport à ces activités générales, on peut aussi mentionner les procédures d'évaluation du règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et du règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, qui ont été entamées en 2008 pour être achevées en 2009 par la rédaction de rapports par la Commission soumis au Conseil. Les

⁴ Le détail des activités de la Commission européenne dans ce domaine peut être consulté dans le propre rapport annuel de la DG Concurrence, ainsi que sur son site Web <http://ec.europa.eu/comm/competition>.

autorités de concurrence nationales, dont le Conseil de la concurrence, sont impliquées de bout en bout à ce travail de la Commission.

En 2009 ont encore continué les discussions menées en prévision de l'expiration des règlements d'exemption en bloc (Règlement (CE) N° 1400/2002 de la Commission 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur de l'automobile ; Règlement (CE) N° 2790/1999 de la Commission 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; Règlement (CE) N° 2658/2000 de la Commission 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de spécialisation ; Règlement (CE) N° 2659/2000 de la Commission 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement). Ces discussions débouchent sur des comités consultatifs, qui incluent aussi les départements et services ministériels en charge de la politique de la concurrence, lorsque la Commission envisage d'adopter, dans le cadre de son propre pouvoir réglementaire, des textes d'application générale, tel que notamment des règlements d'exemption en bloc.

La DG Concurrence a aussi entamé une réflexion approfondie, qui doit nourrir les débats dans d'autres

enceintes, sur l'application des règles de concurrence dans le secteur alimentaire, et plus spécifiquement dans le secteur du lait, afin notamment de clarifier la situation juridique au regard des pratiques admises et prohibées et de souligner les effets bénéfiques que le jeu de la concurrence peut apporter dans ce domaine spécifique.

*e) La Commission
européenne : les autres
Directions générales*

Bien que le Conseil en tant qu'autorité de concurrence n'ait pas de liens directs ou institutionnels avec d'autres Directions générales de la Commission européenne, il est cependant certain qu'en raison du domaine d'activité d'une autorité de concurrence, susceptible de toucher tous les domaines de l'économie, son travail touche d'autres instances, de même que le travail d'autres instances peut influencer sur le Conseil.

Ce n'est dès lors pas exceptionnel que le Conseil soit contacté, directement ou indirectement, pour apporter une contribution à des dossiers traités par la DG Entreprises, la DG Marché intérieur ou la DG Energie et Transport.

f) L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

L'OCDE traite des questions de concurrence dans le cadre de ses travaux, notamment au Forum Mondial de la Concurrence. Le Conseil de la concurrence entend y contribuer dans la mesure de ses possibilités.

Les activités de l'OCDE sont appuyées par un réseau d'informations en ligne auquel le Conseil a adhéré et qui lui permet de tirer profit des travaux de l'Organisation.

Dans la mesure des besoins, le Conseil intervient aussi dans le cadre des missions économiques ou études menées par l'OCDE en tant qu'elles couvrent le Luxembourg, comme par exemple l'Etude économique sur le Luxembourg.

g) La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED)

Certains travaux de la CNUCED abordent des problèmes de concurrence. Le Conseil doit se borner à en prendre note, sans pouvoir les suivre ou y apporter de contribution.

h) Les organisations privées au niveau international : ICN et ECA

Le Conseil de la concurrence a adhéré aux organisations privées internationales que sont l'International Competition Network (ICN) et l'Association des Autorités de Concurrence Européennes (European Competition Authorities ; ECA). Ces organisations regroupent des autorités de concurrence au niveau mondial, respectivement européen, et servent de forum de discussion pour des sujets intéressant l'application du droit de la concurrence. Elles tiennent des réunions/conférences annuelles, et elles ont mis en place des groupes de travail au sujet de problèmes particuliers, auxquels le Conseil ne peut toutefois pas participer faute de moyens.

Les réflexions menées au sein de ces organismes peuvent constituer une source d'inspiration importante pour des autorités de concurrence, tel le Conseil de la concurrence, qui ne disposent pas de ressources propres pour mener une réflexion approfondie sur tous les aspects du droit de la concurrence. A ce titre, on peut mentionner une initiative lancée par l'ICN en vue de se pencher sur les moyens dont doit disposer une autorité de concurrence et qu'elle doit mettre en œuvre pour s'assurer qu'elle mène un travail efficace.

C) Tableau récapitulatif
au 31 décembre 2008
des décisions et actes
adoptés sur base de la
loi du 17 mai 2004
relative à la
concurrence, et des
recours exercés à leur
encontre

Sur les pages suivantes sont repris dans un tableau synoptique l'intégralité des décisions et actes adoptés par le Conseil de la concurrence depuis sa création en 2004.

Ce tableau est divisé en fonction des catégories de décisions et actes, et à l'intérieur de chaque catégorie, les décisions et actes sont indiqués par ordre chronologique.

La première colonne indique la date et le numéro de la décision ou de l'acte, la deuxième colonne reprend sommairement son objet et la troisième colonne précise si la décision ou l'acte a fait l'objet d'un recours devant les juridictions administratives, ce qui permet de vérifier s'ils sont définitifs.

Tous les documents indiqués dans ces tableaux, à l'exception des avis de clémence et des décisions sur la confidentialité, peuvent être consultés sur le site www.concurrence.lu des autorités de concurrence.

1) Décisions sur le fond		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au Tribunal administratif
23 avril 2007 N° 2007-FO-01	Reproche d'abus de position dominante sur le marché du stockage de produits pétroliers non fondé	Non
5 septembre 2007 N° 2007-FO-02	Reproche d'abus de position dominante ou d'entente sur le marché des prestations d'expertise automobile non fondé	Non
5 septembre 2007 N° 2007-FO-03	Reproche d'abus de position dominante ou d'entente sur le marché des expertises automobiles non fondé	Non
2 juillet 2009 N° 2009-FO-01	Reproche d'entente et d'abus de position dominante sur le marché de l'édition et de la distribution de produits de presse écrite	Non
3 août 2009 N° 2009-FO-02	Reproche d'abus de position dominante sur le marché de l'acheminement de produits pétroliers vers le port fluvial de MERTERT	Non

2) Décisions prononçant des amendes et/ou des astreintes (en dehors d'une procédure au fond)		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au Tribunal administratif
30 mars 2007 N° 2007-AA-01	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24434C) Requête en interprétation de cet arrêt vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24434C A)
30 mars 2007 N° 2007-AA-02	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24433C) Requête en interprétation de cet arrêt vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24433C A)
30 mars 2007 N° 2007-AA-03	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24455C)
6 juillet 2007 N° 2007-AA-04	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2007-AA-01 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2007-AA-01	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24434C) Requête en interprétation de cet arrêt vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24434C A)

6 juillet 2007 N° 2007-AA-05	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2007-AA-02 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2007-AA-02	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24433C) Requête en interprétation de cet arrêt vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24433C A)
6 juillet 2007 N° 2007-AA-06	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2007-AA-03 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2007-AA-03	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24455C)
26 février 2008 N° 2008-AA-01	Prononcé d'astreintes encourues en cas de violation de la décision N° 2008-MC-01 imposant des mesures conservatoires	Décision annulée par arrêt du Tribunal administratif du 20 mai 2009 Appel pendant ⁵
13 octobre 2008 N° 2008-AA-02	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Non
13 octobre 2008 N° 2008-AA-03	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Non
8 décembre 2008 N° 2008-AA-04	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2008-AA-03 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2008-AA-03	Non

⁵ Annulation confirmée par arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010.

3) Avis de clémence		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au Tribunal administratif
27 mai 2005 N° 2005-AC-01	Avis de clémence conditionnel	Non
1 ^{er} juin 2006 N° 2006-CL-01	Avis de clémence conditionnel	Non
21 juin 2006 N° 2006-CL-02	Refus d'avis de clémence	Non
27 juin 2006 N° 2006-CL-03	Refus d'avis de clémence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 24 janvier 2008 (N° 23178C)
4 juin 2008 N° 2008-CL-01	Avis de clémence conditionnel	Non

4) Décisions prononçant sur des demandes de confidentialité		
Toutes les demandes de confidentialité font l'objet d'un accusé de réception confirmant l'octroi implicite mais provisoire de la confidentialité. Il y a eu en outre les décisions expresses suivantes :		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au Tribunal administratif
3 mai 2007 N° 2007-CO-01	Levée partielle de confidentialité	Non
25 septembre 2007 N° 2007-CO-02	Décision expresse sur la confidentialité au profit de certaines informations dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires	Non
31 juillet 2009 N° 2009-CO-01	Refus d'octroi de la confidentialité	Non

5) Décisions prononçant des mesures conservatoires		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au Tribunal administratif
22 janvier 2008 N° 2008-MC-01	Prononcé de mesures conservatoires limitées	Décision annulée par arrêt du Tribunal administratif du 20 mai 2009 Appel pendant ⁶

⁶ Annulation confirmée par arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010.

6) Avis consultatifs		
Date et N° de l'avis	Objet	Recours au Tribunal administratif
18 novembre 2005 N° CC-AV-01/2005	Avis sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (M 15)	Non
18 novembre 2005 N° CC-AV-02/2005	Avis sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (M 16)	Non
1 ^{er} juin 2006 N° 2006-AV-01	Avis sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (M 1) et sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (M 2)	Non
27 juin 2006 N° 2006-AV-02	Avis sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles locales (M 11)	Non
27 juin 2006 N° 2006-AV-03	Avis sur le marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (M 12)	Non
17 août 2006 N° 2006-AV-04	Avis sur les marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée (M 3, M 4, M 5 et M 6)	Non
17 août 2006 N° 2006-AV-05	Avis sur le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (M 8)	Non
14 septembre 2006 N° 2006-AV-06	Avis sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée (M 9)	Non
14 septembre 2006 N° 2006-AV-07	Avis sur le marché de gros des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe (M 10)	Non
14 septembre 2006 N° 2006-AV-08	Avis sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (M 1) et sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (M 2)	Non
1 ^{er} décembre 2006 N° 2006-AV-09	Avis sur le marché de détail de lignes louées (M 7)	Non

1 ^{er} décembre 2006 N° 2006-AV-10	Avis sur les marchés de gros de lignes louées (M 13 et M 14)	Non
21 septembre 2007 N° 2007-AV-01	Avis concernant une proposition d'amendement au projet de loi N° 5655 sur les marchés publics	Non
15 novembre 2007 N° 2007-AV-02	Avis concernant l'application de l'article 2, alinéa 2 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au marché des services de taxis	Non

III) La dissuasion et les sanctions en droit de la concurrence

Les Etats, et plus généralement toute organisation détenant un pouvoir d'organisation de l'économie, ont en règle générale une certaine vision des relations économiques et du mode de fonctionnement de l'économie, et mettent en œuvre les moyens qui sont à leur disposition pour réaliser cette vision. En fonction des conceptions et des buts à réaliser, ces moyens peuvent être divers : mesures d'incitation ou de soutien de toutes sortes, encadrement fiscal, transferts sociaux, interventions publiques, ... Sauf de rares exceptions qui tablent sur l'équilibre « naturel » des forces du marché et optent pour une liberté d'action absolue, ces mesures s'accompagnent en règle générale d'un corpus législatif et réglementaire. Celui-ci impose certains comportements aux acteurs économiques, ou en interdit d'autres. Dans les régimes dits libéraux, et notamment ceux qui s'orientent sur le modèle d'une économie sociale de marché, ces règles ressortent pour beaucoup du droit de la consommation (qui tend à protéger les consommateurs finaux privés des comportements excessifs des entreprises), du droit des pratiques commerciales (qui met en place une protection contre les comportements déloyaux des entreprises), et du droit de la concurrence (qui s'efforce de protéger les entreprises contre les

comportements anticoncurrentiels d'autres entreprises)⁷.

L'application du droit de la consommation et du droit des pratiques commerciales est assurée essentiellement par des actions privées et individuelles en cessation, en allocation de dommages-intérêts ou en annulation de contrats. Le droit de la concurrence par contre obéit à une approche plus diversifiée. Les aspects d'éducation et de persuasion (« competition advocacy ») avaient été partiellement abordés dans les rapports annuels des années 2005 et 2006, où le Conseil avait donné un aperçu sur les questions relatives au pouvoir consultatif attribué à une autorité de concurrence et aux enquêtes sectorielles que celle-ci peut mener dans le cadre de ses attributions. Le second volet, répressif, est basé pour l'essentiel sur l'action d'une autorité publique, dont l'objectif est d'assurer par son action à ce que les entreprises adaptent leurs comportements aux exigences découlant du droit de la concurrence. Les actions privées ne sont cependant pas non plus absentes de ce domaine.

Les quelques pages qui suivent tentent de donner une vision générale sur les différentes voies qui peuvent être explorées afin de parvenir à une exécution efficace du droit de la concurrence. On y exposera que les règles de fond ne ressortent pas exclusivement de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, mais pour partie également du droit pénal, ce qui influe nécessairement sur les

⁷ L'interaction entre ces trois domaines du droit a été illustrée par le Conseil dans son rapport annuel 2007.

sanctions et les autorités en charge des poursuites, et que d'autres autorités administratives que les seules autorités de concurrence peuvent avoir leur rôle à jouer.

A) Règles de fond, sanctions et autorités de poursuite : état de l'existant

En l'état actuel du droit, la sauvegarde des fondements du droit de la concurrence est essentiellement assurée par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. On en trouve cependant aussi des traces dans le droit pénal.

1) Le droit de la concurrence au sens strict : prohibition des ententes et des abus de position dominante

Par une sorte d'harmonisation en douceur, les droits de la concurrence des Etats-membres de l'Union européenne ont tendance à se rapprocher sur de nombreux points. Par voie de conséquence, les différents Etats et leurs autorités de concurrence sont souvent confrontés aux mêmes questions. Pour illustrer celles-ci, le présent rapport s'appuie logiquement sur les textes luxembourgeois.

En alignant leur rédaction sur les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (i.e. les anciens articles 81 et 82 du traité CE), tout en omettant en toute logique le critère de l'affectation du commerce intracommunautaire, les articles 3 à 5 de la Loi interdisent aux entreprises de mettre en œuvre des comportements relevant de la catégorie des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante.

Les exemples de tels comportements sont nombreux et variés. La pratique décisionnelle des autorités de concurrence et les ouvrages spécialisés illustrent de façon détaillée la flexibilité et l'inventivité des entreprises lorsqu'il s'agit de s'adapter aux conditions changeantes d'un marché, sans que toute adaptation ne s'apparente immédiatement à une illégalité au regard du droit de la concurrence.

Toutefois, lorsqu'une entreprise est convaincue d'avoir adopté un comportement qui nuit ou peut nuire aux mécanismes concurrentiels du marché et en fin de compte porter atteinte aux intérêts des consommateurs, elle peut être sanctionnée par l'autorité de concurrence administrative qu'est le Conseil de la concurrence.

L'article 10 de la Loi lui permet d'abord de prononcer une injonction à l'encontre de l'entreprise, par laquelle il lui est ordonné de cesser telle pratique, respectivement de positivement adopter telle attitude, afin de rétablir le fonctionnement

concurrentiel du marché. Ces mesures comportementales ne prêtent pas à discussion.

Toute autre est la question de savoir si le Conseil pourrait sur cette base prononcer également des mesures structurelles, qui comporteraient pour les entreprises l'obligation de se défaire de certains actifs ou de certaines branches d'activité. La pratique décisionnelle d'autres autorités de concurrence et la littérature distinguent clairement les deux catégories de mesures, pour expliquer que les secondes comportent une ingérence beaucoup plus importante dans le fonctionnement interne et le projet commercial de l'entreprise, et qu'il convient de les manier avec précaution. La Loi de 2004 ne fait pas de distinction entre mesures comportementales et mesures structurelles pour admettre les unes et exclure les autres, indiquant au contraire que le Conseil peut imposer « toute mesure coercitive ». Elle se borne à préciser que les mesures ordonnées doivent être proportionnées à l'infraction retenue et nécessaires pour la faire cesser. On peut dès lors être tenté d'en déduire que les deux catégories de mesures sont admises sous l'empire du droit luxembourgeois. En l'absence de décisions nationales sur la question, la réponse peut sembler rester ouverte.

Les mesures prises en application de l'article 10 de la Loi peuvent en tout état de cause être appuyées par des astreintes prononcées sur base de l'article 20, paragraphe 1, point 1 de la Loi, afin d'inciter les entreprises à respecter les décisions du Conseil et

ainsi parvenir plus rapidement au rétablissement de l'équilibre concurrentiel.

En présence du constat d'une violation du droit de la concurrence, le Conseil peut aussi imposer aux entreprises concernées sur base de l'article 18, paragraphe 1, point 3 de la Loi des amendes pécuniaires de nature administrative à concurrence d'un montant maximal de 10% de leur chiffre d'affaires annuel.

2) Le droit pénal

Sous réserve de l'existence d'autres dispositions légales relevant du droit pénal qui incrimineraient d'autres comportements, le Conseil a relevé différentes dispositions qui frappent de peines pénales des pratiques dont la nature ou les effets peuvent être considérés comme relevant du domaine du fonctionnement concurrentiel des marchés.

a) L'interdiction des faits de manipulation des prix

Parmi les comportements les plus répréhensibles au regard du droit de la concurrence se trouvent ceux qui empêchent que les prix ne se déterminent librement en fonction des lois du marché sur base de la rencontre de l'offre et de la demande.

Différents textes légaux concernent des pratiques similaires qui emportent une intervention sur la fixation des prix en écartant le fonctionnement normal des mécanismes du marché. Ces textes se réfèrent pour partie expressément à la lutte contre la spéculation, mais leur formulation devrait permettre de faire porter une enquête pénale sur des faits qui ont emporté un effet sur les prix (à la hausse ou à la baisse) en dehors de toute intention de spéculation.

Par ordre chronologique d'adoption, il s'agit des textes suivants :

- Article 311 du Code pénal
« Les personnes qui, par des moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics, seront punies d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 500 euros à 25.000 euros. »

- Article 165 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales
« Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 euros à 125.000 euros ceux qui, par des moyens frauduleux quelconques auront opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse du prix des actions, des obligations ou des autres titres de sociétés. »

- Arrêté grand-ducal du 31 mai 1935 sur la spéculation illicite en matière de denrées et marchandises, papiers et effets publics

Article 1^{er} :

« Seront punis d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'une

amende de 251 euros à 15.000 euros ou de l'une de ces peines seulement:

1° ceux qui, par des moyens frauduleux quelconques, auront opéré ou tenté d'opérer, maintenu ou tenté de maintenir la hausse ou la baisse du prix des denrées, des marchandises ou des papiers et effets publics;

2° ceux qui, même sans emploi de moyens frauduleux, auront volontairement opéré, maintenu ou tenté d'opérer ou de maintenir sur le marché national la hausse ou la baisse anormale du prix des denrées ou des marchandises ou des papiers et effets publics, soit par des interdictions ou des conventions ayant pour objet la détermination de prix minima ou maxima d'achat ou de vente, soit par des restrictions à la production et à la libre circulation des produits;

3° ...;

4° ...⁸ ».

Article 2 :

« Les cours et tribunaux apprécieront souverainement le caractère anormal de la hausse ou de la baisse visées à l'art. 1er. Ils tiendront compte, à cet à l'égard, de l'état du marché, des frais normaux d'exploitation du commerce

⁸ Les points 3 et 4 de cet article punissent des mêmes peines:

« 3° ceux qui, par les moyens prévus au N° 1 auront attaqué le crédit de l'Etat ou des établissements financiers placés sous son autorité;

4° ceux qui, par quelque moyen que soit, auront propagé, par rapport aux devises luxembourgeoise ou belge des nouvelles fausses ou tendancieuses susceptibles d'inquiéter l'opinion publique. »

Ces cas de figure ne concernent pas directement des comportements ressortissant du droit de la concurrence, mais pourraient le cas échéant connaître un regain d'intérêt par rapport à d'autres événements récents.

ou de l'industrie, notamment des frais de production, de fabrication, de mise en œuvre et de transport. »

- Loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché

Cette loi punit d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 125 à 1.500.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement, les personnes physiques qui se rendent sciemment coupables d'une violation de l'interdiction de procéder à des manipulations de marché (article 32, § 4).

Aux termes de l'article 1^{er}, point 2 de la loi, les manipulations de marché sont les comportements suivants :

« a) le fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres :

– qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le cours d'instruments financiers, ou

– qui fixent, par l'action d'une ou de plusieurs personnes agissant de manière concertée, le cours d'un ou de plusieurs instruments financiers à un niveau anormal ou artificiel, à moins que la personne ayant effectué les opérations ou émis les ordres établisse que les raisons qui l'ont poussée à le faire sont légitimes et que ces opérations ou ces ordres sont conformes aux pratiques de marché admises sur le marché réglementé concerné;

b) le fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres qui recourent à des procédés fictifs ou à toute autre forme de tromperie ou d'artifice;

c) le fait de diffuser des informations, que ce soit par l'intermédiaire des médias ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de

donner des indications fausses ou trompeuses sur des instruments financiers, y compris le fait de répandre des rumeurs et de diffuser des informations fausses ou trompeuses, alors que la personne ayant procédé à une telle diffusion savait ou aurait dû savoir que les informations étaient fausses ou trompeuses. Dans le cas de journalistes agissant dans le cadre de leur profession, cette diffusion d'informations doit être évaluée en tenant compte de la réglementation applicable à leur profession, à moins que ces personnes ne retirent, directement ou indirectement, un avantage ou des profits de la diffusion des informations en question. »

Cette loi, qui transpose en droit national un certain nombre de directives, ne reprend pas une des précisions de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) selon laquelle cette définition générale admet comme exemple notamment « le fait pour une personne ou pour plusieurs personnes agissant de manière concertée de s'assurer une position dominante sur l'offre ou la demande d'un instrument financier, avec pour effet la fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou des prix de vente ou la création d'autres conditions de transaction inéquitables ».

b) L'interdiction de la pratique de prix imposés et du refus de vente y associé

Les notions de prix imposés et de refus de vente sont d'application courante en droit de la concurrence, essentiellement dans le domaine des abus de position dominante. Le droit pénal s'y est intéressé aussi par le biais de l'adoption du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente.

Article 1^{er} :

« Il est interdit à toute personne qui est professionnellement en situation de produire ou de vendre des marchandises ou de prêter des services, de procéder à une fixation verticale de prix, par quelque moyen que ce soit ayant pour objet d'imposer individuellement ou collectivement des prix minima de vente de marchandises ou des prix minima de prestations de service, de même que de maintenir de pareils prix imposés.

Il est de même interdit d'imposer le caractère de prix minima aux prix conseillés, aux prix indicatifs, aux prix ou marges bénéficiaires maxima fixés par l'office des prix ou au prix maxima au consommateur qui sont obligatoirement indiqués sur l'emballage des marchandises. »

Article 2 :

« ... »

Article 3 :

« ... »⁹

⁹ Les articles 2 et 3 prévoient des dérogations à ces interdictions, d'une façon générale pour

Article 4 :

« Il est interdit aux personnes visées à l'article 1^{er} du présent règlement de refuser, dans le but de déjouer l'interdiction formulée dans le même article 1^{er}, de satisfaire dans la mesure de leurs disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes d'acheteurs de marchandises ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal et qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi. Il est également interdit aux personnes prédésignées de pratiquer habituellement, pour le motif ci-dessus énoncé, des conditions discriminatoires de vente non justifiées par les usages commerciaux. »

Article 5 :

« Les infractions aux articles 1^{er} et 4 du présent règlement sont punies d'une amende de 251 euros à 25.000 euros. »

la vente de livres, journaux et autres produits de presse, et d'une façon individuelle de façon limitée dans le temps pour des produits ou services déterminés sur base d'une décision expresse du ministre de l'économie. Ces dérogations individuelles peuvent être motivées par la nouveauté du produit ou du service, de l'exclusivité attachée à un brevet d'invention ou d'une campagne publicitaire de lancement.

De telles dérogations individuelles ont été accordées pendant les années 1970, 1980 et 1990 pour les produits de tabacs.

On peut admettre que la délégation de pouvoir accordée par la loi au ministre de l'économie n'est pas conforme à la Constitution (Arrêt N° 1/98 du 6 mars 1998) et ne peut de ce fait plus être mise en œuvre.

L'interdiction des prix imposés résultant de ce texte est une infraction autonome, tandis que l'incrimination du refus de vente n'existe que pour autant que le refus en question est destiné à contourner l'interdiction des prix imposés. Il n'en reste pas moins que ce texte donne aux autorités pénales un certain nombre de moyens pour combattre des pratiques relevant par ailleurs du droit de la concurrence.¹⁰

c) Conclusion

Bien que le droit pénal fournisse en l'état actuel un certain nombre d'instruments qui permettent de réprimer des comportements anticoncurrentiels, les recherches menées par le Conseil n'ont pas permis de noter de nombreuses procédures pénales prenant appui sur ces textes qui auraient été menées jusqu'à une décision sur le fond. Seul le règlement grand-ducal de 1965 a fait l'objet d'une application en 1987 en matière de tabac, tandis que le passé récent montre uniquement une instruction qui a été ouverte sur base (entre autres) de l'article 311 du Code

¹⁰ D'autres faits, tels que l'appropriation, la divulgation ou l'utilisation de secrets d'affaires ou de fabrication (article 309 du Code pénal) ou la corruption (articles 310 et 310-1 du Code pénal) peuvent être de nature à influencer sur la libre concurrence. Mais ils ne sont pas pris en considération dans le cadre de ce rapport, alors qu'ils ne rentrent pas dans la catégorie des comportements anticoncurrentiels au sens du droit de la concurrence. Il en est de même de la législation sur les pratiques commerciales déloyales.

pénal, qui a finalement fait l'objet d'une décision de non-lieu par la chambre du conseil.

D'un autre côté, la mise en œuvre du droit de la concurrence touche à certains égards à ses limites en termes de dissuasion. La pratique dans de nombreux pays montre que malgré des amendes de plus en plus importantes, le nombre de cartels mis à jour ne cesse d'augmenter.

Une des raisons peut en être que le droit de la concurrence s'adresse aux entreprises, c.-à-d. en règle générale aux personnes morales que sont les sociétés commerciales ou groupements professionnels, et frappent celles-ci de sanctions purement pécuniaires. Or, les comportements anticoncurrentiels sont l'œuvre des personnes physiques qui occupent les fonctions dirigeantes ou opérationnelles au sein de l'entreprise. Elles ne sont pas touchées par les sanctions pécuniaires imposées par les autorités de concurrence, ni par la stigmatisation que comporte une sanction imposée par une telle autorité publique. Une exception à ce dernier constat peut éventuellement être faite pour les entreprises du type familial, où entreprise, dirigeants et détenteurs du capital social se confondent aux yeux du public. Mais en règle générale, les personnes physiques ne font pas toujours l'objet d'un effet dissuasif personnel. Et dès lors que la pratique anticoncurrentielle fait partie d'une stratégie d'entreprise ou que ces dirigeants sont d'importance pour l'entreprise, ils n'ont que rarement à craindre le risque d'un licenciement

pour avoir engagée l'entreprise dans cette direction.

Une autre raison peut être que malgré le niveau parfois important des amendes, les entreprises ne se sentent pas suffisamment menacées dans leurs intérêts pécuniaires. Le profit escompté d'une pratique anticoncurrentielle dépasse pour elles souvent largement le risque financier encouru du fait de l'action des autorités de concurrence, en raison de l'effet conjugué du faible taux de détection des pratiques et de la disproportion entre le gain réalisé et l'amende à payer.

Tout un ensemble d'éléments ont dès lors conduit ces dernières années à s'interroger sur les voies alternatives ou complémentaires pour assurer une sanction, et par voie de conséquent une dissuasion, efficaces, des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil entend se faire l'écho de ces réflexions au niveau national.

B) Dissuasion optimisée : voies alternatives et complémentaires

Une première réflexion consistait à aggraver les sanctions pécuniaires qui peuvent être imposées par les autorités de concurrence. Mais cette voie n'apporte pas de plus-value notable, dans la mesure où le montant maximal des amendes qui peut être imposé est déjà important (en règle générale, dans de nombreux pays, 10% du chiffre d'affaire annuel de

l'entreprise) et où ce montant maximal n'est que très rarement atteint par les décisions des autorités de concurrence. Par ailleurs, des amendes trop importantes peuvent être de nature à mettre en péril la survie même des entreprises.

Les réflexions se sont alors orientées vers des sanctions qui ou bien touchent directement les personnes physiques qui ont mis en œuvre les pratiques prohibées, ou bien touchent autrement les entreprises.

1) La responsabilisation des dirigeants d'entreprise

La réflexion de base consiste à toucher directement par des sanctions les personnes physiques qui détiennent la responsabilité opérationnelle des décisions de l'entreprise. A première vue, deux voies peuvent y mener.

a) L'amplification du droit pénal

La situation du droit pénal se caractérise par deux éléments essentiels : il vise traditionnellement les personnes physiques, mais son inconvénient réside dans le fait que ses dispositions matérielles ne recouvrent que rarement des pratiques ou comportements qui sont de nature anticoncurrentielle.

La question du champ d'application personnel peut évoluer, et a évolué dans le passé, en ce que le droit pénal peut désormais atteindre non seulement les personnes physiques, mais encore les personnes morales dans l'intérêt desquelles les faits répréhensibles ont été commis (voir en ce sens la loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales). Mais il ne faudrait pas que la responsabilité pénale des personnes physiques en vienne à se dissoudre derrière celle des personnes morales, ce que la loi de 2010 tend à éviter en disposant que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques qui seraient coauteurs ou complices de l'infraction.

Par ailleurs, cette extension du champ d'application personnel du droit pénal n'apporte pas de plus-value en termes de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles, aussi longtemps que le champ d'application matériel du droit pénal ne couvre pas tous les comportements qui relèvent des pratiques anticoncurrentielles, ou du moins les plus graves.

C'est ainsi qu'un certain nombre de réflexions vont dans le sens d'une pénalisation des comportements et pratiques anticoncurrentiels¹¹. Un tel

¹¹ Voir par exemple:

Jörg Biermann, Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionenrechts:

Reformüberlegungen, Determinationen und Perspektiven einer Kriminalisierung von Verstößen gegen das Kartellrecht, *ZweR* 1/2007, page 1

Wouter Wils, La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution/Is

arsenal législatif pénal devrait être en mesure d'inciter les dirigeants d'entreprises à adopter un comportement responsable et légal, puisque les peines de prison emportent un effet dissuasif fort du fait notamment de la stigmatisation qu'elles comportent. Il est toutefois certain qu'un consensus social et politique important portant sur la reconnaissance des effets néfastes des faits incriminés et sur la nécessité de les combattre avec insistance est nécessaire pour pouvoir emprunter cette voie.

En pratique, la pénalisation du droit de la concurrence comporte aussi des limites et des conditions de mise en œuvre pour en assurer l'efficacité et la coordination avec le droit de la concurrence appliqué par voie administrative.

Les limites résident dans le champ d'application matériel. Les réflexions développées actuellement ne tendent en effet pas à ériger tout comportement anticoncurrentiel en infraction pénale. Elles s'orientent par contre en règle générale vers une délimitation autour des comportements les plus néfastes pour le fonctionnement de l'économie que sont les cartels horizontaux secrets

Criminalization of EU Competition Law the Answer, *Revue Lamy de la concurrence*, N° 4 août/octobre 2005, page 139

Bo Vesterdorf, Are fines the final answer to cartels in Europe?, *Concurrences*, N° 2-2009, Editorial

Florian Wagner-Von Papp, Kriminalisierung von Kartellen, *Wirtschaft und Wettbewerb*, N° 3/März 2010, page 268

Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Volume 9°N° 3, Ententes: Sanctions pénales contre les personnes physiques

portant sur la fixation des prix, les restrictions de production ou les répartitions de marchés et/ou de clientèle.

Les conditions de mise en œuvre requièrent d'une part des mesures pour assurer l'intégrité des programmes de clémence opérés par les autorités de concurrence au Luxembourg et dans d'autres pays. Ces programmes sont un outil essentiel pour détecter et ainsi mettre fin aux cartels secrets en assurant une immunisation ou une réduction de la sanction pécuniaire encourue par les entreprises. Il s'agirait alors d'éviter que les dirigeants ne s'abstiennent de faire fruit du programme de clémence, par crainte des sanctions personnelles encourues par eux sur le plan pénal. Une mise en œuvre coordonnée des volets pénal et administratif du droit de la concurrence requiert en outre des instruments de coopération, de collaboration et de communication d'informations entre les autorités pénales et administratives.

Une présentation détaillée et exhaustive de tous les problèmes, considérations et implications qu'une pénalisation pourrait entraîner dépasserait évidemment le cadre de ce rapport annuel. Le lecteur intéressé est renvoyé notamment aux auteurs cités dans la note de bas de page N° 7.

b) Les interdictions professionnelles

Une autre voie pour toucher plus directement les dirigeants responsables du fonctionnement de l'entreprise sont les interdictions professionnelles, c.-à-d. les décisions qui leur interdisent pour une durée déterminée d'exercer des fonctions dirigeantes dans n'importe quelle entreprise¹². De telles décisions ont l'avantage de concerner directement les personnes individuelles qui ont le pouvoir au sein de l'entreprise de prévenir la survenance de faits anticoncurrentiels, et les incite partant à mettre en place les procédures internes nécessaires pour que cela ne se produise pas (audits internes, programmes de mise en conformité, ...). Par rapport au droit pénal, elles ont l'avantage de ne pas comporter la stigmatisation que comporte une condamnation pénale, avec toutes les circonstances y associées, tel que l'inscription dans le casier judiciaire.

Une législation qui irait dans ce sens doit être bien rédigée afin de réellement toucher les dirigeants qui ont une responsabilité opérationnelle dans les activités de l'entreprise et qui ont les moyens pour prévenir ou mettre un terme à des agissements illégaux. Il est certain qu'il y a tout un ensemble d'éléments à prendre en considération pour pouvoir utilement sanctionner un individu sur cette base.

¹² Des règles en ce sens existent actuellement par exemple au Royaume Uni avec le Company Directors Disqualification Act de 1986.

Au-delà des conditions de fond pour prendre une telle mesure, la question de l'autorité compétente pour l'adopter est aussi importante. Différentes issues peuvent ici être envisagées : soit les autorités de concurrence en parallèle à une décision de sanction contre l'entreprise, soit les autorités pénales comme sanction additionnelle lorsque des procédures pénales sont possibles, soit une autre autorité à désigner à cet effet.

Par rapport à ce dernier point, on peut soutenir qu'actuellement il existe au Luxembourg une autorité administrative dispose virtuellement du pouvoir d'adopter des décisions qui vont dans le sens des interdictions professionnelles. La loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi que certaines professions libérales prévoit en effet que les activités visées par cette loi ne peuvent être exercées que sous le couvert d'une autorisation d'établissement à établir par le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement. L'octroi de ces autorisations est soumis à des conditions d'honorabilité et de qualification professionnelle, tandis que les autorisations octroyées peuvent être retirées pour des motifs qui en auraient justifié le retrait. La loi cite expressément comme éléments pouvant être pris en considération pour apprécier l'honorabilité du postulant le fait de s'être soustrait à ses obligations fiscales ou sociales, d'avoir été impliqué dans une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire ou d'avoir été pénalement

condamné pour des faits de concurrence déloyale. Dans le même sens, on peut penser que le fait de s'être associé intentionnellement à un comportement anticoncurrentiel caractérisé puisse être invoqué à l'égard d'un dirigeant d'entreprise pour opérer le retrait de l'autorisation d'établissement dont il bénéficie.

2) La prise de conscience des entreprises

La responsabilisation des dirigeants d'entreprises n'empêche pas de rechercher d'autres voies pour parfaire l'action à l'égard des entreprises elles-mêmes.

a) L'exclusion des procédures de soumissions publiques

Dans certains secteurs, les marchés publics publiés et attribués par les pouvoirs publics génèrent une part importante du chiffre d'affaires des entreprises. Le fait de les exclure de toute participation à de telles procédures publiques peut donc être de nature à les toucher directement dans leur activité commerciale. Le risque d'encourir une telle mesure peut les inciter à ne pas se lancer dans des comportements anticoncurrentiels qui puissent entraîner une telle sanction. Elle serait particulièrement pertinente lorsque la pratique

anticoncurrentielle a non seulement heurté le droit de la concurrence, mais a encore empêché la mise en œuvre normale de la législation sur les marchés publics.

Actuellement, la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics semble ouvrir cette possibilité, en ce que le pouvoir adjudicateur peut prononcer à l'encontre des entreprises une exclusion temporaire pour une durée maximale de deux ans de la participation aux marchés publics organisés par lui, notamment lorsqu'elles ont manqué de probité commerciale. Sous réserve de l'appréciation à faire sur ce point par les différents pouvoirs adjudicateurs, on peut estimer que le fait de commettre une violation caractérisée du droit de la concurrence entravant le fonctionnement normal du marché peut être considéré comme manquement à la probité commerciale. Le doute sur ce point pourrait être levé par une précision législative. Par ailleurs, une réflexion pourrait être menée sur la question de savoir si la durée maximale de deux années emporte un effet dissuasif suffisant, et s'il ne serait pas opportun de sonder les possibilités d'étendre les effets de l'exclusion aux marchés publics organisés par tous les pouvoirs publics, et non pas seulement par celui originairement concerné¹³.

¹³ Par rapport à ces deux aspects, le Conseil relève que pour certaines infractions à la législation sociale et du travail, le tribunal correctionnel peut exclure les employeurs et chefs d'entreprises de la participation aux marchés publics passés par l'Etat, les communes, les syndicats de communes et les établissements publics pour une durée de trois mois à trois ans (Loi du 17 juin 1994 fixant

b) Les actions privées en dommages-intérêts

Les comportements anticoncurrentiels adoptés par les entreprises ont souvent pour effet de générer non seulement une perturbation des mécanismes du marché, mais encore un préjudice dans le chef de leurs concurrents ou clients. La violation de l'ordre public économique est sanctionnée par les amendes pécuniaires imposées aux entreprises, ainsi que le cas échéant par d'autres sanctions. Mais très souvent, le gain empoché du fait de ces comportements dépasse le montant des sanctions publiques, de sorte que les entreprises fautives se retrouvent en fin de compte gagnantes sur un plan strictement financier.

Pour éviter ces situations injustes, une solution pourrait consister à fixer les amendes en fonction du gain commercial réalisé afin d'écrémer ce dernier. Mais ceci amènerait souvent à devoir imposer des amendes disproportionnées et à un niveau prohibitif, de nature à mettre en cause le cas échéant la survie même des

les mesures en vue d'assurer le maintien de l'emploi, la stabilité des prix et la compétitivité des entreprises, modifiant en ce sens différentes autres lois).

En outre, la loi du 3 mars 2010 sur la responsabilité pénale des personnes morales prévoit dans l'échelle des sanctions qui peuvent être prononcées à l'encontre de celles-ci l'exclusion de la participation à des marchés publics, sans restriction quelconque quant aux infractions qui peuvent entraîner cette sanction, quant aux pouvoirs adjudicateurs concernés et quant à la durée possible de cette exclusion.

entreprises, sans que cela n'apporte une plus-value économique, mais au contraire en restreignant éventuellement la pression concurrentielle existante sur le marché.

La suppression du gain réalisé illicitement s'opère alors plus utilement en restituant les montants en question aux victimes des comportements illégaux dans le cadre d'une action en responsabilité civile de droit commun. L'obstacle sur cette voie réside dans le fait qu'en fonction de la nature du comportement anticoncurrentiel, le préjudice peut se retrouver réparti entre un nombre important d'entreprises intermédiaires, ou encore une quantité innombrable de consommateurs finaux, de telle façon à ce que les victimes individuelles sont réticentes, en raison de la disproportion entre d'une part de l'ampleur limitée de leur préjudice personnel et d'autre part des longueurs et coûts associés à une action judiciaire, à entreprendre cette démarche.

Ces aspects font l'objet d'importantes réflexions depuis quelques années. Au niveau communautaire, ces réflexions et discussions ont mené à la présentation le 2 avril 2008 par la Commission européenne d'un livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante. Ce livre blanc retrace différentes options qui peuvent être explorées pour favoriser le développement des actions privées en dommages-intérêts. Suite à la consultation publique qui avait été organisée après la publication de ce

livre blanc, il est prévu que la réflexion débouche sur une initiative communautaire afin de tenter d'établir un certain nombre de règles communes à travers l'Europe.

Alors même que les options développées dans ce livre blanc s'inscrivent dans une vision indemnitaire, et non pas sanctionnatrice, on peut admettre que le risque d'être réellement poursuivi devant un tribunal civil en vue de devoir restituer les gains illicites encaissés du fait d'une pratique anticoncurrentielle peut inciter les entreprises à ne pas s'engager dans un comportement de nature à constituer une violation du droit de la concurrence.

3) Le renforcement des moyens de détection

Une dissuasion efficace ne peut reposer sur la seule ampleur des sanctions encourues par les contrevenants. Elle requiert au contraire comme préalable que les comportements illégaux soient effectivement détectés et poursuivis.

a) La procédure de clémence

La procédure de clémence permet aux participants à une entente secrète de s'adresser aux autorités de concurrence pour leur apporter toutes

les connaissances qu'elles ont sur l'étendue et le fonctionnement de cette entente. En contrepartie de cette coopération, elles peuvent bénéficier d'une immunité totale ou d'une réduction partielle de la sanction financière que l'autorité de concurrence serait amenée à prononcer à leur encontre en fin de procédure. Cette possibilité suscite des appréhensions par rapport au fait que l'auteur d'une violation de la loi peut échapper à toute sanction, mais son existence se justifie par son efficacité pour combattre des faits qui autrement auraient eu peu de chances d'être découverts. Par ailleurs, ces programmes ne sont pas primordialement destinés à récompenser des auteurs de faits révolus, mais à assurer qu'il soit mis fin aux ententes secrètes qui sont encore mises en application au moment de la demande de clémence afin que le jeu normal des mécanismes du marché reprenne son empire.

Un certain nombre d'arguments militent donc en faveur de l'existence des programmes de clémence et de la recherche de moyens pour les rendre toujours plus efficaces. L'assurance d'une efficacité optimale comporte la nécessité d'une étroite coopération entre autorités de concurrence de différents pays, puisque très souvent, les activités économiques organisées dans le cadre d'une entente touchent plusieurs pays à la fois. Un autre aspect important dans ce cadre porte sur le maintien de l'intégrité de ces programmes, respectivement de celle des demandes concrètes qui sont présentées, lorsque les mêmes faits font l'objet d'investigations par

d'autres autorités de concurrence ou par des autorités judiciaires. Ces exigences ont conduit les autorités réunies au sein du Réseau Européen de la Concurrence à élaborer en 2006 un programme modèle de clémence, dont l'application a fait l'objet d'une évaluation en 2009, et à continuer à chercher des moyens pour améliorer le fonctionnement et l'interaction des différents programmes.

Les procédures de clémence ont cependant en règle générale vocation à s'appliquer uniquement aux ententes du type cartel horizontal secret, à l'exclusion notamment des pratiques d'abus de position dominante ou des ententes dans le cadre de chaînes de distribution verticales. Elles ne se suffisent donc pas à elles-mêmes pour assurer un niveau de détection suffisant de toutes les sortes de pratiques anticoncurrentielles.

b) Les ressources humaines, financières et juridiques

Pour mener une action de détection efficace, les autorités de concurrence doivent disposer d'une panoplie complète d'instruments pour détecter les éventuels dysfonctionnements des marchés et pour réellement être en mesure de rassembler les éléments de preuve nécessaires pour démontrer l'existence des pratiques anticoncurrentielles et les imputer à une ou plusieurs entreprises individualisées.

Les pouvoirs d'investigation prévus par la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence (demandes de renseignements, décisions de demandes de renseignements, auditions, enquêtes dans les locaux des entreprises et le cas échéant dans les lieux d'habitation des personnes liées aux entreprises, expertises) offrent un éventail de moyens d'action suffisamment large pour mener utilement une enquête.

Le projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004, en prévoyant notamment la possibilité pour le Conseil de la concurrence de mener des enquêtes sectorielles ou des enquêtes sur des types d'accord apporte des moyens de détection supplémentaires qui permettront à l'autorité de concurrence de cibler son activité d'investigation.

Luxembourg, mars 2010

Thierry HOSCHEIT
Président

Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

Pierre CALMES
Conseiller