



Décision N° 2007-FO-02
du 5 septembre 2007
concernant une procédure au fond pour violation du droit de la concurrence
mettant en cause
l'a.s.b.l. Ordre des Experts Indépendants Professionnels en
Automobiles
établie à L-3360 Leudelange, 4, rue de Luxembourg

Le Conseil de la concurrence ;

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

Vu le rapport d'enquête de l'Inspection de la concurrence du 28 novembre 2006 ;

Vu la prise de position de Carlo Schmit du 4 décembre 2006 ;

Vu les pièces du dossier ;

considérant ce qui suit :

Table des matières

1. Procédure
2. Confidentialité
3. Questions de droit transitoire
 - 3.1. Compétence des autorités
 - 3.2. Droit applicable
 - 3.2.1. Droit national
 - 3.2.1.1. Le Conseil de la concurrence doit appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
 - 3.2.1.2. Le Conseil de la concurrence peut le cas échéant appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

Version unique (confidentielle et non confidentielle)

- 3.2.2. Droit communautaire
 - 3.2.2.1. Positionnement du problème : conflit entre droit national et droit communautaire
 - 3.2.2.2. Le Conseil de la concurrence doit apprécier les faits par rapport aux règles de droit matériel des articles 81 et 82 du traité CE
 - 3.2.2.3. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer les dispositions de sanction du droit communautaire dérivé
 - 3.2.2.4. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer aux violations du droit matériel communautaire les dispositions de sanction du droit national
- 4. Pratiques en cause
- 5. Parties en cause
 - 5.1. Activité des experts en automobiles
 - 5.2. L'a.s.b.l. Ordre des Experts Indépendants Professionnels en Automobiles
 - 5.3. Carlo SCHMIT
- 6. Description des marchés en cause
 - 6.1. Le marché de l'expertise automobile
 - 6.1.1. Nombre d'acteurs
 - 6.1.1.1. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par Carlo SCHMIT contre l'a.s.b.l. OEIPA
 - 6.1.1.2. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par l'a.s.b.l. OEIPA
 - 6.1.2. Nombre et volume des expertises
 - 6.1.2.1. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par Carlo SCHMIT contre l'a.s.b.l. OEIPA
 - 6.1.2.2. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par l'a.s.b.l. OEIPA
 - 6.2. Le marché de l'assurance automobile
- 7. Appréciations
 - 7.1. Définition du marché pertinent : le marché de l'expertise automobile
 - 7.2. Affectation du commerce intracommunautaire et loi applicable
 - 7.2.1. Les reproches dirigés contre l'a.s.b.l. OEIPA en tant qu'entité ou contre ses membres : le refus d'accès à l'association
 - 7.2.2. Les reproches dirigés contre une ou plusieurs compagnies d'assurances seules ou conjointement avec l'a.s.b.l. OEIPA : la discrimination
 - 7.3. Fond
 - 7.3.1. Le comportement d'exclusion reproché à l'a.s.b.l. OEIPA et/ou ses membres doit être apprécié au regard de la notion de décision d'association d'entreprises
 - 7.3.1.1. La notion d'abus de position dominante
 - 7.3.1.2. L'entente
 - 7.3.2. Les pratiques de discrimination reprochées à l'a.s.b.l. OEIPA et/ou aux entreprises d'assurances
 - 7.3.2.1. L'entente entre une ou plusieurs compagnies d'assurances et l'a.s.b.l. OEIPA
 - 7.3.2.2. L'entente entre plusieurs compagnies d'assurances
 - 7.3.2.3. L'abus de position dominante dans le chef de la S.A. La Luxembourgeoise
 - 7.3.2.4. L'abus de position dominante collective dans le chef des compagnies d'assurances

1. Procédure

1. Par courrier du 8 septembre 2003, M. Carlo SCHMIT s'était adressé au Ministre de l'Economie en reprochant à l'a.s.b.l. Ordre des Experts Indépendants Professionnels en Automobiles (ci-après a.s.b.l. OEIPA) de refuser abusivement de l'admettre comme membre de cette association. Expliquant que la qualité de membre de cette association était considérée par les compagnies d'assurance de la place comme condition pour se voir confier des missions d'expertise en matière d'accidents

automobiles par celles-ci et que les compagnies d'assurances étaient les pourvoyeurs essentiels en matière d'expertises dans ce domaine, Carlo SCHMIT a fait valoir que le comportement de l'a.s.b.l. OEIPA serait constitutif d'une pratique commerciale restrictive au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1 et paragraphe 2 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. Pour y remédier, il a demandé à voir enjoindre à ladite association d'accepter son adhésion.

Après instruction sommaire préalable, le ministre de l'Economie a décidé en date du 1^{er} octobre 2003 de solliciter l'avis de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives sur base de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

La Commission des Pratiques Commerciales Restrictives a recueilli certains renseignements et a exécuté un certain nombre de mesures d'instruction jusqu'à l'abrogation de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

2. Après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 et la mise en place des nouveaux organes créés par suite de la nomination de leurs membres, le dernier Président de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives a transmis en date du 7 décembre 2004 le dossier constitué par cette Commission au Conseil de la concurrence sur base de la disposition transitoire inscrite à l'article 33 de la loi du 17 mai 2004.

Le Conseil de la concurrence ayant constaté que l'instruction n'était pas achevée et après avoir vérifié auprès de Carlo SCHMIT que l'affaire restait à poursuivre, a décidé en date du 25 janvier 2005 de transmettre le dossier à l'Inspection de la concurrence aux fins voulues et a procédé à cette transmission en date du 26 janvier 2005.

Après divers actes d'enquête, l'Inspection de la concurrence a informé Carlo SCHMIT par courrier du 22 novembre 2006 qu'elle arrivait à la conclusion qu'aucun abus de position dominante ni aucune entente anticoncurrentielle ne lui semblaient établis et qu'elle s'apprêtait à proposer au Conseil de la concurrence de classer l'affaire.

Carlo SCHMIT ayant manifesté par courrier du 4 décembre 2006 son désaccord avec cette position, l'Inspection de la concurrence a maintenu ses conclusions, et par courrier du 6 décembre 2006 le rapporteur général de l'Inspection de la concurrence en fonctions à ce moment a saisi le Conseil de la concurrence du dossier en concluant dans un rapport dressé sur base de l'instruction telle que menée par ses services qu'aucune violation, ni de l'article 1^{er} de la loi du 17 juin 1970, ni des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté Européenne (ci-après le traité CE), n'était établie et qu'il proposait au Conseil de la concurrence de classer l'affaire.

2. Confidentialité

3. Au cours de l'enquête, l'Inspection de la concurrence a recueilli des renseignements auprès d'un certain nombre d'entreprises et organisations. Certaines des entreprises contactées, au moment de fournir les réponses aux questions qui leur étaient posées par l'Inspection de la concurrence, ont tiré profit des dispositions de l'article 24, paragraphes 2 et 3 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour demander auprès du Président du Conseil de la concurrence à ce que certains des renseignements délivrés soient couverts par la confidentialité et ne soient pas divulgués aux tiers.

Les données en question ont porté sur des informations comptables, des conditions tarifaires, le nombre de contrats d'assurance conclus dans certaines branches, les noms, nombres et origines géographiques des bureaux d'expertises chargés de missions et l'affiliation de ceux-ci à l'un ou l'autre groupement professionnel.

Les différentes demandes de confidentialité ont été accueillies favorablement sur une base provisoire par le Président, alors que, d'une part, les différentes entreprises ont motivé les raisons pour lesquelles ces informations constitueraient des secrets d'affaires ou des informations confidentielles et que, d'autre part, les conditions légales pour procéder au rejet des demandes de confidentialité, tenant à la nécessité de la procédure ou à l'exercice des droits des parties, ne peuvent pas être appréciées intégralement au début de la procédure lorsque les données sont communiquées par les entreprises.

En vue de l'adoption de la présente décision, un nombre limité d'informations ont été soustraites au régime de la confidentialité au motif qu'elles étaient nécessaires à la procédure. Ce retrait est intervenu soit de l'accord des entreprises concernées, soit par voie de décision du Président.

4. Par suite de cette procédure, la présente décision ne comprend pas de données soumises à la confidentialité, de sorte qu'elle est adoptée dans une seule version, librement accessible.

3. Questions de droit transitoire

5. Le dossier actuellement soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence a été initié sous l'empire d'une loi ancienne, abrogée par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. L'article 32, paragraphe 1^{er} de cette loi dispose en effet que :

« [L]a loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée ».

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a par ailleurs pris soin de prévoir une disposition transitoire en son article 33, paragraphe 1^{er} :

« [L]es affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de loi modifiée du 17 juin 1970

concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité ».

Sur base de ces dispositions, il importe de déterminer les pouvoirs et compétences du Conseil de la concurrence par rapport aux différents textes normatifs régissant le droit de la concurrence.

3.1. Compétence des autorités

6. Sous l'empire de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives était appelée à émettre un avis à l'attention du ministre ayant dans ses attributions l'économie, qui détenait le pouvoir de décision. L'abrogation de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a eu pour effet de supprimer tant la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives en tant qu'organe que le pouvoir de décision propre du ministre ayant dans ses attributions l'économie.

En contrepartie, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a institué l'Inspection de la concurrence en tant que service attaché au ministre ayant dans ses attributions l'économie, chargée d'effectuer des enquêtes dans le domaine du droit de la concurrence, et le Conseil de la concurrence, au statut d'autorité administrative indépendante, appelé à statuer sur l'existence d'une violation des dispositions pertinentes de la loi.

Sur base de ces modifications institutionnelles, la procédure a été suivie telle que décrite au point 1. Au stade actuel, le Conseil de la concurrence est appelé à prendre à l'égard de ce dossier soumis au régime de droit transitoire une décision en appliquant les dispositions légales pertinentes.

3.2. Droit applicable

3.2.1. Droit national

3.2.1.1. Le Conseil de la concurrence doit appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives

7. Au regard du droit national, il résulte de l'article 33, paragraphe 1^{er}, 2^e phrase de la loi de 2004 que pour les affaires introduites devant la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence, pourvu des pouvoirs de décision qui

lui sont attribués en vertu de cette loi, applique les règles de fond prévues à la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

Dans le présent cas, le Conseil de la concurrence doit donc appliquer l'article 1^{er} de la loi de 1970 qui dispose que :

« [S]ont passibles des sanctions prévues par la présente loi:

- 1) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui ont pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché et qui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt général;*
- 2) les activités d'une ou de plusieurs entreprises qui exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché et qui portent atteinte à l'intérêt général ».*

Le Conseil de la concurrence doit de même avoir égard à l'article 2 de la loi de 1970 qui exempte de toute sanction :

« ... les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées:

- 1) qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;*
- 2) dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en respectant les intérêts des utilisateurs ».*

Après application de ces dispositions de droit matériel aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence peut prendre, en lieu et place du ministre ayant dans ses attributions l'économie, les mesures qui étaient prévues par l'article 7 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, qui lui laissent la faculté :

- « 1) de classer les affaires qui ne tombent pas sous les dispositions de l'article 1^{er}*
- 2) d'adresser aux parties intéressées des avertissements ou recommandations*
- 3) d'interdire totalement ou partiellement des mesures ou pratiques reconnues contraires à l'article 1^{er} et aux avertissements et recommandations données en vertu du numéro 2 ci-dessus »*

3.2.1.2. Le Conseil de la concurrence peut le cas échéant appliquer les dispositions de droit matériel et de sanction de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

8. La disposition transitoire de l'article 33, paragraphe 1^{er}, 2^e phrase de la loi de 2004 soulève la question de savoir si le Conseil de la concurrence peut ou non appliquer aux affaires antérieurement introduites sous le régime de la loi de 1970 les dispositions nationales de fond issues des articles 3 à 5 de la loi de 2004. La rédaction du texte visé semble l'exclure, et le Conseil estime qu'il en est nécessairement ainsi pour les affaires qui se rapportent à des faits qui se sont produits intégralement sous l'empire de la loi de 1970. Cette solution se justifie par le souci de ne pas appliquer aux entreprises les dispositions de fond issues de la loi de 2004, objectivement plus

sévères que celles issues de la loi de 1970, tant en ce qui concerne les conditions d'existence de la violation de la loi que les sanctions encourues, à des faits commis à une époque à laquelle seule la loi de 1970 était d'application. Il s'agit en ce sens d'une application en droit administratif des principes connus en droit pénal de la non-rétroactivité de la loi sanctionnatrice et de la légalité des peines.

9. Le Conseil estime toutefois que la disposition légale visée ne résout pas explicitement le cas des faits qui ont commencé à se produire sous l'empire de la loi de 1970 et qui ont continué à être perpétrés ou à produire leurs effets sous l'empire de la loi de 2004. La justification énoncée ci-dessus ne permet en effet pas d'exclure ces faits de l'application de la loi nouvelle. Ces violations de la loi doivent être considérées comme étant des violations continues, qui sont constituées aussi longtemps que persiste la situation considérée. Une violation des dispositions légales relatives au droit de la concurrence peut en effet résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu¹. Par analogie aux principes régissant le droit pénal, il y a lieu d'appliquer la loi nouvelle plus sévère aux faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi nouvelle².

Dès lors, le Conseil estime qu'il lui appartient de vérifier si les faits qui lui sont soumis ont été commis ou ont continué à être commis après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au 30 mai 2004 afin d'y appliquer le cas échéant les dispositions de droit matériel des articles 3 à 5 de cette loi. Celles-ci sont conçues comme suit :

« Art. 3. Interdiction des ententes

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

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

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

2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;

3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

4) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

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

Art. 4. Exceptions à l'interdiction des ententes

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

- aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises,

- aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

¹ CJCE 7 janvier 2004, aff. C-204/00, Aalborg Portland, N° 258

² F. Desportes et F. Le Guehec, Droit pénal général, CorpusDroitPrivé, 8^e édition, 2001, N° 327 ; A. Spielmann et D. Spielmann, Droit pénal général luxembourgeois, Bruylant 2002, page 103 et suivantes.

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

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

Art. 5. Interdiction des abus de position dominante

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- 3) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- 4) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

Si cet examen révèle que des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence constituent une violation de cette loi, le Conseil peut appliquer les mesures prévues par celle-ci aux articles 10 (constat et cessation), 12 (engagements), 18 (amendes) et 20 (astreintes).

3.2.2. Droit communautaire

10. Le droit communautaire primaire énonce dans l'article 3, paragraphe 1^{er}, point g du traité CE l'objectif de la sauvegarde du jeu de la concurrence et édicte dans les articles 81 et 82 du même traité les règles de concurrence de fond. Ces règles ont fait l'objet de dispositions d'application adoptées par les instances communautaires. Il importe d'examiner dans quelles mesures le droit communautaire primaire et le droit communautaire dérivé interviennent dans le cadre du présent dossier soumis au régime de droit transitoire national.

3.2.2.1. Positionnement du problème : conflit entre droit national et droit communautaire

11. Le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE a eu pour finalité d'ériger un système de compétences parallèles entre la Commission européenne et les autorités de concurrence nationales des Etats membres en conférant à ces dernières la compétence d'appliquer les articles 81 et 82 en leur intégralité, y inclus la compétence

de se prononcer sur les exemptions par catégories qui relevaient antérieurement de la compétence exclusive de la Commission européenne.

Par ailleurs, le droit national et le droit communautaire peuvent avoir vocation à être appliqués simultanément, de façon cumulative, par une autorité nationale lorsqu'une pratique, produisant ses effets sur un marché national, est de nature à affecter aussi le commerce intracommunautaire.

Afin d'assurer une application cohérente du droit communautaire, le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE a prévu certains mécanismes de sauvegarde, dont l'article 3 qui règle les rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux.

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour sa part a pris pour option d'éviter tout conflit entre ces deux droits en disposant en son article 6, paragraphe 2 d'une règle de conflit de lois :

« Il (i.e. le Conseil de la concurrence) les (i.e. les articles 81 et 82 du traité CE) applique, à titre exclusif, lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise. »

Cette disposition a pour effet, lorsque les agissements faisant l'objet d'une action de la part du Conseil de la concurrence sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, d'écarter l'application du droit de la concurrence national au profit du droit de la concurrence communautaire.

12. Cette disposition est toutefois inscrite dans le corps de la loi, traitant des missions, compétences et pouvoirs du Conseil par rapport aux affaires qu'il a directement en charge en vertu de cette loi. Elle se borne donc à régler le conflit entre le droit communautaire et le droit national tel qu'issu de cette loi de 2004.

Ni cette disposition, ni la disposition transitoire de l'article 33 ne règlent explicitement les rapports entre le droit communautaire et le droit national antérieur à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 que le Conseil de la concurrence est appelé à appliquer en vertu de cette disposition transitoire de l'article 33.

Dans son rapport, l'Inspection de la concurrence a entrevu cette question de l'articulation entre les deux normes. Estimant que les articles 81 et 82 du traité CE devaient être considérés comme étant plus sévères que l'article 2 de la loi de 1970, mais que l'article 33, paragraphe 1^{er} de la loi de 2004 avait réservé la seule application de la loi la plus douce (à savoir de l'article 1^{er} de la loi de 1970 au détriment des articles 3 à 5 de la loi de 2004), elle a considéré que l'article 33, paragraphe 1^{er} de la loi de 2004 était contradictoire en soi en ce qu'il permettrait l'application simultanée de l'article 1^{er} de la loi de 1970 et des articles 81 et 82 du traité CE en cas d'affectation du commerce intracommunautaire, mais que « tel ne semble cependant pas avoir été l'intention du législateur ». Elle n'en tire toutefois pas de conclusions juridiques au regard de l'articulation entre ces deux normes de fond.

Le Conseil estime toutefois nécessaire d'indiquer sa position à cet égard.

3.2.2.2. Le Conseil de la concurrence doit apprécier les faits par rapport aux règles de droit matériel des articles 81 et 82 du traité CE

13. Sous l'empire de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives et le Ministre de l'Economie ne pouvaient pas se référer aux dispositions de droit matériel du droit communautaire pour apprécier la légalité d'une pratique.

Par contre, l'article 6, paragraphe 2 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence donne compétence au Conseil pour appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, imposant par ailleurs l'obligation de les appliquer à titre exclusif lorsque le commerce intracommunautaire est affecté par une pratique. L'article 6, paragraphe 2 de la loi de 2004 n'est toutefois applicable qu'aux faits qui se sont produits après l'entrée en vigueur de cette loi et en tout cas aux affaires initiées après l'entrée en vigueur de cette loi.

La disposition transitoire de l'article 33, paragraphe 1^{er} de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a encore pris soin d'étendre la compétence du Conseil pour appliquer les articles 81 et 82 du traité CE aux affaires soumises au régime de droit transitoire car introduites avant l'entrée en vigueur de la loi, et partant aux faits commis avant cette date. Le Conseil dispose donc actuellement d'un pouvoir inexistant auparavant dans le chef de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives et du Ministre de l'Economie.

Ce pouvoir ne modifie en rien la situation juridique des entreprises. A cet égard, il faut en effet relever qu'en vertu des principes constitutionnels et de droit international public, les dispositions des articles 81 et 82 du traité CE constituent le droit positif applicable au Luxembourg depuis l'approbation dudit traité par la loi du 30 novembre 1957 portant approbation du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, de ses Annexes, Protocoles et Convention additionnels, signés à Rome, le 25 mars 1957, et à Bruxelles, le 17 avril 1957. A ce titre, elles s'imposent depuis l'entrée en vigueur de cette loi dans les relations sur les marchés et leur violation pouvait depuis cette époque être sanctionnée par les tribunaux, notamment par le biais de l'annulation des stipulations contractuelles y contrevenant ou par le biais d'injonctions à cesser les agissements illégaux.

14. Il revient partant au Conseil de la concurrence d'examiner si les faits qui lui sont soumis, peu importe qu'ils aient été commis avant ou après l'entrée en vigueur de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, dès lors qu'ils constituent une restriction au jeu de la concurrence, comportent une affectation du commerce intracommunautaire, auquel cas il lui revient d'appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, qui prévoient que

« Article 81.

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:

- a) *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;*
- b) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
- c) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
- d) *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
 - *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
 - *à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées*
- qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,*
- b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*

Article 82.

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- b) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- c) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- d) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

15. Contrairement au régime nouveau découlant de l'article 6, paragraphe 2 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, il ne s'agit toutefois pas d'une compétence exclusive du droit communautaire à régir les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2004. Contrairement à l'article 6, paragraphe 2, l'article 33, paragraphe 1^{er}, 2^e phrase n'emploie en effet pas la locution « à titre exclusif » et prend au contraire soin d'énumérer dans une même phrase tant la loi de 1970 que les dispositions du traité

CE. Dans le cadre du régime transitoire, le Conseil de la concurrence est donc appelé à faire application des dispositions de droit matériel issues à la fois de la loi de 1970 et du traité CE.

3.2.2.3. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer les dispositions de sanction du droit communautaire dérivé

16. Les dispositions du traité CE ne formulent pas les sanctions à prononcer à l'égard des entreprises en cas de violation de ses dispositions relatives au droit de la concurrence, si ce n'est l'annulation de droit des accords ou décisions interdits en vertu de l'article 81.

Par suite de la ratification du traité CE, le Règlement N° 17, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (actuellement articles 81 et 82 du traité CE), du 21 février 1962, a prévu les sanctions applicables aux entreprises responsables d'une violation de ces articles. Mais seule la Commission avait le pouvoir et la compétence pour faire application de ce Règlement. Si certaines autorités nationales avaient le cas échéant pouvoir et compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité CE, les sanctions à prononcer par elles devaient par ailleurs être prévues par un texte normatif national.

Or, tel n'était pas le cas au Luxembourg, puisqu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, aucune autorité luxembourgeoise, ni administrative, ni judiciaire, ne s'était vue conférer le pouvoir de prononcer des sanctions, administratives ou pénales, à l'encontre des entreprises qui auraient violé les dispositions de droit matériel du traité CE³.

3.2.2.4. Le Conseil de la concurrence ne peut pas appliquer aux violations du droit matériel communautaire les dispositions de sanction du droit national

17. Les dispositions de droit matériel des articles 81 et 82 du traité CE sont plus sévères que les dispositions des articles 1^{er} et 2 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. Il est donc possible qu'un seul et même fait doive être considéré comme étant illégal au regard des critères du droit communautaire, tandis qu'il échappe à l'application du droit de la concurrence national tel que régi par la loi de 1970. Le Conseil est dès lors amené à se pencher sur la question de savoir si un tel fait, qui ne peut se voir appliquer par lui les sanctions prévues par le droit communautaire dérivé, peut faire l'objet d'une des sanctions prévues par l'article 7 de la loi de 1970.

³ Seule la loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application 1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, 2. du règlement n°17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du traité de Rome, 3. du règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, 4. du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE avait créé les mécanismes de coopération nécessaires pour permettre aux autorités luxembourgeoises de collaborer avec les autorités communautaires en vue de l'exécution des enquêtes menées notamment dans le cadre de l'application de ces dispositions du traité CE.

Or, le Conseil estime que tel ne peut être le cas. Appliquer à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 simultanément le droit matériel issu du droit communautaire, objectivement plus sévère que le droit matériel national issu de la loi de 1970, et les dispositions de sanction de ladite loi de 1970 reviendrait à heurter l'idée dérivée du droit pénal de la légalité des peines et des sanctions, que le Conseil estime devoir transposer à la matière du droit administratif économique.

Il en résulte que si le Conseil devait retenir que les faits soumis à son appréciation, antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, violent soit uniquement la loi de 1970, soit simultanément la loi de 1970 et le traité CE, il sera amené à appliquer les dispositions de sanction de la loi de 1970. Si par contre ils ne violent que les dispositions de fond du traité CE, le Conseil devra se borner à constater cet état de choses, sans pouvoir prononcer de sanction.

4. Pratiques en cause

18. Les conditions d'admission comme membre à l'a.s.b.l. OEIPA sont fixées par les articles 6 et 8 des statuts comme suit :

« Article 6. Membres stagiaires.

Pour le devenir il faut avoir 25 ans révolus, être au moins porteur d'un brevet de maîtrise dans la branche automobile, avoir une pratique d'au moins 3 ans avec ce brevet de maîtrise, ou avoir le diplôme d'ingénieur ou d'ingénieur technicien en mécanique, ou le diplôme d'une école d'experts en automobile et être admis au stage à plein temps d'au moins 2 ans auprès d'un expert automobiles agréé, travaillant à plein temps comme expert en automobiles depuis au moins 5 ans ininterrompus. Le membre-stagiaire avec le diplôme d'ingénieur ou d'ingénieur technicien en mécanique et le membre stagiaire diplômé d'une école d'experts en automobiles doit justifier au moins 6 mois d'activités pratiques ininterrompus dans un atelier de réparation automobile agréé par la Chambre des Métiers, avant d'être admis au stage. Les activités prénommées doivent être en relation directe avec la remise en état de véhicules automobiles accidentés. Le membre-stagiaire doit être présenté par le patron de stage membre effectif. En outre il doit remplir la condition de ne pas avoir fait l'objet de condamnation(s) prévue(s) à l'article 53 de la Constitution. Le droit d'entrée pour le stagiaire ne peut être supérieur à Flux 1.500.-, indice 100.

Article 8. Membres effectifs.

Il faut être âgé de 28 ans au moins, correspondre aux critères valables pour les membres stagiaires et le cas échéant, correspondre aux critères d'agrégation par l'association. Il faut être présenté par deux membres effectifs et avoir obtenu plus de 50 % des suffrages en l'assemblée ordinaire qui suit la date de la demande. En cas d'égalité, la voix du président compte double. Seuls les membres effectifs ont droit au vote. Les membres effectifs empêchés à l'assemblée du vote sont autorisés à

donner leur suffrage par écrit, au plus tard au moment du vote. Les membres fondateurs sont de plein droit membres effectifs s'ils ont obtenu au vote à l'occasion de l'assemblée constituante les 2/3 des voix des membres présents.

19. Carlo SCHMIT avait été admis en date du 9 février 1993 comme membre-stagiaire de l'a.s.b.l. OEIPA et en date du 20 mai 1994 comme membre effectif de cette association.

Par courrier du 21 avril 1997, l'a.s.b.l. OEIPA a informé Carlo SCHMIT qu'elle aurait appris qu'il avait engagé un stagiaire, mais que ni lui ni cette personne ne rempliraient les conditions stipulées à l'article 6 des statuts, et qu'il était sommé sous peine de radiation de régulariser la situation avant la date de la prochaine assemblée générale devant se tenir le 22 mai 1997.

Par courrier du 4 juin 1997, Carlo SCHMIT a démissionné comme membre de l'a.s.b.l. OEIPA, arguant de ce que les statuts de cette association ne respecteraient pas la loi luxembourgeoise. Dès le 4 novembre 1997, Carlo SCHMIT a demandé à être réadmis en tant que membre de l'a.s.b.l. OEIPA. Par courrier du 11 décembre 1997, signé par le président et le secrétaire de l'a.s.b.l. OEIPA, celle-ci a refusé de faire droit à la demande de réadmission de Carlo SCHMIT.

Il résulte de cet échange de courriers et des explications fournies au cours de l'enquête que ces faits trouvaient leur origine dans un différend relatif à l'application des statuts, dans la mesure où l'a.s.b.l. OEIPA estimait que Carlo SCHMIT ne remplissait pas la condition de 5 années d'exercice de la profession d'expert prévue par l'article 6 des statuts tel que reproduit ci-dessus pour lui permettre de former un stagiaire. L'a.s.b.l. OEIPA estimait que Carlo SCHMIT remplirait cette condition au plus tôt 5 ans après la délivrance de la carte d'artisan, soit au 25 juillet 1999, tandis que Carlo SCHMIT faisait valoir que la date à prendre en considération pour fixer le début de la période de 5 ans était le 1^{er} décembre 1993, date à partir de laquelle il aurait exploité en fait sous sa responsabilité le bureau d'expertise qu'il avait repris par la suite. La demande de réadmission présentée dès le 4 novembre 1997 aurait été motivée dans le chef de Carlo SCHMIT par le fait que la personne qu'il employait comme stagiaire avait changé d'employeur, mais cette précision ne figure pas dans la demande de réadmission.

Carlo SCHMIT a encore expliqué au cours de l'enquête que des contacts oraux auraient eu lieu au courant de l'année 1999, au cours desquels il lui aurait été dit de la part de l'a.s.b.l. OEIPA qu'elle refuserait d'admettre à nouveau comme membre une personne qui avait démissionné.

20. Par courrier du 30 juin 2003, la S.A. La Luxembourgeoise a informé Carlo SCHMIT de son intention de ne confier dorénavant des missions d'expertise en automobile qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA.

Carlo SCHMIT a alors demandé par courrier du 7 juillet 2003 à réadhérer à l'a.s.b.l. OEIPA. Etant resté sans réponse de la part de l'a.s.b.l. OEIPA, Carlo SCHMIT s'est adressé par courrier précité du 8 septembre 2003 au Ministre de l'Economie.

Après une audition auprès de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives en date du 13 octobre 2003 lors de laquelle avaient été exprimés des doutes quant à la question de savoir si le simple silence de la part de l'a.s.b.l. OEIPA pouvait être interprété comme valant refus d'admission de Carlo SCHMIT comme membre, Carlo SCHMIT a adressé en date du 13 octobre 2003 une nouvelle demande d'adhésion à l'a.s.b.l. OEIPA. Par courrier du 22 décembre 2003, l'a.s.b.l. OEIPA a informé Carlo SCHMIT que « *lors de notre réunion de comité du 3 décembre 2003, il a été décidé à l'unanimité de refuser votre réadmission à l'Ordre des experts IPA* ». Le courrier du mandataire de Carlo SCHMIT ayant demandé en date du 27 juin 2005 les motifs gisant à la base de cette décision semble être resté sans réponse de la part de l'a.s.b.l. OEIPA.

Au cours de l'enquête, l'a.s.b.l. OEIPA a expliqué que ce refus d'admission était motivé par le fait qu'à un moment donné, Carlo SCHMIT n'aurait pas respecté les statuts de l'association et qu'en tant qu'association sans but lucratif, elle était libre d'accepter ou non une personne demandant à adhérer, sans avoir à se justifier. Elle a encore en termes très vagues fait état d'irrégularités au regard de l'autorisation d'établissement en qualité d'expert de Carlo SCHMIT, sans soutenir ces affirmations par la moindre pièce tangible.

21. Sur base de cette description des faits, Carlo SCHMIT reproche à l'a.s.b.l. OEIPA un comportement discriminatoire en ce que celle-ci refuserait abusivement de l'admettre comme membre de l'association. Ce refus d'admission aurait des conséquences économiques directes sur sa situation, dans la mesure où du moins la S.A. La Luxembourgeoise, sinon également d'autres compagnies d'assurances, ne confieraient des missions d'expertise qu'aux seuls membres de cette association. Ainsi formulé, ce reproche porte sur un abus de position dominante dans le chef de l'a.s.b.l. OEIPA.

Le Conseil estime que par extension, ce reproche doit être considéré comme une référence à une entente prohibée entre tous les membres de l'a.s.b.l. OEIPA ayant pour objet d'écarter Carlo SCHMIT du marché des expertises automobiles.

Ces deux aspects peuvent être regroupés sous la qualification de pratique d'exclusion.

L'Inspection de la concurrence a étendu la réflexion à la question de savoir si la décision de la ou des compagnies d'assurances concernées de ne plus confier des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA n'était pas le résultat d'une action concertée entre cette ou ces compagnies d'assurances et l'a.s.b.l. OEIPA. Cette approche revient à poser la question de savoir s'il n'existe pas une entente prohibée entre l'a.s.b.l. OEIPA et une ou plusieurs compagnies d'assurances.

L'Inspection de la concurrence a finalement apprécié le dossier sous l'angle du comportement unilatéral d'une ou plusieurs compagnies d'assurances qui auraient décidé de ne plus confier des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA. Ainsi posée, la question revient à rechercher l'existence d'une entente ou d'un abus de position dominante dans le chef de la ou des compagnies d'assurances concernées.

Ces deux aspects peuvent être regroupés sous la qualification de pratique de discrimination.

5. Parties en cause

22. Les parties sont d'une part un professionnel dans le domaine de l'expertise automobile, et d'autre part un regroupement de droit privé de professionnels de l'expertise automobile. Avant de décrire leurs situations respectives, il convient de donner un aperçu sur la nature de l'activité d'expert en automobiles.

5.1. Activité des experts en automobiles

23. En cas de sinistre survenu à une voiture automobile, il faut souvent disposer d'une évaluation chiffrée des dégâts. Cette évaluation chiffrée est fournie par les experts en automobiles. Leur mission consiste à prendre inspection des véhicules endommagés, de déterminer s'ils sont économiquement et techniquement réparables et dans l'affirmative d'évaluer le montant des travaux de réparation en fonction des pièces de rechange à mettre en œuvre, des éléments à réparer et des heures de main d'œuvre requises pour procéder à ces travaux. L'évaluation fournie par les experts sert à trouver un accord amiable, sinon elle peut être versée dans le cadre d'une procédure judiciaire.

24. On peut considérer que l'importance de l'intervention de ces experts se reflète dans l'évolution de la réglementation professionnelle qui leur est applicable de laquelle résulte une considération grandissante pour l'exercice de leur fonction.

A cet égard, il faut relever que l'accès à l'activité d'expert en automobiles relève de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. Il en résulte que l'exercice de cette activité est soumis à autorisation écrite à délivrer par le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement conformément aux règles générales édictées aux articles 1 à 6 de cette loi, ainsi qu'aux conditions particulières déterminées pour chaque catégorie d'activité par la suite dans la loi. A cet égard, l'activité d'expert en automobiles relève du chapitre II relatif entre autre au secteur artisanal, qui distingue entre métiers principaux et métiers secondaires. La différence essentielle entre ces deux groupes de métiers réside dans les qualifications professionnelles dont il faut faire preuve pour pouvoir y accéder.

L'article 13, paragraphe 2 de la loi de 1988 dans sa version originale tel qu'applicable au moment de la délivrance des documents professionnels à Carlo SCHMIT relativement au métier d'expert en automobiles réservait l'accès aux métiers principaux aux détenteurs « *du brevet de maîtrise ou du diplôme universitaire d'ingénieur de la branche. Le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement, sur avis de la commission prévue à l'article 2 et après consultation de la Chambre des Métiers, peut reconnaître à un postulant, démuné des diplômes*

précités, une qualification professionnelle suffisante soit pour l'ensemble, soit pour une partie d'un métier repris sur la liste établie par règlement grand-ducal sur la base de pièces justificatives reconnues comme équivalentes, conformément aux critères à déterminer par règlement grand-ducal. ... ».

Relativement aux métiers secondaires, le paragraphe 3 précisait que « *les artisans exerçant un métier secondaire sont dispensés du brevet de maîtrise; ils doivent cependant prouver leur capacité professionnelle sur la base d'un stage ou d'une formation à fixer dont les modalités sont déterminées par règlement grand-ducal. La durée de cette formation ne pourra pas dépasser trois ans.* »⁴.

Le règlement grand-ducal du 19 février 1990 ayant pour objet 1. d'établir la liste des métiers principaux et secondaires, prévue à l'article 13, paragraphe 1 de la loi d'établissement du 28 décembre 1988; 2. de déterminer les conditions de qualification professionnelle requises pour l'exercice des métiers secondaires, conformément à l'article 13, paragraphe 3 de la loi d'établissement du 28 décembre 1988 n'énumérait pas spécifiquement l'activité d'expert en automobiles, ni au titre des métiers principaux, ni au titre des métiers secondaires.

Un règlement grand-ducal du 26 janvier 1993 complétant la liste des métiers principaux par la profession de l'expert en automobiles a inséré au groupe 3 - métiers de la mécanique - la position 317-00, expert en automobiles⁵.

⁴ Au cours de la période d'enquête, ce cadre légal a été modifié dans la mesure où la loi du 9 juillet 2004 [modifiant 1. la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; 2. le Code des assurances sociales] a donné à l'article 13, paragraphe 2 la teneur suivante : « *Les artisans exerçant un métier principal et les entrepreneurs industriels de construction doivent soit être en possession du brevet de maîtrise, soit être en possession d'un diplôme universitaire ou d'enseignement supérieur ou d'un certificat de fins d'études universitaires ou d'enseignement supérieur d'ingénieur de la branche sanctionnant l'accomplissement d'un cycle complet d'au moins quatre années. Le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement, sur avis de la commission prévue à l'article 2 et après consultation de la Chambre des Métiers, peut reconnaître à un postulant, démuné des diplômes précités, une qualification professionnelle suffisante soit pour l'ensemble, soit pour une partie d'un métier repris sur la liste établie par règlement grand-ducal sur la base de pièces justificatives reconnues comme équivalentes, conformément aux critères à déterminer par règlement grand-ducal* ». L'article 13, paragraphe 3 est resté inchangé.

⁵ A la suite de la loi mentionnée à la note de bas de page précédente, un règlement grand-ducal du 4 février 2005 [ayant pour objet: 1. d'abroger le règlement grand-ducal du 19 février 1990 ayant pour objet 1. d'établir la liste des métiers principaux et secondaires, prévus à l'article 13, paragraphe 1 de la loi modifiée du 28 décembre 1988; 2. de déterminer les conditions de qualification professionnelle requises pour l'exercice des métiers secondaires, conformément à l'article 13, paragraphe 3 de la loi modifiée du 28 décembre 1988; 2. d'établir une nouvelle liste des métiers principaux et secondaires, prévus à l'article 13, paragraphe 1 de la loi modifiée du 28 décembre 1988; 3. de déterminer les nouvelles conditions de qualification professionnelle requises pour l'exercice des métiers secondaires, conformément à l'article 13, paragraphe 3 de la loi modifiée du 28 décembre 1988] fait figurer l'activité d'expert en automobiles au chiffre 317-00 de la nomenclature dans la catégorie des métiers principaux.

5.2. L'a.s.b.l. Ordre des Experts Indépendants Professionnels en Automobiles

25. L'a.s.b.l. OEIPA est une association de droit privé constituée en date du 6 février 1981 avec pour objet social (article 4 des statuts) :

- « a) de réunir en une association les experts indépendants professionnels en évaluation de dégâts automobiles.*
- b) faire respecter les droits et les devoirs de l'expert en automobiles.*
- c) élaborer et faire observer une déontologie entre les experts en automobiles.*
- d) établir entre les experts en automobiles des relations suivies et cordiales et leur offrir un centre de réunion pour tous échanges de vue professionnels.*
- e) régler les rapports généralement quelconques entre l'association, les autorités et les tiers et poursuivre la formation générale et professionnelle de ses membres par l'organisation de conférences techniques, économiques et sociales.*
- f) de coopérer avec les associations nationales et étrangères qui visent des buts analogues.*
- g) d'élaborer des critères d'accès à la profession d'expert en automobiles.*
- h) d'aspirer à la reconnaissance légale de la profession d'expert en automobiles.*
- i) poursuivre en justice des actions à défendre l'intérêt général de la profession d'expert en automobiles contre toute atteinte injustifiée de la part des tiers »*

L'a.s.b.l. OEIPA regroupe un certain nombre de professionnels dont le nombre a évolué comme suit :

- Janvier 2002 : 18 membres effectifs et 5 membres stagiaires
- Septembre 2003 : 19 membres effectifs et 2 membres stagiaires
- Avril 2004 : 19 membres effectifs et 3 membres stagiaires
- Janvier 2005 : 19 membres effectifs et 3 membres stagiaires
- Mars 2006 : 19 membres effectifs et 4 membres stagiaires

5.3. Carlo SCHMIT

26. Carlo SCHMIT a passé avec succès en date du 4 juin 1977 l'examen de maîtrise dans le métier de mécanicien d'autos.

Pendant la période du 1^{er} décembre 1991 au 1^{er} décembre 1993, Carlo SCHMIT a travaillé auprès d'un bureau d'expertises.

Par arrêté ministériel du 18 mars 1992, il a été inscrit sur la liste des experts, traducteurs et interprètes assermentés dressée en application de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés.

Il a été admis en date du 9 février 1993 comme membre-stagiaire de l'a.s.b.l. OEIPA et en date du 20 mai 1994 comme membre effectif de cette association.

Le 27 juin 1994, il s'est vu délivrer sur base de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales par le Ministre des classes moyennes une autorisation d'établissement en qualité d'artisan pour l'activité d'expert en automobiles.

Le 25 juillet 1994, il s'est vu délivrer par la Chambre des Métiers une carte d'artisan pour le métier d'expert en automobiles sur base de l'arrêté grand-ducal du 28 avril 1937 portant institution d'une carte professionnelle pour artisans.

Carlo SCHMIT a figuré parmi les membres fondateurs d'une association concurrente à l'a.s.b.l. OEIPA, créée sous la dénomination a.s.b.l. Union Professionnelle des Experts en Automobiles du Grand-Duché de Luxembourg (UPEXAL), en date du 15 septembre 2003.

Carlo SCHMIT a cessé ses activités d'expert en automobiles à partir du 31 mai 2004.

6. Description des marchés en cause

6.1. Le marché de l'expertise automobile

27. Dans son rapport, l'Inspection de la concurrence fait état de ce qu'elle s'est servie d'informations recueillies dans le cadre d'un dossier instruit en parallèle concernant également le marché des expertises pour les assureurs dans le domaine automobile, dans lequel l'a.s.b.l. OEIPA était partie plaignante, pour mieux comprendre le présent dossier, sans toutefois spécifier quelles sont ces données. Dans la mesure où ce dossier parallèle est également à l'heure actuelle soumis au Conseil de la concurrence, et dans un souci de transparence, les développements qui suivent opèrent la distinction entre les informations recueillies de part et d'autre.

Dans le cadre de ce dossier parallèle, l'Inspection de la concurrence a adressé des demandes de renseignement à un total de 11 compagnies d'assurances actives sur le marché luxembourgeois. Au cours de la période d'observation, l'une d'elles a été absorbée par une des autres. L'ensemble de ces compagnies couvre la majeure partie du marché de l'assurance automobile au Luxembourg.

6.1.1. Nombre d'acteurs

6.1.1.1. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par Carlo SCHMIT contre l'a.s.b.l. OEIPA

28. Du côté de l'offre, d'après les informations recueillies en date du 22 août 2006 auprès du ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement, « *quelque 30 experts en automobiles seraient détenteurs d'une autorisation d'établissement en bonne et due forme pour l'exercice de leur profession* ».

29. Les experts en automobiles sont regroupés au sein de différents groupements professionnels.

Au titre de ceux-ci figure l'a.s.b.l. OEIPA. D'après les listings fournis par celle-ci, le nombre de ses membres a évolué comme suit :

- Janvier 2002 : 18 membres effectifs et 5 membres stagiaires
- Septembre 2003 : 19 membres effectifs et 2 membres stagiaires
- Avril 2004 : 19 membres effectifs et 3 membres stagiaires
- Janvier 2005 : 19 membres effectifs et 3 membres stagiaires
- Mars 2006 : 19 membres effectifs et 4 membres stagiaires

Un deuxième groupement professionnel est constitué par l'a.s.b.l. UPEXAL. Celle-ci a réuni lors de sa constitution en septembre 2003 un total de 15 membres fondateurs. Le dossier ne renseigne pas sur l'évolution de ce nombre depuis cette date.

Un groupement d'experts plus généraliste est constitué par l'a.s.b.l. Chambre des Experts du Grand-Duché de Luxembourg, qui regroupe des experts de différentes spécialités, dont une section « Transport et circulation » qui se consacre aux expertises automobiles. D'après les publications de cet organisme, le nombre de membres de cette section a évolué comme suit :

- 2001 : 14 membres et 3 membres honoraires
- 2002 : 13 membres et 3 membres honoraires
- 2004 : 11 membres et 4 membres honoraires
- 2006 : 17 membres et 4 membres honoraires

30. Les experts en automobile peuvent encore se faire inscrire sur une liste des experts assermentés en vertu de la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés. Une liste coordonnée de ces experts publiée au Mémorial B du 31 mars 1995 renseignait 78 inscrits dans la branche « automobile ». Certaines de ces inscriptions remontant aux débuts de la tenue de cette liste, il n'est cependant pas certain que toutes ces personnes soient encore actives. Au cours de la décennie qui s'en est suivie, une quinzaine de nouveaux inscrits ont été ajoutés.

31. Le nombre d'acteurs du côté de la demande est plus difficile à chiffrer, dans la mesure où ils sont très divers. Il faut y inclure en tout état de cause tous les assureurs actifs au Luxembourg dans le secteur de l'assurance automobile (dont un nombre de 6 semble couvrir une grande partie de ce marché). D'après les affirmations de Carlo SCHMIT, ceux-ci constituent les clients principaux des experts en automobiles. Du

côté de la demande interviennent encore les juridictions civiles et commerciales (au nombre de 6 dans les cas dans lesquels un litige relatif à des dommages subis par un véhicule automoteur y est porté sans qu'il n'y ait eu d'expertise amiable au préalable) et toute personne qui entend faire vérifier l'état d'une voiture quant aux dégâts subis. Le Conseil tient à relever qu'aucune donnée n'a été relevée au cours de l'enquête concernant ces deux dernières catégories de demandeurs. Cette carence ne porte toutefois pas à conséquence, dans la mesure où la prise en compte de telles données aurait seulement pour conséquence de diluer d'autant les parts de marché des différents assureurs, et viendrait dès lors conforter les conclusions dégagées ci-après relativement à leurs positions de force sur le marché pertinent.

6.1.1.2. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par l'a.s.b.l. OEIPA

32. Ce dossier permet de compléter les données relatives à l'évolution du nombre de membres de l'a.s.b.l. UPEXAL comme suit :

- 2003 : 15 membres fondateurs
- 2004 : 12 membres associés et 7 membres adhérents
- 2006 : 11 membres associés et 6 membres adhérents

6.1.2. Nombre et volume des expertises

6.1.2.1. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par Carlo SCHMIT contre l'a.s.b.l. OEIPA

33. L'enquête menée par l'Inspection de la concurrence dans le cadre de ce dossier n'a pas porté sur la question de la taille du marché au regard des expertises, ni en nombre, ni en volume financier. Les seules données en rapport avec cette question sont celles fournies par Carlo SCHMIT en ce qui concerne sa situation personnelle et se présentent comme suit :

Tableau N° 1 : Nombre d'expertises effectuées par Carlo SCHMIT

Année	Nombre d'expertises (chiffres approximatifs)	Chiffre d'affaires
2001	4.717	
2002	5.841	609.803,58 €
2003	5.213	
2004 (jusqu'en mai inclus)	1.839	

D'après Carlo SCHMIT, ces chiffres proviennent exclusivement des dossiers confiés par des compagnies d'assurances et environ un tiers des missions exécutées jusqu'en juin 2003 lui auraient été confiées par la S.A. La Luxembourgeoise.

6.1.2.2. Données recueillies dans le cadre du dossier initié par l'a.s.b.l. OEIPA

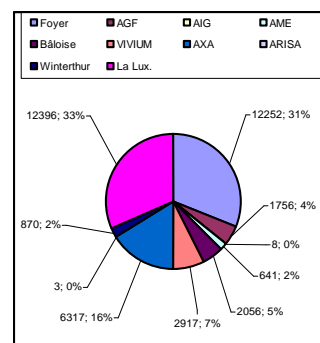
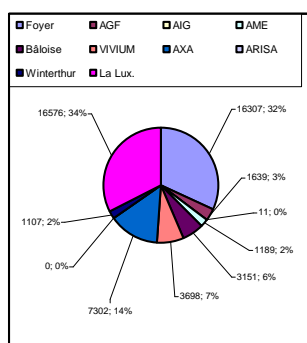
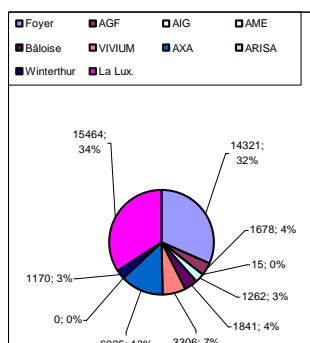
34. Dans le cadre de cette enquête, l'Inspection de la concurrence a recueilli des données auprès de 11 entreprises d'assurances. Les questions ont porté notamment sur le nombre d'expertises qu'elles ont fait effectuer au cours de la période d'observation (2003 à 2005), sur l'identité des bureaux d'expertise chargés de ces expertises et le nombre de dossiers confiés aux différents bureaux d'expertise. Seules les données pertinentes pour le présent dossier sont reprises dans le tableau suivant.

Tableau N° 2 : Part relative des assureurs dans le total des expertises commandées sur le marché pertinent⁶

2003	
Foyer	14321
AGF	1678
AIG	15
AME	1262
Bâloise	1841
VIVIUM (ex-Zürich et ex-P&V)	3306
AXA	6025
ARISA	0
Winterthur	1170
La Lux.	15464
Total	45082

2004	
Foyer	16307
AGF	1639
AIG	11
AME	1189
Bâloise	3151
VIVIUM (ex-Zürich et ex-P&V)	3698
AXA	7302
ARISA	0
Winterthur	1107
La Lux.	16576
Total	50980

2005	
Foyer	12252
AGF	1756
AIG	8
AME	641
Bâloise	2056
VIVIUM (ex-Zürich et ex-P&V)	2917
AXA	6317
ARISA	3
Winterthur	870
La Lux.	12396
Total	39216



6.2. Le marché de l'assurance automobile

35. Dans la mesure où le marché de l'expertise automobile se trouve en étroite relation avec le marché de l'assurance automobile, le Conseil estime approprié de décrire celui-ci brièvement.

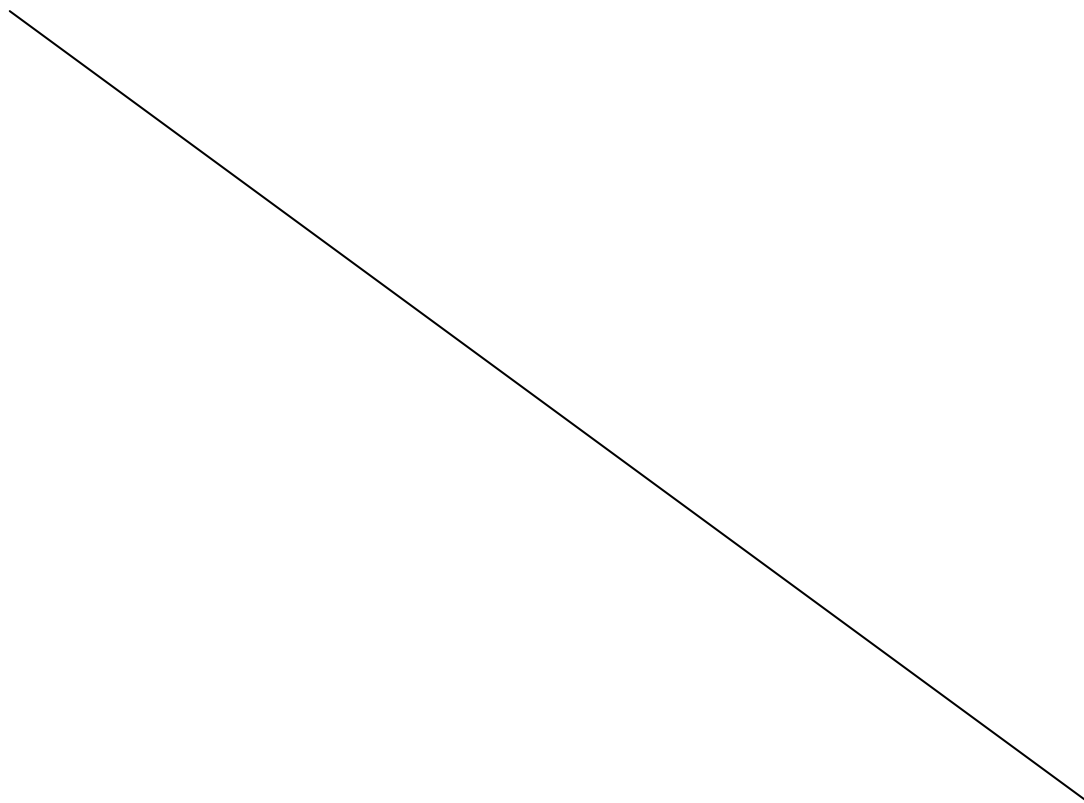
L'accès et l'exercice de l'activité d'assureur sont régis par la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances. Cette activité est soumise à l'obtention d'un agrément préalable de la part du ministre ayant dans ses attributions la surveillance des assurances privées. Cet agrément est attribué par branches telles que définies aux

⁶ Les données pour l'année 2005 portent, selon l'entreprise considérée, sur respectivement les 6, 10 ou 11 premiers mois de l'année.

annexes à cette loi. Ces annexes font la distinction entre les branches Vie et les branches autres que Vie, en subdivisant ces dernières en 18 branches. Parmi ces 18 branches, les branches N° 3 (Corps de véhicule terrestres autres que ferroviaires) et N° 10 (Responsabilité civile véhicules terrestres automoteurs) sont pertinentes pour le présent dossier.

36. Un total de 10 compagnies d'assurances détiennent actuellement un agrément pour les deux branches N° 3 et N° 10. Il s'agit de 6 assureurs luxembourgeois (Assurances Mutuelles d'Europe Luxembourg S.A., en abrégé AME ; ARISA Assurances S.A. ; AXA Assurances Luxembourg S.A. ; Bâloise Assurances Luxembourg S.A. ; Foyer Assurances S.A. ; La Luxembourgeoise S.A.) et de 5 succursales étrangères (AGF Assurances Luxembourg ; AIG Europe S.A. ; La Mutuelle du Mans Assurances IARD ; P & V Assurances ; Winterthur-Europe Assurances S.A.⁷) Un assureur luxembourgeois détient en outre un agrément pour la seule branche N° 3 (CAMCA Assurance S.A.)⁸.

L'enquête de l'Inspection de la concurrence a porté sur le nombre de polices d'assurance conclues dans les deux branches pertinentes dans le cadre du présent dossier par les différentes compagnies d'assurance contactées. Il en est résulté le tableau suivant :



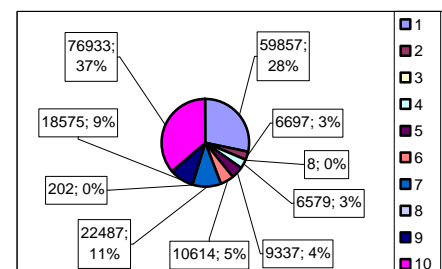
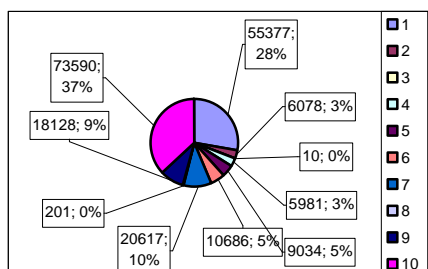
⁷ Au début de la période d'observation, la catégorie des succursales étrangères comprenait encore la Zürich S.A. Les activités de celle-ci ont été reprises au cours de la période d'observation par la s.c.r.l. P&V Assurances. Les activités de ces deux entités sont actuellement exercées sous la dénomination VIVIUM.

⁸ L'assureur La Mutuelle du Mans Assurances IARD et la société CAMCA Assurance S.A. ont été omis de l'enquête de l'Inspection de la concurrence.

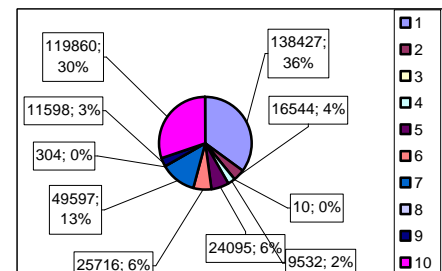
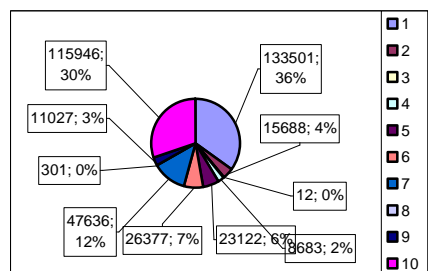
Tableau N° 3 : Parts de marché des assureurs en fonction des polices d'assurance conclues : branche N° 3 et branche N° 10

2003					2004					2005				
		branche 3	branche 10	Total			branche 3	branche 10	Total			branche 3	branche 10	Total
1	Foyer	50876	127711	178587	1	Foyer	55377	133501	188878	1	Foyer	59857	138427	198284
2	AGF	5279	13867	19146	2	AGF	6078	15688	21766	2	AGF	6697	16544	23241
3	AIG	10	12	22	3	AIG	10	12	22	3	AIG	8	10	18
4	AME	5161	7872	13033	4	AME	5981	8683	14664	4	AME	6579	9532	16111
5	Bâloise	8619	22727	31346	5	Bâloise	9034	23122	32156	5	Bâloise	9337	24095	33432
6	VIVIUM (regroupant Zürich et P&V)	10605	26504	37109	6	VIVIUM (regroupant Zürich et P&V)	10686	26377	37063	6	VIVIUM (regroupant Zürich et P&V)	10614	25716	36330
7	AXA	20364	48768	69132	7	AXA	20617	47636	68253	7	AXA	22487	49597	72084
8	ARISA	168	251	419	8	ARISA	201	301	502	8	ARISA	202	304	506
9	Winterthur	17874	10414	28288	9	Winterthur	18128	11027	29155	9	Winterthur	18575	11598	30173
10	La Lux.	n.c.	n.c.	n.c.	10	La Lux.	73590	115946	189536	10	La Lux.	76933	119860	196793
Total					Total		199702	382293	581995	Total		211289	395683	606972

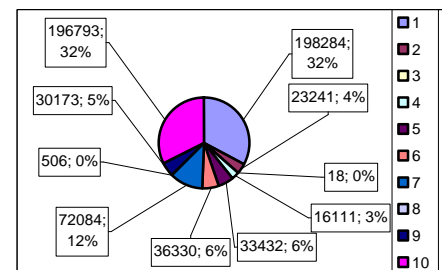
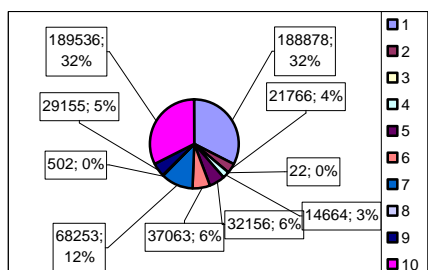
Parts de marché dans la branche N°3: Corps de véhi cule terrestres autres que ferroviaires (Casco)



Parts de marché dans la branche N°10: Responsabili té civile véhicules terrestres automoteurs



Parts de marché dans les deux branches cumulées



Ces chiffres appellent les précisions suivantes :

- les chiffres reproduits indiquent dans la mesure du possible l'état au dernier jour de la période d'observation

- la société ARISA n'a fourni que le total des contrats conclus, sans ventiler entre les deux branches, en précisant qu'elle assurait le risque Casco dans une mesure moindre que le risque responsabilité civile. Sur cette base, le Conseil a procédé à une répartition 60-40%
- toutes les compagnies détenant un agrément, à l'exception de la succursale La Mutuelle du Mans Assurances IARD et de la CAMCA Assurance S.A., ont été interrogées par l'Inspection de la concurrence au cours de l'enquête. Si on peut admettre que l'absence de données relatives à deux assureurs est de nature à fausser l'image reflétée par les chiffres, le Conseil part toutefois de l'hypothèse que le volume d'activité de ces deux assureurs est réduit par rapport au total représenté par les 10 autres assureurs et que partant leur absence ne déforme la réalité que dans une proportion minimale
- la S.A. La Luxembourgeoise n'a pas indiqué de chiffres pour l'année 2003. Compte tenu de l'importance de cette compagnie d'assurance sur le marché, les chiffres pour l'année 2003 ne sont pas exploitables
- contrairement aux autres assureurs, la S.A. Winterthur présente une part plus élevée en risque Casco. Le Conseil s'est posé la question de savoir s'il n'y avait pas une inversion de chiffres, mais a retenu les indications fournies par l'entreprise, le total restant en tout état de cause le même

7. Appréciations

7.1. Définition du marché pertinent : le marché de l'expertise automobile

37. Les statuts de l'a.s.b.l. OEIPA fixent à l'association comme un des objets de réunir les « experts indépendants professionnels en évaluation de dégâts automobiles ». Ces statuts utilisent par la suite, ainsi que dans son intitulé, le terme de « expert en automobiles », mais compte tenu de l'agencement de ces statuts, il faut admettre que ce terme vise les experts actifs dans le domaine de l'évaluation de dégâts subis par des automobiles.

Cette conclusion est confortée par un document intitulé « Conditions générales pour être expert en automobiles indépendant et Code de déontologie » établi par l'a.s.b.l. OEIPA, qui précise que l'activité de l'expert en automobiles consiste à « *examiner et décrire les dégâts causés à un véhicule automobile, fixer leur valeur ainsi que la durée de la réparation ou du remplacement, répondre à toutes les questions techniques utiles que poseraient les parties en cause en vue de résoudre les contestations éventuelles, et être capable de signaler toute anomalie technique en relation avec la cause ou avec l'évaluation du dommage* ».

Ce même document précise que l'expert intervient

- à la demande des compagnies d'assurances dès lors qu'un véhicule s'est trouvé endommagé pour déterminer l'importance des dégâts

- à la demande des tribunaux en cas de litige pour apprécier les dégâts ou rechercher les causes ou même le déroulement des circonstances d'un accident de la circulation
- à la demande de toute autre personne physique ou morale dans un litige éventuel.

Les statuts de l'a.s.b.l. UPEXAL précisent au titre de l'objet social la volonté de réunir les « experts professionnels en évaluation de dégâts automobiles ». Là encore, la suite des statuts et l'intitulé emploient le terme de « expert en automobiles », mais il faut là aussi admettre en fonction des circonstances que seules les personnes actives dans le domaine de l'évaluation des dégâts subis par des automobiles sont visées, alors même que le document intitulé « Code de déontologie de l'expert en automobiles » édité par cette association ne comporte pas de définition ou de description particulière de l'activité visée.

38. Le Conseil retient par voie de conséquence que le marché en cause est constitué par les activités d'évaluation, à la demande de toute personne intéressée, des dommages subis accidentellement par des véhicules automoteurs. Ce marché opère la rencontre entre les personnes remplissant les conditions légales et réglementaires pour exercer l'activité d'expert en automobiles (offre : experts en automobiles) et les personnes qui ont besoin d'être renseignées sur la valeur d'un véhicule ou le coût de sa réparation (demande : compagnies d'assurances, tribunaux, particuliers, garagistes, réparateurs, acheteurs et vendeurs de véhicules automobiles, ...).

Alors même que les reproches formulés par Carlo SCHMIT ne portent que sur les missions d'expertise confiées aux experts par les compagnies d'assurances, sinon par une seule des compagnies d'assurances actives au Luxembourg, il n'y a pas lieu de restreindre le marché en cause aux expertises demandées par les compagnies d'assurances, tel que préconisé par l'Inspection de la concurrence, respectivement une compagnie d'assurances. La nature de la mission confiée aux experts est en effet identique, peu importe qui la leur confie, et rien ne justifie une segmentation plus fine du marché sur base du seul critère de l'auteur de la demande d'expertise.

39. La dimension géographique de ce marché est nationale. Sous réserve des règles communautaires relatives à la libre prestation de service, il faut en effet remplir les conditions légales fixées par la loi luxembourgeoise et être en possession des autorisations délivrées par les autorités luxembourgeoises pour pouvoir prester des services au titre d'expert en automobiles.

7.2. Affectation du commerce intracommunautaire et loi applicable

40. Tel qu'exposé au point 3.2., la question de savoir si la pratique ou le comportement incriminé affectent le commerce intracommunautaire influe directement sur le droit matériel applicable.

Il importe donc de déterminer si les pratiques en cause sont de nature à affecter le commerce intracommunautaire afin de déterminer si elles doivent être appréciées au regard du droit communautaire.

41. D'après la jurisprudence des juridictions communautaires, les articles 81 et 82 du traité CE ne sont pas applicables aux accords et pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres. La notion de « commerce entre Etats membres » recouvre toute activité économique transfrontalière impliquant au moins deux Etats membres. L'affectation de ce commerce doit être établie avec un degré de probabilité suffisant à partir d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait de nature à démontrer une influence sensible, directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre Etats membres⁹. Ces principes ont été rappelés dans un arrêt récent¹⁰ du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes dans les termes suivants :

« (162) La condition relative aux effets sur le commerce entre États membres, figurant à l'article 81, paragraphe 1, CE, vise à déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des États membres. C'est ainsi que relèvent du domaine du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptible de mettre en cause la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun. En revanche, les comportements dont les effets se localisent à l'intérieur du territoire d'un seul État membre relèvent du domaine de l'ordre juridique national (arrêt de la Cour du 31 mai 1979, Hugin/Commission, 22/78, Rec. p. 1869, point 17).

(163) Selon une jurisprudence constante, un accord entre entreprises, pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États (arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 22). Ainsi, l'affectation des échanges intracommunautaires résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants (arrêts de la Cour du 15 décembre 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, point 54 ; Bagnasco e.a., point 159 supra, point 47, et du 29 avril 2004, British Sugar/Commission, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 27).

(164) Il importe peu à cet égard que l'influence d'une entente sur les échanges soit défavorable, neutre ou favorable. En effet, une restriction de concurrence est apte à affecter le commerce entre États membres lorsqu'elle est susceptible de détourner les courants commerciaux de l'orientation qu'ils auraient autrement connue (arrêt de la Cour du 29

⁹ Pour la méthodologie à appliquer dans ce cadre, le Conseil se réfère à la Communication de la Commission (2004/C 101/07) contenant les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, publiée au JOCE, N° C 101/07 du 27 avril 2004, page 81.

¹⁰ TPICE 14 décembre 2006, aff. jointes T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Oesterreich AG et a., N° 162 à 167.

Voir dans le même sens CJCE 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à 298/04, Manfredi e.a.

octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 172). Partant, la thèse avancée par certaines des requérantes en l'espèce, selon laquelle seuls des effets de cloisonnement des marchés peuvent être pris en considération pour conclure à l'aptitude de l'entente à affecter le commerce entre États membres, doit être écartée.

(165) Cette interprétation large du critère de l'aptitude à affecter le commerce entre États membres n'est pas contraire au principe de subsidiarité invoqué par RLB. En effet, comme la Commission le relève à juste titre, le traité prévoit que des conflits éventuels entre le maintien d'une concurrence non faussée et d'autres objectifs légitimes de politique économique soient résolus par l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE. Celui-ci peut donc être considéré comme une disposition spéciale mettant en œuvre le principe de subsidiarité dans le domaine des ententes. Ce principe ne peut, dès lors, pas être invoqué pour restreindre le champ d'application de l'article 81 CE (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4653, point 197).

(166) Ensuite, il y a lieu de souligner que l'aptitude d'une entente à affecter le commerce entre États membres, c'est-à-dire son effet potentiel, suffit pour qu'elle relève du champ d'application de l'article 81 CE et qu'il n'est pas nécessaire de démontrer une atteinte effective aux échanges (arrêt Bagnasco e.a., point 159 supra, point 48, et arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, Ferriere Nord/Commission, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 19). Le fait qu'il s'agisse en l'espèce de l'appréciation a posteriori d'une infraction passée n'est pas susceptible de modifier ce critère, un effet potentiel de l'entente sur les échanges étant également suffisant dans ce cas. Par conséquent, il convient de rejeter les arguments avancés par Erste, ÖVAG et NÖ-Hypo, selon lesquels la prétendue absence d'effets des accords sur le marché aurait dû être prise en considération comme indice de l'inaptitude de ces derniers à affecter le commerce entre États membres.

(167) Il est néanmoins nécessaire que l'effet potentiel de l'entente sur le commerce interétatique soit sensible, ou, en d'autres termes, qu'elle ne soit pas insignifiante (arrêt de la Cour du 28 avril 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, points 12 à 17 ; arrêt du Tribunal du 19 mars 2003, CMA CGM e.a./Commission, T-213/00, Rec. p. II-913, ci-après l'« arrêt FETTCSA », point 207). »

La question doit être appréciée séparément par rapport aux deux catégories de pratiques reprochées. Si cette question doit être tranchée dans le sens de l'exclusion du droit communautaire, il faut trancher en outre la question de savoir quelle loi luxembourgeoise, la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives ou la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, trouve à s'appliquer.

7.2.1. Les reproches dirigés contre l'a.s.b.l. OEIPA en tant qu'entité ou contre ses membres : le refus d'accès à l'association

42. Le comportement de l'a.s.b.l. OEIPA tel que dénoncé par Carlo SCHMIT, à supposer qu'il constitue une violation du droit de la concurrence, n'est pas de nature à

exercer une influence sur le commerce intracommunautaire. Le fait pour une association de droit luxembourgeois d'exclure une personne établie sur le territoire luxembourgeois de la qualité de membre n'affecte en effet pas les courants d'échanges intracommunautaires, ni la capacité concurrentielle d'autres acteurs économiques, qu'ils se trouvent sur le territoire national ou à l'étranger, dès lors que ces derniers ne se trouvent pas exclus de ce fait de l'accès au marché national. Il en serait ainsi si la qualité de membre de l'a.s.b.l. OEIPA était, en droit ou en fait, une condition pour pouvoir exercer le métier d'expert en automobiles au Luxembourg. Or, il sera établi ci-après que tel n'est pas le cas.

Il en résulte que seule la législation luxembourgeoise doit être appliquée en l'espèce à ce volet du dossier.

43. Dans la mesure où Carlo SCHMIT a cessé son activité économique au mois de mai 2004, le comportement reproché ne s'est pas perpétué au cours de la période postérieure et n'a pas pu avoir d'effet pendant cette période postérieure. Il en résulte que seule la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, en vigueur jusqu'au 30 mai 2004, date d'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, peut trouver à s'appliquer.

7.2.2. Les reproches dirigés contre une ou plusieurs compagnies d'assurances seules ou conjointement avec l'a.s.b.l. OEIPA : la discrimination

44. S'il devait être établi qu'une ou plusieurs compagnies d'assurances auraient abusé d'une position dominante ou conclu avec l'a.s.b.l. OEIPA une entente ayant pour objet de ne confier des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA, il pourrait en résulter une restriction des échanges transfrontaliers de services dans le domaine de l'expertise automobile si l'accès à la qualité de membre de l'a.s.b.l. OEIPA était limité de par les statuts ou en pratique aux seuls professionnels luxembourgeois ou établis au Luxembourg, de façon à exclure du marché de l'expertise automobile les professionnels étrangers ou établis à l'étranger.

Tel n'est toutefois pas le cas. Aucune stipulation des statuts ne prévoit une telle limitation. Ils ne prévoient pas non plus l'obligation d'être détenteur d'une autorisation d'établissement délivrée par les autorités luxembourgeoises. Par ailleurs, dans les faits, il résulte des différentes listes de membres de l'a.s.b.l. OEIPA versées au dossier qu'elle compte parmi ses membres des ressortissants d'autres Etats (France, Belgique, Portugal) et des personnes résidants dans d'autres Etats (France et Belgique).

Il faut en déduire qu'une éventuelle pratique d'exclusion, que ce soit sous l'angle d'un abus de position dominante ou d'une entente concertée, n'est pas non plus de nature à affecter le commerce intracommunautaire.

45. Ce volet du dossier est par voie de conséquence également à apprécier au regard de la seule loi luxembourgeoise, en l'espèce pour les motifs spécifiés ci-dessus au regard de la seule loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

7.3. Fond

46. Les reproches formulés tiennent à des comportements d'exclusion, en ce qu'il est reproché à l'a.s.b.l. OEIPA et/ou à ses membres d'exclure Carlo SCHMIT de la qualité de membre de cette association, et de discrimination, en ce qu'il est reproché aux assureurs et/ou à l'a.s.b.l. OEIPA de ne confier des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA.

7.3.1. Le comportement d'exclusion reproché à l'a.s.b.l. OEIPA et/ou ses membres doit être apprécié au regard de la notion de décision d'association d'entreprises

47. La qualification proposée par Carlo SCHMIT au regard des pratiques incriminées dans le chef de l'a.s.b.l. OEIPA et/ou de ses membres a trait à la notion d'abus de position dominante. L'analyse de la situation du cas d'espèce conduit cependant à écarter cette qualification au profit d'un examen basé sur la notion d'entente entre les membres de l'a.s.b.l. OEIPA.

7.3.1.1. La notion d'abus de position dominante

48. Les normes matérielles du droit de la concurrence s'adressent aux entreprises. La notion d'entreprise comprend toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné constitue une activité économique¹¹.

L'a.s.b.l. OEIPA n'exerce pas de façon autonome une activité économique sur le marché. Il s'agit d'un regroupement de droit privé d'individus exerçant l'activité d'expert en automobiles. Cette dernière activité constitue une activité économique, dans la mesure où les experts en automobiles fournissent leurs services de manière durable et contre rémunération.

Il en résulte qu'à défaut d'activité économique propre, l'a.s.b.l. OEIPA ne peut détenir ou acquérir de position dominante sur le marché, et ne peut donc commettre d'abus d'une telle position. Tous les reproches adressés à son encontre en ce qu'ils se réfèrent à la notion d'abus de position dominante sont donc à écarter.

7.3.1.2. L'entente

49. Toutefois, une organisation professionnelle doit être considérée comme une association d'entreprises lorsqu'elle adopte des règles ou décisions qui constituent l'expression de la volonté de représentants des membres de la profession concernée.

¹¹ Voir notamment CJCE 23 avril 1991 Höfner and Elser v Macrotron N° C-41/99, point 21 ; CJCE 16 novembre 1995 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, N° C-244/94, point 14 ; CJCE 11 décembre 1997 Job Centre II, N° C-55/96, point 21 ; CJCE 16 juin 1987 Commission/Italie, N° 118/85, point 7 ; CJCE 18 juin 1998 Commission/Italie, N° C-35/96, point 36.

La jurisprudence européenne ajoute à ces critères que ces décisions doivent avoir pour objectif d'obtenir de la part des membres de la profession à ce qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique¹².

La décision de ne plus admettre Carlo SCHMIT comme membre de l'a.s.b.l. OEIPA, prise successivement le 11 décembre 1997 par le président et le secrétaire de l'a.s.b.l. OEIPA et le 3 décembre 2003 par le comité de l'a.s.b.l. OEIPA, constitue une expression de la volonté des représentants des membres de cette association.

Le deuxième critère du cadre d'appréciation fixé par la jurisprudence et la pratique décisionnelle n'est pas directement rempli dans la présente espèce, dans la mesure où les décisions adoptées par les organes de l'a.s.b.l. OEIPA ne visent pas à faire adopter par tous les membres de la profession un comportement déterminé, mais s'adressent uniquement à ses adhérents, qui au surplus ne regroupent pas tous les membres de la profession d'expert en automobiles. Par ailleurs et en particulier, il faut constater que les décisions de l'espèce ne s'adressent pas à tous les adhérents de l'a.s.b.l. OEIPA, mais seulement individuellement à une personne qui n'est pas membre de l'association.

Le Conseil estime toutefois qu'en présence de l'intention clairement manifestée de la S.A. La Luxembourgeoise en date du 30 juin 2003 de ne plus confier des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA, la décision des organes de l'association de ne pas admettre une personne parmi les rangs des adhérents à l'association rentre dans le cadre des pouvoirs d'organisation générale de l'association, conférés audits organes par les statuts et peut influencer directement ou indirectement sur les échanges économiques en affectant l'activité économique d'expert en automobiles.

Ces décisions doivent donc être appréhendées en tant que décisions d'association d'entreprises.

50. L'article 1^{er}, point 1 de loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives prohibe les pratiques qui remplissent cumulativement les trois conditions suivantes :

- 1) avoir pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché
- 2) avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché
- 3) être de nature à porter atteinte à l'intérêt général

En l'espèce, eu égard aux conditions du marché, aucune de ces conditions n'est remplie.

Dans le cadre de cette analyse, le Conseil tient à souligner en tout premier lieu qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier qu'une autre compagnie d'assurances que la S.A. La Luxembourgeoise aurait pris l'initiative de limiter le choix des experts en automobile auxquels elle entendait avoir recours aux seuls adhérents de l'a.s.b.l. OEIPA. Il résulte au contraire des investigations menées dans le dossier parallèle que

¹² CJCE 19 février 2002, Wouters, N° C309/99, point 64.

les critères de sélection sont d'ordre qualitatif ou géographique ou encore de disponibilité, et qu'aucune des 10 autres compagnies d'assurances interrogées n'a limité son choix aux adhérents de l'a.s.b.l. OEIPA. Il en résulte qu'il y a lieu d'examiner les décisions des organes de l'a.s.b.l. OEIPA sur base des seules implications qu'elles peuvent produire compte tenu du volume d'affaires généré par la S.A. La Luxembourgeoise.

Dès lors, il faut examiner quelle est la part de marché de cet assureur, afin d'apprécier si la pratique revenant à refuser à Carlo SCHMIT l'accès aux commandes établies par cet assureur revient à l'écarter du marché des expertises automobiles. A cet égard, il résulte du tableau N° 2 reproduit ci-dessus que la S.A. La Luxembourgeoise est donneur d'ordre pour une part située entre 32% et 34% des expertises commandées au total sur le marché pertinent.

Il faut en déduire que le fait pour l'a.s.b.l. OEIPA de refuser d'admettre comme membre Carlo SCHMIT, alors même que cette décision excluait de ce fait ce dernier des commandes émises par la S.A. La Luxembourgeoise, n'est pas pour autant de nature à l'écarter de façon absolue du marché de l'expertise automobile. La pratique de l'a.s.b.l. OEIPA n'a donc ni pour effet ni pour objet de restreindre la concurrence sur le marché de l'expertise automobile.

La troisième condition posée par l'article 1^{er}, point 1 de loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives n'est pas non plus remplie, dans la mesure où il n'est guère concevable que le maintien de l'accès de Carlo SCHMIT aux commandes émises par la S.A. La Luxembourgeoise soit d'intérêt général.

7.3.2. Les pratiques de discrimination reprochées à l'a.s.b.l. OEIPA et/ou aux entreprises d'assurances

7.3.2.1. L'entente entre une ou plusieurs compagnies d'assurances et l'a.s.b.l. OEIPA

51. Apprécies sous cet angle, les reproches présentés dans le dossier reviennent à vérifier si une ou plusieurs compagnies d'assurances se sont concertées avec l'a.s.b.l. OEIPA à l'effet de prévoir d'une part que les assureurs ne confieraient des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA et d'autre part que l'a.s.b.l. OEIPA n'admettrait pas comme membre l'une ou l'autre personne sur base de critères discriminatoires, non objectifs. Seule la preuve de l'existence d'un accord conclu entre les différents protagonistes, impliquant pour chacun d'eux l'engagement d'adopter le comportement ainsi décrit, permettrait le cas échéant d'approfondir la question d'un accord anticoncurrentiel.

52. A cet égard, il faut relever une nouvelle fois que l'enquête n'a pas permis de déceler que le comportement adopté par la S.A. La Luxembourgeoise (limitation de ses missions d'expertise aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA) ait été adopté par d'autres compagnies d'assurances. Le reproche ne tient donc pas en ce qu'il tenterait d'inclure dans la pratique dénoncée d'autres compagnies d'assurances que la seule S.A. La Luxembourgeoise.

53. Il faut d'un autre côté souligner qu'aucun élément avancé par Carlo SCHMIT ou recueilli au dossier ne permet d'accréditer la thèse d'une collusion, tacite ou expresse, entre l'a.s.b.l. OEIPA et la S.A. La Luxembourgeoise dans le sens des reproches examinés.

54. A défaut de quelconques éléments de preuve sur les faits essentiels à la base des reproches, il y a donc lieu de retenir qu'aucune violation de la loi n'est établie.

7.3.2.2.L'entente entre plusieurs compagnies d'assurances

55. Dans ce cadre, il faut vérifier si diverses compagnies d'assurances se sont concertées afin d'adopter un même comportement en vue d'aboutir à l'exclusion du marché de l'expertise automobile de l'un ou l'autre professionnel.

56. Mais là encore, il faut relever l'absence de comportement identique entre les différents assureurs par rapport à la question soulevée, en ce qu'il n'est pas établi que d'autres assureurs que la S.A. La Luxembourgeoise se limiteraient à confier des missions d'expertise aux seuls membres de l'a.s.b.l. OEIPA.

57. Dès lors, il faut retenir non seulement l'absence de preuve d'un accord en ce sens, mais au contraire la preuve de l'absence d'un tel accord, le fait que les acteurs du marché adoptent des comportements diamétralement opposés étant de nature à caractériser l'absence d'accord entre eux.

7.3.2.3.L'abus de position dominante dans le chef de la S.A. La Luxembourgeoise

58. Dans ce cadre, il faut vérifier d'une part si la S.A. La Luxembourgeoise bénéficie d'une position dominante sur le marché pertinent de l'expertise automobile, et d'autre part, en cas de réponse affirmative à cette interrogation, si elle abuse de cette position dominante pour mettre en œuvre une pratique de discrimination répondant aux conditions de l'article 1^{er}, point 1 de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

59. A cet égard, la part de marché détenue par une entreprise constitue un critère essentiel pour déterminer si elle se trouve en position dominante. Ainsi, une part de marché élevée, dépassant les 60 à 70 %, permet en règle générale de présumer l'existence d'une position dominante. La part de marché ne constitue toutefois pas le seul critère pertinent. D'autres facteurs sont à prendre en considération, tel que la part réduite de chacun des autres acteurs sur le marché, l'appartenance de l'entreprise concernée à un grand groupe d'entreprises, son accès préférentiel à certaines ressources, l'existence de barrières à l'entrée ou d'autres circonstances encore qui permettent de retenir une faible probabilité que la suprématie de l'entreprise soit remise en question. La jurisprudence a développé encore bien d'autres éléments à prendre en considération, tenant à la structure du marché, à la structure de l'entreprise ou aux performances des acteurs sur le marché.

60. En l'espèce, les données afférentes aux parts de marché sont reprises dans le tableau N° 2 reproduit ci-dessus. Il en résulte que la S.A. La Luxembourgeoise détient sur le marché pertinent de l'expertise automobile une part de marché située selon les années entre 32% et 34%. Ce constat suffit en principe à lui seul pour exclure l'existence d'une position dominante dans le chef de la S.A. La Luxembourgeoise, une telle part de marché étant généralement considérée comme étant insuffisante pour caractériser une position dominante.

A cela s'ajoute en l'espèce que la S.A. La Luxembourgeoise se trouve confrontée sur le marché en cause à neuf autres entreprises, dont la plus importante détient une part de marché approximativement équivalente située entre 31% et 32%, ainsi qu'à une entreprise dont la part de marché a évolué sur la période d'observation de 13% à 16%, démontrant le dynamisme de cette entreprise. Ces constats viennent conforter la conclusion de l'absence de position dominante dans le chef de la S.A. La Luxembourgeoise sur le marché pertinent de l'expertise automobile.

61. Cette analyse peut être complétée par une analyse portant sur la possibilité pour la S.A. La Luxembourgeoise de se procurer une position dominante sur le marché pertinent de l'expertise automobile par le biais d'un effet de levier. L'effet de levier est la possibilité pour une entreprise dominante sur un marché d'en profiter abusivement pour s'avantager elle-même sur un autre marché. L'exemple type est celui d'une entreprise intégrée verticalement, qui détient une position dominante sur le marché d'un produit ou service constituant une ressource indispensable pour opérer sur un marché en aval et qui refuse à ses concurrents l'accès à cette ressource, ou rend cet accès excessivement onéreux, afin de détériorer la situation compétitive de ces derniers sur le marché en aval et de créer ou de consolider à son profit une position dominante sur ce marché en aval.

Rapportée au cas d'espèce, cette question revient à examiner si la S.A. La Luxembourgeoise détient sur le marché en amont de l'assurance automobile une position de force telle qu'elle est en mesure d'influer de façon décisive sur le fonctionnement du marché pertinent de l'expertise automobile.

Or, il résulte du tableau N° 3 reproduit ci-dessus que la S.A. La Luxembourgeoise ne détient sur ce marché en amont qu'une part de marché globale de 32% dans les deux branches de l'assurance automobile concernées, et se trouve là encore confrontée à un concurrent détenant une part de marché similaire et un autre concurrent détenant 12% de part de marché. Ces facteurs excluent la possibilité d'une position dominante de la S.A. La Luxembourgeoise sur le marché de l'assurance automobile. De ce fait, la possibilité d'un effet de levier est exclue.

62. Ainsi, en l'absence de position dominante dans le chef de la S.A. La Luxembourgeoise, aucun abus de position dominante ne peut être retenu à son égard.

7.3.2.4.L'abus de position dominante collective dans le chef des compagnies d'assurances

63. Afin de compléter l'analyse, il convient en dernier lieu d'examiner si les structures du marché sont telles qu'elles permettraient de retenir un abus de position dominante

collective dans le chef des compagnies d'assurances. Cette interrogation est suscitée à première vue par le constat que deux assureurs contrôlent à eux seuls les deux tiers tant du marché pertinent de l'expertise automobile que du marché en amont de l'assurance automobile, et que les trois assureurs les plus importants détiennent ensemble entre 75% et 80% de parts sur ces deux marchés.

Des entreprises peuvent détenir collectivement une position dominante lorsque ensemble, en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, elles ont le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché sans devoir se concerter à cet effet et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et finalement des consommateurs (voir en ce sens le Conseil de la concurrence français, Décision N° 06-D-11 du 16 mai 2006, Revue Lamy de la concurrence, N° 9, page 27). La notion de position dominante collective a été délimitée et définie par la jurisprudence communautaire dans plusieurs arrêts (TPICE 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, point 62 ; repris par TPICE 8 juillet 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commission, T-374/00, point 121 ; TPICE 26 janvier 2005, Piau/Commission, en pr. FIFA, T-193/02, point 111).

En résumé, la position dominante collective est établie si

- le marché pertinent est transparent
- tout écart par l'un des concurrents de la ligne de conduite commune est susceptible de provoquer des mesures de représailles
- l'oligopole ne peut pas être déstabilisé par des tiers, tels que les entrants potentiels ou les consommateurs.

(voir D. Spector, Position dominante collective : Du bon usage des "critères Airtours", Revue des droits de la concurrence, N° 1-2007, page 26)

64. En l'espèce, ces conditions ne sont pas remplies :

- les assureurs couvrant plus des deux tiers du marché de l'expertise automobile n'ont pas adopté une stratégie commune. Si la S.A. La Luxembourgeoise limite ses activités d'expertise aux membres de l'a.s.b.l. OEIPA, il n'en est pas de même ni du deuxième ni du troisième acteur sur le marché. Il n'y a donc pas de comportement identique ou parallèle
- le marché n'est pas transparent. Les différents assureurs ne disposent en effet d'aucun moyen pour vérifier directement sur le marché quelle est l'attitude adoptée par les autres assureurs dans leurs rapports avec les différentes organisations professionnelles et les experts automobiles
- le dossier ne révèle aucun élément, et le Conseil n'est pas en mesure d'en imaginer, qui puisse être mis en œuvre par un des membres du supposé oligopole pour discipliner celui qui s'écarterait de la ligne d'action commune (à supposer celle-ci existante)

65. Les faits portés à la connaissance du Conseil ne peuvent donc recevoir la qualification d'abus de position dominante collective.

a adopté la présente décision

Article 1^{er} :

Le marché pertinent est le marché national de l'expertise automobile.

Article 2 :

La Conseil de la concurrence constate l'absence d'infraction à la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives sur le marché national de l'expertise automobile. La plainte introduite par Carlo SCHMIT en date du 8 septembre 2003 contre l'a.s.b.l. Ordre des Experts Indépendants Professionnels en Automobiles et/ou la S.A. La Luxembourgeoise et/ou une ou plusieurs autres entreprises d'assurances non autrement individualisées est classée sans autres suites.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 5 septembre 2007.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

(signé)
Charlotte PRÜSSEN
Conseiller suppléant

La présente décision est susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal Administratif.

Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification de la présente décision.

Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour.