



CONSEIL DE LA
CONCURRENCE

Rapport annuel 2008 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 2008

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

Aux termes de l'article 7, paragraphe 4 de la loi modifiée 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 2008. Une deuxième partie est consacrée aux travaux menés par le Conseil au cours de l'année 2008. 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 judicieux d'éclairer quelques points de contact entre le droit de la concurrence et le droit des marchés publics.

Table des matières :

	page
I) La loi du 17 mai 2004 et ses structures	3
A) La loi du 17 mai 2004	3
B) Le Conseil de la concurrence	4
C) L'Inspection de la concurrence	4
II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2008	5
A) Le Président du Conseil de la concurrence	5
1) Administration	5
2) Actions d'application du droit de la concurrence	6
a) Les mesures conservatoires	6
b) Les mesures de confidentialité	8
B) Le Conseil de la concurrence	9
1) Généralités et administration	9
2) Politique de communication et manifestations publiques	9
3) Article 33 de la loi du 17 mai 2004 (reprise des dossiers pendants)	11
4) Actions d'application du droit de la concurrence	11
a) Amendes et astreintes dans le cadre de l'instruction	12
b) Astreintes suite à des mesures conservatoires	17
c) Programme de clémence : immunité et réduction des amendes	18
5) La coopération internationale	20
a) L'Union européenne : la réunion des Directeurs généraux	20
b) La coopération étendue entre autorités de concurrence et autorités politiques	20
c) Le règlement N° 1/2003 : le Réseau Européen de la Concurrence	21
d) La Commission européenne : DG Concurrence	22
e) La Commission européenne : les autres Directions générales	24
f) L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)	25
g) La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED)	25
h) Les organisations privées au niveau international : ICN et ECA	25
C) Tableau récapitulatif des décisions et actes adoptés sur base de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, et des recours exercés à leur encontre	26
III) Droit de la concurrence et droit des marchés publics	35
A) Les procédures d'adjudication : principes et exceptions	37
B) Le champ d'application du droit des marchés publics	38
1) L'incidence des données économiques sur le champ d'application matériel du droit des marchés publics : la distinction entre marchés concurrentiels et marchés non concurrentiels	38
2) L'incidence des données sociales sur le champ d'application personnel du droit des marchés publics : l'économie sociale et solidaire	39
3) L'incidence des données juridiques sur le champ d'application personnel du droit des marchés publics : l'exclusion à titre de sanction de certaines entreprises	43
C) Les critères d'attribution des marchés publics	45
Annexes	

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 a été légèrement modifiée en son article 2 par la loi du 11 mars 2008 suite à l'adoption du projet de loi N° 5683 portant modification de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Tel que prévu dans le projet de loi, la modification apportée à la loi clarifie que, contrairement au secteur des produits pétroliers, les produits pharmaceutiques peuvent directement faire l'objet d'une réglementation par les prix. Dans le secteur pharmaceutique, il n'est pas nécessaire de se soucier au préalable d'essayer de conclure un contrat de programme.

La loi de 2008 soustrait d'autre part le marché des courses de taxi de la liste des marchés qui peuvent d'office, en vertu de la loi, faire l'objet d'une réglementation des prix, et le soumet au principe général de la liberté des prix ancré dans l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi. Désormais, les prix de ces prestations ne peuvent être déterminés par voie de règlement grand-ducal qu'à charge pour le pouvoir réglementaire de démontrer que ce marché remplit les conditions de subir soit des contraintes structurelles, factuelles ou légales formant obstacle au jeu normal de la concurrence (article 2, alinéa 2), soit des contraintes conjoncturelles (article 2, alinéa 3) qui rendent indispensables une telle réglementation.

Cette loi de 2008 supprime finalement une discussion qui a pu naître au sujet du champ d'application des dispositions pénales contenues au dernier alinéa de l'article 2 de la loi de 2004, en précisant que ces sanctions s'appliquent sans exception à tous les règlements grand-ducaux pouvant être pris sur base de cet article 2.

Le projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, après avoir été déposé à la Chambre des députés le 10 décembre 2007, a suivi le parcours institutionnel en recueillant les avis des chambres professionnelles (Chambre des employés privés, Chambre de travail, Chambre des fonctionnaires et employés publics, Chambre de commerce, Chambre des métiers) ainsi que de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs et de l'Association des Banques et Banquiers, Luxembourg.

Le Conseil rappelle que 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 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.

B) Le Conseil de la concurrence

Au cours de l'année 2008, M. Jean-Claude Wiwinius et M. Alain Thorn

ont présenté pour des raisons professionnelles et personnelles leur démission de leurs fonctions de conseiller effectif, respectivement de conseiller suppléant du Conseil de la concurrence. La procédure de remplacement est en cours au jour de la clôture du présent rapport¹, à la date duquel le Conseil se compose dès lors comme suit :

- Thierry Hoscheit
Président
- Christiane Weidenhaupt
Conseiller
- Luisito Bertinelli
Conseiller-suppléant
- Claude Bingen
Conseiller-suppléant
- Marc Origer
Conseiller-suppléant
- Charlotte Prüssen
Conseiller-suppléant

C) L'Inspection de la concurrence

Mme Viviane FABER, affectée au service de l'Inspection de la concurrence depuis le 1^{er} septembre 2007, a été nommée aux fonctions de rapporteur avec effet au 1^{er} septembre 2008 par arrêté ministériel du 17 septembre 2008 (Mémorial B, N° 73, page 1210).

¹ Les nouvelles nominations sont intervenues par arrêté grand-ducal du 6 février 2009, lequel a désigné M. Pierre Calmes aux fonctions de conseiller effectif et M. Jean-Paul Meyers aux fonctions de conseiller-suppléant, en remplacement de leurs prédécesseurs.

II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2008

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.

Ce volet comporte des activités aussi diverses que le suivi des, et la participation aux, travaux relatifs à la stratégie de Lisbonne coordonnés par le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, la participation à la Conférence des Directeurs d'Administration et de Service de l'Etat organisée par le Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative, le développement

d'une politique de sécurité de l'information en collaboration avec le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur ou des interventions ponctuelles dans des discussions bi- ou multilatérales sur des dossiers ou projets concernant ou touchant les travaux ou l'organisation du Conseil de la concurrence ou les matières traitées par lui (tel a été notamment le cas au niveau international pour l'examen en profondeur de la politique énergétique du Luxembourg menée au printemps 2008 par l'Agence Internationale de l'Energie ou au niveau national pour le projet de loi relatif aux systèmes de paiement, pour le projet de loi relatif à l'accès des citoyens aux documents détenus par l'administration et pour les discussions menées autour de l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants non-luxembourgeois ou de la rédaction d'un code de déontologie dans la fonction publique).

Au niveau international, le Président prend en charge la mission légale du Conseil consistant à participer en tant que membre aux réunions 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 et aux travaux de celui-ci.

D'une façon générale, le Président a encore assuré au fil de l'année 2008 la représentation du Conseil à l'occasion de diverses manifestations, colloques ou conférences qui requièrent pour des raisons de visibilité la présence d'un représentant du Conseil (Cinquantenaire du Bundeskartellamt

organisé à Bonn en janvier ; European Competition Day tenus à Brdo (Slovénie) en mai et à Paris (France) en novembre ; Forum Mondial sur la Concurrence de l'OCDE à Paris en février ; XXIIIe Congrès de la Fédération Internationale pour le Droit Européen organisé à Linz (Autriche) en mai, y compris une contribution écrite aux travaux de ce Congrès ; Les journées de l'Economie organisées au Luxembourg en février ; Journée de l'Assurance au Luxembourg en juillet ; présentation du Rapport OCDE sur la Situation économique et les Politiques du Luxembourg en juillet).

Le Président assure également les relations institutionnelles 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 ; qui a organisé la IXe session du Groupe d'experts intergouvernemental sur le droit et la politique de la concurrence à Genève en juillet), INC (International Competition Network ; qui a tenu sa 7^e conférence annuelle à Kyoto en avril), ECA (European Competition Authorities ; qui a tenu sa réunion annuelle à Budapest en mai).

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 le Président peut ordonner pour parer à un risque grave en cas d'atteinte alléguée au droit de la concurrence (article 11 de la Loi).

Au cours de l'année 2008, le dossier introduit en 2007 concernant une allégation d'abus de position dominante dans le secteur des télécommunications, où il a été 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, a été terminé au niveau de la procédure administrative par une décision N° 2008-MC-01 du Président du 22 janvier 2008.

Cette décision a retenu la preuve d'une apparence suffisamment claire d'un abus de position dominante de l'Entreprise des Postes et Télécommunications résultant en une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique de nature à justifier l'adoption de mesures conservatoires.

Cette affaire concernait en fin de compte d'une part les conditions dans lesquelles l'EPT proposait aux opérateurs alternatifs une offre de revente de l'abonnement téléphonique, à laquelle elle avait été

contrainte par une décision antérieure de l'Institut Luxembourgeois de Régulation N° 07/105/ILR datant du 2 février 2007, et d'autre part la possibilité pour l'EPT d'intégrer dans son offre commerciale « Integral », regroupant la téléphonie fixe, la téléphonie mobile et les prestations Internet, le service complémentaire de la télévision par le réseau téléphonique (« IPTV ») qu'elle s'apprêtait à lancer.

La décision du Président a retenu qu'il existait des éléments suffisamment probants pour dire en l'état que l'EPT occupait une position dominante sur presque tous les marchés de gros et de détail pertinents. Ces positions dominantes résultent en grande partie de la qualité d'opérateur historique de l'EPT et du fait qu'elle exerce la maîtrise sur le réseau du câble téléphonique établi au fil des décennies à travers le pays.

Sur base du constat de ces positions dominantes, le Président a ensuite d'une part pu relever qu'il se voyait confronté à une situation qui lui permettait de retenir avec un degré de certitude suffisant que l'EPT en abusait en n'accordant pas à ses concurrents un accès suffisant au réseau du fil téléphonique, respectivement en ne leur accordant qu'un accès à des conditions financières et commerciales défavorables, ce qui ne leur permettait pas d'exercer une concurrence effective sur l'EPT.

Le Président a d'autre part relevé qu'en raison des conditions d'accès, ou de l'absence d'accès, à son réseau téléphonique offertes par l'EPT à ses

concurrents, cette dernière était la seule entreprise en l'état à pouvoir offrir au public un service de télévision par ce réseau. En intégrant ce service dans l'offre commerciale « Integral », elle disposerait d'un avantage concurrentiel de nature à laisser présager avec une probabilité suffisante que l'intégration de ce nouveau service dans l'offre commerciale existante pourrait impacter fortement non seulement sur le marché émergent de la télévision par le fil téléphonique, mais aussi sur les marchés de détail d'ores et déjà compris dans cette offre « Integral ».

Par voie de conséquence, le Président a d'une part ordonné à l'EPT de se conformer endéans les 15 jours à la décision antérieure de l'ILR relativement à l'offre de revente de l'abonnement téléphonique afin de créer ainsi des conditions de concurrence saines et viables sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique. D'autre part, le Président a fait interdiction à l'EPT de joindre le service IPTV à son offre commerciale « Integral » aussi longtemps qu'un certain nombre de conditions permettant aux concurrents d'agir à armes égales n'étaient pas remplies.

D'un point de vue procédural, dans la mesure où il lui avait été demandé d'assortir les mesures à prendre d'astreintes à l'encontre de l'EPT, mais qu'il ne dispose pas en vertu de la Loi de la compétence pour ce faire, le Président a continué ce volet de la demande à la formation collégiale du Conseil de la concurrence.

Cette décision du Président du 22 janvier 2008 a connu trois prolongements. D'une part, l'EPT a présenté endéans le délai qui lui avait été fixé une offre de revente de l'abonnement téléphonique à l'ILR. L'Institut a approuvé cette offre en date du 6 février 2008. Celle-ci est donc désormais accessible à tous les concurrents actuels ou potentiels.

D'autre part, le Conseil de la concurrence en formation collégiale a adopté en date du 26 février 2008 une décision N° 2008-AA-01 par laquelle il a d'abord constaté que la demande d'astreintes était devenue sans objet par rapport à la question de l'offre de revente de l'abonnement, puisque l'injonction afférente avait entretemps été exécutée par l'EPT. Il a cependant prononcé une astreinte journalière pour assurer le respect de l'interdiction d'inclure le service IPTV dans l'offre « Integral »².

Finalement, la décision du Président n'a pas été acceptée par l'EPT, qui a exercé en date du 22 avril 2008 un recours contentieux à son encontre devant le tribunal administratif. Cette procédure est encore pendante à la date de clôture du présent rapport.

b) Les mesures de confidentialité

Le deuxième domaine d'action du Président agissant seul concerne la possibilité pour lui de couvrir un certain nombre d'informations par la protection de la confidentialité, afin qu'elles ne soient pas divulguées au

² Ce volet est abordé plus en détail dans le cadre des attributions de la formation collégiale du Conseil (page 17).

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 de l'année 2008, un certain nombre de demandes ont été présentées sur base de ces dispositions légales dans le cadre des demandes de renseignement adressées par l'Inspection de la concurrence aux entreprises dans certains dossiers, sans que ces demandes n'aient ouvert de nouvelles perspectives ou soulevé de nouveaux problèmes par rapport à

la pratique des années antérieures. Toutes ces demandes ont été traitées d'après les modalités publiées, en ce que les entreprises sont averties par courrier que les renseignements au sujet desquels la confidentialité est réclamée sont provisoirement couverts et ne sont divulgués ni par le Conseil de la concurrence ni par l'Inspection de la concurrence à des tiers en attendant la fin de l'enquête. C'est à ce moment que le Président pourra apprécier en connaissance de cause, après avoir entendu les parties concernées en leurs explications, si une des deux exceptions prévues par la Loi, qui permet la divulgation des informations lorsqu'elles sont nécessaires pour les besoins de la procédure ou pour assurer les droits des parties, est remplie.

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.

Ces réunions ont été au nombre de 9 au cours de l'année 2009, auxquelles se sont ajoutés des contacts réguliers afin de débattre de certains sujets généraux ou de préparer des dossiers en vue d'une décision ultérieure.

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

- le traitement des dossiers soumis pour décision par l'Inspection de la concurrence ou des entreprises

(clémence, amendes, astreintes, fond),

- la réflexion sur les modalités procédurales d'application de certains points essentiels de la loi du 17 mai 2004 (compétence et procédure pour procéder au classement des affaires ; jonction et disjonction de différents aspects portant sur un même marché ; modalités de la coopération avec l'Inspection de la concurrence)
- le suivi des travaux au sein du Réseau Européen de la concurrence (préparation des réunions plénières du Réseau, réflexions sur la gestion des potentiels conflits d'intérêts, actions en dommages et intérêts en cas de violation des articles 81 et 82 du traité, ...)
- le suivi des recours pendants devant les juridictions administratives
- la réflexion sur des sujets d'ordre général (accès aux documents ; contrôle des concentrations ; règles à l'importation ; réforme de la loi de 2004 ; ...)
- la préparation d'outils de communication (brochures, dépliants, articles)
- le remplacement des membres démissionnaires
- la préparation du rapport annuel 2007
- la préparation du budget 2009.

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.

D'autres initiatives se placent également dans ce cadre. Ainsi, le Président du Conseil a par exemple été invité par un établissement financier de la place à présenter le 9 juillet une communication à ses clients *corporate* sur le sujet « Le droit de la concurrence : risque et opportunité pour les entreprises ».

Le Président du Conseil et le Rapporteur général de l'Inspection ont été en contact avec la Europäische Rechtsakademie de Trèves, et ils ont tenu en date du 3 juillet une formation d'une demi-journée sur le droit de la concurrence à l'attention des participants à un séminaire d'une semaine organisé par la Europäische Rechtsakademie de Trèves sur le sujet général du droit privé européen.

Le Président du Conseil et le Rapporteur général de l'Inspection ont encore assisté le 10 mars à une conférence organisée par l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence, constituée peu de temps auparavant, au cours de laquelle a été présenté le projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi de 2004 relative à la concurrence.

Le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence ont par la suite organisé le 2 juin, ensemble avec l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence, en collaboration avec

l'Université du Luxembourg, la FEDIL et l'ULC, et en partenariat avec la revue Concurrences, un séminaire traitant du « Livre Blanc de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante : enjeux et actions ».

Le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence ont encore finalisé ensemble deux documents de présentation des deux organes, de leurs fonctions et de leurs missions. Le premier de ces documents est destiné au grand public, tandis que le second est axé plus spécifiquement sur les besoins des entreprises. Ces dépliant et brochure sont annexés au présent rapport.

Après la mise en ligne du site Internet sous l'adresse www.concurrence.lu au courant de l'année 2007, celui-ci est régulièrement tenu à jour afin de fournir au public une information la plus complète possible sur les aspects les plus importants du droit de la concurrence au Luxembourg.

Au niveau international, le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence assurent leur visibilité en collaborant à un certain nombre de publications qui ambitionnent de présenter les autorités de concurrence à travers le monde : Handbook of Competition Enforcement Agencies et Handbook of Competition Economics publiés par la Global Competition Review, Competition & Antitrust Review publié par Euromoney Yearbooks. D'autres publications internationales insèrent encore

régulièrement des présentations incluant le Luxembourg, tel que par exemple The European Antitrust Review édité par la Global Competition Review ou The International Comparative Legal Guide publié par Global Legal Group.

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

Seul un dossier reste ouvert au titre de cette disposition légale. Il avait fait l'objet d'une décision N° 2007-FO-01 du 23 avril 2007, par laquelle un premier volet (concernant les possibilités d'accès par des distributeurs aux cuves de stockage de produits pétroliers dans le port fluvial de Mertert) avait été classé sur base du constat de l'absence de preuve de pratique anticoncurrentielle.

Un second volet, concernant le marché en aval de l'acheminement par la voie fluviale des produits pétroliers vers ces cuves de stockage avait été renvoyé à l'Inspection de la concurrence pour enquête complémentaire.

Ce complément d'enquête a été clôturé par l'Inspection de la concurrence et transmis au Conseil de la concurrence à la fin du mois de novembre. A la clôture de l'exercice, il est en examen par les membres du Conseil.

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 dans 8 domaines :

1. il décide du retrait individuel du bénéfice d'une exemption par catégorie accordée par un règlement communautaire (article 6, paragraphe 3)
2. il statue au fond sur l'existence d'une infraction aux règles relatives à la concurrence issues de la Loi ou du traité CE et sur les mesures aptes à y mettre fin (article 10)
3. il peut accepter des engagements qui sont proposés par les entreprises poursuivies en vue de mettre fin à une situation anti-concurrentielle (article 12)
4. il peut prononcer des amendes (article 18, paragraphe 1^{er}, point 3) et des astreintes (article 20, paragraphe 1^{er}, point 1) lors de décisions sur le fond prises sur base de l'article 10
5. il peut prononcer des amendes (article 18, paragraphe 1^{er}, points 1 et 2) et des astreintes (article 20, paragraphe 1^{er}, point 3) dans le cadre de l'instruction menée par l'Inspection de la concurrence sur base de l'article 13
6. il peut prononcer des astreintes suite à des mesures conservatoires ordonnées par le Président sur base de l'article 11 (article 20, paragraphe 1^{er}, point 2)

7. il peut prononcer des astreintes suite à l'adoption d'engagements sur base de l'article 12 (article 20, paragraphe 1^{er}, point 2)
8. il peut adopter des avis de clémence (article 19).

Les points 1, 2, 3, 4, et 7 n'ont pas fait l'objet de décisions au courant de l'année 2008.

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 2008. A cet égard, on peut cependant noter que sur les 18 marchés que l'Institut Luxembourgeois de Régulation était tenu d'apprécier quant à l'existence de conditions concurrentielles, un seul restait à examiner après le travail initial qui avait été accompli au cours des années 2005 et 2006. Ce marché des services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finals a fait l'objet d'un rapport publié par l'ILR au courant de l'année 2008, sans avoir été soumis à consultation publique et sans devoir faire l'objet d'une réglementation par l'ILR.

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

i) Au courant de l'année 2008, 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 deux de ces entreprises, l'Inspection a saisi le Conseil sur base de l'article 18, paragraphe 1^{er}, points 1 et 2 et de l'article 20, paragraphe 1^{er}, point 3 de la Loi pour voir prononcer à l'encontre de ces entreprises des amendes et des astreintes.

Ces demandes ont conduit le Conseil à adopter deux décisions individuelles en date du 13 octobre 2008 (décisions N° 2008-AA-02 et N° 2008-AA-03) contre chacune de ces deux 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.

Une de ces entreprises n'a manifesté aucune réaction à la suite de ces décisions.

La seconde a toutefois réagi en fournissant à l'Inspection de la concurrence les renseignements souhaités. Ainsi, le but poursuivi par la Loi en conférant des pouvoirs coercitifs au Conseil de la concurrence a été atteint. A la suite de cette réponse, le Conseil de la concurrence a adopté une décision complémentaire au profit de cette entreprise (décision N° 2008-AA-04 du 8 décembre 2008), arrétant le cours de l'astreinte journalière, mais sans faire droit à la demande de l'entreprise à se voir décharger de l'amende.

Les délais de recours contre ces décisions ne sont pas écoulés au jour de la clôture du présent rapport.

ii) Au courant de l'année 2007, des situations similaires s'étaient déjà présentées en rapport avec trois entreprises sur un autre marché. Le rapport annuel 2007 avait souligné que ces dossiers donnaient lieu à cette époque à huit recours juridictionnels devant le tribunal administratif, dont l'issue était susceptible d'avoir des conséquences importantes sur l'accomplissement futur des missions du Conseil et de l'Inspection.

Ces recours ont été toisés au courant de l'année 2008, aussi bien en première instance qu'en appel.

Les trois jugements du tribunal administratif de première instance du 30 avril 2008 (N° du rôle 22862, 22958 et 23252 ; N° du rôle 22864, 22957 et 23253 ; N° du rôle 22882 et 23384) retiennent les éléments essentiels suivants :

- le Conseil de la concurrence est dépourvu de la personnalité juridique et ne peut donc pas assurer la défense de ses actes en son nom propre, mais uniquement en tant qu'organe de l'Etat. Le tribunal reprend ici une solution dégagée peu de temps auparavant par un arrêt de la Cour administrative du 24 janvier 2008³
- le Conseil de la concurrence ne peut être qualifié de juridiction administrative. Il a le statut d'autorité administrative indépendante. Là encore, le tribunal reprend la jurisprudence

de l'arrêt de la Cour administrative du 24 janvier 2008⁴. De ce fait, seules les règles de la procédure administrative non contentieuse lui sont applicables, à l'exclusion des règles procédurales propres aux juridictions administratives ou aux juridictions judiciaires

- le Conseil de la concurrence peut être saisi sans qu'il ne faille respecter une forme particulière. La modalité du courrier recommandé avec accusé de réception inscrite dans la loi de 2004 n'est prévue qu'à titre de preuve
- la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence constitue une base légale pour servir de fondement juridique tant au principe qu'aux modalités de fixation des amendes et des astreintes. Dans ce cas concret, le Conseil de la concurrence a fait une exacte application des critères légaux prévus pour la fixation du montant des amendes et astreintes
- les dispositions spécifiques du Code civil relatives aux astreintes sont inapplicables aux procédures devant le Conseil de la concurrence en raison de la nature administrative de celles-ci. Ces dispositions ne peuvent donc pas être invoquées pour former obstacle à la rétroactivité des astreintes, ni pour exiger l'existence d'une condamnation préalable au principal
- le Conseil de la concurrence peut imposer des astreintes de façon rétroactive à une date à laquelle les entreprises avaient conscience

³ Voir ci-dessous page 19.

⁴ Voir ci-dessous page 19.

- qu'elles couraient le risque de se voir imposer des astreintes
- le droit communautaire n'impose aucune forme de recours contentieux spécifique contre les actes du Conseil de la concurrence. Le droit luxembourgeois reste donc libre de choisir entre le recours en annulation et le recours en réformation selon l'objet de la décision prise par le Conseil
 - la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence permet à l'Inspection de la concurrence d'investiguer et au Conseil de la concurrence de sanctionner des faits antérieurs à son entrée en vigueur, pour autant que ces faits relevaient déjà de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. Sur ce point, le tribunal reprend une solution affirmée par la Cour administrative dans un arrêt du 20 mars 2008 dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision de l'Inspection de la concurrence⁵
 - l'existence d'une enquête pénale sur des faits identiques ou connexes ne forme pas obstacle au déroulement de la procédure administrative devant les autorités de concurrence. Ce point est aussi conforme à l'arrêt de la Cour administrative du 20 mars 2008⁶.

Les trois arrêts rendus par le Cour administrative le 13 novembre 2008 (N° du rôle 24433C ; N° du rôle 24434C, N° du rôle 24455C) sur l'appel relevé de ces jugements prennent d'abord position sur certains

⁵ Voir ci-dessous page 16.

⁶ Voir ci-dessous page 16.

arguments qui n'avaient pas été abordés en première instance :

- la loi du 17 mai 2004, en ce qu'elle impose la présence de magistrats dans la composition du Conseil de la concurrence, n'est pas contraire à l'article 93 de la Constitution, puisque les fonctions de conseiller du Conseil de la concurrence ne s'apparentent pas à une fonction salariée et ne tombent donc pas dans le champ d'application de l'article 93 de la Constitution. En en tout état de cause et pour autant que de besoin, la loi de 2004 doit être considérée comme dérogation légale permise à la prohibition de l'article 93 de la Constitution
- la loi du 17 mai 2004, en ce qu'elle impose la présence de magistrats dans la composition du Conseil de la concurrence, n'est pas contraire à un principe de la séparation des pouvoirs, non-formalisé dans le texte de la Constitution, puisque ce principe n'impose pas une démarcation stricte entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire et que les magistrats en question ne siègent pas au Conseil de la concurrence en leur qualité de magistrats, mais en tant que professionnels du droit.

Ces trois arrêts confirment ensuite pour l'essentiel les décisions du Conseil de la concurrence et les appréciations du tribunal administratif :

- le Conseil de la concurrence ne peut pas apparaître en son propre nom dans la procédure juridictionnelle à défaut d'être pourvu de la personnalité

juridique, mais l'Etat peut y conclure en agissant par son organe qu'est le Conseil de la concurrence

- le Conseil de la concurrence a le statut d'une administration
- le Conseil de la concurrence peut être saisi non seulement par courrier recommandé ou déclaration, mais aussi par courrier simple
- la loi du 17 mai 2004 constitue une base légale suffisante pour prononcer des amendes à l'encontre des entreprises sans qu'il n'y ait violation du principe « pas de peine sans loi »
- les critères légaux pour procéder à la fixation du montant des amendes demandées à la suite d'un défaut de réponse à une demande de renseignements sont la proportionnalité par rapport à la gravité des faits, la proportionnalité par rapport à la durée des faits, l'obligation de procéder à une évaluation individuelle par entreprise et la situation de l'entreprise concernée. Il n'y a pas lieu de tenir compte dans ce cadre particulier de l'importance du dommage causé à l'économie et de l'éventuelle réitération des pratiques prohibées, qui sont des critères propres aux amendes prononcées au fond. La Cour administrative décide que la rédaction de la Loi accorde un large pouvoir d'appréciation au Conseil de la concurrence, qui est cependant encadré par certains principes généraux qui ont tous été respectés en l'espèce. La Cour approuve encore le Conseil d'avoir considéré que le montant

maximal de 10% du chiffre d'affaires annuels auquel peuvent se chiffrer les amendes semble trop important dans ce cadre particulier et de s'être orienté pour la détermination de ce montant maximal en guise de source d'inspiration aux règles applicables au niveau communautaire.

La Cour administrative retient en fin de compte que les montants des amendes prononcées en l'espèce sont proportionnés et adéquats

- les astreintes prévues par la loi du 17 mai 2004 ne sont pas soumises aux dispositions légales du Code civil, alors qu'elles ne sont pas prononcées par une juridiction
- les astreintes prononcées en l'espèce sont proportionnées et adéquates
- la loi du 17 mai 2004 ne contrevient pas au droit communautaire en prévoyant un recours en annulation à l'encontre de la décision qui prononce des astreintes, dès lors que le droit communautaire n'impose pas aux droits nationaux une forme particulière de recours et qu'en tout état de cause, le recours en annulation, comportant notamment une analyse sur l'existence d'une erreur d'appréciation manifeste, constitue un recours effectif
- le Conseil de la concurrence peut sanctionner, et partant l'Inspection de la concurrence peut enquêter sur, des faits antérieurs à la l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2004, puisque des incriminations similaires à celles prévues par cette loi

existaient antérieurement sous l'empire de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives

Les arrêts de la Cour administrative ne sanctionnent les décisions du Conseil que sur le point mineur de la durée d'application des astreintes journalières. Elle retient que les astreintes prévues par la loi du 17 mai 2004 ont un caractère spécifique. Elles ne peuvent agir que pour le futur et ne peuvent donc être imposées qu'au plus tôt à partir du jour de la notification de la décision du Conseil qui les prononce.

Ces décisions de la Cour administrative devraient mettre un terme à la procédure contentieuse. Les dossiers en question ont été transmis à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines pour que celle-ci procède en vertu de l'article 18, paragraphe 4 et de l'article 20, paragraphe 3 de la Loi au recouvrement des amendes et des astreintes telles que prononcées et confirmées. Sur base des informations disponibles au jour de clôture du présent rapport, il faut cependant relever que la procédure de recouvrement ne semble pas pouvoir se dérouler sans délai, dans la mesure où deux entreprises ont signalé vouloir introduire un recours en grâce en ce qui concerne les amendes⁷.

⁷ Postérieurement à la date de clôture du présent rapport, ces mêmes entreprises ont encore saisi la Cour administrative d'une requête en interprétation des arrêts les concernant au sujet du cours des astreintes.

iii) Le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2007 avait encore abordé une procédure accessoire à son champ d'activité. Ce point concernait une décision de demande de renseignements adoptée par l'Inspection de la concurrence, qui avait fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif, toisé par jugement du tribunal administratif du 15 novembre 2007 (rôle N° 22405). Le rapport 2007 avait énoncé le détail des développements contenus dans ce jugement.

Au cours de l'année 2008, l'appel dirigé contre ce jugement a été vidé par un arrêt de la Cour administrative du 20 mars 2008 (N° du rôle 23772C) qui confirme en tous points les motifs du tribunal :

- l'Inspection peut faire porter ses investigations sur des faits antérieurs à la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et le Conseil de la concurrence peut sanctionner des faits antérieurs à cette loi, dans la mesure où les interdictions des ententes et des abus de position dominante étaient déjà antérieurement prévues dans la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. La loi de 2004 se limite à donner compétence aux autorités nouvellement créées pour enquêter et décider sur ces faits. Elle ne comporte donc pas de nouvelle incrimination de faits commis antérieurement à son entrée en vigueur
- les procédures administratives des autorités de concurrence et les procédures répressives des juridictions pénales sont

indépendantes les unes des autres et peuvent être menées parallèlement

- finalement, tout en confirmant l'applicabilité en droit de la concurrence du droit de ne pas s'auto-incriminer, l'arrêt confirme également qu'il n'y a pas eu en l'espèce atteinte à ce principe, notamment au regard du fait que l'enquête menée par l'Inspection de la concurrence est préalable, sans porter des accusations contre une entreprise précise, et que la décision de l'Inspection de la concurrence ne comporte pas de sanction ou de moyen de contrainte à l'égard de l'entreprise interrogée.

La Cour administrative confirme ainsi 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 et 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.

Par cet arrêt, ces procédures sont closes et les décisions définitives.

b) Astreintes suite à des mesures conservatoires

A la suite de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 du Président du Conseil ordonnant des mesures conservatoires à l'encontre de l'EPT⁸, la formation collégiale a été amenée à apprécier la demande

tendant à voir assortir ces mesures conservatoires d'astreintes journalières. Après avoir sollicité des observations auprès de l'EPT, de l'Inspection de la concurrence et de l'opérateur alternatif directement impliqué dans la procédure, et reçu des conclusions de la part de la seule EPT, le Conseil de la concurrence a adopté une décision sur ce point en date du 26 février 2008 (décision N° 2008-AA-01).

La décision N° 2008-MC-01 ayant imposé deux mesures conservatoires distinctes, le Conseil constate d'abord que l'une d'elles, impliquant une action positive de la part de l'EPT, a été mise à exécution entretemps, de sorte qu'il n'était plus nécessaire de l'assortir d'une astreinte en vue d'en assurer l'exécution. Aucune astreinte n'est donc prononcée par rapport à cette obligation de présenter une offre de revente de l'abonnement susceptible de recevoir l'agrément de l'ILR.

Dans la mesure où la seconde mesure conservatoire imposée par le Président se prolonge dans le temps, en ce que l'EPT doit s'abstenir de joindre plusieurs offres aussi longtemps que certaines conditions ne sont pas réunies qu'elle est seule à pouvoir réaliser, le Conseil a estimé nécessaire de garantir le respect de la décision en assortissant cette mesure d'une astreinte journalière pour le cas où l'entreprise ne respecterait pas l'injonction présidentielle.

Cette décision du Conseil de la concurrence fait l'objet d'un recours au tribunal administratif qui n'est pas

⁸ Voir ci-dessus page 6.

toisé au jour de la clôture du présent rapport annuel.

*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.

Dans le droit fil du programme modèle de clémence élaboré au sein du Réseau Européen de la Concurrence, les autorités luxembourgeoises donnent aux entreprises différentes possibilités pour introduire une demande de clémence.

La première voie consiste pour l'entreprise à présenter dès le départ un dossier complet comprenant tous les éléments pertinents de nature à permettre aux autorités de concurrence luxembourgeoises de se faire une idée sur les tenants et aboutissants du dossier (notamment sur la question de savoir s'il s'agit

d'une entente inconnue par elles) et de préparer de suite les premières mesures d'enquête qui s'imposent.

La seconde solution tient compte du fait qu'il peut être urgent pour une entreprise de se manifester auprès des autorités de concurrence dans le cadre des règles sur la clémence (puisque seule la première entreprise peut bénéficier d'une immunité totale), mais qu'elle n'a pas eu le temps de constituer un dossier complet. Dans ces hypothèses, la procédure mise en œuvre au niveau du Conseil et de l'Inspection prévoit que l'entreprise peut se manifester en fournissant un minimum d'informations, en contrepartie de quoi elle se voit conférer un marqueur qui lui permet de fixer la date de présentation de sa demande et de compléter sa demande endéans un certain délai. A condition que la demande soit complétée par toutes les informations nécessaires endéans ce délai, l'entreprise peut conserver le bénéfice de la date initiale de la présentation de sa demande et le Conseil adopte un avis de clémence.

La troisième alternative finalement est limitée au cas de figure où l'entreprise a présenté ou envisage de présenter une demande de clémence auprès de la Commission européenne, mais qu'elle veut en faire de même à titre conservatoire auprès de plusieurs autorités de concurrence nationales pour le cas où le dossier ne serait pas traité au fond par la Commission, mais serait réattribué à une ou plusieurs autorités nationales. Dans ce cas de figure, la clémence présentée et accordée par la Commission européenne resterait sans effet au

niveau national, de sorte que l'entreprise peut avoir intérêt à approcher également les autorités nationales dont les marchés pourraient être concernés par l'entente. Les autorités luxembourgeoises permettent alors aux entreprises de ne leur présenter qu'une demande sommaire, qui ne doit pas contenir tous les éléments d'une demande complète, à charge pour elles de compléter cette demande ultérieurement si la compétence pour traiter de l'entente devait revenir aux autorités luxembourgeoises. Ce n'est qu'à ce moment que le Conseil prend position par l'adoption d'un avis de clémence.

i) Au cours de l'exercice 2008, une demande de clémence répondant à la première voie a été introduite et a fait l'objet d'un avis de clémence de la part du Conseil de la concurrence.

En raison de la confidentialité qui entoure la procédure de clémence, confidentialité qui est affirmée par la Loi dans la mesure où elle dispose que l'avis de clémence est transmis à la seule entreprise concernée et n'est pas publié, aucun autre détail sur ce dossier ne peut être fourni dans le cadre du présent rapport.

ii) Une autre demande de clémence a été présentée au cours de l'année 2008 selon la troisième possibilité sous la forme d'une demande sommaire.

Là encore, aucun autre détail ne peut être indiqué.

iii) Il faut finalement signaler un dossier qui a trouvé ses origines en 2005 par une demande de clémence qui avait été présentée à cette époque et qui avait fait l'objet d'un avis défavorable. Cet avis avait été contesté devant le tribunal administratif. Ce tribunal y avait répondu par un jugement du 13 juin 2007, qui avait été mentionné dans le rapport de l'année 2007. Au cours de l'année 2008, l'appel dirigé contre ce jugement a été vidé par un arrêt de la Cour administrative du 24 janvier 2008 (N° du rôle 23178C).

Dans son arrêt, la Cour réforme un des aspects retenu par le tribunal administratif en ce qu'elle dénie au Conseil de la concurrence la capacité d'ester en justice en son nom propre. Elle retient que cette capacité requiert que le Conseil jouisse de la personnalité juridique, que la Loi ne lui a cependant pas conférée, ou du moins que cette faculté d'agir en justice lui soit autrement reconnue par la loi, ce qui n'est pas non plus le cas. La Cour retient donc que la défense des décisions prises par le Conseil doit être assumée par l'Etat, quitte à ce que celui-ci agisse par son organe qu'est le Conseil de la concurrence.

Dans ses développements, la Cour administrative insiste cependant sur le statut particulier du Conseil de la concurrence et la nécessaire indépendance d'action de celui-ci, aussi dans le cadre de la défense de ses décisions, en suggérant à mots couverts que le système légal mis en place serait perfectible.

Par la suite, la Cour administrative confirme la décision de première instance en ce que celle-ci avait retenu que l'avis de clémence, même négatif, n'était pas susceptible d'un recours immédiat. La Cour précise que cet acte émane d'une autorité administrative et qu'il revêt un caractère décisionnel, mais qu'il n'est pas de nature à faire grief ou de produire des effets par lui-même, puisque tel ne sera le cas que si le Conseil devait adopter plus tard une décision sur le fond retenant une violation de la Loi dans le chef de l'entreprise concernée. Le Cour prend soin de préciser que les entreprises pourront alors contester la décision contenue dans l'avis de clémence dans le cadre d'un recours à exercer contre la décision sur le fond.

Cette procédure est désormais définitivement close.

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 2008 sur des sujets importants tels que la préparation des rapports d'évaluation sur le fonctionnement du 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 et du règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 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 de l'enquête sectorielle menée par la Commission européenne dans le secteur des produits pharmaceutiques ou la problématique des prix de détail et des marges bénéficiaires.

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 2008, les European Competition Days ont eu lieu les 21 et 22 mai à Brdo en Slovénie et les 18 et 19 novembre à Paris en France.

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

En pratique, un certain nombre de sujets abordés par la Commission européenne 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.

Après que le débat ait été lancé 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, et l'adoption subséquente d'un livre vert en 2005, les travaux sur ce dossier ont continué avec la participation du Conseil au cours de l'année. La Commission européenne a publié le 2 avril un Livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante. Ce Livre blanc doit former la base des évolutions futures qui peuvent le cas échéant déboucher sur des propositions législatives. Le Conseil entretient des contacts avec le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur et avec le

Ministère de la Justice pour suivre ce dossier⁹.

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.

i) 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

⁹ Le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence ont d'ailleurs organisé le 2 juin, ensemble avec l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence, en collaboration avec l'Université du Luxembourg, la FEDIL et l'ULC, et en partenariat avec la revue Concurrences, un séminaire sur ce sujet.

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.

Au titre de l'année 2008, il faut relever dans ce cadre plus particulièrement les débuts des travaux d'un groupe qui réunit les personnes en charge de la gestion des programmes de clémence dans les différentes autorités. Les programmes de clémence se sont révélés d'une telle efficacité, mais aussi d'une telle complexité, qu'il a paru nécessaire de mettre en place des échanges de vue et d'expériences réguliers.

Les matières abordées dans ces différents groupes de travail amènent aussi souvent le Conseil à devoir répondre à des demandes de renseignement émanant soit de la Commission, soit d'autres autorités de concurrence, sur le contenu de la loi ou la pratique au Luxembourg.

ii) 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.

iii) 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.

iv) 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.

d) La Commission européenne : DG Concurrence

i) 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. La Commission cherche constamment des voies pour améliorer et faciliter la coopération entre autorités de concurrence dans ce cadre.

ii) 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.¹⁰

A titre illustratif, on peut mentionner un certain nombre d'aspects.

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 réflexion a abouti à la publication le 3 décembre d'une

communication portant sur les priorités que la Commission a retenues dans l'application des règles du traité CE sur l'abus de position dominante (article 82) aux pratiques d'exclusion abusives auxquelles se livrent les entreprises dominantes.

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 entamer les droits de la défense des entreprises concernées, par le biais d'une procédure de transaction avec les entreprises qui admettraient leurs torts. La réflexion engagée sur ce point en 2007 a mené à l'adoption du règlement (CE) N° 622/2008 de la Commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) N° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente. Ce règlement a été complété par une 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 (CE) N° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente.

Les deux règlements communautaires formant la base du travail de la Commission et du Réseau Européen de la Concurrence dans le domaine des ententes et des abus de position dominante (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) respectivement de la seule Commission dans le domaine du

¹⁰ 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>.

contrôle des fusions d'entreprises (règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises) doivent faire l'objet d'un rapport d'évaluation par la Commission à l'attention du Conseil pour le 1^{er} mai 2009 (article 44 du règlement N° 1/2003), respectivement le 1^{er} juillet 2009 (articles 1, paragraphe 4 et 4, paragraphe 6 du règlement N° 139/2004). La préparation de ces rapports a été entamée en 2008 par un processus de consultation auquel étaient directement associées les autorités de concurrence nationales, dont le Conseil de la concurrence.

La matière des règlements d'exemption par catégories requiert aussi un effort de réflexion important. De tels règlements concernent des accords entre entreprises qui sont en principe prohibés parce qu'ils restreignent la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1^{er} du traité CE, mais qui remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3 de ce traité pour être néanmoins autorisés. Au lieu de concéder à chaque accord une exemption individuelle en cas de besoin, les règlements d'exemption créent un certain degré de sécurité juridique en fixant les conditions sous lesquelles de tels accords sont admis en vertu des règles du droit de la concurrence.

Dans un avenir proche viendront à expiration un certain nombre de règlements d'exemption par catégorie. Deux règlements d'exemption portant sur des accords de nature verticale viendront à expiration le 31 mai 2010 (règlement

(CE) N° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; règlement (CE) N° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile), tandis que deux autres règlements d'exemption portant sur des accords de nature horizontale viendront à expiration le 31 décembre 2010 (règlement (CE) N° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation ; règlement (CE) N° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement).

Les autorités de concurrence nationales sont associées par la Commission à la réflexion sur l'éventuelle prolongation et le cas échéant le contenu de ces règles d'exemption par catégorie.

La Commission européenne a encore lancé au cours de l'année 2008 une enquête sectorielle dans l'industrie pharmaceutique dont des résultats préliminaires ont été présentés au mois de novembre, un rapport final et d'éventuelles actions de suivi étant prévus pour 2009.

e) La Commission européenne : les autres Directions générales

Bien que le Conseil en tant qu'autorité de concurrence n'ait pas de liens directs ou institutionnels avec d'autres Directions générales de la Commission européenne, il est cependant certain qu'en raison du domaine d'activité d'une autorité de concurrence, susceptible de toucher tous les domaines de l'économie, son travail touche d'autres instances, de même que le travail d'autres instances peut influencer sur le Conseil.

Ce n'est dès lors pas exceptionnel que le Conseil soit contacté, directement ou indirectement, pour apporter une contribution à des dossiers traités par la DG Entreprises, la DG Marché intérieur ou la DG Energie et Transport.

f) 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. Il a notamment participé aux travaux du Forum Mondial de la Concurrence à Paris en février.

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.

Dans la mesure des besoins, le Conseil intervient aussi dans le cadre des missions économiques ou études menées par l'OCDE en tant qu'elles couvrent le Luxembourg, comme par exemple le Rapport sur la Situation économique et les Politiques du Luxembourg ou la mise à jour des indicateurs du marché des produits nécessaires à l'évaluation dans le cadre de la stratégie « Going for Growth ».

g) La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED)

Certains travaux de la CNUCED abordent des problèmes de concurrence. Le Conseil doit se borner à en prendre note, sans pouvoir les suivre ou y apporter de contribution.

h) Les organisations privées au niveau international : ICN et ECA

Le Conseil de la concurrence a adhéré aux organisations privées internationales que sont l'International Competition Network (ICN) et l'Association des Autorités de Concurrence Européennes (European Competition Authorities ; ECA). Ces organisations regroupent des autorités de concurrence au niveau mondial, respectivement européen, et servent de forum de discussion pour 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.

Les réflexions menées au sein de ces organismes peuvent constituer une source d'inspiration importante pour des autorités de concurrence, tel le Conseil de la concurrence, qui ne disposent pas de ressources propres pour mener une réflexion approfondie sur tous les aspects du droit de la concurrence. Pour ne citer qu'un exemple concret du travail accompli à ce niveau, on peut retenir la publication par l'ECA d'une communication, reprenant les conclusions d'un groupe de travail afférent, sur « Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence. Principes pour une convergence ».

C) Tableau récapitulatif des décisions et actes adoptés sur base de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, et des recours exercés à leur encontre

Sur les pages suivantes sont repris dans un tableau synoptique l'intégralité des décisions et actes adoptés par le Conseil de la concurrence depuis sa création en 2004.

Ce tableau est divisé en fonction des catégories de décisions et actes, et à l'intérieur de chaque catégorie, les décisions et actes sont indiqués par ordre chronologique.

La première colonne indique la date et le numéro de la décision ou de l'acte, la deuxième colonne reprend sommairement son objet et la troisième colonne précise si la décision ou l'acte a fait l'objet d'un recours devant les juridictions administratives, ce qui permet de vérifier s'ils sont définitifs.

Tous les documents indiqués dans ces tableaux, à l'exception des avis de clémence et des décisions sur la confidentialité, peuvent être consultés sur le site www.concurrence.lu des autorités de concurrence.

1) Décisions sur le fond		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au tribunal administratif
23 avril 2007 N° 2007-FO-01	Reproche d'abus de position dominante sur le marché du stockage de produits pétroliers non fondé	Non
5 septembre 2007 N° 2007-FO-02	Reproche d'abus de position dominante ou d'entente sur le marché des prestations d'expertise automobile non fondé	Non
5 septembre 2007 N° 2007-FO-03	Reproche d'abus de position dominante ou d'entente sur le marché des expertises automobiles non fondé	Non

2) Décisions prononçant des amendes et/ou des astreintes (en dehors d'une procédure au fond)		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au tribunal administratif
30 mars 2007 N° 2007-AA-01	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24434C) ; requête en interprétation de cet arrêt pendante
30 mars 2007 N° 2007-AA-02	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24433C) ; requête en interprétation de cet arrêt pendante
30 mars 2007 N° 2007-AA-03	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24455C)
6 juillet 2007 N° 2007-AA-04	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2007-AA-01 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2007-AA-01	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24434C) ; requête en interprétation de cet arrêt pendante
6 juillet 2007 N° 2007-AA-05	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2007-AA-02 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2007-AA-02	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24433C) ; requête en interprétation de cet arrêt pendante

6 juillet 2007 N° 2007-AA-06	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2007-AA-03 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2007-AA-03	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2008 (N° 24455C)
26 février 2008 N° 2008-AA-01	Prononcé d'astreintes encourues en cas de violation de la décision N° 2008-MC-01 imposant des mesures conservatoires	Recours pendant devant le tribunal administratif
13 octobre 2008 N° 2008-AA-02	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Non
13 octobre 2008 N° 2008-AA-03	Prononcé d'amendes et d'astreintes en raison de l'absence de réponse à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence	Non
8 décembre 2008 N° 2008-AA-04	Refus de suppression des amendes et astreintes prononcées par la décision N° 2008-AA-03 ; limitation dans le temps des astreintes prononcées par décision N° 2008-AA-03	Non

3) Avis de clémence		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au tribunal administratif
27 mai 2005 N° 2005-AC-01	Avis de clémence conditionnel	Non
1 ^{er} juin 2006 N° 2006-CL-01	Avis de clémence conditionnel	Non
21 juin 2006 N° 2006-CL-02	Refus d'avis de clémence	Non
27 juin 2006 N° 2006-CL-03	Refus d'avis de clémence	Recours vidé par arrêt de la Cour administrative du 24 janvier 2008 (N° 23178C)
4 juin 2008 N° 2008-CL-01	Avis de clémence conditionnel	Non

4) Décisions prononçant sur des demandes de confidentialité		
Toutes les demandes de confidentialité font l'objet d'un accusé de réception confirmant l'octroi implicite mais provisoire de la confidentialité. Il y a eu en outre les décisions expresses suivantes :		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au tribunal administratif
3 mai 2007 N° 2007-CO-01	Levée partielle de confidentialité	Non
25 septembre 2007 N° 2007-CO-02	Décision expresse sur la confidentialité au profit de certaines informations dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires	Non

5) Décisions prononçant des mesures conservatoires		
Date et N° de la décision	Objet	Recours au tribunal administratif
22 janvier 2008 N° 2008-MC-01	Prononcé de mesures conservatoires limitées	Recours pendant devant le tribunal administratif

6) Avis consultatifs		
Date et N° de l'avis	Objet	Recours au tribunal administratif
18 novembre 2005 N° CC-AV-01/2005	Avis sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (M 15)	Non
18 novembre 2005 N° CC-AV-02/2005	Avis sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (M 16)	Non
1 ^{er} juin 2006 N° 2006-AV-01	Avis sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (M 1) et sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (M 2)	Non
27 juin 2006 N° 2006-AV-02	Avis sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles locales (M 11)	Non
27 juin 2006 N° 2006-AV-03	Avis sur le marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (M 12)	Non
17 août 2006 N° 2006-AV-04	Avis sur les marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée (M 3, M 4, M 5 et M 6)	Non
17 août 2006 N° 2006-AV-05	Avis sur le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (M 8)	Non
14 septembre 2006 N° 2006-AV-06	Avis sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée (M 9)	Non
14 septembre 2006 N° 2006-AV-07	Avis sur le marché de gros des services de transit sur le réseau téléphonique public fixe (M 10)	Non
14 septembre 2006 N° 2006-AV-08	Avis sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (M 1) et sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (M 2)	Non
1 ^{er} décembre 2006 N° 2006-AV-09	Avis sur le marché de détail de lignes louées (M 7)	Non

1 ^{er} décembre 2006 N° 2006-AV-10	Avis sur les marchés de gros de lignes louées (M 13 et M 14)	Non
21 septembre 2007 N° 2007-AV-01	Avis concernant une proposition d'amendement au projet de loi N° 5655 sur les marchés publics	Non
15 novembre 2007 N° 2007-AV-02	Avis concernant l'application de l'article 2, alinéa 2 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au marché des services de taxis	Non

III) Droit de la concurrence et droit des marchés publics

Les marchés publics sont des contrats portant sur l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services conclus entre un pouvoir adjudicateur, en règle général public, et un opérateur économique, en règle général privé. Ces marchés représentent une part non négligeable de transactions commerciales dans une économie, tant en terme de nombre d'opérations qu'en terme de volume de chiffre d'affaires.

Les pouvoirs publics adjudicateurs se trouvent à maints égards dans une situation particulière. Certains marchés doivent être obligatoirement conclus dans la mesure où ils constituent, ou participent à, la réalisation de leurs missions de service public ou d'intérêt général. D'autres marchés sont conclus sur la base d'un choix politique délibéré dans la perspective d'une politique d'investissement et de soutien à l'économie. Bien souvent, ils n'ont donc pas le choix de conclure ou de ne pas conclure. A défaut d'avoir une option sur le choix, il est donc primordial qu'ils aient au moins le choix sur les modalités et le contractant.

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs gèrent en principe des deniers publics et ils assument la responsabilité d'opérer cette gestion au mieux, afin de tirer des divers investissements et dépenses le

meilleur résultat au profit de la collectivité.

Au quotidien, les marchés à conclure sont d'une grande diversité, et tous les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas toujours toute l'expertise et toutes les compétences nécessaires pour sonder les marchés et pouvoir mener à bien des discussions qui peuvent être très spécifiques à certains secteurs ou très compliquées.

Les nombreux problèmes soulevés par les marchés à conclure par des entités publiques sont adressés par la législation sur les marchés publics. La législation actuellement en vigueur relève de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Cette loi avait opéré la transposition en droit luxembourgeois d'un certain nombre de directives européennes. Suite à un réaménagement général des textes européens ayant conduit à l'adoption de deux nouvelles directives (directive N° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ; directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), un projet de loi actuellement soumis à la Chambre des Députés cherche à transposer ces nouveaux textes européens en droit luxembourgeois en passant par l'abrogation de la loi de 2003 et son remplacement par un nouveau corps

législatif unique et cohérent (projet de loi N° 5655).

Si les directives européennes limitent leur champ d'application aux marchés publics d'une certaine envergure, tant la loi de 2003 que le projet actuellement en discussion, tout en transposant ces règles européennes en droit luxembourgeois, les étendent aux marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils fixés par les directives.

La filiation européenne de la loi de 2003 et du projet actuel apparaît clairement lorsqu'il est affirmé dans les travaux préparatoires, reprenant sur ce point certains développements des considérants des directives européennes, que le pouvoir adjudicateur doit respecter les principes généraux issus du droit européen, que sont les principes de libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ensemble avec les principes qui en découlent que sont notamment l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. L'affirmation de ces principes montre une orientation axée sur des considérations de marché intérieur, favorisant les échanges commerciaux entre Etats-membres. Les directives tentant de réaliser ces objectifs dans les marchés qui relèvent de leurs champs d'application respectifs, les loi et projet de loi luxembourgeois cherchent à en faire de même pour les marchés laissés par les directives aux règles nationales.

Au-delà de ces considérations liées à la réalisation du marché intérieur, les textes normatifs sur les marchés publics cherchent à réaliser un autre objectif, qui n'est propre ni aux Communautés européennes ou à son marché intérieur, ni à certaines économies nationales, mais qui est commun aux économies de marché. Sans que l'objectif ne soit affirmé aussi concrètement que celui lié à la réalisation du marché intérieur, tant les directives que les projets de loi reprennent à de nombreux endroits que les règles proposées sont destinées à assurer une mise en concurrence effective entre les acteurs du marché. L'idée claire et précise derrière ces développements, qui ne devrait pas autrement prêter à discussion, revient à considérer qu'en opérant une mise en concurrence la plus large possible entre offreurs d'un même travail, produit ou service, le pouvoir adjudicateur est en mesure de déterminer celui qui peut lui apporter le travail, le produit ou le service le plus apte à remplir ses besoins, et ce au meilleur prix possible. Les différents textes reprennent ainsi régulièrement l'idée qu'il faut éviter les distorsions de concurrence et assurer la concurrence entre les agents économiques, soit activement en instaurant un régime légal propice à la réalisation de l'objectif en assurant notamment la transparence et l'absence de discrimination, soit en empêchant des restrictions de concurrence de se produire.

A titre d'exemple, on peut relever à cet égard les dispositions nouvellement proposées dans les directives qui font actuellement l'objet de la procédure de

transposition concernant les centrales d'achat et la prise en compte des technologies électroniques dans le cadre des procédures de soumission. Il s'agit d'innovations par rapport aux règles en vigueur à ce jour. Leur introduction est justifiée par le souci d'élargir la concurrence, les premières en permettant à plusieurs pouvoirs adjudicateurs de coordonner ou regrouper leurs commandes, les secondes en permettant aux soumissionnaires de participer plus facilement et à moindres frais aux procédures.

La rencontre du droit de la concurrence et du droit des marchés publics soulève par ailleurs un certain nombre de questions plus fondamentales qu'il convient d'éclairer brièvement, sans vouloir prétendre à cet endroit être exhaustif. Ces interrogations portent sur les principes de base présidant aux procédures de soumission (A), au champ d'application de la législation sur les marchés publics (B) et à l'introduction d'un nouveau critère d'attribution des marchés publics (C).

A) Les procédures d'adjudication : principes et exceptions

L'objectif poursuivi par la législation sur les marchés publics est d'assurer un appel à la concurrence le plus large possible. Cet objectif est assuré par la règle de principe qui veut que les marchés soient attribués à la suite d'une procédure ouverte dans lesquelles tous les opérateurs peuvent

présenter une offre, ce qui présuppose entre autres qu'il soit fait une large publicité à l'appel d'offre. C'est la procédure que les textes désignent comme étant la procédure ouverte.

La loi de 2003 prévoit diverses dérogations à ce principe. Ainsi, dans une procédure restreinte, tout opérateur peut demander à participer, mais n'est effectivement admis à soumettre une offre que sur invitation du pouvoir adjudicateur. Dans une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur choisit dès le départ les entreprises avec lesquelles il entre en négociations pour finaliser le marché.

Sur base de l'expérience acquise dans le cadre de l'application de ces textes, qui ont révélé la nécessité de pouvoir disposer dans un certain nombre d'hypothèses de procédés d'attribution plus souples, les nouveaux textes ont ajouté d'autres dérogations. On trouve ainsi désormais aussi le dialogue compétitif, qui permet à un pouvoir adjudicateur d'entrer en discussion avec un certain nombre d'entreprises en vue de dégager ensemble les solutions les plus aptes à satisfaire ses besoins, et les accords-cadres, qui fixent les termes devant régir les marchés à conclure pendant une période de temps déterminée, sans qu'il ne faille pour chaque marché individuel reprendre toute la procédure.

D'un point de vue strictement juridique, cet agencement des textes conduit nécessairement à deux conclusions. D'une part, ce n'est que lorsque les circonstances exceptionnelles, précisément décrites

dans les textes, se trouvent réalisées que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à ces autres modes de passation des marchés qui réduisent la concurrence entre opérateurs économiques. D'autre part, étant des exceptions à une règle devant être considérée comme relevant de l'ordre public économique, les règles dérogatoires au principe de l'ouverture à la concurrence doivent faire l'objet d'une application et d'une interprétation restrictives. Ce n'est que si les conditions légales de recours à une des procédures d'exception sont clairement réunies que le pouvoir adjudicateur peut en faire usage.

Aussi est-ce pour éviter des recours abusifs à ces procédures d'exception que le pouvoir adjudicateur doit en règle générale précisément motiver par rapport aux circonstances admises par la loi les raisons qui l'amènent à avoir recours à une procédure d'exception, plutôt qu'à une procédure ouverte.

B) Le champ d'application du droit des marchés publics

La question du champ d'application du droit des marchés publics ne devrait pas se poser dès lors qu'on admet que l'ouverture à la concurrence produit un accroissement dans l'efficacité des marchés à passer. Il en résulterait mécaniquement que l'ouverture doit se faire dans les mêmes conditions en

toutes circonstances. Toutefois, des considérations économiques, sociales et juridiques conduisent à mettre l'accent sur un certain nombre de points.

1) L'incidence des données économiques sur le champ d'application matériel du droit des marchés publics : la distinction entre marchés concurrentiels et marchés non concurrentiels

L'appel à la concurrence ne peut porter ses fruits que dans la mesure où le marché sur lequel a lieu cet appel est soumis à un degré de concurrence suffisant. En l'absence de conditions concurrentielles, l'ouverture de l'appel n'est pas en soi en mesure de produire des résultats suffisants, mais il faut prévoir des règles particulières pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'agir efficacement.

Tel est le cas de figure pour un certain nombre de secteurs économiques importants sur lesquels d'importants investissements sont à faire. Compte tenu des caractéristiques spécifiques de certains de ces secteurs, les directives communautaires initiales et la loi de transposition de 2003 avaient prévu des régimes particuliers pour les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Les directives adoptées en 2004 prévoient toujours des régimes particuliers pour les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, en y ajoutant le

secteur des services postaux, mais en retranchant celui des télécommunications.

La modification du régime juridique applicable à ce dernier secteur résulte de l'évolution qui y a eu lieu au fil des années et qui a amené ce secteur vers des conditions concurrentielles. Les marchés portant sur ce dernier secteur restent cependant exclus d'une façon générale de la réglementation sur les marchés publics pour autant qu'ils ont pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur d'assurer la mise à disposition de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

En ce qui concerne les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, le régime juridique particulier prévu par la directive afférente n'a pas vocation à s'appliquer sans limites dans le temps. Dans la mesure où l'objectif poursuivi par des politiques dans ces domaines revient à y instaurer également un régime de concurrence, les règles qu'il faut actuellement introduire en droit luxembourgeois comportent un mécanisme qui permet de faire sortir les marchés publics conclus dans ces secteurs de leur régime juridique particulier, pour les soumettre au droit commun. Le critère pour opérer ce transfert réside dans la question de savoir si l'activité qui doit être prestée dans le cadre du marché à conclure est exposée à la concurrence. Cette appréciation doit se faire par application de critères généralement admis en droit de la concurrence, tel que l'existence de

biens ou services substituables (à apprécier notamment par référence à leurs caractéristiques et leurs prix) et la présence réelle ou potentielle de concurrents (en vérifiant notamment l'existence de barrières à l'entrée).

2) L'incidence des données sociales sur le champ d'application personnel du droit des marchés publics : l'économie sociale et solidaire

Les marchés publics, en permettant aux entreprises de remporter des marchés et ainsi de remplir leurs carnets de commandes, respectivement de générer leur chiffre d'affaires, assurent une partie de l'activité économique et par voie de conséquence la pérennité des emplois requis pour l'exécution de ces commandes. Comme toute activité économique, les marchés générés par les soumissions publiques emportent ainsi des externalités positives tant au profit des entreprises en tant qu'opérateurs économiques qu'au profit des salariés.

Parmi les salariés, certains ne sont pas ou plus aptes au marché du travail ordinaire et ne peuvent être employés dans les mêmes conditions de rentabilité que d'autres travailleurs par les entreprises du secteur marchand. Pour réaliser un certain nombre d'objectifs (comme par exemple assurer des moyens de subsistance, la réinsertion ou une occupation valorisante à ces personnes), des initiatives se sont développées pour leur venir en aide.

On visera ici essentiellement les projets de soutien aux personnes handicapées et aux exclus de la société (chômeurs de longue durée ; personnes dépourvues de formation scolaire et professionnelle adéquate ; anciens délinquants ayant purgé leur peine ; ...).

Très souvent, ces initiatives sont organisées sous la forme du droit privé de l'association sans but lucratif. Mais d'autres formes juridiques sont possibles ou imaginables, tel que la coopérative ou le groupement d'intérêt économique. Elles ont cependant en règle générale en commun d'œuvrer dans l'intérêt de la réalisation de leur objet social, qui est celui d'apporter de l'aide à leur public cible, et qui n'est pas de réaliser un bénéfice. Et très souvent, elles exercent des activités qui sont proposées potentiellement ou réellement par des entreprises soumises aux contraintes du marché.

Ces initiatives peuvent donc sur un certain nombre de marchés entrer en concurrence avec des entreprises commerciales. Dans une telle situation de confrontation, deux situations diamétralement opposées peuvent surgir.

La première hypothèse fait l'objet d'une disposition spécifique dans les textes communautaires actuellement en voie de transposition. C'est le cas de figure dans lequel l'organisme qui poursuit un objectif principal non commercial ne dispose pas d'une chance réelle de concurrencer l'entreprise commerçante parce qu'elle est moins productive ou moins efficiente en raison des conditions

dans lesquelles elle réalise le produit ou le service faisant l'objet du marché.

La directive communautaire vise spécifiquement les ateliers de personnes handicapées, et permet au pouvoir adjudicateur de réserver la participation à un appel d'offres à de tels ateliers. Par ce biais, l'ouverture à la concurrence est limitée aux seuls ateliers qui remplissent les conditions fixées par le texte, en ce que la majorité des travailleurs concernés par l'exécution du marché doivent être des personnes handicapées qui ne peuvent pas exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. La restriction à la concurrence trouve ici sa justification dans le souci social de contribuer à l'insertion de ces personnes dans la société.

La seconde hypothèse se réalise à l'égard des organismes qui emploient des personnes qui sont physiquement et mentalement en mesure d'accomplir un travail dans des conditions normales, mais qui pour une raison ou une autre ne peuvent entrer dans une relation de travail auprès d'un employeur sur le marché du travail normal (dit premier marché de l'emploi). Les entités qui offrent de réaliser des marchés grâce à l'emploi de tels travailleurs sont donc en mesure de travailler dans des conditions d'efficacité et de rendement approximativement équivalentes à celles d'une entreprise commerciale, mais elles jouissent d'une situation de coûts plus favorable (les travailleurs étant en règle générale moins formés, leur salaire est moins élevé ; l'organisme

n'est pas tenue de générer un bénéfice ; les contraintes administratives et techniques peuvent être moins importantes ; souvent ces initiatives sont soutenues par des fonds publics ; ...).

La question de la possibilité pour de telles œuvres, lorsqu'elles sont constituées sous la forme d'associations sans but lucratif, de participer en tant que soumissionnaires à des procédures de marché public a été soumise à l'appréciation des juridictions administratives dans une situation où une telle association s'était vue attribuer le marché, ce qui a fait l'objet d'un recours en annulation par une des entreprises commerciales qui avait également participé à la procédure de soumission. Le jugement de première instance du 16 avril 2008 (rôle N° 23175) avait retenu que les associations sans but lucratif ne pouvaient pas participer à une soumission publique en raison des limites imposées à leurs possibles activités par la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif, puisqu'il leur serait interdit de s'adonner de façon professionnelle à l'exécution de travaux relevant du domaine de la commercialité. Par voie de conséquence, le tribunal administratif a annulé la décision d'adjudication du marché à l'association concernée.

Sur l'appel interjeté contre ce jugement par l'association qui s'était vue adjuger le marché et l'Etat en tant que pouvoir adjudicateur, la Cour administrative a confirmé dans son arrêt du 2 décembre 2008 (N° 24416C et 24427C du rôle) la décision

d'annulation de la décision d'attribution du marché, en prenant toutefois appui sur une autre motivation. La Cour administrative retient tout d'abord que la loi du 21 avril 1928 n'interdit pas aux associations sans but lucratif d'accomplir des actes relevant du domaine industriel ou commercial ou ayant plus largement pour objet ou pour effet de leur procurer un gain matériel, dès lors que ces activités restent accessoires à leur véritable objet social relevant du domaine social ou moral et en tout état de cause non lucratif. Par la suite, la Cour se réfère aux principes qui sous-tendent la réglementation des marchés publics, et notamment au principe d'égalité qui doit être respecté en tout état de cause entre les soumissionnaires, pour retenir qu'une entreprise commerciale et une association sans but lucratif ne sont pas dans une situation identique, et que partant l'exigence d'égalité s'oppose à ce qu'une association sans but lucratif soit admise à soumissionner dans le cadre d'un marché public, puisqu'il en résulterait une distorsion de concurrence.

Deux considérations factuelles semblent avoir lourdement influencé la décision de la Cour administrative :

« ... l'activité nécessairement désintéressée des asbl ne saurait impliquer et s'oppose à l'accomplissement d'actes à titre « professionnel » et [qu']ainsi, une asbl ne saurait être qualifiée ou assimilée ni à un commerçant, au sens du droit commercial, ni à un entrepreneur, un fournisseur ou

un prestataire de services, au sens de la loi sur les marchés publics, où ces trois notions impliquent nécessairement un exercice d'activités à titre de profession habituelle, avec toutes les garanties y attachées, notamment par l'effet de l'ensemble des exigences requises de la part des professionnels.

Or, admettre la mise en concurrence de soumissionnaires exerçant leurs activités professionnellement avec des soumissionnaires qui ne sont pas soumis aux contraintes afférentes revient inévitablement à remettre en cause l'exigence d'égalité des soumissionnaires, ce qui est contraire à l'essence même des soumissions publiques.

Cette conclusion est confortée par la considération additionnelle que le fait même de l'absence de but lucratif, avec la possibilité corrélative de produire et de travailler à des prix défiant toute concurrence, place les asbl dans une situation privilégiée et anticoncurrentielle par rapport aux entreprises commerciales ou industrielles. »

Sans mettre en cause l'utilité sociale des activités de telles associations, ni leurs possibilités de se procurer les avoirs financiers nécessaires à la poursuite de la réalisation de leur objet social par l'exercice accessoire d'activités lucratives générant des rentrées d'argent, la Cour administrative a ainsi mis l'accent sur les principes essentiels régissant la

mise en concurrence entre opérateurs économiques, qui sont à leur tour des garanties primordiales aux entreprises du secteur marchand pour soutenir leur activité et assurer leur compétitivité, tout en sauvegardant leurs emplois.

Des situations similaires ont été entrevues par les rédacteurs des directives qui sont actuellement en voie de transposition. Ils ont pris en considération la situation spécifique d'organismes de droit public qui participeraient en tant que soumissionnaires à des marchés publics en fixant comme principe que les Etats membres doivent veiller à ce qu'une telle participation ne produise pas de distorsion de concurrence (considérant N° 4 de la directive N° 2004/18/CE).

Il est certain qu'une association sans but lucratif ne peut être assimilée quant à son statut juridique à un organisme de droit public, mais la question se pose dans quelle mesure elle ne doit pas y être assimilée quant à l'objet social qu'elle se destine à réaliser, surtout lorsque celui-ci cherche ouvertement à satisfaire un besoin d'équité sociale ou à accomplir une mission qui peut relever, ou relevait traditionnellement, du champ d'activité des pouvoirs publics, et qu'elle est financée exclusivement ou majoritairement par des fonds publics.

Cette assimilation a été analysée par la Cour des comptes sous un autre angle, à savoir en ce qui concerne l'application de la réglementation sur les marchés publics à de telles entités lorsqu'elles agissent en tant que pouvoirs adjudicateurs, pour conclure

que sous certaines conditions, une associations sans but lucratif doit être qualifiée de para-administrative et comme telle soumise à la législation sur les marchés publics lorsqu'elle attribue un marché (Rapport spécial de la Cour des comptes du 9 juillet 2008 concernant les asbl para-administratives).

3) L'incidence des données juridiques sur le champ d'application personnel du droit des marchés publics : l'exclusion à titre de sanction de certaines entreprises

Le respect scrupuleux de la réglementation des marchés publics est essentiel pour assurer la réalisation des objectifs qu'elle se fixe. Il appartient en tout premier lieu aux pouvoirs adjudicateurs de la respecter eux-mêmes, sous peine de voir annuler leurs décisions d'adjudication. Les entreprises soumissionnaires doivent de même respecter la réglementation sur les marchés publics. Les obligations qui en découlent pour elles doivent être pourvues de sanctions suffisamment réelles et dissuasives pour les inciter à les observer.

La loi de 2003 sur les marchés publics, ainsi que la loi du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, prévoient que le cahier des charges établi par le pouvoir adjudicateur peut prévoir à charge des entreprises des sanctions lorsqu'elles ne se conforment pas aux prescriptions de ce cahier des charges,

les sanctions pouvant être des amendes jusqu'à un maximum de 20% du montant de l'offre, des astreintes, la résiliation du marché ainsi que l'exclusion à temps de la participation aux marchés publics. Le tribunal administratif avait interrogé la Cour constitutionnel sur la constitutionnalité de ces règles au regard de l'article 14 de la Constitution consacrant le principe de la légalité des peines.

Dans son arrêt du 30 janvier 2004 (arrêt N° 19/2004), la Cour constitutionnel retient que les sanctions sous forme d'amende, d'astreinte et de résiliation pouvaient trouver un fondement civil dans les clauses contractuelles du cahier des charges, mais qu'il en allait différemment de l'exclusion des marchés publics futurs, qui ne pouvait faire l'objet d'un engagement contractuel, mais devait faire l'objet d'une disposition légale spécifique.

Le projet de loi déposé en vue d'opérer la transposition en droit interne des nouvelles directives européennes saisit l'occasion pour adapter les dispositions légales à cet arrêt. Ce projet propose de maintenir les sanctions des amendes, astreintes et résiliation dans le domaine contractuel du cahier des charges, mais consacre une disposition spéciale à l'exclusion temporaire de la participation aux marchés publics. Cette sanction doit être prononcée par le pouvoir adjudicateur, pour les seuls marchés relevant de sa compétence, pour une durée maximale de deux ans. Le projet de loi prévoit limitativement que pareille exclusion ne peut intervenir qu'en cas de

manquement aux conditions du marché adjugé ou non-respect des délais impartis, pour faute grave dans l'exécution des marchés et pour manque de probité commerciale.

Par rapport aux directives qu'il convient de transposer, il faut relever que cette énumération limitative ne semble pas embrasser tous les cas de figure expressément y visés comme devant entraîner l'exclusion d'un candidat (article 45 de la directive 2004/18/CE). Par contre, l'hypothèse du manque de probité commerciale semble être un critère assez extensible, et les considérants N° 34 et 43 de la directive 2004/18/CE semblent y ranger entre autres le non-respect de la réglementation sur les travailleurs détachés, de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite. Dans son avis sur le projet de loi N° 5655, la Chambre de commerce a cependant soulevé la question de savoir si la simple référence à la probité commerciale était suffisante pour englober ces différents cas de figure, et a proposé de les insérer expressément dans le texte de loi.

Abstraction faite de la rédaction du texte de loi, il faut noter que la référence aux infractions à la législation sur les ententes illicites dans les cas d'exclusion aux soumissions publiques futures établit là encore fait un lien direct entre le droit des marchés publics et le droit de la concurrence, dont une des composantes essentielles est la lutte contre les ententes anticoncurrentielles. Ce lien est pertinent, puisqu'il ne peut pas être

exclu que les procédures de soumission publique, en raison justement de la publicité qui les entoure et qui fait que tous les opérateurs aient connaissance de l'existence et de l'ampleur d'un marché à attribuer, fournissent l'occasion à ces opérateurs d'opérer en amont de leurs soumissions une concertation à l'effet de limiter ou d'éliminer les mécanismes de la concurrence devant normalement régir leurs relations. De telles ententes, surtout lorsqu'elles portent sur des mécanismes de fixation des prix, de régulation des débouchés ou de répartition des marchés, constituent en règle générale, et peut être plus encore dans le domaine des marchés publics, des entraves très sérieuses au bon fonctionnement des marchés et nuisent considérablement aux clients. Elles font à ce titre l'objet d'une action de recherche de la part des autorités de concurrence, avec à la sortie des sanctions destinées à dissuader les entreprises fautives de réitérer de telles pratiques, respectivement à dissuader d'autres entreprises à en commettre.

L'extension de l'exclusion du droit de participer pendant un certain temps à des marchés publics aux entreprises qui se sont associées à une entente anticoncurrentielle dans le cadre d'un autre marché public apporte certainement une dimension supplémentaire en termes de dissuasion et ne peut que contribuer au renforcement de la mise en œuvre de la réglementation sur les marchés publics et du droit de la concurrence.

C) Les critères d'attribution des marchés publics

La loi de 2003 prévoit comme unique critère d'attribution d'un marché public l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle doit être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas. Ce critère se focalise ainsi sur la seule question du prix comme critère de sélection, en écartant de ce fait tout un ensemble d'autres critères qui peuvent être pertinents pour dégager l'offre la plus intéressante.

A la suite des textes communautaires, le projet de loi N° 5655 prévoit qu'à l'avenir, le pouvoir adjudicateur pourra choisir entre deux critères d'attribution, à savoir soit l'offre économiquement la plus avantageuse, soit le prix le plus bas. Les deux notions sont donc déconnectées l'une de l'autre, et il faut tenir compte pour la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse d'autres critères que celui du seul prix.

La directive N° 2004/18/CE précise que les éléments à prendre en considération à cet effet, et qui doivent être liés à l'objet du marché, peuvent ressortir de la qualité, du prix, de la valeur technique, du caractère esthétique ou fonctionnel, des caractéristiques environnementales, des coûts d'utilisation, de la rentabilité, du service après-vente et de l'assistance technique, de la date de livraison ou du délai de livraison ou d'exécution. Le projet de loi N° 5655 laisse à un

règlement grand-ducal le soin de déterminer les critères à prendre en compte pour dégager l'offre économiquement la plus avantageuse. Il semble cependant certain que ni ce règlement grand-ducal, ni les cahiers des charges futurs ne seront liés par l'énumération exemplative fournie par la directive, sous réserve pour ces derniers d'énoncer, de qualifier et de pondérer clairement les critères retenus.

L'objectif affiché est d'aboutir à la désignation de l'offre qui représente le meilleur rapport qualité-prix afin d'assurer au pouvoir adjudicateur la meilleure satisfaction possible de ses besoins. Si la définition et la pondération de multiples critères en amont de la soumission publique et le classement des offres par application de ces critères après clôture de l'appel d'offres engendre à court terme un surcroît de travail par rapport au recours à l'offre la mieux disante parmi les trois offres les moins chères, ce surcroît doit être largement compensé par le bénéfice de satisfaction accru que procure l'adjudication à une offre correspondant à long terme au mieux aux besoins définis.

En termes de concurrence, cette approche a le mérite de détourner le regard et l'attention du seul critère du prix, qui est certes le plus visible et le plus facile à saisir, mais qui conduit certainement un certain nombre de soumissionnaires à exercer une pression sur les prix, au risque parfois de ne pas pouvoir réaliser le marché au prix annoncé, ou encore de faire d'importantes concessions sur des aspects aussi importants que sont la

qualité, le potentiel de développement d'un produit ou les facilités d'entretien ou de réparation. La diversification des critères d'attribution est ainsi de nature à conduire à une diversification de l'offre. Sur ce point, le droit des

marchés publics rejoint ainsi les objectifs du droit de la concurrence.

Luxembourg, mars 2009

Thierry HOSCHEIT
Président

Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

Pierre CALMES
Conseiller

Annexes :

- 1) Dépliant : Le droit de la concurrence au service des consommateurs
- 2) Brochure : le droit de la concurrence au service des entreprises

Le travail des autorités de concurrence luxembourgeoises

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a créé l'Inspection de la concurrence et le Conseil de la concurrence.

L'Inspection de la concurrence est un service auprès du ministre ayant l'économie dans ses attributions (actuellement le Ministre de l'Économie et du Commerce extérieur) qui est dirigé par un Rapporteur général. Sa mission consiste à recevoir les plaintes et à constater et à rechercher les infractions au droit de la concurrence. Pour cela, elle dispose d'importants pouvoirs d'enquête.

Le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante conduite par un Président. Il veille à l'application du droit de la concurrence en prenant des décisions sur les dossiers qui lui sont transmis par l'Inspection. Il peut notamment interdire aux entreprises de continuer les comportements anticoncurrentiels et leur imposer des amendes allant jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires annuel.

Le Conseil et l'Inspection essaient aussi de **sensibiliser les entreprises** à leurs responsabilités par rapport au droit de la concurrence de façon à les inciter à ne pas s'engager dans des comportements interdits.

Dans l'exécution de leur travail, les autorités de concurrence sont soutenues par les entreprises, qui sont les victimes directes des pratiques anticoncurrentielles et peuvent les porter à leur connaissance en déposant une **plainte**. Les entreprises qui participent à une entente peuvent aussi en informer les autorités de concurrence et en contrepartie bénéficier dans le cadre de la **procédure de clémence** d'un traitement plus favorable et obtenir la suppression ou la réduction de l'amende.

Le droit de la concurrence au service des consommateurs



L'avis des consommateurs intéresse aussi les autorités de concurrence. Les consommateurs peuvent s'adresser aux autorités pour leur signaler des problèmes concurrentiels qu'ils auraient constatés. De telles démarches peuvent fournir des indications précieuses aux autorités pour orienter leurs recherches futures.

Le site Internet www.concurrence.lu contient des informations détaillées et actualisées sur le droit de la concurrence.

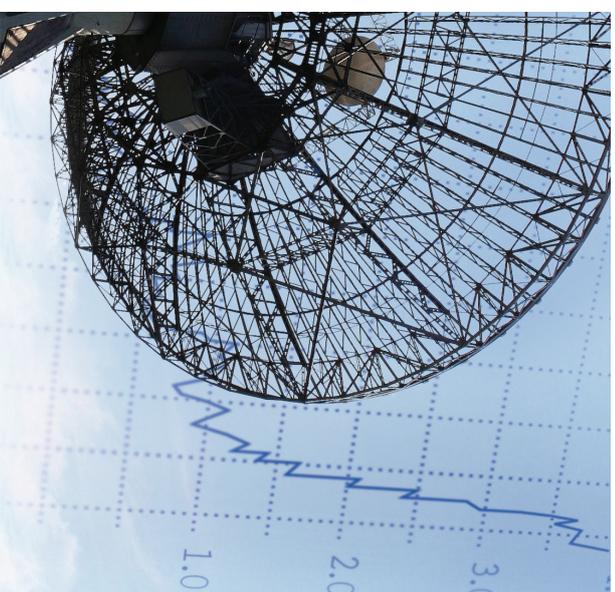
Le droit de la concurrence

La concurrence est un mécanisme fondamental du fonctionnement d'une économie de marché qui prend appui sur l'interaction entre **l'offre et la demande**. La concurrence dynamise les marchés, stimule l'esprit d'initiative des opérateurs économiques et augmente **la compétitivité des entreprises**. En fin de compte, elle génère **des prix plus bas**, engendre la création de produits de meilleure qualité et conduit à **une production plus diversifiée**. Toutes ces évolutions profitent aux consommateurs, qui disposent de plus de possibilités de couvrir leurs besoins au meilleur **rapport qualité/prix**.

La concurrence ne peut jouer son rôle que si toutes les entreprises sont soumises à la contrainte de devoir se déterminer en fonction de l'évolution du marché et des stratégies de leurs concurrents afin de rechercher la maximisation de leur profit par l'attrait exercé sur les clients. Malheureusement, de nombreuses entreprises cherchent à mettre entre parenthèses ou à supprimer ces évolutions normales et à maximiser leurs profits au détriment du bien-être des consommateurs. Ces comportements sont de deux sortes :

– les ententes entre entreprises

En concluant des accords, les entreprises s'accordent sur certains aspects essentiels du fonctionnement du marché (prix, niveau de la production, débouchés...) au détriment des clients au lieu de chercher à offrir le meilleur prix ou le meilleur produit ou service afin de se démarquer des concurrents pour attirer les clients. L'exemple le plus marquant est celui de quelques entreprises contrôlant la majeure partie des débouchés d'un produit qui fixent son prix de vente. En l'absence d'un tel accord, elles détermineraient chacune leur prix en fonction de leurs coûts, ce qui en règle générale mène à un prix plus bas.



Toutes les ententes ne sont pas pour autant négatives, et certaines ententes limitant a priori la concurrence peuvent même produire des effets bénéfiques au profit des consommateurs. Celles-ci ne sont pas prohibées par le droit de la concurrence.

– les abus de position dominante

Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur un marché de produits, elle peut être tentée d'exploiter cette position en imposant à ses concurrents ou à ses clients des conditions inéquitables ou excessives qu'elle ne pourrait pas maintenir dans un environnement concurrentiel. Par ailleurs, étant seule sur le marché, cette entreprise n'est pas incitée à innover et à développer de nouveaux produits ou services afin de répondre aux attentes des consommateurs.

L'objectif du droit de la concurrence est de combattre ces pratiques et d'assurer le développement d'une concurrence libre et non faussée. A cet effet, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a doté le Luxembourg d'autorités nouvelles chargées de détecter, de poursuivre et de sanctionner ces comportements.



CONSEIL DE LA
CONCURRENCE

6, boulevard Royal
L-2449 Luxembourg

B.P. 856
L-2018 Luxembourg

T. +352 247 84174
F. +352 26 20 12 18
conseil@concurrance.etat.lu



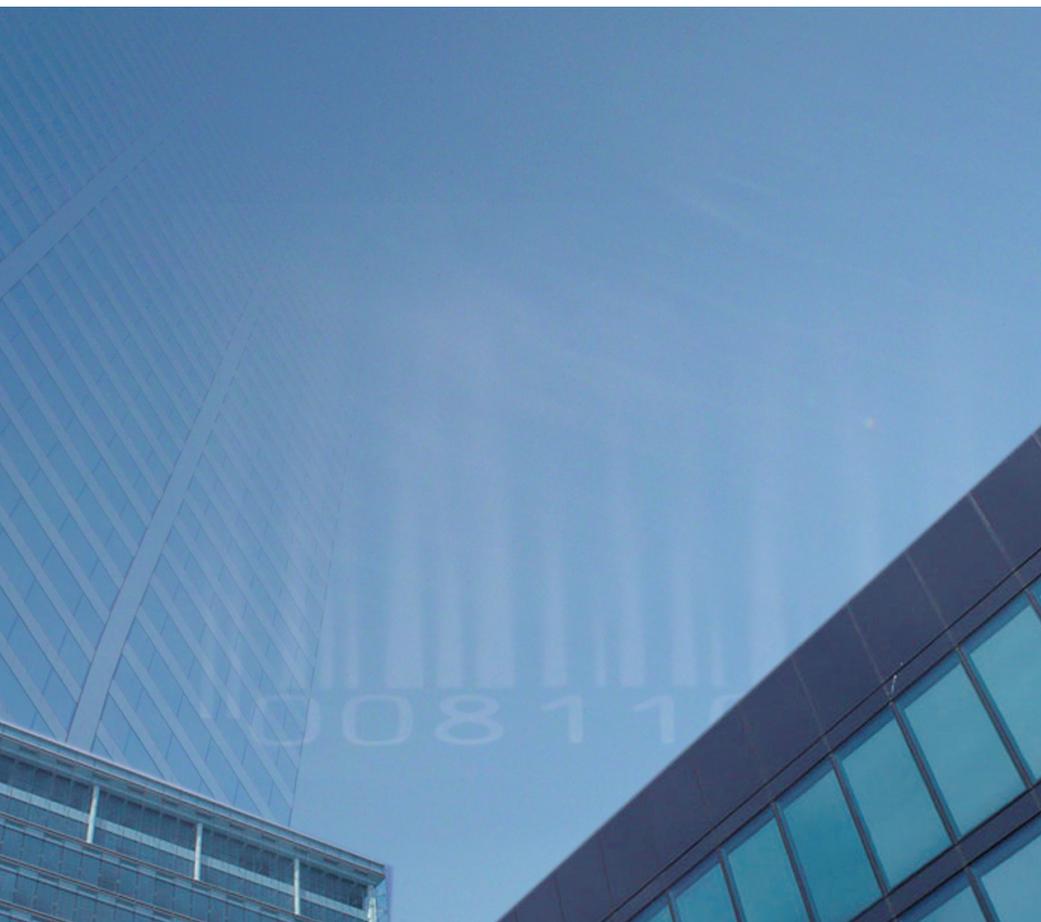
INSPECTION DE LA
CONCURRENCE

6, boulevard Royal
L-2449 Luxembourg

B.P. 856
L-2018 Luxembourg
T. +352 247 84174
F. +352 22 16 09
inspection@concurrance.etat.lu

www.concurrance.lu

Le droit de la concurrence au service des entreprises



index

- 1 Le droit de la concurrence
- 2 Les autorités de concurrence luxembourgeoises
- 3 Les entreprises et le droit de la concurrence luxembourgeois

édité par :

**Le Conseil de la concurrence
et l'Inspection de la concurrence**

www.concurrence.lu
2008

1

Le droit de la concurrence

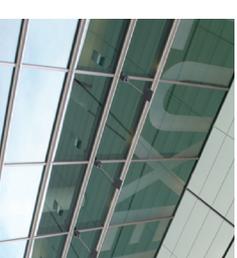
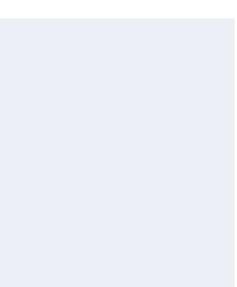


La concurrence est un mécanisme fondamental du fonctionnement d'une économie de marché qui prend appui sur l'interaction entre **l'offre et la demande**. L'exercice d'une concurrence libre et dynamique sur le marché contribue à réaliser une meilleure allocation des ressources et à stimuler l'esprit d'initiative et **la compétitivité** des entreprises. Elle permet d'aboutir à un niveau de **prix** plus bas et à engendrer la création de **produits plus diversifiés** ou nouveaux, répondant aux besoins multiples et variés des demandeurs. Ce processus, en profitant aux différents opérateurs économiques intervenant tout au long de la chaîne de production et de distribution, va profiter en fin de compte aux consommateurs finals.

De nombreux comportements d'entreprises peuvent mettre en péril le libre jeu de la concurrence et ainsi priver les autres entreprises et les particuliers des effets bénéfiques que ce libre jeu produit sur les marchés. Ces comportements, qui bouleversent le fonctionnement normal des marchés, sont de deux sortes :

- **les ententes** entre entreprises par lesquelles celles-ci s'accordent sur certains aspects essentiels du fonctionnement du marché (prix, niveau de la production, débouchés, ...) au détriment des clients au lieu de se déterminer individuellement en cherchant à offrir rapport qualité/prix afin de se démarquer des concurrents pour attirer les clients. Toutes les ententes ne sont pas néfastes en termes de concurrence, et certaines ententes restreignant a priori la concurrence peuvent même produire des effets bénéfiques au profit des consommateurs. Celles-ci ne sont pas prohibées par le droit de la concurrence. La matière des ententes est régie au niveau national par les articles 3 et 4 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et en droit communautaire par l'article 81 du traité CE.

- **les abus** de position dominante par lesquels une entreprise occupant une position dominante sur un marché de produits ou services exploite cette position en imposant à ses concurrents ou à ses clients des

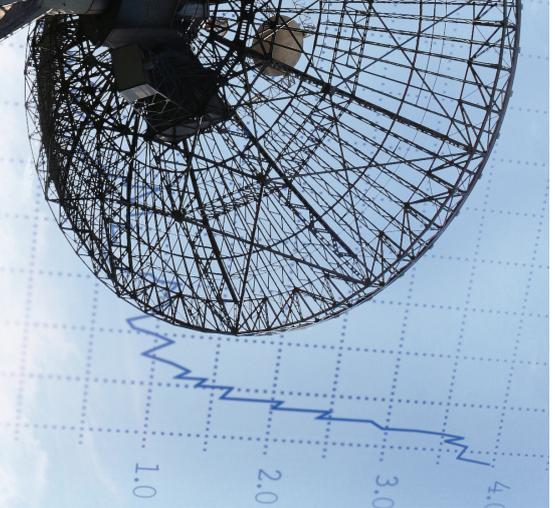


conditions inéquitables ou excessives qu'elle ne pourrait pas maintenir dans un environnement concurrentiel. La position dominante est généralement définie comme étant une situation de puissance économique qui permet à une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui dominant la possibilité d'adopter des comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs. L'interdiction d'abuser d'une position dominante est prévue par l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et par l'article 82 du traité CE.

L'objectif du droit de la concurrence est de combattre ces pratiques et d'assurer le développement d'une concurrence libre et non faussée. À cet effet, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a doté le Luxembourg d'autorités nouvelles chargées de poursuivre et de sanctionner ces comportements.

Les autorités de concurrence luxembourgeoises

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, en créant **l'Inspection de la concurrence et le Conseil de la concurrence**, a mis en place une séparation organique entre les fonctions d'enquête et de décision. Leur travail ne s'arrête toutefois pas à ces aspects purement répressifs.



La répression

L'inspection de la concurrence est un service auprès du ministre ayant l'économie dans ses attributions (actuellement le Ministre de l'Économie et du Commerce extérieur) qui est dirigé par un Rapporteur général et comprend un ou plusieurs rapporteurs et inspecteurs qui sont tous nommés pour une durée de 7 ans par le ministre.

La loi charge l'inspection de la concurrence de constater et de rechercher les infractions au droit de la concurrence. Elle agit sur plainte et peut se saisir elle-même. Pour exécuter cette mission, l'inspection dispose de **pouvoirs d'enquête** qui lui permettent de demander des renseignements aux entreprises, d'entendre des témoins, d'effectuer des inspections, perquisitions et saisies dans les locaux professionnels et privés et de demander l'avis

d'experts. À la fin de son enquête, l'inspection transmet son dossier au Conseil de la concurrence, soit à la suite d'une communication des griefs adressée aux entreprises concernées lorsqu'elle estime qu'une violation de la loi est établie, soit par le biais d'un simple rapport lorsqu'elle considère que les faits relevés ne contreviennent pas à la loi. L'inspection assiste la Commission européenne lorsque celle-ci effectue une enquête en matière de droit de la concurrence au Luxembourg.

Le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante composé d'un Président, de deux conseillers-asseesseurs et de cinq conseillers suppléants qui sont tous nommés pour la durée de 7 ans par le Grand-Duc.

La loi charge le Conseil de la concurrence de veiller à l'application du droit de la concurrence et lui attribue le pouvoir de décision par rapport aux dossiers qui ont fait l'objet d'une enquête de la part de l'inspection. Pour faire respecter les interdictions énoncées par la loi, le Conseil dispose de **pouvoirs de décision** qui lui permettent d'intervenir à deux niveaux :

- dans le cadre des procédures d'enquête menées par l'inspection, le Conseil peut prononcer à la demande de l'inspection des astreintes pour contraindre les entreprises à répondre aux demandes de renseignements, et des amendes pour les sanctionner lorsqu'elles n'y répondent pas
- après la clôture de la procédure d'enquête, le Conseil peut ordonner la cessation de tout comportement qui viole la loi, au besoin sous peine d'astreinte, et prononcer des sanctions financières sous forme d'amendes à l'encontre des entreprises qui ont adopté un comportement prohibé par la loi.

La prévention

Le Conseil de la concurrence et l'inspection de la concurrence en tant qu'autorités de concurrence ne voient cependant pas leur mission comme devant être axée uniquement sur la répression. Un aspect important de leur travail réside dans la prévention.

La loi en fournit certains outils en permettant au Conseil d'**accepter des engagements** lorsqu'un comportement d'entreprise semble contrevénir à la loi ou en donnant au Président du Conseil le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires pour faire cesser rapidement un comportement anticoncurrentiel grave.

Un aspect important du travail des autorités de concurrence consiste à accomplir une **mission de sensibilisation et d'éducation** pour attirer l'attention des acteurs sur les avantages et les exigences découlant du droit de la concurrence.

La compréhension de ses effets positifs et de ses mécanismes est essentielle pour l'orientation des débats en matière politique, économique et sociale afin d'intégrer pleinement ces aspects dans les processus de décision. Cet aspect est généralement désigné sous le terme de *competition advocacy*.

À l'égard des entreprises, il s'agit de susciter la réflexion afin qu'elles remettent périodiquement en cause leur propre comportement par rapport aux exigences du droit de la concurrence et qu'elles mettent en place le cas échéant des programmes de mise en conformité (*compliance*) au droit de la concurrence.

Les entreprises et le droit de la concurrence luxembourgeois

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence offre aux autorités de concurrence et aux entreprises de nombreux **instruments** pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Ces instruments varient en fonction de la qualité dans laquelle les entreprises interviennent dans une procédure administrative relevant du droit de la concurrence.

Toutes les entreprises bénéficient en principe de la **confidentialité** des informations transmises aux autorités de concurrence.



L'entreprise plaignante

Les comportements anticoncurrentiels adoptés par des entreprises affectent souvent directement d'autres entreprises, qui en subissent les conséquences soit en tant que concurrent sur un même marché, soit en tant qu'opérateur économique sur un marché en amont ou en aval. Ces victimes de comportements interdits par la loi peuvent s'adresser directement aux autorités de concurrence pour **protéger leurs intérêts**.

Les plaintes et les informations

Toute entreprise peut s'adresser aux autorités de concurrence pour dénoncer par voie de **plainte officielle** un comportement anticoncurrentiel dont elle s'estime la victime. La loi permet de s'adresser directement au Conseil de la concurrence lorsque l'entreprise dispose d'un dossier complet, mais en pratique l'entreprise doit s'adresser à l'Inspection de la concurrence.

Les premières mesures d'enquête qui suivent une telle plainte sont souvent primordiales pour la suite de la procédure. Aussi, l'Inspection est-elle disposée à accueillir ces entreprises pour les guider dans la préparation de leur plainte. Celle-ci n'est pas soumise à un formalisme particulier, mais un dossier complet permet de diriger plus utilement les premières démarches.

En pratique, il arrive que les entreprises soupçonnent fortement un comportement anticoncurrentiel, mais elles ne disposent pas des moyens nécessaires pour constituer une réelle plainte, ou alors elles craignent des mesures de représailles de la part des entreprises qu'elles accuseraient d'un tel comportement. Pour ces raisons, l'Inspection se tient aussi à la disposition des entreprises pour discuter de façon informelle des griefs qu'elles auraient à formuler. Suite à une telle **démarche informelle**, les entreprises ne bénéficient cependant pas des mêmes droits d'accès au dossier que si elles avaient déposé une plainte.

Les mesures conservatoires

L'entreprise qui s'estime victime d'un comportement anticoncurrentiel de la part d'une autre entreprise peut aussi s'adresser au Président du Conseil de la concurrence pour lui demander d'adopter des mesures conservatoires.

Une décision de mesures conservatoires peut intervenir rapidement en l'absence d'enquête complète et détaillée sur tous les aspects du dossier, mais elle est strictement encadrée par la loi : l'entreprise doit avoir déposé une plainte en bonne et due forme ; le comportement incriminé doit porter une atteinte grave immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou aux intérêts de l'entreprise plaignante ; le Président ne peut ordonner que des mesures nécessaires pour faire face à l'**urgence** et qui sont proportionnés à la violation constatée.

L'**utilité** de ces mesures est certaine, puisqu'elles permettent de mettre rapidement un terme à certains comportements extrêmement préjudiciables, dont le maintien sur une période prolongée risquerait de déséquilibrer durablement ou définitivement le fonctionnement concurrentiel du marché.



Les entreprises destinataires d'une mesure d'enquête

Au cours de l'enquête dirigée par l'inspection de la concurrence, un grand nombre d'entreprises peuvent être touchées par les mesures d'enquête, sans qu'elles ne soient personnellement visées à ce moment par l'enquête. Il se peut qu'elles ne soient jamais impliquées autrement que pour fournir des renseignements, mais il se peut aussi qu'à l'issue de l'instruction, elles se voient directement mises en cause.

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a mis en place un certain nombre de mécanismes pour **protéger les droits** individuels de ces entreprises. Ces protections jouent essentiellement dans le cadre des inspections dans les locaux.

L'information de l'entreprise

Il est essentiel que les enquêteurs de l'inspection de la concurrence puissent entrer dans tous les locaux, qu'ils soient professionnels ou privés, afin de rechercher des éléments de preuve d'un comportement illégal.

Avant d'y entrer, ils doivent présenter au responsable de l'entreprise **une décision du Rapporteur général** qui doit indiquer l'objet et le but de l'inspection. De cette façon, l'entreprise est informée sur le cadre général de l'enquête et peut adapter son comportement en conséquence, tout en collaborant utilement à l'exécution de la mesure d'inspection.

La protection de la vie privée

Les enquêteurs peuvent accéder aux locaux professionnels et prendre librement connaissance et copie de tous les documents en cas d'accord du responsable de l'entreprise. Mais en l'absence de cet accord, ils ne peuvent y accéder et procéder à des perquisitions et saisies que sur base d'**une autorisation du Président du Tribunal d'arrondissement**. Par ailleurs, ils doivent disposer d'une telle autorisation pour entrer dans les locaux privés des dirigeants et autres membres du personnel de l'entreprise. Ce magistrat s'assure que la pénétration dans ces locaux n'est pas une mesure disproportionnée par rapport à l'objet de l'enquête. De cette façon, la loi assure que l'inspection ne porte pas atteinte à la protection due au respect de la vie privée dont bénéficient les entreprises dans une certaine mesure.

Les entreprises impliquées dans un comportement prohibé

L'objectif de l'enquête administrative est d'identifier les entreprises qui ont adopté un comportement anticoncurrentiel, de rassembler les preuves de leur participation, de leur interdire de continuer ou de reprendre ce comportement et de leur imposer le cas échéant une sanction financière. La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence met à leur disposition un certain nombre de moyens pour **influer sur le déroulement de la procédure**.

La demande de clémence

La demande de **clémence** est un outil essentiel au profit des autorités de concurrence pour détecter les ententes les plus répréhensibles. Elle permet aux entreprises qui participent à un tel **cartel** de mettre un terme à leur participation tout en bénéficiant d'une dispense ou d'une réduction de la sanction financière. Les autorités de concurrence s'efforcent d'appliquer le programme de clémence dans le sens du programme modèle adopté au niveau communautaire au mois de septembre 2006.

Le participant à un cartel peut s'adresser au Conseil ou à l'inspection pour les informer de l'existence de ce cartel et leur apporter toutes les informations dont il dispose à son sujet. Si les autorités n'en avaient encore aucune connaissance et que cette information leur permet de le poursuivre efficacement, l'entreprise en question peut bénéficier d'une dispense complète d'amende. Si les autorités en avaient déjà connaissance, mais que l'entreprise apporte des éléments d'information ou de preuve supplémentaires, elle peut profiter d'une réduction de l'amende qui sera prononcée en fin de procédure.

Seule l'entreprise la plus rapide est en mesure de profiter pleinement de la mesure de clémence.

Dans l'intérêt de l'enquête et de l'entreprise demanderesse en clémence, le traitement des demandes de clémence requiert **un degré élevé de confidentialité**, qui est garanti par les autorités de concurrence tout au long de la procédure d'enquête.

Pour assurer une efficacité optimale de la procédure de clémence, les autorités de concurrence se tiennent à la disposition des entreprises pour les guider dans leurs démarches de présentation d'une demande de clémence.

Les engagements

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence offre la possibilité aux entreprises de proposer au Conseil de la concurrence de prendre des mesures ou d'adopter des comportements qui mettraient un terme à une pratique soupçonnée d'être anticoncurrentielle. Lorsque de tels **engagements** sont acceptés, la procédure est clôturée sans que le Conseil n'adopte une décision par laquelle il retient formellement l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Cette procédure permet le cas échéant de mettre plus rapidement un terme à une situation anticoncurrentielle que s'il fallait passer par l'intégralité du processus décisionnel.

Les droits de la défense

La décision que le Conseil de la concurrence est appelé à adopter a l'issue de la procédure produit des effets importants sur **la situation des entreprises** concernées lorsqu'une violation de la loi est retenue. Face à cette réalité, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a mis en place un certain nombre de garanties qui sont destinées à protéger **les droits de la défense** de ces entreprises.

Elles sont autorisées à se faire assister au cours de la procédure d'enquête et au cours du processus décisionnel par un **avocat**. En application de la jurisprudence communautaire et des principes régissant cette profession, les communications entre l'entreprise et son avocat qui sont en relation directe avec sa défense sont protégées par le *legal privilege*, qui interdit aux autorités d'en prendre connaissance.

Un élément essentiel de la procédure est la **communication des griefs** qui est adressée à la fin de l'enquête par l'inspection de la concurrence aux entreprises concernées et par laquelle elle saisit le Conseil de la concurrence. Dans ce document sont retracés les éléments de preuve que l'inspection a rassemblés et les conclusions qu'elle en tire au regard du droit de la concurrence. Il informe officiellement les entreprises des reproches qui leur sont adressés par l'inspection.

Le Conseil de la concurrence ne peut pas prendre sa décision sur base de la seule communication des griefs,

mais il doit procéder à **l'audition des entreprises** concernées, pour leur permettre de présenter leurs arguments devant le Conseil. Elles doivent disposer d'un délai minimum pour se préparer à cette audition.

La décision que le Conseil adopte après cette audition est soumise au **contrôle des juridictions administratives**. Les entreprises peuvent saisir le tribunal administratif d'un recours en annulation, respectivement d'un recours en réformation pour ce qui concerne la question des amendes.



La confidentialité

La procédure des autorités de concurrence approche de près la vie économique des entreprises. **Les informations recueillies peuvent être très sensibles** pour les entreprises, dans la mesure où il peut s'agir par exemple de données financières internes, de calculs de rentabilité, d'informations sur leurs sources d'approvisionnement, de secrets de fabrication ou d'autres données confidentielles. La révélation de telles informations au public ou à leurs concurrents peut causer d'importants préjudices aux entreprises.

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a mis en place un mécanisme pour garantir **la confidentialité** de ces informations. Lorsqu'une entreprise communique des informations dont elle estime qu'elles sont

confidentielles ou dont la divulgation lui causerait un préjudice, elle peut demander au Président du Conseil de la concurrence à ce qu'elles soient protégées par la confidentialité. Si cette protection est accordée, aucun tiers, autre que l'entreprise qui a fourni l'information et les autorités, ne peut en prendre connaissance.

Cette protection est cependant refusée lorsque l'information en question est nécessaire soit pour permettre aux autorités de démontrer l'existence d'une violation de la loi, soit pour permettre aux entreprises qui font l'objet de la procédure d'organiser leur défense.



6, boulevard Royal
L-2449 Luxembourg

B.P. 856
L-2018 Luxembourg

T. +352 247 84174
F. +352 26 20 12 18
conseil@concurrancelu



6, boulevard Royal
L-2449 Luxembourg

B.P. 856
L-2018 Luxembourg

T. +352 247 84174
F. +352 22 16 09
inspection@concurrancelu

www.concurrancelu

Avertissement : Cette brochure a une vocation essentiellement informative. Des informations additionnelles peuvent être consultées sur www.concurrancelu. Cette brochure ne peut en aucun cas être considérée comme étant exhaustive, ni comme engageant ou liant le Conseil de la concurrence ou l'Inspection de la concurrence à quelque titre que ce soit.

www.concurrence.lu

