

Conférence du 28 septembre 2018

« Actualités de la politique de concurrence nationale et européenne »

Pierre Rauchs

Président du Conseil de la concurrence

Monsieur le Président du Tribunal de l'Union européenne,
Monsieur le Président du Tribunal administratif,
Monsieur le Directeur Général de la DG concurrence de la
Commission européenne,
Madame la Présidente et Messieurs les Présidents des
autorités de concurrence allemande, belge et portugaise,
Chers collègues, chers amis,

Je ne dois pas vous étonner si, aujourd'hui, je vous parle de bilan.

J'aimerais bien passer en revue avec vous les temps forts du Conseil de la concurrence pendant les sept dernières

années. Ensuite, je voudrais vous livrer certaines réflexions au sujet des failles du droit de la concurrence luxembourgeois pour enfin conclure sur les idées que je me fais sur l'avenir de la politique et du droit de la concurrence dans notre pays.

La loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence est venue se substituer, comme vous savez, à celle, homonyme, du 17 mai 2004. Elle a fusionné l'ancienne Inspection de la concurrence, service d'enquête et d'instruction auprès du ministère de l'Economie, avec le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, qui, jusqu'en 2011 était composée de son Président permanent et de conseillers effectifs, mais non permanents. Pour prendre ses décisions, le Président, à la suite d'une communication des griefs, a toujours dû composer son collège avec des assesseurs, certes hautement qualifiés, mais qui ne faisaient pas du droit de la concurrence leur métier.

Depuis 2011, la séparation entre la phase d'instruction et la phase de décision n'est donc plus organique, quoiqu'elle reste fonctionnelle. En effet, le système original imaginé par le législateur en 2011 a institué un Conseil au sein duquel les

conseillers sont tour à tour chargés d'instruire les affaires, auquel cas ils n'interviennent pas dans la décision ou ils font partie du collège de décision, auquel cas ils ne sont pas mêlés à l'enquête.

Avec le recul, on peut affirmer que la réforme de 2011 constitue une réelle avancée par rapport au régime antérieur. Non seulement la réunion des deux organes, l'Inspection et le Conseil, a permis de faire cesser des rivalités potentielles entre deux micro-institutions, mais la réforme a en plus permis de réaliser une meilleure allocation des ressources du Conseil.

J'en veux pour preuve l'intense activité du nouveau Conseil, du moins pendant les cinq premières années de son existence. Nous avons pioché dans les secteurs les plus divers de l'économie. La première affaire, un peu fracassante, épinglait une entente des compagnies d'assurances sur l'interprétation du règlement *bonus/malus* en matière de responsabilité civile automobile. S'agissant des services, d'importantes décisions ont encore été prises dans le secteur des télécommunications, des services postaux, de la distribution de la presse, l'affaire Valora, des

architectes et des ingénieurs-conseil, où le régime des barèmes a été démantelé. Le secteur des pompes funèbres a été assaini, mais oui, et même le secteur de la culture, qui m'est cher, n'a pas échappé à notre vigilance. Dans l'affaire Rockhal, le centre de musique amplifiée, nous avons poussé très loin nos investigations pour nous assurer qu'il n'y ait pas de subventions étatiques croisées au détriment du secteur privé qui doit concurrencer l'établissement public « *Rockhal* » dans le segment de marché relatif à l'organisation de concerts. Nous avons fouiné dans des secteurs industriels, comme dans l'affaire des aiguillages où les producteurs ont été convaincus d'avoir réparti entre eux des marchés publics.

Les amendes, symboliques jusqu'en 2011, ont été progressivement relevées: 600.000 d'euros en 2012 pour les assureurs, 1,6 millions d'euros en 2013 pour les producteurs d'aiguillages, 2,6 millions d'euros à l'encontre de l'opérateur de téléphonie historique, même si cette décision a été invalidée par les juridictions administratives. Ces amendes peuvent paraître insignifiantes si on les compare avec celles prononcées par d'autres autorités de concurrence. Mais elles sont calculées d'après les règles établies par la Commission

européenne et doivent être mises en rapport avec la taille des marchés en cause.

Une affaire a pu être réglée sur base de l'article 21 de la loi, article qui permet à une entreprise d'échapper à une amende ou de voir son amende réduite lorsqu'elle dénonce une entente, qu'elle soit verticale ou horizontale, et sous la condition qu'elle livre au Conseil les preuves nécessaires à l'établissement d'une infraction et qu'elle coopère avec le Conseil tout au long de la procédure. Si la « *Kronzeugenregelung* », comme on appelle cette règle en allemand, constitue une nouveauté dans le droit national, elle est importante pour le Conseil en ce sens qu'elle rend les cartels si délicieusement fragiles. Encore faudra-t-il que le Conseil soit craint, qu'il ait les moyens d'investigation forts et qu'il soit capable de détecter de sa propre initiative des ententes secrètes. Faute de quoi, le bénéfice de la clémence risque de paraître bien aléatoire aux yeux des entreprises.

Mais le Conseil n'a pas toujours la main lourde. Le but de l'activité du Conseil n'est pas et ne doit pas être de toujours punir, mais de rechercher l'effet utile des règles de concurrence. Et c'est ainsi que Conseil a encore innové en

ayant largement recours aux décisions sur engagements. Cette procédure, qui présuppose une étroite collaboration entre les entreprises et le Conseil, permet aux entreprises de proposer elles-mêmes les mesures correctives nécessaires pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil. Il s'agit là d'un instrument extrêmement précieux entre les mains du Conseil car il permet de rétablir rapidement le jeu de la concurrence sans aboutir à une décision de violation des règles de concurrence proprement dite, donc sans passer par une complète instruction du dossier. Voilà qui permet au Conseil de ménager ses ressources limitées.

Beaucoup d'affaires ont aussi été clôturées par des non-lieux. C'est toujours décevant pour la presse, parfois aussi pour le conseiller instructeur, qui voit son travail d'investigation mal récompensé. Mais en même temps, ces décisions de classement prises à la suite d'une communication des griefs montrent que le système imaginé par le législateur, celui de séparer la fonction d'instruction de la fonction décisionnelle du Conseil, fonctionne dans la pratique. Encore qu'il faille se poser une question sur le nombre très élevé d'affaires dans lesquelles les opinions des

instructeurs divergent par rapport aux décisions finales du collège. Le fait de demander aux conseillers d'assumer à tour de rôle la tâche d'enquêteur et de décideur pose une question qui dépasse des considérations de pur droit. Dans les textes, la pirouette est parfaite. Mais faire endosser aux conseillers tantôt l'habit du procureur, tantôt la robe du magistrat assis, voilà qui les retient dans ce que les psychiatres appellent un double lien ou, moins prosaïquement, une double contrainte. Jean-Claude, Mattia et Grazyna se sont merveilleusement bien acquittés de leur devoir, mais je mesure la difficulté de la tâche.

Quoiqu'il en soit, on peut dire qu'au bout du compte, aucun secteur économique ne peut aujourd'hui se croire à l'abri d'une intervention du Conseil. Je pense bien que cette évidence n'a pas échappé aux entreprises qui ont intégré le respect des règles de concurrence dans leur stratégie commerciale et, pour certaines, dans leur programme de *compliance*.

Ces deux dernières années, le public constate cependant que moins de décisions sortent de notre office et il peut penser que l'activité ralentit la cadence. Qu'il se détrompe.

Des affaires hautement complexes sont en cours d'instruction et j'ai bon espoir qu'elles seront bientôt mûres pour être décidées. Je ne vous en dirai pas davantage dans la mesure où pour des raisons évidentes, le Conseil ne communique pas sur les dossiers pendants.

A côté de la stricte application des articles 3 à 5 de la loi nationale et des articles 101 et 102 TFUE sanctionnant ententes et abus de positions dominantes, le Conseil a également développé une importante activité consultative. Il ne s'est pas toujours montré tendre avec certaines propositions législatives ou réglementaires. Je citerais pour mémoire notre ferme opposition à la loi relative aux taxis qui a instauré la liberté des prix tout en maintenant un régime de licences bien trop restrictif. Je citerais l'avis du Conseil sur les dispositions législatives nationales en matière de distribution automobile (Benji Kontz nous en parlera cet après-midi), l'avis relatif à la loi sur le bail commercial, qui ne nous semble pas apporter un progrès vis-à-vis des loyers commerciaux en hausse permanente, l'avis sur l'organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil et, tout récemment, l'avis sur la réforme du notariat dans lequel le

Conseil regrette que le choix n'ait pas été retenu par le gouvernement d'élargir le nombre des études notariales.

Le Conseil donne une interprétation large à son pouvoir consultatif, ce qui d'ailleurs n'est pas conflictuel par rapport à l'article 29 de notre loi qui énonce: « *Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence* ».

Face à une rédaction aussi générale qui ouvre un boulevard, le Conseil n'a pas hésité à instituer une veille législative et de rendre *proprio motu* des avis sur un nombre de projets de loi et de projets de règlements, sans donc y être expressément invité par le gouvernement.

Nous nous sommes d'ailleurs aussi appuyés sur l'article 29 pour nous questionner sur l'absence d'un contrôle des concentrations au Luxembourg. Le Conseil a mis en groupe d'expert pour étudier le problème, lequel groupe est arrivé à la conclusion qu'un tel contrôle ne serait pas inutile s'il est taillé sur mesure compte tenu du tissu économique national et des moyens modestes de l'autorité de concurrence. Dans ce contexte, je vous rappelle qu'un contrôle des concentrations peut cependant être effectué de façon

incidente par le Conseil. Mais il s'agit d'un contrôle *a posteriori*, axé sur la disposition qui sanctionne les abus de position dominante et donc source d'insécurité juridique des entreprises qui se sont engagées dans une opération de concentration. A ce titre, citons la décision du 17 juin 2016 dans laquelle le Conseil a expressément retenu que la reprise du complexe de cinéma multisalles *CinéBelval* par son unique concurrent *Utopia*, aujourd'hui *Kinepolis*, devait être analysée au regard de l'article 4 relative aux abus de position dominante. Si, en l'espèce, le Conseil avait finalement toléré la reprise, c'était en raison de la fragilité du cinéma repris qui n'aurait très probablement pas pu survivre en tant qu'entreprise *stand alone*. Le raisonnement du Conseil s'était ici basé sur une vieille jurisprudence européenne, l'affaire *Continental Can*, entretemps dépourvue d'intérêt pour la DG concurrence à la suite de l'instauration, en 1989, du règlement communautaire sur les concentrations d'entreprises.

Après cet inventaire à la Prévert qui égrène quelques incontestables succès du Conseil, je ne veux pas vous

cachez que notre jeune institution éprouve aussi des difficultés.

L'arrêt de la Cour administrative du 1^{er} juin 2017 relative à l'affaire POST a certainement laissé des traces. Bref rappel de l'affaire : Le Conseil de la concurrence avait retenu dans le chef de POST un abus de position dominante. L'entreprise avait proposé à ses clients des rabais non seulement sur le marché de la téléphone fixe et sur le marché de l'accès à Internet, deux marchés où elle se trouvait en position superdominante, mais aussi des rabais importants sur le marché plus disputé de la téléphonie mobile au cas où les clients souscriraient à un abonnement pour l'ensemble de ces trois services. Ces rabais ont d'après l'analyse du Conseil été tels qu'ils n'ont pas pu être répliqués par les concurrents opérant sur le marché du mobile. La décision du Conseil qui avait imposé une importante amende à POST a été annulée en dernière instance pour une série de motifs que je ne détaillerai pas ici. Même si l'approche globalisante, ou synthétique, retenue par la Cour ne permettra pas au Conseil de connaître au juste la conséquence individuelle attachée à chacun des reproches soulevés pris isolément, cet arrêt doit cependant nous servir de guidance.

Et je suis très reconnaissant à Monsieur le Président du Tribunal administratif Marc Sünnen d'avoir accepté l'invitation de participer à la table ronde qui suivra mon intervention. Je pense que ce type de manifestation qui rassemble les magistrats qui contrôlent notre action et l'autorité de concurrence permettent une meilleure compréhension des uns pour les autres et vice -versa.

Les standards de preuve très élevés appliqués par le juge administratif, les exigences procédurales très rigoureuses rendent la tâche très difficile au Conseil. Nous reconnaissons le problème des délais de procédure devant le Conseil. Ils sont tout simplement trop longs. Cette problématique des délais déraisonnables n'est cependant pas propre au Conseil de la concurrence luxembourgeois. Il n'y qu'à prendre pour exemple l'affaire *Intel*, affaire dans laquelle la Cour de Justice de l'Union européenne a annulé en 2017 le jugement du Tribunal de l'UE pour la renvoyer au juge du premier degré. Les faits à la base de cette affaire remontent à la fin des années 90. Ils concernent, comme l'affaire POST, un secteur en constante évolution technologique, situation qui ne s'accommode certes pas avec les lenteurs de procédure. Avec nos moyens limités, le problème des délais se pose

cependant avec plus d'acuité encore pour l'autorité de concurrence luxembourgeoise.

Oui, le Conseil de la concurrence doit partiellement adapter sa stratégie.

A mon avis, des affaires telles que « *Les épiceries du Luxembourg* » dans laquelle des distributeurs plus modestes se sont regroupés pour proposer des promotions dans le but de faire contrepoids aux mastodontes de la grande distribution ou encore celle des centrales de réservations de taxis utilisant des algorithmes pour le calcul du prix de la course, s'ils présentent un caractère académique certain, ne sont cependant pas de nature à faire évoluer fondamentalement le fonctionnement concurrentiel des marchés.

L'idée, ce serait de se concentrer sur un nombre plus limité d'affaires, mais sur des affaires qui peuvent avoir un impact direct important et immédiat sur le marché. Sachez bien que le programme de notre conférence d'aujourd'hui n'a pas été établi de façon tout à fait innocente. On parlera de distribution et de marchés publics. Vaste programme, qui confortera le pouvoir d'achat des consommateurs pour le premier thème

et qui promet des économies pour le budget de l'Etat et des communes en ce qui concerne les marchés publics.

A côté des cartels, se sont aussi les restrictions de concurrence verticales qui causent bien des soucis à l'économie luxembourgeoise. Il faut admettre qu'il est malaisé d'appréhender les difficultés d'approvisionnement du commerce luxembourgeois sous l'angle du seul droit de la concurrence. En effet, le règlement d'exemption (CE) No 330/2010 concernant (...) des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées autorise l'interdiction des ventes *actives* à l'intérieur des réseaux de distributions. Citons le considérant (6) de ce règlement de la Commission : « *Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes* ».

Et il faut retenir que depuis l'arrêt *VIHO* de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 24 octobre 1996, il n'y a plus le moindre doute sur le fait que les entreprises

verticalement intégrées ne peuvent même pas être forcées de pratiquer de ventes *passives*, du moins lorsque ces entreprises ne se trouvent pas en position dominante.

Mais ce n'est pas là le seul souci qui affecte la distribution. On ne doit pas se voiler la face devant une pratique dont on doit soupçonner qu'elle a également cours au grand-Duché : la pratique des *RPM* (« *resale Price maintenance* »), ou des prix imposés. Le Conseil s'y attaque régulièrement avec un succès mitigé. Les distributeurs ne doivent en aucun cas fléchir sous la pression des fournisseurs pour se voir imposer le prix de revente, car il s'agit là d'une pratique des plus nocives en droit de la concurrence. Lorsqu'ils se sont cependant lancés dans ce type d'entente, je leur recommande de le dénoncer dans le cadre du programme de clémence du Conseil.

Un mot, enfin, sur les marchés publics :

De nombreuses autorités de concurrence se saisissent de ce sujet et le Conseil luxembourgeois a aussi eu affaire à des marchés truqués, voir l'entente des carreleurs sur le marché de la Cité judiciaire, celle des producteurs d'aiguillage et, plus

récemment, celle du marché du transport des personnes à mobilité réduite.

Le Conseil s'inspirera de l'exemple des autorités belge et portugaise pour lancer une offensive en direction des pouvoirs adjudicateurs pour qu'ils épaulent le Conseil dans la traque des tentatives de *bid-rigging*.

L'avenir sera prometteur pour le Conseil de la concurrence, surtout avec les perspectives de réforme à la suite de l'adoption de la directive *ECNplus*, sujet dont nous parlerons cet après-midi.

Je ne veux pas terminer ce discours sans remercier l'équipe du Conseil, faite de talent et de persévérance. Et à Pierre Barthelmé, mon collègue et ami, qui a la compétence et le courage pour s'attaquer aux défis, je souhaite, du fond du cœur, succès et épanouissement !