

N° 5229⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

relative à la concurrence

* * *

AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE DES CONSOMMATEURS

(22.1.2004)

En décembre dernier, la Commission Européenne a rempli un poste nouvellement créé de chargé des relations avec les consommateurs au sein de la direction générale de la Concurrence „afin de pouvoir instaurer un dialogue permanent avec les consommateurs européens, dont le bien-être est l'un des principaux objectifs de toute politique de concurrence, mais dont la voix n'est pas suffisamment entendue lors du traitement des différentes affaires ou lors des discussions sur des questions de politique de concurrence“¹. Cette intention communautaire étant connue depuis décembre 2002, l'ULC regrette vivement qu'elle n'ait pas été consultée sur le projet de loi luxembourgeois et, surtout, qu'aucun mécanisme ne soit prévu pour que le nouveau Conseil indépendant de la Concurrence (Conseil), assisté de l'Inspection de la concurrence pour l'instruction des affaires, entende et assiste l'ULC comme association représentative des consommateurs.

Dans la mesure où les nouvelles règles de concurrence luxembourgeoises sont directement calquées sur les règles de concurrence européennes, il paraît opportun d'associer activement les consommateurs à la bonne exécution de la nouvelle politique dans le même sens que la Commission Européenne compte le faire:

- „le chargé des relations avec les consommateurs signalera aux organisations de consommateurs les affaires de concurrence dans lesquelles leur avis pourrait être utile et les conseillera sur la façon dont elles pourront apporter des informations et faire connaître leur avis“
- „il collaborera avec les autorités nationales de la concurrence sur les questions liées à la protection des consommateurs.“

L'ULC sollicite que cette mission d'information, de conseil et de recueil d'avis vis-à-vis de l'association représentative des consommateurs soit inscrite parmi les missions du Conseil.

Seules les plaintes répétées des associations de consommateurs en Europe ont permis à des secteurs-phare comme l'automobile et le transport aérien de s'ouvrir à une concurrence réelle. La vigilance des associations de consommateurs reste de mise pour que la libéralisation de plus en plus poussée en matière de biens et de services profite aux consommateurs en termes de variété, de prix et de qualité de l'offre ainsi que de *services d'intérêt général* accessibles à tous (télécommunications, poste, énergie/eau, transport, ...). Face à de nouvelles règles de protection des consommateurs ou d'une plus grande concurrence, les secteurs professionnels menacent habituellement d'augmenter leurs prix. L'ULC cite l'impact annoncé de la future loi relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles², la remise en question des coefficients obligatoires de bonus/malus en matière d'assurance automobile³, le nouveau Règlement CE en matière de distribution et de services après-vente d'automobiles⁴, le Règlement CE sur les paiements transfrontaliers en euro (frais bancaires)⁵, les tarifs téléphoniques⁶, ... Il incombera au Conseil d'éviter que des ententes anticoncurren-

1 Communiqué de presse IP/03/1679 du 9 décembre 2003

2 Projet de loi, document parlementaire No 5193

3 Recours de la Commission contre le système obligatoire luxembourgeois devant la Cour de Justice des CE

4 Règlement (CE) No 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002

5 Règlement (CE) No 2560/2001 du 19.12.2001 (JO L 344 du 28.12.2001)

6 voir „de Konsument“ Nr. 12 de décembre 2002

tielles mettent à exécution ces menaces sous le prétexte d'une protection des consommateurs plus coûteuse. L'avis des consommateurs et usagers sera primordial à cet égard.

Vu la taille réduite du marché luxembourgeois, des problèmes particuliers se poseront en matière d'application de la nouvelle loi:

1. Tissue socio-économique et infrastructure

Le commentaire du projet souligne que les „*entreprises de petite ou moyenne dimension ont besoin de conjuguer leurs efforts*“ et que „*la nécessité de procéder à des investissements importants pour faire face à la concurrence internationale justifie une coopération entre entreprises*“. Des ententes pourraient être acceptées compte tenu de leur „*portée sociale*“. L'ULC partage le souci de maintenir l'emploi au Luxembourg face aux concentrations et fermetures internationales d'entreprises. Beaucoup d'entreprises présentes au Luxembourg sont, en effet, contrôlées par des sociétés étrangères. De ce fait, les modifications de la structure du marché luxembourgeois pourraient provenir des répercussions d'opérations de concentration internationale. Face à ces enjeux internationaux, l'opportunité de certains regroupements d'entreprises luxembourgeoises devrait être examinée, afin que les synergies opérées deviennent un instrument de dynamique économique.

Mais, l'ULC met en garde contre une politique *entravant l'accès au marché luxembourgeois* de nouveaux fournisseurs de biens et services. L'ULC réclame ainsi la levée du moratoire d'établissement des grandes surfaces commerciales: „*En effet, la politique européenne et luxembourgeoise préconise l'économie de marché c'est-à-dire le régime concurrentiel et son corollaire, le droit d'établissement. L'ULC insiste dans l'intérêt du consommateur que la formation des prix par les forces du marché soit régulée dans de bonnes conditions. Autrement dit, qu'il y ait un nombre suffisant de distributeurs, vendeurs et prestataires de services.*“⁷ Les travaux préparatoires du Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann^{7bis} précédant le présent projet de loi se demandaient déjà si le marché unique peut être considéré comme une réalité au Luxembourg en ce qui concerne le secteur commercial et dénonçaient de nombreuses autres entraves à l'accès au marché des biens et services.

L'ULC rappelle que les petites et moyennes entreprises ne peuvent impunément invoquer que leurs ententes ne seraient que des *accords d'importance mineure* et échapperaient à l'application du droit de la concurrence.⁸ Les principales brasseries luxembourgeoises ont infructueusement invoqué cet argument face à la Commission Européenne pour éviter que la répartition entre eux du marché „horeca“ (hôtels, restaurants, cafés) et son cloisonnement vis-à-vis des bières importées ne soient sanctionnés. Dans sa décision de condamnation⁹, la Commission rappelle que *même les petites et moyennes entreprises ne peuvent pratiquer des restrictions de concurrence flagrantes* comme la fixation des prix de vente, la limitation de la production ou des ventes ou encore la répartition des marchés ou des clients.

Un autre problème dû à la taille réduite du pays se pose chaque fois qu'un *nouveau concurrent dépend de l'accès aux réseaux au Luxembourg*. Cette question surgit lors de l'ouverture à la concurrence de services publics comme les télécommunications, l'énergie, etc. La Commission Européenne est ainsi arrivée à la conclusion que le marché luxembourgeois est trop restreint pour que de nouveaux opérateurs de télécommunications investissent dans leur propre infrastructure. Plus que dans d'autres pays, ils restent tributaires de l'accès à l'infrastructure de l'ancien monopoliste à des conditions non discriminatoires et non excessives. L'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) est saisi de ce dossier comme régulateur sectoriel. Les mêmes questions risquent de se poser lors de l'ouverture à la concurrence d'autres secteurs comme l'électricité. Le projet précise que le Conseil coopérera avec les régulateurs sectoriels (art. 29) et devra garantir que la nouvelle loi relative à la concurrence (d'application générale) ne soit pas mise en échec par des dispositions et pratiques sectorielles contraires.

2. Ententes résultant de textes législatifs ou réglementaires

L'art. 4 stipule que des ententes, en principe anticoncurrentielles et frappées de nullité de plein droit, ne le sont pas si elles „*résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire*“. Une telle

⁷ Communiqué de presse de l'ULC du 12 décembre 2003

^{7bis} Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann „Pour une réforme du droit de la concurrence“, février 1999

⁸ Communication 2001/C 368/07 de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (JO C 368 du 22.12.2001)

⁹ Cas COMP/37.800/F3 dans JO L 253 du 21.9.2002

exception n'est pas prévue par l'art. 81 du Traité. L'exposé des motifs rappelle, d'ailleurs, que „*les particuliers peuvent invoquer les articles 81 et 82, en combinaison avec les articles 3 et 5 du Traité, à l'encontre d'un Etat membre qui imposerait, favoriserait ou renforcerait les effets d'un comportement anticoncurrentiel*“. (p. 36). Il est de jurisprudence constante que toute disposition législative, réglementaire ou administrative qui impose ou favorise des accords anticoncurrentiels entre entreprises constitue elle-même une infraction au droit communautaire de la concurrence. En fait, le projet reprend une possibilité d'exemption de la loi du 17 juin 1970 sans en préciser la raison ni les limites. Ceci étonne d'autant plus que l'exposé des motifs rappelle au sujet de l'ancienne loi que „*cette justification ne doit pas conférer aux Etats la faculté d'encourager ou de légitimer des pratiques manifestement anticoncurrentielles*“. (p. 41)

Pour l'ULC, un texte législatif ou réglementaire ne peut légitimer des ententes entre entreprises que pour *éviter de porter atteinte à l'intérêt général*, notamment la disparition de services universels ou d'intérêt général^{9bis} ou des conditions inaccessibles à toutes les couches de la population. Les textes *protégeant l'environnement* dans l'intérêt collectif peuvent aussi justifier certaines ententes, mais les débats actuels dans certains pays (notamment l'Allemagne) et au niveau de la Commission Européenne montrent que le droit de l'environnement ne doit pas mettre de côté l'application efficace du droit de la concurrence au risque de créer de nouveaux monopoles et distorsions de concurrence.

L'ULC doute, d'ailleurs, que le Conseil (bien qu'indépendant) puisse agir contre un texte officiel contraire aux règles de concurrence. Dans le commentaire des articles, il est précisé que le champ d'application est très vaste pour appréhender toute „*activité de production, de distribution et de service*“, y compris „*les interventions économiques des personnes publiques*“ (p. 14). Il n'est pas fait mention des activités *réglementaires* des personnes publiques. Faudra-t-il attendre une procédure d'infraction de la Commission Européenne à l'égard de l'Etat luxembourgeois, comme le recours actuel concernant la réglementation obligatoire en matière de bonus/malus de l'assurance automobile? Vu les difficultés et lenteurs de telles procédures, une telle solution est insuffisante et inacceptable. L'ULC demande donc que le Conseil soit aussi compétent pour agir en toute indépendance contre tout acte réglementaire ou administratif contraire aux règles de la concurrence.

3. Marché pertinent

Avant d'examiner s'il existe une entente restrictive ou un abus de position dominante, il faut définir le *marché de produit* et le *marché géographique pertinents* („marché en cause“). L'étude préparatoire du Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann (1999) signalait qu'„*aucune étude ne semble avoir été réalisée tant sur l'offre de produits et services au Luxembourg, qu'en ce qui concerne la connaissance des attentes et des besoins du consommateur, ce qui exclut pour l'instant toute définition pertinente des marchés en cause*“. Le commentaire des articles du projet précise simplement qu'il s'agit d'un „*exercice difficile, nécessitant l'appréciation d'éléments complexes*“ et renvoie sans autre analyse à la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.¹⁰

Compte tenu des limites du marché luxembourgeois et des habitudes d'achats transfrontaliers de notre population¹¹, la définition du marché géographique ne se limite pas nécessairement aux frontières de notre pays. Pour définir correctement le „marché en cause“, la Communication de la Commission exige „*une analyse des caractéristiques de la demande (importance des préférences nationales ou locales, habitude d'achat des clients, différenciation des produits, marques, etc.) afin de déterminer si des sociétés implantées dans d'autres zones constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs*“. Il faudra aussi un „*examen des conditions requises pour pouvoir s'implanter sur place, des conditions d'accès aux canaux de distribution, du coût d'implantation d'un réseau de distribution et de l'existence de barrières réglementaires*“. En bref, il faut „*repérer les obstacles et barrières éventuels isolant des sociétés implantées dans une zone donnée de la pression concurrentielle de sociétés situées en dehors de cette zone, de façon à déterminer le degré*

9bis voir Livre Vert de la Commission Européenne COM (2003) 270 final du 21.5.2003

10 Communication 97/C/ 372/03 dans JO C 372 du 9.12.1997

11 Le dernier Eurobaromètre „Consumer Protection in the EU“ publié en novembre 2003 précise „Just 12,4% of Europeans have bought goods or services from shops or sellers located in other European countries in the past year, with Luxembourgers having done so at the highest rate, at 48,5% and Spain the lowest, at 2,6%.“

d'interpénétration des marchés au niveau national, européen ou global. „... la langue, la culture, le style de vie et la nécessité d'une présence sur place sont tout à fait susceptibles de limiter l'étendue de la zone dans laquelle la concurrence peut s'exercer“.

Vu la complexité, la Commission s'est engagée à obtenir l'opinion des clients et des concurrents sur les limites du marché géographique. Il est clair que les autorités chargées de la concurrence au Luxembourg devront à leur tour associer étroitement toutes les parties concernées à l'instruction des affaires, surtout pour déterminer si le marché national, ou celui de la Grande Région Transfrontalière ou même un espace géographique plus large est pertinent pour l'examen de restrictions à la concurrence. Le mécanisme de consultation et d'assistance sollicité par l'ULC (supra) devrait montrer son utilité à cet égard. Les enquêtes transfrontalières de produits et de services et les analyses de marché effectuées par les associations de consommateurs („*European Testing Group*“) devraient être promues afin de couvrir plus régulièrement le marché luxembourgeois à côté des pays voisins. Des sources de financement adéquates devraient être mises à disposition conformément à la politique communautaire de protection des consommateurs qui compte mieux soutenir les enquêtes de marché des organisations de consommateurs. Ceci contribuerait à la mise en oeuvre de la recommandation du Centre Gabriel-Lippmann: „La réalisation de cette démarche (délimitation des marchés de référence) rend indispensable la mise en place de systèmes de mesure fiables et performants capables de connaître, en temps réel, l'évolution de la structure de l'offre, et les attentes des consommateurs.“

4. Politique des prix

Désormais, la liberté des prix devient la règle, l'encadrement l'exception. L'ULC s'en félicite de même qu'elle a salué la nouvelle loi sur la concurrence déloyale et les pratiques du commerce. Mais, l'ULC „*plaide pour le maintien d'un instrument législatif permettant au pouvoir public de déterminer le cas échéant un prix normal dans les cas où manifestement le vendeur s'octroie une marge bénéficiaire nette surfaite. L'existence d'un tel instrument est incontournable en raison précisément du fait qu'à l'avis de l'ULC une réelle concurrence n'est pas garantie dans tous les secteurs*“.¹² L'ULC insiste aussi que tout *dérèglement des prix des services d'intérêt général* (suite à l'ouverture à la concurrence) doit être évité par les pouvoirs publics. Le principe du prix coûtant ne peut être appliqué aveuglément aux services universels au risque de les rendre inaccessibles à toutes les couches de la population. L'article 2 du projet fournit une base d'adoption de règlements grand-ducaux fixant les prix ou les marges applicables, „*lorsque la concurrence par les prix est insuffisante*“. L'ULC s'en félicite et note que, selon le commentaire, le maintien de prix maxima reste justifié pour les courses en taxis, les transports sanitaires, les dépannages-remorquages sur la route, les cantines scolaires, les taxes téléphoniques perçues par des établissements mettant leurs installations à la disposition d'un public captif (secteurs avec une clientèle captive) (p. 15). L'ULC demande qu'il soit précisé qu'il ne s'agit que d'une liste illustrative (et non exhaustive) ne préjugant en rien les décisions relatives à d'autres produits et services. L'ULC se félicite que le projet considère comme anticoncurrentiels les *schémas de calcul des prix des organisations professionnelles* qu'il ne peut accepter comme base d'un „prix normal“. Les schémas élaborés par la *Fédération des artisans* sont expressément visés. L'ULC regrette que les *professions libérales* ne soient pas dénoncées aussi clairement d'autant plus que la tendance générale est une hausse conséquente des prix ces dernières années. A cet égard, la Commission Européenne annonce¹³ pour début 2004 la publication d'un rapport complet visant plus particulièrement les avocats, notaires, ingénieurs, architectes et pharmaciens. Pour le Commissaire en charge de la concurrence, M. M. Monti, le moment est venu d'ouvrir ces professions en incitant à la concurrence sur les tarifs, à la promotion (publicité) pour les propres services et à l'existence d'associations professionnelles moins rigides. A ce stade, la Commission ne proposera pas de mesures, mais laissera le soin aux autorités nationales et professions concernées d'en tirer les conclusions qui s'imposent. L'ULC invite dès à présent les autorités luxembourgeoises, notamment le Conseil, de profiter de cette occasion en consultant toutes les parties, y compris les consommateurs.

Le projet de loi note encore qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne précise les critères aptes à déterminer le „prix normal“ et renvoie à une „*analyse empirique*“ (p. 35). A cet égard, les tests compa-

¹² Mémoire de l'ULC du 14.11.2003 en vue des élections législatives 2004

¹³ „Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza“, Giornata della Concorrenza, Roma, 9.12.2003 (Speech/03/603)

ratifs des associations de consommateurs devraient être particulièrement utiles et promus, compte tenu de leur indépendance. Ces tests ne se limitent pas aux prix, mais examinent la qualité et d'une manière grandissante les services associés. Leur utilité en devient d'autant plus évidente, car le droit de la concurrence ne se préoccupe pas seulement des aspects monétaires, mais aussi de „*l'amélioration de la qualité d'un produit ou service, de ses conditions de vente (garantie d'un service après-vente, diversification des produits, meilleure sécurité d'un système de paiement, etc.)*“. (p. 18)

5. Cadre institutionnel

Le Luxembourg est actuellement le seul Etat membre à ne pas avoir d'autorité de concurrence et n'a guère de culture en la matière. Or, à partir du 1er mai 2004, le rôle des autorités nationales (administratives et judiciaires) dans l'application pleine et effective des articles 81 (accords anticoncurrentiels) et 82 (abus de position dominante) du Traité est renforcé considérablement, la Commission Européenne limitant ses interventions à des cas de principe et des affaires impliquant plus de trois pays. Malgré tout, le projet de loi ne souhaite mettre en place à ce stade qu'une structure légère comprenant un Conseil collégial de trois membres effectifs et de trois membres suppléants. Aux termes du projet un des conseillers et un des conseillers suppléants seront des magistrats. Les autres membres proviendront du secteur public ou privé. L'exposé des motifs souligne opportunément qu'il „*n'est pas concevable que les autorités publiques qui interviennent, à des titres divers, dans le fonctionnement des entreprises, puissent en même temps s'ériger en gardien de la libre concurrence*“. Pour l'ULC, la même remarque vaut assurément pour des conseillers provenant du secteur privé. Le rôle du Conseil étant comparable à celui d'un organe juridictionnel ou quasi juridictionnel, il faudra s'assurer que les conseillers nommés par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement soient *pleinement indépendants* ce qui semble difficile voire impossible si leurs autres carrières ne sont que mises entre parenthèses.

D'autre part, et précisément en raison du fait que le Conseil aura pouvoir juridictionnel, l'ULC revendique que *tous* les membres, effectifs et suppléants, soient des magistrats. Une telle composition seule garantira que le Conseil sera en mesure de prendre ses décisions de façon indépendante, compétente et efficace.

Etant donné que l'élaboration et la mise en oeuvre d'une véritable politique de concurrence constituent un terrain vierge dans notre pays, et que l'exiguïté de notre territoire soulève de nombreuses questions épineuses tant pour les entreprises (fournisseurs/acheteurs) que pour les consommateurs et usagers (voir supra), l'ULC demande formellement qu'une instance consultative d'accompagnement soit mise en place composée de représentants de toutes les catégories concernées, y compris de l'ULC en tant qu'organisation représentative des consommateurs du Grand-Duché de Luxembourg. Or, une telle instance va exister sous peu: il s'agit du Conseil de la consommation dont la création est prévue par l'article 12 du projet de loi relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels.

La mission aussi bien que la composition du Conseil de la consommation telles que prévues par le projet de loi précité sont tout à fait compatibles avec le rôle qu'un organe d'accompagnement du Conseil de la concurrence est censé jouer.

C'est pour cette raison que l'ULC demande d'investir le futur Conseil de la consommation de la mission de conseiller le Conseil indépendant de la concurrence, du moins dans le cadre des dossiers importants relativement auxquels l'avis du Conseil de la consommation devrait être demandé obligatoirement.

Howald, le 22.1.2004

