



CONSEIL DE LA
CONCURRENCE

Rapport
annuel

2012

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Rapport annuel 2012

(dressé en exécution de l'article 7, paragraphe 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence)

Aux termes de l'article 7, paragraphe 5 de la loi du 23 octobre 2011 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 est consacré aux travaux menés par le Conseil au cours de l'année 2012. Dans une deuxième partie, le Conseil reprend l'optique adoptée lors des rapports annuels des années précédentes consistant à traiter certains thèmes liés à ses activités. Dans ce cadre, le Conseil aborde cette année les procédures négociées en droit de la concurrence. En effet, fin 2012, le Conseil de la concurrence a pour la première fois, usé de la faculté offerte par l'article 13 de la loi organique, pour rendre deux décisions sur base d'engagements présentés par des entreprises.

Table des matières

I) Le cadre réglementaire et institutionnel	3
A) La loi du 23 octobre 2011	3
B) Le Conseil de la concurrence	3
II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2012.....	5
A) Généralités et administration	5
B) Application du droit de la concurrence	5
1. Décisions sur le fond	5
2. Amendes et astreintes (en dehors d'une procédure de fond).....	7
3. Mesures conservatoires	9
4. Engagements	10
5. Rejets de plainte	12
C) La coopération internationale	14
1. Activité générale.....	14
2. Les réunions du REC.....	14
6. Les groupes d'experts « horizontaux ».....	15
7. Les groupes d'experts « sectoriels ».....	17
8. L'activité de coordination et consultation avec la Commission.....	18
9. Le comité consultatif	19
10. L'activité européenne en dehors du REC	19
11. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).....	19
12. La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED)	20
13. Les organisations privées au niveau international : ICN et ECA	20
14. Competition Days	20
D) Politique de communication et manifestations publiques	21
III) Les procédures négociées en droit de la concurrence.....	22
1. La procédure communautaire basée sur l'article 9 du règlement 1/2003	24
2. Les étapes procédurales menant à la décision sur engagements adoptée par la Commission européenne	25
3. Les (éventuelles) étapes procédurales postérieures à la décision adoptée par la Commission européenne	27
4. La procédure basée sur l'article 12 de la loi de 2011	28
5. La négociation des engagements	30
IV) Annexes	31
Annexe 1 : Règlement intérieur du Conseil de la concurrence.....	31
Annexe 2 : Tableau récapitulatif au 31 décembre 2012 des décisions et actes adoptés et des recours exercés à leur encontre.....	38

I) Le cadre réglementaire et institutionnel

A) La loi du 23 octobre 2011

Après de longs travaux parlementaires (projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence), la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a été abrogée par la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence qui est entrée en vigueur le 1^{er} février 2012.

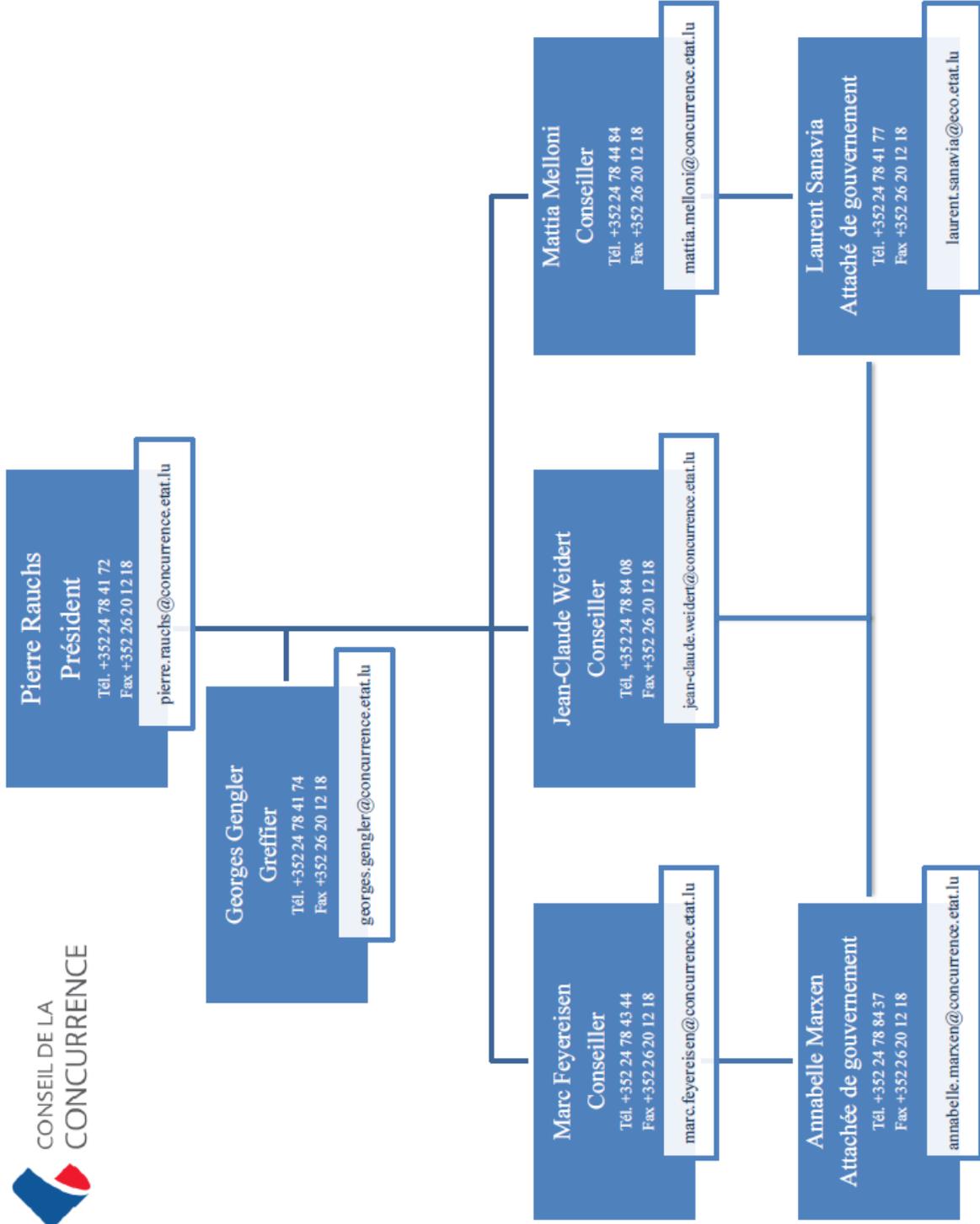
La loi de 2004 a donc encore survécu durant le premier mois de l'année écoulée.

B) Le Conseil de la concurrence

Le nouveau Conseil se compose actuellement comme suit :

- Pierre Rauchs
Président, depuis le 1^{er} novembre 2011
- Marc Feyereisen
Conseiller, depuis le 20 mars 2012
- Jean-Claude Weidert
Conseiller, depuis le 1^{er} avril 2012
- Mattia Melloni
Conseiller, depuis le 1^{er} mai 2012

- Claude Bingen
Conseiller-suppléant, depuis le 1^{er} février 2012
- Pierre Calmes
Conseiller-suppléant, depuis le 1^{er} février 2012
- Thierry Hoscheit
Conseiller-suppléant, depuis le 1^{er} février 2012
- Paulette Lenert
Conseiller-suppléant, depuis le 1^{er} février 2012
- Thierry Lallemand
Conseiller suppléant, depuis le 27 avril 2012



II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2012

A) Généralités et administration

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 octobre 2011 et de la reprise des missions de la défunte Inspection par le Conseil, ce dernier n'emploie plus une seule personne (son Président), mais au 1^{er} décembre 2012, 4 conseillers effectifs, dont le Président, une attachée d'administration faisant partie du cadre du Conseil de la concurrence, un attaché de gouvernement détaché au Conseil de la concurrence et un greffier chargé des tâches administratives du Conseil.

Conformément à l'article 7, 3^{ème} paragraphe de la loi de 2011, le Conseil a adopté en date du 11 juin 2012 son règlement intérieur, lequel texte organise le fonctionnement administratif du Conseil, définit les différentes formations du Conseil et précise la procédure à suivre par le conseiller désigné, les enquêteurs et la formation collégiale de décision. Cet important texte de procédure est annexé au présent rapport annuel.

B) Application du droit de la concurrence

Le présent rapport ne peut, pour des raisons de confidentialité, évoquer les affaires faisant l'objet d'une enquête. Il se borne dès lors à reproduire à cet endroit les décisions finales les plus importantes que le Conseil a rendues en 2012.

1. Décisions sur le fond

- Décision N°2012-FO-08 du 20 décembre 2012 (ULC contre assurances)

Par décision du 20 décembre 2012, le Conseil de la concurrence a infligé une amende d'un montant total de 676 807 euros à neuf compagnies d'assurances actives sur le marché de l'assurance "responsabilité civile auto" ainsi qu'à l'Association des Compagnies d'Assurances (ACA).

A la suite d'une plainte introduite par l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs (ULC) en date du 21 septembre 2011, l'ancienne Inspection de la concurrence a entamé une enquête contre les compagnies d'assurances qui, en juin 2011 avaient signé une "Note interprétative relative aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 11 novembre 2003 pris en exécution de la loi modifiée du 16 avril 2003 relative à l'assurance obligatoire RC AUTOS en matière de

Bonus/Malus” (ci-après : “la Note”). Dans la Note, les assureurs se sont mis d’accord sur une application uniforme et homogène par tous les concurrents du règlement Bonus/Malus. De cette interprétation abusive du règlement, défavorable pour la majorité des consommateurs, il découlait notamment qu’un preneur d’assurance qui souhaitait assurer un deuxième véhicule se voyait attribuer pour ce véhicule le degré de base (11) dans l’échelle Bonus/ Malus même si le premier véhicule était classé dans un degré plus favorable que le degré (11). L’autonomie des entreprises d’assurance, dans la poursuite de leur politique commerciale, a en outre été limitée par l’interdiction pour les assureurs d’appliquer un mécanisme tarifaire propre à neutraliser la variation de l’échelle Bonus/Malus. La restriction de concurrence est encore soulignée par un système de sanction mis en place par les signataires de la Note.

Le Conseil de la concurrence est d’avis que la note établie par l’ACA et signée par les compagnies d’assurance constitue une restriction de la concurrence interdite par la législation anti-cartel. Le niveau des amendes a été fixé comme suit:

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

Dans l’appréciation du niveau des amendes, le Conseil de la concurrence a tenu compte des circonstances suivantes:

Circonstances aggravantes:

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

Circonstances atténuantes:

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

Le Conseil de la concurrence est encore d'avis qu'il n'appartient pas aux entreprises d'autoréguler leur secteur. La fonction d'encadrement réglementaire des activités d'assurance revient en effet au Commissariat aux Assurances en vertu de la législation en la matière.

Le Conseil de la concurrence tient encore à signaler que la loi anti-cartel ne lui donne pas compétence pour tirer les conséquences civiles de l'interdiction de l'entente. Le sort des contrats d'assurance conclus en violation des règles de la concurrence peut être négocié entre les parties alors qu'en matière d'assurance il existe une procédure de médiation mise en place par l'ULC et l'ACA. En dernière instance, ce sont les juridictions civiles qui doivent trancher les litiges individuels entre compagnies d'assurance et consommateurs.

2. Amendes et astreintes (en dehors d'une procédure de fond)

- Décision N°2012-AA-01 du 6 juillet 2012

En date du 6 avril 2011, le Conseil de la concurrence a prononcé à l'encontre de la [REDACTED]¹ une amende et une astreinte pour ne pas avoir répondu à la demande de renseignements que l'Inspection de la concurrence lui a transmise le 25 août 2010 sur base de l'article 13, 3^{ème} paragraphe de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Le Conseil estime qu'il y a lieu d'arrêter le cours de l'astreinte à partir du 17 mai 2011, date de fourniture de la première réponse de la [REDACTED]² et fixe par décision 2012-AA-01 du 6 juillet 2012 le montant définitif de l'astreinte au montant de 3900 €.

¹ Pour des raisons de confidentialités, le nom de l'entreprise concernée a été occulté

² Pour des raisons de confidentialités, le nom de l'entreprise concernée a été occulté

- Décision N°2012-AA-02 du 17 juillet 2012 (affaire Coditel)

Le Conseil de la concurrence avait retenu dans une décision du 10 décembre 2010 des violations au droit de la concurrence par la s.à r.l. Coditel. La même décision avait imposé un certain nombre d'obligations à la s.à r.l. Coditel qu'elle devait exécuter avant le 13 février 2011, sous peine d'une astreinte de 1.000€ par jour de retard.

La s.à r.l. Coditel n'a pas exercé de recours contre cette décision devenue définitive.

Dans son bilan publié en date du 18 juillet 2011, le Conseil de la concurrence est arrivé à la conclusion que la s.à r.l. Coditel n'avait pas correctement mis en œuvre tous les aspects de sa décision du 10 décembre 2010.

Au 18 juillet 2011, la s.à r.l. Coditel s'était conformée aux obligations suivantes :

- Suppression de la facturation des 2^{ème} et 3^{ème} abonnements dans le cadre de la distribution analogique dans l'hypothèse d'une installation par le client sans l'intervention de la s.à r.l. Coditel;
- Suppression de l'obligation d'avoir recours aux équipements techniques (set top box) commercialisés par la s.à r.l. Coditel ;
- Information de la clientèle sur les spécifications techniques auxquelles doivent répondre les équipements techniques (set top box) pour être compatibles;
- Commercialisation d'un équipement technique (set top box) pourvu de fonctions minimales.

Dans sa décision du 17 juillet 2012, le Conseil de la concurrence considère que la s.à r.l. Coditel s'est finalement conformée aux obligations supplémentaires suivantes :

- Suppression de la facturation des 2^{ème} et 3^{ème} abonnements dans le cadre de la distribution numérique ;
- Information vis-à-vis de la clientèle sur les aspects suivants:
 - option offerte aux clients dans le cadre de la distribution analogique entre l'installation de prises multiples par le client lui-même et l'installation de prises multiples par la s.à r.l. Coditel;
 - existence du libre choix des équipements techniques (set top box) pour les clients;
 - possibilité pour les clients d'utiliser à titre gratuit un équipement technique (set top box) pourvu de fonctions minimales.

Dans le cadre des discussions menées entre le Conseil de la concurrence et la s.à r.l. Coditel, cette dernière a encore mis en place une offre d'abonnement numérique

incluant pour le prix d'un abonnement une offre de base en chaînes de télévision sur trois postes de télévision et le « Bouquet TV plus » sur le premier poste de télévision. Le Conseil a aussi noté que la s.à r.l. Coditel a fait des efforts pour améliorer sa communication avec ses clients, notamment en installant son call center au Luxembourg.

Conformément aux articles 22, 2^{ème} paragraphe, et 36, 3^{ème} paragraphe, de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence a la faculté de fixer le montant définitif de l'astreinte qui peut être inférieur à celui qui résulte de la décision initiale, lorsque l'entreprise a satisfait à l'obligation pour laquelle l'astreinte a été infligée.

La s. à r. l. Coditel ayant satisfait aux obligations qui lui incombent en vertu de la décision du 10 décembre 2010 applicable à partir du 11 février 2011, partiellement au courant de l'année 2011 et intégralement à partir du 11 juillet 2012, le Conseil a fixé le montant définitif de l'astreinte à 180.000 euros.

Le Conseil de la concurrence a pris connaissance d'un certain nombre de problèmes particuliers de clients de la s.à r.l. Coditel. Les compétences légales du Conseil ne lui donnent cependant pas la possibilité d'intervenir dans les relations contractuelles individuelles. La s.à r.l. Coditel a toutefois donné son assurance de traiter avec sérieux et diligence les problèmes qui seraient portés à sa connaissance.

3. Mesures conservatoires

- Décision N°2012-MC-02 du 24 août 2012 (Telecom Luxembourg contre l'Entreprise des Postes et Télécommunications)

Par courrier du 22 mai 2012, Telecom Luxembourg (ci-après « TL ») a saisi le Conseil de la concurrence pour le compte de TL d'une plainte ainsi que d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après : « l'EPT ») sur base de l'article 12 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. La plainte et la demande de mesures conservatoires visent l'« Offre de Référence Connectivité Internet » (ci-après : « ORCE »), laquelle ORCE fixe les conditions minimales accordées par l'EPT aux autres opérateurs en communications électroniques (ci-après : « les opérateurs alternatifs ») dans le but de permettre à ces opérateurs d'offrir leurs services d'accès à Internet à leurs propres clients finals.

Selon la plaignante TL, l'EPT aurait commis un abus de position dominante interdit par l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence par le fait de proposer des prix prédateurs inférieurs à ses coûts variables moyens dans le cadre de l'offre ORCE.

La demande de mesures conservatoires a pour objet le retrait de l'offre ORCE sous peine d'une astreinte d'un montant de 10.000 euros par jour.

Le plaignant n'ayant, au stade actuel de la procédure, établi ni un abus de position dominante dans le chef de l'EPT, ni une atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante, ni une atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique, la demande en instauration de mesures provisoires est rejetée par le Conseil de la concurrence.

4. Engagements

- Décision N°2012-E-04 du 23 novembre 2012 (affaire Valora)

Par décision du 23 novembre 2012, le Conseil de la concurrence a accepté des engagements présentés par Valora Luxembourg s. à r. l. qui éliminent les problèmes de concurrence constatés dans le secteur de la distribution de la presse nationale et internationale au Luxembourg.

En janvier 2011, deux plaintes à l'encontre de Valora ont été adressées par des magasins de journaux à l'ancienne Inspection de la concurrence. Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} février 2012 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le conseiller désigné pour mener l'enquête a retenu une série de reproches contre Valora dans une communication des griefs lui adressée en date du 3 août 2012. Ces reproches, reposant sur les plaintes et les résultats des investigations du conseiller désigné, ont relevé les problèmes de concurrence suivants:

Les contrats qui lient Valora aux vendeurs de la presse contiennent une série de clauses susceptibles de constituer un abus de position dominante de la part de Valora. Il s'agit notamment de clauses d'approvisionnement exclusif, de l'obligation pour les détaillants d'exposer 1000 titres, de l'installation, aux frais des détaillants, d'une enseigne lumineuse et du mobilier d'exposition agréé par Valora dans les points de vente, d'heures d'ouverture particulièrement contraignantes ainsi que des obligations pour les détaillants de limiter les invendus et de supporter une commission sur la reprise des invendus par Valora. Certains détaillants se sont également plaints de l'introduction d'un nouveau système informatique par Valora qui ne leur permettrait plus de vérifier quotidiennement les livraisons à l'aide de récapitulatifs journaliers.

Tout en contestant le bienfondé des reproches retenus contre elle, Valora a proposé entre le 16 octobre et le 9 novembre 2012 des engagements propres à lever les problèmes de concurrence soulevés par la communication des griefs. Dans sa décision du 23 novembre 2012, le Conseil de la concurrence avalise la communication des griefs du conseiller désigné et accepte les engagements proposés par Valora. Les clauses litigieuses pré-décrites seront supprimées par

Valora qui s'engage en outre à réfléchir sur l'introduction d'un nouveau récapitulatif journalier. A l'exception de l'engagement relatif au récapitulatif qui sera réexaminé après un délai de 7 mois à compter du jour de la notification de la décision, les engagements doivent être mis en pratique le 1^{er} mai 2013 au plus tard. Le Conseil de la concurrence vérifiera la mise en œuvre des engagements endéans les délais fixés dans la décision et invite les détaillants de la presse à lui faire part des problèmes qui, le cas échéant, subsisteraient sur le marché après le 1^{er} mai 2013. La décision met un terme à la procédure d'infraction dirigée contre Valora.

Le Conseil de la concurrence souligne que cette décision sur engagements est la première de ce type adoptée depuis l'existence de la législation de concurrence au Luxembourg. C'est une décision qui s'appuie sur une procédure présentant des avantages importants pour les entreprises et mérite à ce titre une grande attention de la part du Conseil de la concurrence. En premier lieu, les décisions d'engagements sont adoptées sans imposition d'une amende à l'encontre des entreprises visées. Elles marquent un point final à des querelles juridiques à l'issue incertaine au bout de procédures longues et très coûteuses tant pour les entreprises en cause que pour l'Administration. Pour le Conseil de la concurrence, cette nouvelle approche par décision sur engagements amorce une politique qui n'est pas en premier lieu axée sur ses missions punitives, mais orientée vers le rétablissement rapide d'une concurrence effective sur les marchés dans l'intérêt des entreprises et des consommateurs.

- Décision N°2012-E07 du 18 décembre 2012 (Dintec contre l'Entreprise des Postes et Télécommunications)

Par décision du 18 décembre 2012, le Conseil de la concurrence a accepté les engagements présentés par l'Entreprise des Postes et Télécommunication dans le cadre d'une procédure ouverte contre elle pour abus de position dominante et pour entente au sens des articles 3 et 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

En novembre 2004, l'administrateur-délégué de la société Dintec Participation S.A. avait porté plainte contre l'Entreprise des P&T auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence. Dintec Participation S.A. est la société faitière d'un groupe de sociétés actives, entre autres, dans le secteur des services postaux et de ce fait en concurrence directe avec l'Entreprise des P&T. Suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} février 2012 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le conseiller désigné pour mener l'enquête a retenu, parmi l'ensemble des reproches faites dans la plainte, celui d'un abus de position dominante en raison du refus de l'Entreprise des P&T d'accorder un accès aux boîtes postales détenues par ses clients aux autres sociétés actives dans le secteur des services postaux.

Les entreprises privées qui distribuent du courrier pour le compte de leurs clients sont confrontées au problème que l'Entreprise des P&T exige qu'elles payent le tarif postal normal pour chaque courrier qu'elles souhaitent déposer dans une boîte postale. Comme il est souvent difficile ou impossible de délivrer des envois destinés à des détenteurs d'une boîte postale autrement que via cette boîte postale, ces prestataires doivent alors soit refuser le courrier qui porte comme adresse une boîte postale, soit refacturer le tarif de la poste à leur client. C'est pourquoi le conseiller désigné en charge de l'enquête a conclu que l'accès aux boîtes postales dans des conditions transparentes et non-discriminatoires serait essentiel au maintien d'une concurrence effective dans le secteur postal.

Par ailleurs, l'accès à des facilités essentielles telles que les boîtes postales pour certaines entreprises dans le secteur des services postaux est prévu dans le projet de loi sur les services postaux, qui sera probablement encore voté par la Chambre des députés avant la fin de l'année.

Tout en contestant le bienfondé des reproches retenus contre elle, l'Entreprise des P&T a proposé le 24 septembre et le 22 octobre 2012 des engagements propres à résoudre le problème de l'accès des prestataires de services postaux aux boîtes postales. Désormais, ces prestataires peuvent signer avec l'Entreprise des P&T une convention qui leur permet de déposer dans les bureaux de poste le courrier destiné à des détenteurs de boîtes postales à des conditions nettement plus avantageuses que les tarifs postaux normaux.

Dans sa décision du 23 novembre 2012, le Conseil de la concurrence avale la communication des griefs du conseiller désigné et accepte les engagements proposés par l'Entreprise des P&T. La décision met un terme à la procédure d'infraction dirigée contre l'Entreprise des P&T.

5. Rejets de plainte

Ne sont ici répertoriées que les affaires qui ont été clôturées par un rapport d'un conseiller à la suite d'une enquête approfondie et non pas celles qui, à la suite d'une analyse plus superficielle, ont été classées pour incompétence, absence d'objet, absence de cause, absence d'intérêt à agir ou libellé obscur ou manifestation dénuées de tout fondement. Il en est de même des affaires dont le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour donner suite à une plainte.

- Décision N°2012-RP-05 du 30 novembre 2012 (Convis contre CRV)

Le 11 octobre 2010, la coopérative Convis (N ° RCS : B113221) sise à L-9004 Ettelbrück, 4, zone Artisanale et Commerciale, a déposé une plainte auprès de

l'Inspection de la concurrence à l'encontre de la société CRV Luxembourg s. à r. l. (CRV) concernant d'éventuelles violations de la loi relative à la concurrence pour abus de position dominante au niveau de l'exploitation de ses « services de reproduction » et de la tenue des « Herd-Book » pour le bétail dans le Grand-Duché de Luxembourg.

Après examen de tous les éléments et après avoir conclu à une non-violation de l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 (dont le texte a été entériné dans la loi du 23 octobre 2011), le Conseil de la concurrence a rejeté la plainte.

- Décision N°2012-RP-06 du 3 décembre 2012 (Ministre du Développement durable et des Infrastructures contre menuiseries)

En date du 1^{er} avril 2009, le ministre du Développement durable, Département des Travaux Publics a porté plainte contre les deux entreprises allemandes Hees & Peters GmbH et Epper GmbH, situées à Bitburg respectivement Trèves, pour concertation de prix lors d'une soumission publique du 5 février 2009 concernant les travaux d'équipements spéciaux pour ateliers de menuiserie au Lycée du Nord à Wiltz.

Après analyse de tous les éléments du dossier, en l'absence de pluralité d'acteurs, aussi qualifiés « *d'opérateurs économiques étant habilités de déterminer de manière autonome la politique qu'ils entendent suivre sur le marché* », et en l'absence d'une possibilité de collusion anticoncurrentielle, un concours de volontés exigeant comme élément constitutif au moins deux acteurs, le Conseil

- retient qu'aucune atteinte à l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence n'a été commise.
- prononce la décision définitive de rejet de la plainte du ministre du Développement durable déposée le premier avril 2009.

C) La coopération internationale

1. Activité générale

En 2012, le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») a participé à la mise en place de la politique européenne de la concurrence au sein du réseau européen de la concurrence (ci-après : le « REC »).

La présente partie du rapport annuel 2012 dresse une vue d'ensemble des débats auxquels le Conseil a participé au sein de ce réseau et, en particulier, sa participation aux travaux de deux groupes ou organes principaux du REC (directeurs généraux et plénière) ainsi qu'aux différents groupes d'experts et sectoriels du REC.

2. Les réunions du REC

Le pilotage des travaux du REC est assuré par les réunions des directeurs généraux qui sont préparées par les réunions plénières du REC. En 2012 l'accent a été mis sur les questions de coopération et de procès équitable, l'agro-alimentaire et notamment les défis que la nouvelle réforme de la PAC posent au droit de la concurrence ainsi que sur le programme modèle de clémence.

Enfin, le groupe de travail sur les amendes a été réactivé au sein du REC après un silence de plusieurs années.

Les réunions des directeurs généraux se sont tenues les 23 mai, 21 et 22 novembre 2012.

Les réunions plénières du REC qui préparent les travaux des réunions des directeurs généraux se sont tenus à Bruxelles le 26 avril et le 8 novembre.

Ont été approuvées en 2012 deux études comparatives rédigées par le groupe de travail sur les questions de coopération et de procès équitable concernant les pouvoirs d'enquête des autorités de concurrence membres du REC et sur le processus de décision. Elles se sont ensuite penchées sur les problèmes que la nouvelle réforme de la PAC pose au droit de la concurrence.

Le programme modèle de clémence a également été révisé et soumis pour approbation à la réunion des directeurs généraux.

6. Les groupes d'experts « horizontaux »

Ces groupes réunissent les représentants de chaque autorité nationale de la concurrence et de la Commission dans le but de favoriser une meilleure cohérence dans leur pratique décisionnelle. Il y a notamment 4 groupes de travail, à savoir le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales, la lutte contre les cartels, les amendes, les concentrations et celui sur la révision du règlement d'exemption aux accords de transfert de technologie.

- *Le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales*

Ce groupe de travail dont le but consiste à étudier les procédures nationales de chaque autorité nationale de concurrence et identifier les domaines dans lesquels des potentielles actions de convergence pourraient se réaliser afin de garantir une meilleure effectivité dans la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE s'est réuni 4 fois pendant l'année 2012, à savoir les 27 juin, 18 et 19 septembre et 12 décembre.

Deux projets entamés en 2011 concernant les pouvoirs d'enquête des autorités nationales de concurrence et leur processus de décision se sont terminés par la publication, le 31 octobre 2012 sur le site de la DG COMP, de deux rapports. Le premier rapport (« *investigative powers* » report) conclut à une forte convergence de la part des autorités de concurrence en ce qui concerne les moyens d'enquête dont disposent les autorités de concurrence (inspections, demande de renseignements et auditions). Le deuxième rapport (« *decision making-powers* » report) fait le point sur l'évolution des autorités nationales de concurrence en distinguant les modèles auxquels chaque autorité s'inspire (unitaire, dualiste et judiciaire), traite de la nature des différentes décisions susceptibles d'être adoptées par chaque autorité et présente un panorama des différentes procédures auprès de chaque autorité avec un volet sur les traitement des plaintes.

Le groupe de travail sur la coopération et les garanties procédurales s'est également lancé dans d'autres projets pendant l'année 2012 qui se termineront en 2013, à savoir un projet en matière de mesures conservatoires, d'inspections ainsi que le projet sur les différents critères de priorité desquels s'inspirent les autorités nationales de concurrence dans le traitement des affaires.

- *Le groupe de travail sur la lutte contre les cartels*

Ce groupe de travail dont le but consiste à construire et consolider auprès de chaque autorité nationale de concurrence une véritable politique européenne de lutte contre les cartels s'est réuni 5 fois pendant l'année 2012, à savoir le 13 et 14 mars, 19 et 20 juin et 8 octobre.

Presque toutes les rencontres de 2012 se sont en substance concentrées sur la rédaction du programme modèle de clémence (« ECN model leniency program »).

En 2011, un projet en matière de convergence dans le traitement des demandes de clémence avait été lancé par le groupe de travail sur la lutte contre les cartels. Ce projet a été finalisé cette année avec la publication sur le site Internet de la DG COMP du programme modèle de clémence. Or, on sait que les programmes de clémence jouent un rôle décisif pour découvrir et dénoncer tout cartel secret interdit au sens de l'article 101 TFUE. C'est dans ce contexte que le programme modèle de clémence conclut à une convergence de la part des autorités nationales de concurrence de leurs procédures de clémence. Ainsi la possibilité de faire de demandes sommaires aux autorités nationales de concurrence, lorsque la Commission apparaît comme l'autorité la mieux placée pour traiter la demande, est désormais étendue à tous les demandeurs. En plus, un modèle de formulaire en anglais a été élaboré qui permettra aux autorités nationales de concurrence, qui prévoient des demandes sommaires dans leur programme, de l'utiliser à côté du formulaire rédigé dans la langue de travail de l'autorité.

- *Le groupe de travail sur les amendes*

Le groupe de travail sur les amendes dont le but consiste à identifier des sujets spécifiques dans lesquels des potentielles actions de convergence en matière d'amendes pourraient se réaliser a été réactivé en 2012. Ce groupe de travail a eu une seule rencontre en 2012, à savoir le 26 septembre.

A l'initiative de la Commission et de l'autorité de concurrence française, les autorités nationales de concurrence et la Commission se sont rencontrées à Bruxelles le 26 septembre 2012 et elles ont échangé les informations concernant la manière dont elles calculent les amendes pour les infractions aux articles 101 et 102 TFUE.

- *Le groupe de travail des « chief economists »*

Le groupe de travail « Chief Competition Economist » s'est réuni deux fois durant l'année 2012, le 31 mai et le 6 novembre. A l'agenda figuraient les méthodes d'évaluation *ex-post* des fusions, la mesure des effets de prix suite à des changements dans l'environnement concurrentiel, ainsi que certaines études de cas, dont le plus connu était le rejet par la Commission de la fusion *Deutsche Börse/New York Stock Exchange*.

- *Les autres groupes de travail*

Le Conseil n'a pas suivi le groupe de travail sur les concentrations, le Luxembourg n'ayant pas de dispositions légales en matière de concentrations d'entreprises.

7. Les groupes d'experts « sectoriels »

A côté de groupes de travail le REC compte différents groupes qui s'occupent de l'application à certains domaines ou secteurs économiques du droit de la concurrence. En 2012 le Conseil a suivi les travaux des deux groupes « sectoriels », le premier concernant l'agro-alimentaire (« Food ») et le deuxième concernant les services financiers.

- *Le groupe sectoriel sur l'agroalimentaire (« Food »)*

Le groupe sectoriel sur l'agro-alimentaire dont l'objectif principal consiste à présenter et à discuter de sujets qui concernent notamment la surveillance des marchés agricoles et le développement d'une coopération plus étroite entre autorités nationales de concurrence dans l'agro-alimentaire s'est réuni deux fois, à savoir pendant le mois d'avril et en octobre.

La réunion d'octobre portait un regard particulier sur le « *rapport Dantin* » (du nom du député européen français Michel Dantin). Ce rapport s'inscrit dans la réforme de la politique agricole commune. Les autorités nationales de concurrence ont exprimé leur méfiance par rapport à ce rapport et se sont ainsi ralliées à l'avis de la Commission européenne. Ce rapport risque en effet de réduire les sauvegardes à la concurrence actuellement en place et risque d'éliminer la possibilité d'une analyse différenciée au cas par cas. L'adoption du rapport risque également d'accroître la probabilité d'ententes anticoncurrentielles ainsi que de faciliter les abus de positions dominantes dans le secteur agricole.

Un autre sujet discuté était celui du lancement d'une étude sur le choix et l'innovation dans le secteur alimentaire par la Commission européenne.

- *Le groupe sectoriel sur les services financiers*

Le groupe sectoriel sur les services financiers s'est réuni au cours du mois de décembre afin de faire le point sur un nombre d'affaires dans le secteur des services financiers actuellement en cours dans de nombreux pays ainsi qu'au niveau européen. Il s'agit notamment des cas MasterCard et cas Visa. Ces deux cas concernent la fixation des commissions multilatérales d'inter-change, commissions qui règlent les paiements entre banques de commerçants et banques de clients lors d'un paiement électronique, à un niveau tel que ces frais ne posent d'entraves à la concurrence.

De nombreuses autorités nationales ont initié au cours des dernières années des investigations similaires.

8. L'activité de coordination et consultation avec la Commission

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2004, du règlement 1/2003, la Commission n'a plus la compétence exclusive pour l'application des articles 101 et 102 TFUE. En effet, le règlement 1/2003 prévoit que, à côté de la Commission, les autorités nationales de concurrence sont habilitées à appliquer les règles de concurrence reprises aux articles 101 et 102 TFUE lorsque le commerce entre Etats membres de l'Union est susceptible d'être affecté de manière significative. Dans ce contexte, une coordination d'action entre autorités nationales de concurrence et Commission apparaît indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système de compétences partagées que le règlement 1/2003 a mis en place. Cette coordination se fait notamment en deux phases.

- *La première phase*

En début de procédure, chaque autorité nationale de concurrence doit informer la Commission et les autres autorités de l'ouverture d'un cas afin de pouvoir déterminer, le cas échéant, une allocation optimale des cas, conformément à l'article 11 :3^{ème} paragraphe du règlement 1/2003.

Dans la pratique, cette information se fait par la diffusion sur l'Intranet du REC d'un formulaire. Afin de pouvoir diffuser l'affaire sur l'Intranet du REC, chaque autorité doit établir si la pratique visée dans le cas qu'elle traite affecte de manière sensible le commerce intracommunautaire.

Au Luxembourg, cet examen est effectué par le conseiller désigné (rapporteur) nommé par le président du Conseil pour instruire l'affaire et aux seules fins d'informer la Commission et les autres autorités nationales de concurrence sans préjudice de l'appréciation ultérieure que le conseiller fera plus tard du cas lorsqu'il mène l'enquête ou que le Conseil fera au moment de la prise de décision.

En 2012, le Conseil a diffusé sur l'Intranet du REC 3 formulaires « fiche 11 :3^{ème} paragraphe ».

- *La deuxième phase*

En fin de procédure, les autorités nationales de concurrence doivent, au plus tard 30 jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, informer la Commission, conformément à l'article 11 :4^{ème} paragraphe du règlement 1/2003. Cette communication reste toutefois facultative vis-à-vis des autres autorités nationales de concurrence.

La communication des décisions susmentionnées à la Commission ne se fait que lorsque l'autorité applique les articles 101 et 102 TFUE.

9. Le comité consultatif

Le Conseil prend part au comité consultatif en matière de pratiques anticoncurrentielles. Créé par l'article 14 du règlement 1/2003, ce comité réunit les services de la Commission (représentants du service juridique et de la DG COMP) ainsi que tous les représentants des autorités nationales de concurrence afin de permettre à ces derniers de donner leurs avis sur les projets de décision de la Commission.

En effet, lors de l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction ou acceptant des engagements, la Commission est obligée de consulter le comité consultatif. L'avis du comité consultatif n'est cependant pas contraignant. Le comité consultatif peut également être appelé à se prononcer sur tout projet de texte touchant aux règles de concurrence de l'Union comme des communications ou lignes directrices de la Commission.

En 2012, le Conseil a participé en tant que rapporteur à une réunion dudit comité.

10. L'activité européenne en dehors du REC

Le Conseil a participé du 29 au 30 Mars 2012 à une réunion appelée « *Neighbour's Meeting* » réunissant les autorités de concurrence de la Belgique, du Danemark, des Pays-Bas, de l'Allemagne, de la France, de l'Angleterre et du Luxembourg dans un cadre informel à Gant en Belgique. Ces réunions annuelles permettent aux autorités impliquées de pouvoir procéder à un échange d'informations confidentielles au niveau des affaires en cours d'instruction. Les autres thèmes principaux abordés ont été les nouvelles technologies d'investigation, le traitement d'informations anonymes et l'uniformisation des procédures entre les différentes autorités de Concurrence.

11. 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'Étude économique sur le Luxembourg.

Le Luxembourg a assisté aux réunions du Competition Committee de l'OCDE en février et en octobre à Paris.

12. 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.

13. 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.

14. Competition Days

Les Etats-membres qui assurent la Présidence du Conseil de l'Union européenne organisent traditionnellement des journées européennes de la concurrence. Le Conseil de la concurrence y a participé du 7 au 10 mars à Copenhague et du 3 au 8 septembre à Nicosia.

D) 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.

C'est ainsi que le Conseil a rencontré le 12 janvier des représentants de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs (ULC), des représentants de l'Association des Distributeurs d'Automobiles Luxembourgeois (ADAL) le 21 juin, l'Association de l'Etude pour le Droit de la concurrence le 6 juin et le Comité de Direction de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR) le 27 novembre. En date du 24 mai, le Conseil a animé un workshop sur la concurrence organisé par la Chambre de Commerce. De même, une manifestation de sensibilisation au droit de la concurrence a été organisée le 24 mai en collaboration avec la Fédération des Industriels du Luxembourg (FEDIL). Finalement, en date du 8 juin, le Conseil a rendu visite au Tribunal de l'Union européenne où il a notamment assisté à une audience dudit tribunal.

Le site Internet du Conseil 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).

III) Les procédures négociées en droit de la concurrence

Pendant sa première année d'existence, le Conseil de la concurrence tel qu'issu de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après: la loi de 2011) a pu user de presque tous les instruments que le législateur lui a confiés: rédaction d'avis sur des projets de loi, autosaisine, impositions d'amendes pour ententes prohibées, décisions d'astreintes pour non-respect d'une décision du Conseil, décisions d'astreinte pour refus de fournir des informations à la suite d'une demande de renseignements, décision sur demande de mesures provisoires, enclenchement de la procédure en matière de demande de clémence et en matière de demande d'immunité d'amende. Voilà qui peut paraître inattendu pour ceux qui avaient critiqué le législateur pour avoir introduit de nouveaux pouvoirs dans la loi de 2011 sans doter le Conseil de ressources à la hauteur des ambitions affichées par la loi.

Les travaux du Conseil ont été clos en 2012 par deux décisions sur des engagements proposées par des entreprises, premières décisions de ce type clôturant une procédure qui certes existait déjà dans la loi de 2004, mais qui n'avait pas encore été jusqu'ici utilisée par les entreprises³. Si le rapport annuel de 2012 s'attarde sur ces décisions, c'est que celles-ci inaugurent une approche nouvelle dans la conception de la mission d'une autorité de concurrence. Toutes les fois qu'il constate des infractions de façon particulièrement graves avec des effets nocifs avérés pour l'économie, le Conseil doit certes imposer le respect des règles de concurrence en imposant de lourdes amendes aux auteurs de ces infractions. Il n'en reste pas moins que le pouvoir du Conseil ne doit pas se cantonner dans un rôle exclusivement répressif. Surveiller et punir, aujourd'hui, n'est plus l'unique apanage d'une autorité de concurrence moderne. La raison d'être d'une autorité de concurrence n'est pas de sanctionner, mais d'œuvrer pour atteindre l'objectif de politique économique qu'est le libre jeu de la concurrence. Très souvent, ce but est mieux atteint par des méthodes moins contraignantes que sont la négociation, la discussion et la coopération entre l'administration et les entreprises. Il est convenu d'appeler ces méthodes plus « douces » des « procédures négociées » et on y range communément la procédure d'engagements⁴ ainsi que la procédure de non-contestation des griefs⁵. La première de ces procédures existe au Grand-Duché (voir: les décisions EPT et Valora) ; en revanche, la deuxième de ces procédures est absente de notre législation et le Conseil recommande aux milieux intéressés de s'intéresser à l'éventualité d'introduire une telle procédure dans notre droit.

³ Décision n°2012-E-04 du 23 novembre 2012 et décision n°2012-E-07 du 18 décembre 2012

⁴ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=259

⁵ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=293

La procédure sur engagements proposés par les entreprises a son siège à l'article 13 de la loi de 2011:

« (1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le Conseiller désigné les a informées dans sa communication des griefs, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

(2) Le Conseil peut rouvrir la procédure d'office ou sur demande d'une partie intéressée au litige ou du ministre:

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un Changement important;*
- b) si les entreprises concernées contreviennent à Leurs engagements; ou*
- c) si la décision repose sur des informations inexactes, incomplètes ou dénaturées fournies par les parties »*

Ce texte ne diffère pas fondamentalement de l'article 12 de la loi de 2004 ni de l'article 9 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité:

« Art. 12. Engagements :

(1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le Conseil les a informées dans son évaluation préliminaire, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

(2) Le Conseil peut rouvrir la procédure, sur demande de l'Inspection, d'une partie intéressée au litige ou du ministre :

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;*
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements; ou*
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties. »*

Nous passerons d'abord en revue la procédure d'engagements communautaire avant de nous pencher sur la loi de 2011 illustrée par les récentes décisions en la matière.

1. La procédure communautaire basée sur l'article 9 du règlement 1/2003

L'article 9 précité n'est pas très explicite sur la procédure sur engagements :

« Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse. »

Le considérant (13) du règlement 01/2003 qui s'y rapporte est à peine plus prolix quoiqu'il livre certaines indications intéressantes⁶ :

« Considérant 13:

(13) Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pourvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de la Concurrence et les juridictions des Etats membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans le cas où la Commission entend imposer une amende. »

Ce qui est intéressant dans la procédure communautaire, c'est que la Commission n'a pas à établir d'infraction. Cela laisse sous-entendre que la procédure s'engage à un stade préliminaire de l'enquête de la Commission, avant qu'elle ne précise les griefs reprochés à l'entreprise visée, en principe donc avant la communication des griefs. La conséquence de l'ouverture précoce de la procédure de l'article 9 avant toute qualification définitive des faits est que l'entreprise en question échappera à toute amende. La Commission ne se laissera donc entraîner dans cette procédure que si elle estime que les faits ne sont pas d'une gravité telle qu'une procédure classique longue et à l'issue incertaine se justifierait. L'intérêt pour les entreprises et pour l'administration est à chercher dans la rapidité de la décision et donc dans la sécurité juridique qui est relativement vite acquise. Un bémol à ce constat doit tout de même être apporté étant donné que cette décision ne lie pas les autorités ni les juridictions nationales, comme l'annonce le considérant (13).

⁶ Le déroulement de la procédure est expliqué plus en détail dans le manuel de procédure, document de travail internet de la Commission européenne publié en mars 2012 ; Commission européenne- Manual of antitrust http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf

2. Les étapes procédurales menant à la décision sur engagements adoptée par la Commission européenne

Ces étapes sont décrites dans le manuel de procédure précité, acte unilatéral qui lie la Commission européenne, tout comme dans la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, ci-après : « la communication de 2011 ».⁷

Tout d'abord, la procédure d'engagements peut être enclenchée tant pour les comportements visés par l'article 101 TFUE que pour ceux relevant de l'article 102 TFUE. Comme expliqué précédemment, elle ne s'applique cependant pas aux ententes considérées comme injustifiables, sujettes à des sanctions pécuniaires. Le point (116) de la communication de 2011 exprime cette idée comme suit: « La Commission n'applique pas la procédure prévue à l'article 9 aux ententes secrètes relevant de la communication sur l'immunité d'amendes et de la réduction de leur montant dans les affaires d'ententes. »

Nous verrons que dans la pratique, les affaires qui se prêtent le mieux à la procédure sur engagements sont celles qui relèvent de l'article 102 TFUE étant donné qu'elles ne concernent le plus souvent qu'une seule entreprise visée, ce qui facilite énormément la négociation (contrairement aux affaires relevant de l'article 101TFUE où la Commission doit se mettre d'accord avec plusieurs entreprises visées)⁸.

Le moment à partir duquel l'article 9 peut être mis en œuvre est postérieur à ce que le 1er paragraphe de cet article appelle « l'évaluation préliminaire » de la Commission.⁹ La notion d'évaluation préliminaire n'apparaît dans aucune autre disposition du règlement 1/2003, lequel règlement est silencieux sur la signification précise de ce terme et sur le moment exact où la Commission pose cet acte de procédure. La communication de 2011 comble partiellement l'absence d'explication à propos de la notion d'évaluation préliminaire :

⁷ OJ C308/6 du 20.11.2011; les points (115)-(133) de cette communication doivent être lus en combinaison avec les dispositions du manuel de procédure.

⁸ Nous appelons « entreprise visée » celle contre qui l'enquête est menée.

⁹ En droit communautaire, l'évaluation préliminaire peut prendre la forme d'une communication des griefs quoique ceci est rare en pratique. En revanche, en droit français, les entreprises sont forcloses pour engager la procédure d'engagements après la communication des griefs: « L'article R. 464-2 du code de commerce prévoit que des engagements sont proposés au regard d'une « évaluation préliminaire des pratiques en cause », nécessairement préalable à toute notification de griefs. Il ne peut donc plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs est émise. » (communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence)

«4.2. Évaluation préliminaire

(121) Une fois convaincue de la véritable volonté de l'entreprise d'offrir des engagements qui remédieront effectivement aux problèmes de concurrence, la Commission rend une évaluation préliminaire. Conformément à l'article 9 du règlement (CE) N° 1/2003, cette dernière synthétise les faits marquants de l'affaire et recense les problèmes de concurrence qui justifieraient une décision exigeant la cessation de l'infraction. Avant de rendre son évaluation préliminaire, la Commission propose la tenue d'une réunion-bilan aux parties. »

Pour se convaincre des intentions des entreprises, il devait forcément déjà y avoir eu des contacts entre ces entreprises et la Commission, en principe par le biais d'un acte d'enquête diligenté par la Commission ayant permis aux entreprises d'avoir eu connaissance de l'ouverture d'une procédure (par exemple à travers une demande de renseignement leur adressée) et d'une réunion exploratoire. C'est ce contact entre la Commission et les entreprises qui est invoqué aux points (118) et (119) de la communication de 2011:

« 4.1. Ouverture de négociations sur des engagements

118. Les entreprises peuvent prendre contact avec la direction générale de la concurrence à tout moment pour s'informer de la volonté de la Commission de poursuivre l'instruction de l'affaire en vue d'adopter une décision sur des engagements. La Commission encourage les entreprises à signaler dès que possible leur intérêt pour la négociation d'engagements.

119. Elle propose alors une réunion-bilan aux parties. La direction générale de la concurrence indique à l'entreprise le délai dans lequel il convient de conclure la négociation sur des engagements potentiels et lui expose les problèmes de concurrence recensés à titre préliminaire au terme de son enquête. »

Après réception de l'évaluation préliminaire, les parties présentent officiellement leurs engagements propres à éliminer les problèmes de concurrence soulevés par la Commission. Ces engagements peuvent être de nature structurelle (cession d'actifs, élimination de liens structurels, licences ou brevets, modification de contrats, etc...) ou comportemental (approvisionnement non-discriminatoire, libre accès aux réseaux...)¹⁰.

¹⁰128. Les engagements doivent être dépourvus d'ambiguïté et s'appliquer directement (76). Au besoin, un mandataire (chargé du suivi de leur mise en oeuvre et/ou des cessions, le cas échéant) peut être désigné pour aider la Commission à les faire respecter. En outre, quand les engagements ne peuvent pas être mis en oeuvre sans l'accord d'un tiers (par exemple, quand un tiers qui ne constituerait pas un acheteur approprié au vu des engagements détient un droit de préemption), l'entreprise doit fournir une preuve de l'accord de ce tiers.

4.4. Consultation des acteurs du marché et échanges qui s'ensuivent avec les parties

129. Conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) N° 1/2003, la Commission doit soumettre les engagements aux acteurs du marché avant de les rendre obligatoires par voie de décision. La Commission ne consulte les acteurs du marché que si elle considère que les engagements proposés sont, à première vue, de nature à remédier aux problèmes de concurrence constatés. Pour ce faire, elle est tenue de publier au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis

Avant de rendre les engagements obligatoires, la Commission doit soumettre les engagements aux acteurs du marché, notamment le plaignant, s'il y en a, ou même à des parties qui peuvent être intéressées à l'issue de la procédure comme, par exemple, des associations de consommateurs (article 27, paragraphe 4 du règlement 1/2003 et paragraphes (129)-(133) de la communication de 2011) en publiant au Journal Officiel de l'Union européenne un avis qui contient un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements, tout en respectant les obligations liées au secret professionnel (article 28 du règlement 1/2003). Dans la pratique, il arrive que la Commission organise des réunions triangulaires avec les parties et le plaignant et/ou les tiers admis à la procédure.

A la suite de ces consultations, le fin mot appartient à la Commission qui soit rejette les propositions des entreprises visées, soit adopte une décision rendant obligatoires les engagements proposées par les entreprises après consultation du comité consultatif composé des Etats-membres de l'Union européenne.

3. Les (éventuelles) étapes procédurales postérieures à la décision adoptée par la Commission européenne

La décision de la Commission confère aux engagements proposés par les entreprises un effet juridique obligatoire. Même si en raison de l'absence probable d'une communication des griefs, elle ne constate pas juridiquement parlant de violation des règles de concurrence, la décision sur engagements peut être invoquée par les tiers devant les juridictions nationales ordinaires au soutien d'une action civile en dommages et intérêts pour les dommages subis avant cette décision.

La décision d'engagements ouvre un recours en annulation aux entreprises dans un délai de deux mois devant le tribunal de l'Union européenne. Ce recours est rare dans la mesure où il ne concerne en principe que les parties tierces qui doivent se prévaloir d'un intérêt à agir et non pas l'entreprise qui a présenté les engagements et qui donc a obtenu satisfaction par la décision d'engagements.

La Commission se réserve le droit pour contrôler si la décision d'engagements est bien respectée par les entreprises. Comme l'intérêt de la procédure d'engagements

(«avis de consultation du marché») contenant un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements, tout en respectant les obligations liées au secret professionnel (77). Elle publie également sur le site web de la direction générale de la concurrence le texte intégral des engagements (78) dans la langue faisant foi (79). Afin d'accroître la transparence de la procédure, la Commission publie aussi un communiqué de presse exposant les principaux éléments de l'affaire et les engagements proposés. Si une plainte est à l'origine de l'affaire, la Commission informe également le plaignant, à ce stade, de la consultation des acteurs du marché et l'invite à présenter des observations. Les tiers admis à la procédure sont également informés et invités à présenter des observations. Si la Commission le juge nécessaire, elle peut organiser des réunions triangulaires avec les parties et le plaignant et/ou les tiers admis à la procédure.

tant pour la Commission que pour les entreprises réside dans la célérité de la procédure, les engagements acceptés par la Commission doivent en principe être faciles à monitorer.

Comme l'article 9, 2^{ème} paragraphe du règlement 1/2003 le prévoit, la réouverture de la procédure par la Commission demeure toujours possible dans trois hypothèses, à savoir la survenance d'un changement important au niveau des faits sur lesquels repose la décision, le non-respect de la décision de la Commission par les entreprises et, enfin, lorsqu'il apparaît que la décision repose sur des informations incomplètes, inexacts ou dénaturés fournis par les entreprises. Les juridictions nationales et les autorités nationales de concurrence sont également compétentes pour faire respecter les décisions d'engagements de l'article 9. Une fois la décision adoptée, tout « tiers intéressé » (qu'il soit impliqué depuis le début de la procédure ou bien qu'il s'estime lésé par le non-respect des engagements, telle une association de consommateurs) peut ainsi déposer un recours devant les juridictions ou autorités de la concurrence nationales pour non-respect de la décision d'engagements. En outre, confronté au non-respect par une entreprise de ses engagements, un tiers peut adresser une plainte à la Commission pour inciter celle-ci à rouvrir la procédure.

Aux termes de l'article 23, paragraphe 2, sous c) du règlement 1/2003, la Commission peut infliger une amende à concurrence de 10% du chiffre d'affaire aux entreprises qui ne respectent pas un engagement rendu obligatoire en vertu de l'article 9, et/ou une astreinte journalière à hauteur de 5% du chiffre d'affaire journalier de l'année précédente.

Notons qu'une sanction pour non-respect d'une décision d'engagements a pour la première fois été prononcée par la Commission dans l'affaire Microsoft.¹¹

4. La procédure basée sur l'article 12 de la loi de 2011

Le législateur a décidé en 2011 de modifier l'ancien article 12 de la loi de 2004 qui reprenait la procédure communautaire en la matière. Les raisons invoquées par les auteurs du projet de loi sont exposées dans le commentaire des articles :

« Toutes les références à l'Inspection de la concurrence sont supprimées. Il est encore proposé de remplacer les termes « son évaluation préliminaire » par les termes « sa communication des griefs ». La notion de « évaluation préliminaire » n'est en effet prévue nulle part ailleurs dans la loi et en pratique il est difficile de cerner, aussi bien dans la structure de la loi de 2004 dans sa version originale que dans la structure actuellement proposée, selon quelles modalités le Conseil pourrait porter une telle évaluation préliminaire à la connaissance des entreprises autrement que par une communication des griefs en bonne et due

¹¹ Case N° Comp/C-3/39.530 Microsoft (Tying)

forme. Rien ne s'oppose à ce que ces engagements soient proposés après la notification de la communication des griefs (qui n'est en définitive qu'une évaluation préliminaire (...)). La modification proposée contribue partant à une meilleure compréhension du texte ».

On note donc que le législateur luxembourgeois opte pour un système où la procédure d'engagement commence nécessairement après l'envoi de la communication des griefs.

Ce système est dérogatoire par rapport à celui adopté par la Commission européenne où la procédure est entamée en principe avant la communication des griefs mais aussi par rapport à celui adopté par d'autres droits, où, à l'image du droit de la concurrence français, la procédure d'engagement se situe nécessairement avant l'adoption de la communication des griefs :

Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, modifié par l'article 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, a doté l'autorité de la concurrence du pouvoir d' *« accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ».*

Cette disposition est complétée par l'article R. 464-2 du code de commerce, qui prévoit que: *« Lorsque l'autorité de la concurrence envisage de faire application du I de l'article L. 464-2 relatif à l'acceptation d'engagements proposés par les entreprises, le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. »*

Le communiqué de procédure que l'autorité de concurrence française a diffusé en date du 2 mai 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence précise: *« L'article R. 464-2 du code de commerce prévoit que des engagements sont proposées au regard d'une « évaluation préliminaire des pratiques en cause », nécessairement préalable à toute notification de griefs. Il ne peut donc plus être recouru aux engagements à partir du moment où une notification des griefs est émise »*

On peut comprendre la position du législateur luxembourgeois qui part de l'idée que toute procédure d'enquête engagée par la nomination d'un conseiller désigné ne peut aboutir que par l'adoption soit d'une décision de classement, soit d'une décision de constatation d'infraction. La décision sur engagements range parmi les décisions de constatation d'infraction, mais qui, en raison de différentes considérations (sécurité juridique, célérité de la procédure, infractions moins graves...) se passe d'une imposition d'amende.

Ce système « binaire » ne laisse pas de place pour une troisième voie telle qu'elle existe dans d'autres systèmes européens ou français, où une affaire (qui n'est pas classée purement et simplement) peut faire l'objet d'une décision sur engagements sans pour autant que les entreprises visées soient convaincues d'avoir enfreint la législation de concurrence.

On peut regretter le choix du législateur luxembourgeois et critiquer le commentaire de l'article 9 précité, car rien n'aurait empêché de suivre la voie communautaire qui maintient son régime axé sur l'évaluation préliminaire, notion qui comme l'ancien article 12 de la loi de 2004, n'est pas davantage précisée au règlement 1/2003. Rien n'aurait empêché le législateur de préciser la notion de l'évaluation préliminaire dans la loi, en reprenant les idées de la communication de 2008, ouvrant aussi la voie à une discussion précoce des entreprises avec le Conseil.

5. La négociation des engagements

La solution luxembourgeoise est tout aussi orthodoxe lorsqu'on en vient à discuter avec le Conseil sur les propositions d'engagements des entreprises. Celles-ci sont en effet discutées à la suite de la communication des griefs avec le conseiller désigné, et non pas avec le Conseil siégeant en formation collégiale de décision. Voilà qui risque fort de faire peser sur les négociations une large part d'insécurité pour les entreprises. Une fois acceptés par le conseiller désigné, il incombe au Conseil siégeant en formation collégiale de se prononcer sur la question de savoir si les engagements sont de nature à lever les obstacles aux problèmes de concurrence soulevés par le Conseiller désigné (pour autant que, bien entendu, la formation collégiale du Conseil arrive lui aussi à la conclusion que des problèmes de concurrence telles que soulevés par la communication des griefs existent bel et bien). En France, la pratique administrative avalisée par la jurisprudence est moins stricte et les discussions des engagements des entreprises ne sont pas uniquement engagées avec le Conseiller rapporteur, mais aussi avec l'instance de décision de l'autorité de la concurrence française. La Cour de cassation française, dans un arrêt Canal 9 du 14 novembre 2008, a en effet accepté cette pratique en jugeant que « *le fait pour l'autorité de concurrence d'avoir pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion dans l'instruction de l'affaire* ».

IV) Annexes

Annexe 1 : Règlement intérieur du Conseil de la concurrence

(le présent règlement est adopté en application des articles 7 (3), 25 (2) et 26 (4), 2^{ème} alinéa de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Il détermine dès lors à la fois les règles de fonctionnement interne du Conseil et les procédures dans lesquelles sont impliquées des personnes tierces)

Chapitre 1 : Définitions et organisation générale du Conseil de la concurrence

Section 1 : Définitions

Article 1^{er}

Au sens du présent règlement, il faut entendre par :

- 1° Conseillers, les quatre conseillers effectifs, y compris le président, tels que visés à l'article 7 de la loi du 23 octobre 2011 ;
- 2° Conseiller désigné, le Conseiller désigné par ordonnance, conformément à l'article 7 (4) de la loi de 2011 ;
- 3° Loi de 2011, la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, publiée au Mémorial A n° 218 du 28 octobre 2011 ;
- 4° Entreprise visée, l'entreprise visée par la plainte ;
- 5° Plaignant, la personne morale ou physique qui saisit le Conseil conformément à l'article 10 de la loi de 2011 ;
- 6° Plainte, l'acte de saisine du Conseil par le plaignant.

Au sens de la loi de 2011 et du présent règlement, il faut entendre par Conseil, soit l'administration du Conseil prise au sens large, soit le président, soit le collège des conseillers siégeant dans une des formations prévues aux articles 11 et 12, soit le conseiller désigné tel que visé à l'article (4) de la loi de 2011, soit les enquêteurs en fonction du contexte dans lequel le terme est utilisé.

Section 2 : Organisation générale

Article 2 (adresse)

Les bureaux du Conseil de la concurrence sont établis à L-2449 Luxembourg, 19-21, boulevard Royal. E-mail: info@concurrence.public.lu

Article 3 (affaires courantes et contact vers l'extérieur)

Les affaires courantes et la gestion quotidienne des tâches et services du Conseil incombent au président. Le président assure le contact avec l'extérieur et représente le Conseil lors de manifestations publiques.

Le président réfère régulièrement de ses activités aux conseillers effectifs du Conseil. Il peut confier certaines tâches aux conseillers ou les y associer, soit d'office, soit à leur demande.

Article 4 (incompatibilités)

Toute modification, en cours de mandat, de la situation d'un conseiller ou d'un conseiller suppléant susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 7 (2), alinéa 4 de la loi de 2011, doit être portée immédiatement à la connaissance du Conseil.

Le président communique les informations obtenues à l'autorité investie du pouvoir de nomination.

Article 5 (empêchements)

Le conseiller désigné au sens de l'article 7 (4) de la loi de 2011 qui connaît, apprend, acquiert ou suspecte une cause d'empêchement dans son chef, en avertit immédiatement le président. Celui-ci pourvoit à son remplacement immédiat. Cette décision est sans recours.

Article 6 (greffe)

Sous l'autorité du président, le greffe est chargé de la gestion interne et des travaux administratifs liés à l'activité du Conseil. Il tient les registres appropriés à l'exécution de cette tâche. Il veille à la notification ou à la transmission des décisions, des avis, convocations, autres communications prévues par la loi et le présent règlement. Il assume la conservation des archives et des documents du Conseil.

Sauf avis contraire du président, le greffier assiste aux réunions du Conseil dont il rédige les procès-verbaux. Il ne prend pas part au vote.

Il offre aux conseillers son assistance pour tout ce qui concerne l'exercice de leurs fonctions.

En cas d'absence du greffier, le conseiller le plus jeune assure la rédaction des procès-verbaux.

Les minutes des procès-verbaux et décisions du Conseil de la concurrence sont conservées dans les archives. Les ampliations des procès-verbaux et décisions sont certifiées conformes par le président.

Article 7 (convocation aux réunions)

Le président convoque les conseillers toutes les fois que les besoins l'exigent et, en principe le lundi matin.

La convocation est de droit à la demande de deux conseillers. Le Conseil se réunit dans les quinze jours de la demande.

Les convocations aux réunions du Conseil sont faites dans les meilleurs délais, par écrit et précisent l'ordre du jour.

Le président fixe le lieu, la date et l'heure des réunions.

Article 8 (déroulement des réunions du Conseil)

Le président ouvre et clôt les réunions du Conseil. Il dirige les débats.

Les réunions sont documentées par des procès-verbaux confidentiels numérotés. Ils comportent la liste des membres présents et un compte-rendu succinct des débats et des décisions prises par le Conseil avec, le cas échéant, l'indication de la répartition des voix pour chaque vote intervenu. Les opinions exprimées et les votes émis ne sont pas documentés nominativement, sauf lorsqu'un des membres en fait la demande pour ce qui le concerne. Les projets de procès-verbaux sont envoyés aux membres du Conseil et ils sont soumis pour approbation lors d'une de ses réunions suivantes.

Les procès-verbaux approuvés sont signés par le conseiller qui a présidé la réunion sur laquelle ils portent, ou, en cas d'impossibilité de ce faire, par le conseiller qui a présidé la réunion au cours de laquelle ils ont été approuvés.

Article 9 (décisions du Conseil)

Les décisions du Conseil doivent indiquer la composition, les noms des conseillers ayant assisté à la délibération et le nombre de voix exprimées en faveur de la décision.

Les décisions du Conseil prévues à la section 3 du présent règlement sont prises à la majorité des voix¹². Les abstentions ne sont pas recevables. En cas d'égalité des voix, celle du président prévaut.

Les délibérations du Conseil ne sont pas publiques.

Les décisions du Conseil relatives à l'application des articles 3 à 5 de la loi de 2011 et/ou des articles 101 et 102 TFUE seront publiées sur le site Internet du Conseil et peuvent faire l'objet d'un recueil périodique reprenant les décisions adoptées par le Conseil.

Section 3: Des différentes formations du Conseil

Article 10 (formation collégiale à quatre)

La formation collégiale à quatre est compétente :

- a) pour s'autosaisir ;
- b) pour rendre des avis, conformément à l'article 29 de la loi de 2011 ;
- c) pour modifier le présent règlement intérieur ;
- d) pour établir le rapport annuel conformément à l'article 7 (5) de la loi de 2011 ;
- e) pour décider de mener des enquêtes sectorielles, conformément à l'article 30 de la loi de 2011, et pour en arrêter et publier les résultats ;
- f) pour rejeter une plainte, conformément à l'article 15 du présent règlement.

Article 11 (formation collégiale à trois)

Conformément à l'article 7 (4) alinéa 2 de la loi de 2011, la formation collégiale à trois est compétente :

- a) pour constater et faire cesser une infraction aux articles 3 à 5 de la loi de 2011 et/ou aux articles 101 et 102 du TFUE, y compris l'imposition de tout remède conformément à l'article 11, dernière phrase de la loi de 2011 ;
- b) pour prendre la décision de rendre obligatoires des engagements des entreprises concernées, conformément à l'article 13 (1) de la loi de 2011 ;

¹² Article 7 (3) Alinéa 4 de la loi de 2011

- c) pour imposer des astreintes et des amendes, conformément aux articles 20 à 22 de la loi de 2011 ;
- d) pour rendre un avis de clémence, conformément à l'article 21 (6) de la loi de 2011 ;
- e) pour retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption, conformément à l'article 6 (3) de la loi de 2011 ;
- f) pour rouvrir la procédure après une décision de rendre obligatoires des engagements des entreprises concernées conformément à l'article 13 (2) de la loi de 2011 ;
- g) pour rejeter la plainte ou poursuivre l'instruction conformément à l'article 17 alinéa 2 du présent règlement.

Article 12 (remplacement du président)

En cas d'empêchement du président, ses fonctions sont assumées par le conseiller ayant la plus grande ancienneté et, en cas d'égalité d'ancienneté, par le plus âgé¹³. La cause du remplacement est mentionnée dans les procès-verbaux et/ou décisions. Ce remplacement s'effectue sans qu'il ne soit besoin de délégation spécifique. Un conseiller suppléant siège dans ce cas en remplacement du conseiller présidant le collège.

Article 13 (mesures conservatoires)

Le président peut prendre des mesures conservatoires à la demande de toute partie concernée et après avoir entendu les parties en cause¹⁴.

Chapitre 2 : De l'ouverture de la procédure et de l'enquête menée par le conseiller désigné et les enquêteurs

Article 14 (plainte)

La plainte émanant d'une personne physique ou morale justifiant d'un intérêt légitime doit comporter au moins les éléments suivants :

1. l'identité du plaignant (nom, prénom, profession et domicile, respectivement dénomination ou raison sociale, forme, siège social) et lorsqu'il s'agit d'une personne morale, l'identité de son représentant légal ;
2. l'adresse à laquelle toutes les notifications et convocations doivent être envoyées ;
3. une description détaillée du fait dénoncé ;
4. tous les éléments de l'existence présumée du fait dénoncé qui sont à la disposition de l'auteur de la plainte¹⁵ ;
5. l'identité de l'entreprise visée par la plainte.

Les plaintes sont inscrites sur un registre d'ordre et se voient affecter un numéro d'enregistrement qui constitue une référence pour toute correspondance ultérieure.

Le plaignant se voit adresser un accusé de dépôt et est informé des suites réservées au dossier.

¹³ Article 7 (3), alinéa 3 de la loi de 2011

¹⁴ Article 12 de la loi de 2011

¹⁵ Article 10 de la loi de 2011

Article 15 (traitement de la plainte)

Si la plainte est manifestement irrecevable pour incompétence, absence d'objet, absence de cause, absence d'intérêt à agir ou libellé obscur ou est manifestement dénuée de tout fondement, le président informe le plaignant que le Conseil ne procède pas à l'ouverture de la procédure telle que prévue à l'article 7 (4) de la loi de 2011.

Si le Conseil estime que, sur la base des informations dont il dispose il n'existe pas de motifs suffisants pour donner suite à une plainte, le président en informe le plaignant et lui impartit un délai pour faire connaître son point de vue par écrit.

Si le plaignant fait connaître son point de vue dans le délai fixé par le Conseil et que ses observations ne mènent pas à une appréciation différente de la plainte, le Conseil rejette la plainte.

Si le plaignant ne fait pas connaître son point de vue dans le délai fixé par le Conseil, le Conseil rejette la plainte.

Dans les autres cas le président désigne un conseiller, conformément à l'article 7 (4) de la loi de 2011.

L'ordonnance de désignation est communiquée au plaignant sans délais.

Article 16 (secret des affaires et demande de confidentialité)

Conformément à l'article 26 (3) de la loi de 2011, à tout stade de la procédure, une demande de confidentialité peut être faite selon les modalités prévues à l'alinéa suivant ou à l'article 19 du présent règlement.

Le conseiller désigné examine la demande de confidentialité présentée par les entreprises ou les personnes intéressées, conformément à l'article 26 (3) de la loi de 2011. S'il refuse de faire droit à cette demande totalement ou partiellement, sa décision est notifiée à ces dernières par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant les délais et voie de recours ouvertes contre la décision.

Article 17 (rapport au Conseil)

Lorsqu'au terme de son enquête et pour autant que le plaignant ne se soit pas désisté, le conseiller désigné estime qu'il n'y a aucun reproche à retenir contre des entreprises, il peut convoquer le plaignant. Le cas échéant, il rédige un rapport à destination du Conseil dans lequel il demande que l'affaire instruite soit classée. Ce rapport est transmis aux plaignants et aux entreprises visées qui peuvent prendre position dans un délai d'un mois.

Après avoir pris connaissance des observations, le Conseil, siégeant à trois, prononce la décision définitive de rejet de la plainte ou décide de poursuivre l'instruction.

Article 18 (communication des griefs)

Lorsque le conseiller désigné retient des charges à l'encontre d'une ou de plusieurs entreprises, il adresse une communication des griefs aux entreprises visées puis la transmet au Conseil.

La communication des griefs précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre, qui ne saurait être inférieur à un mois¹⁶.

Chapitre 3 : De l'instruction menée par le collège et de ses décisions

Article 19 (accès au dossier et mise à disposition de pièces)

Les parties ont accès au dossier conformément à l'article 26 (1) de la loi de 2011 et peuvent prendre librement connaissance de toutes les pièces qui seront ajoutées par la suite après la communication des griefs.

Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises ou saisies au cours de l'enquête et dont les entreprises ont sollicité la non-divulgence par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée¹⁷. Sous le contrôle du Conseil, le greffier retire du dossier les pièces considérées et/ou occulte certaines mentions et la version non confidentielle du dossier est établie et conservée par le greffier.

La version confidentielle du dossier est conservée par le conseiller désigné sous clef.

Les parties disposent d'un délai de trois mois à compter du jour où la décision du Conseil est coulée en force de chose décidée pour venir retirer leurs pièces ayant fait l'objet d'un traitement confidentiel, faute de quoi les pièces confidentielles seront détruites.

Article 20 (Modalités d'accès au dossier)

Les consultations des pièces du dossier, sous réserve des dispositions prises pour assurer la protection des secrets d'affaires en application de l'article 26 (2) de la loi de 2011, peuvent avoir lieu entre 9 heures et 12 heures et entre 14 heures et 17 heures au bureau du Conseil.

Elles sont effectuées dans les conditions suivantes :

- 1) les parties doivent prendre au préalable rendez-vous auprès du secrétariat du Conseil ;
- 2) la consultation s'opère en présence du greffier ou de son délégué qui permet à la partie ou à son conseil d'accéder à la totalité du dossier à l'exception des informations, documents ou parties de documents ayant fait l'objet, à l'égard de cette partie, d'une mesure de protection des secrets d'affaires.

Les parties peuvent, sous la surveillance d'un membre du greffe, réaliser une copie de documents ou de parties de documents. Tous les documents sont mis à la disposition des parties ou de leurs mandataires dans les bureaux du Conseil ou sur support électronique à fournir par le Conseil.

Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent à leurs frais prendre copie sur papier des documents mis à leur disposition¹⁸.

¹⁶ Article 25 de la loi de 2011

¹⁷ Article 26 (2) de la loi de 2011

¹⁸ Article 26 (1) de la loi de 2011

Article 21 (convocation à une audition)

Avant de prendre les décisions prévues aux articles 11 et 20, paragraphe 2 de la loi de 2011, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui ne peut avoir lieu qu'après un délai qui ne peut être inférieur à deux mois qui suit la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus¹⁹.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le conseiller désigné, les parties plaignantes, le ministre ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies. Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande²⁰.

Les convocations sont faites par courrier recommandé avec accusé de réception.

Article 22 (supplément d'information)

A la suite de la communication des griefs, du rapport ou de l'audition, le Conseil peut renvoyer le dossier au conseiller désigné pour procéder à un supplément d'enquête.

Article 23 (forme et notification des décisions du Conseil)

Les décisions sont rédigées par écrit, motivées et signées par les conseillers ou conseillers suppléants qui ont participé à leur adoption.

Elles sont notifiées aux personnes concernées, notamment aux parties plaignantes, le ministre et les entreprises visées par courrier recommandé avec accusé de réception.

Article 24 (entrée en vigueur)

Le présent règlement entre en vigueur le jour de sa signature. Il sera publié au mémorial B et sur le site internet du Conseil de la concurrence.

Luxembourg, le 11 juin 2012

Pierre Rauchs,
Président

Marc Feyereisen,
Conseiller

Jean-Claude Weidert,
Conseiller

Mattia Melloni,
Conseiller

¹⁹ Article 26 (5) alinéa 1er de la loi de 2011

²⁰ Article 26 (5) alinéas 2 et 3 de la loi de 2011

Annexe 2 : Tableau récapitulatif au 31 décembre 2012 des décisions et actes adoptés et des recours exercés à leur encontre

Sur les pages suivantes sont repris dans un tableau synoptique les décisions et actes adoptés par le Conseil de la concurrence depuis sa nouvelle organisation prévue dans la loi du 23 octobre 2011 et des recours exercés à leur encontre.

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 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 devant la juridiction administrative
20 décembre 2012 N°2012-FO-08	Entente illicite sur le marché de l'assurance responsabilité civile auto	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 devant la juridiction administrative
6 juillet 2012 N°2012-AA-01	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements	Non
17 juillet 2012 N°2012-AA-02	Prononcé d'astreintes encourues pour cause de non-respect d'obligations prononcées dans la décision N°2010-FO-02	Non

3) Décisions prononçant des mesures conservatoires		
Date et N° de la décision	Objet	Recours devant la juridiction administrative
24 août 2012 N°2012-MC-02	Refus de mise en œuvre de mesures conservatoires sur le marché de la télécommunication	Non

4) Décisions d'engagements		
Date et N° de la décision	Objet	Recours devant la juridiction administrative
23 novembre 2012 N°2012-E-04	Décision concernant une procédure rendant obligatoire des engagements dans le secteur de la distribution de la presse	Non
18 décembre 2012 N°2012-E-07	Décision concernant une procédure rendant obligatoire des engagements dans le secteur des services postaux	Non

5) Rejets de plainte		
Date et N° de la décision	Objet	Recours devant la juridiction administrative
30 novembre 2012 N°2012-RP-05	Décision de rejet de plainte dans le marché du service de l'élevage	Non
3 décembre 2012 N°2012-RP-06	Décision de rejet de plainte dans le marché des travaux publics	Non

6) Avis consultatifs	
Date et N° de l'avis	Objet
6 novembre 2012 N° 2012-AV-01	Avis sur le projet de loi n°6160 sur les services postaux