CONSEIL DE LA
CONCURRENCE

Rapport annuel 2007 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) 247-84174
Fax : (+352) 26 20 12 18
E-mail : conseil@concurrence.etat.lu
Site internet: www.concurrence.lu

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Rapport annuel 2007

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

Aux termes de l'article 7, paragraphe 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 partie sur l'évolution des structures créées par la loi du 17 mai 2004, qui ont connu quelques modifications personnelles en 2007. Une deuxième partie est consacrée aux travaux menés par le Conseil au cours de l'année 2007. Dans une troisième partie, le Conseil reprend l'optique adoptée lors des rapports annuels des années précédentes en abordant un thème lié à ses activités. Dans ce cadre, il a paru utile de dresser l'état des lieux et les délimitations respectives du droit de la concurrence, du droit des pratiques commerciales et du droit de la consommation.

I) La loi du 17 mai 2004 et ses structures

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 2007.

Toutefois, deux aspects qui avaient été relevés à cet endroit dans le rapport annuel de l'année 2006 ont été concrétisés au courant de l'année 2007.

Un projet de loi N° 5683 portant modification de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a été déposé à la Chambre des députés en date du 14 février 2007. Ce projet de loi se limite à prévoir certaines modifications minimes portées à l'article 2 de la loi. Il vise d'une part à supprimer la mention expresse des courses de taxis dans le cadre des dispositions légales soumettant certains secteurs identifiées à un régime de fixation des prix, afin de soumettre ces courses au régime général de la loi, qui se caractérise par un régime de liberté des prix, sauf circonstances conjoncturelles ou structurelles caractérisées. Ce volet a connu au cours de l'année 2007 un prolongement dans le travail du Conseil dont il sera question ci-dessous dans la partie consacrée aux travaux consultatifs du Conseil. Le projet de loi N° 5683 vise d'autre part à clarifier la situation juridique sur le marché des courses de taxis en définissant clairement les faits pénalement répréhensibles. Ce projet de loi a été avisé avant la fin de l'année 2007 par la Chambre des Métiers, la Chambre de commerce et le Conseil d'Etat.[1]

Un deuxième projet de loi, N° 5816, portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, déposé à la Chambre des Députés le 10 décembre 2007, poursuit un objectif plus ample. Sans toucher aux fondements du droit de la concurrence tel que ces règles sont énoncées dans les articles 3 à 5 de la loi, ce projet de loi a pour ambition d'assurer sur le terrain une mise en œuvre plus efficace du droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence a été consulté par les services du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur au cours de l'élaboration de ce projet de loi, qui répond en définitive dans sa majeure partie aux idées et vœux exprimés par le Conseil.

Ce projet de réforme s'oriente autour des axes suivants :

- au niveau institutionnel, afin d'alléger les contraintes procédurales qui pèsent à la fois sur les entreprises et sur les autorités et afin de garantir une utilisation optimale des ressources humaines et matérielles disponibles, le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence sont réunis en une seule entité par un transfert des

[1] On notera que ce projet de loi a été adopté après la date de clôture du présent rapport : Loi du 11 mars 2008 portant modification de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

missions actuellement dévolues à l'Inspection vers le Conseil. Le statut juridique du Conseil n'est pas modifié par ce transfert de compétences, de sorte qu'il peut toujours œuvrer en toute indépendance

- ces changements institutionnels s'accompagnent nécessairement d'adaptations au niveau procédural afin de tenir compte de la nouvelle structure et d'en tirer le profit. Ces adaptations procèdent d'un souci de simplification administrative au profit des entreprises qui sont contactées dans le cadre d'une enquête et apportent certaines modifications à des règles procédurales qui se sont révélées inappropriées ou incomplètes au cours des premières années d'application
- le projet de loi innove au niveau des moyens d'action en consacrant expressément un pouvoir consultatif au profit du Conseil de la concurrence au sujet des questions touchant le droit de la concurrence et en lui attribuant la possibilité de mener des enquêtes sectorielles
- finalement, le projet de loi adapte les règles relatives à l'immunité et à la réduction des amendes pour les aligner sur le programme modèle de clémence tel qu'il a été adopté par l'assemblée des Directeurs généraux au sein du Réseau Européen de la Concurrence en date du 29 septembre 2006.

Après la publication du projet de réforme, certaines voix se sont faites entendre pour s'étonner de ce que ce projet de loi n'avait pas saisi l'occasion d'introduire en droit luxembourgeois un mécanisme de contrôle des concentrations. Sans pouvoir se prononcer sur les intentions des auteurs du projet de loi, le Conseil de la concurrence tient cependant à relever que, s'il semble que cette question doive un jour être discutée et décidée (ce qui requiert d'abord une réflexion sur la question de savoir s'il est utile et/ou nécessaire de prévoir un tel contrôle, et seulement en cas de réponse affirmative à cette première question une réflexion sur la question des modalités d'un tel contrôle), il paraît certain que le traitement de cette question de fond aurait dépassé le cadre des modifications institutionnelles et procédurales envisagées par le projet de réforme et aurait probablement retardé l'élaboration de ce projet. Il semble donc au Conseil de la concurrence que l'absence de dispositions relatives à une procédure de contrôle des concentrations ne préjuge pas d'évolutions futures dans ce domaine, sur base le cas échéant d'une vaste consultation des milieux économiques intéressés.

B) Le Conseil de la concurrence

Suite au départ d'un membre permanent du Conseil à la fin de l'année 2006, il a été pourvu à son remplacement par arrêté grand-ducal du 27 avril 2007 (Memorial B, N° 48, 14 juin 2007, page 830) en la

personne de Mme Christiane WEIDENHAUPT, qui assumait jusque là les fonctions de conseiller suppléant. Le même arrêté grand-ducal a procédé à la nomination de M. Luisito BERTINELLI aux fonctions de conseiller-suppléant du Conseil.

Dès lors, le Conseil de la concurrence est composé comme suit à la clôture du présent rapport :

- Thierry HOSCHEIT
  Président
- Jean-Claude WIWINIUS
  Conseiller
- Christiane WEIDENHAUPT
  Conseiller
- Luisito BERTINELLI
  Conseiller-suppléant
- Claude BINGEN
  Conseiller-suppléant
- Marc ORIGER
  Conseiller-suppléant
- Charlotte PRÜSSEN
  Conseiller-suppléant
- Alain THORN
  Conseiller-suppléant

C) L'Inspection de la concurrence

La procédure de recrutement d'un fonctionnaire affecté aux services de l'Inspection de la concurrence et pouvant assumer les fonctions de rapporteur a conduit à l'engagement de Mme Viviane FABER en tant qu'attaché d'administration dans l'administration gouvernementale avec effet au 1er septembre 2007.

II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2007

A) Le Président du Conseil de la concurrence

1) Administration

Une partie de la tâche du Président du Conseil de la concurrence, seul membre occupant ses fonctions au sein du Conseil à plein temps, est consacrée à la mise en place et à la gestion des structures administratives, des procédures de fonctionnement internes et des moyens matériels nécessaires au bon fonctionnement du Conseil.

Cette tâche comporte aussi le suivi des contacts avec d'autres services et administrations de l'Etat (Inspection de la concurrence, Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, Ministère de la Justice, Ministère des Classes Moyennes, Institut Luxembourgeois de Régulation, Administration de l'Enregistrement et des Domaines, ...) et les organisations professionnelles.

Dans ce cadre se place par exemple la participation du Président aux réunions qui ont eu pour objet de préparer et de rédiger le rapport de mise en œuvre 2007 du Plan national pour l'innovation et le plein emploi ou de collaborer à la mise en place d'un tableau de bord sur les marchés de consommation, destiné à recueillir les données nécessaires pour apprécier la performance des marchés et orienter les actions de la Commission européenne dans l'intérêt des consommateurs.

Au niveau international, le Président prend en charge la mission légale du Conseil consistant à participer en tant que membre du Réseau Européen de la Concurrence mis en place par 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 aux travaux de celui-ci. Le Président assure également les relations avec les organisations internationales traitant du droit de la concurrence ou de sujets connexes : OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement), INC (International Competition Network), ECA (European Competition Authorities).

2) Actions d'application du droit de la concurrence

Le Président dispose en vertu de la Loi de pouvoirs de décision dans deux domaines.

a) Les mesures conservatoires

Le premier domaine porte sur les mesures conservatoires que la Président peut ordonner pour parer à un risque grave en cas d'atteinte supposée au droit de la concurrence (article 11 de la Loi).

Au cours de l'année 2007, deux demandes ont été portées devant le Président du Conseil sur cette base.

La première demande portait sur une allégation d'abus de position dominante dans le secteur de la distribution des produits de presse au sens d'un refus de fourniture d'un service. Lors de la réunion entre les parties concernées organisée par le Président, il s'est toutefois avéré que le blocage existant à ce moment était plutôt dû à un manque de compréhension des positions respectives et pouvait être surmonté moyennant un dialogue constructif. Les parties se sont par la suite arrangées, de sorte qu'aucune décision d'autorité n'a dû intervenir.

Le second dossier concerne une allégation d'abus de position dominante dans le secteur des télécommunications, où il est reproché à l'opérateur historique de mettre en œuvre un certain nombre de pratiques abusives, dont il pourrait faire usage en raison de sa position dominante sur les marchés pertinents, afin d'étendre ou de consolider ses positions sur les marchés de la téléphonie fixe, de la téléphonie mobile et de l'accès Internet à haut débit. Cette demande de mesures conservatoires était encore en cours d'instruction au jour de la clôture de l'exercice.

b) Les mesures de confidentialité

Le deuxième domaine concerne la possibilité pour le Président du Conseil de protéger un certain nombre d'informations par la confidentialité afin qu'elles ne soient pas divulguées au public ou aux concurrents 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, paragraphes 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, paragraphes 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.

Au cours des années précédentes, les demandes de confidentialité adressées au Président étaient le résultat des mesures d'investigation lancées par l'Inspection de la concurrence dans les procédures sur le fond : les

entreprises qui répondaient aux demandes de renseignement sollicitaient parallèlement la confidentialité de certaines informations.

i) Dans le cadre de l'évacuation de certains dossiers au fond qui avaient été transmis au Conseil à la fin de l'année 2006, plusieurs de ces demandes de confidentialité ont dû être traitées. Il s'est avéré que certaines informations devaient être intégrées par le Conseil dans ses décisions afin de pouvoir motiver la solution.

Face à ce besoin, les entreprises concernées ont été contactées par courrier du Président par lequel celui-ci a annoncé son intention de vouloir retirer le bénéfice de la confidentialité à un volume restreint d'informations et a invité les entreprises à prendre position par rapport à cette initiative.

Toutes les entreprises concernées, à une exception près, ont répondu à ce courrier en marquant leur accord à ce que les données visées soient soustraites au régime de la confidentialité. Seule une entreprise n'a pas réagi, ce qui a obligé le Président à adopter au mois de mai 2007 une décision de levée partielle de la confidentialité à l'égard de cette entreprise. Cette décision a été notifiée à l'entreprise en question, et n'a pas fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif.

Ces errements ont cependant eu pour conséquence que l'adoption des décisions dans les deux dossiers au fond qui étaient concernés par les informations fournies par cette entreprise a dû être reportée au mois de septembre 2007, alors que le Conseil a dû attendre que la décision de levée de la confidentialité soit définitive par suite de l'écoulement du délai de recours afin de s'assurer que ces informations pouvaient être divulguées sans obstacle juridique.

ii) L'année 2007 a en outre révélé un nouvel aspect en rapport avec les demandes de confidentialité. Si une des demandes introduites à cet effet trouve encore son origine dans une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence antérieure à l'année 2007, les autres demandes ont été générées par la demande de mesures conservatoires présentée sur le marché des télécommunications dont question au point précédent. L'instruction de cette demande de mesures conservatoires a donné lieu à la présentation d'un certain nombre d'informations, tant de la part de l'opérateur historique que de la part de l'entreprise plaignante, qui n'avaient pas encore été recueillies dans le cadre de demandes de renseignements antérieures et au sujet desquelles la confidentialité était demandée.

En raison des situations procédurales différentes des deux entreprises, leurs demandes respectives ont fait l'objet de traitements procéduraux différents.

En ce qui concerne les données fournies par l'entreprise plaignante, ici l'opérateur alternatif, il faut avoir en tête que l'entreprise visée, ici l'opérateur historique, dispose en principe d'un droit d'accès important,

sinon illimité aux dossiers de l'autorité de concurrence, qu'il s'agisse du Conseil ou de l'Inspection. En l'absence de toute mesure formelle, cette entreprise pourrait donc à tout moment au cours de la procédure dirigée contre elle demander à prendre inspection de ces dossiers et ainsi prendre connaissance le cas échéant des informations sensibles ou confidentielles fournies par l'entreprise plaignante. Pour parer à ce risque, le Président a adopté une décision formelle par rapport à la demande de confidentialité présentée par l'entreprise plaignante. Ainsi, il est garanti que les renseignements confidentiels qu'elle a fournis sont soustraits à la connaissance de l'entreprise visée par la procédure.

La décision adoptée par le Président dans ce cadre prend cependant soin de préciser que les informations fournies par l'entreprise plaignante, pour autant qu'elles sont couvertes par la confidentialité et donc soustraites à la connaissance de l'entreprise visée, ne peuvent de toute évidence être utilisées pour adopter une décision à l'encontre de l'entreprise visée. Cette restriction découle de plein droit du respect des droits de la défense : une décision ne peut être basée sur une donnée dont l'entreprise en question n'a pas pu avoir connaissance.

La situation se présente différemment en droit en ce qui concerne les renseignements apportés par l'entreprise visée, dès lors que l'entreprise plaignante n'a pas un droit d'accès illimité au dossier de l'autorité de concurrence. Dans la mesure où celle-ci n'est pas visée par la procédure, elle ne peut pas exiger à pouvoir prendre connaissance de tous les éléments qui y sont contenus.

Ainsi, les demandes de confidentialité présentées par l'entreprise visée par la procédure au sujet des renseignements fournis par elle n'ont pas fait l'objet d'une décision formelle, mais ces renseignements ont été couverts par la confidentialité en application des principes généraux qui ont été dégagés dans la pratique des années antérieures telle qu'elle est retenue dans la note d'information afférente publiée par le Conseil et l'Inspection : le Conseil et l'Inspection prennent l'engagement de ne pas dévoiler les informations en question à des tiers en attendant que la procédure ait atteint un stade suffisamment avancé pour pouvoir évaluer si les données en question sont le cas échéant nécessaires pour faire évoluer la procédure.

Dans le cas concret, ces informations peuvent être utilisées à l'appui de la décision, puisque par définition, l'entreprise visée en a connaissance ; mais elles seront le cas échéant omises respectivement noircies dans la version publiée de la décision.

B) Le Conseil de la concurrence

1) Généralités et administration

Les réunions régulières du Conseil ont été tenues par le Président et les conseillers effectifs. Pour

l'évacuation de deux des dossiers au fond qui avaient été transmis au Conseil par l'Inspection à la fin de l'année 2006, un des conseillers effectifs a été remplacé par un conseiller suppléant en raison d'un conflit d'intérêts.

Ces réunions ont été au nombre de 13 au cours de l'année 2007, auxquelles se sont ajoutées des réunions de travail au cours desquelles des sujets ont été débattus ou des dossiers ont été préparés en vue d'une décision ultérieure.

Au cours de ses réunions, le Conseil a abordé des sujets aussi divers que :

- la préparation du rapport annuel 2006
- la préparation du budget 2008
- la finalisation du site Internet
- la réflexion sur l'application de certains points essentiels de la loi du 17 mai 2004
- la consultation sur le projet de réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence
- les orientations futures des travaux
- le suivi des travaux au sein du Réseau Européen de la concurrence (préparation des réunions plénières du Réseau, actions en dommages et intérêts en cas de violation des articles 81 et 82 du traité, …).

2) Politique de communication et manifestations publiques

Dans le cadre de sa stratégie de communication visant à promouvoir le droit de la concurrence et à marquer la visibilité des autorités de concurrence, le Conseil a continué à entretenir des contacts avec les organisations représentatives des entreprises et des consommateurs. Dans ce cadre, le Président du Conseil et le Rapporteur général de l'Inspection ont notamment assisté à une conférence destinée à sensibiliser les entreprises luxembourgeoises aux implications pratiques des droits de la concurrence européen et national. Un aspect majeur de cette conférence était l'accent mis sur l'importance de l'implémentation à tous les niveaux dans les entreprises de programmes de mise en conformité (« *compliance programs* ») avec le droit de la concurrence, destinés à prévenir la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, respectivement à assurer leur détection dans les plus brefs délais pour pouvoir agir utilement.

Les travaux en vue de la mise en ligne du site Internet sous l'adresse www.concurrence.lu ont pu être achevés par la mise en ligne du site à la fin du mois de juin 2007. Dans sa conception, ce site se destine à fournir au public une information la plus exhaustive possible sur les structures et pouvoirs des autorités de concurrence, et la plus actuelle possible sur les développements courants en droit de la concurrence.

Les 18 et 19 octobre 2007 s'est tenue une conférence au Luxembourg traitant du droit de la concurrence dans les petites économies (« *Small Economies and Competition Policy – A Fair Deal* »), qui était organisée par

le Competition Law Forum de Londres, en collaboration avec le Conseil de la concurrence, l'Inspection de la concurrence et la Chambre de commerce. Cette conférence a été l'occasion de réunir des responsables d'entreprises, universitaires, avocats et responsables d'autorités de concurrence de toutes provenances pour aborder une première fois les aspects spécifiques rencontrés par les petites économies lors de l'application du droit de la concurrence.

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

Les deux dossiers qui avaient été repris de la part de l'ancienne Commission des pratiques commerciales restrictives avaient été clôturés par l'Inspection de la concurrence après enquête et transmis au Conseil de la concurrence en date des 20 novembre 2006 respectivement 7 décembre 2006.

i) Le premier de ces dossiers a fait l'objet d'une décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007.

Ce dossier trouvait son origine dans une plainte d'un distributeur de produits pétroliers, qui reprochait à l'entreprise exploitant les cuves de stockage dans le port fluvial de Mertert de ne pas lui louer des capacités de stockage sur ce site, ce qui entraînerait pour lui un désavantage commercial.

Le fait matériel de ce refus n'était pas contesté, mais l'entreprise le justifiait par des restrictions de capacités, en alléguant qu'elle n'avait pas de disponibilités pour satisfaire la demande du requérant. Il s'agissait dès lors de rechercher si le comportement reproché à cette entreprise était susceptible de tomber sous le coup du droit de la concurrence.

Après avoir examiné et défini les marchés pertinents et après avoir déterminé qu'en fonction de l'évolution dans le temps des pratiques, tant la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives que la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence étaient le cas échéant susceptibles de s'appliquer, et que les comportements reprochés sur le marché de stockage de produits pétroliers n'étaient pas susceptibles d'affecter le commerce intra-communautaire, la décision retient que l'entreprise visée par la plainte jouit d'une position dominante sur le marché luxembourgeois du stockage de produits pétroliers. Par la suite, la décision retient toutefois que le refus de contracter opposé au plaignant était objectivement justifié par l'absence de disponibilités de capacités de stockage, et que donc le refus n'était pas contraire aux dispositions du droit de la concurrence relatives aux abus de positions dominantes, ni sous l'angle de la loi de 1970, ni sous celui de la loi de 2004.

Le plaignant avait encore soulevé l'éventualité d'une entente entre

l'exploitant des cuves et les sociétés pétrolières actives au Luxembourg, destinée à fermer le marché de la distribution de produits pétroliers à d'éventuels concurrents de ces sociétés pétrolières. Dans la mesure où aucun élément relevé au cours de l'enquête ne permettait de corroborer l'existence d'un tel accord, la décision retient encore l'absence d'infraction à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.

L'examen du dossier avait toutefois soulevé dans le chef du Conseil des interrogations au sujet d'une éventuelle pratique prohibée sur le marché en aval du transport de produits pétroliers. Estimant que ce point n'avait pas fait l'objet d'une enquête suffisamment approfondie pour lui permettre d'adopter une décision à cet égard, la décision du Conseil a renvoyé le dossier à l'Inspection de la concurrence pour parfaire l'enquête par rapport à ce volet.

Cette décision a été notifiée aux entreprises concernées. Elle n'a pas fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif et est partant devenue définitive. Compte tenu du renvoi partiel devant l'Inspection de la concurrence, le dossier n'en est cependant pas pour autant clôturé.

ii) Le deuxième dossier a fait l'objet d'une décision N° 2007-FO-02 du 5 septembre 2007 (il s'agissait d'un dossier parallèle à celui ayant donné lieu à la N° 2007-FO-03 du 5 septembre 2007 dont question ci-dessous).

Ce dossier trouvait son origine dans la plainte d'un professionnel de l'expertise automobile, qui se voyait opposer le refus d'adhésion par une association de droit privé regroupant un certain nombre de professionnels de la même spécialité. Le plaignant alléguait qu'en raison du fait que des assureurs automobiles ne confiaient des missions d'expertise qu'aux membres de cette association, il se trouverait exclu de ce marché et subirait un préjudice commercial.

L'association en question ne contestait pas qu'elle refusait l'adhésion de ce professionnel parmi ses membres, mais faisait valoir qu'en tant qu'organisation de droit privé, il lui était libre d'admettre ou de refuser des membres. La décision examine dès lors si le comportement reproché en question était susceptible de tomber sous le coup du droit de la concurrence.

Après avoir examiné et défini les marchés pertinents et après avoir retenu que les pratiques incriminées n'étaient pas de nature à affecter le commerce intra-communautaire et que seule la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives était applicable en l'espèce, la décision explique que l'association en tant que telle n'a pas d'activité commerciale propre, de sorte que son comportement ne peut pas être examiné sous l'angle d'un abus de position dominante, mais doit être appréhendé sous l'angle d'un éventuel comportement concerté de ses membres qui eux exercent une activité commerciale. Sur le fond, la

décision retient que les conditions d'application restrictives de la loi de 1970 ne sont pas remplies en ce qui concerne le refus d'accepter l'adhésion du plaignant.

La décision aborde ensuite la question de savoir s'il n'existe pas d'entente entre l'association privée en question et les assureurs automobiles, respectivement entre les assureurs automobiles, à l'effet d'écarter le plaignant du marché. En l'absence d'éléments de preuve en ce sens, la décision écarte cette qualification.

Finalement, la décision examine encore les éléments recueillis à l'effet de vérifier s'ils ne permettent pas de retenir l'existence d'un abus de position dominante, soit individuel dans le chef de l'assureur automobiles ayant décidé de confier des missions d'expertise qu'aux seuls membres de l'association en question, soit collectif dans le chef des assureurs automobiles réunis. Il s'avère cependant que l'assureur individuel en question ne détient pas de position dominante sur le marché pertinent, et ne peut donc commettre d'abus de position dominante, et que l'adoption de comportements diamétralement opposés de la part des assureurs automobiles en ce qui concerne leur politique d'attribution des missions d'expertise permet d'écarter l'idée d'une position dominante collective.

En fin de compte, aucune pratique anticoncurrentielle n'a été relevée dans ce dossier. La décision a été notifiée aux entreprises concernées. Comme elle n'a pas fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif, elle est devenue définitive.

4) Actions d'application du droit de la concurrence

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence confère au Conseil de la concurrence le pouvoir de décision à 8 niveaux :

a) il décide du retrait individuel du bénéfice d'une exemption par catégorie accordée par un règlement communautaire (article 6, paragraphe 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, paragraphe 1er, point 3) et des astreintes (article 20, paragraphe 1er, point 1) lors de décisions sur le fond prises sur base de l'article 10
e) il peut prononcer des amendes (article 18, paragraphe 1er, points 1 et 2) et des astreintes (article 20, paragraphe 1er, point 3) dans le cadre de l'instruction menée par l'Inspection de la concurrence
f) il peut prononcer des astreintes suite à des mesures conservatoires ordonnées par le Président sur base de l'article 11

(article 20, paragraphe 1er, point 2)

g) il peut prononcer des astreintes suite à l'acceptation d'engagements sur base de l'article 12 (article 20, paragraphe 1er, point 2)

h) il peut adopter des avis de clémence (article 19).

Les points a), c), d), f) et g) n'ont pas fait l'objet de décisions définitives au courant de l'année 2007. Le point h) n'a pas non plus fait l'objet d'une intervention du Conseil de la concurrence au cours de l'année 2007, mais un avis de clémence émis en 2005 a fait l'objet d'une décision du tribunal administratif qu'il convient de noter.

La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques a encore attribué au Conseil un pouvoir consultatif et de veto dans le cadre de l'application de cette loi. Cette disposition légale n'a pas fait l'objet d'applications pratiques au cours de l'année 2007.

Le Conseil a encore été saisi par le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur de demandes d'avis relativement à des points touchant le droit de la concurrence.

a) Procédures au fond

Le Conseil a été saisi en date du 12 décembre 2006 sur base de l'article 10 de la Loi par l'Inspection de la concurrence d'un dossier qui a été instruit par celle-ci par rapport aux dispositions de fond des articles 3 à 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Ce dossier a fait l'objet d'une décision N° 2007-FO-03 du 5 septembre 2007 (il s'agissait d'un dossier parallèle à celui ayant donné lieu à la décision N° 2007-FO-02 du 5 septembre 2007 dont question ci-dessus).

A l'origine de ce dossier se trouvait une plainte de la part de l'association privée regroupant des professionnels de l'expertise automobile qui reprochait à un assureur automobiles d'imposer aux experts l'utilisation d'un outil informatique dont il aurait la maîtrise. De ce fait, les experts seraient limités dans leur liberté d'action.

Après avoir examiné et défini les marchés pertinents et retenu que la pratique incriminée n'était pas susceptible d'affecter de manière sensible le commerce intra-communautaire, la décision retient que l'assureur en question ne jouit pas d'une position dominante sur le marché pertinent et ne peut donc y commettre d'abus. La décision examine par la suite si les assureurs pris dans leur globalité exerceraient une domination collective, mais écarte aussi ce soutènement en retenant que les assureurs automobiles détenant les parts de marché les plus importantes adoptent des stratégies différentes par rapport à l'utilisation de cet outil informatique. Finalement, la décision écarte encore l'idée d'une entente anticoncurrentielle entre les différents assureurs automobiles en l'absence de tout élément de preuve afférent.

La décision retient donc l'absence de preuve d'un comportement prohibé par la loi, de sorte que le pouvoir de prononcer des amendes ou d'imposer des injonctions sous peine d'astreinte n'est pas mis en œuvre.

N'ayant pas fait l'objet d'un recours suite à sa notification aux parties concernées, cette décision est devenue définitive.

b) Amendes et astreintes dans le cadre de l'instruction

A la fin de l'année 2006, l'Inspection de la concurrence avait adressé par voie de décisions des demandes de renseignements à un certain nombre d'entreprises. En l'absence de réaction conforme à la Loi de la part de trois de ces entreprises, l'Inspection a saisi le Conseil sur base de l'article 18, paragraphe 1er, points 1 et 2 et de l'article 20, paragraphe 1er, point 3 de la Loi pour voir prononcer à l'encontre de ces entreprises des amendes et des astreintes.

i) Ces demandes ont conduit le Conseil à adopter trois décisions individuelles en date du 30 mars 2007 contre chacune de ces trois entreprises, par lesquelles elles se voient imposer une amende afin de les sanctionner pour ne pas avoir rempli leurs obligations légales envers l'Inspection, ainsi que des astreintes journalières pour les contraindre à fournir les renseignements sollicités par l'Inspection.

Par la suite, chacune des trois entreprises a exercé un recours au fond devant le tribunal administratif contre la décision la concernant (deux des entreprises ont introduit tant un recours principal qu'un recours complémentaire). Ces recours sont encore pendants au jour de la clôture de l'exercice.

Ces recours au fond étaient accompagnés de demandes en suspension des effets des décisions du Conseil devant le Président du tribunal administratif. Ces demandes n'ont pas été toisées par ordonnance suite à l'accord du Conseil à ne pas poursuivre l'exécution pécuniaire de ses décisions en attendant les décisions sur le fond.

Parallèlement, les entreprises ont également répondu aux questionnaires qui leur avaient été envoyés par l'Inspection de la concurrence, et elles ont alors demandé à se voir décharger tant des amendes que des astreintes qui avaient été prononcées à leur encontre.

Ces demandes en décharge ont fait l'objet de trois décisions séparées du 6 juillet 2007 par lesquelles l'effet des astreintes a été arrêté au jour auquel les réponses ont été fournies à l'Inspection de la concurrence. Ces décisions ne procèdent cependant pas à la décharge en ce qui concerne les amendes.

Ces décisions ont également fait l'objet de recours devant le tribunal administratif qui ne sont pas toisés au jour de la clôture de l'exercice.

Ce volet des pouvoirs du Conseil de la concurrence donne donc actuellement lieu à huit recours juridictionnels devant le tribunal administratif, dont l'issue est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur l'accomplissement futur des missions du Conseil et de l'Inspection.[2]

ii) Ces développements peuvent être complétés par quelques explications relatives aux décisions de l'Inspection de la concurrence de la fin de l'année 2006 qui ont donné naissance au contentieux devant le Conseil de la concurrence.

Une des entreprises visées par les décisions de l'Inspection de la concurrence avait en effet pris soin d'attaquer également la décision de demande de renseignements qui la visait.

La requête en sursis à exécution qui avait été parallèlement introduite devant le Président du tribunal administratif a été rejetée par ordonnance du 5 mars 2007 aux motifs d'une part qu'il n'existait pas de préjudice grave et définitif qu'il faudrait prévenir (aucune amende ou astreinte n'était prononcée par la décision attaquée et il n'était pas établi que de telles amendes et astreintes seraient de nature à mettre en péril l'équilibre financier de l'entreprise) et d'autre part que le recours n'était pas appuyé au fond par des moyens sérieux (absence de problème de rétroactivité de la loi de 2004 ; absence d'incidence de la procédure administrative sur la procédure pénale et donc absence d'implication du droit de ne pas s'auto-incriminer ; inapplicabilité en matière administrative du principe selon lequel le criminel tient le civil en l'état ; existence de règles de sauvegarde du secret de l'instruction).

Le jugement du tribunal administratif du 15 novembre 2007 (rôle N° 22405) rendu au fond dans cette affaire, en rejetant le recours de l'entreprise, apporte quelques éclaircissements qui concernent également le Conseil de la concurrence.

L'entreprise requérante faisait d'abord valoir que l'Inspection de la concurrence en tant qu'autorité issue de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ne pourrait pas faire porter ses enquêtes sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette Loi. Toute autre solution violerait le principe de non-rétroactivité de la loi.

Le tribunal administratif retient à titre liminaire que l'interdiction des ententes inscrite dans la loi de 2004 est largement similaire à celle de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, similarité corroborée en l'espèce par le fait que les faits sur lesquels porte l'enquête de l'Inspection concernent des agissements dans le cadre de soumissions publiques et sont donc de nature à affecter l'intérêt général. En s'interrogeant à partir de là sur la question de savoir si le Conseil de la concurrence pourrait sanctionner des

[2] On notera que ces recours ont été toisés après la clôture du présent rapport par trois jugements du tribunal administratif du 30 avril 2008.

faits antérieurs à la loi de 2004, le tribunal administratif répond à la question de savoir si l'Inspection de la concurrence peut faire porter ses investigations sur de tels faits en répondant par l'affirmative. A cet effet, le tribunal retient que les dispositions institutionnelles de la loi de 2004 portant création du Conseil et de l'Inspection en leur attribuant les pouvoirs dévolus sous la loi de 1970 à d'autres autorités constituent des règles de procédure d'application immédiate, et qu'aucune disposition de la loi de 2004 n'interdit aux nouvelles autorités de mettre en œuvre leurs pouvoirs et compétences pour appréhender des faits antérieurs à son entrée en vigueur sur base des dispositions de fond de la loi de 1970.

Par cette décision, il devient clair que les entreprises ne peuvent pas se retrancher derrière l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi de 2004 pour faire valoir l'impunité de leurs actes commis avant cette entrée en vigueur. Le tribunal administratif confirme ainsi l'analyse similaire développée par le Conseil dans sa décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007 et peut dès lors influer sur les suites qui seront éventuellement réservées à ce dossier.

Concernant les relations entre l'enquête administrative et l'enquête pénale, le tribunal administratif retient que l'une n'exerce aucune influence sur l'autre et que les deux peuvent se poursuivre indépendamment l'une de l'autre. A cet effet, le tribunal retient qu'au stade antérieur à la communication des griefs, l'Inspection de la concurrence mène une enquête préalable sans porter d'accusation contre une entreprise précise, que les deux enquêtes ne visent pas la même personne et que les deux enquêtes ne reposent pas sur la même base légale.

Le tribunal administratif confirme ainsi utilement que les entreprises ne peuvent pas se retrancher derrière l'ouverture d'une instruction pénale pour former obstacle à l'action des autorités de concurrence.

Ce jugement du tribunal administratif reconnait finalement l'existence au profit des entreprises contactées dans le cadre d'une demande de renseignements du droit de ne pas s'auto-incriminer, mais retient que ce droit n'est pas en cause dans le cadre de la décision de l'Inspection de la concurrence, puisque ce droit protège les entreprises contre les sanctions pour défaut de réponse et les moyens de contrainte destinés à les obliger à répondre, mais que la décision de l'Inspection ne comporte pas d'élément décisionnel en ce sens.

Il est exact que ces éléments ne sont contenus que dans les décisions subséquentes du Conseil de la concurrence, prises sur base de l'article 18, paragraphe 1er, points 1 et 2 et de l'article 20, paragraphe 1er, point 3. En l'espèce, des amendes et astreintes ont été imposées à l'entreprise en question par une des décisions du Conseil du 30 mars 2007 dont question ci-dessus au point b. On peut donc admettre que la question du droit de ne pas s'auto-incriminer va ressurgir dans le cadre du recours dirigé contre la décision en question.

Le jugement du tribunal administratif du 15 novembre 2007 n'est pas coulé en force de chose jugée au jour de la clôture du présent rapport au 31 décembre 2007 dans la mesure où l'entreprise concernée a interjeté appel.[3]

c) 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.

Un certain nombre de demandes de clémence concernant le même dossier avaient été traitées au courant de l'année 2006 par le Conseil, bénéficiant soit d'un avis de clémence, soit d'un avis défavorable.

Une des entreprises qui s'était vue notifier un avis négatif a entrepris un recours au tribunal administratif à l'encontre de cet avis. Ce recours a donné lieu à un jugement du tribunal administratif du 13 juin 2007 (rôle N° 21870), qui aborde les différents points importants qui avaient été relevés dans le rapport de l'année précédente.

Une première question touchait au statut du Conseil de la concurrence. La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ne lui a pas conféré la personnalité juridique, mais lui a attribué le statut d'autorité administrative indépendante. La question soulevée au cours des débats était de savoir comment cette indépendance pouvait être assurée au niveau des règles procédurales d'introduction du recours contre les décisions du Conseil et de représentation du Conseil devant le tribunal administratif.

Dans son jugement, le tribunal administratif reconnaît qu'il est de l'essence du contentieux administratif que l'auteur de l'acte administratif attaqué puisse se défendre et que le statut d'indépendance du Conseil de la concurrence, énoncé par la Loi et conforté par la prise de position du délégué du Gouvernement au cours de la procédure, doit conduire à lui permettre d'intervenir directement et personnellement à l'instance.

Le tribunal administratif relève encore la différence de nature qui existe de par la loi entre le Conseil et l'Inspection, en retenant que cette dernière n'a pas besoin d'être

[3] On notera toutefois que la décision en appel est intervenue en date du 20 mars 2008.

spécialement mise en intervention, puisqu'en tant qu'émanation du Ministère de l'Economie, non dotée d'une indépendance administrative particulière, elle a déjà été mise en intervention du fait de la signification du recours à l'Etat.

Par son jugement, le tribunal administratif apporte une contribution importante à la liberté d'action nécessaire à l'efficacité de l'action de l'autorité de concurrence.

La deuxième question touchait à la question de savoir si l'avis de clémence peut faire l'objet d'un recours immédiat, avant toute décision au fond. Tandis que l'entreprise requérante invoquait l'article 26 de la Loi aux termes duquel « un recours en réformation est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu des articles 18 et 19 », le Conseil faisait valoir que cette disposition ne devait pas s'appliquer aux avis de clémence adoptés sur base de l'article 19.

Dans son jugement, le tribunal administratif suit les conclusions du Conseil en décidant que si l'avis de clémence adopté sur base de l'article 19 constitue certes une décision administrative, il ne s'agit toutefois que d'un acte de procédure préparatoire à la décision définitive imposant le cas échéant une sanction pécuniaire sur base de l'article 18, dont il ne constitue qu'une simple étape non détachable non susceptible de recours. Le tribunal relève expressément que l'avis de clémence ne s'en trouve pas pour autant soustrait à tout contrôle juridictionnel de sa part, puisqu'il peut faire l'objet de critiques qui lui sont spécifiques et qui peuvent être produites ultérieurement dans le cadre d'un recours à introduire à l'encontre de la décision qui impose une sanction pécuniaire sur base de l'article 18 de la Loi.

Par cette solution, le tribunal administratif établit un juste équilibre entre les exigences de l'efficacité de l'action administrative qui avaient été soulignées par le Conseil dans le cadre de ses écritures et la nécessaire protection des droits des administrés.

En déclarant le recours irrecevable, le tribunal n'a pas eu à se prononcer sur l'élément de fond débattu dans les mémoires échangés au cours de la procédure et qui porte sur la question de savoir si et dans quelle mesure les informations apportées par l'entreprise doivent comporter une plus-value par rapport aux informations dont disposent déjà les autorités de concurrence pour qu'elle soit éligible au programme de clémence.

Le jugement du tribunal administratif du 13 juin 2007 n'est pas définitif à la clôture de l'exercice, puisque l'entreprise concernée a interjeté appel et que la procédure d'appel n'est pas achevée au 31 décembre 2007.[4]

[4] Il faut cependant noter que la décision de la Cour administrative est intervenue en date du 24 janvier 2008.

d) Pouvoir consultatif et avis

Le Conseil a été saisi de deux demandes d'avis de la part du Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur. Par la possibilité qui lui est donnée à travers de tels avis d'exprimer son opinion, le Conseil de la concurrence entend contribuer au développement d'une prise de conscience sur les aspects liés au maintien et au développement d'une concurrence saine et efficace.

La première demande s'inscrivait dans la réforme de la législation sur les marchés publics. Dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption de cette réforme, l'Ordre des Architectes et Ingénieurs est intervenu auprès des instances étatiques afin de suggérer d'inclure dans la future loi la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs du secteur étatique et communal d'établir des barèmes pour les honoraires des architectes et ingénieurs.

Dans son avis N° 2007-AV-01 du 21 septembre 2007, le Conseil de la concurrence estime qu'une telle démarche serait contraire aux principes qui sous-tendent la législation sur les marchés publics et sur la concurrence, qui cherchent à assurer une mise en concurrence des agents économiques à l'effet de générer des avantages au profit des utilisateurs. Un barème tel que suggéré par l'OAI aurait pour effet d'anéantir ces efforts. Le Conseil attire par ailleurs l'attention sur le fait que si le législateur devait être amené à privilégier d'autres considérations et aboutir à une solution qui consisterait à limiter le jeu de la concurrence sur les prix, il conviendrait d'aménager le système de façon à respecter un certain nombre d'exigences découlant du droit national et du droit communautaire.

La deuxième demande d'avis adressée au Conseil au courant de l'année 2007 s'inscrivait dans le cadre de la modification de l'article 2 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, visant à soumettre les courses de taxis au droit commun. Tel que relevé ci-dessus, le projet de loi N° 5683 a pour objectif de supprimer la référence aux courses de taxis dans le cadre des dispositions légales permettant le recours immédiat à la fixation des prix par voie d'autorité afin de les soumettre au principe de libre fixation des prix, sauf circonstances exceptionnelles tenant à des problèmes conjoncturels ou structurels. En vue de ces modifications législatives, le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur la question de savoir si le marché des courses de taxis se trouvait dans une situation concurrentielle de nature à permettre au libre jeu de la fixation des prix de produire ses résultats.

Dans son avis N° 2007-AV-02 du 15 novembre 2007, le Conseil en vient à la conclusion que compte tenu des nombreuses restrictions légales et réglementaires qui frappent l'organisation du marché et les prestations de services en question, la concurrence ne pourrait pas non plus jouer sur les prix au profit des destinataires finaux des services

offerts sur ce marché. Le Conseil retient par voie de conséquence que ce marché présente en l'état actuel de la législation des problèmes structurels qui permettraient l'adoption d'une mesure réglementaire de fixation des prix.

5) La coopération internationale

L'activité du Conseil de la concurrence au niveau international comporte différents volets.

a) L'Union européenne : la réunion des Directeurs généraux

La Commission européenne convoque sur une base annuelle ou semestrielle une réunion des Directeurs généraux. Cette assemblée réunit les responsables des différentes autorités de concurrence ensemble avec les responsables des instances politiques (essentiellement les ministères) chargées d'orienter ou le cas échéant d'appliquer le droit de la concurrence dans leurs pays respectifs. Elle a pour mission d'aborder les grands dossiers de la politique et du droit de la concurrence et de définir le cas échéant les grandes orientations.

Le Conseil de la concurrence participe à ces réunions. Les discussions y ont porté en 2007 sur des sujets importants tels que la réforme des modalités d'application de l'article 82 du traité CE, les actions privées en dommages-intérêts dans le domaine des violations au droit de la concurrence, les résultats des enquêtes sectorielles menées par la Commission européenne dans les secteurs de l'énergie et des marchés financiers ou les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente.

Une autre occasion de rencontrer les responsables de haut niveau est le European Competition Day, organisé en principe chaque semestre par l'autorité de concurrence dont le pays assure la présidence de l'Union européenne. En 2007, le 14^{e} European Competition Day a eu lieu les 26 et 27 mars à Munich, tandis que le 15^{e} European Competition Day était organisé à Lisbonne le 15 novembre.

b) La coopération étendue entre autorités de concurrence et autorités politiques

En pratique, un certain nombre de sujets abordés par la Commission dépassent les limites du droit de la concurrence au sens strict et les compétences des autorités de concurrence nationales. Des modes de collaboration sont envisagés dans ces cas de figure. Un exemple très important dans ce cadre sont les réflexions menées pour promouvoir les actions privées en dommages-intérêts dans le domaine du droit de la concurrence.

Ce sujet fait actuellement l'objet de nombreuses discussions et contributions dans les revues juridiques après que la Commission européenne ait lancé le débat en 2004 par la publication d'une étude qui en

venait à la conclusion que le nombre d'actions privées en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence était peu développé en Europe en raison d'un certain nombre d'obstacles qui se dressent face à de telles actions. Prenant comme point de départ que ces actions privées sont un complément utile et indispensable aux actions des autorités de concurrence publiques pour parvenir à imposer le respect du droit de la concurrence, la Commission européenne a relevé le défi d'identifier plus clairement ces obstacles et d'y rechercher des remèdes.

Après l'adoption d'un livre vert en décembre 2005, soumis à consultation publique, la Commission a activement poursuivi ses activités dans ce domaine au cours de l'année 2007 en vue de la publication d'un livre blanc qui devrait tracer plus en détail les lignes de futures évolutions législatives. Dans le cadre de tous ces travaux, la Commission européenne associe non seulement les autorités de concurrence nationales, mais également les ministères qui sont en charge de l'économie et les ministères en charge de la justice. Deux réunions de travail ont notamment été tenues selon ces modalités à l'automne 2007. Cette méthode de travail a rencontré un accueil positif auprès des concernés et elle a permis des débats très utiles.

c) Le règlement N° 1/2003 : le Réseau Européen de la Concurrence

En vertu de l'article 6, paragraphe 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 27 Etats membres de l'Union européenne et la Commission européenne.

La participation du Conseil de la concurrence aux travaux de ce Réseau recouvre une grande variété d'aspects.

Il y a d'un côté les réunions qui portent en règle générale sur des problèmes d'application généraux, qui peuvent le cas échéant faire l'objet d'illustrations à l'aide de cas concrets.

Il en est ainsi d'abord de l'assemblée plénière, convoquée sur une base trimestrielle, qui prépare les réunions des Directeurs généraux et surveille et coordonne les travaux des différents sous-groupes.

Il en est ainsi ensuite des sous-groupes, qui travaillent soit sur des secteurs déterminés (professions libérales, énergie, banques, véhicules automoteurs, sports, ...), soit sur des questions générales (réforme des critères d'application de l'article 82

du traité CE, communication, ...). Ces sous-groupes se réunissent en fonction de leurs besoins spécifiques.

Il y a de l'autre côté les réunions qui se consacrent à l'étude de dossiers concrets en vue de l'application de la réglementation communautaire.

Ainsi, 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 en place des comités consultatifs, dans le cadre desquels les autorités de concurrence nationales fournissent leurs avis sur les dossiers individuels dans lesquels la Commission européenne envisage de prendre une décision.

Tous ces travaux au niveau communautaire sont soutenus par un réseau informatique et un système de courriels sécurisés qui appuient efficacement 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 les contraignent malheureusement souvent à limiter leurs activités internationales à un 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-delà de ces explications générales sur le fonctionnement du Réseau Européen de la Concurrence, il est utile de donner dans le cadre du présent rapport annuel quelques indications précises sur les travaux qui sont menés au sein de ce réseau et sur les résultats qui ont sont ressortis au cours de l'année écoulée. Un bref aperçu des points les plus saillants permet ainsi de mettre en lumière l'ampleur de la tâche à laquelle se trouvent confrontées les autorités de concurrence nationales qui font partie de ce réseau.

d) La Commission européenne

Les autorités de concurrence nationales, tel que le Conseil de la concurrence, sont impliquées à travers le comité consultatif dans le processus de décision au niveau communautaire pour les affaires dans lesquelles des entreprises individuelles sont poursuivies pour avoir violé les articles 81 ou 82 du traité CE.

Le champ d'action de la DG Concurrence de la Commission européenne dépasse cependant le seul cadre des poursuites individuelles des violations du droit de la concurrence, pour porter sur des questions plus générales ou des études étendues. Les autorités de concurrence nationales bénéficient d'une position privilégiée en ce qu'elles sont souvent impliquées au préalable dans les différentes initiatives et des résultats qui en résultent. Elles peuvent ainsi

suivre l'évolution de tels dossiers dès un stade précoce.[5]

A titre illustratif, on peut mentionner les aspects suivants :

La Commission européenne a poursuivi sa réflexion sur le développement d'une nouvelle approche à l'égard des abus de position dominante, qui est destinée à être axée sur les complexités et incidences économiques, plus que sur des catégories juridiques de comportements prohibés ou autorisés inhérents à l'approche traditionnelle. Cette approche doit permettre de mieux distinguer les comportements réellement abusifs de ceux qui génèrent des efficiences économiques.

La Commission européenne a encore réfléchi aux moyens qui lui permettraient de traiter plus efficacement et plus rapidement les dossiers d'infraction au droit communautaire de la concurrence, sans pour autant sacrifier les droits de la défense des entreprises concernées.

Dans ce cadre, elle s'est penchée sur la possibilité d'introduire dans son arsenal réglementaire la possibilité de mener des négociations avec les entreprises visées par une enquête afin d'aboutir par une procédure de transaction à un règlement des dossiers engagés dans les affaires d'entente. Ces réflexions l'ont amené à soumettre à consultation publique un projet de règlement de la Commission modifiant le règlement (CE) N° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente ainsi qu'un Projet de Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente.

La Commission européenne a encore achevé au cours de l'année 2007 les différentes enquêtes sectorielles qui avaient été antérieurement initiées sur base de l'article 17 du 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.

Elle a adopté en date du 10 janvier 2007 le rapport final dans le cadre de l'enquête sectorielle dans le secteur de l'énergie (gaz et électricité) qui avait été lancée le 13 juin 2005. Le 31 janvier 2007, elle a encore adopté le rapport final de l'enquête sectorielle sur la banque de détail qui avait été lancée le 13 juin 2005. Finalement, le 25 septembre 2007, elle a adopté le rapport final sur l'enquête sectorielle relative aux assurances des entreprises qui avait aussi démarré le 13 juin 2005.

Depuis lors, ces enquêtes ont connu des prolongements directs dans l'action de la Commission européenne.

[5] Le détail des activités de la Commission européenne dans ce domaine peut être consulté dans le propre rapport annuel de la DG Concurrence, ainsi que sur son site Web http://ec.europa.eu/comm/competition.

e) L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

L'OCDE traite des questions de concurrence dans le cadre de ses travaux. Le Conseil de la concurrence entend y contribuer dans la mesure de ses possibilités.

Les activités de l'OCDE sont appuyées par un réseau d'informations en ligne auquel le Conseil a adhéré et qui lui permet de tirer profit des travaux de l'Organisation.

f) Les autres organisations internationales

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) Droit de la concurrence, droit des pratiques commerciales, droit de la consommation

Le marché opère la rencontre entre vendeurs et acheteurs de produits, entre prestataires et utilisateurs de services. Idéalement, il doit fonctionner de telle façon à ce qu'il assure la meilleure satisfaction des besoins du plus grand nombre. Les opérations qui se dénouent (de façon occasionnelle) entre particuliers (vendeur respectivement prestataire de service et acheteur respectivement utilisateur de service) ne font pas l'objet d'un traitement particulier par le législateur. Elles sont soumises aux règles générales du droit civil.

L'attention du législateur s'est par contre portée au fil du temps sur les opérations qui structurent les marchés ou mettent en cause les relations entre acteurs du marché qui se situent à différents niveaux du processus de commercialisation. Cette attention a mené à réguler d'une certaine façon tant des comportements unilatéraux des commerçants, professionnels et entreprises que les relations contractuelles qui se nouent soit entre entreprises, peu importe qu'elles se situent au même niveau ou à des niveaux différents du processus de commercialisation, soit entre entreprises et consommateurs finals. Les méthodes employées sont diverses : interdictions ou obligations imposées aux entreprises, droits matériels ou de recours aménagés au profit des consommateurs, sanctions de nature civile ou pénale ou quasi-pénale.

Le but affiché de ces mesures revient toutefois en général à vouloir assurer un fonctionnement harmonieux du marché dans l'intérêt en fin de compte des consommateurs. Il s'agit de leur procurer la meilleure satisfaction possible de leurs besoins, à travers une offre de produits et de services variés, innovatifs, sûrs, au meilleur prix.

Malgré cette unité d'objectif, les règles en question relèvent au Luxembourg de trois domaines juridiques différents : droit de la consommation, droit des pratiques commerciales et droit de la concurrence. Outre la poursuite d'un objectif commun, ces trois domaines interagissent par le biais notamment de deux circonstances : certains faits matériels peuvent être appréhendés par deux ou peut-être même les trois corps de règles et partant faire l'objet d'actions ou de poursuites distinctes ; certaines qualifications juridiques existent dans deux ou trois domaines, même si les éléments constitutifs varient, et peuvent donc donner lieu à des décisions diverses.

Vu de l'extérieur, ces articulations semblent se compliquer par le fait que les compétences politiques sont réparties entre deux ministères, tandis que la mise en œuvre sur le terrain est confiée à des acteurs divers (consommateurs individuels, association de consommateurs, juridictions judiciaires, administration et service de l'Etat).

Dans le cadre du présent rapport annuel du Conseil de la concurrence, il a dès lors semblé utile de dresser un état sommaire des lieux pour donner quelques pistes d'orientation au lecteur intéressé. A cet égard, on s'intéressera d'un point de vue juridique aux dispositions légales concernées et aux autorités et acteurs impliqués, et d'un point de vue économique au niveau d'intervention de ces trois corps de règles en commençant par ce dernier point en vue de mieux situer la présentation.

A) Les niveaux d'intervention

Le fonctionnement des marchés est complexe, fait intervenir de nombreux acteurs et peut être influencé par un nombre considérable de facteurs. Chacun des trois domaines juridiques traités appréhende ce fonctionnement sous l'angle de considérations qui lui sont propres en agissant sur des leviers différents.

1) Le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence au sens stricte est l'ensemble des règles qui régissent le comportement des opérateurs sur les marchés en vue de maintenir le libre jeu de la concurrence. Le principe du jeu de la concurrence veut que tout opérateur détermine sa stratégie industrielle ou commerciale de façon indépendante, de façon à être contraint de se repositionner constamment par rapport aux autres opérateurs afin de pouvoir se maintenir sur le marché. Le droit de la concurrence cherche donc à prévenir tous les comportements qui sont de nature à entraver ou à limiter la liberté d'action des différents acteurs économiques.

Compris en ce sens, le droit de la concurrence s'intéresse au côté de l'offre des marchés, en assurant que les acteurs actifs de ce côté agissent et puissent agir librement dans la détermination de leur activité. Le droit de la concurrence cherche à mettre les offreurs à l'abri des pressions ou contraintes illégitimes émanant de concurrents ou d'autres opérateurs qui peuvent exercer une influence sur les éléments constitutifs de leur offre, que ce soit au stade de leur propre approvisionnement ou au stade de la commercialisation de leur production. Ce n'est que de cette façon qu'ils peuvent opérer efficacement, produire au moindre coût, être innovatifs et développer de nouveaux produits au bénéfice en fin de compte des consommateurs finals.

2) Le droit des pratiques commerciales

Le droit des pratiques commerciales intervient au niveau des relations entre entreprises *(B2B, business to business)* à l'effet de prohiber ou de réglementer un certain nombre de pratiques qui, si mises en œuvre, seraient susceptibles de nuire aux intérêts économiques des concurrents. Ce droit s'intéresse aux méthodes par

lesquelles des entreprises tenteraient d'attirer la clientèle de leurs concurrents ou tenteraient autrement de porter atteinte aux capacités concurrentielles de ces derniers en mettant en œuvre des méthodes qui sont considérées comme déloyales ou ne correspondant pas à l'éthique professionnelle du secteur.

Dans la mesure où les méthodes et pratiques en question concernent en grande partie la façon dont les entreprises traitent leurs affaires avec les clients finals, il est évident que ce droit peut exercer une influence sur les comportements des consommateurs en leur prescrivant un certain cadre légal dans le processus de commercialisation. En régissant certaines pratiques des entreprises, ce droit est aussi de nature à influer sur le fonctionnement des marchés, en favorisant ou en entravant certaines pratiques sur base de considérations étrangères au droit de la concurrence au sens stricte.

3) Le droit de la consommation

Le droit de la consommation a pour finalité de protéger les consommateurs finals en régissant les relations entre les entreprises et les consommateurs (*B2C, business to consumer*).

Différents axes sont abordés dans ce cadre. Le droit de la consommation s'intéresse à la protection de l'intégrité physique des consommateurs en exerçant notamment une surveillance sur la qualité des produits mis sur le marché ou en s'intéressant à la mise en cause de la responsabilité professionnelle des entreprises. Il porte ensuite sur la protection des intérêts juridique des consommateurs en érigeant notamment, en sus des règles du droit commun, des règles gouvernant la conclusion des contrats entre consommateurs et entreprises et leur exécution. Il assure enfin la protection économique des consommateurs en veillant notamment à ce que ceux-ci puissent exercer un choix libre et informé dans leurs opérations d'achat sur le marché.

B) Le droit matériel

Il s'agit ici de dresser un relevé le plus complet possible des lois et règlements qui régissent les trois domaines juridiques.

1) Le droit de la concurrence

Le fondement du droit de la concurrence est actuellement constitué par l'interdiction des ententes entre entreprises (articles 3 et 4 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et article 81 du traité CE) et des abus de position dominante (article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et article 82 du traité CE).

La modernisation du droit de la concurrence national par le biais de la loi de 2004 est intervenue ensemble avec la suppression du mécanisme de

contrôle des prix, dès lors que son article 2, paragraphe 1er dispose que les prix sont librement fixés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, certaines dispositions relatives à un contrôle des prix, respectivement traitant de pratiques de prix, subsistent. Il en est tout d'abord ainsi de l'article 2, paragraphes 2 et 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence qui ouvre la possibilité de réglementer des prix par voie de règlement grand-ducal, soit de façon temporaire en cas de problème conjoncturel, soit de façon pérenne en cas de problème structurel sur un marché. Il en est encore ainsi d'office sur base de l'article 2, paragraphes 4 et 5 de cette loi pour les produits pétroliers, les produits pharmaceutiques et les courses de taxis[6].

Si ces règles font partie de la logique du système, d'autres textes plus anciens s'intéressent dans le cadre du droit pénal à la fixation des prix, en renvoyant à des mécanismes proches du droit de la concurrence.

Ainsi, l'article 311 du Code pénal incrimine les pratiques qui influent par des manœuvres frauduleuses sur le niveau des prix, que ce soit à la hausse ou à la baisse. Un arrêté grand-ducal du 31 mai 1935 sur la spéculation illicite en matière de denrées et marchandises, papiers et effets publics étend cette incrimination aux tentatives d'actions sur les prix par des manœuvres frauduleuses, ainsi qu'aux influences ou tentatives d'influence sur le niveau des prix exercées par des interdictions ou conventions comportant la détermination de prix minima ou maxima, des restrictions à la production ou des restrictions à la libre circulation des produits. Surtout ce dernier volet recouvre un certain nombre de pratiques poursuivies également par le droit de la concurrence au sens de la loi de 2004 et du traité CE. En l'absence de toute autre restriction, on peut admettre que ces dispositions concernent tous les échelons du processus de commercialisation, c'est-à-dire aussi bien les relations entre producteurs et distributeurs que les relations entre distributeurs et consommateurs finals.

Un règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente, qui ne concerne que les relations entre professionnels, interdit aux vendeurs de produits et services d'imposer en aval des prix minima à respecter par leurs acquéreurs, de même qu'il leur interdit de refuser d'honorer des commandes normales en vue de contourner l'interdiction de pratiquer des prix minima. Ces interdictions recouvrent là encore un certain nombre de notions classiques du droit de la concurrence.

Ainsi, un certain nombre de comportements d'entreprises portant sur des pratiques de prix relèvent tant du droit de la concurrence que du droit pénal, pour autant qu'elles soient le fait de personnes physiques,

[6] A noter que ce denier point fait l'objet d'une révision législative au jour de la clôture du présent rapport : voir ci-dessus au point IA.

qui seules sont justiciables du droit pénal.

2) Le droit des pratiques commerciales

Le droit des pratiques commerciales relève à l'heure actuelle pour l'essentiel de la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

Cette loi est très diverse dans ses dispositions.

Elle réglemente d'une part un certain nombre de méthodes de commercialisation, à savoir les ventes en soldes, les ventes sous forme de liquidation, les ventes sur trottoir et les ventes aux enchères publiques de biens neufs.

Elle interdit d'autre part un certain nombre de pratiques qui sont toujours considérées comme abusives, à savoir la concurrence déloyale, la publicité trompeuse, la vente à perte et la vente en chaîne.

Finalement, elle en réglemente d'autres en fixant les conditions auxquelles elles peuvent s'exercer. Il s'agit de la publicité comparative et des loteries, jeux-concours et tombolas publicitaires. Lorsqu'elles sont mises en œuvre en dehors des conditions déterminées par la loi, ces pratiques constituent alors également des abus.

D'autres formes de commercialisation, à savoir le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, sont régies par la loi du 16 juillet 1987 portant en son intitulé référence à ces méthodes.

La filiation de cette loi avec les considérations consuméristes est certaine, dès lors qu'elle prévoit que les contrats conclus en violation de ses dispositions sont nuls, mais que seuls les consommateurs finals peuvent invoquer cette nullité.

L'application de ces deux corps législatifs peut à l'avenir être influencée par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) N° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (communément dénommée directive UCP, de l'anglais *unfair commercial practices*, pratiques commerciales déloyales), qui, bien que relevant plus directement de la législation protectrice des consommateurs, comporte un certain nombre d'éléments pouvant impacter sur les

règles applicables aux pratiques commerciales.[7]

A cheval entre le droit des pratiques commerciales, parce qu'il vise surtout l'action des professionnels, et le droit de la consommation, parce qu'il est inspiré de considérations consuméristes, tout en s'appliquant tant aux relations B2B que B2C, se trouve l'article 1118 du Code civil. Cette disposition légale érige en véritable vice du consentement, avec pour effet d'entraîner l'annulation du contrat, la lésion, c'est-à-dire la disproportion entre droits et obligations réciproques, lorsque ce déséquilibre a été imposé par une des parties au contrat en exploitant notamment une position de force. Pareille position de force peut être un ascendant moral ou intellectuel, mais elle peut aussi être constituée par une position dominante occupée sur un marché.

3) Le droit de la consommation

Les lois protégeant directement les consommateurs concernent en règle générale un secteur, produit ou service isolé et sont par voie de conséquence nombreuses. Par ordre chronologique, on peut relever les lois suivantes qui comportent des dispositions adoptées dans l'intérêt des consommateurs :

- loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments
- loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur
- loi modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes
- loi modifiée du 21 avril 1989 relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux
- loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques
- loi modifiée du 9 août 1993 réglementant le crédit à la consommation
- loi modifiée du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours et portant transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait
- loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance
- loi modifiée du 18 décembre 1998 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel des biens immobiliers
- loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les

[7] Cette directive fait l'objet d'un projet de loi de transposition dans le cadre de l'introduction d'un Code de la consommation (Projet de loi No 5881).

signatures électroniques, la directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers

- loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative
- loi modifiée du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et abrogeant l'article 7 de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur
- loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels portant transposition de la Directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et modifiant la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur
- règlement grand-ducal du 29 juillet 2004 relatif à l'indication des prix des produits et des services
- loi du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits
- loi du 18 décembre 2006 relative aux services financiers à distance

Cette liste de textes nationaux doit être complétée par le Règlement (CE), d'application directe, N° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) N° 295/91.

L'ensemble de ce corps de dispositions légales sera par ailleurs complété à l'occasion de la transposition[8] en droit national de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) N° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive UCP déjà citée).

L'objectif affiché de cette directive est de contribuer au bon

[8] Cette transposition doit se faire dans le cadre d'un travail de coordination des dispositions disparates actuelles par leur regroupement dans un Code de la consommation. (Projet de loi No 5881)

fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en régissant les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

Elle interdit aux entreprises de mettre en œuvre à l'égard des consommateurs des pratiques déloyales, définies comme étant des pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer le comportement économique des consommateurs moyens. Elle interdit plus spécialement les pratiques commerciales trompeuses, que ce soit par action ou par omission, de même que les pratiques commerciales agressives, qui ont recours au harcèlement, à la contrainte ou à toute autre influence injustifiée.

C) Le droit organique

Il n'est pas question ici de se pencher sur les compétences politiques pour préparer les initiatives législatives dans les différents domaines. Compte tenu de la diversité des intérêts en présence et de la complexité ou technicité de certaines matières, de nombreux ministères entrent en action : Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur en tant qu'il a dans ses attributions tant la concurrence que la protection des consommateurs, mais aussi Ministère des Classes moyennes, Ministère de la Justice, Ministère des Finances, Ministère d'Etat à travers le Service des Médias et des communications, Ministère de la Santé.

La présentation se focalise par contre sur les instances et autorités qui sont concrètement chargées de l'application quotidienne des différentes dispositions légales.

1) Le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence au sens strict, tel qu'issu de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, est appliqué en premier lieu par le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante qui s'est vu confier le pouvoir de décision, et par l'Inspection de la concurrence, service du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur qui est chargé de rechercher les faits et de constituer un dossier d'enquête à soumettre au Conseil de la concurrence.

L'initiative d'agir émane ainsi de l'Inspection de la concurrence, agissant soit d'office, soit sur base d'informations que tout intéressé, qu'il soit entreprise ou consommateur final, peut lui faire parvenir ; le pouvoir de décision revient au Conseil de la concurrence, sous le contrôle des juridictions administratives.

Ces deux autorités administratives n'ont cependant pas le monopole de l'application du droit de la concurrence. Les juridictions judiciaires ont également le pouvoir d'appliquer les articles 3 à 5 de la loi

de 2004, respectivement les articles 81 et 82 du traité CE.

En appliquant ces dispositions, elles peuvent déclarer nuls les accords conclus en leur violation. Pareille annulation peut intervenir soit dans le cadre d'une demande principale, lorsque l'action du demandeur tend précisément à pareille annulation, soit dans le cadre d'une demande reconventionnelle que le défendeur peut opposer à une demande principale afin d'échapper à l'exécution des obligations contractées.

Les juridictions judiciaires peuvent encore apprécier la légalité d'un accord ou d'un comportement au regard des dispositions du droit de la concurrence dans le cadre d'une action en responsabilité civile dirigée contre les parties à un accord anticoncurrentiel ou l'auteur d'une pratique interdite. D'importantes discussions sont d'ailleurs en cours actuellement au niveau communautaire pour chercher des voies pour promouvoir les actions privées en dommages-intérêts afin de créer un moyen supplémentaire de mise en œuvre du droit de la concurrence.

Deux problèmes dans ce cadre, et non des moindres, sont d'une part le fait que le droit d'initiative appartient aux particuliers, entreprises ou consommateurs finals, qui n'ont pas toujours les incitations financières nécessaires pour activement démarrer une procédure, et d'autre part le fait que le processus de décision relève des juridictions judiciaires qui ne disposent pas toujours des moyens, en termes de pouvoirs d'enquête et d'expertise économique, pour mener efficacement une procédure de droit de la concurrence. Celle-ci requiert en effet la collecte et l'appréciation d'un nombre important d'éléments factuels de nature économique.

La mise en œuvre du droit de la concurrence à travers les juridictions pénales, par voie de pénalisation de ce droit de la concurrence, est également un sujet qui est régulièrement débattu dans les forums internationaux. Au Luxembourg, cette voie est actuellement limitée aux quelques incriminations anciennes liées aux pratiques de prix et au refus de vente y associée.

Mis à part l'hypothèse de la citation directe ou de la plainte avec constitution de partie civile, l'initiative de ces actions revient au ministère public, les juridictions répressives étant chargées de prendre une décision.

2) Le droit des pratiques commerciales

L'initiative de la mise en œuvre des règles issues du droit des pratiques commerciales est laissée par la loi du 30 juillet 2002 pour l'essentiel aux acteurs privés, à travers l'action en cessation qu'un certain nombre de personnes ou d'organisations peuvent introduire devant le juge judiciaire, qui peut ordonner aux entreprises de cesser de commettre les actes qui seraient contraires à cette loi.

Ce volet du droit de ces pratiques commerciales est pénalisé à travers les sanctions pénales qui peuvent frapper les entreprises qui ne respecteraient pas une ordonnance de cessation prononcée par le juge judiciaire.

Le volet du droit des pratiques commerciales relavant du colportage, de la vente ambulante, de l'étalage de marchandises et de la sollicitation de commandes est d'abord mis en œuvre par les consommateurs, qui peuvent invoquer devant les juridictions judiciaires la nullité des contrats conclus en violation des dispositions de cette loi, et par certaines organisations qui peuvent introduire une action en cessation contre les entreprises qui se mettent en contravention avec la loi.

Tant les méthodes de vente interdites dans ce cadre par la loi que les manquements aux injonctions prononcées par le juge judiciaire peuvent en outre faire l'objet de poursuites pénales à l'initiative du ministère public devant la juridiction répressive.

3) Le droit de la consommation

D'une façon générale, lorsque la protection des intérêts juridiques ou économiques des consommateurs est en cause, la mise en œuvre des dispositions protectrices afférentes est laissée à l'initiative privée, à travers les actions en nullité ou en responsabilité que peuvent intenter les consommateurs individuels devant les tribunaux civils, ou les actions en cessation qui peuvent être introduites devant le juge judiciaire soit par les consommateurs individuels, soit par certaines organisations.[9]

Toutefois, lorsque la protection de l'intégrité physique des consommateurs est en cause, tant les lois régissant la sécurité des produits en général que celle relative aux médicaments, ouvrent la voie à l'action administrative en confiant à certaines administrations des pouvoirs d'enquête et de décision relativement à la sécurité des produits, leur mise sur le marché et leur maintien sur le marché.

Ces lois prévoient encore des sanctions pénales à prononcer par les juridictions répressives après poursuites par le ministère public.

La transposition du règlement (CE) 2006/2004 du 27 octobre 2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs par la loi du 23 avril 2008 relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs a apporté une innovation fondamentale à ces procédés d'application de la législation protectrice des consommateurs en donnant à l'administration le pouvoir de coopérer avec les administrations situées dans les autres pays de l'Union européenne pour réunir les preuves des infractions transfrontalières au droit de la consommation, et en lui donnant un

[9] Avec là encore des poursuites pénales en cas de non-respect des injonctions judiciaires.

droit d'initiative pour rechercher et constater les infractions internes au droit de la consommation.

La loi de transposition n'a pas pris l'option, ouverte par le règlement, de confier à l'administration également le pouvoir de décision pour sanctionner ces infractions ou y mettre un terme, mais laisse ce pouvoir aux juridictions judiciaires, qui peuvent toutefois être saisies par l'autorité administrative compétente.

Luxembourg, avril 2008

Thierry HOSCHEIT
Président

Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller

LE GOUVERNEMENT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Service Central des Imprimés
et des Fournitures de Bureau de l'État