



Rapport annuel 2005 du Conseil de la concurrence

Conseil de la concurrence

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

6, boulevard Royal
L-2449 Luxembourg

B.P. 856
L-2018 Luxembourg

Tel. : (352) 478 4174
Fax : (352) 26 20 12 18
E-mail : conseil@concurrence.etat.lu
Site internet: www.concurrence.lu

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Rapport annuel 2005

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

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

Le présent rapport annuel porte dans une première phase sur l'achèvement de la mise en place des structures créées par la loi du 17 mai 2004, qui avait été commencée en 2004 et s'est poursuivie au cours de l'année 2005. Une deuxième partie est consacrée aux travaux menés par le Conseil au cours de l'année 2005. Dans une troisième partie, le Conseil reprend l'optique adoptée lors du rapport annuel de l'année précédente en réfléchissant sur de possibles aménagements législatifs afin de faciliter la réalisation des objectifs liés au développement et à l'application du droit de la concurrence et d'améliorer les moyens d'action du Conseil de la concurrence.

I) La mise en place de la loi du 17 mai 2004 et de ses structures

nomination de M. Daniel BECKER, attaché d'administration, aux fonctions de rapporteur. M. BECKER a été assermenté par le Président du Conseil en date du 10 août 2005.

A) La loi du 17 mai 2004

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence n'a pas subi de modifications au cours de l'année 2005.

B) Le Conseil de la concurrence

La procédure de remplacement d'un conseiller suppléant démissionnaire a abouti à la nomination de Mme Christiane WEIDENHAUPT aux fonctions de conseiller suppléant du Conseil de la concurrence par arrêté grand-ducal du 25 avril 2005 (publié au Mémorial B, N° 40, du 1^{er} juin 2005, page 688). Mme WEIDENHAUPT a été assermentée dans ses fonctions par le Président du Conseil en date du 27 mai 2005.

C) L'Inspection de la concurrence

Par arrêté du ministre de l'Economie et du Commerce Extérieur du 1^{er} août 2005 (publié au Mémorial B, N° 6, du 30 janvier 2006, page 58), le personnel de l'Inspection de la concurrence a été renforcé par la

II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2005

A) Le Président du Conseil de la concurrence

1) Administration

Une grande partie de la tâche du Président du Conseil de la concurrence, seul membre occupant ses fonctions au sein du Conseil à plein temps, a été consacrée à la poursuite de la mise en place des structures administratives et des moyens matériels nécessaires au bon fonctionnement du Conseil. Parallèlement, le Président a mis en place les procédures de fonctionnement internes nécessaires au travail quotidien du Conseil et à l'organisation pratique des travaux du Conseil.

2) Application de la Loi

La Loi attribue principalement deux compétences au Président du Conseil.

a) Les mesures conservatoires

La première compétence consiste à pouvoir prendre des mesures conservatoires pour parer à un risque grave en cas d'atteinte supposée au droit de la concurrence (article 11 de la Loi). Aucune demande en ce sens n'a été présentée au Président.

b) Les mesures de confidentialité

La seconde attribution permet au Président du Conseil de protéger un certain nombre d'informations par la confidentialité afin qu'elles ne soient pas divulguées au public lorsqu'une telle divulgation serait de nature à porter préjudice à ceux qui ont porté ces informations à la connaissance des autorités de concurrence (article 24, § 2 à 4 de la Loi).

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

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

Les premières investigations lancées par l'Inspection de la concurrence ont tout d'abord démontré l'utilité de ces dispositions légales visant à protéger

les informations confidentielles et les secrets d'affaires des entreprises.

Ainsi, à la suite de plusieurs enquêtes que l'Inspection de la concurrence a débutées au cours de l'année 2005, le Président a été saisi de 18 demandes afférentes de la part des entreprises contactées (qui étaient au nombre total de 27) tendant à voir assurer le traitement confidentiel de certaines données transmises à l'Inspection.

On peut estimer que le nombre de demandes est élevé, et que ce fait démontre l'importance et la nécessité de ces dispositions légales.

Ces demandes ont permis d'acquérir dès la première année d'application de la Loi une importante expérience sur le plan procédural, qui s'avère être très utile pour l'avenir.

Tout d'abord, la pratique vécue à l'occasion de la première instruction a permis de constater certains flottements et un manque d'information dans le chef des entreprises sur les démarches à entreprendre. La procédure a alors fait l'objet d'une note d'information commune du Conseil et de l'Inspection, qui est jointe depuis aux demandes de renseignement. Cette note informe les entreprises d'une façon générale sur leurs droits¹ découlant de l'article 24, § 2 à 4 de la Loi et leur indique la voie procédurale

¹ Le contenu concret de ces droits fait appel à de nombreuses considérations qu'il n'a pas été possible de retracer dans cette note d'information, qui se veut surtout un outil procédural pratique. Ce contenu est destiné à faire l'objet de développements plus exhaustifs dans un document à publier ultérieurement par le Conseil.

à employer pour mettre en œuvre cette protection.

Ensuite, il est dans la logique du déroulement de la procédure que les demandes de confidentialité sont présentées en règle générale dès les premières opérations d'investigation. Or, une première évaluation des critères légaux énoncés pour justifier de la confidentialité a permis de constater qu'il n'était pas possible de statuer de façon définitive à un stade précoce de la procédure d'instruction sur le bien-fondé de ces demandes. Le raisonnement à appliquer peut être présenté sommairement comme suit : en principe, toutes les données sont susceptibles d'être révélées au public ; la confidentialité est accordée sur demande écrite et motivée lorsque la divulgation risque de causer un préjudice à l'entreprise concernée ; nonobstant le risque de préjudice, la confidentialité est refusée si la révélation des informations est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties.

On constate que la première réserve fait appel aux intérêts de l'instruction, c'est-à-dire aux informations dont doit pouvoir disposer l'Inspection de la concurrence pour rapporter auprès du Conseil la preuve d'une violation du droit de la concurrence. La seconde réserve fait appel aux intérêts des parties et aux droits de la défense, c'est-à-dire aux informations dont doivent pouvoir disposer d'autres entreprises pour assurer auprès du Conseil leur défense contre les accusations qui sont portées contre elles.

A un stade précoce de l'instruction, l'Inspection de la concurrence ne peut cependant pas encore prendre position sur la question de savoir si les informations dont la protection est demandée lui seront nécessaires pour rapporter la preuve de l'infraction. D'un autre côté, toutes les parties impliquées ne sont pas encore identifiées à ce stade de la procédure, de sorte qu'il n'est pas possible de prendre en considération leurs besoins particuliers éventuels.

Pour ces raisons, le Conseil et l'Inspection ont décidé de prendre ensemble l'engagement de ne pas divulguer à des tiers les renseignements dont la confidentialité est sollicitée, et ce aussi longtemps qu'une décision définitive contraire n'est pas intervenue de la part du Président. Par cette approche, dont les entreprises sont informées dans la note d'information évoquée ci-dessus, les droits des entreprises sont garantis, mais il n'est pas fait obstacle à un réexamen ultérieur de la situation, lorsqu'il sera possible de porter une appréciation plus globale sur les positions et intérêts respectifs. Il est clair que dans ce cadre, tous les concernés sont entendus par le Président s'il doit être envisagé de modifier la situation juridique d'une partie concernée.

Dans la mesure où aucun des dossiers dont l'instruction a été entamée par l'Inspection de la concurrence ne s'est trouvé à un stade suffisamment avancé avant la fin de l'année 2005, aucune révision de la situation provisoire qui découle de cette approche n'a pu ou dû être envisagée à la date de clôture de l'exercice.

B) Le Conseil de la concurrence

1) Généralités et administration

Le Conseil a décidé qu'au cours de la phase de démarrage de ses travaux, il ne réunirait que le Président et les conseillers effectifs, à l'exclusion des membres suppléants. Cette approche prend en considération que seule une certaine stabilité dans la composition permet d'assurer un suivi régulier et efficace des nombreux devoirs administratifs de mise en place de l'institution. Il est prévu de faire appel aux membres suppléants du Conseil à un stade ultérieur, essentiellement dans le cadre du traitement de dossiers concrets, en cas d'empêchement d'un des membres effectifs ou en raison de compétences particulières d'un des membres suppléants dans un secteur considéré.

Le Conseil a tenu au total 9 réunions formelles au cours de l'année 2005, auxquelles se sont ajoutées un nombre important de réunions informelles de travail au cours desquelles des sujets ont été débattus ou des dossiers préparés sans qu'une décision finale n'ait été adoptée.

Au cours de ses réunions, le Conseil a débattu de sujets aussi divers que sont :

- l'adoption de son règlement d'ordre intérieur,
- la préparation du rapport annuel 2004,

- la contribution au rapport annuel 2004 de la Commission européenne,
- la préparation du budget 2006,
- la rédaction du contenu du site Internet,
- la définition de l'identité visuelle (logo, papier à lettre, graphisme du site Internet),
- la réflexion sur l'application de certains sujets essentiels de la loi du 17 mai 2004 (règles de clémence, confidentialité, incidence de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le domaine du droit de la concurrence, possibilité pour les autorités de concurrence nationales de saisir la CJCE d'une demande préjudicielle, possibilité pour les entreprises de notifier un projet de fusion ou de reprise afin d'obtenir l'accord du Conseil, ...),
- les orientations futures des travaux (opportunité et possibilité d'effectuer des études de marchés et de publier des avis),
- le suivi des travaux au sein du Réseau Européen de la concurrence (préparation des réunions plénières du Réseau, évolution du dossier relatif aux règles de concurrence dans le domaine des professions libérales, proposition de nouvelles lignes directrices sur la fixation des amendes, révision des règles d'application de l'article 82 du Traité relatif aux abus de position dominante, démarrage d'une réflexion sur les actions en dommages et intérêts en cas de violation des articles 81 et 82 du Traité, ...).

2) Communication et manifestations publiques

Dans le cadre de la stratégie de communication, le Conseil a entretenu des contacts avec les organisations représentatives des entreprises et des consommateurs. Ces contacts ont donné lieu à des rencontres ou réunions informelles.

Les démarches en vue de la mise en place du site Internet sous l'adresse www.concurrence.lu ont été continuées. Une présentation visuelle a été élaborée et une page provisoire a été mise en ligne. Le contenu définitif du site a fait l'objet d'un travail de rédaction en collaboration avec l'Inspection de la concurrence sur base des conseils fournis par le service e-luxembourg afin d'aboutir à un site convivial utile à l'utilisateur. Ces efforts n'ont malheureusement pas pu être finalisés avant la fin de l'année, de sorte que seule la page provisoire de présentation est en ligne au 31 décembre 2005.

Le Conseil a organisé, ensemble avec le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur et en collaboration avec la Commission européenne, la Journée européenne de la concurrence. Il s'agit d'une initiative lancée il y a une dizaine d'années par Mario Monti, à l'époque Commissaire en charge de la concurrence, qui est organisée sur une base semestrielle par l'Etat membre de l'Union européenne qui en assume la présidence. D'une façon générale, la journée européenne de la concurrence a pour objectif de familiariser le grand public avec le

contenu du droit de la concurrence et les objectifs poursuivis par la politique de la concurrence.

Cette organisation s'est déroulée en date du 3 mai 2005 au Centre de conférences Abbaye Neumünster. Elle traitait du développement de la concurrence dans le domaine des professions libérales, et plus spécifiquement des professions de notaire et d'avocat. Elle s'inscrivait dans le cadre de la réflexion générale menée au niveau européen sur l'application des règles de la concurrence aux professions libérales et constituait la suite logique d'un rapport dressé en début d'année par le Conseil et l'Inspection au sujet de la situation des professions libérales au Luxembourg.

Cette conférence avait attiré plus de 200 participants venant de toute l'Europe. Elle a permis un échange de vues animé entre représentants des autorités de concurrence, membres des professions libérales, académiciens et magistrats.

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

Les deux dossiers qui ont été repris de la part de l'ancienne Commission des pratiques commerciales restrictives ont été continués en date du 25 janvier 2005 à l'Inspection de la concurrence pour parfaire l'instruction. Ils n'ont pas encore été retransmis au Conseil avant la date de clôture de l'exercice.

4) Application de la Loi

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence confère au Conseil de la concurrence le pouvoir de décision à 5 niveaux :

- a) il décide du retrait individuel du bénéficiaire d'une exemption par catégorie accordée par un règlement communautaire (article 6, § 3)
- b) il statue au fond sur l'existence d'une infraction à la Loi et sur les mesures aptes à y mettre fin (article 10)
- c) il peut accepter des engagements qui sont proposés par les entreprises poursuivies en vue de mettre fin à une situation anti-concurrentielle (article 12)
- d) il peut prononcer des amendes (article 18) et des astreintes (article 20), aussi bien dans le cadre de l'instruction que lors de la décision sur le fond
- e) il peut adopter des avis de clémence (article 19).

La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques lui a encore attribué un pouvoir consultatif et de veto dans le cadre de l'application de cette loi.

Les points a) à d) n'ont pas fait l'objet d'applications pratiques au courant de l'année 2005. Le Conseil n'a pas enregistré l'entrée de dossiers qui l'auraient saisi de demandes tendant à ces effets, de même qu'il n'a pas eu à prononcer de décisions sur ces bases légales. Cet état de fait trouve son explication probablement dans l'adoption récente de la loi, ce qui fait

que les nouvelles règles issues du droit de la concurrence et leurs potentialités positives ne sont pas encore pleinement perçues par les acteurs du marché. D'autre part, l'Inspection de la concurrence n'a pas encore pu achever d'instruction qui lui aurait permis de transmettre un dossier au Conseil.

Il en va différemment des deux autres compétences du Conseil.

*a) Programme de clémence :
Immunité et réduction des amendes*

La possibilité d'obtenir une immunité ou une réduction des amendes encourues en vertu de la Loi en cas de comportement contraire aux interdictions édictées par le droit de la concurrence est prévue par l'article 19 de la Loi au profit des entreprises qui portent pour la première fois à la connaissance des autorités de concurrence des faits répréhensibles auxquelles elles ont participé (immunité), respectivement qui apportent des informations complémentaires utiles par rapport à des faits dont les autorités de concurrence avaient déjà connaissance (réduction). Cette possibilité est généralement désignée comme étant la procédure ou le programme de clémence. Elle s'est avérée au fil des années être un instrument très utile pour la découverte essentiellement des ententes cachées, qui souvent nuisent le plus à l'économie en général et aux consommateurs intermédiaires et finaux en particulier. L'existence de cette faculté se justifie en grande partie par la mission préventive et

éducative des autorités de concurrence, qui est souvent négligée au détriment de leur mission sanctionnatrice : parfois, il s'agit plus de mettre à jour les atteintes aux règles de la concurrence afin d'y mettre fin et de sensibiliser les autres acteurs économiques.

La demande de clémence peut être présentée indifféremment au Conseil de la concurrence ou à l'Inspection de la concurrence, tandis que l'avis de clémence est adopté par le Conseil à la suite de la demande de l'Inspection. Il est important que dès la présentation de la demande, le Conseil et l'Inspection puissent apprécier si les renseignements fournis sont déjà à la connaissance de l'un ou de l'autre. Il s'est d'autre part avéré qu'il pouvait être utile qu'au moins un membre du Conseil entende les explications initiales de l'entreprise requérante. Pour ces raisons, il a été décidé qu'en principe et dans la mesure du possible, les demandes de clémence sont recueillies conjointement par le Président du Conseil et le rapporteur général de l'Inspection, ou par un autre membre de leurs organes qu'ils délèguent à ces fins.

i) Avis de clémence

Une demande de clémence qui avait été soumise au Conseil à la fin de l'année 2004 a fait l'objet d'un avis de clémence en date du 27 mai 2005 après instruction approfondie et audition de l'entreprise requérante. Les autorités luxembourgeoises ont toutefois été dessaisies de ce dossier par la suite en vertu de l'article 12, §

6 du Règlement (CE) N° 1/2003 («*L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des Etats membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité*») par l'effet de l'envoi d'une communication des griefs par la Commission européenne ouvrant formellement une procédure par rapport aux faits en question.

Ce dossier permet de donner un aperçu sur certains aspects liés aux implications internationales du droit de la concurrence.

D'une part, l'instruction a révélé que les mêmes faits faisaient l'objet de procédures parallèles devant plusieurs autorités de concurrence. Cette situation est inhérente à un système de compétences parallèles tel que mis en place par le règlement (CE) N° 1/2003 et risque évidemment d'engendrer des conflits de compétence positifs lorsque plusieurs autorités se reconnaissent compétentes pour traiter une affaire. Les problèmes pratiques qui peuvent en résulter sont cependant maîtrisés d'une part par la règle de l'article 12, § 6 du Règlement (CE) N° 1/2003 précitée et d'autre part par le mécanisme d'allocation des affaires au sein du Réseau Européen de la Concurrence tel que les modalités en ont été précisées par une Communication de la Commission du 27 avril 2004 relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.

D'autre part, l'expérience recueillie lors de la présentation de demandes de clémence permet de mesurer l'importance que le monde des affaires accorde au traitement confidentiel de telles demandes. Au niveau international, les entreprises tiennent souvent à présenter leur demande de façon orale, et elles refusent toute communication écrite aussi longtemps qu'une procédure n'est pas officiellement ouverte, en expliquant qu'elles craignent que d'éventuelles victimes qui entameraient une action en réparation aux Etats-Unis d'Amérique ne puissent accéder, par les procédures d'investigation admises devant les juridictions de cet Etat (procédure du discovery : sur ordre de la juridiction, le destinataire de l'injonction doit donner accès plein et entier à l'intégralité de ses documents), à des renseignements importants ou qui puissent leur préjudicier dans le cadre de la procédure ouverte aux Etats-Unis et qui seraient contenus dans la demande de clémence. On entrevoit ainsi potentiellement l'influence que des procédures ouvertes dans un Etat peuvent avoir sur des procédures dans d'autres Etats.

ii) Demandes de clémence

Du fait des modalités procédurales adoptées par le Conseil et l'Inspection pour recueillir les demandes de clémence, le Conseil est informé de la présentation de plusieurs demandes de clémence à la fin de l'année 2005. Au 31 décembre 2005, celles-ci n'ont toutefois pas encore été transmises au Conseil selon la procédure prévue par l'article 19, § 4 de la Loi. Elles n'ont

donc pas à cette date fait l'objet d'un avis de la part du Conseil.

b) La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques

Le secteur des réseaux et services de communications électroniques est marqué par le passage d'une situation de monopole au profit de l'opérateur historique vers un marché concurrentiel. Cette phase de transition se fait sous la direction de l'autorité de régulation qu'est l'Institut Luxembourgeois de Régulation. Cet institut est chargé par la loi de prendre des mesures de régulation *ex ante* destinées à créer les conditions nécessaires au libre jeu de la concurrence. Ce pouvoir de régulation s'exerce dans le cadre d'une réglementation communautaire précise.

L'article 73 de la loi du 30 mai 2005 prévoit dans ce cadre une étroite collaboration entre l'Institut Luxembourgeois de Régulation et « l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence », ainsi qu'une procédure de consultation obligatoire avant l'adoption de toutes mesures au sujet des marchés de produits et services, de l'accès aux réseaux et de l'interconnexion entre réseaux et de l'organisation du service universel. L'autorité de la concurrence peut s'opposer aux mesures envisagées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation sur base de motifs tirés du droit de la concurrence.

Au cours de l'année 2005, le Conseil de la concurrence a été consulté par l'Institut Luxembourgeois de Régulation sur deux marchés précis, relatifs aux analyses du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles et du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels. Ces consultations ont abouti à deux avis du Conseil de la concurrence du 18 novembre 2005 (avis N° CC-AV-01/2005 et avis N° CC-AV-02/2005) dans lesquels le Conseil a approuvé les orientations envisagées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation en fonction de la situation des marchés tel qu'elle se présentait à ce moment.

5) Le Réseau Européen de la Concurrence

En vertu de l'article 6, § 4 de la Loi, « *le Conseil de la concurrence représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité* ». Ce Réseau Européen de la Concurrence regroupe toutes les autorités de concurrence nationales des 25 Etats membres de l'Union européenne et la Commission européenne.

La participation du Conseil de la concurrence aux travaux de ce Réseau recouvre un nombre important de volets.

Le REC réunit sur une base semestrielle les directeurs généraux des différentes autorités, chargés d'orienter les grandes lignes des questions traitées au sein du REC. L'assemblée plénière, convoquée sur une base trimestrielle, prépare les réunions des directeurs généraux et surveille et coordonne les travaux des différents sous-groupes. Les sous-groupes (actuellement au nombre total de 18), qui traitent soit de secteurs déterminés (professions libérales, énergie, banque, ...), soit de questions générales (problèmes liés à la transition vers le Règlement (CE) N° 1/2003, clémence, relations publiques, ...), se réunissent en fonction de leurs besoins spécifiques.

Tant le Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité que le Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises mettent encore en place des comités consultatifs, dans le cadre desquels les autorités de concurrence nationales peuvent fournir leur avis au sujet de dossiers individuels dans lesquels la Commission européenne envisage de prendre une décision.

Tous ces travaux au niveau communautaire sont soutenus par un réseau informatique intranet et un système de e-mail sécurisés par lesquels transitent un nombre

important d'informations et de documents nécessaires à l'exécution des tâches confiées aux autorités de concurrence.

Face au volume des devoirs que comporte ce travail au niveau communautaire et face aux connaissances spécifiques requises pour pouvoir contribuer utilement aux différentes discussions, les ressources limitées du Conseil et de l'Inspection permettent souvent d'assurer seulement un simple suivi des débats. Un tri doit être opéré afin de concentrer l'attention sur quelques dossiers qui peuvent faire l'objet d'une participation plus active. Au courant de l'année 2005, le Conseil a ainsi concentré son attention plus spécialement sur les dossiers relatifs aux professions libérales, à la réforme des règles d'application relatives aux abus de position dominante et aux actions en dommages-intérêts.

6) Les relations internationales

A côté de sa qualité de membre du Réseau Européen de la Concurrence, le Conseil de la concurrence a adhéré aux organisations privées internationales que sont l'International Competition Network et l'Association des Autorités de Concurrence Européennes (European Competition Authorities). Ces organisations regroupent des autorités de concurrence au niveau mondial, respectivement européen, et servent de forum de discussion sur des sujets intéressant l'application du droit de la concurrence. Elles ont mis en place

des groupes de travail au sujet de problèmes particuliers, auxquels le Conseil ne peut toutefois pas participer faute de moyens.

III) Perspectives d'avenir : le pouvoir consultatif du Conseil de la concurrence

Dans le cadre de son rapport annuel pour l'année 2004, le Conseil avait relevé d'une façon générale que la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pouvait faire l'objet d'un certain nombre d'aménagements législatifs afin d'accroître l'efficacité de son application. A côté des modifications portant sur la procédure existante de poursuite, de cessation et de sanction des infractions aux interdictions énoncées par la Loi (ententes illicites et abus de position dominante), ce rapport avait soulevé la question de l'extension du champ d'action des activités du Conseil à l'exécution d'enquêtes sectorielles, destinées à surveiller la situation et l'évolution de certains marchés au regard du droit de la concurrence, et à la présentation d'avis sur des dossiers qui touchent au droit de la concurrence.

Dans le cadre du présent rapport annuel, le Conseil entend examiner plus en détail cette dernière question du pouvoir consultatif en l'abordant tant du point de vue de son opportunité que des obstacles juridiques qui pourraient s'y opposer.

1) Pourquoi un pouvoir consultatif dans le chef du Conseil de la concurrence ?

Dans leur avis commun au sujet du projet de loi relative à la concurrence, la Chambre de commerce et la Chambre des métiers avaient opiné comme suit² :

« Les chambres soussignées sont également d'avis que le futur Conseil de la concurrence devrait avoir parmi ses attributions une fonction consultative en matière de concurrence, à l'instar du Conseil de la concurrence français. Une telle fonction consultative permettrait de parer à l'insécurité juridique existant, tout au moins au début de la nouvelle législation, du fait de la délégation par la Commission européenne d'un certain nombre de ses attributions aux autorités de concurrence nationales, insécurité juridique par ailleurs aggravée par l'existence de sanctions pénales en cas d'infraction aux nouvelles dispositions.

Compte tenu des conséquences et implications considérables qu'un futur droit de la concurrence aura sur la vie économique et les entreprises, une telle approche peut difficilement être suivie par la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers. C'est la raison pour laquelle elles recommandent fortement de s'inspirer, dans le cadre de l'élaboration d'un projet de loi en la matière, des sources existant dans des pays limitrophes ayant une culture juridique comparable. En effet,

² Document parlementaire N° 5229², page 2, sub Remarques générales.

en prenant en considération l'ampleur des conséquences d'une matière, somme toute, inconnue jusqu'à présent dans notre pays – du moins dans cette envergure – il importe de fixer un cadre clair et précis permettant aux entreprises de se référer à des décisions et à des situations connues auprès de nos voisins. A défaut, le futur droit de la concurrence risquera de devenir un champ d'insécurité juridique. »

Un peu plus loin dans leur avis, ces chambres professionnelles ont encore estimé qu'il serait utile³

« d'insérer un article reprenant de façon précise les missions et compétences de ce conseil, en y ajoutant notamment la fonction consultative en matière de propositions et projets de loi ou de règlements grand-ducaux touchant au domaine de la concurrence, et notamment en ce qui concerne les exceptions prévues à l'article 2 du projet de loi sous avis ».

Cet avis mettait en exergue un aspect essentiel de la matière gouvernée par la nouvelle loi : celle-ci est largement ignorée, tant dans ses principes que dans ses modalités d'application, par le grand public et par les agents économiques. De la même façon, il n'existe guère de spécialistes en droit de la concurrence au Luxembourg. Développer un pouvoir consultatif en ce domaine au profit de l'institution spécialisée créée pour appliquer ce

³ Document parlementaire N° 5229², page 5, sub article 6.

droit aurait dès lors pour effet utile de créer l'instrument nécessaire pour d'une part sensibiliser tous les concernés à cette nouvelle matière et d'autre part faire entrer les considérations découlant de cette matière dans les processus de décision.

Le libre jeu de la concurrence est en effet actuellement considéré comme étant de nature à produire de nombreux effets positifs. L'objectif du droit de la concurrence est d'assurer le libre jeu du mécanisme économique que constitue la concurrence, et ceci non pas en tant que fin en soi, mais en raison du fait qu'elle contribue à la croissance économique et au bien-être des consommateurs et des citoyens⁴. Ces objectifs sont atteints par différentes voies :

- amélioration de l'efficacité, de la productivité et de la compétitivité des entreprises
- renforcement du tissu industriel
- développement de l'activité économique et de la croissance économique
- amélioration du potentiel de recherche, d'innovation et de développement
- stimulation de la diffusion de la connaissance
- allocation optimale des ressources
- réalisation des adaptations structurelles nécessaires à un nouvel environnement

⁴ Sur ces aspects, on peut consulter notamment la Communication de la Commission du 20 avril 2004 intitulée « Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive », COM(2004) 293 final.

La réalisation de ces objectifs économiques produit des effets bénéfiques dans toute la société :

- diversification des produits et services, amélioration de leur qualité et réduction de leur coût, partant meilleure satisfaction des besoins des consommateurs
- développement de l'emploi
- création d'emplois et de richesses

Pour ces raisons, le libre jeu de la concurrence a été érigé en un des éléments sur lesquels est construite la stratégie de Lisbonne destinée à faire de l'Union européenne « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale, dans le respect de l'environnement* ».

Cette approche est maintenue dans le cadre de la stratégie de Lisbonne révisée, recentrée sur la croissance et l'emploi⁵.

⁵ Voir à cet égard la Communication au Conseil européen de printemps intitulée « Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi, Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne », Com(2005) 24 du 2 février 2005, dont les propositions ont été approuvées par le Conseil européen de mars 2005. Dans la suite, la Commission a proposé le 12 avril 2005 des « Lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi », COM(2005) 141 final. Ce document incluait une « Recommandation de la Commission relative aux grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté » et une « Proposition de décision du Conseil relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des

Or, les législations et réglementations publiques, tout comme des accords entre entreprises ou des pratiques unilatérales d'entreprises, peuvent avoir pour conséquence de restreindre le libre jeu de la concurrence. Comparées aux pratiques individuelles, elles ont cependant de particulier qu'elles ont un champ d'application plus étendu, qu'elles bénéficient aux yeux du public de la caution de l'autorité publique et qu'il est plus difficile d'y revenir. Il peut s'agir de règles qui soustraient des secteurs entiers au jeu de la concurrence ou qui rendent particulièrement difficile l'exercice effectif de la concurrence (p.ex. par la création de barrières à l'entrée excessives et non justifiées ou l'octroi de droits exclusifs à certains impétrants).

Il semble donc important de s'assurer que les règles publiques pour le moins ne mettent pas obstacle au libre jeu de la concurrence, et au mieux favorisent le développement de ce jeu.

Pour ces raisons, la réalisation du libre jeu de la concurrence s'inscrit aussi dans le processus général actuellement mis en œuvre dans le cadre de l'initiative *better regulation*. Cette initiative a pour finalité, toujours dans le cadre de la réalisation

Etats membres ». Ces recommandation et proposition ont été entérinées par le Conseil européen de juin 2005 pour aboutir à la Recommandation 2005/601/CE du Conseil du 12 juillet 2005 concernant les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de la Communauté (2005-2008) et la Décision 2005/600/CE du Conseil du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.

des objectifs de Lisbonne, de simplifier et d'améliorer l'environnement législatif et réglementaire, tant au niveau communautaire qu'au niveau national dans les différents Etats-membres de l'Union européenne.

Une des mesures essentielles préconisées dans ce cadre vise à développer la réalisation d'études d'impact pour toute proposition législative ou réglementaire, tant par la Commission que par les Etats-membres⁶. De telles études d'impact doivent porter sur les aspects économiques, sociaux et environnementaux, mais les communications de la Commission insistent sur l'importance du volet économique, qui doit inclure les aspects liés à la concurrence. Elles doivent notamment évaluer l'incidence de la proposition législative ou réglementaire sur la concurrence au sein du marché unique⁷.

⁶ A l'époque de la stratégie de Lisbonne initiale, l'initiative *better regulation* faisait l'objet d'une Communication de la Commission du 6 juin 2002 intitulée « Plan d'action simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM(2002) 278 final. Sous la stratégie de Lisbonne révisée, la Commission a émis le 16 mars 2005 une nouvelle communication au Conseil et au Parlement Européen intitulée « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne », COM(2005) 97 final.

⁷ Cet axe de réflexion a abouti à des lignes directrices sur les études d'impact, SEC(2005)791 du 15 juin 2005 dans lesquelles la Commission expose en détail la méthodologie qu'elle va adopter pour mener à bien ses études d'impact afin d'en tirer le meilleur profit.

Ainsi, toutes les actions fondamentales au niveau communautaire pointent vers l'importance du droit de la concurrence en général et d'une appréciation globale de toute initiative législative ou réglementaire, notamment par rapport aux exigences de la libre concurrence. L'évolution des textes en ce sens se fait dans les meilleures conditions grâce à l'apport que peut fournir l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence à travers un processus de *competition screening/monitoring*. On peut en effet estimer que le Conseil de la concurrence est l'organe de promotion naturel et indépendant de l'idée de la libre concurrence. Sa mission générale lui permet d'avoir une vision globale des mécanismes économiques qui président aux relations sur les marchés et lui permet d'anticiper plus facilement les effets que peuvent produire les règles publiques sur ces mécanismes.

2) Est-ce qu'il existe des antécédents d'un pouvoir consultatif dans le chef du Conseil de la concurrence ?

Au niveau international, de nombreuses organisations se consacrent à l'étude des questions économiques. Il en est ainsi par exemple de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement. Cette organisation a élaboré une loi type sur la concurrence (TD/RBP/CONF.5/7), qui propose à l'article 9 sous l'intitulé

« Fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle » de prévoir les points suivants :

« I. Les fonctions et pouvoirs de l'organe de tutelle pourraient être notamment les suivants (à titre indicatif) :

a) Procéder à des enquêtes, notamment après réception de plaintes;

b) Prendre les décisions nécessaires, notamment imposer des sanctions, ou en recommander au ministre responsable;

c) Faire des études, publier des rapports et informer le public;

d) Délivrer des formules et tenir un ou des registre(s) de notifications;

e) Établir des règlements et les promulguer;

f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement ou la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence;

g) Favoriser les échanges de renseignements entre États. »

Le commentaire relativement à cet article énonce notamment les points suivants :

« 130. ...Il est important de noter que toutes ces fonctions ont un rapport avec les activités que l'autorité chargée des questions de concurrence pourrait être amenée à réaliser, ainsi qu'avec les moyens généralement disponibles à cette fin. On soulignera qu'il est nécessaire

que les fonctions de l'autorité reposent sur des principes garantissant une procédure régulière et la transparence.

...

c) Faire des études, publier des rapports et informer le public

134. L'organe de tutelle pourrait faire lui-même des études avec le concours d'experts ou commander des études à l'extérieur....

...

e) Établir des règlements et les promulguer

136. L'organe de tutelle devrait avoir aussi le pouvoir d'établir des règlements d'application qui l'aident à accomplir sa tâche.

f) Aider à la rédaction d'une législation nouvelle ou à l'amendement ou la révision de la législation existante sur les pratiques commerciales restrictives ou sur des domaines connexes de la politique de réglementation et de concurrence

137. En raison de la spécialisation très poussée et de l'expérience unique de l'organe de tutelle en matière de concurrence, un nombre croissant de lois ou amendements nouveaux lui confèrent une responsabilité supplémentaire, celle de donner des avis sur les projets de lois qui peuvent avoir des conséquences pour la concurrence, ainsi que d'étudier et de soumettre au gouvernement les propositions qui conviennent pour amender la législation relative à la concurrence.... »

Ces développements vont clairement dans le sens d'une utilisation optimale

des ressources par l'idée de confier à l'autorité de concurrence un pouvoir consultatif en raison de son expérience poussée dans ce domaine.

Cette approche a trouvé des applications pratiques pour de nombreuses autorités de concurrence à travers le monde. Pour citer les exemples les plus proches, tant d'un point de vue géographique que par la culture juridique, on peut se tourner vers le Conseil de la concurrence français et le Conseil de la concurrence belge.

L'article L462-1 du Code de commerce français dispose que :

« Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ».

En Belgique, l'article 16 de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999 sur la Protection de la concurrence économique prévoit que :

« Un Conseil de la concurrence est institué auprès du Ministère des Affaires économiques. Ce Conseil est une juridiction administrative qui a la compétence de décision, de proposition et d'avis que la présente loi lui confère.

En ce qui concerne les problèmes de politique générale de concurrence, il a en outre compétence générale d'avis qu'il exerce de sa propre initiative ou à la demande du Ministre ».

Ces extraits des deux lois en question sont très parlants pour définir le rôle qu'une autorité de concurrence indépendante peut jouer au regard de la promotion de l'objectif du jeu de la libre concurrence.

Sur le plan national, deux éléments doivent être relevés. Le premier se situe dans le domaine particulier des réseaux de télécommunication en ce que la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques a confié un rôle déterminant au Conseil de la concurrence⁸ dans le cadre de l'élaboration de la réglementation que l'Institut Luxembourgeois de

⁸ Alors même que cette loi se borne à faire état de l'intervention de « l'autorité de concurrence », ce qui peut prêter à discussion au regard de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence qui crée deux entités distinctes, à savoir le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité administrative indépendante et l'Inspection de la concurrence en tant que service attaché au ministre ayant dans ses attributions l'économie, c'est le statut organique du Conseil de la concurrence par rapport à celui de l'Institut Luxembourgeois de Régulation qui destine naturellement le Conseil à remplir cette fonction.

Régulation doit développer pour assurer le développement d'une saine concurrence dans ce secteur spécifique. Dans ce cadre, l'Institut Luxembourgeois de Régulation doit procéder à des études de marché afin de déterminer s'il existe des opérateurs dominants sur ces marchés et le cas échéant adopter des règles destinées à garantir le libre jeu de la concurrence. L'adoption de ces règles est précédée d'un large processus de consultation public, qui s'adresse également au Conseil de la concurrence. Mais contrairement aux autres parties prenantes, le Conseil de la concurrence ne doit pas seulement fournir un avis consultatif sur les mesures proposées. Il peut s'y opposer lorsqu'il estime qu'elles sont incompatibles avec le mécanisme de la concurrence. Dans ce cas de figure, le Conseil de la concurrence ne peut toutefois se borner à opposer son veto, mais il doit le motiver de façon claire, exhaustive et transparente sous forme d'avis. Mais même lorsque le Conseil approuve les mesures proposées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation, les premières pratiques⁹ ont démontré qu'il ne pouvait le faire utilement qu'après analyse détaillée de tous les éléments et motivation exhaustive sous forme d'un avis. Il s'agit ainsi là d'un domaine particulier dans lequel le Conseil de la concurrence est appelé à fournir son avis dans le cadre

⁹ Voir à cet égard les avis émis par le Conseil de la concurrence en date du 18 novembre 2005 sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (avis CC-AV-01/2005) et l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles individuels (avis CC-AV-02/2005).

d'un processus de création d'une norme.

Le second élément est constitué par les suites qu'a connu la stratégie de Lisbonne révisée au niveau national par l'adoption du Plan national pour l'innovation et le plein emploi en automne 2005. Sous le chapitre destiné à l'ouverture et à la compétitivité des marchés, ce plan précise, après avoir énoncé les compétences découlant d'ores et déjà de la loi du 17 mai 2004 dans le chef du Conseil de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence (poursuite et sanction des ententes anti-concurrentielles et des abus de position dominante) que

*« Une politique de libre concurrence repose également sur des campagnes de sensibilisation de tous les acteurs économiques en cause et nécessite une mise à jour du cadre réglementaire. Des études détaillées seront réalisées aux niveaux sectoriel et professionnel, en vue d'identifier d'éventuelles restrictions à la concurrence et de faire des recommandations au Gouvernement ».*¹⁰

¹⁰ Le chapitre en question poursuit avec l'idée que

« Ensemble avec les régulateurs sectoriels (télécommunications et énergie, banques et assurances), il sera procédé à un examen sélectif des marchés et des réglementations afin de détecter et de supprimer les obstacles à la concurrence et à l'accès au marché ».

On peut affirmer que pour le secteur des télécommunications, cette procédure est déjà prévue dans la loi précitée du 30 mai 2005 et est actuellement en cours d'application.

Il est permis de voir dans ces développements un signal politique d'importance, soutenu par toutes les parties prenantes à l'élaboration de ce Plan national, visant à charger le Conseil de la concurrence d'une mission de conseil et d'avis envers le Gouvernement, et ce aussi bien en ce qui concerne l'élaboration et l'évolution des textes législatifs et réglementaires que par rapport à la situation dans les différents secteurs de l'économie.

La démonstration d'une réelle utilité d'un pouvoir consultatif dans le chef de l'autorité de concurrence et d'une volonté politique pour le mettre en œuvre n'est toutefois pas suffisante pour le développer, si des obstacles juridiques s'y opposent.

3) Est-ce qu'il existe des obstacles juridiques à l'exercice d'un pouvoir consultatif dans le chef du Conseil de la concurrence ?

Les travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 17 mai 2004 étaient marqués par un profond souci de ne pas mettre la Loi en porte à faux avec les exigences découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au regard de la notion de procès équitable. Ainsi, par rapport à la seule proposition de disposition selon laquelle le Conseil de la concurrence représenterait le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de

concurrence institué par le règlement N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, le Conseil d'Etat avait soulevé que si cette collaboration devait dépasser le simple échange d'informations, il y aurait déjà confusion des fonctions consultatives et des fonctions juridictionnelles, qui avait entraîné la condamnation du Luxembourg par la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg dans l'affaire *Procola*¹¹.

Dans son rapport final, la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports de la Chambre des Députés avait pris position contre les propositions de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce¹² en mettant en avant que celles-ci risqueraient d'exposer le Luxembourg à une condamnation analogue à celle prononcée dans l'affaire *Procola* par rapport à la situation du Conseil d'Etat qui à l'époque avisait les projets et/ou propositions de loi et en même temps siégeait comme juge administratif¹³.

Ces appréhensions méritent d'être soulevées et pesées face aux implications fondamentales que l'application des principes issus de la Convention européenne des droits de l'homme peut avoir sur les systèmes juridiques nationaux. Ces

¹¹ Document parlementaire N° 5229-5, page 7.

¹² Ces propositions visaient, outre l'octroi d'un pouvoir consultatif au Conseil de la concurrence, à l'intégration de l'autorité chargée des investigations, l'Inspection de la concurrence, dans celle chargée des prises de décisions, le Conseil de la concurrence.

¹³ Document parlementaire N° 5229-8, page 5, sub Du Conseil de la concurrence.

interrogations sont d'autant plus de mise que la jurisprudence traditionnelle de la Cour de Strasbourg va dans le sens de l'affirmation de l'applicabilité des exigences découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au droit de la concurrence en tant que matière et aux autorités de concurrence en tant qu'organes.

Une analyse juridique plus fouillée permet toutefois de dégager que les risques de conflit avec les contraintes issues des textes européens en matière de protection des droits de l'homme ne sont pas aussi réels qu'il n'y paraît au premier abord.

Il faut d'abord relever que la situation du Conseil de la concurrence diffère fondamentalement de celle du Conseil d'Etat à l'époque de la procédure qui avait donné lieu à l'arrêt *Procola*. Le Conseil d'Etat avisait les projets de textes réglementaires en tant que 2^{ième} chambre législative, pour ensuite statuer en tant que juge administratif sur leur légalité, alors que le Conseil de la concurrence, s'il était appelé à aviser de quelconques textes, ne le ferait qu'à titre de simple organe consultatif et en tout état de cause ne pourrait jamais en tant que juridiction décréter leur illégalité, alors que justement la loi ne lui a pas conféré le statut de juridiction, mais celui d'autorité administrative.

Il faut ensuite relever un infléchissement de la position traditionnelle de la Cour des droits de l'homme à Strasbourg au regard de la question de la soumission du droit de la concurrence et des autorités de

concurrence à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 3 juin 2004 (affaire *OOO Neste c/ Russie*, req. 69042/01), la Cour a en effet retenu dans ce cas concret que le droit de la concurrence national en cause ne relevait pas de l'article 6, § 1^{ier} de la Convention. L'arrêt ne permet pas cependant de déceler quant au contenu de ce droit national de différences fondamentales par rapport à d'autres cas tranchés antérieurement par la Cour.

Ensuite, si la jurisprudence traditionnelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme soumet certaines matières spéciales, dont le droit de la concurrence, aux exigences de l'article 6 de la Convention, la Cour a cependant toujours tenu à assouplir ce principe en admettant qu'il puisse ne pas être répondu à toutes ces exigences à un stade initial de la procédure, pour autant qu'un recours était ouvert auprès d'une autorité et selon une procédure répondant aux exigences de l'article 6 de la Convention.

Cette approche se lit comme suit¹⁴ :

« Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels, ne satisfaisant pas sous tous les

¹⁴ A cet égard, on peut consulter l'affaire de principe CEDH 23 juin 1981, aff. *Le Compte, Van Leuven et De Meyre c/ Belgique*, série A N° 43, note au *Journal de droit international privé* 1982, page 216.

aspects à ces mêmes prescriptions ».

Dans un arrêt ultérieur, la Cour a précisé les termes de l'alternative¹⁵ :

« Ou bien (les autorités) remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, toutes les garanties de cet article ».

Techniquement, la Cour met alors en œuvre une méthode d'appréciation globale pour vérifier si en définitive il est satisfait aux contraintes découlant de l'article 6 de la Convention. Transposé à la situation au Luxembourg, cette approche ne peut que mener à la conclusion que la procédure prise dans son ensemble répond à ces contraintes. Les décisions du Conseil de la concurrence sont en effet soumises au contrôle du Tribunal administratif et de la Cour administrative, et il ne saurait être contesté ni que ces deux juridictions remplissent intégralement toutes les exigences posées par l'article 6 de la CEDH, ni qu'elles peuvent exercer un contrôle plein et entier sur base de l'article 26 de la loi du 17 mai 2004.

On peut donc conclure que sur le plan des principes, l'article 6 de la CEDH ne s'oppose pas à ce que le Conseil de la concurrence se voit conférer certaines attributions, dont par exemple un pouvoir consultatif, qui pourraient être considérées comme mettant en cause de façon objective

¹⁵ CEDH 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, série A N° 58.

son impartialité, dès lors que les garanties accordées par l'article 6 de la Convention sont sauvegardées par la procédure juridictionnelle subséquente.

L'assouplissement du principe général par le biais de la méthode d'appréciation globale trouve par ailleurs son prolongement dans une méthode d'appréciation concrète mise en œuvre par les juridictions nationales.

Ainsi, dans une affaire soumise aux juridictions administratives luxembourgeoises, il s'agissait de savoir si le ministre de l'économie, après avoir participé à une délibération du Gouvernement en Conseil portant sur la mise en place d'un système de gestion de déchets, pouvait par la suite se prononcer sur la compatibilité d'un accord individuel conclu par une entreprise avec un autre ministre avec les règles de concurrence en vigueur à l'époque. La Cour administrative¹⁶ a retenu en dernière instance que rien ne s'y opposait, notamment en raison du fait que le ministre de l'économie n'avait participé qu'à une décision de principe, au surplus légalement non obligatoire, qui ne portait pas sur la teneur du marché subséquentement conclu par l'autre ministre avec l'entreprise privée. Ainsi, le ministre de l'économie n'était pas engagé dans la conclusion de ce marché et jouissait toujours de l'indépendance et de la neutralité requises pour apprécier la légalité de la convention

¹⁶ Arrêt de la Cour administrative du 23 novembre 2000, affaire *S.A. Lamesch Exploitation c/ Ministre de l'Economie*.

au regard des exigences du droit de la concurrence.

Cet arrêt permet de retenir qu'une prise de position sur une question globale exprimée en termes généraux ne prive pas l'auteur de cette prise de position de la faculté d'intervenir par la suite sur un cas particulier.

Le regard tourné vers les pays voisins qui ont une culture juridique comparable à la nôtre permet de constater que les mêmes appréciations juridiques y ont cours.

En ce qui concerne la Belgique, la situation statutaire diffère de celle gouvernant le régime juridique luxembourgeois, dans la mesure où le Conseil de la concurrence belge bénéficie du statut de juridiction. Il n'en reste pas moins qu'il est important de relever que malgré ce statut plus exigeant, ce Conseil s'est vu attribuer un pouvoir consultatif par la loi.

Plus intéressante encore est la situation en France, alors que le caractère institutionnel du Conseil de la concurrence français est comparable à celui du Conseil de la concurrence luxembourgeois, les deux ayant le statut d'autorités administratives. Or, les juridictions françaises mettent en œuvre aussi bien tant la méthode d'appréciation globale pour faire échapper une procédure à la sanction lorsque les garanties requises sont assurées dans la suite de la procédure¹⁷, que la

¹⁷ Cour de cassation française, chambre commerciale, 9 avril 1996, Bulletin 1996, IV, N° 115

méthode d'appréciation *in concreto* pour écarter dans un cas individuel la possibilité de la crainte d'un parti pris en présence d'une prise de position antérieure sur une question d'intérêt général¹⁸.

On peut donc retenir en définitive que les principes découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'opposent pas à l'organisation d'un pouvoir consultatif dans le chef du Conseil de la concurrence.

CONCLUSION

Le mécanisme de la concurrence que le Conseil de la concurrence est chargé de faire respecter est un moteur essentiel à la sauvegarde et au développement de la compétitivité et de l'esprit d'initiative. Dans ce cadre, l'instauration d'un pouvoir consultatif au profit du Conseil de la concurrence paraît économiquement souhaitable, politiquement voulu et juridiquement possible. Il resterait à lui confier les moyens juridiques, financiers et humains nécessaires à une exécution utile et efficace de cette mission. De cette façon, le Conseil de la concurrence pourrait contribuer à la

Cour de cassation française, 1^{ière} chambre civile, 4 février 1997, Bulletin 1997, I, N° 43
Cour de cassation française, chambre commerciale 5 octobre 1999, Bulletin 1999, IV, N° 158
Cour d'appel de Paris, 13 décembre 1995, RTDH 1996, page 482.

¹⁸ CA Paris 18 février 2003, JCL Concurrence, janvier 2004, page 20.

promotion des réformes nécessaires pour mettre en œuvre les objectifs fixés par la stratégie de Lisbonne et pour relever les défis structurels que pose l'évolution de l'économie et des marchés vers une ouverture et une interaction grandissantes.

L'objectif de la démarche n'est pas la réalisation du libre jeu de la concurrence à tout prix en tant qu'*ultima ratio*. La décision ultime de rédiger une règle plutôt dans un sens que dans un autre revient toujours au pouvoir politique, qui peut et doit avoir en vue la réalisation d'autres objectifs qu'il considère comme importants : social, industriel, environnemental, économique, ... La poursuite du libre jeu de la

concurrence ne passe pas non plus par l'abrogation pure et simple de toute réglementation publique, mais par une amélioration de son contenu. L'intervention de l'autorité de la concurrence doit cependant avoir pour effet et pour utilité de tracer de nouvelles voies, par lesquelles des objectifs concurrents peuvent être conciliés.

Luxembourg, mars 2006

Thierry HOSCHEIT
Président

Carlo SCHNEIDER
Conseiller

Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller

