



# Rapport annuel 2010 du Conseil de la concurrence

## **Conseil de la concurrence**

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

19 - 21, 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](mailto:conseil@concurrence.etat.lu)  
Site internet: [www.concurrence.lu](http://www.concurrence.lu)

# CONSEIL DE LA CONCURRENCE

## Rapport annuel 2010

(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. Une deuxième partie est consacrée aux travaux menés par le Conseil au cours de l'année 2010. Dans une troisième partie, le Conseil reprend l'optique adoptée lors des rapports annuels des années précédentes consistant à traiter certains thèmes liés à ses activités. Dans ce cadre, le Conseil aborde cette année plus en détail quelques problèmes d'ordre général qui ont surgi dans le cadre de l'analyse des dossiers individuels qui lui étaient soumis pour décision.

## Table des matières

Table des matières.....	2
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.....	3
C) L'Inspection de la concurrence.....	4
II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2010.....	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.....	10
1) Généralités et administration .....	10
2) Politique de communication et manifestations publiques .....	11
3) Actions d'application du droit de la concurrence .....	12
a) Décisions au fond, amendes et astreintes y associées, et clémence.....	13
b) Amendes et astreintes dans le cadre de l'instruction.....	16
c) Astreintes suite à des mesures conservatoires .....	16
d) Amendes et astreintes : procédures de recouvrement.....	17
4) La coopération internationale .....	17
a) L'Union européenne : la réunion des Directeurs généraux .....	17
b) La coopération étendue entre autorités de concurrence et autorités politiques .....	18
c) Le règlement N° 1/2003 : le Réseau Européen de la Concurrence.....	18
d) La Commission européenne : DG Concurrence .....	20
e) La Commission européenne : les autres Directions générales.....	22
f) L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) .....	22
g) La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED).....	22
h) Les organisations privées au niveau international : ICN et ECA .....	22
C) Tableau récapitulatif au 31 décembre 2010 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.....	23
III) De quelques aspects surgis au cours de l'année .....	32
A) L'abus d'exploitation.....	32
1) Le contexte économique et juridique.....	32
2) Le potentiel de la notion d'abus d'exploitation .....	33
B) L'abus de dépendance économique .....	36
1) Les enjeux économiques et commerciaux .....	36
2) Quelques notions fondamentales sur l'abus de dépendance.....	38
C) La réglementation des prix.....	41
1) Quelques considérations générales sur le législation sur les prix.....	41
2) De quelques incidences concrètes d'un régime de prix réglementés .....	43
3) Le cas des produits de tabac .....	44

## I) La loi du 17 mai 2004 et ses structures

### A) La loi du 17 mai 2004

La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence n'a pas subi de modifications au cours de l'année 2010.

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 et avoir fait l'objet au cours de l'année 2008 de divers avis, a fait l'objet d'un premier travail d'analyse par la Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire de la Chambre des Députés à partir de 2009. Cette analyse a abouti à une série d'amendements au projet initial, qui ont été soumis au Conseil d'Etat pour avis par dépêche du 29 mars 2010. Le projet amendé a été avisé par le Conseil d'Etat sous la date du 16 juillet 2010. Le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur a pris position par rapport à cet avis par une dépêche adressée en date du 13 octobre 2010 au Président de la Chambre des Députés.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A noter que par dépêche du 20 janvier 2011, la Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire de la Chambre des Députés a transmis une série complémentaire d'amendements au Conseil d'Etat.

## B) Le Conseil de la concurrence

Suite à la nomination de Mme Christiane Weidenhaupt avec effet au 30 juin 2010 aux fonctions de rapporteur général de l'Inspection de la concurrence, elle a démissionné de ses fonctions de membre du Conseil de la concurrence (arrêté grand-ducal du 26 juin 2010, Mémorial B, N° 53, 8 juillet 2010, page 753). Afin de ne pas préjuger des situations individuelles à la suite des modifications structurelles au niveau de la composition du Conseil proposées par la Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire dans son avis du 29 mars 2010, il a paru indiqué de laisser vacant ce poste de conseiller effectif du Conseil et de mener les travaux de façon temporaire en ayant recours aux conseillers suppléants.

Le Conseil se compose dès lors au 31 décembre 2010 comme suit :

- Thierry Hoscheit  
Président
- Pierre Calmes  
Conseiller
- Luisito Bertinelli  
Conseiller-suppléant
- Claude Bingen  
Conseiller-suppléant
- Jean-Paul Meyers  
Conseiller-suppléant
- Marc Origer  
Conseiller-suppléant
- Charlotte Prüssen  
Conseiller-suppléant

## C) L'Inspection de la concurrence

Le rapporteur général en fonctions au début de l'année sous examen a présenté sa démission avec effet au 31 mars 2010. Il a été remplacé par Mme Christiane Weidenhaupt avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2010 (arrêté ministériel du 28 juin 2010, Mémorial B, N° 53, 8 juillet 2010, page 753).

A la suite d'un changement d'affectation, l'inspecteur en fonctions au sein de l'Inspection de la concurrence a présenté sa démission avec effet au 12 novembre 2010. La demande de modification de ce poste vers une qualification de la carrière supérieure de l'Etat a été avisée favorablement par les instances compétentes. La procédure de recrutement d'un fonctionnaire pour occuper ce poste est en cours au 31 décembre 2010.

## **II) Les travaux du Conseil de la concurrence en 2010**

### **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 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, ...etc.), les organismes de défense des intérêts des consommateurs (Union luxembourgeoise des consommateurs, GIE Centre européen des consommateurs Luxembourg), les diverses organisations professionnelles et les entreprises.

Ce volet comporte des activités très diverses : participation aux travaux relatifs à la stratégie Europe 2020 coordonnés par le Ministère de

l'Economie et du Commerce extérieur ; suivi des missions menées par l'OCDE en vue de la préparation de l'étude économique du Luxembourg ; interventions ponctuelles, formelles ou informelles, dans des discussions bi- ou multilatérales sur des dossiers ou projets concernant, ou susceptibles de concerner, le droit de la concurrence ou le droit de la consommation (projet de loi N° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ; projet de loi N° 6158 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; ...)

Le travail administratif régulier, qui comporte souvent des recherches et réflexions poussées, consiste aussi à répondre à toutes les sollicitations venant de l'extérieur visant à recueillir des informations sur la situation du droit de la concurrence au Luxembourg, ou sur la situation concurrentielle, législative ou réglementaire de tel marché. Cela inclut les simples particuliers ou les entreprises qui ont une interrogation ponctuelle, en passant par les étudiants qui mènent une recherche dans le cadre de la rédaction de mémoires ou de thèses universitaires pour aboutir aux consultants qui sont chargés par des organismes de mener une enquête poussée dans certains secteurs, sans oublier les nombreuses questions et questionnaires qui émanent des autres membres du Réseau européen de la concurrence.

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 aussi assuré au fil de l'année 2010 la représentation du Conseil à l'occasion de diverses manifestations, colloques ou conférences lors desquels la présence d'un membre du Conseil est utile pour des raisons de visibilité de l'institution ou pour former un réseau de correspondants utile à l'accomplissement des missions du Conseil.

Au niveau national, on peut relever les Journées de l'Economie organisées les 10 et 11 février 2010 par le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, la Chambre de commerce et la FEDIL, l'assemblée générale de l'Union luxembourgeoise des consommateurs le 21 avril 2010, la présentation le 10 mai 2010 du rapport de l'OCDE sur la situation économique et les politiques du Luxembourg et diverses réceptions et conférences de presse organisées par des groupements d'entreprises.

Au niveau international, on peut noter la 9<sup>e</sup> Conférence annuelle du International Competition Network du 27 au 29 avril 2010 à Istanbul, Turquie, ou le European Competition Day, tenu à Bruxelles, Belgique, le 21 octobre 2010.

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 ; l'OCDE organise tous les ans trois réunions aux mois de février, juin et octobre pendant une semaine à chaque fois, dédiées spécialement au droit et à la politique de la concurrence), CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement), INC (International Competition Network), ECA (European Competition Authorities ; la réunion annuelle a eu lieu à Vienne, Autriche, les 10 et 11 juin 2010).

## 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).

A la fin de l'année 2010, une nouvelle demande a été adressée au Président

sur cette base. Dans la mesure où un certain nombre de données et d'informations essentielles faisaient défaut dans cette demande, l'entreprise requérante a été invitée à compléter sa demande. Elle n'a pas connu d'autres développements avant la fin de la période sous revue.

Il faut ensuite revenir sur le dossier qui avait été présenté au Président en 2007 concernant une allégation d'abus de position dominante dans le secteur des télécommunications. Dans cette affaire, 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. Ce dossier a fait l'objet d'une décision N° 2008-MC-01 du Président du 22 janvier 2008. Un bref résumé de cette décision a été présenté dans le rapport annuel 2008.

L'opérateur concerné a introduit en date du 22 avril 2008 un recours devant le Tribunal administratif. Ce recours a été toisé en 1<sup>o</sup> instance par jugement du Tribunal administratif du 20 mai 2009 (N° 24306 et 24408 du rôle). Par ce jugement, le Tribunal administratif a retenu en substance<sup>2</sup> que les exigences procédurales de l'article 23 de la Loi s'appliquent aux procédures de mesures conservatoires et a annulé la décision N° 2008-MC-01 au double motif que :

---

<sup>2</sup> Une présentation plus détaillée des différents aspects de ce jugement peut être lue dans le rapport annuel 2009 du Conseil de la concurrence

- la procédure de mesures conservatoires requiert la notification d'une communication des griefs et par voie de conséquence l'observation d'un délai minimal de deux mois entre l'envoi de cette communication des griefs et l'audition de l'entreprise, mais que ce délai de deux mois n'a pas été respecté
- la procédure de mesures conservatoires requiert la présence du ministre ayant l'économie dans ses attributions lors de l'audition, mais que tel n'a pas été le cas.

L'appel contre ce jugement interjeté par le Président du Conseil a été toisé par un arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010 (N° 25855C du rôle). Cet arrêt confirme que les termes de la Loi sont clairs en ce sens que les formalités de son l'article 23 sont d'application dans le cadre des procédures de mesures conservatoires de l'article 11. Le fait que ce faisant les procédures conservatoires perdent de leur efficacité et de leur utilité n'est pas selon la Cour de nature à invalider cette conclusion, tant que les incohérences des textes ne les rendent pas incompatibles et insusceptibles d'être appliqués simultanément.

Sur les deux arguments que le Tribunal avait retenus pour appuyer l'annulation de la décision du Président du Conseil, la Cour prend position comme suit :

- la procédure a été irrégulière au départ dans la mesure où l'opérateur historique n'avait pas disposé d'un délai de deux mois pour préparer sa défense. Mais

dans les faits, plus de quatre mois s'étaient écoulés entre l'envoi du document valant communication des griefs et la prise en délibéré de l'affaire, et au cours de ces quatre mois il y a eu un échange extensif d'arguments et de pièces. Ainsi, l'irrégularité initiale n'a pas porté atteinte aux droits de la défense de l'opérateur historique et ne justifie pas l'annulation de la décision du Président du Conseil.

La décision du Tribunal est réformée sur ce point.

- le Ministre ayant l'économie dans ses attributions joue un rôle autonome dans les procédures de droit de la concurrence, et sa présence est imposée par la loi. Dès lors, son absence dans la procédure est de nature à vicier celle-ci, indépendamment d'une quelconque lésion des droits des parties.

La Cour confirme alors sur cette seule base l'annulation de la décision du Président prononcée par le Tribunal.

L'arrêt de la Cour administrative est encore intéressant sur deux autres points :

- au stade de la recevabilité de l'appel, la Cour confirme l'indépendance structurelle du Conseil de la concurrence et écarte la possibilité de toute tutelle ministérielle en affirmant clairement que la décision d'agir en justice, respectivement de relever appel, relève de la seule compétence et des seuls pouvoirs du Conseil de la concurrence, respectivement de son Président. Par voie de conséquence, l'Etat

est représenté dans les procédures de droit de la concurrence par le Conseil de la concurrence, respectivement par son Président

- dans le domaine des rôles respectifs du ministre ayant l'économie dans ses attributions et de l'Inspection de la concurrence, qui constitue aux termes de la Loi un des services du ministre, la Cour retient qu'il s'agit en droit de deux acteurs différents dans les procédures de droit de la concurrence, dont chacun remplit des missions différentes qui ne peuvent être mutuellement assumées l'un par l'autre. La Cour mentionne plus spécialement que l'Inspection dispose d'attributions propres qu'elle doit pouvoir exercer de sa propre initiative.

#### *b) Les mesures de confidentialité*

Le deuxième domaine d'action du Président agissant seul porte sur la possibilité pour lui de conférer à un certain nombre d'informations la protection de la confidentialité, afin qu'elles ne soient pas divulguées au public ou aux concurrents lorsqu'une telle divulgation serait de nature à porter préjudice à ceux qui en ont informé les 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, chiffre d'affaires, ...

Devant l'impérieuse nécessité de préserver le caractère confidentiel de telles informations, l'article 24 de la Loi permet dans ses paragraphes 2 à 4 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.

L'expérience pratique acquise au cours des dernières années a permis d'affiner l'approche à adopter par rapport à ces demandes en distinguant fondamentalement deux hypothèses différentes :

- si la demande est incomplète (identification insuffisante ou trop générale des informations concernées, motivation insuffisante ou inexistante sur les risques encourus en cas de divulgation de l'information, ...), l'entreprise en est avertie par courrier et elle est invitée à compléter la demande endéans un délai maximal. Au cours de ce délai, les informations jouissent

provisoirement de la confidentialité. A défaut de réponse, la confidentialité provisoire disparaît au terme du délai. En cas de réponse, celle-ci est évaluée. Si elle est insuffisante, l'entreprise peut encore une fois être invitée à compléter sa demande, sinon la confidentialité est refusée définitivement (sous réserve du recours dont dispose l'entreprise). Si le complément d'information est jugé satisfaisant, la procédure glisse vers le deuxième cas de figure

- si la demande est complète (soit *ab initio*, soit après apport d'éléments complémentaires), l'entreprise est informée par écrit de cette appréciation, de même qu'elle est informée que les informations bénéficient de façon provisionnelle de la confidentialité et que ni le Conseil de la concurrence ni l'Inspection de la concurrence ne les divulgueront à des tiers en attendant la fin de l'enquête.

Il est précisé qu'à ce stade précoce de la procédure, les conditions pour accorder le bénéfice de la protection de façon définitive ne peuvent pas être utilement appréciées de façon définitive, et que la protection provisionnelle peut faire l'objet d'une réévaluation à un stade ultérieur, au regard surtout des exceptions tenant aux nécessités de la procédure ou à l'exercice des droits des parties.

Au cours de l'année 2010, les dossiers dans lesquels des décisions sur le fond ont été adoptées par le Conseil

en formation collégiale mettaient potentiellement en cause un total de neuf demandes de confidentialité qui avaient été présentées par différentes entreprises au cours des mesures d'enquête pendant les années précédentes. Il s'est avéré qu'aucune des informations concernées ne devait être divulguée pour les besoins de la procédure ou les droits des parties, et qu'elles n'avaient donc pas besoin d'être divulguées dans le cadre de l'accès au dossier garanti au profit de toutes les parties concernées ou de la rédaction de la décision du collège. Les dossiers afférents n'ont donc pas dû être rouverts pour revenir sur l'attribution provisionnelle de la confidentialité.

Un total de treize nouvelles demandes en octroi du bénéfice de la confidentialité ont été présentées au cours de l'année 2010 sur base des dispositions de l'article 24, paragraphes 2 à 4 de la Loi à la suite de demandes de renseignements adressées par l'Inspection de la concurrence à des entreprises. La pratique révèle que les entreprises ne mesurent pas toujours l'importance d'une demande en bonne et due forme et n'y apportent pas toujours les soins voulus. Dans sept dossiers, les entreprises concernées ont dû être invitées à compléter leur demande par des éléments factuels, c.-à-d. concrètement par les documents auxquels leurs demandes se réfèrent. De façon plus fondamentale, le Président a dû solliciter dans trois dossiers une motivation plus circonstanciée que les simples formules de style avancées par les entreprises. Ces interventions ont produit le résultat suivant : une

des entreprises n'a pas réagi à cette demande de motivation, de sorte que la protection provisoire a disparue au terme du délai qui avait été fixé à l'entreprise pour réagir ; une deuxième entreprise n'a pas fourni de motivation appropriée par rapport aux informations dont elle sollicitait la confidentialité, ce qui a amené le Président à adopter le 14 décembre 2010 une décision de refus de confidentialité (cette décision n'est pas définitive au jour de la clôture du présent rapport) ; la troisième entreprise a apporté une motivation seulement partielle, ce qui a amené le Président à adopter le 4 janvier 2011 une décision de refus partielle (cette décision n'est pas définitive au jour de la clôture du présent rapport).

## B) Le Conseil de la concurrence

### 1) Généralités et administration

Le Conseil a tenu quinze réunions formelles au cours de l'année 2010, 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 divers sujets :

- l'organisation générale des travaux et l'interaction avec l'Inspection de la concurrence

- le traitement des dossiers soumis pour décision par l'Inspection de la concurrence ou des entreprises : préparation des auditions, tenue des auditions, délibérés
- la réflexion sur les modalités procédurales d'application de certains points essentiels de la loi du 17 mai 2004 (possibilité d'une appréciation divergente que celle exprimée par l'Inspection de la concurrence dans la communication des griefs, et conclusions à en tirer ; étendue de la saisine sur base de la communication des griefs et possibilités d'extension de la saisine ; identification et gestion de conflits d'intérêt ; collecte d'informations sur le chiffre d'affaires des entreprises ; ...)
- le suivi de problèmes concurrentiels potentiels dans différents secteurs ou sur différents marchés
- le suivi des travaux au sein du Réseau Européen de la concurrence
- le suivi des recours pendants devant les juridictions administratives
- la préparation du rapport annuel 2009
- la préparation du budget 2011.

## 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.

Au niveau national, le Président a été sollicité pour animer en date du 7 décembre 2010 un séminaire d'une journée sur l'actualité des marchés publics, dans le cadre duquel il a fait une présentation sur les rapports et imbrications entre droit de la concurrence et droit des marchés publics.

Le site Internet commun au Conseil de la concurrence et à l'Inspection de la concurrence sous l'adresse [www.concurrence.lu](http://www.concurrence.lu) 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. Le Conseil y publie notamment toutes les décisions adoptées par lui (à l'exception de celles portant sur des demandes de clémence et sur des demandes de confidentialité).

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 : The 2010 Handbook of Competition Enforcement Agencies et Handbook of Competition Economics, publiés par la Global Competition Review ; Competition & Antitrust Review,

publié par Euromoney Yearbooks ; Getting the Deal Through - Merger Control 2010, publié par Law Business Research.

Dans le cadre de la coopération et de l'assistance technique fournie par l'Union européenne à certains Etats, le Président du Conseil a encore été invité à participer à la tenue d'un séminaire sur la mise en œuvre du droit de la concurrence qui s'est déroulé les 13 et 14 octobre 2010 à Tunis, Tunisie, où il a fait des présentations sur « Les Ententes » et « L'abus de dépendance économique ».

Dans le cadre du congrès annuel de la Fédération Internationale de Droit Européen qui s'est tenu du 3 au 6 novembre 2010 à Madrid, Espagne, le Président du Conseil a préparé le rapport luxembourgeois sur le sujet « *The Judicial Application of European Competition Law* ».

### 3) 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 huit 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 sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et sur les mesures aptes à y mettre fin (article 10)

3. il peut accepter des engagements qui sont proposés par les entreprises concernées par une procédure d'enquête en vue de mettre fin à une situation anticoncurrentielle (article 12)
4. il peut prononcer des amendes (article 18, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3) et des astreintes (article 20, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, points 1 et 2) et des astreintes (article 20, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3) dans le cadre de l'inspection 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<sup>er</sup>, point 2)
7. il peut prononcer des astreintes suite à l'adoption d'engagements sur base de l'article 12 (article 20, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 2)
8. il peut adopter des avis de clémence (article 19).

Les points 2 (décision sur le fond), 4 (amendes et astreintes lors de décisions sur le fond) et 8 (clémence) ont trouvé une application concrète en 2010. Ces trois aspects sont étroitement liés et sont présentés ensemble par la suite.

Par ailleurs, à la suite des décisions intervenues en 2008, le domaine des astreintes prononcées dans le cadre des enquêtes menées par l'Inspection (point 5) et à la suite de mesures conservatoires (point 6) a connu certains prolongements dont il faut donner un aperçu.

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 2010.

*a) Décisions au fond,  
amendes et astreintes y  
associées, et clémence*

Par une décision N° 2010-FO-01 du 5 mars 2010, le Conseil a constaté une entente portant sur une pratique de répartition de marchés entre sept entreprises dans le cadre de procédures de marchés publics portant sur la fourniture et la pose de carrelages.

Les faits tels qu'ils ont été constatés dans cette affaire n'ont pas relevé que l'entente avait aussi eu pour objet ou pour effet d'entraîner une augmentation des prix proposés au pouvoir adjudicateur. Une entente de répartition de marchés n'en constitue pas moins une infraction grave au droit de la concurrence, dans la mesure où elle écarte les mécanismes

normaux de fonctionnement des marchés qui requièrent que chaque entreprise détermine de façon autonome son comportement et se positionne d'après ses propres caractéristiques et paramètres. Ces contraintes amènent les entreprises à mettre en place une structure productive et administrative efficace et efficiente dans l'intérêt de leurs clients, afin de leur offrir les meilleurs produits, respectivement une palette étendue de produits, aux meilleurs prix.

A la suite du constat de l'entente, le Conseil a imposé aux sept entreprises des amendes se chiffrant entre 15.000€ et 25.000€ pour un total global de 145.000€.

Dans cette affaire, à la suite de l'avis de clémence N° 2006-CL-01 du 1<sup>er</sup> juin 2006, le Conseil a fait bénéficier une des entreprises de façon définitive d'une réduction de 50% de l'amende sur base du programme de clémence, en raison des informations qu'elle a apportées après le début de l'enquête.

Deux autres entreprises avaient présenté au début de la procédure des demandes de clémence, qui avaient fait l'objet de refus (décision N° 2006-CL-02 du 21 juin 2006 et décision N° 2006-CL-03 du 27 juin 2006). Ce refus est confirmé définitivement par la décision N° 2010-FO-01.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et est partant définitive au jour de la fin de la période sous rapport.

Dans une décision N° 2010-FO-02 du 10 décembre 2010, le Conseil avait à examiner un reproche d'abus de position dominante à l'encontre d'une entreprise œuvrant sur le marché de la distribution de programmes de télévision par câble.

Selon une approche classique en matière d'abus de position dominante, le Conseil a dans un premier temps procédé à la définition du marché, pour retenir que la distribution de programmes de télévision par câble, par DSL et par satellite faisaient partie du même marché de services, et que ce marché de services se trouvait géographiquement délimité par la partie du territoire luxembourgeois couverte par le réseau exploité par l'opérateur de câblodistribution en question. A partir de cette définition du marché, et des caractéristiques propres à ce marché en termes d'évolution passée et future et de barrières à l'entrée, l'opérateur de câblodistribution concerné a été trouvé en position dominante.

En examinant concrètement les faits qui étaient reprochés à cet opérateur dans la communication des griefs de l'Inspection de la concurrence, le Conseil a constaté que ceux-ci étaient à qualifier de comportement abusif :

- l'entreprise facturait à ses abonnés des frais d'abonnement lorsque ceux-ci utilisaient un deuxième ou troisième branchement, sans que l'entreprise n'ait été en mesure de démontrer des éléments qui établiraient l'existence de frais réels qui pourraient justifier la facturation de ces frais d'abonnement.

L'entreprise a ainsi enfreint le droit de la concurrence en exploitant directement les consommateurs.

- l'entreprise obligeait ses abonnés à acheter les appareils *set-top box* (indispensables pour la réception de programmes de télévision en mode numérique) qu'elle commercialisait elle-même, alors qu'il était techniquement et commercialement possible d'en utiliser d'autres.

L'entreprise a ainsi violé le droit de la concurrence en écartant du marché certains fabricants de décodeurs et en limitant de façon injustifiée les possibilités de choix des consommateurs.

- l'entreprise ne commercialisait que des modèles d'appareils *set-top box* dans lesquels étaient intégrées certaines fonctions dont les abonnés n'étaient pas nécessairement demandeurs (tels que le guide des programmes, la *Video on demand* et l'accès à Internet), alors qu'elle disposait d'un modèle dans lequel ces fonctions n'étaient pas intégrées.

L'entreprise a ainsi violé le droit de la concurrence en limitant le choix des consommateurs et en les obligeant à financer l'acquisition de fonctionnalités qu'ils ne voulaient pas utiliser.

Dans sa décision, le Conseil s'est focalisé sur les moyens qui permettraient de mettre fin à ces pratiques, en imposant certaines mesures comportementales à l'entreprise :

- suppression de la facturation des frais d'abonnement injustifiés

- suppression de la limitation d'approvisionnement en *set-top box* en permettant aux abonnés de se procurer un tel appareil ailleurs que chez l'entreprise en cause
- commercialisation de tous les modèles de *set-top box* à disposition de l'entreprise

La mise en œuvre effective de ces mesures est réalisée par un mécanisme de surveillance et de *reporting* à charge de l'entreprise.

Aucune amende n'a été prononcée à l'encontre de l'entreprise concernée.

Cette affaire met en exergue la différence entre les abus d'exclusion, qui couvrent les pratiques mises en œuvre par une entreprise dominante en vue d'exclure ses concurrents à plus ou moins long terme du marché, et les abus d'exploitation, qui couvrent les comportements par lesquels une entreprise dominante tire un profit indu de son activité sur le marché et réduit ou annule le surplus économique auquel le consommateur peut s'attendre en cas de fonctionnement concurrentiel du marché.<sup>3</sup>

Cette décision n'est pas encore définitive au jour de la clôture du présent rapport au 31 décembre 2010.

Dans la décision N° 2010-FO-03 du 10 décembre 2010, le Conseil a examiné un reproche d'abus de position dominante contre une entreprise luxembourgeoise active sur le marché de la vente en gros de

produits de tabac. Il lui était reproché d'avoir refusé de fournir un grossiste de produits de tabac aux mêmes conditions que les autres grossistes. Une des particularités du dossier résidait dans le fait que l'entreprise visée était verticalement intégrée pour couvrir tant la production de produits de tabac, que leur vente en gros et leur vente au détail

En suivant la grille de lecture applicable en présence d'allégations d'abus de position dominante, le Conseil a procédé d'abord à la définition du marché, pour conclure par opposition à l'Inspection de la concurrence que le marché pertinent n'était pas limité aux produits de tabac luxembourgeois, i.e. fabriqués par une entreprise établie au Luxembourg, mais s'étendait à tous les produits de tabacs, peu importe qu'ils étaient fabriqués au Luxembourg pour y être commercialisés ou à l'étranger pour ensuite être importés au Luxembourg en vue de leur commercialisation. D'un point de vue géographique, ce marché est limité au territoire luxembourgeois.

Sur base de cette délimitation plus large du marché, l'entreprise luxembourgeoise qui aurait pu être considérée comme dominante sur base d'une définition étroite du marché, n'a pas été considérée comme se trouvant dans une position dominante, puisqu'elle se trouvait confrontée sur ce marché à d'autres opérateurs aux pouvoirs de marché en règle générale plus élevés que les siens.

<sup>3</sup> Pour plus de détails, voir la partie III, point A du présent rapport annuel.

Dès lors, et alors même que le fait initial qui avait déclenché la procédure, à savoir le refus de vente opposé à un grossiste de produits de tabac, était établi par les pièces du dossier, le Conseil de la concurrence n'a pas pu intervenir ni au profit de la victime de cette pratique, ni à l'encontre de son auteur, puisque ses compétences sont limitées à la répression des pratiques anticoncurrentielles relevant de la catégorie des abus de position dominante et des ententes.

Cette affaire soulève la question de savoir si l'arsenal juridique luxembourgeois est suffisant pour combattre de telles pratiques mises en œuvre par une entreprise qui commercialise un produit financièrement et commercialement intéressant pour ses clients, sans être en position dominante sur le marché qui englobe ce produit. Certains Etats approchent de tels comportements par la poursuite des abus de dépendance économique.<sup>4</sup>

Cette décision n'est pas encore définitive à la fin de la période d'observation couverte par le présent rapport.

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

Au courant du mois de décembre 2010, l'Inspection de la concurrence a saisi le Conseil d'un total de dix-neuf

---

<sup>4</sup> Pour plus de détails, voir la partie III, point B du présent rapport annuel.

demandes en vue d'imposer des amendes et des astreintes à des entreprises qui n'ont pas donné suite à des décisions de demande de renseignements qui leur avaient été adressées. Ces dossiers n'ont pas encore fait l'objet d'une décision au jour de la clôture du présent rapport.

*c) Astreintes suite à des  
mesures conservatoires*

La décision N° 2008-AA-01 du 26 février 2008, qui avait prononcé des astreintes à l'appui de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008, avait fait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif, ensemble avec cette dernière décision. Les recours contre les deux décisions ont été joints par le Tribunal administratif et ont été toisés ensemble dans le jugement du 25 mai 2009 (N° 24306 et 24408 du rôle). Après avoir annulé la décision N° 2008-MC-01, le jugement du Tribunal administratif a procédé en toute logique à l'annulation de la décision N° 2008-AA-01.

L'arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010 (N° 25855C du rôle) confirme le jugement du Tribunal administratif en ce qui concerne l'annulation de la décision sur mesures conservatoires<sup>5</sup>, de sorte que l'annulation de la décision sur les astreintes reste maintenue.

---

<sup>5</sup> Pour plus de détails sur le contenu de l'arrêt de la Cour administrative, cf supra au point II, A, 2, a.

*d) Amendes et astreintes :  
procédures de recouvrement*

Une décision N° 2007-AA-03 du 30 mars 2007 avait imposé des amendes et des astreintes à une entreprise qui n'avait pas répondu dans les délais à une décision de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence.

D'après les informations fournies au Conseil, cette entreprise avait présenté une demande en grâce.

Le Conseil ne dispose pas d'informations officielles sur l'état de cette procédure de grâce. Au jour de la clôture du présent rapport, les montants dus n'étaient pas non plus payés.<sup>6</sup>

Les décisions N° 2008-AA-02 et N° 2008-AA-03 du 13 octobre 2008, qui avaient imposé des amendes et des astreintes à deux entreprises pour ne pas avoir donné suite à des décisions de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence n'avaient pas fait l'objet de recours et étaient devenues définitives au cours de l'année 2009.

Au cours de la procédure de recouvrement de ces amendes par l'Administration de l'Enregistrement, il s'est avéré qu'une de ces entreprises avait cessé son activité au mois de décembre 2009. A la demande du receveur compétent, le

---

<sup>6</sup> Par courrier du 25 février 2011, le Conseil de la concurrence a toutefois été informé que l'entreprise en question avait payé le montant dû (5.080€) à cette date.

Conseil lui a accordé décharge au mois de mai 2010 pour le recouvrement de cette amende.

La seconde entreprise s'est acquittée de sa dette à concurrence de 2.020€ en date du 13 janvier 2010.

Le total des amendes à concurrence de 145.000€ prononcé par la décision N° 2010-FO-01 du 5 mars 2010 a été recouvré par l'Administration de l'Enregistrement dès les mois de juillet et août 2010.

#### 4) 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 invite sur une base annuelle ou semestrielle les Directeurs généraux à se réunir. Cette assemblée regroupe les responsables des différentes autorités de concurrence, ensemble avec les responsables des instances politiques (essentiellement les ministères) chargés d'orienter ou 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 2010 sur les nouveaux défis que doivent affronter les autorités de concurrence, notamment au regard des exigences découlant du respect des droits de la défense, de la crise dans le secteur du lait ou de l'étendue de leurs ressources par suite de restrictions budgétaires. Ces deux derniers points ont notamment donné lieu en novembre 2010 à des prises de position publiques par les dirigeants des autorités de concurrence.

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 2010, les *European Competition Days* ont eu lieu le 12 mai 2010 à Madrid, Espagne et le 21 octobre 2010 à Bruxelles, Belgique.

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

En pratique, un certain nombre de sujets abordés par la Commission européenne dépasse 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, qui amènent le Conseil de la concurrence à coopérer au niveau national avec les services ministériels concernés.

*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 (REC) 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

des Directeurs généraux, organise le fonctionnement du Réseau et surveille et coordonne les travaux des différents sous-groupes et groupes de travail.

Il en est ainsi ensuite des sous-groupes et groupes de travail, qui travaillent soit sur des secteurs déterminés (professions libérales, énergie, banques, véhicules automoteurs, sports, ...), soit sur des questions générales (cartels, clémence, communication, ...). Ces sous-groupes et groupes de travail se réunissent en fonction de leurs besoins spécifiques.

Les matières abordées dans ces différents groupes de travail amènent 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 du droit ou la pratique au Luxembourg.

Dans le cadre de sa communication externe, le REC publie une lettre d'information, le *ECN Brief*, à l'attention du public. Après les travaux préparatoires en 2009, la première édition a été publiée au début de l'année 2010. Il y en a eu en tout six au courant de l'année 2010, dont une édition spéciale dédiée à la présentation synoptique de toutes les autorités de concurrence regroupées au sein du REC.

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<sup>7</sup>*

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 101 et 102 du TFUE (anciens 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.

Elle cherche aussi à améliorer son propre processus d'enquête et de décision pour répondre à certaines attentes des entreprises. A cet effet, elle a soumis à consultation publique au mois de janvier 2010 trois notes explicatives sur le déroulement des procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante :

- Bonnes pratiques relatives aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante
- Bonnes pratiques relatives à la communication de données économiques
- Lignes directrices relatives au rôle des conseillers-auditeurs dans le cadre des procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

---

<sup>7</sup> Le détail des activités de la Commission européenne peut être consulté dans le propre rapport annuel de la DG Concurrence, ainsi que sur son site Web <http://ec.europa.eu/comm/competition>.

On peut encore relever les réflexions et études approfondies qui sont menées par la DG Concurrence dans des domaines annexes ou connexes à l'application directe du droit de la concurrence par les autorités publiques. Ainsi, après les travaux menés depuis des années sur le projet d'actions privées en dommages-intérêts, la DG Concurrence a fait effectuer une étude sur le sujet particulier de l'évaluation des dommages subis par les victimes de comportements anticoncurrentiels (Quantifying antitrust damages, Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission, by Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos, with economic assistance from Dr Walter Beckert, Professor Eric van Damme, Professor Mathias Dewatripont, Professor Julian Franks, Dr Adriaan ten Kate and Professor Patrick Legros).

ii) Le champ d'action de la DG Concurrence de la Commission européenne dépasse 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 les résultats qui en résultent. Elles peuvent ainsi suivre l'évolution de tels dossiers dès un stade précoce.

La procédure de discussion et de négociation en prévision de l'expiration de certains règlements d'exemption en bloc s'est inscrite dans ce cadre. Ces procédures ont mené à l'adoption des textes suivants, dont certains sont accompagnés de documents explicatifs détaillés :

- Règlement (UE) N° 267/2010 de la Commission du 24 mars 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances,
- accompagné de la Communication de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances
- Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, expliqué par la Communication de la Commission de mai 2010 portant sur les Lignes directrices sur les restrictions verticales précise la pratique suivie par la Commission dans l'application de règlement N° 330/2010
- Règlement (UE) N° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du

traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile,

accompagné de la Communication de la Commission, Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles mai 2010

- Règlement (CE) N° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement
- Règlement (CE) N° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation

A ces deux derniers règlements s'ajoute la communication de la Commission de janvier 2011 portant sur les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, qui fournit un cadre analytique pour les types de coopération horizontale les plus courants.

*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 celui du 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, notamment au Forum Mondial de la Concurrence. Le Conseil de la concurrence entend y contribuer dans la mesure de ses possibilités.

Les activités de l'OCDE sont appuyées par un réseau

d'informations en ligne auquel le Conseil a adhéré et qui lui permet de tirer profit des travaux de l'Organisation.

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 l'Etude économique sur le Luxembourg.

*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 tiennent des réunions/conférences annuelles, et 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.

### C) Tableau récapitulatif au 31 décembre 2010 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](http://www.concurrence.lu) des autorités de concurrence.

<b>1) Décisions sur le fond</b>		
<b>Date et N° de la décision</b>	<b>Objet</b>	<b>Recours au Tribunal administratif</b>
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 juillet 2009 N° 2009-FO-01	Reproche d'entente et d'abus de position dominante sur le marché de l'édition et de la distribution de produits de presse écrite	Non
3 août 2009 N° 2009-FO-02	Reproche d'abus de position dominante sur le marché de l'acheminement de produits pétroliers vers le port fluvial de Mertert	Non
5 mars 2010 N° 2010-FO-01	Entente de répartition de marchés sur le marché de la fourniture et de la pose de carrelages	Non
10 décembre 2010 N° 2010-FO-02	Abus de position dominante sur le marché de la distribution de programmes de télévision	(délai ouvert au 31.12.2010)
10 décembre 2010 N° 2010-FO-03	Reproche d'abus de position dominante sur le marché de la vente en gros de produits de tabac	(délai ouvert au 31.12.2010)

<b>2) Décisions prononçant des amendes et/ou des astreintes (en dehors d'une procédure au fond)</b>		
<b>Date et N° de la décision</b>	<b>Objet</b>	<b>Recours au Tribunal administratif</b>
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 vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24434C A)
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 vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24433C A)
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 vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24434C A)

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 vidée par arrêt du 30 avril 2009 (N° 24433C A)
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	Décision annulée par arrêt du Tribunal administratif du 20 mai 2009 ; Annulation confirmée par arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010
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

<b>3) Avis de clémence</b>		
<b>Date et N° de la décision</b>	<b>Objet</b>	<b>Recours au Tribunal administratif</b>
27 mai 2005 N° 2005-AC-01	Avis de clémence conditionnel	Non
1 <sup>er</sup> 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

<b>4) Décisions prononçant sur des demandes de confidentialité</b>		
Toutes les demandes de confidentialité font l'objet d'un accusé de réception confirmant l'octroi implicite mais provisoire de la confidentialité, ou demandant un complément d'information. Il y a eu en outre les décisions expresses suivantes :		
<b>Date et N° de la décision</b>	<b>Objet</b>	<b>Recours au Tribunal administratif</b>
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
31 juillet 2009 N° 2009-CO-01	Refus d'octroi de la confidentialité	Non
14 décembre 2010 N° 2010-CO-01	Refus d'octroi de la confidentialité pour motivation insuffisante	(délai ouvert au 31.12.2010)

<b>5) Décisions prononçant des mesures conservatoires</b>		
<b>Date et N° de la décision</b>	<b>Objet</b>	<b>Recours au Tribunal administratif</b>
22 janvier 2008 N° 2008-MC-01	Prononcé de mesures conservatoires limitées	Décision annulée par arrêt du Tribunal administratif du 20 mai 2009 ; Annulation confirmée par arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010

<b>6) Avis consultatifs</b>		
<b>Date et N° de l'avis</b>	<b>Objet</b>	<b>Recours au Tribunal administratif</b>
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 <sup>er</sup> 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 <sup>er</sup> décembre 2006 N° 2006-AV-09	Avis sur le marché de détail de lignes louées (M 7)	Non

1 <sup>er</sup> 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) De quelques aspects surgis au cours de l'année

L'examen des dossiers individuels soumis au Conseil peut soulever des questions d'ordre général ou particulier très intéressantes d'un point de vue de l'application du droit de la concurrence, mais qui ne requièrent pas nécessairement des développements exhaustifs ou une prise de position définitive pour pouvoir adopter la décision individuelle. Le Conseil entend saisir l'occasion de son rapport annuel pour y revenir.

#### A) L'abus d'exploitation<sup>8</sup>

##### 1) Le contexte économique et juridique

Les objectifs du droit de la concurrence sont le maintien d'un fonctionnement concurrentiel des marchés en garantissant un accès libre à toutes les entreprises intéressées et un développement libre des activités économiques des entreprises. Le but ultime du jeu de la concurrence est de mener à l'augmentation de la productivité des entreprises, à la création d'efficacités et en fin de compte à l'amélioration du bien-être

des consommateurs. Ce but est atteint par la pression concurrentielle à laquelle sont soumises les entreprises, qui les contraint à se repositionner constamment par rapport à leurs concurrents de façon à engendrer une meilleure allocation des ressources, un accroissement de la productivité, une diversification du choix des produits et services, une amélioration de la qualité et une réduction des prix.

Le droit de la concurrence interdit donc, dans l'intérêt des entreprises et en fin de compte des consommateurs, d'une part les ententes anticoncurrentielles, par lesquelles les entreprises se concertent entre elles pour se soustraire aux contraintes du marché, et d'autre part les abus de position dominante, par lesquelles les entreprises qui détiennent un pouvoir de marché abusent de ce pouvoir pour annihiler les forces du marché.

Dans le domaine de la répression des abus de position dominante, le droit de la concurrence s'est concentré au fil du temps sur les abus dits d'exclusion. Ce sont les comportements des entreprises dominantes qui ont directement ou indirectement pour finalité d'écartier des concurrents du marché, et dont la réalisation a pour effet d'atténuer ou même de supprimer la pression concurrentielle qui s'exerce sur ce marché et d'affranchir des contraintes concurrentielles la ou les entreprises qui s'y maintiennent, le tout au détriment des consommateurs finaux. En s'attaquant ainsi aux abus d'exclusion, le droit de la concurrence combat les causes qui se trouvent à l'origine des dysfonctionnements des marchés. Ce fondement général

---

<sup>8</sup> Pour une présentation générale, voir aussi P. Hubert et M.-L. Combet, Exploitative abuse: The end of the Paradox?, Concurrences N° 1-2011, page 44.

explique pourquoi la communication de la Commission européenne de février 2009 sur ses priorités pour l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se focalise sur les pratiques d'éviction des entreprises.

A côté des pratiques d'exclusion, le droit de la concurrence s'intéresse aussi aux abus d'exploitation. D'une façon générale, cette notion recouvre les comportements par lesquels une entreprise dominante entend tirer profit d'une situation privilégiée afin d'imposer des contraintes ou charges indues à ses cocontractants.

Le cercle des victimes potentielles des deux catégories d'abus ne se recouvrent pas entièrement. Les abus d'exclusion opèrent à l'égard d'autres entreprises actives sur le marché qui sont en règle générale en situation de concurrence avec l'entreprise auteur de la pratique ou d'une entreprise liée à cette dernière. A ce titre, ces abus sont prohibés parce qu'ils nuisent au processus compétitif et ainsi en fin de compte au bien-être des consommateurs. Les abus d'exploitation par contre peuvent avoir pour cibles potentielles tant des entreprises, et ce peu importe qu'elles se trouvent en situation de concurrence avec l'auteur de la pratique, que des consommateurs finals. A ce titre, ces abus sont prohibés parce qu'ils engendrent directement des conditions de transaction inéquitables, inégales, discriminatoires, ... au détriment de ces cibles et donc en fin de compte des consommateurs. Ces effets négatifs se produisent soit directement dans le chef des

consommateurs lorsqu'ils sont la cible direct des pratiques, soit indirectement lorsque les entreprises intermédiaires répercutent les conditions de transaction défavorables sur leurs propres clients de façon à ce que les effets d'une pratique d'exploitation se répercutent tout au long de la chaîne de commercialisation pour atteindre en fin de compte les consommateurs finals.

## 2) Le potentiel de la notion d'abus d'exploitation

Les exemples d'abus de position dominante donnés par l'article 102 du TFUE (et de façon pratiquement identique par l'article 5 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence) ont été utilisés dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et dans la jurisprudence des juridictions de contrôle pour illustrer des abus d'exclusion sur lesquels l'attention s'est concentrée au cours des dernières décennies. Mais ils peuvent aussi être considérés comme étant des exemples d'abus d'exploitation.

Malgré la focalisation de l'intérêt au cours des décennies passées sur les comportements d'éviction, les pratiques d'exploitation n'ont pas pour autant été négligées. Ainsi, des exemples d'abus d'exploitation identifiés dans le passé ont porté sur des pratiques de prix abusivement bas (lorsque l'entreprise dominante agit en tant qu'acheteur) ou abusivement

élevés (lorsque l'entreprise dominante agit en tant que vendeur), des clauses contractuelles inéquitables ou des comportements inefficients dus à un manque d'organisation interne ou un refus de mettre en œuvre des méthodes de production ou de gestion plus efficaces. Des comportements inefficients, notamment par le refus ou l'abstention de faire les efforts d'organisation et d'innovation nécessaires pour fournir à ses clients des produits ou services en une qualité, quantité ou diversité tel que cela s'imposeraient en situation concurrentielle, nuisent aux consommateurs dans la mesure où ces comportements, qui se résument souvent en une inaction ou une abstention d'agir, empêchent une amélioration de la qualité et/ou une réduction des coûts et le cas échéant ne permettent pas aux consommateurs de se procurer le produit ou service dont ils ont besoin.

Bien que certains auteurs tentent, dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence communautaire, de justifier une limitation de l'application de la notion d'abus d'exploitation à des situations dans lesquelles l'entreprise dominante jouit d'un monopole créé ou protégé par l'Etat<sup>9</sup> ou dans lesquelles l'exploitation constitue la preuve d'un comportement restrictif du processus concurrentiel<sup>10</sup>, pareilles restrictions

---

<sup>9</sup> Heike Schweitzer, *Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC* <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/7626/3/LAW-2007-32.pdf>.

<sup>10</sup> Pinar Akman, *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?* (December 25,

ne résultent pas du texte et d'autres auteurs admettent que les règles de concurrence figurant à l'article 102 du TFUE sanctionnent directement des comportements constitutifs de pratiques d'exploitation, sans que ceux-ci ne doivent nécessairement nuire au processus concurrentiel<sup>11</sup>.

Il doit en être d'autant plus au niveau national en présence des termes de l'article 5 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, qui comporte une différence de rédaction essentielle à cet égard. Au niveau communautaire, une justification du lien entre l'exploitation du consommateur/cocontractant et l'atteinte au processus concurrentiel peut être recherchée dans la rédaction de l'article 102 du TFUE qui se réfère à l'incompatibilité de telles pratiques avec le marché commun et énonce la condition que de telles pratiques, pour être illégales, doivent affecter le commerce entre Etats membres. Ce lien marque l'attachement des règles communautaires au maintien d'une concurrence efficace et réelle, au niveau de l'Union européenne, en vue de la réalisation de l'objectif primordial que constitue le marché commun avec toutes les libertés économiques qu'implique ce dernier. L'article 5 de la loi modifiée de 2004 ne comporte toutefois pas de référence ni à la réalisation du marché unique, ni à l'affectation du commerce intracommunautaire, mais

---

2008). ESRC Centre for Competition Policy CCP Working Paper No. 09-1; ESRC Centre for Competition Policy CCP Working Paper No. 09-1. <http://ssrn.com/abstract=1328316>.

<sup>11</sup> Eugène Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, Wolters Kluwer, 2009, page 250.

se borne à interdire « *le fait ... d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché* », sans aucune restriction ou condition supplémentaire.

A ce stade, il convient encore de relever que les entreprises en position dominante se voient astreintes à une responsabilité particulière, qui implique qu'elles ne portent pas atteinte par leurs comportements à une concurrence effective et non faussée, respectivement qu'elles ne privent pas leurs cocontractants de produits et services en quantité, qualité et diversité tel que résultant normalement d'un marché concurrentiel. Il en découle notamment qu'elles ne sont pas admises à adopter certains comportements qui ne seraient pas répréhensibles si mis en œuvre par une entreprise qui ne se trouve pas en position dominante. La raison en est d'une part que des pratiques mises en œuvre de façon légitime par les unes peuvent être mises à profit par les autres pour maintenir ou accroître leur dominance. La raison en est d'autre part que les entreprises non dominantes se trouvent amenées à terme à redresser leurs comportements de leur propre initiative par suite des contraintes qu'exerce sur elles le jeu de la concurrence, qui les amènent à rétablir l'équilibre entre intérêts divergents, alors que les entreprises dominantes se trouvent justement soustraites à ce mécanisme correcteur.

Il y a donc de l'espace pour appliquer en droit de la concurrence la notion d'abus d'exploitation. Il n'en découle cependant pas nécessairement que

toute pratique individuelle mise en œuvre par une entreprise en position dominante et comportant un effet d'exploitation relève *ipso facto* de l'application du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence reste en effet toujours cantonné à la sauvegarde de l'ordre public économique et des mécanismes concurrentiels sur les marchés. Il ne doit intervenir au regard des abus d'exploitation que dans les situations qui révèlent une perturbation étendue, flagrante et persistante du bon fonctionnement des marchés, en privant un nombre important de clients des produits ou services auxquels ils pourraient s'attendre en situation concurrentielle<sup>12</sup>.

Le Conseil estime dès lors que sous certaines conditions, qui requièrent un examen détaillé au cas par cas, l'abus de la position dominante dont jouit une entreprise et par lequel celle-ci exploite, ou tente d'exploiter, ses cocontractants actuels ou potentiels est répréhensible sous l'empire du droit luxembourgeois, nonobstant l'absence d'un effet d'exclusion.

---

<sup>12</sup> En ce sens, la Commission européenne a pu décider qu'elle ne peut intervenir « *que s'il existe des preuves claires et incontestables qu'une part très substantielle de la clientèle est privée d'un service dont elle a manifestement besoin et que, par conséquent, [l'entreprise dominante] exploite réellement sa position dominante de manière abusive* ». Décision de la Commission du 12 avril 1999 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE et des articles 53 et 54 de l'accord EEE (Affaire IV/D-1/30.373 - Clubs de protection et d'indemnisation : accord du Groupe international et affaire IV/D-1/37.143 - Clubs de protection et d'indemnisation : accord de mise en commun), considérant N° 128.

C'est en sens qu'il faut comprendre la réflexion développée par le Conseil dans la décision N° 2010-FO-02 du 10 décembre 2010 selon laquelle « *le Conseil tient à exprimer ses regrets que l'ensemble des reproches soulevés par les nombreux consommateurs n'aient pas fait l'objet de la part de l'Inspection de la concurrence d'une appréciation plus approfondie au regard de la notion d'abus d'exploitation* » (point N° 14).

## **B) L'abus de dépendance économique**

### **1) Les enjeux économiques et commerciaux**

Certaines entreprises contrôlent la distribution d'un produit ou d'un service que les entreprises en aval veulent pouvoir commercialiser pour offrir une gamme complète de produits ou services, et pour lesquelles la possibilité de pouvoir commercialiser ce produit ou service constitue, sinon une condition de leur survie, du moins une question de réputation et de sérieux commercial. On peut caractériser ces produits ou services comme étant des produits qui bénéficient d'une certaine notoriété ou aura qui en font un produit ou service dont la présence dans la gamme commercialisée par les entreprises en aval est nécessaire pour des raisons commerciales parce qu'ils bénéficient auprès de certains consommateurs d'un attrait, objectif

ou subjectif, qui fait qu'on peut estimer qu'il existe une demande spécifique pour ces produits ou services.

Lorsque l'entreprise en amont refuse de fournir ce produit ou service à une ou plusieurs entreprises en aval, il faut distinguer en gros deux cas de figure.

La première situation est celle où l'entreprise en question a organisé un réseau de distribution vertical, en sélectionnant les distributeurs auxquels elle cède ses produits ou services et en restreignant la possibilité pour ses distributeurs de revendre le produit ou service en question à certaines entreprises qui se trouvent au même niveau de la chaîne de distribution, ou à un niveau plus bas. Une telle organisation relève de la notion d'accords entre entreprises dans une relation verticale. Dans une telle relation, les risques de comportements anticoncurrentiels sont moins prononcés que dans le cadre d'une concertation horizontale entre concurrents. La licéité de tels accords verticaux doit être appréciée au cas par cas en fonction des caractéristiques propres du marché pertinent et du produit ou service concerné. Au niveau de l'Union européenne, de tels accords sont régis par le règlement (CE) N° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, pour l'application duquel on peut se référer à la communication de la Commission de mai 2010 contenant

Lignes directrices sur les restrictions verticales.

La seconde situation est celle où l'entreprise refuse le produit ou service en question à toutes les entreprises qui sont actives en aval, à l'exception de celles qui forment avec elle une unité économique. Dans ce cas de figure, cette pratique peut le cas échéant être appréhendée au titre du droit de la concurrence par le biais de reproches de refus de vente ou de discrimination tirés de la catégorie des abus de position dominante. Mais cette démarche n'est utile que si le produit ou service en question ne connaît pas de produit de substitution, ou si les produits de substitution ne couvrent qu'une petite partie de l'offre et de la demande, de sorte à ce que l'entreprise qui le commercialise se trouve en position dominante.

Or, très souvent, cette condition ne se trouve pas réalisée, lorsque la situation se présente pour un produit qui connaît un ou plusieurs substituts qui représentent une part non négligeable du marché. Ce constat écarte l'hypothèse d'une position dominante dans le chef de l'entreprise qui en contrôle la distribution, et écarte par voie de conséquence la possibilité d'approcher cette problématique par le biais du droit de la concurrence traditionnel, basé sur la répression des abus de position dominante. Si un tel comportement peut en effet mettre en péril la survie des entreprises en aval qui se voient refuser la fourniture du produit ou service en question, il ne met pas pour autant nécessairement en cause le fonctionnement concurrentiel du marché en tant que tel.

Mais le fait pour une entreprise, grossiste ou détaillant, de se voir opposer un refus d'approvisionnement de la part du fabricant ou distributeur en amont, sans disposer de solution de rechange pour s'approvisionner par un autre canal, et partant sans pouvoir fournir ces produits spécifiques à ses propres clients, comporte pour lui un désavantage commercial certain par rapport à ses concurrents qui disposent de ce produit ou service dans leur gamme. Comme elle n'est pas en mesure de fournir ces produits ou services, elle perd d'une part directement le chiffre d'affaires et les revenus liés à la commercialisation de ces produits ou services, et elle risque d'autre part de voir ses clients s'orienter vers ses concurrents pour acquérir non seulement le produit ou service en question, mais également d'autres produits ou services commercialisés par les concurrents.

Ce désavantage commercial, bien qu'amoiné, continue à subsister dans une situation dans laquelle l'entreprise-grossiste évincée de la source d'approvisionnement en amont dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres grossistes, à des conditions commerciales plus favorables que sur le marché de détail, mais moins favorables que sur le marché de gros. Dans ce cas de figure, à volume d'activité et autres conditions d'exploitation égales, ce grossiste bénéficie d'une marge bénéficiaire réduite et se retrouve partant en situation défavorable au regard de ses résultats d'exploitation.

De telles situations peuvent engendrer un sentiment d'impuissance et de frustration auprès des entreprises concernées, qui se sentent bridées dans leur développement commercial, et peuvent aussi à l'extrême conduire à des distorsions du marché, incompatibles avec les règles du libre jeu de la concurrence. Il peut partant sembler approprié de s'interroger sur les voies pour appréhender de tels comportements.

## 2) Quelques notions fondamentales sur l'abus de dépendance

Différentes orientations sont envisageables : actions sur base du droit contractuel et de la responsabilité civile (clauses léonines, conditions purement potestatives, vices du consentement, lésion, nullité, ...); actions basées sur l'infraction de refus de vente tirée du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente ; actions en interdiction d'actes de concurrence déloyale sur base de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative peuvent éventuellement être envisagées ; actions basées sur le droit de la consommation qui comporte l'interdiction ou la

réglementation de certaines pratiques commerciales.

Mais il est à se demander si ces moyens d'action constituent des voies efficaces et si de nouveaux chemins ne peuvent pas être explorés. Pour entamer une réflexion sur ce point, le Conseil prend comme point de départ la disposition de l'article 3, paragraphe 2, dernière phrase 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, aux termes de laquelle « *[L]e présent règlement n'empêche pas les Etats membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise* »<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Dans un rapport du 29 avril 2009, Communication de la Commission au parlement européen et au Conseil, Rapport sur le fonctionnement du règlement N° 1/2003, COM(2009) 206 final (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0206:FIN:FR:PDF>; paragraphes 19 à 22), à lire ensemble avec le document qui l'accompagne, Commission Staff Working Paper <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0574:FIN:EN:PDF>), la Commission européenne donne un aperçu sur l'application de cette disposition.

Le sujet a aussi donné lieu à un rapport spécial à l'occasion de la 7<sup>e</sup> conférence annuelle de l'ICN du 14 au 16 avril 2008 à Kyoto : ICN Special Program for Kyoto Annual Conference, Report on Abuse of Superior Bargaining Position (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>).

L'OCDE a examiné la problématique dans le cadre plus limité des relations ascendantes, i.e. du pouvoir qui peut être exercé par une entreprise acheteuse sur les fournisseurs/fabricants en amont : Table ronde sur les monopsones et le pouvoir

Cette disposition avait été introduite à l'époque dans ce règlement communautaire pour notamment tenir compte du fait que de nombreux Etats disposaient dans leur arsenal législatif d'instruments pour agir à l'encontre de certaines pratiques préjudiciables à des entreprises individuelles ou au fonctionnement concurrentiel des marchés sans être l'œuvre d'entreprises dominantes sur un marché. A l'heure actuelle, environ la moitié des Etats de l'Union européenne disposent d'une telle législation en rapport avec la situation spécifique abordée ici, dont les contours peuvent être variables. Ces pratiques peuvent être désignées par le terme d'abus de dépendance économique.

Un examen comparatif de différentes législations permet de brosser une brève présentation des éléments essentiels de la matière.

Au titre des pratiques visées, les auteurs et la pratique distinguent dans un effort de synthétisation quatre cas de figure dans lesquels une telle dépendance peut se manifester :

- la dépendance pour cause d'assortiment (« *must carry brand* ») : est visée ici la situation d'un acheteur qui dépend de son cocontractant en amont de la chaîne de distribution parce qu'il doit s'approvisionner avec un

produit ou service qui est considéré comme étant essentiel ou indispensable dans un environnement commercial pour offrir une gamme complète aux yeux des consommateurs

- la dépendance pour cause de puissance d'achat : cette hypothèse vise la situation dans laquelle un fabricant/fournisseur dépend de son cocontractant en aval de la chaîne de distribution parce que celui-ci représente une part importante soit du marché global, soit du chiffre d'affaires du fournisseur
- la dépendance pour cause de relation d'affaire : ce cas de figure concerne l'entreprise qui dépend d'un cocontractant, qui peut se trouver en amont ou en aval de la chaîne de distribution, parce qu'elle a orienté son activité commerciale à long terme sur une relation commerciale avec ce contractant et qu'il ne peut pas aisément y substituer une alternative (par exemple parce qu'il a opéré d'importants investissements à fonds perdus irrécupérables en cas de changement de cocontractant)
- la dépendance pour cause de pénurie : cette situation concerne l'entreprise qui vient à dépendre d'un fournisseur en amont pour la livraison d'un produit donné en raison du fait que sa source d'approvisionnement traditionnelle est tarie de façon soudaine mais

---

d'achat, tenue en octobre 2008 dans le cadre du Comité de la concurrence ([https://www.oecd.int/olis/vgn-ext-templating/DAF-COMP\(2008\)38-ENG.pdf?docId=JT03276321&date=1261046921000&documentId=463746&organisationId=1&fileName=JT03276321.pdf](https://www.oecd.int/olis/vgn-ext-templating/DAF-COMP(2008)38-ENG.pdf?docId=JT03276321&date=1261046921000&documentId=463746&organisationId=1&fileName=JT03276321.pdf)).

temporaire (par exemple à la suite d'une catastrophe naturelle ou d'une grève)

Dans le cadre de cette législation, le rapport entre les entreprises concernées ne se caractérise en règle générale pas par le fait que la pratique est appréhendée à partir de la position de l'entreprise supposée fautive sur le marché pris globalement, en ce qu'il faudrait démontrer une position dominante de celle-ci sur le marché, mais à partir de la position de l'entreprise victime, en ce qu'il s'agit de vérifier si celle-ci se trouve en situation de dépendance économique par rapport à une autre entreprise. Cette dépendance se caractérise en règle générale par le fait que l'entreprise ne dispose pas de solution alternative et que sa survie économique requiert qu'elle contracte avec l'autre entreprise. Elle risque dès lors d'être exposée au diktat ou aux exigences exorbitantes de cette dernière. Certaines législations se bornent à vérifier qu'il existe une situation de déséquilibre, juridique ou économique, entre les deux entreprises, tandis que d'autres encore empruntent une voie alternative en recherchant si l'entreprise supposée agir fautivement dispose d'un certain pouvoir de marché, qui ne doit cependant pas atteindre le degré de pouvoir requis pour caractériser une position dominante.

En règle générale, la législation spécifique à l'abus de dépendance économique a un champ d'application général. Toutefois, certains États le restreignent, soit en en réservant le bénéfice aux petites et moyennes entreprises, soit en en limitant

l'application à certains secteurs de l'économie, comme par exemple la distribution de détail, soit en limitant l'interdiction aux rapports de dépendance qui se manifestent dans le sens ascendant (c.-à-d. où le fabricant/fournisseur dépend de son acheteur), sans s'inquiéter de la dépendance dans laquelle peut se trouver un acheteur par rapport à son fabricant/fournisseur.

Une des conditions de mise en œuvre essentielle de la poursuite des abus de dépendance économique s'analyse au stade des effets que la pratique considérée est susceptible de produire. Dans la plupart des pays, une action sur base de la notion d'abus de dépendance économique requiert que le comportement examiné produise un effet préjudiciable sur le jeu de la concurrence ou affecte les structures du marché. Dans quelques pays, une telle preuve n'est pas requise, mais il faut/suffit de démontrer que la pratique nuit aux intérêts ou à la situation de l'entreprise qui en est la victime.

La comparaison des différentes législations nationales révèle aussi des différences dans la détermination des autorités chargées de la mise en œuvre de la législation. Lorsqu'une des conditions de mise en œuvre de cette législation spécifique réside dans la démonstration d'une atteinte portée au processus concurrentiel, il est normal que son application concrète soit confiée aux autorités de concurrence. Ce n'est toutefois pas là un critère déterminant, car on trouve aussi des situations dans lesquelles les autorités de concurrence peuvent

intervenir en dehors d'une affectation des mécanismes concurrentiels. Mais un des intérêts essentiels qui est souvent souligné dans ce cadre réside dans le fait que la mise en œuvre de cette législation est en règle générale également confiée aux tribunaux sur base d'actions individuelles introduites par les victimes de tels comportements, peu importe que la pratique affecte ou non le jeu de la concurrence. Ainsi, les entreprises victimes de la pratique disposent d'un moyen pour agir directement de leur propre initiative, sans dépendre de l'action des autorités de concurrence, qui se sont fixé le cas échéant d'autres priorités.

La détermination de l'autorité qui doit traiter ces affaires produit par ailleurs des effets sur les mesures qui peuvent être prises. Tant les autorités de concurrence que les juridictions peuvent le cas échéant ordonner des mesures de cessation de la pratique examinée. Toutefois, les autorités de concurrence ne peuvent en règle générale pas accorder des dommages-intérêts, mais elles peuvent imposer des sanctions financières aux entreprises fautives. La situation est l'inverse pour les juridictions : elles peuvent accorder des dommages-intérêts aux victimes des comportements, mais elles ne peuvent pas sanctionner financièrement les entreprises fautives.

## C) La réglementation des prix

### 1) Quelques considérations générales sur le législation sur les prix

La concurrence sur un marché s'opère à travers un certain nombre de paramètres, tels que la qualité du produit ou du service, la qualité du service après-vente, la diversité de produits ou services offerts, la proximité des locaux de vente, la sophistication technique des solutions commercialisées, la renommée de la marque, ..., au titre desquels le prix constitue l'élément le plus visible et le plus facile à appréhender par le grand public et exerce souvent une influence déterminante sur le choix des consommateurs.

La recherche du meilleur prix amène les entreprises à améliorer leurs processus de production et de gestion afin de créer des économies qui peuvent se répercuter sur le prix de revient. La concurrence par les prix est donc un moyen très efficace pour générer des efficiences.

Tirant les enseignements de ces réalités économiques, la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence a rompu avec le régime antérieur de réglementation étatique des prix en substituant au mécanisme de contrôle étatique par l'office des prix un régime de libre fixation des prix par les acteurs du marché. Ce nouveau principe est affirmé dans

l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> : « *Les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

La loi prévoit ensuite elle-même des exceptions à ce principe général :

- dans tout secteur, lorsque des problèmes structurels sur un marché, l'impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché ou l'existence de dispositions législatives engendrent une concurrence par les prix insuffisante, les prix ou les marges peuvent être fixés par voie de règlement grand-ducal
- dans tout secteur, lorsqu'une situation de crise, des circonstances exceptionnelles ou une situation manifestement anormale du marché engendrent un dysfonctionnement conjoncturel, des mesures peuvent être prises pour parer aux hausses ou baisses de prix excessives (ces mesures ne peuvent être prises que pour une durée maximale de six mois)
- sur le marché des produits pétroliers, des accords d'encadrement des prix peuvent être conclus par l'Etat avec les entreprises concernées, à défaut de quoi des prix maxima peuvent être fixés par règlement grand-ducal
- sur les marchés des produits pharmaceutiques, les prix

peuvent être fixés par voie de règlement grand-ducal<sup>14</sup>.

Avant la loi de 2004 relative à la concurrence, d'autres secteurs, produits ou services étaient soumis à un régime de réglementation de prix, dont il faut questionner le maintien en vigueur après l'entrée en vigueur de la loi de 2004. Sous réserve d'une analyse plus détaillée au cas par cas, la réponse à cette question peut être recherchée dans la base juridique sur laquelle cette réglementation prenait appui.

S'il s'agissait d'une mesure réglementaire qui reposait implicitement ou explicitement sur le régime général antérieur de réglementation des prix, on peut estimer que par la disparition de ce fondement légal, toutes ces réglementations ont perdu leur base juridique et ne peuvent plus trouver application.

Si par contre une réglementation des prix découlait d'une loi autonome particulière, déconnectée du régime général de fixation des prix, on peut admettre que cette réglementation a survécu à l'entrée en vigueur de la loi de 2004 relative à la concurrence. Cette approche se justifie par la circonstance qu'en vertu de la hiérarchie des normes, la loi de 2004 n'a pas eu pour effet d'abroger d'autres lois que celles qu'elle vise expressément. Il peut toutefois en

---

<sup>14</sup> La version initiale de la loi visait également les courses de taxis. La possibilité de fixer ces prix a été supprimée par la loi du 11 mars 2008 portant modification de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

découler le cas échéant un manque de cohérence législative.

La hiérarchie de normes intervient toutefois lorsqu'il s'agit de vérifier si une réglementation des prix reposant sur une loi spéciale doit être considérée comme étant conforme ou non à une norme supérieure, auquel cas il faut penser tout particulièrement aux normes issues du cadre juridique de l'Union européenne, et ce peu importe si la règle nationale concernée est antérieure ou postérieure à la loi modifiée de 2004.

## 2) De quelques incidences concrètes d'un régime de prix réglementés

L'interaction entre normes d'origines différentes a concrètement surgi lors de l'examen du dossier qui a abouti à la décision N° 2010-FO-03 du 10 décembre 2010 relative à un reproche d'abus de position dominante sur le marché de la vente en gros de produits de tabac. Mais elle peut se poser au niveau des principes dans des termes identiques dans tous les secteurs marchands.

Schématiquement, l'affaire se présentait comme suit. Un fabricant d'un produit opposait un refus de vente à un intermédiaire grossiste. Ce dernier pouvait encore s'approvisionner auprès des autres grossistes actifs sur le marché, mais les conditions financières auxquelles il acquérait le produit en question étaient plus défavorables que celles

dont profitaient les autres grossistes et dont il aurait pu lui-même profiter en l'absence du refus de vente. Sur le marché de la revente aux détaillants, il lui était ainsi difficile de se différencier positivement de ses concurrents grossistes au niveau des conditions financières, alors que s'il avait pu s'approvisionner au prix de gros auprès du fabricant, et s'il avait mis en place une structure plus efficiente que ses concurrents, il aurait par contre pu procéder à la revente aux détaillants à des conditions plus favorables. Ses clients détaillants auraient alors pu répercuter ces prix plus bas sur leurs clients finals, à la condition toutefois que le prix de vente au détail était soumis à un régime de liberté de prix. Un régime de liberté de prix aurait donc permis sur ce marché de faire bénéficier les clients finals des efficacités générées en amont de la chaîne de distribution.

Cette présentation permet d'illustrer deux enseignements fondamentaux. D'une part, ce n'est qu'en régime de liberté des prix que les efficacités qui sont produites en amont de la chaîne de distribution peuvent être répercutées vers le bas. Si les prix sont soumis à un régime de prix fixés, les agents économiques ne peuvent pas répercuter les efficacités en termes de coûts vers le bas. D'autre part, la présence d'un régime de liberté de prix est nécessaire pour qu'une pratique anticoncurrentielle puisse produire des effets concrets sur les prix en aval.

Dans l'affaire qui était concrètement soumise à l'examen du Conseil de la concurrence, si la pratique avait été

considérée comme relevant d'un comportement anticoncurrentiel au titre d'un abus de position dominante, il aurait fallu rechercher, pour vérifier si elle avait été de nature à produire un effet concret sur le marché au détriment des consommateurs finals, si les produits de tabac en cause relevaient d'un régime de fixation de prix, ou si leur prix de vente au détail était libre.

### 3) Le cas des produits de tabac

Pour les produits de tabac, un prix est renseigné sur les marchandises vendues au public. Ce prix figure sur les signes fiscaux (bandelettes) achetés auprès de l'administration fiscale et apposés sur la marchandise par le fabricant, respectivement l'importateur. Ces signes fiscaux reprennent le conditionnement du produit (autant de produits par paquet) et le prix d'un paquet. Les différentes catégories de bandelettes sont définies par voie de règlements ministériels reprenant les droits d'accise à payer sur les différents produits. Ces droits d'accise sont fixés en fonction du prix de vente au détail.

Les entreprises (fabricant, importateurs, grossistes, détaillants) et le grand public considèrent en règle générale que le prix de vente au détail est fixé de façon invariable par le prix figurant sur la bandelette fiscale. Le Conseil tient toutefois à souligner le

caractère ambigu de la situation légale sur ce point.

Il est acquis que les prix des produits de tabac ont fait l'objet d'une réglementation sous l'empire de mesures d'application du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente. Ce règlement grand-ducal prohibe d'une façon générale toute fixation verticale de prix (article 1<sup>er</sup>), sauf l'exception générale de la vente des livres, journaux et autres produits de presse (article 2, alinéa 1<sup>er</sup>) et la possibilité d'accorder des dérogations au cas par cas par décision du ministre de l'économie, en fonction de certains critères et pour une durée déterminée (article 2, alinéa 2).

En application de cette faculté, un certain nombre d'arrêtés ministériels ont été pris dans les années 1970, 1980 et 1990, disposant invariablement que « *les produits de tabacs fabriqués, cigarettes, cigares, cigarillos, et tabacs à fumer, sauf lorsqu'ils portent une bandelette fiscale avec la mention 'Prix illimité', doivent obligatoirement être vendus au consommateur au prix indiqué sur la bandelette fiscale* »<sup>15</sup>,

<sup>15</sup> Règlement ministériel du 16 septembre 1975 portant création de prix imposés pour la vente de tabacs fabriqués, valable pour un terme de cinq ans.

Règlement ministériel du 26 septembre 1980 concernant le prix imposé pour la vente de tabacs fabriqués, valable pour un terme de cinq ans.

Règlement ministériel du 12 septembre 1985 concernant le prix imposé pour la vente de tabacs fabriqués, valable pour un terme de cinq ans.

Règlement ministériel du 26 septembre 1990 concernant le prix imposé pour la vente de

respectivement que « *les produits de tabacs manufacturés, cigarettes, cigares, cigarillos, et tabacs à fumer, sauf lorsqu'ils portent un signe fiscal avec la mention 'Prix illimité', doivent obligatoirement être vendus au consommateur au prix indiqué sur le signe fiscal* »<sup>16</sup>.

Ce système n'a pas été perpétué par l'adoption d'un nouveau règlement au-delà de la date d'échéance du dernier règlement au 24 août 2001. La cause de la disparition de ce régime peut être recherchée dans l'intervention de la Cour constitutionnelle qui en fait apparaître l'illégalité. Par deux arrêts du 6 mars 1998 et du 15 janvier 1998, la Cour constitutionnelle a en effet décidé que la Constitution s'opposait à ce qu'une loi ou un règlement grand-ducal délèguent à un organe ministériel le soin d'édicter des mesures générales. De ce fait, tant le règlement grand-ducal du 9 décembre 1965, en ce qu'il délègue certaines mesures d'ordre général au ministre de l'économie, que les règlements ministériels pris par le ministre de l'économie sur base de cette délégation perdaient nécessairement toute valeur juridique.

Une autre base légale à un régime de fixation des prix peut être recherchée dans l'article 26, alinéa 2 de l'arrêté ministériel belge du 1<sup>er</sup> août 1994

---

tabacs fabriqués, valable pour un terme de cinq ans.

<sup>16</sup> Règlement ministériel du 25 août 1995 concernant le prix imposé pour la vente de tabacs manufacturés, valable pour un terme de un an.

Règlement ministériel du 25 juillet 1996 concernant le prix imposé pour la vente de tabacs manufacturés, valable pour un terme de cinq ans.

relatif au régime fiscal des tabacs manufacturés, publié au Luxembourg pour y être exécuté par règlement ministériel du 31 août 1994. Cet article dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que « *[p]our les tabacs manufacturés livrés à des détaillants tenant étalage dans un endroit accessible au public, les intéressés visés à l'article 9 § 1 de l'arrêté royal<sup>17</sup> fixent eux-mêmes par le choix du prix de vente au détail, la catégorie dans laquelle leurs produits*

---

<sup>17</sup> Le texte se réfère ici à l'arrêté royal belge du 29 décembre 1992 relatif au régime fiscal des tabacs manufacturés, publié au Luxembourg par règlement ministériel du 30 décembre 1992. Cet arrêté royal a toutefois été abrogé par la loi belge du 3 avril 1997 relative au régime fiscal des tabacs manufacturés, publiée au Luxembourg par règlement ministériel du 25 juillet 1997.

Cette légère dissonance ne prête cependant pas à conséquence, dans la mesure où la différence dans la définition des personnes visées n'est pas de fond. L'article 9, § 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal de 1992 visait, par renvoi à l'article 8, les fabricants nationaux, les fabricants établis dans la Communauté ou leurs représentants ou mandataires dans la Communauté et les importateurs de pays tiers.

L'article 9, § 1<sup>er</sup> la loi du 3 avril 1997 visait à l'origine les mêmes catégories de personne, et définissait le fabricant comme étant la personne physique ou morale qui transforme le tabac en produits manufacturés confectionnés pour la vente au détail. Dans sa version actuellement en vigueur, cette disposition légale vise les opérateurs, et cette catégorie regroupe les entrepositaires agréés, les opérateurs enregistrés, certains opérateurs non enregistrés (i.e. ceux définis à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, points 7, 9 et 10 de la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise), les représentants fiscaux (au sens de l'article 19 de la loi précitée du 10 juin 1997) et les importateurs (i.e. les personnes physiques ou morales qui, procédant à une importation, mettent des tabacs manufacturés à la consommation dans le pays).

*doivent être rangés* », pour ajouter dans son alinéa 2 que « [r]ien ne s'oppose dès lors à ce que les intéressés fassent apposer un signe fiscal correspondant à un prix de vente supérieur à la valeur réelle des produits. Mais, une fois le signe apposé les produits doivent obligatoirement être vendus au consommateur au prix indiqué sur celui-ci ».

Confrontée à sa base habilitante, cette disposition légale est cependant de nature à soulever des questions concernant sa validité. Tant l'arrêté royal belge du 29 décembre 1992 relatif au régime fiscal des tabacs manufacturés que la loi belge du 3 avril 1997 relative au régime fiscal des tabacs manufacturés, dans sa version originale et dans sa version actuellement en vigueur, disposent en effet que les catégories de personnes visées respectivement à leurs articles 8 et 9 déterminent « *librement, par marque et par type de conditionnement, les prix maxima de vente au détail de chacun de leurs [ses] produits destinés à être mis à la consommation dans le pays* ». Cette disposition légale fait donc clairement référence non pas à un procédé de prix fixes, mais à un procédé de prix maxima.

Par cette formulation, ces deux textes de base sont conformes à la directive 95/59/CE du 27 novembre 1995 concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés, qui dispose en son article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 que « *[l]es fabricants ou, le cas échéant, leurs représentants ou mandataires*

*dans la Communauté ainsi que les importateurs de pays tiers déterminent librement les prix maximaux de vente au détail de chacun de leurs produits pour chaque État membre dans lequel ils sont destinés à être mis à la consommation* ».

Cette disposition est claire et précise en ce qu'elle confie aux opérateurs économiques la mission de fixer un prix maximal.

Or, un système de prix maximal permet implicitement mais nécessairement aux détaillants de vendre à un prix situé en dessous de ce maximum. Il ne permet pas aux distributeurs d'imposer un prix de vente au détail minimal ou fixe<sup>18</sup>.

Il est vrai que l'article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3 de la directive 95/59 laisse ouverte la possibilité d'un régime national de prix imposés en prévoyant que « *[L]a disposition du deuxième alinéa ne peut, toutefois, faire obstacle à l'application des législations nationales sur le contrôle du niveau des prix ou le respect des prix imposés, pour autant qu'elles soient compatibles avec la réglementation communautaire* ». Il ne semble pas toutefois que l'arrêté royal belge du 29 décembre 1992 et la loi belge du 3 avril 1997 aient entendu créer un tel système de prix

---

<sup>18</sup> A noter qu'une disposition similaire figurait dès les origines dans les textes communautaires régissant le régime fiscal des tabacs manufacturés. Voir à cet effet l'article 5 de la directive du Conseil du 19 décembre 1972 concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés (72/464/CEE).

imposés, ce qui met en doute que leurs textes de mise en application aient pu le faire.

La CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur la portée de l'article 9, paragraphe 1<sup>er</sup> de la directive 95/59/CE et son interaction avec le droit national. La Cour<sup>19</sup> a retenu que cet article 9, paragraphe 1<sup>er</sup> garantit que la concurrence puisse effectivement jouer entre les opérateurs économiques. Elle continue en disant que « [c]ette disposition vise à assurer que la détermination de l'assiette de l'accise proportionnelle sur les produits du tabac, à savoir le prix maximal de vente au détail de ces produits, soit soumise aux mêmes règles dans tous les États membres. Elle vise également, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 40 de ses conclusions, à préserver la liberté des opérateurs susmentionnés, qui leur permet de bénéficier effectivement de l'avantage concurrentiel résultant d'éventuels prix de revient inférieurs. Or, l'imposition d'un prix minimal de vente au détail par les autorités publiques a pour effet que le prix maximal de vente au détail déterminé par les producteurs et les importateurs ne pourra pas, en toute hypothèse, être inférieur à ce prix minimal obligatoire. Une réglementation imposant un tel prix minimal est donc susceptible de porter atteinte aux relations

---

<sup>19</sup> CJUE, 4 mars 2010, affaire C-197/08, considérants N° 36 à 38.

CJUE, 4 mars 2010, affaire C-198/08, considérants N° 28 à 30.

CJUE, 4 mars 2010, affaire N° C-221/08, considérants N° 39 à 41.

Jurisqueur Europe, mai 2010, Commentaires, N° 164, page 25.

*concurrentielles en empêchant certains de ces producteurs ou importateurs de tirer avantage de prix de revient inférieurs afin de proposer des prix de vente au détail plus attractifs. Par conséquent, un système de prix minimal de vente au détail des produits du tabac manufacturé ne saurait être considéré comme compatible avec l'article 9, paragraphe 1, de la directive 95/59 pour autant qu'il n'est pas aménagé de façon à exclure, en toute hypothèse, qu'il soit porté atteinte à l'avantage concurrentiel qui pourrait résulter, pour certains producteurs ou importateurs de tels produits, de prix de revient inférieurs et que, partant, une distorsion de la concurrence se produise ».*

Cette interprétation de la Cour semble donc prohiber la faculté laissée à une autorité publique, qu'il s'agisse d'une instance ministérielle ou fiscale, de procéder, soit directement, soit par le détour de l'apposition d'une quelconque marque par les soins d'un opérateur économique, à la fixation d'un prix de vente au détail minimal, qui équivaldrait à un prix fixe, et semble donc mettre en cause la validité de l'article 26, alinéa 2 de l'arrêté ministériel belge du 1<sup>er</sup> août 1994 relatif au régime fiscal des tabacs manufacturés.

Au cours de l'audition préalable à la décision N° 2010-FO-03 du 10 décembre 2010, il avait été soulevé qu'un système dans lequel le fabricant ou importateur apposerait une bandelette fiscale sur les produits de tabac manufacturés, mais où les vendeurs au détail seraient libres de vendre ces produits à un prix

inférieur, serait en contradiction avec la nature fiscale du droit d'accise en tant qu'impôt à la consommation. Dans une telle hypothèse, le droit d'accise et la TVA seraient calculés et perçus sur une valeur supérieure au prix de vente au détail effectif.

Cet argument doit être relativisé à plusieurs égards. En premier lieu, si on peut admettre que les droits d'accise sont supportés en fin de compte par les consommateurs, il faut cependant relever que les produits taxés sont soumis à accise dès leur production ou leur importation, sans égard au fait s'il y a effectivement consommation, et que seule l'exigibilité est reportée à la mise en consommation (articles 5 et 6 de la loi belge du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise). Il en est de même de la TVA, à laquelle sont assujetties les entreprises exerçant une activité économique, et dont seul le coût final est supporté par les consommateurs. En second lieu, cet argument ne saurait valoir que pour la partie des droits d'accise qui sont établis *ad valorem*, c.-à-d. sur base de la valeur des produits, à l'exclusion

des droits spécifiques qui sont établis sur base de la seule quantité du produit. En dernier lieu, il n'est pas certain que cette considération de technique fiscale doive l'emporter sur des considérations économiques fondamentales tenant au régime des prix.

Au cours de l'audition, il avait encore été relevé qu'une pratique dans laquelle le prix de vente au détail diffère du prix affiché sur la bandelette serait susceptible d'entrer en conflit avec la réglementation sur l'affichage des prix<sup>20</sup>, dans la mesure où une information fautive serait portée à la connaissance des consommateurs, puisque le prix de vente effectif ne correspondrait pas au prix affiché.

Cette objection ne semble cependant pas devoir faire obstacle à un régime libéralisé de prix pouvant profiter aux consommateurs finals, dès lors que le prix de vente effectif ne peut pas être supérieur au prix apposé sur les emballages, et qu'il peut être remédié à des divergences par un affichage approprié, rendant attentif au prix de vente réel et entraînant à terme un changement de perception et d'habitudes par les consommateurs.

Luxembourg, avril 2011

Thierry HOSCHEIT  
Président

Luisito BERTINELLI  
Conseiller suppléant

Pierre CALMES  
Conseiller

<sup>20</sup> Règlement grand-ducal du 29 juillet 2004 relatif à l'indication des prix des produits et des services.