

1^{re} journée du droit de la concurrence le 9 décembre 2014 – Intervention du Président du Conseil Pierre Rauchs

C'est une excellente idée de votre association que d'organiser cette 1^{re} journée du droit de la concurrence. Je vous félicite de cette initiative ainsi que pour le succès que rencontre cette manifestation. C'est un succès mesuré par la qualité des experts que l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence a réussi à engager et par le nombre impressionnant de participants à cette journée.

L'intérêt pour le droit de la concurrence est peut-être un signe de l'époque. Notre pays traverse une période de profondes mutations et je pense que la politique de concurrence ne doit pas être absente de ces évolutions que subit le paysage économique national.

Souvenez-vous d'où nous partons. Même si jusqu'en 2004, il existait déjà un embryon de règles de concurrence inspirées du traité de l'Union européenne, cette législation était éclipsée par une stricte réglementation des prix. Surtout, l'application des règles de concurrence n'était pas dévolue à une autorité indépendante. C'était le ministre de l'Economie qui à l'époque était le gardien des règles de concurrence. L'Office des prix, qui n'existe plus, recevait des demandes collectives de hausse des prix de la part des fédérations professionnelles, majoritairement dans le secteur de l'artisanat. Les prix administrés pouvaient ressembler à de véritables ententes légales dont le respect était assuré par l'Etat. Voilà qui explique pour partie qu'au Luxembourg, la culture de la concurrence, qui ne vient pas naturellement à l'esprit des entreprises, a eu des difficultés à s'installer chez nous.

Les choses ont bien changé depuis, même si la première loi relative à la concurrence digne de ce nom datant du 17 mai 2004, recelait encore une série d'imperfections. La plus notable était sans doute la séparation organique entre, d'un côté, les compétences d'enquête et d'investigations exercées par la défunte Inspection de la concurrence, service sous l'ordre du ministre de l'Economie, et, de l'autre côté, la fonction de décision revenant au Conseil de la concurrence.

La loi du 23 octobre 2011 est en net progrès par rapport à cette situation qu'on pouvait rapprocher de l'adage latin « divide et impera ». Deux micro-institutions ne sont en effet pas adaptées pour faire régner de façon efficiente la libre concurrence. Je dis cela en saluant le courage des autorités de concurrence qui précédaient le nouveau Conseil et qui ont dû travailler souvent dans des conditions très difficiles. Elles ont fait un travail remarquable sur lequel l'actuel Conseil s'appuie pour construire le droit de la concurrence au Luxembourg.

Avant de porter un regard sur l'avenir du droit de la concurrence, il n'est pas vain de passer en revue l'action du nouveau Conseil qui s'est mis en place en mai 2012. Nous souffrons toujours d'un manque chronique d'effectifs préjudiciable à l'essor du droit de la concurrence. D'ailleurs, la Commission européenne rappelle régulièrement au gouvernement le manque de ressources du

Conseil de la concurrence à l'occasion de son évaluation du plan national de réforme dans le cadre du Semestre européen. Force est de constater cependant que la fusion de l'Inspection et du Conseil a considérablement contribué à faire avancer l'application des règles de concurrence au Grand-Duché. Alors, permettez-moi de faire un rapide bilan de notre action au cours de deux années d'existence.

Nous sommes une petite structure, actuellement quatre conseillers effectifs assistés par **un** enquêteur et par **un** greffier, mais nous attendons le renfort de deux nouveaux enquêteurs dans les mois à venir. C'est peu comparé aux régulateurs qui surveillent des secteurs spécifiques, c'est peu si l'on sait que tous les secteurs économiques risquent de défilier devant le Conseil de la concurrence.

Chemin faisant, les sanctions que le Conseil de la concurrence prononce deviennent de plus en plus mordantes. Avant 2012, une affaire, celle des carreleurs, a été soldée par l'imposition d'amendes d'un niveau total de 0,15 mio d'euros. Depuis 2012, les sanctions sont devenues réellement dissuasives : juillet 2012, amende de 180 000 euros infligée à Coditel pour non-respect d'une décision du Conseil ; décembre 2012, amende de 0,7 mio d'euros à l'encontre des compagnies d'assurance pour une entente dans l'application du règlement bonus-malus ; octobre 2013, condamnation de 1,3 mio d'euros dans une affaire de traficage des marchés publics de la CFL par les producteurs d'aiguillages national et allemands et, enfin, tout récemment, imposition d'une amende de 2,5 mio d'euros infligée à l'entreprise publique des postes et télécommunications. Vous imaginez bien qu'à l'avenir on peut s'attendre à ce que le Conseil ne soit pas prêt à être tendre vis-à-vis des ententes secrètes et nocives qu'il détectera ou qui lui sont dénoncées par plainte ou via la procédure de clémence. A propos de l'affaire des aiguillages, il faut relever que la mise en concurrence publique constitue également une tentation pour les entreprises de se concerter, de se coordonner entre elles. Des ententes anticoncurrentielles (partage de marchés et/ou lots faisant l'objet de la soumission, concertation sur les prix proposés) ne sont pas rares en matière de marchés publics et coûtent très cher à l'Etat. La représentation du Conseil de la concurrence au sein de la commission des soumissions permettrait assurément de sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs au risque de collusion entre soumissionnaires et de détecter de telles pratiques en amont, évitant ainsi une perte financière considérable pour l'Etat.

A côté du volet répressif, certes nécessaire pour le respect des règles de concurrence, je voudrais souligner que le Conseil a inauguré une pratique décisionnelle nouvelle et importante qui est basée sur la négociation avec les entreprises. Je parle des décisions sur engagements réservées aux affaires moins graves, décisions dont le principal mérite est d'arriver à une solution rapide assurant une sécurité juridique immédiate pour les entreprises. Ces décisions font l'économie de longues contestations, de surcroît onéreuses, devant le Tribunal administratif. Elles permettent de supprimer de façon satisfaisante la perturbation des marchés. Car n'oublions pas que la finalité du droit de la concurrence, ce n'est évidemment pas en ordre principal de punir mais d'arriver au fonctionnement concurrentiel des marchés, gage de compétitivité des entreprises implantées au Luxembourg. Ces décisions sur engagement moins médiatiques mais pas moins efficaces ont été

prises dans le domaine de la distribution de la presse (l'affaire Valora) et dans le secteur postal (accès des concurrents de l'EPT aux infrastructures essentielles que sont les boîtes postales). Ont ainsi également été abolis les barèmes des architectes et des ingénieurs conseils ainsi que celui des experts. Enfin, tout récemment, la voie consensuelle a encore été entamée dans l'affaire de la Rockhal et nous regrettons sincèrement que l'entreprise en question ait quitté la table des négociations. L'affaire aura maintenant un prolongement contentieux.

Contrairement à ce qu'on a pu lire dans la presse, cette procédure sur engagement n'est pas une spécialité luxo-luxembourgeoise qui miroiterait le fameux modèle luxembourgeois. Non, elle est au contraire un instrument éminemment moderne et efficace qui s'inspire d'ailleurs de la législation européenne et des législations de tous les autres Etats membres de l'Union européenne.

Le Conseil de la concurrence ne s'arrêtera pas en si bon chemin, raison pour laquelle il lui tient à cœur de perfectionner les outils à sa disposition. Au Conseil, nous avons engagé une réflexion sur la modernisation de notre cadre légal et réglementaire. Nous nous appuyons pour cela sur l'article 29 de notre loi organique, disposition qui prévoit expressément que le Conseil peut de sa propre initiative émettre des avis sur toute question concernant la concurrence. Nous pensons que l'invitation assez laconique du législateur nous autorise à faire part aux décideurs politiques des imperfections de la législation actuelle et de leur proposer, à la lumière de deux années d'application de la loi, des améliorations et l'introduction d'instruments nouveaux.

J'en arrive aux principaux points qui me semblent devoir être soulevés au moment de la réforme de notre loi. Je traiterai successivement du statut du Conseil de la concurrence, des pistes pour réduire la longueur excessive de la procédure devant le Conseil et finalement d'une série de concepts nouveaux qu'il faudrait éventuellement introduire dans la législation, comme la transaction sur l'amende, la notion d'abus de dépendance économique et le contrôle des concentrations.

Le statut d'abord. Contrairement à une idée reçue, ce n'est pas la législation européenne, le règlement 1/2003, qui impose aux Etats membres de créer des autorités indépendantes pour appliquer les articles 101 et 102 du Traité. Cela est assez étonnant alors qu'en matière de télécommunication, la législation de l'Union oblige expressément les Etats membres à garantir que les régulateurs sectoriels soient indépendants. Je suppose cependant qu'au moment de la réforme du règlement 1/2003, la Commission insistera certainement sur le caractère indépendant des autorités de concurrence. C'est essentiel pour le fonctionnement harmonieux du réseau européen des autorités de concurrence. On peut s'attendre à ce que la proposition de réforme de la Commission soit mise sur la table du Conseil de l'Union européenne au plus tôt fin 2015, après la consultation publique qui est d'usage pour un texte aussi important, que ce soit une proposition de directive ou un règlement. Il est donc probable que ce texte ne soit pas au menu de la Présidence luxembourgeoise du Conseil des ministres du second semestre de l'année prochaine. Il n'empêche qu'il n'est pas inutile d'anticiper les plans de réforme de la Commission

et de s'interroger dès à présent sur le statut du Conseil de la concurrence. Il ne devrait pas être contesté que le Conseil agit en pleine indépendance vis-à-vis des entreprises et du pouvoir exécutif. Le Conseil le prouve non seulement par les décisions qu'il adopte mais aussi par ses avis souvent critiques sur les projets de loi gouvernementaux. Il reste que le Conseil n'a pas de personnalité juridique propre. La loi de 2011 énonce certes sans ambiguïté que le Conseil est une autorité administrative indépendante, le corollaire de cette indépendance qui est la personnalité juridique nous fait cependant défaut. A l'époque de la discussion de la loi de 2011, la raison invoquée était qu'en raison de la taille modeste du Conseil, il serait exagéré de le constituer sous forme d'établissement public, statut qui comporte une charge administrative et de gestion non négligeable et qu'il vaudrait mieux que le Conseil se concentre sur son « core business » qu'est la détection et la sanction des comportements anticoncurrentiels. Cet argument n'est cependant plus valable depuis que le même législateur a créé par la loi du 27 août 2013 l'autorité indépendante de l'audiovisuel en le dotant du statut d'établissement public. Pourtant l'ALIA, présidé par mon prédécesseur Thierry Hoscheit, n'emploie que 3 fonctionnaires.

J'en viens à la procédure devant le Conseil. Nous reconnaissons bien volontiers que celle-là est bien trop longue et nous avons été à juste titre critiqué pour la durée souvent excessive de l'instruction, notamment dans le cas récent Tango contre l'EPT. Dans cette affaire, la longueur de la procédure a d'ailleurs été reconnue par le Conseil comme étant une circonstance atténuante justifiant une réduction de l'amende de 5 à 2,5 moi d'euros. La durée excessive des affaires de concurrence est fortement préjudiciable à la sécurité juridique, essentielle pour les entreprises qui opèrent sur des marchés en constante et rapide évolution. Les entreprises doivent en effet connaître sans ambiguïté si leurs comportements sont conformes à la loi ou non.

Comment y remédier ? Il faut à mon avis insister en premier lieu sur le cadre extrêmement réduit du Conseil de la concurrence. Vous avez vu tout à l'heure lors de la description des affaires traitées par le Conseil que tous les secteurs, que toute l'économie risque de défiler devant le Conseil. Ces marchés sont souvent d'une extrême complexité et la connaissance de tous les marchés pour les définir correctement demande un investissement très important pour les 7 personnes qui composent notre autorité. La question des moyens du Conseil est donc clairement posée.

Je me pose aussi la question des recours. Suite à la longue procédure devant le Conseil, qui se déroule dans le strict respect des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (nous sommes en matière pénale au sens de la Convention), l'entreprise condamnée peut intenter un recours devant le Tribunal administratif, puis devant la Cour administrative, puis bientôt devant la Cour de cassation si cette voie de recours est introduite dans le contentieux administratif. Nos décisions ne deviendront pas définitives avant une bonne décennie de bataille judiciaire. Je plaide donc que l'on s'inspire du modèle français notamment, modèle en vertu duquel les recours contre les décisions de l'autorité de concurrence sont portés directement et en dernière instance devant la Cour d'appel de Paris. Je plaide pour un meilleur équilibre entre les droits légitimes des entreprises condamnées par le Conseil et ceux des entreprises victimes d'un

comportement anticoncurrentiel, sans même parler du préjudice des consommateurs et de l'intérêt public économique !

Les incertitudes quant à la durée de la procédure ne sont, je l'avoue d'ailleurs volontiers, pas complètement étrangères à la recherche de procédures simplifiées du type des décisions sur engagements dont j'ai fait l'illustration au début de cet exposé. Il faudra à mon sens privilégier davantage la négociation avec les entreprises pour rétablir le plus rapidement possible le fonctionnement concurrentiel de nos marchés, essentiel pour la compétitivité de notre économie. Réserveons les sanctions punitives aux cas les plus graves. Les amendes sont nécessaires pour rendre dissuasifs les comportements anticoncurrentiels, mais ne nous concentrons pas exclusivement sur la répression. Dans cet ordre d'idée, je plaide aussi pour l'introduction de la procédure de transaction dans notre droit de la concurrence. Pourquoi ne pas prévoir qu'une entreprise qui accepte les reproches formulés dans la communication des griefs et qui renonce à attaquer la décision devant le Tribunal administratif se voit en contrepartie récompensée par une réduction de l'amende ? Cette possibilité existe au niveau européen, elle existe également dans d'autres pays comme par exemple en France.

J'aimerais brièvement conclure en encourageant le gouvernement à réfléchir sur l'introduction éventuelle de notions nouvelles dans notre droit positif, l'abus de dépendance économique et le contrôle des concentrations d'entreprises.

Abus de dépendance économique, à ne pas confondre avec la notion d'abus de position dominante. C'est un concept qui existe notamment en France et en Allemagne et qui appréhende le problème des déséquilibres de pouvoir entre entreprises qui opèrent à des stades différents de la chaîne de production et de distribution. C'est surtout dans la distribution que l'on rencontre ces problèmes qui peuvent aussi constituer des barrières et des freins à l'innovation préjudiciables à l'économie nationale. Dans un de ses derniers avis, le Conseil de la concurrence a critiqué l'introduction, par le législateur, de mesures sectorielles de protection en faveur des revendeurs de voitures face aux puissants constructeurs automobiles. Plutôt que des solutions individuelles pour chaque secteur spécifique, le Conseil aurait préféré une réflexion plus horizontale avec, à la clé, une solution globale qui vaut pour tous les secteurs économiques.

Pour terminer, quelques mots sur le contrôle des concentrations pour vous annoncer que le Conseil de la concurrence mettra sur pieds un groupe de réflexion sur ce sujet. Les travaux commencent en janvier. Les discussions se dérouleront sans a priori. Faut-il dans notre pays un contrôle des concentrations ? La question est ouverte, la réponse à cette question sera certainement nuancée.

Je vous remercie de votre attention.