

N° 5229

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

relative à la concurrence

* * *

(Dépôt: le 31.10.2003)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (23.10.2003)	1
2) Texte du projet de loi	2
3) Commentaire des articles	14
4) Exposé des motifs.....	26

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de l'Economie et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de l'Economie est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relative à la concurrence.

Palais de Luxembourg, le 23 octobre 2003

Le Ministre de l'Economie,

Henri GRETHEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. 1. *Champ d'application*

A défaut de dispositions législatives contraires, la présente loi est applicable à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestation de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

Chapitre I – *De la concurrence sur le marché*

Art. 2. *Liberté des prix*

Les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure de l'offre ou de la demande, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions législatives ou réglementaires impératives, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits ou services concernés.

Dans le cas d'un dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs d'activités déterminés consécutif à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles ou à une situation anormale du marché, des règlements grand-ducaux peuvent arrêter des mesures temporaires contre les hausses ou les baisses de prix excessives. Ces règlements grand-ducaux précisent la durée de validité des mesures prises qui ne peut excéder six mois.

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut, dans le secteur des produits pétroliers, conclure des contrats de programme avec des entreprises du secteur comportant des engagements relatifs au niveau des prix maxima. Les contrats sont conclus pour une durée indéterminée. A défaut de conclusion de contrats de programme, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut fixer des prix maxima. Les entreprises ne peuvent pas dépasser les prix maxima.

Les infractions aux règlements pris en application des alinéas 2 ou 3 du présent article sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

Art. 3. *Interdiction des ententes*

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à:

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- 4) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- 5) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Art. 4. *Nullité de plein droit des ententes et exemptions*

(1) Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de l'article 3 sont nuls de plein droit.

(2) Toutefois, les dispositions de l'article 3 et du paragraphe 1er du présent article ne s'appliquent pas aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées qui:

- 1) résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;
- 2) contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:
 - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;

- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Art. 5. Interdiction des abus de position dominante

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- 3) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- 4) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

**Chapitre II – Du Conseil indépendant de la concurrence
et de l'Inspection de la concurrence**

Art. 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil

(1) Il est créé un Conseil indépendant de la concurrence (ci-après dénommé: „Conseil“), autorité administrative indépendante, chargée de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi.

(2) Le Conseil a la compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité CE (ci-après dénommé: „Traité“). Il les applique à titre exclusif lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise.

(3) Le Conseil est l'autorité compétente pour retirer le bénéfice du Règlement (CE) No 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées conformément à l'article 7 dudit Règlement.

(4) Le Conseil représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) No 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.¹

(5) Le Conseil bénéficie, pour l'instruction des affaires, de l'assistance de l'Inspection de la concurrence créée au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie (ci-après dénommée: „Inspection“).

(6) Le Conseil et l'Inspection exercent leurs fonctions en toute indépendance vis-à-vis du Gouvernement.

Art. 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil

(1) Le Conseil est un organe collégial composé d'un Président, de deux conseillers et de trois conseillers suppléants nommés et révoqués par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement en Conseil. Le Président est désigné par le Grand-Duc. Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants sont nommés pour un terme de sept ans renouvelable.

Un conseiller et un conseiller suppléant relèvent de la magistrature. Les autres conseillers et conseillers suppléants sont choisis en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de droit de la concurrence.

¹ Publié au Journal officiel des Communautés européennes L 1 du 4 janvier 2003, pages 1 et suivantes.

Le Président et les membres du Conseil doivent être détenteurs d'un diplôme d'études universitaires sanctionnant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès en droit ou en sciences économiques.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants ne peuvent être membre du Gouvernement, de la Chambre des Députés, du Conseil d'Etat ou du Parlement européen ni exercer une activité incompatible avec leur fonction.

Avant d'entrer en fonction, le Président du Conseil prête entre les mains du Grand-Duc ou de son représentant le serment suivant: „Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité.“

Avant d'entrer en fonction, les membres du Conseil prêtent entre les mains du Président du Conseil indépendant de la concurrence le serment suivant: „Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité.“

En cas d'empêchement du Président, ses fonctions sont déléguées au conseiller ayant la plus grande ancienneté au sein du Conseil, et, en cas d'égalité d'ancienneté, au plus âgé.

Si, en cours de mandat, un membre du Conseil cesse d'exercer ses fonctions, le mandat de son successeur est limité à la période restant à courir.

La démission d'un membre du Conseil intervient de plein droit par l'atteinte de la limite d'âge de 65 ans.

(2) Lorsque le Président du Conseil est issu du secteur public, il obtient un congé spécial pour la durée de son mandat avec maintien de tous les avantages et droits découlant de son statut respectif. Il continue notamment à jouir de son traitement, indemnité ou salaire suivant le cas, ainsi que du régime de sécurité sociale correspondant à son statut.

En cas de cessation du mandat, il est réintégré à sa demande dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme Président du Conseil jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade.

A défaut de vacance de poste, il peut être créé un emploi hors cadre correspondant à ce traitement; cet emploi est supprimé de plein droit à la première vacance qui se produit dans une fonction appropriée du cadre normal.

Lorsque le Président du Conseil est issu du secteur privé, il est engagé sous le régime de l'employé de l'Etat et touche une rémunération calculée par référence à la réglementation fixant le régime des indemnités des employés occupés dans les administrations et services de l'Etat qui est applicable en la matière, sur base d'une décision individuelle prise en vertu de l'article 23 du règlement grand-ducal du 28 juillet 2000 fixant le régime des indemnités des employés occupés dans les administrations et services de l'Etat.

Il pourra acquérir le statut de fonctionnaire en vertu de l'article 2 paragraphe 4 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

En cas de cessation du mandat, il est intégré dans le cadre de l'administration gouvernementale avec maintien de son statut et de son niveau de rémunération de base, à l'exception de l'indemnité spéciale fixée par le Gouvernement en Conseil en vertu du paragraphe ci-après.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par le Gouvernement en Conseil.

(3) Sous peine de nullité des décisions du Conseil, les membres du Conseil ne peuvent intervenir dans une affaire lorsque celle-ci touche des intérêts directs ou indirects qu'ils détiennent dans une activité économique. Ils ne peuvent pas non plus intervenir dans une affaire dont ils avaient à connaître dans le cadre de fonctions exercées antérieurement à leur activité auprès du Conseil.

(4) Les décisions du Conseil sont publiées dans un Recueil spécial. Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités. Le rapport est remis au ministre ayant dans ses attributions l'Economie et à la Chambre des Députés et sera remis à toute personne intéressée.

Art. 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence

(1) L'Inspection est dirigée par le Président du Conseil. Lorsque le Conseil est saisi, son Président, ou son délégué, désigne sans délai un rapporteur.

Par arrêté du ministre ayant dans ses attributions l'Economie, des fonctionnaires de la carrière supérieure et de la carrière moyenne de l'Etat sont affectés ou détachés à temps plein et pour une durée de sept ans renouvelable à l'Inspection.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'Etat affectés à l'Inspection exercent la mission de rapporteur du Conseil.

(2) Les rapporteurs et les fonctionnaires de la carrière moyenne à partir du grade d'inspecteur ci-après dénommés les agents de l'Inspection, peuvent conduire toutes les investigations nécessaires pour l'application de la présente loi.

(3) Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents de l'Inspection ainsi désignés ont la qualité d'officiers de police judiciaire. Leur compétence s'étend à tout le territoire du Grand-Duché. Leurs procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire.

Avant d'entrer en fonction ils prêtent, devant le tribunal d'arrondissement de leur domicile, le serment suivant: „Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité et de garder le secret des faits qui sont venus à ma connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de mes fonctions.“

(4) Le Conseil établira son règlement intérieur qui doit être approuvé par le Gouvernement en Conseil et publié au Mémorial.

Art. 9. Saisine du Conseil

Le Conseil peut être saisi par toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime ainsi que par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie.

Il est saisi par lettre recommandée avec accusé de réception ou par déclaration au Conseil. Le Conseil peut aussi s'autosaisir.

Section I – Des décisions du Conseil

Art. 10. Constatation et cessation d'une infraction

Si le Conseil, agissant d'office ou saisi d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure corrective qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.

Art. 11. Mesures conservatoires

(1) Le Président du Conseil, ou son délégué, peut, après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou qu'il juge nécessaires.

Ces mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante.

Le Président du Conseil, ou son délégué, peut enjoindre aux parties de suspendre l'application des pratiques concernées ou de revenir à l'état antérieur. Les mesures conservatoires ordonnées par le Président du Conseil ou son délégué doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

(2) La décision du Président du Conseil ou de son délégué peut faire l'objet d'un recours en annulation par les parties en cause devant le Président du Tribunal Administratif au maximum un mois à partir de sa notification. Le Président du Tribunal Administratif statue dans les quinze jours suivant le dépôt du recours.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le Président du Tribunal Administratif peut ordonner, dès qu'il est saisi, qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires.

(3) Une décision prise en application du paragraphe 1 est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.

Section II – Pouvoirs d'enquête

Art. 12. Demandes de renseignements

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, le Conseil peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

(2) Lorsqu'il envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, le Conseil indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Il indique aussi les sanctions prévues à l'article 17 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

(3) Lorsque le Conseil demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, il indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Il indique également les sanctions prévues à l'article 17 et indique ou inflige les sanctions prévues à l'article 19.

(4) Sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants.

Art. 13. Pouvoirs de recueillir des déclarations

Pour l'accomplissement des tâches qui leurs sont assignées par la présente loi, le Conseil et l'Inspection peuvent interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée.

Art. 14. Pouvoirs en matière d'inspection

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, l'Inspection peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises.

(2) Les agents de l'Inspection et les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants:

- 1) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises;
- 2) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support;
- 3) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents;
- 4) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses.

(3) Les agents de l'Inspection et les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 17 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexacts ou dénaturés.

(4) Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que le Président du Conseil a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues à l'article 17 et à l'article 19. La présence d'un avocat est autorisée.

(5) Lorsque les agents de l'Inspection ou les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article, ils peuvent recourir à la force publique pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection sans pouvoir saisir des documents.

(6) Sous peine de nullité de l'inspection, il est remis, contre récépissé au représentant de l'entreprise un document écrit rappelant les conditions visées ci-avant. La vérification commence nonobstant l'absence de l'avocat et ne peut, sous peine de nullité, être commencée avant six heures trente ni après vingt heures.

Art. 15. Inspection d'autres locaux

(1) S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave aux articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, le Conseil peut ordonner par voie de décision qu'il soit procédé à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

(2) La décision indique, sous peine de nullité, l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et signale que la décision est susceptible de recours. Elle expose notamment les motifs qui ont conduit le Conseil à conclure qu'il existe un soupçon au sens du paragraphe 1.

(3) Une décision prise conformément au paragraphe 1 ne peut être exécutée sans autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement ou de son délégué. Le Président du Tribunal Arrondissement ou son délégué vérifie l'objet et l'opportunité de la demande d'autorisation.

La requête comporte tous les éléments d'information de nature à justifier une demande de perquisition ou de saisie.

L'ordonnance du juge est susceptible de recours.

(4) Les perquisitions et saisies effectuées par l'Inspection ne peuvent se dérouler en l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Elles ne peuvent, sous peine de nullité, être commencées avant six heures trente minutes ni après vingt heures.

L'assistance de la force publique peut être requise.

Le déroulement de la perquisition et de la saisie est consigné dans un procès-verbal.

Une copie de l'ordonnance autorisant la perquisition ou la saisie est annexée au procès-verbal sous peine de nullité.

Les pièces ou documents saisis sont confiés à un gardien de saisie.

L'Inspection peut être désignée gardienne de la saisie.

(5) Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué contrôle si la décision du Conseil est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut demander au Conseil des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut remettre en cause la nécessité d'une inspection et exiger la communication des informations figurant dans le dossier du Conseil.

Art. 16. Expertises

Le Conseil peut dans le cadre de l'application de la présente loi désigner des experts, dont il détermine précisément la mission.

*Section III – Sanctions***Art. 17. Amendes**

(1) Est puni d'une amende de 251 à 50.000 euros, le fait par une entreprise ou une association d'entreprises, de propos délibéré ou par négligence:

- 1) de fournir un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 12, paragraphe 2;
- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 12, paragraphe 3, de fournir un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou de ne pas fournir un renseignement dans le délai prescrit;
- 3) de présenter de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 14 les livres ou autres documents professionnels requis, ou de ne pas se soumettre aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 4;
- 4) en réponse à une question posée conformément à l'article 14, paragraphe 2, point 4),
 - a) de fournir une réponse incorrecte ou dénaturée, ou
 - b) d'omettre de rectifier dans un délai fixé par le Conseil une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel, ou
 - c) d'omettre ou de refuser de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ordonnée par une décision adoptée conformément à l'article 14, paragraphe 4.

(2) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence:

- 1) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité; ou
- 2) qu'elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures conservatoires prise au titre de l'article 11.

(3) Le Conseil peut infliger une amende proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base du paragraphe 2 est de 10 p. 100 du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

Le Conseil peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise.

(4) Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

(5) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

Art. 18. Immunité et réduction des amendes

(1) Le Conseil exempté une entreprise de toute amende lorsque celle-ci est la première à dénoncer une entente sur l'existence de laquelle le Conseil ne dispose pas d'informations.

(2) Le Conseil réduit l'amende infligée à une entreprise lorsque celle-ci dénonce une entente avant l'envoi d'une communication des griefs.

(3) Une entreprise peut bénéficier de l'immunité ou d'une réduction de l'amende si:

- elle fournit au Conseil la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente présumée et lui apporte une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil;
- elle met fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle dénonce celle-ci au Conseil;
- le Conseil ne dispose pas d'éléments qui prouvent que l'entreprise a contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale.

(4) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil, à la demande d'un rapporteur, adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié.

Art. 19. Astreintes

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 p. 100 du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

- 1) à mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 ou des articles 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 10;
- 2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11;
- 3) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 12, paragraphe 3;
- 4) à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée par voie de décision en application de l'article 14, paragraphe 4.

(2) Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, le Conseil peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

(3) Le recouvrement de l'astreinte est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

Section IV – Prescriptions

Art. 20. Prescription en matière d'imposition de sanctions

(1) Le pouvoir conféré au Conseil en vertu des articles 17 à 19 est soumis aux délais de prescription suivants:

- a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ou à l'exécution d'inspections;
- b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

(2) La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

(3) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte du Conseil ou de l'Inspection. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription:

- 1) les demandes de renseignements écrites du Conseil ou de l'Inspection;
- 2) les mandats écrits d'inspection délivrés aux agents de l'Inspection par le Président du Conseil;

3) la communication des griefs retenus par le Conseil.

(4) L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

(5) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que le Conseil ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

(6) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision du Conseil fait l'objet d'une procédure pendante devant le Tribunal Administratif.

Art. 21. Prescription en matière d'exécution des sanctions

(1) Le pouvoir du Conseil d'exécuter les décisions prises en application des articles 17 à 19 est soumis à un délai de prescription de cinq ans.

(2) La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

(3) La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue:

- a) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification;
- b) par tout acte de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

(4) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

(5) La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue:

- 1) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé;
- 2) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision juridictionnelle.

*Section V – Communication des griefs, accès au dossier,
audition et secret professionnel*

Art. 22. Communication des griefs

Lorsqu'il relève des faits susceptibles d'entrer dans son domaine de compétence et avant de prendre des décisions prévues aux articles 10, 11 et 17, paragraphe 3, le Conseil communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les griefs formulés contre elles et précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre.

Si le Conseil constate au cours de la procédure que sont apparus des faits nouveaux éventuellement répréhensibles, ou au contraire que certains griefs méritent d'être abandonnés, il adresse aux entreprises concernées une nouvelle communication des griefs ou une communication des griefs modifiée.

Le délai de réponse accordé au destinataire de la communication des griefs et de la communication des griefs nouvelle ou modifiée est adressée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception. Le délai de réponse ne saurait être inférieur à un mois.

Art. 23. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties

(1) Les parties doivent être en mesure de prendre connaissance des pièces à la base de la communication des griefs qui leur est adressée, à l'exception de celles qui sont de nature à révéler des secrets d'affaires ou des informations confidentielles.

Les documents accessibles sont mis à la disposition des parties ou de leurs représentants à l'Inspection, à compter de l'envoi de la communication des griefs.

Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent librement prendre copie des documents mis à leur disposition selon des modalités déterminées par le règlement intérieur du Conseil.

Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises au cours de l'enquête et dont elles ont sollicité la non-divulgaration par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée.

De même, les documents ou partie de documents permettant d'identifier certaines personnes ne sont pas communicables lorsqu'il apparaît que la révélation de leur identité serait de nature à leur causer un préjudice d'une particulière gravité. Les personnes entendues désirant garder l'anonymat doivent présenter une demande écrite et spécialement motivée.

Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de l'autorité de concurrence, des autorités de concurrence des États membres ou de la Commission européenne. En particulier, le droit d'accès ne s'étend pas à la correspondance entre l'autorité de concurrence et les autorités de concurrence des États membres ou la Commission européenne ou entre ces dernières. Aucune disposition de la présente loi n'empêche le Conseil de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.

(2) Il appartient aux entreprises ou aux personnes intéressées de revendiquer auprès du rapporteur le caractère secret ou confidentiel des informations qu'elles ont communiquées.

Lorsqu'il estime que la divulgation de tout ou partie des documents risquerait de leur causer un préjudice, le rapporteur demande aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées de préciser la nature des informations qu'elles estiment couvertes par le secret des affaires ou la confidentialité.

(3) Le Président du Conseil ou son délégué statue sur les demandes qui lui sont faites et détermine le degré de confidentialité de chaque pièce figurant au dossier. Il peut décider de faire droit à la demande de l'entreprise concernée ou de la personne intéressée, ou de supprimer les seules informations véritablement secrètes ou confidentielles des documents incriminés.

(4) La décision du Président du Conseil ou son délégué est notifiée aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

(5) Les décisions du Président du Conseil ou de son délégué refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises ou les personnes intéressées peuvent être déférées devant le Président du Tribunal Administratif dans les 15 jours suivant la réception de la notification de la décision.

Les parties peuvent contester, dans les 15 jours suivant la réception de la communication des griefs, devant le Président du Tribunal Administratif, les décisions du Président du Conseil ou de son délégué leur refusant l'accès à certaines pièces ou éléments du dossier.

(6) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 17, paragraphe 3, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui a lieu dans le mois qui suit la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le rapporteur, les parties plaignantes, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies.

Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.

Le Conseil prend sa décision dans les deux mois à compter de la clôture des débats.

Art. 24. Secret professionnel

(1) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection ainsi que les experts désignés en vertu de l'article 16 ou toute autre personne dûment mandatée par le Conseil sont soumis au respect du secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, même après la fin de leurs fonctions.

(2) Le Conseil et les agents de l'Inspection agissant dans le cadre de l'accomplissement de leurs missions ne peuvent se voir opposer le secret professionnel.

Section VI – Voies de recours

Art. 25. Recours contre les décisions du Conseil

Un recours en annulation devant le Tribunal Administratif est ouvert contre les décisions du Conseil. Toutefois, un recours en réformation devant le Tribunal Administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu de l'article 17, paragraphe 3 et de l'article 18. Il doit être intenté dans un délai de deux mois qui court à partir de la notification de la décision par lettre recommandée.

Section VII – Coopération et assistance

Art. 26. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres

(1) Le Conseil peut, pour ce qui relève de ses compétences, communiquer les informations ou les documents qu'il détient ou qu'il recueille, à leur demande, à la Commission européenne ou aux autres autorités de concurrence des Etats membres exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité nationale de l'autre Etat membre concerné étrangère compétente soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'au Grand-Duché de Luxembourg.

(2) L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par l'autorité de concurrence des informations ou documents qu'elle détient ou qu'elle recueille, à leur demande, à la Commission européenne et aux autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.

(3) L'assistance demandée par une autorité nationale de concurrence étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations détenues ou recueillies par l'autorité de concurrence est refusée par celle-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public luxembourgeois ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée au Grand-Duché de Luxembourg sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.

Art. 27. Assistance à la Commission européenne

(1) Le Conseil est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne, à partir du grade d'inspecteur, de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du règlement (CEE) No 4064/89 susdit.

Aux effets ci-dessus, le Président du Conseil délivre à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus un mandat écrit qui indique l'objet et le but des enquêtes et vérifications.

Les fonctionnaires mandatés conformément à l'alinéa qui précède sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 1er, du règlement (CEE) No 4064/89 susdit.

L'assistance de la force publique peut être requise.

(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement ou de son délégué est nécessaire pour exécuter la décision de la Commission européenne.

L'assistance de la force publique peut être requise.

Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué contrôle que si la décision de la Commission est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire du Conseil, des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées.

Cependant, le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué ne peut remettre en cause la nécessité d'une inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission.

Art. 28. *Coopération avec les juges*

Pour l'application de la présente loi, le Conseil peut, devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, déposer des conclusions. Avec l'autorisation de la juridiction en question, le Conseil peut aussi présenter des observations orales. Il peut également produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête.

Art. 29. *Coopération avec les régulateurs sectoriels*

Le Conseil est autorisé à demander aux régulateurs sectoriels des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires dans le cadre de l'application de la présente loi.

Chapitre III – *Dispositions spécifiques, transitoires, abrogatoires et finales*

Art. 30. *Dispositions spécifiques*

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assurer les devoirs visés à l'article 22, paragraphe 6 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne à partir du grade d'inspecteurs du Ministère de l'Economie peuvent prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 22 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. A cet effet, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie délivre un mandat écrit à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

Art. 31. *Dispositions abrogatoires*

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée.

La loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
2. du règlement No 17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome
3. du règlement (CEE) No 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
4. du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, est abrogée.

La loi du 7 juillet 1983, modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix, est abrogée.

Toutefois, le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués, le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi ainsi que le règlement grand-ducal du 7 septembre 2001 relatif à l'indication des prix des produits et services restent en vigueur. Les infractions à ces règlements sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

Art. 32. Dispositions transitoires

(1) Les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité.

(2) Jusqu'au 1er mai 2004, les obligations découlant des articles 10, 11, 13 et 14 du règlement No 17 du Conseil de la Communauté économique européenne du 6 février 1962 et des articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises sont assumées par les agents de l'Inspection. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

Art. 33. Entrée en vigueur

La présente loi entrera en vigueur trois jours après sa publication au Mémorial.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES*Article 1. Champ d'application*

Ce premier article définit le champ d'application de la loi et sa place dans l'ordre juridique interne.

Les dispositions édictées par la présente loi n'ont vocation à s'appliquer qu'en l'absence de dispositions législatives spéciales incompatibles.

En effet, en vertu du principe selon lequel une loi peut déroger à une autre loi, les dispositions légales incompatibles avec le régime général que la présente loi entend instaurer et que cette dernière n'aura pas expressément abrogées ne seront pas remises en cause et continueront donc à s'appliquer.

Cependant, il faut garder à l'esprit que ces textes dérogatoires aux principes généraux définis dans le cadre du nouveau régime doivent être considérés comme des textes d'exception qui, à ce titre, seront d'interprétation stricte. Il conviendra également d'éviter à l'avenir une multiplication de ces textes qui aurait pour effet de vider les principes définis dans la présente loi de leur substance.

Le champ d'application de la loi est très vaste et entend appréhender l'ensemble des activités économiques. L'expression „activité de production, de distribution et de service“, inspirée de l'article 53 de l'ordonnance française No 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été préférée à la rédaction de l'article 1er de la loi du 7 juillet 1983 qui, pour définir le domaine d'application des prix réglementés, énumère exhaustivement et par conséquent limitativement les activités concernées. Une telle énumération a pour principal défaut d'enfermer le domaine d'application de la loi dans un carcan qui lui retire toute souplesse et empêche toute adaptation ultérieure à de nouveaux secteurs d'activité.

Comme le prévoit expressément l'article 1er, les interventions économiques des personnes publiques doivent respecter, au même titre que les personnes privées, les règles qui gouvernent la concurrence sur le marché. Ce principe est affirmé tant par le droit communautaire que par de nombreux droits nationaux parmi lesquels les textes français et belges.

Article 2. Liberté des prix

L'alinéa 1er de l'article 2 affirme solennellement le principe de la liberté des prix. Désormais, la liberté devient la règle, l'encadrement l'exception.

L'affirmation de ce principe de liberté a pour corollaire l'abandon définitif de tout système de contrôle général des prix, ce qui rend impératif l'abrogation de la loi précitée du 7 juillet 1983 et, par voie de conséquence, l'abrogation, sauf disposition contraire au chapitre des mesures spécifiques, transitoires, abrogatoires et finales, de tous les règlements grand-ducaux pris en vertu de cette loi.

Tout d'abord, l'affirmation du principe de liberté dans les secteurs auparavant réglementés ne remet pas en cause l'encadrement des prix exercé sur le fondement d'autres dispositions législatives existantes

ou à venir. Rien n'empêche le législateur de revenir sur ce principe et de soustraire, de manière générale ou limitée, en raison d'impératifs sectoriels, tel ou tel secteur du champ d'application de la présente loi.

Ensuite, même dans le cadre des activités relevant du domaine d'application de la loi, le pouvoir exécutif peut déroger au principe de liberté des prix dans les cas de figure et les strictes limites prévues aux alinéas 2 et 3.

L'exception à la liberté des prix prévue par l'alinéa 2 permet aux pouvoirs publics d'intervenir de manière durable dans des secteurs où des obstacles d'ordre structurel ou légal empêchent la concurrence de jouer son rôle de régulateur des prix. La défaillance de la concurrence à laquelle il convient de remédier résulte soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour l'acheteur ou l'utilisateur d'un service de faire jouer la concurrence, soit encore de contraintes législatives.

L'intervention réglementaire dans cette hypothèse suppose tout d'abord que soit réalisée une analyse de l'effectivité de la concurrence dans le secteur d'activité concerné. A cet effet, il sera nécessaire de définir dans chaque cas d'espèce le marché en cause par référence, notamment, à la communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372, du 9 décembre 1997).

Mais le constat de l'insuffisance de la concurrence n'est pas suffisant. Il faut corrélativement s'assurer qu'elle trouve son origine dans l'une des causes alternatives décrites à l'alinéa 2.

Aux termes de cet alinéa, l'intervention réglementaire est possible si la concurrence est insuffisante en raison:

- soit de la structure de l'offre ou de la demande: il s'agit dans ce cas de lutter contre la fixation arbitraire des prix susceptible d'être pratiquée dans une situation de monopole ou de duopole sur le marché ou en cas de difficulté d'approvisionnement sur un marché,
- soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché: dans cette hypothèse, la concurrence par les prix ne peut jouer en raison d'une impossibilité pratique pour la clientèle de comparer utilement les offres qui lui sont faites. Le client qui ne bénéficie d'aucune solution alternative est contraint de conclure avec un partenaire qu'il ne choisit pas et à des conditions non négociées. On parle alors de clientèle captive (par exemple dans le secteur des taxis). A ce titre, est, justifié le maintien de la fixation de prix maxima pour les courses en taxis et la réglementation des prix des transports sanitaires, des dépannages remorquages sur la route, des cantines scolaires ou encore des taxes téléphoniques perçues par des établissements mettant leurs installations à la disposition d'un public captif,
- soit enfin en raison de l'application d'une disposition légale impérative.

Si l'alinéa 2 permet une intervention réglementaire durable en raison d'un dysfonctionnement structurel du marché, l'alinéa 3 prévoit, pour sa part, une intervention ponctuelle en cas de dysfonctionnement conjoncturel du marché, pouvant affecter n'importe quel type d'activité économique, afin de remédier à des hausses ou des baisses de prix manifestement excessives, sans que la concurrence soit nécessairement faussée. Ces mesures doivent cependant être motivées, soit par une situation de crise, soit par des circonstances exceptionnelles, soit enfin par une situation manifestement anormale sur le marché.

Les mesures réglementaires destinées à lutter contre ces variations excessives sont limitées dans le temps afin de concilier l'urgence de l'intervention et l'atteinte au principe de la liberté des prix qu'elles constituent.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 2 détermine le maximum de la peine encourue en cas d'infraction aux dispositions des différents règlements qui pourraient être adoptés en vertu des alinéas précédents.

L'alinéa 3 donne le pouvoir au ministre ayant dans ses attributions l'Economie, de conclure des contrats de programme dans le secteur des produits pétroliers. Cette mesure se justifie en raison du fait que, dans le contexte actuel, les opérateurs sur le marché des carburants s'orienteraient en cas de libéralisation complète des prix vers les prix au public pratiqués dans les pays voisins (frontières, autoroutes), ce qui entraînerait une flambée des prix avec des conséquences économiques et fiscales non prévisibles. En ce qui concerne le marché des combustibles, l'avantage des grands consommateurs qui s'approvisionnent le plus souvent moyennant contrats de soumissions se creuserait encore davantage au détriment du consommateur final ne disposant ni du poids ni de connaissances d'un des marchés les plus volatiles.

Lorsqu'il n'est pas possible de conclure des contrats de programme, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut fixer des prix maxima.

La loi définit, conformément au principe de la légalité des peines, la peine encourue pour toute infraction aux règlements grand-ducaux. Il s'agit ici d'un délit qui expose l'auteur de l'infraction à une amende de 251 à 50.000 euros.

Article 3. Interdiction des ententes

L'article 3 pose le principe de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles. Sa rédaction est directement inspirée de l'article 81 du Traité CE.

L'entente prohibée au sens de l'article 3 suppose la réunion de trois éléments: un concours de volontés, entre entreprises, et qui porte atteinte à la concurrence.

On entend par entreprise toute entité exerçant une activité économique sur un marché, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance et autres, C/Ministre de l'agriculture, Rec. I, 4013). Elle englobe aussi bien les grandes entreprises industrielles ou commerciales que les sociétés coopératives, les fondations, les entreprises artisanales ou encore les simples particuliers. Ainsi, une activité qualifiée de profession libérale doit être considérée comme constituant une entreprise au sens de cet article. Sont également visées les personnes privées exerçant une mission de service public ainsi que les personnes publiques à condition cependant qu'elles agissent dans le cadre d'une activité économique.

Le concours de volonté nécessaire à la qualification d'entente suppose l'intervention d'entreprises indépendantes juridiquement et économiquement. Cette condition fait défaut entre entreprises appartenant à un même groupe en tant que sociétés mères et filiales, lorsqu'elles forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et si ces accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises.

L'entente doit traduire l'existence d'une volonté commune. L'article 3 énumère trois catégories d'ententes. Elle peut tout d'abord prendre la forme d'un accord entre entreprises, qu'il crée ou non un lien d'association entre les parties. Cet accord n'a pas à être formalisé, il peut s'agir de conventions écrites, verbales, voire tacites (barème interprofessionnel) ou encore d'un „gentlemen's agreement“. L'entente peut également résulter d'une association d'entreprises regroupant plusieurs personnes physiques, morales ou organismes, chacun en principe propriétaire ou exploitant d'une entreprise, et qui prennent dans le cadre de ce groupement des décisions collectives. Il peut s'agir d'associations sans but lucratif, de syndicats professionnels, de groupements d'intérêts économiques ou même de sociétés si les entreprises participantes ne se fondent pas en une entreprise unique. Les décisions d'association d'entreprises, à la différence des accords qui sont des actes résultants d'un concours de volontés individuelles, sont des actes de volonté collective, l'association agissant en qualité de mandataire de ses membres.

L'entente peut également résulter de pratiques concertées. Cette notion permet d'appréhender une forme de coordination entre entreprises, qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. Il convient cependant de garder à l'esprit que le parallélisme de comportement n'est pas à lui seul une pratique concertée bien qu'il puisse en fournir un indice sérieux. Les opérateurs économiques doivent en effet avoir le droit de s'adapter intelligemment aux comportements constatés ou escomptés de leurs concurrents.

Enfin, l'article 3 n'interdit les ententes entre entreprises que si elles ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. En d'autres termes, les ententes ne sont prohibées que si le but recherché ou le résultat obtenu est de faire obstacle à la concurrence ou de modifier les conditions des échanges telles qu'ils résulteraient de la structure du marché ou de la conjoncture.

L'article 3 énumère ensuite cinq séries d'exemples d'ententes prohibées. Cette liste est indicative. De plus, un même comportement prohibé peut parfaitement tomber sous le coup de deux qualifications différentes ou encore se trouver à la frontière entre plusieurs catégories visées.

- a) Entente sur la fixation des prix ou des conditions de transaction: le prix étant un élément essentiel de la concurrence, les opérateurs économiques peuvent être tentés de s'entendre pour confisquer la liberté des prix et utiliser à leur seul profit l'abandon du système d'encadrement des prix. La fixation des prix peut être directe ou indirecte. Le contrôle des prix par les opérateurs peut encore résulter des

conditions pratiquées en matière de délais de paiement ou de toute autre contrainte dont les effets se répercutent sur les prix. Les clauses relatives à la fixation des prix peuvent figurer dans des accords horizontaux, conclus entre entreprises situées au même stade de la production ou de la distribution, ou dans des accords verticaux conclus entre producteurs et distributeurs. Sont spécialement visées toutes les formes d'ententes horizontales sur les prix et certaines ententes tarifaires verticales quand elles ont pour objet ou pour effet d'imposer un prix de revente ou une marge minimale. Les prix conseillés ou les prix maxima demeurent licites à condition de ne pas être utilisés pour masquer en réalité un prix minimum de revente.

- b) Ententes dont les participants restreignent leur liberté de développement industriel, commercial ou financier: ces ententes limitent ou mettent en oeuvre un contrôle de la production, des débouchés, des investissements ou encore du progrès technique. Elles empêchent les entreprises d'intervenir sur le marché dans les conditions optimales qu'elles pourraient atteindre et dont les consommateurs pourraient bénéficier. Elles conduisent à limiter artificiellement l'offre disponible, créant de ce fait une sorte de pénurie par rapport au volume de la demande.
- c) Répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement: ces ententes sont particulièrement nocives parce qu'elles aboutissent à un cloisonnement du marché.
- d) Ententes discriminatoires: la concurrence entre les acheteurs de biens ou les destinataires de services, qui les utilisent eux-mêmes pour les besoins d'une activité industrielle ou commerciale, est faussée lorsque certains d'entre eux se voient systématiquement imposer des prix ou autres conditions contractuelles moins favorables que l'ensemble ou une grande partie d'entre eux.
- e) Contrats couplés résultant d'une entente: l'article 3 ne condamne pas les contrats couplés imposés par une entreprise mais ceux qui interviennent avec les contractants des parties à une entente. Les parties à l'entente s'accordent pour qu'un producteur ou un distributeur subordonne la vente d'un bien nécessaire à un utilisateur, à l'acceptation de quantités sans commune mesure avec les besoins normaux de l'acquéreur, ou à la vente d'un autre bien sans rapport avec le précédent. La restriction de concurrence résulte de la limitation apportée à la liberté d'action des parties et à la liberté de choix des tiers.

Article 4. Nullité de plein droit des ententes et exemptions

Contrairement à ce qui était prévu par la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, l'article 4 édicte une nullité de plein droit des ententes non justifiées, qui vaut pour l'avenir et rétroactivement pour le passé et qui peut être invoquée par une partie ou prononcée d'office par toute juridiction qui, à l'occasion d'une affaire dont elle est saisie, constaterait l'existence d'une entente injustifiée. Les juridictions constatent cette nullité sans préjudice des autres sanctions susceptibles d'être prononcées par le Conseil indépendant de la concurrence. La nullité absolue est un instrument essentiel pour développer une politique de prévention des ententes par l'instauration d'un régime de sanction dissuasif, efficace et adapté.

Cet article retient les causes d'exemption formulées à l'article 81, paragraphe 3, du Traité.

Le Conseil indépendant de la concurrence ou la juridiction qui sont amenés à connaître d'une pratique anticoncurrentielle peuvent en analyser les aspects négatifs et positifs à la suite d'un bilan économique pour éventuellement l'exempter, sans subordonner cette faculté à une notification préalable de la part des entreprises. Les accords exemptés sont considérés comme licites *ab initio* conformément au principe de l'exception légale instauré par le nouveau Règlement (CE) No 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.

A l'instar du principe de l'exception légale applicable pour les articles 81 et 82 du Traité à partir du 1er mai 2004, il a été jugé opportun de reprendre ce même principe dans la législation nationale pour des raisons de cohérence et dans l'intérêt d'une application uniformisée des règles de concurrence dans la Communauté.

Les entreprises sont amenées à effectuer une autoévaluation de leurs accords. Pour être exemptée, l'entente doit remplir deux conditions positives: elle doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte:

1. amélioration de la production ou de la distribution ou promotion du progrès technique ou économique: nombreuses sont les entreprises de petite ou moyenne dimension qui ont besoin de conjuguer

leurs efforts. La nécessité de procéder à des investissements importants pour faire face à la concurrence internationale justifie une coopération entre entreprises. En outre, malgré une rédaction qui en apparence se limite aux effets d'ordre économique, l'article 4 pourrait également permettre, comme la Cour de Justice des Communautés européennes l'a reconnu à propos de l'article 81, paragraphe 3, de prendre en considération la portée sociale d'une entente. Ainsi a-t-elle jugé que: „*la conclusion de programmes de livraisons pour une durée raisonnable constitue, pour ce qui concerne le maintien de l'emploi, un élément de stabilisation dont la recherche rentre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans le cadre d'une conjoncture économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article 85 § 3 (81 § 3 nouveau) permet de viser (CJCE 25 octobre 1977, Metro/Saba).*“

Pour une illustration des accords remplissant cette condition, on peut utilement se référer *mutatis mutandis* à la jurisprudence communautaire concernant par exemple certains accords de spécialisation, de recherche en commun et surtout de distribution exclusive.

Cette première condition n'est cependant pas suffisante; la dérogation ne sera accordée que si ses effets techniques ou économiques favorables profitent également aux utilisateurs.

2. partie équitable du profit réservée aux utilisateurs: cette condition se confond souvent avec la première. Le fait que les utilisateurs puissent se procurer plus facilement certains produits ou services et disposer alors d'une large possibilité de choix constitue en principe une amélioration de la distribution et un avantage réservé aux utilisateurs. Elle s'en distingue pourtant. Un accord de spécialisation peut permettre des gains de productivité, qui traduisent une amélioration technique ou économique, sans que les entreprises répercutent la baisse du prix de revient à l'unité produite sur le prix de vente. Dans ce cas, les utilisateurs ne profitent pas de l'amélioration et l'entente ne peut être exemptée. Le profit réservé aux utilisateurs n'a pas nécessairement un aspect monétaire, il peut résulter d'une 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.). Enfin, le terme d'utilisateur désigne toute personne intervenant au stade de la production ou de la distribution, consommateurs finals ou intermédiaires.

Pour être exemptée, l'entente doit encore remplir deux conditions négatives. Tout d'abord, elle ne doit pas imposer de restrictions négatives qui ne soient indispensables pour atteindre les effets favorables de l'entente. S'il est dérogé au principe de l'interdiction des atteintes à la concurrence, c'est strictement dans la mesure où ces effets ne pourraient être obtenus sans les atteintes à la concurrence convenues entre les participants. C'est donc non seulement un lien de causalité qui est exigé entre l'entente et ses effets bénéfiques constatés, mais un rapport de proportionnalité qui doit être respecté.

Ensuite, dernière condition, l'entente ne doit pas supprimer la concurrence pour la totalité, ni même pour une partie substantielle des produits en cause.

Article 5. Interdiction des abus de position dominante

Cet article reprend la formulation de l'article 82 du Traité. Il ne condamne pas la position dominante mais l'exploitation abusive qui peut en être faite. Il faut par conséquent établir l'existence d'une position dominante sur un marché déterminé avant d'en caractériser l'exploitation abusive. Pour déterminer si une entreprise est en situation de dominance sur un marché, il est primordial de déterminer au préalable le marché en cause, encore appelé marché pertinent ou marché de référence. La délimitation du marché doit se faire tant du point de vue du produit que du point de vue géographique. La délimitation du marché en cause est un exercice difficile, nécessitant l'appréciation d'éléments complexes. Pour y parvenir, et compte tenu de la similitude entre les textes luxembourgeois et les dispositions communautaires relatives aux abus de position dominante, on peut utilement se référer à la „*Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*“ (précitée).

La Cour de Justice des Communautés européennes définit la position dominante comme étant „*une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs*“ (CJCE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, Michelin c/Commission, Rec., p. 3503).

La possession d'une part de marché importante en comparaison avec ses concurrents, pendant une période d'une certaine durée, est généralement un indice important pour caractériser cette puissance économique. D'autres critères peuvent corroborer une position dominante comme l'existence de barrières à l'entrée, la puissance financière et la taille de l'entreprise, ou encore l'existence d'avantages concurrentiels résultant des ressources techniques ou de la possession de droits de propriété industrielle.

La liste des comportements abusifs est indicative. Il n'est pas nécessaire de revenir plus précisément sur chaque cas envisagé, la définition de chacun d'eux étant très proche de ceux pouvant également être prohibés par le droit des ententes. D'ailleurs, certains comportements sont prohibés lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché en cause et qu'ils sont soit le fruit d'une entente, soit le fait d'une entreprise en position dominante.

Sans préjudice des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil indépendant de la concurrence, les engagements de toute nature, imposés par une entreprise abusant de sa position dominante sur le marché sont nuls de plein droit. Cette nullité absolue s'impose pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment au sujet des ententes et produit des effets identiques.

Article 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil

Cet article désigne les organes étatiques qui interviennent dans l'application des règles de concurrence. Il opère une distinction entre la phase d'instruction des affaires anticoncurrentielles placée entre les mains de l'Inspection de la concurrence et la phase de décision dans laquelle intervient le Conseil indépendant de la concurrence. Alors que ce dernier doit être un collège indépendant, découlé du Ministère de l'économie, l'Inspection de la concurrence est en revanche intégrée administrativement au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Il est important que l'accent soit mis sur l'indépendance de l'autorité qui prend les décisions alors que le pouvoir exécutif est fortement engagé dans la vie économique. Il aurait été contestable de ne pas prévoir d'indépendance pour l'Inspection de la concurrence qui aura un rôle fondamental à jouer dans l'instruction des affaires. Notons au passage que la construction administrative proposée n'est pas innovatrice puisque d'autres organes de l'Etat, détachés du pouvoir exécutif, se sont par le passé vu attribuer des pouvoirs de décision comme par exemple la Commission Indépendante de la Radiodiffusion dont la composition présente des analogies avec le Conseil indépendant de la concurrence. Bien qu'il faille admettre que la Commission Indépendante de la Radiodiffusion n'a pas de pouvoir d'édicter des sanctions aussi graves, il n'en demeure pas moins vrai que ses décisions sont importantes dans le cadre de ses compétences puisqu'elle est habilitée à trancher des litiges et à accorder ou à refuser des autorisations.

La compétence du Conseil s'étend sur l'application du droit de la concurrence.

Alors que le premier paragraphe donne au Conseil compétence d'appliquer le droit national de la concurrence, le deuxième paragraphe précise que le Conseil peut appliquer les articles 81 et 82 du Traité. Il est précisé que le Conseil doit exclusivement appliquer les articles 81 et 82 du Traité lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par l'affaire lui soumise. Cette précision répond à un souci de cohérence et évitera que des procédures soient engagées sur une double base légale. L'article 3 du Règlement No 1/2003 fait obligation aux autorités de concurrence d'appliquer les articles 81 et 82 en parallèle de l'application de la législation nationale lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par la pratique en cause. La proposition initiale du nouveau règlement de la Commission prévoyait une application exclusive des articles 81 et 82 du Traité en cas d'affectation du commerce intracommunautaire, mais le texte final de l'article 3, fortement critiqué en doctrine, prévoit seulement une application parallèlement du droit communautaire et du droit national. Etant donné que la législation luxembourgeoise relative à la concurrence est actuellement peu développée, il a paru préférable dans l'intérêt de la sécurité juridique d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité exclusivement en cas d'affectation du commerce intracommunautaire. La future autorité de concurrence pourra se référer à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en ce qui concerne la notion de l'affectation du commerce intracommunautaire ainsi qu'à la communication spécifique de la Commission relative à ce sujet¹.

¹ Celle-ci sera adoptée par la Commission avant le 1er mai 2004.

Article 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil

Paragraphe 1er:

Il est apparu utile que l'autorité de concurrence, face aux lourdes responsabilités, prenne ses décisions sur une base collégiale et que sa composition soit équilibrée. L'exigence de voir un magistrat siéger au Conseil est une garantie supplémentaire d'indépendance de l'organe et de respect des droits procéduraux pour les entreprises en cause. En même temps, et du fait que les décisions doivent s'appuyer sur des analyses économiques très poussées (notamment pour déterminer le marché géographique et des produits sur lesquels il y a lieu de retenir ou non une position dominante d'une entreprise), les autres membres du collège doivent obligatoirement avoir un bagage académique dans le domaine de l'économie ou du droit de la concurrence, droit économique par excellence.

Le Président est nommé comme les autres membres du collège pour une durée de sept ans. La limitation du mandat à 7 ans permet plus facilement de faire évoluer la pratique décisionnelle et les méthodes de travail en fonction de l'environnement économique en mutation permanente.

Une série d'actes et de décisions du présent projet sont posés par le Président du Conseil (articles 11, 14, 23 (3), 27 (1)). Pour empêcher la paralysie du Conseil en cas d'empêchement du Président, il importe que ses fonctions puissent être déléguées à un autre membre du Conseil, quelles que soient les causes d'empêchement du Président.

Paragraphe 2:

Ce paragraphe détermine le statut du Président du Conseil qui est le seul membre du collège à exercer un mandat à plein temps. Cela se justifie du fait qu'il est également le chef de l'Inspection de la concurrence (article 8 (1)).

Il est suggéré de rétribuer le travail des président et conseillers du conseil d'après les règles fixées par le Gouvernement en Conseil, par analogie à l'indemnisation d'autres hautes missions étatiques, comme par exemple l'exercice d'un mandat au sein du Conseil d'Administration de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

Paragraphe 3:

Cette disposition renforce les garanties en faveur des entreprises en cause en ce qu'elle défend explicitement au membre du Conseil de siéger si une affaire touche le moindre intérêt, même indirect, de ce membre. Il en est de même pour le président ou le conseiller qui est intervenu dans une affaire avant qu'il ne soit nommé membre du Conseil.

Paragraphe 4:

Contrairement aux décisions du ministre de l'Economie prises sur base de l'actuelle loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives qui n'étaient pas publiées, celles de la future autorité de concurrence devraient être largement diffusées. La publication dans un Recueil spécial est un gage de transparence et permet aux entreprises d'adapter leurs comportements à la pratique décisionnelle du Conseil; elle offre donc une sécurité juridique accrue au monde des affaires.

Article 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence

Il semble plus prudent de ne pas créer une organisation lourde et administrativement indépendante chargée de l'instruction des affaires de concurrence, étant donné qu'il est, à l'heure actuelle, difficile de mesurer le nombre d'affaires susceptibles de tomber dans le champ d'application de la future loi. L'article 8 concilie la souplesse de l'organisation de l'Inspection de la concurrence, laquelle fait partie des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie, avec la nécessaire indépendance qui doit présider à l'instruction des affaires de concurrence (précisée à l'article 6 (6)), instruction dans laquelle le ministre ne peut s'immiscer. L'Inspection de la concurrence est placée sous l'autorité du Président du Conseil.

Pour chaque affaire, le Président désigne un rapporteur chargé d'instruire à charge et à décharge.

Les agents de l'Inspection de la concurrence ont des pouvoirs d'investigation très étendus. C'est la raison pour laquelle ces pouvoirs ne sauraient être confiés qu'à des fonctionnaires d'un rang élevé dans la hiérarchie de la fonction publique.

Article 9. Saisine du Conseil

La saisine du Conseil est délibérément large. L'article reprend l'article 7 (2) du Règlement No 1/2003 pour des raisons de cohérence et pour éviter du forum shopping. Le texte luxembourgeois précise que le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, en tant que régulateur politique des marchés, se voit confier la compétence de saisir le Conseil. A l'instar de la Commission, le Conseil peut aussi s'autosaisir.

Article 10. Constatation et cessation d'une infraction

L'article 10 reprend en partie l'article 7 du Règlement No 1/2003.

Article 11. Mesures conservatoires

Les mesures conservatoires sont destinées à prévenir un trouble concurrentiel imminent d'une particulière gravité. Il s'agit de ne pas se laisser perpétuer une pratique anticoncurrentielle lorsqu'il apparaît que sa sanction ultérieure serait sans effet sur l'atteinte portée au marché.

S'agissant d'une mesure d'urgence, les conditions de l'action et les délais de recours sont nécessairement simplifiés et plus brefs, de manière à permettre une prise de décision rapide.

La décision statuant sur des mesures conservatoires ne préjuge pas de l'examen au fond de l'affaire. Le système envisagé est directement calqué sur les dispositions de l'ordonnance française de 1986, et, d'autre part, sur le texte de l'article 8 du Règlement No 1/2003 (mesures transitoires). Afin d'être en mesure de réagir rapidement et efficacement, il a paru justifié de donner ce pouvoir au Président du Conseil ou à son délégué.

Article 12. Demandes de renseignements

L'article 12 reprend l'article 18 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la structure luxembourgeoise. A l'instar de la Commission, l'autorité de la concurrence luxembourgeoise doit disposer du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par les articles 3 à 5 et les articles 81 et 82 du Traité. Les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction (voir considérant (23) du Règlement No 1/2003).

Article 13. Pouvoir de recueillir des déclarations

L'article 13 reprend l'article 19 du Règlement No 1/2003.

A l'instar de la Commission, l'autorité de concurrence luxembourgeoise doit pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations. L'autorité doit aussi pouvoir demander toutes les informations ayant un lien avec l'objet et le but de l'inspection.

Article 14. Pouvoirs en matière d'inspection

L'article 14 précise les pouvoirs d'investigation de l'autorité de concurrence et reprend l'article 20 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise. Cependant, il n'a pas été jugé nécessaire de reprendre le deuxième paragraphe, point d), de cet article qui investit la Commission du pouvoir d'apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection.

La vérification est opérée dans les seuls locaux visés à l'article sous examen, c'est-à-dire dans les locaux à usage exclusivement professionnel (article 14 (2) (a)). Ce texte est inapplicable s'il est nécessaire de procéder à des constatations dans un lieu privé. Dans ce cas, les agents doivent recourir à la procédure prévue à l'article 15.

Les agents intervenant en vertu de ce texte ne doivent pas faire usage de la contrainte. Ils ne peuvent exercer les pouvoirs que ce texte leur confère que s'il leur est possible d'accéder librement aux locaux concernés.

La personne contrôlée est cependant tenue de faciliter dans la mesure de ses possibilités le déroulement du contrôle.

Les agents peuvent recueillir oralement des explications.

Le présent article soumet le déroulement de la vérification au respect de certaines règles de procédure.

Les précisions données oralement dès l'arrivée des agents figurent également dans un document écrit remis immédiatement à la personne présente sur les lieux contre récépissé. Pour éviter toute contestation éventuelle, le récépissé devrait mentionner l'heure de la remise du document ainsi que celle de l'arrivée des agents.

La présence de l'avocat de l'entreprise contrôlée pendant la vérification est autorisée. Loin d'entraver l'action des agents, cette faculté est au contraire destinée à éviter les contestations ultérieures.

Bien que cette possibilité ne soit pas généralisée par tous les autres droits nationaux, les autorités de contrôle reconnaissent généralement que la reconnaissance concrète de ce droit contribue à la sérénité de la vérification entreprise.

Cependant, l'absence de l'avocat ne fait pas obstacle au déroulement de la vérification. Cette disposition est d'autant plus importante que la plupart des contrôles ont vocation à être effectués à l'improviste. Dans ce cas, la non-disponibilité immédiate de l'avocat ne doit pas être de nature à paralyser le contrôle.

Article 15. Inspection d'autres locaux

L'article 15 investit l'autorité de la concurrence des mêmes pouvoirs que l'article 21 du Règlement No 1/2003 confère à la Commission. Comme le précise le considérant (26) du Règlement No 1/2003, l'expérience de la Commission a montré qu'il arrive que des documents professionnels soient conservés au domicile des dirigeants et des collaborateurs des entreprises. Afin de préserver l'efficacité des inspections, il convient donc de permettre aux agents et aux autres personnes mandatées par le Conseil d'accéder à tous les locaux où des documents professionnels sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés. L'exercice de ce dernier pouvoir doit néanmoins être subordonné à l'autorisation de l'autorité judiciaire.

A la différence de la situation visée à l'article 14, il peut être procédé à une perquisition ou à une saisie de pièces et documents en tous lieux indépendamment de la fonction professionnelle ou privée du local concerné.

Dans le même esprit, ce pouvoir d'enquête est exercé en faisant usage de la contrainte. C'est la raison pour laquelle la perquisition et la saisie de pièces et documents ne peuvent avoir lieu que sur autorisation préalable délivrée par le Président du Tribunal d'Arrondissement.

Il est opportun pour simplifier le travail des agents de donner ce pouvoir à un juge unique, en l'occurrence au Président du Tribunal d'Arrondissement ou à son délégué, de manière à alléger la procédure et à faciliter l'accomplissement rapide de ces formalités substantielles.

Le régime de la perquisition et de la saisie s'apparente à celui prévu par les articles 63 et suivants du code d'instruction criminelle, mais il est évident que ces articles ne sont pas applicables en l'espèce dans la mesure où la matière sous examen relève de la procédure administrative et non pénale. Les concepts de perquisition et de saisie recouvrent donc dans ce texte une définition autonome.

Article 16. Expertises

L'expertise en droit de la concurrence joue un rôle fondamental. Ce droit se situe en effet au confluent de la règle juridique et de l'économie. Dès lors, il est souvent nécessaire de recourir aux services d'experts pour appréhender chaque élément d'une situation par nature complexe.

Article 17. Amendes

L'article 17 reprend presque intégralement l'article 23 du Règlement No 1/2003. Les sanctions pécuniaires que le Conseil peut prononcer doivent être suffisamment dissuasives. Introduire des dispositions luxembourgeoises divergentes par rapport au texte communautaire pourrait avoir comme effet de favoriser le forum shopping. L'absence de sanctions efficaces dans l'actuelle loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives explique en grande partie l'application relativement rare de ce texte. D'un point de vue droit public luxembourgeois, les sanctions prévues aux paragraphes 2 à 3 n'ont pas de caractère pénal étant donné qu'elles sont prononcées par un organe de l'ordre administratif.

Les amendes prévues au premier paragraphe sont de nature pénale et relèvent de la compétence des Tribunaux répressifs.

Le paragraphe 3 s'inspire de l'article L 464-2 du Code de commerce français, notamment en ce qui concerne le chiffre d'affaires à prendre en compte. Le législateur français a récemment introduit ce texte pour éviter que des sociétés échappent aux sanctions en ayant recours à des structures ingénieuses.

Article 18. Immunité et réduction des amendes

L'une des difficultés de la lutte contre des ententes injustifiables est de lever la chape de silence qui les recouvre. Pour encourager un membre d'une entente à avouer son activité illégale et mettre en cause des complices en apportant des témoignages directs sur les réunions et communications clandestines, l'expérience a montré que des programmes de clémence conduisent à un dénouement rapide et efficace des affaires.

L'expérience de la Commission européenne en matière de programme de clémence a démontré que la collaboration d'une entreprise à la découverte de l'existence d'une entente a une valeur intrinsèque. L'incitation résulte de la possibilité d'accorder aux entreprises dénonciatrices une immunité ou une réduction d'amendes. La Commission européenne incite toutes les autorités nationales de la concurrence à introduire de tels programmes de clémence.

Les auteurs du projet estiment que la nouvelle législation relative à la concurrence doit donner à la future autorité de concurrence des moyens pour inciter les entreprises parties à un accord prohibé à le dénoncer.

A l'instar de nombreux Etats membres (notamment: Autriche, France, Pays-Bas, Irlande, Angleterre) et de la Commission européenne qui ont adopté des programmes de clémence, le projet de loi introduit un programme de clémence qui s'inspire de la politique de la Commission européenne en la matière (cf: Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes du 19 février 2002 – JOCE, C 45, p. 3).

Les modalités pratiques pour l'obtention d'une immunité ou d'une réduction d'une amende sont précisées au paragraphe 3.

Article 19. Astreintes

L'article 19 reprend l'article 24 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise.

Article 20. Prescriptions en matière d'imposition des amendes

L'article 20 reprend l'article 25 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise.

Article 21. Prescriptions en matière d'exécution des sanctions

L'article 21 reprend l'article 26 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise.

Article 22. Communication des griefs

La communication des griefs est un acte par lequel le Conseil communique par écrit aux entreprises ou associations d'entreprises concernées les griefs retenus contre elles. Elle constitue le premier acte contradictoire après l'engagement de la procédure et doit permettre aux entreprises en cause de préparer utilement leur défense.

Inconnue en droit luxembourgeois, la communication des griefs constitue pourtant la pierre angulaire de toutes les procédures de concurrence dans la mesure où elle circonscrit les termes du litige.

Article 23. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties

L'article 23 reprend en grande partie les dispositions de l'article 27 du Règlement No 1/2003 et de la communication de la Commission relative aux règles de procédure interne pour le traitement des demandes d'accès au dossier (...), JOCE C 23 du 23/01/1997. Ces dispositions pourront être interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative à ce sujet.

A la suite de la procédure écrite (communication des griefs et réponses fournies par les entreprises), les entreprises en cause ainsi que les autres parties (plaignants, Ministre de l'économie ...) auront l'occasion, lors d'une audition, de plaider leur dossier devant le Conseil. La procédure orale est nécessaire pour garantir le caractère contradictoire des débats et est reconnue dans tous les droits nationaux. L'entreprise en cause peut bien évidemment se faire représenter par son avocat.

Finalement, cet article précise les règles relatives à la confidentialité et prévoit un recours devant le Président du Tribunal administratif contre les décisions du Président du Conseil ou de son délégué (paragraphe 5).

Article 24. Secret professionnel

Cet article s'inspire de l'article 24 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Le paragraphe 2 s'inspire de l'article L 450-7 du Code de commerce français.

Article 25. Recours contre les décisions du Conseil

Le recours devant le Tribunal administratif est le recours de droit commun, c'est-à-dire d'annulation, excepté celui contre les décisions relatives aux sanctions pécuniaires pour lesquelles est ouvert un recours en réformation. Ce dernier recours ressemble à celui qui est reconnu aux entreprises pour attaquer les décisions „antitrust“ de la Commission européenne devant le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, lequel tribunal peut se substituer à la Commission européenne pour annuler ou refixer les amendes.

Article 26. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres

L'article 11 du Règlement No 1/2003 prévoit les règles de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. L'article 12 du Règlement No 1/2003 constitue la base légale pour l'échange d'informations, y compris les informations confidentielles. Etant donné que les modalités pratiques de cette coopération ne sont pas déterminées par le Règlement No 1/2003, il a paru nécessaire, dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la transparence, de préciser les règles de cette coopération. Les auteurs du projet se sont inspirés de l'article L 462-9 du Code de commerce français qui prévoit un certain nombre de garanties (secret professionnel) concernant l'échange d'informations avec d'autres autorités nationales de concurrence de la Communauté.

Article 27. Assistance à la Commission européenne

Les articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement No 1/2003, ainsi que le Règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises instaurent un certain nombre d'obligations précises à l'égard des autorités nationales de concurrence qui nécessitent des mesures de transposition nationales. Il a été jugé opportun de préciser les modalités pratiques de cette coopération.

Le paragraphe 2 de l'article 27 prévoit les modalités concernant l'assistance à prêter à la Commission dans le cadre de l'application de l'article 21 du Règlement No 1/2003. Lorsque la Commission demande l'assistance pour exécuter une telle inspection, une autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement est nécessaire.

La portée du contrôle que le juge national peut effectuer lorsqu'il autorise, en vertu du droit national et à titre de mesure préventive, le recours aux forces de l'ordre afin de passer outre une opposition éventuelle de l'entreprise ou d'exécuter une décision de procéder à des inspections dans des locaux non professionnels, a été précisée par la Cour de Justice des Communautés européennes². Il résulte de cette jurisprudence que l'autorité judiciaire nationale peut notamment demander à la Commission les informations complémentaires dont elle a besoin pour effectuer son contrôle et en l'absence desquelles elle pourrait refuser l'autorisation. La jurisprudence confirme également la compétence des juridictions nationales pour contrôler l'application des règles nationales concernant la mise en œuvre de mesures coercitives.³

Il convient de préciser que l'étendue du contrôle du juge national est plus restreinte pour les inspections sollicitées par la Commission que celles décidées par l'autorité luxembourgeoise de la concurrence en vertu de l'article 15 du présent projet. Comme le précise l'article 21 (3) du Règlement No 1/2003, le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de Justice des Communautés européennes.

² Voir Arrêt de la Cour du 22 octobre 2002 dans l'affaire C-94/00, Roquette frères.

³ Voir Considérant (27) du Règlement No 1/2003.

Article 28. Coopération avec les juges

A l'instar de l'article 15, § 1 du Règlement No 1/2003 qui prévoit les règles de coopération entre la Commission et les juridictions nationales, il est utile de préciser les règles de coopération pour permettre une coopération efficace entre l'autorité de concurrence nationale et les juges.

L'article 28 est inspiré de l'article L 470-5 du Code de commerce français. En France, cet instrument de collaboration s'est avéré très utile pour assurer une bonne collaboration entre le juge et l'autorité de concurrence. Le juge qui sera amené à prononcer des dommages et intérêts sur base de décisions prononcées par le Conseil pourra ainsi solliciter, à l'instar de la Commission européenne, des informations concernant une affaire qui lui est soumise.

Article 29. Coopération avec les régulateurs sectoriels

Il a été jugé utile de préciser que le Conseil peut demander aux régulateurs sectoriels (par exemple l'Institut luxembourgeois de Régulation) des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires à l'application de la loi.

Article 30. Dispositions spécifiques

Cet article reproduit *mutatis mutandis* la loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application:

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives,
2. du règlement No 17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome,
3. du règlement (CEE) No 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises,
4. du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du Traité CE.

Article 31. Dispositions abrogatoires

Cette disposition abrogatoire se passe de commentaires sauf qu'il y a lieu de relever que le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués, le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi ainsi que le récent règlement grand-ducal relatif à l'indication des prix des produits et services, règlements pris sur base de la loi du 7 juillet 1983 restent expressément en vigueur et que les infractions à ces règlements sont punies d'amendes de 251 à 50.000 euros.

Article 32. Dispositions transitoires

Le premier paragraphe de l'article 32 précise que les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives et non encore clôturées avant l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil qui appliquera les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. Le Conseil aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité, pouvoir qui ne lui appartient pas selon la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet de loi engage une des réformes les plus radicales du droit public économique du pays. Avec son vote disparaîtra d'un trait de plume l'ancienne politique de prix caractérisée par la tutelle étatique sur la formation des prix. Cette tutelle repose sur un édifice législatif et réglementaire patiemment bâti sur les fondations de l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix.

L'origine de l'office des prix remonte à l'époque de l'immédiate après-guerre, dans un contexte de pénurie générale dans lequel les pouvoirs publics ont dû imaginer des parades à la flambée des prix qui pouvait résulter de la spéculation sur les biens rares. Dans l'esprit de ses créateurs, l'office des prix ne devait avoir qu'une durée limitée et les milieux commerciaux exigèrent dès 1947 sa suppression.

L'office des prix poursuivait cependant ses activités et, parallèlement aux mutations économiques que le Luxembourg subissait, son rôle évoluait pour devenir un instrument de politique économique censé maîtriser l'inflation. On verra dans la première partie du présent exposé des motifs que dans le contexte économique actuel, l'office des prix n'est plus en mesure de jouer ce rôle.

La suppression du contrôle général des prix s'accompagne d'un renforcement des règles de concurrence. Si les prix se forment librement – et sans l'intervention des pouvoirs publics – par le jeu de l'offre et de la demande, il importe de veiller à ce que les marchés soient soumis à la concurrence. Les pouvoirs publics, plutôt que d'intervenir directement sur les prix, devront désormais rétablir les conditions de concurrence sur le marché toutes les fois que le jeu de la concurrence est faussé ou risque d'être faussé. Toutes ententes et tous abus de position dominante devront dès lors être sévèrement sanctionnés. La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, qui constitue notre actuel régime antitrust, est trop imparfaite pour régler le fonctionnement concurrentiel des marchés. Elle sera abrogée au profit de règles de concurrence mieux adaptées, plus efficaces, plus sévères et appliquées dans le respect de procédures administratives qui garantissent les droits des administrés. C'est dans la deuxième partie de l'exposé des motifs que sera tiré le bilan de l'application de la loi du 17 juin 1970 et que seront exposées les nouvelles règles de concurrence avec la création d'une autorité de concurrence appelée à veiller à leur application.

La réforme préconisée a été préparée de longue date. Depuis le début des années quatre-vingt, peu à peu, des secteurs économiques entiers ont été libéralisés. Durant la présente législature, des modifications du régime actuel de fixation des prix préfigurent et annoncent déjà dans une série de secteurs spécifiques la réforme globale du cadre légal et réglementaire. Ainsi ont été successivement abandonnées les fixations officielles de prix pour certains articles, notamment les produits de boulangerie. Ont également été abrogés le règlement grand-ducal du 16 octobre 1970 fixant les marges maxima pour le matériel de chauffage central, celui déterminant les prix de vente des vins indigènes ainsi que le règlement grand-ducal du 15 février 1964 concernant le prix normal des produits et articles de marques importés. Il est temps maintenant d'emboîter le pas pour traduire dans les textes un changement qui a déjà été engagé dans la pratique.

La réforme de la réglementation fait d'ailleurs partie du programme gouvernemental, consigné dans l'accord de coalition:

„Le Gouvernement veillera (...) à adapter les règles en matière de concurrence“ et, plus loin: „(...) Il entend mettre en œuvre une série d'adaptations qualitatives du cadre légal et réglementaire en ce qui concerne le fonctionnement des marchés.

Il en est ainsi de l'adaptation de la législation sur la concurrence (...).“

De même, et depuis plusieurs années déjà, la Commission européenne ne cesse de recommander aux autorités luxembourgeoises d'abandonner la législation sur les prix et d'instaurer une nouvelle politique de concurrence. Ainsi, dans les „grandes orientations de politique économique“, elle écrit en 2001: „Plusieurs facteurs, dont la réglementation des prix, continuent de limiter la concurrence sur les marchés de produits. Compte tenu de ce qui précède, le Luxembourg devrait privilégier l'objectif suivant: abolir, comme il l'avait annoncé, les prix fixes et administrés.“

En 2002, la Commission se montre encore plus insistante: „Certains éléments du cadre législatif, tels que les dispositions obsolètes sur les prix, risquent de limiter la concurrence sur les marchés de produits. De plus, le manque de pouvoir dévolu à l'autorité de la concurrence rend difficile la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union. (...) Compte tenu de ce qui précède, le Luxembourg devrait privilégier les objectifs suivants: mettre en œuvre la réforme annoncée du droit de la concurrence, ce qui

suppose de supprimer les prix fixes et les prix administrés, d'habiliter l'autorité de concurrence à faire appliquer le droit communautaire de la concurrence et de réformer les dispositions relatives à la passation des marchés publics.“

Pour engager une réflexion d'ensemble, le Ministère de l'Economie a fait appel au Laboratoire de Droit Economique du Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann du Centre Universitaire pour faire une étude sur le droit actuel et pour proposer une réforme du droit positif. Les auteurs du présent projet saluent le travail accompli par le Laboratoire. En effet, une grande partie de ses propositions a été intégrée dans le présent projet comme elles l'ont été dans des réglementations périphériques à la matière, notamment dans le projet de loi relatif à la vente à distance.

*

I. LA POLITIQUE DES PRIX

Aux termes de l'article premier de la loi du 7 juillet 1983, „modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944, portant création d'un office des prix“, les prix peuvent être „surveillés, contrôlés et fixés“.

Le système actuel permet aux autorités soit d'encadrer strictement et de façon impérative les prix de certains produits ou ceux pratiqués par certains revendeurs, en imposant à chaque stade de commercialisation le respect d'une marge commerciale ou d'un prix maximum ou encore en fixant d'une manière autoritaire et individuelle des prix de vente, soit d'apprécier le caractère „normal“ du prix des marchandises et des services.

La régulation et la détermination des prix reposent donc sur deux techniques complémentaires. Des mécanismes autoritaires de fixation de prix *a priori* coexistent avec un système d'appréciation du prix. En d'autres termes, les tarifs des produits et des prestations de services sont tantôt fixés autoritairement (fixation de prix maxima, voire établissement d'un prix fixe dans le cadre d'une fixation individuelle), tantôt appréciés *a posteriori*, les prix pratiqués ne devant jamais dépasser le „prix normal“.

Le respect de marges maximales est toujours imposé par voie réglementaire:

- pour „la vente d'accumulateurs pour autos, camions et autres véhicules automoteurs“¹,
- en ce qui concerne le „barème de commissions maxima pouvant être facturées par les agents immobiliers“²,
- pour la „vente de fruits et légumes“³,
- pour la vente de jouets au consommateur⁴,
- concernant la vente au consommateur de „meubles meublants“⁵,
- pour la vente des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués⁶.

Des prix maxima sont encore établis s'agissant

- „des courses en taxis“⁷.

D'autres dispositions maintiennent un régime de prix imposé dérogatoire à l'interdiction générale des fixations verticales de prix et du refus de vente⁸.

Ce régime particulier s'applique notamment „aux livres, journaux et autres produits de presse“⁹, ainsi qu'à la vente de tabacs dont les produits ne portent pas la mention „prix illimité“¹⁰, sans préjudice des

1 Règlement grand-ducal du 19 février 1970, Mém. A 11 p. 289

2 Règlement grand-ducal du 20 janvier 1972, Mém. A 4 p. 129

3 Règlement grand-ducal du 20 mai 1965, Mém. A 29 p. 579

4 Avis de l'office des prix du 17 octobre 1953, Mém. A 66, p. 1304

5 Règlement grand-ducal du 22 octobre 1975, Mém. A 68, p. 139

6 Règlement grand-ducal du 13 décembre 1988, Mém. A 66 p. 1243

7 Règlement grand-ducal du 25 novembre 1994, Mém. A 99, p. 1947

8 Règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente, Mém. A 71 p. 1332

9 Article 2 du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965, Mém. A 71 p. 1332

10 Règlement ministériel du 25 juillet 1996 concernant le prix imposé pour la vente de tabacs manufacturés, Mém. A 54 p. 1676

autres dérogations susceptibles d'être accordées par le Ministère de l'Economie sur le fondement de l'article 2, alinéa 2, du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965, „portant réglementation des prix imposés et du refus de vente“.

D'autres réglementations existent. Elles ne sont certes plus appliquées et sont mêmes tombées dans l'oubli, mais aucune d'entre elles n'ayant été formellement abrogées, il convient de les rappeler pour mémoire.

- Avis de l'office des prix concernant la vente du saucisson importé,¹¹
- Avis de l'office des prix du 10 septembre 1952 concernant les prix maxima de la laine à tricoter,¹²
- Avis de l'office des prix du 9 janvier 1956 rendant obligatoire l'approbation des tarifs d'entrée des spectacles organisés dans un but lucratif ou commercial,¹³
- Avis de l'office des prix du 19 février 1958 modifié concernant les tarifs maxima concernant la location des films¹⁴ et les tarifs d'entrée des cinémas,¹⁵
- Règlement grand-ducal du 30 mai 1967 concernant la vente des pains,¹⁶
- Règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant les prix normaux des papiers peints,¹⁷
- Règlement grand-ducal du 18 mars 1976 fixant un prix maximum pour les pommes de terre.¹⁸

Au-delà de la possibilité conférée aux pouvoirs publics d'encadrer plus ou moins largement par voie réglementaire la fixation des prix, la loi du 7 juin 1983 précitée reconnaît également au ministre ayant dans ses attributions l'Economie la possibilité de procéder à des fixations individuelles de prix.

Lorsque les prix ne font l'objet d'aucune réglementation spéciale, leur fixation demeure soumise à l'obligation impérieuse de ne pas dépasser „le prix normal“.

Le contrôle des prix est assuré par l'office des prix, lequel dispose de pouvoirs d'investigation et de coercition très étendus. Ses pouvoirs de contrôle, d'injonction et de sanction lui permettent véritablement de s'immiscer dans la stratégie commerciale des entreprises.

Afin d'apprécier la validité, les incidences juridiques et la portée économique et pratique de la réglementation des prix actuellement en vigueur, il convient de procéder au préalable à un bref rappel du contexte international. Il sera possible d'appréhender, à la lumière des contraintes et des évolutions dégagées, les problèmes juridiques et économiques inhérents au maintien du contrôle des prix exercé au Grand-Duché de Luxembourg.

A. Les contraintes communautaires et l'environnement international

a) Un environnement international marqué par la liberté des prix

La liberté des prix est la règle dans la quasi-totalité des économies occidentales. Longtemps envisagés comme un remède à la pénurie de l'après-guerre, les mécanismes étatiques contraignants de contrôle des prix, voire de fixation autoritaire des prix et des marges commerciales sont peu à peu abandonnés. Cependant, la restauration de cette liberté économique n'est presque jamais complète, les pouvoirs publics se gardant toujours la possibilité de réguler le marché et de sanctionner les abus ou les excès éventuellement commis.

Le système belge

Pendant longtemps, la Belgique a mis en oeuvre un mécanisme d'encadrement et de contrôle strict des prix comparable à celui qui subsiste au Luxembourg, mais elle abandonne aujourd'hui peu à peu son système de contrôle des prix, sans pour autant l'abroger définitivement, au point que la liberté des prix, considérée pendant longtemps comme une exception, tend progressivement à devenir la règle.

¹¹ Mémorial 1950, p. 166

¹² Mémorial 1952, p. 1073

¹³ Mémorial 1956, p. 244

¹⁴ Mémorial 1971, p. 256

¹⁵ Mémorial 1958, p. 241; 1962, p. 276; 1965, p. 1727

¹⁶ Mémorial 1967, p. 521

¹⁷ Mémorial 1971, p. 256

¹⁸ Mémorial 1976, p. 130

Tout en se ralliant progressivement au principe de liberté des prix alors que son organisation économique et juridique était auparavant comparable à celle qui existe actuellement au Luxembourg, la Belgique n'a pas choisi de renoncer explicitement au système de contrôle et d'encadrement des prix en vigueur depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Dès lors, les dispositions actuelles, résultant de l'application d'un arrêté royal du 20 avril 1993, s'éloignent sensiblement de la philosophie des textes précédents, sans pour autant les abroger définitivement.

On peut cependant affirmer que la liberté des prix devient le principe général. Le Conseil indépendant de la concurrence, institué par la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique n'a d'ailleurs pas hésité à prendre position en ce sens, dans son premier rapport d'activité.

„(...) La réforme importante intervenue en Belgique par l'adoption de la loi du 5 août 1991 reflète par ailleurs la volonté d'assurer à la concurrence une place éminente dans le fonctionnement de nos marchés.

Cette volonté s'est traduite également dans la refonte de la réglementation des prix, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 1991. La liberté des prix constitue désormais le principe général, le régime d'autorisation préalable de hausse de prix n'étant applicable qu'à certains secteurs en raison de leurs caractéristiques spécifiques (...).¹⁹“

L'article 3 de l'arrêté royal du 20 avril 1993 fixe la liste limitative des secteurs qui demeurent soumis à un système d'encadrement strict des prix et à une procédure de demande de hausse de prix.

Le système français

En France, le principe de la liberté des prix a été solennellement proclamé par l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Toutefois, après avoir rallié avec force le camp des partisans de la liberté des prix, les autorités françaises ont conservé la possibilité de réguler le marché, afin de tenir compte de circonstances particulières de nature à affecter le fonctionnement normal du marché.

Force est de constater que de nombreux secteurs d'activités restent soumis à des réglementations tarifaires très contraignantes.

Sont visés en vertu d'une disposition législative ou réglementaire spéciale dérogeant à l'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986:

- les prix des produits pharmaceutiques remboursés par la sécurité sociale,
- les honoraires médicaux et paramédicaux,
- le montant des loyers des baux d'habitation et mixte, des baux à construction, des baux commerciaux et des baux ruraux,
- les tarifs de consignation des emballages,
- les honoraires des officiers ministériels,
- le prix de certains services bancaires,
- le prix des prestations de la poste,
- le prix des tabacs,
- le prix des livres et celui du papier de presse.

Restent toujours soumis à un régime transitoire dérogeant à l'ordonnance de 1986:

- le prix de l'électricité et du gaz,
- le prix de certaines prestations portuaires.

Sont réglementés sur le fondement de l'article 1er alinéa 2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986:

- le prix des courses de taxis,
- le prix des transports urbains,
- le prix des télécommunications (réglementation en voie de suppression),
- le prix des péages et des dépannages autoroutiers.

¹⁹ Conseil indépendant de la concurrence, Rapport 1993-1994, p. 3

Certains transports routiers sont régis par des dispositions particulières de l'ordonnance de 1986.

Enfin, il est important de noter que les produits agricoles répondent à des conditions tarifaires d'origine communautaire.

Cette énumération suffit à démontrer que la liberté des prix demeure une liberté encadrée. On peut raisonnablement affirmer qu'il est possible, même en présence d'une liberté des prix clairement proclamée, de maintenir un système de régulation puissant et efficace, respectueux des intérêts de tous, favorable au développement de l'économie en général et de l'ensemble des opérateurs présents sur le marché mais conforme aux exigences communautaires.

La liberté des prix: un nouvel objectif politique de l'Union européenne

Il est significatif de constater que la libre concurrence et son corollaire, la liberté des prix, sont requis pour l'adhésion d'un nouvel Etat à l'Union européenne. On rappellera à cet effet utilement un certain nombre de critères économiques exigés pour devenir membre de l'Union, lesquels ont encore été réaffirmés dans le cadre du programme „Agenda 2000“. Le Conseil européen de Copenhague avait indiqué que, dans le domaine économique, l'adhésion nécessitait „l'existence d'une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union“. Tirant argument de ce double constat, la Commission a précisé que les pays candidats devront notamment respecter ces principes économiques fondamentaux. Elle a rappelé notamment le principe selon lequel „l'équilibre entre la demande et l'offre naît du libre jeu des forces du marché; les prix ainsi que les échanges sont libérés“ avant de souligner qu'il convient d'évaluer dans chaque cas d'espèce dans quelle mesure „l'action des pouvoirs publics et la législation influent sur la compétitivité à travers la politique commerciale, la politique de concurrence, les aides publiques, le soutien aux PME, etc. ...“²⁰.

D'un point de vue plus général, on relèvera que de nombreux pays de l'ancien bloc de l'Est se convertissent progressivement à l'économie de marché et à la liberté de la concurrence et des prix²¹.

Parmi les pays membres de l'Union européenne, seul le Luxembourg a conservé un système de régulation étatique des prix.

b) Rappel élémentaire des principes de droit communautaire liés à la réalisation du marché intérieur

Le droit communautaire laisse aux Etats membres „la faculté de maintenir une réglementation des prix“²². Cette dernière doit cependant respecter les principes fondamentaux dégagés en matière de libre circulation des marchandises et des services.

La libre circulation des marchandises

Les principes énoncés par la jurisprudence relative notamment à l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions de concurrence doivent être intégralement respectés. Sans procéder ici à un rappel historique et exhaustif de la totalité des décisions rendues par les juridictions communautaires à ce sujet, il est impérieux de cerner la teneur de certaines exigences communautaires constantes, auxquelles les Etats membres ne sauraient déroger. Certes, le champ d'application du concept de mesure d'effet équivalent dépasse largement celui de la seule réglementation des prix, mais il influe cependant indiscutablement sur ce mode de régulation économique.

Aux termes des articles 28 et suivants du traité CE, sont traditionnellement interdites les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent dans le commerce entre Etats membres. Ces dernières peuvent néanmoins faire l'objet de dérogations, fondées tantôt sur l'article 30 du traité CE, tantôt sur l'article 28 du même texte.

²⁰ V. le texte du programme „Agenda 2000“, <http://europa.eu.int>

²¹ Sur ce point, V. not., Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1994-1995, Rapport OCDE, 1997

²² V. not. F. SABIANI, L'incidence du droit de la communauté économique européenne sur la réglementation française des prix, RTD eur 1975, p. 471s; A. DEMAZIERES de SEYCHELLES, Droit communautaire et réglementations nationales des prix, GP 1981 II 517; J. BUHART, Le blocage des prix est-il compatible avec le traité de la CEE? GP 1983 II, doct. p. 350:

Selon une jurisprudence ancienne et désormais constante²³, toute mesure nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Tel est le cas notamment d'une réglementation nationale qui règle différemment la situation des produits nationaux et celle des produits importés ou qui défavorise, de quelque façon que ce soit, l'écoulement sur le marché de produits importés par rapport aux produits nationaux²⁴.

Cette règle, précisément rappelée à l'occasion de l'examen de la compatibilité d'une réglementation nationale des prix avec le droit communautaire, s'applique non seulement aux dispositions établissant un régime de prix minima²⁵, mais aussi à celles qui instaurent un système de prix maxima²⁶.

Si les normes en cause visent indistinctement les produits nationaux et les produits importés, il y a lieu de relever que les mesures adoptées peuvent néanmoins produire un effet équivalent à une mesure restrictive de concurrence „lorsque les prix se situent à un niveau tel que les produits importés seraient défavorisés par rapport aux produits nationaux identiques, soit parce qu'ils ne pourraient pas être écoulés profitablement dans les conditions fixées, soit parce que l'avantage concurrentiel résultant de prix de revient inférieurs serait neutralisé“²⁷.

La solution retenue au sujet de l'instauration de prix minima est transposable sans réserve à un système imposant le respect de prix maxima différents selon la provenance du produit.

Les principes prohibent donc toute forme de discrimination tarifaire fondée notamment sur la provenance des produits. Ces derniers s'appliquent à l'ensemble des réglementations nationales de prix, peu importe qu'elles imposent un régime de prix minima ou un système de prix maxima²⁸.

Souhaitant restreindre l'ampleur du contentieux soumis à son arbitrage sur le fondement des articles 28 et suivants du traité CE, la Cour de Justice a certes considéré que „contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre Etats membres au sens de la jurisprudence Dassonville“²⁹ l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres, des dispositions qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance d'autres Etats membres“³⁰.

Cependant, cette nouvelle orientation jurisprudentielle ne modifie aucunement l'approche ancienne définissant la compatibilité des réglementations nationales de prix avec la nécessité d'assurer la libre circulation des marchandises sur le marché. En effet, si les contours de l'opposition entre conditions et modalités de vente restent incertains et sujets à polémique³¹, il n'est pas douteux que les dispositions d'encadrement des prix demeurent soumises à l'article 28 et donc à l'appréciation éventuelle de la Cour.

23 V. not. CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, Cassis de Dijon; V. aussi, B. Goldman, A. Lyon Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, 1994; C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec 1995

24 CJCE, 29 janvier 1985, aff. 231/83, Rec. P. 305s, spéc. Att. 23

25 V. not. CJCE, 26 nov. 1976, aff. 65/76, Tasca, rec. p. 291; 24 janv. 1978, van Tiggele, aff. 82/77, Rec. p. 25; 6 nov. 1979, Danis, aff. 16/20/79, Rec. p. 3327; 29 nov. 1983, Roussel, aff. 181/82, Rec. p. 3849; 10 janv. 1985, au blé vert, aff. 229/83, Rec. p. 1, 29 janv. 1985 préc. V. également L. Foscanéau, *Le contrôle français des prix sous contrôle communautaire*, JCP (E) 1985 II 14498

26 Arrêt Roussel préc.

27 Arrêt du 29 janv. 1985 préc., att. 23

28 V. not. L. Foscanéanu, *op cit.*

29 CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, Rec. p. 837

30 CJCE, 24 nov. 1993 „Keck et Mithouard“ Rec I, p. 6097, spéc. att. 16; AJDA du 20 janv. 1994, p. 57s, note Le Mire; RJDA, No 2/94, No 243 première espèce; D 1994, p. 185s, note Voinot; PA, No 59, 18 mai 1994, obs. Cartou; JCP (E) 1994, note Vogel; GP, 6 juillet 1994, note D'Ormesson et Waachsmann; Cah. dr. eur. No 3/94, p. 431s, note Stuyck; B de Massiac, *Les réglementations commerciales à l'épreuve du droit communautaire*, RJDA No 2/94; E Coulon, un revirement jurisprudentiel d'ampleur: l'arrêt Keck et Mithouard, RAE No 1/94; F. Weill, l'article 30 du traité de Rome et la revente à perte, Rev. Conc. Cons. No 78, Mars/avril 1994; A. Mattera, De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck: l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions, Rev. Marché Unique, No 1/1994; M. Van Huffel, *Le champ d'application de l'article 30 du traité de Rome (...)*, REDC No 2/1994

31 V. not E Morgan de Rivery et G. Le Breton, *Le retraitement de l'article 30 du traité CE par la CJCE trois ans après l'arrêt Keck et Mithouard*, D Affaires, ri. 1/97, p. 5

La jurisprudence antérieure, concernant spécialement l'encadrement étatique des prix conserve donc toute sa pertinence et son intérêt³².

Bien plus, l'arrêt „Keck et Mithouard“ réaffirme avec force des principes anciens à savoir l'interdiction de toute forme de discrimination fondée,

- soit sur la provenance des produits
- soit sur la qualité des opérateurs concernés.

Pour échapper à toute sanction, la réglementation en cause doit donc être indistinctement applicable à tous les produits concurrents présents sur le marché – nationaux ou importés – et à l'ensemble des opérateurs économiques, en s'abstenant de procéder à la moindre distinction, fondée notamment sur la nature du commerce pratiqué ou la taille des opérateurs. L'existence de discriminations éventuelles est appréciée non seulement au regard des normes juridiques applicables, mais aussi en fait.

*

Des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives peuvent toujours être justifiées, aux termes de l'article 30 du traité CE, „par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique historique ou archéologique, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale“. Ce texte restreint ensuite le champ d'application de ces dérogations en précisant *in fine*:

„Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres.“

Les dérogations énoncées par ce texte sont d'interprétation stricte³³. De plus, leur mise en oeuvre est subordonnée à un contrôle de proportionnalité de la mesure avec l'objectif poursuivi. Il en résulte que les Etats membres doivent être placés dans l'incapacité de parvenir à un résultat identique par une autre voie.

Consciente que la liste limitative de l'article 30 pouvait se révéler trop restrictive, la Cour de Justice a admis, en se fondant directement sur l'article 28 que:

„les obstacles à la libre circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire des exigences impératives tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs.“³⁴

Les justifications susceptibles d'être avancées en se fondant sur les articles 28 et 30 du traité CE pour légitimer une entrave à la libre circulation des marchandises provoquée par l'existence de réglementations nationales établissant, juridiquement ou de fait, des régimes de prix discriminatoires ne seront d'aucun secours pour les Etats membres concernés. Ce faisant, la Cour de Justice a d'ailleurs constaté „qu'une réglementation nationale obligeant les commerçants à respecter certains prix pour la vente au détail qui défavorise l'écoulement de produits importés sur le marché ne peut être justifiée que pour les motifs prévus à l'article 36 du traité“³⁵, avant de rappeler qu'„en tant que dérogation à une règle fondamentale du traité, l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés“³⁶.

La libre circulation des services

Cet objectif a été plus lent à être réalisé que celui de la libre circulation des marchandises. La jurisprudence s'est forgée assez récemment. Les principes applicables et l'étendue des dérogations admises

32 Dans le même sens, V. G. Parléani, in Colloque de Pau du 7 mars 1996 relatif aux exigences en matière de prix, Cah. Dr. Ent. No 5/97, p. 34s

33 V. not. la jurisprudence citée in Lamy dr. éco, 1997, No 1748

34 Ibid No 1761

35 V. not. CJCE, 10 janv. 1985, aff. 229/83, préc., att. 29

36 Ibid., att. 30 (extraits)

sont bien résumés dans une communication interprétative de la Commission: „(...) La jurisprudence a confirmé que l'article 49 exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité mais également:

- la suppression de toute restriction à la libre prestation des services imposée au motif que le prestataire est établi dans un Etat membre différent de celui où la prestation est fournie, et
- la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre et où il fournit légalement des services analogues.

En principe, les termes „de nature à prohiber ou à gêner autrement“ couvrent toute mesure susceptible d'entraver les échanges de services entre les Etats membres. Figurent parmi ces mesures notamment celles qui affectent la capacité du prestataire à fournir la prestation, qui rendent la prestation plus onéreuse ou qui la découragent, ainsi que celles qui empêchent les clients potentiels de recourir aux prestations selon leur choix. A cet égard, il faut souligner que la liberté de prestation de services, protège non seulement les prestataires mais aussi les destinataires des services (...).“

En ce qui concerne les dérogations susceptibles d'être accordées, la Cour établit également un parallélisme de raisonnement évident avec les arguments avancés en matière de libre circulation des marchandises, et applique délibérément un régime beaucoup plus sévère aux mesures discriminatoires.

„Des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations des services, quelle qu'en soit l'origine, ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 46 du traité, visant l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique.“³⁷

Comme en matière de libre circulation des marchandises, les restrictions même indirectement discriminatoires à la libre prestation de services ne sont tolérables que pour autant qu'elles reposent sur des raisons impérieuses d'intérêt général, et de surcroît qu'elles ne fassent pas double emploi avec une disposition déjà appliquée au prestataire dans l'Etat où il est établi, et restent proportionnées à l'objectif poursuivi. Tel pourrait être le cas en particulier pour certaines mesures tendant à protéger les consommateurs.

C'est à la lumière de ces principes généraux que doit être examinée la compatibilité du droit positif luxembourgeois avec le droit communautaire.

B. L'incompatibilité du système actuel avec les principes acceptés par les Etats membres

Il y a lieu d'envisager successivement les impacts juridiques, économiques et pratiques des modes de détermination des prix et des instruments du contrôle exercé sur le fonctionnement du marché luxembourgeois.

a) La détermination des prix

La régulation et la détermination des prix reposent sur deux techniques complémentaires. Des mécanismes autoritaires de fixation de prix *a priori* coexistent avec un système d'appréciation du prix. En d'autres termes, les tarifs des produits et des prestations de service sont tantôt fixés autoritairement, tantôt appréciés *a posteriori*.

1) Les mécanismes de fixation du prix a priori

Les règlements en vigueur comportent fréquemment des dispositions discriminatoires contraires aux principes de droit communautaire précédemment énoncés. En outre, certains d'entre eux n'ont pas été révisés depuis longtemps et sont, de ce fait, devenus obsolètes.

³⁷ Arrêt du 25 juillet 1991, aff. 180/89, citée par la Communication précitée

Des discriminations réglementaires

Ces discriminations sont fondées soit sur la provenance des prestations ou des produits concernés, soit sur la taille des opérateurs économiques ou le mode de commercialisation utilisé.

Dans certains cas, le droit positif réserve indiscutablement un traitement différent aux produits nationaux, d'une part, et aux articles importés, d'autre part, en établissant des régimes particuliers de fixation ou d'encadrement des prix.

L'application de systèmes tarifaires discriminatoires est particulièrement significative en ce qui concerne:

- les jouets,
- les papiers peints,
- les meubles meublants.

S'agissant du „règlement grand-ducal du 22 octobre 1975 concernant la fixation des prix de vente maxima dans le commerce des meubles meublants“, il convient de rappeler ses dispositions essentielles pour comprendre que ces dernières ne sauraient subsister en l'état.

„Art. 1er: Le prix de vente maximum au consommateur hors taxes des meubles meublants est déterminé par l'application d'un coefficient de 1,67 au prix de base du producteur, converti le cas échéant en francs luxembourgeois au cours officiel de change, augmenté des droits et frais en douane, des frais de transport et d'assurance, déduction faite toutefois des taxes et droits dus par la consommation interne dans le pays d'origine et faisant l'objet d'une ristourne ou d'une exonération à l'exportation.

Par prix de base du producteur, il faut entendre le prix départ fabrique, diminué de tous rabais et remises en espèces et en nature.

Le prix maximum de vente au consommateur ainsi établi comprend les charges d'un service éventuel de garantie.“

Le régime ainsi défini, est susceptible d'introduire des barrières au commerce entre Etats membres et doit à ce titre être considéré comme contraire au principe de libre circulation des marchandises.

S'agissant de l'avis de l'Office des prix du 17 octobre 1953 „concernant les marges bénéficiaires sur les jouets“, il prévoit un régime différent selon le lieu de fabrication des jouets:

„(...) 1. Il est défendu aux détaillants de vendre ou d'offrir en vente des jouets avec une marge bénéficiaire qui dépasse:

- a) 60% pour tous les jouets mécaniques à ressort ou à moteur,
- b) 50% sur tous les autres jouets.

2. (...)

3. Sans préjudice des §§ 1 et 2 ci-dessus, si le fabricant étranger a fixé un prix normal ou un prix imposé pour la vente en détail dans le pays d'origine, le prix au Grand-Duché ne pourra dépasser ce prix que d'un montant de 30% destiné à couvrir les frais de douane et d'importation.“

Il résulte de ce texte que les produits importés peuvent se trouver pénalisés par rapport aux produits nationaux lorsque les marges pratiquées par les distributeurs étrangers sont inférieures à celles en vigueur au Luxembourg. En effet, la limitation de la marge applicable à certains jouets importés peut réduire l'intérêt des revendeurs luxembourgeois à commercialiser ces articles. Ces dispositions peuvent donc être assimilées à des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives de concurrence incompatibles avec le traité CE.

De plus, on conçoit difficilement aujourd'hui les circonstances dans lesquelles ce texte aurait vocation à s'appliquer, puisque les prix de revente imposés sont très largement prohibés sauf à supposer la commercialisation de jouets au travers d'un réseau de distribution intégré répondant à des critères de sélection qualitatifs objectifs et non discriminatoires.

Les discriminations en vigueur sont essentiellement d'origine juridique et exposent le Luxembourg à un risque de condamnation devant la Cour de Justice.

Il est parfois proposé, en ce qui concerne la vente des fruits et légumes et plus spécialement de la pomme de terre, d'accorder des marges supérieures aux épiceries fines, en arguant du fait que les produits proposés seraient de meilleure qualité. On ne peut évidemment pas souscrire à une telle argumentation, étant précisé que ce procédé officialise des discriminations injustifiées entre détaillants, selon la taille des entreprises en cause.

Au-delà de la censure inévitable que la Cour de Justice ne manquerait pas de prononcer si des dispositions discriminatoires lui étaient déférées, il y a lieu de relever qu'en vertu des principes de primauté et d'uniformité d'application du droit communautaire, la jurisprudence luxembourgeoise rappelle qu'elle est tenue d'assurer le respect des règles de ce droit, en particulier de celles relatives aux libertés de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale³⁸.

Des dispositions souvent obsolètes

Les règlements existants contiennent des dispositions souvent obsolètes et inadaptées aux nouvelles réalités du marché. Ces textes anciens n'ont pas été remaniés depuis longtemps, tant et si bien que les marges ou les prix maxima imposés demeurent inchangés et sont appliqués d'une manière très imparfaite.

L'office des prix reconnaît en effet volontiers que certains textes toujours en vigueur ne peuvent plus être mis en oeuvre en l'état et des dispositions qu'ils contiennent ne sont notoirement plus respectées.

On relèvera, par exemple, que les catégories prévues par le règlement „Jouets“ précité ne sont plus adaptées aux caractéristiques du marché, puisqu'elles ne réservent en effet aucune place aux jouets électroniques.

En outre, les marges en vigueur ne reposent plus sur des constatations économiques avérées.

2) L'appréciation du prix: la notion de prix normal

La méthode consistant à apprécier la normalité des tarifs pratiqués peut être qualifiée de régime de droit commun du contrôle des prix. En effet, „à défaut de fixation d'un prix, il est interdit de demander un prix supérieur au prix normal“³⁹.

La référence au prix normal constitue donc une limite supérieure, voire un prix maximum que le vendeur ne saurait dépasser.

Les critères de normalité utilisés, pour apprécier un prix maximum sont incertains et discriminatoires. Pourtant, l'inobservation du prix normal peut être lourdement sanctionnée.

Aucun texte législatif ou réglementaire ne précise les critères aptes à déterminer „le prix normal“. En fait, son mode de calcul répond soit à une analyse empirique, soit à l'application des directives de prix et schémas de calcul élaborés par la Chambre des métiers, sous l'égide de la Fédération des artisans, approuvé ensuite par l'office des prix pour servir de référence dans l'appréciation du „prix normal“.

Ces directives s'appliquent essentiellement dans le domaine des prestations de services, mais elles peuvent aussi avoir vocation à régir le prix de produits artisanaux.

Les directives proposées pour la plupart des secteurs mentionnent d'une part des coefficients de majoration destinés à couvrir les frais généraux (frais sur salaires et sur matériaux) et, d'autre part, un pourcentage de bénéfice à réaliser.

Pour les prestations courantes ou standardisées, les différentes organisations professionnelles proposent de véritables schémas de calcul chiffrés, lesquels sont également approuvés par l'office des prix pouvant même donner lieu à une déclaration collective de hausse des prix faite par le syndicat représentatif au nom de ses adhérents.

On constate donc que les organisations professionnelles sont appelées, en l'absence de texte, à suppléer la carence de critères fiables d'appréciation des prix. Ces schémas sont susceptibles d'être opposés à des prestataires étrangers alors que de telles pratiques sont interdites dans leur Etat d'origine au titre des pratiques anticoncurrentielles.

³⁸ CA, 2 juillet 1997, Pas. 1/1997, p. 212

³⁹ Loi du 7 juillet 1983, art. 3

La légalité de ce procédé doit être envisagée au regard des dispositions interdisant les ententes horizontales entre entreprises. En outre, il apparaît aujourd'hui 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 anticoncurrentiel⁴⁰.

De plus, l'office des prix abandonne de fait une grande partie de son pouvoir d'appréciation en offrant parallèlement aux organisations la faculté de procéder à des déclarations collectives de hausses de prix.

Les schémas élaborés par la Fédération des artisans pour déterminer „le prix normal“ permettent ensuite en pratique aux organisations d'aligner leurs prix sur les tarifs autorisés et d'éliminer la concurrence sur les prix. On voit donc que ces instruments de prix ont un effet contraire à leur objectif et, au lieu d'exercer une pression sur la baisse, ils maintiennent le niveau général des prix dans certains secteurs au prix maximum autorisé.

b) Les instruments de contrôle

L'actuel contrôle des prix est assuré principalement en faisant obligation aux acteurs économiques de procéder à une déclaration préalable des hausses de prix et en conférant à l'office des prix des pouvoirs d'investigation et de coercition très étendus.

1) La déclaration de hausse de prix

Le champ des dispositions prescrivant une déclaration obligatoire des hausses de prix⁴¹ est très vaste. En effet, les dispenses accordées par l'article 2 du règlement du 8 janvier 1971 sont fort peu nombreuses. Dans ces conditions, les producteurs, prestataires de services et importateurs sont tenus de faire connaître à l'office des prix toute hausse de prix, en respectant, sous peine de sanctions pénales, un préavis de 60 jours avant son application, à moins que l'augmentation projetée soit exclusivement liée à une majoration des taxes fiscales indirectes, ou qu'elle porte sur certains produits périssables ou négociés sur des marchés internationaux limitativement énumérés.

En fait, et contrairement à l'intitulé de la réglementation examinée, les textes précités confèrent à l'office des prix le pouvoir de s'opposer à une hausse sollicitée, après étude des documents annexés à la demande.

L'article 4 du règlement modifié dispose en effet:

„A défaut de décision ou d'opposition de l'office des prix dans les 60 jours à partir de la date de remise des renseignements demandés (...), la hausse de prix déclarée est admise tacitement.“

De même, ces règlements donnent à l'office des prix un très large pouvoir d'appréciation compte tenu de l'importance et de la diversité des justificatifs exigés pour l'analyse du dossier. L'article 2 précise que la notification de hausse, faite par lettre recommandée, doit contenir les renseignements suivants:

- „1) nom, prénom, profession ou raison sociale du déclarant,
- 2) spécification exacte des biens ou prestations,
- 3) motivation de la hausse par des éléments chiffrés de prix de revient et de données comptables,
- 4) origine et provenance s'il s'agit de biens ou prestations importés,
- 5) structure de prix à partir du producteur au consommateur du prix de vente appliqué au moment de la déclaration, ainsi que du nouveau prix envisagé,
- 6) spécifications des conditions de vente, telles que prix de départ producteur, prix franco frontière, franco domicile, taxes comprises ou non etc.,
- 7) dates de mise en vigueur du prix actuel et du prix envisagé,
- 8) s'il s'agit d'un bien ou prestation importé, ancien et nouveau prix de livraison et prix à la consommation dans le pays d'origine ainsi que la spécification des conditions de vente dans le pays d'origine. Date d'entrée en vigueur de ces prix.“

40 CJCE, 1er oct. 1987, VVR, aff. 311/85, Rec. p. 3801

41 Règlement grand-ducal du 8 janvier 1971 prescrivant la déclaration obligatoire des hausses de prix, modifié par règlement grand-ducal du 21 juin 1973

En outre, l'office des prix est autorisé à solliciter „tout autre renseignement utile“.

L'application du système de déclaration préalable et obligatoire des hausses de prix devient une source de rigidités face aux évolutions économiques.

En pratique, on estime à un millier environ le nombre de déclarations de hausse de prix enregistrées annuellement par l'office des prix. En partant de ce chiffre, de nombreux acteurs économiques ne se soumettent plus à cette obligation de déclaration, en dépit des sanctions pénales qui restent attachées à son inobservation.

Seuls les partenaires de la grande distribution demeurent tenus, en pratique, de s'y conformer pour satisfaire les exigences des distributeurs et assurer ainsi l'écoulement de leurs produits sur le marché.

L'accomplissement de ces formalités par les fournisseurs favorise financièrement la grande distribution en retardant de 60 jours toutes les hausses tarifaires des fabricants.

On peut estimer que de telles exigences formalistes applicables aux prestations de services sont contraires au principe même de libre prestation lequel doit permettre à un opérateur étranger de proposer, dans un autre Etat membre, les prestations qu'il assure légalement sur son lieu d'établissement.

2) Une double intervention de l'office des prix

L'office des prix bénéficie d'un droit d'accès aux informations concernant la stratégie économique et financière des entreprises et peut s'immiscer *a posteriori* dans les relations contractuelles nouées entre les parties.

Un droit de regard dans la stratégie financière des entreprises

La loi du 7 juillet 1983, et spécialement son article 5, confère à l'office des prix „le droit d'investigation le plus large“. En réalité, ses agents sont habilités à analyser et à apprécier tous les paramètres de la stratégie commerciale et financière des entreprises et peuvent, de fait, substituer leurs décisions à celles des dirigeants des sociétés en cause.

Une immixtion *a posteriori* dans les relations contractuelles

Après avoir établi dans un cas concret le prix maximum autorisé ou le prix normal, l'office des prix, saisi généralement sur plainte d'un consommateur, conseille à ce dernier de ne pas régler la facture présentée en totalité et considère que l'acheteur ou le bénéficiaire d'une prestation de services s'est libéré de l'intégralité de sa dette dès lors qu'il s'est acquitté de la somme calculée par l'office des prix.

Dans ces conditions, l'office des prix opère une vérification complète et approfondie des factures et substitue sa décision relative à la détermination du prix à l'accord tarifaire intervenu antérieurement entre les parties.

La généralisation d'une telle démarche remet en cause les fondements de la vente, laquelle est caractérisée théoriquement par un accord des parties sur la chose et le prix. L'immixtion *a posteriori* de l'office des prix peut en effet contraindre l'un des contractants à accepter des conditions qu'il aurait refusées s'il en avait eu connaissance avant la signature du contrat.

En outre, ces interventions répétées dans les relations contractuelles, à la demande de l'une des parties, seront de plus en plus difficiles à maintenir en pratique, dans le cadre notamment du développement de la libre prestation de services. Dans ce cas, l'office des prix reconnaît, en effet, qu'il ne dispose d'aucun moyen coercitif efficace contre un artisan non résident, dès lors que la facture a été intégralement réglée. En revanche, en cas de paiement partiel, l'office des prix conserve la possibilité de dispenser le consommateur mécontent du paiement du solde, puisque les contestations ultérieures éventuelles ressortiront de la compétence des juridictions luxembourgeoises, lieu d'exécution du contrat.

Des sanctions pénales

Aux termes de l'article 8 de la loi du 7 juillet 1983 „modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix“, les infractions et les tentatives d'infractions à l'ensemble des dispositions précitées relatives à l'encadrement des prix au Grand-Duché du Luxembourg, „sont punies d'un emprisonnement

de 8 jours à trois ans et d'une amende de deux mille cinq cent un à un million de francs. Le refus de fournir des renseignements (...) (à l'office des prix), le fait de ne pas les fournir dans le délai prescrit, ou de fournir sciemment des renseignements inexacts sont passibles des mêmes peines (...).

La sévérité des peines encourues est inversement proportionnelle à la souplesse des critères de sanction, et à la non-application croissante de bon nombre de dispositions pourtant réprimées pénalement.

En d'autres termes, la gravité des sanctions tranche avec l'absence de précision sur les éléments constitutifs des infractions. Pour illustrer ce propos, on relèvera pour mémoire que le dépassement du „prix normal“ est sanctionné par ces mêmes peines, alors que ses modalités de calcul restent fluctuantes et contestables. Dans ces conditions, on peut estimer que ce texte est susceptible de heurter le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

De même, on peut douter de l'opportunité de maintenir de telles sanctions dans la mesure où certaines dispositions qu'elles sont censées garantir sont de moins en moins respectées.

Au-delà de ce débat général, il convient de se pencher sur les conditions d'application de l'amende transactionnelle également prévue par le texte, et sur la pratique répressive des juridictions judiciaires en ce domaine.

La pratique judiciaire

Les juridictions répressives ont connaissance des infractions particulièrement graves à la réglementation des prix, ou de celles pour lesquelles le contrevenant a refusé une convention transactionnelle. L'analyse de certains jugements intervenus ne permet pas de dégager les critères jurisprudentiels d'application de la réglementation actuelle, les décisions judiciaires comportant le plus souvent une motivation succincte.

En tout état de cause, on constatera que les condamnations judiciaires prononcées à la suite d'un refus d'un contrevenant d'accepter une transaction, sont toujours largement supérieures au montant transactionnel et peuvent même parfois atteindre 6 fois l'amende initialement proposée, sans préjudice des frais de procédure.

Face à l'ensemble des incompatibilités une redéfinition complète du système de régulation des prix est indispensable.

*

II. LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Après avoir décrété la libéralisation des prix, les pouvoirs publics doivent redoubler de vigilance pour empêcher les ententes sur les prix ou sur la répartition géographique du marché. Ils doivent sévir contre les entreprises en situation de dominance tentées de maintenir de façon artificielle les prix à un niveau élevé ou d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché.

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives n'est plus aujourd'hui un instrument utile pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. On ne doit pas s'en étonner, alors que cette loi menait une existence paisible et discrète, à l'ombre de la réglementation des prix.

Les lourdes sanctions infligées par la Commission européenne à d'éminentes entreprises dans les secteurs économiques les plus divers impressionnent. Les praticiens sont censés connaître le droit communautaire de la concurrence.

Le droit de la concurrence national est en revanche méconnu, ou alors il est, à tort, confondu avec les règles sanctionnant la concurrence déloyale qui sont appliquées par les tribunaux. La loi modifiée du 27 novembre 1986 et sanctionnant la concurrence déloyale règle des rapports de droit privé. Celle du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives a, en revanche, un caractère public. Elle fait partie du droit public économique avec une vocation d'intérêt général qui est celui du fonctionnement sans entraves des marchés selon le principe de la libre concurrence et de l'optimisation de l'allocation des ressources.

La loi du 17 juin 1970, pour peu qu'elle ait été appliquée, n'a pas fait jurisprudence. Les pouvoirs publics ont hésité à enclencher les procédures prévues et les entreprises victimes d'abus de position dominante ne pouvaient s'attendre à des remèdes efficaces contre les forfaits anticoncurrentiels. Ces remèdes, s'ils étaient prévus, n'ont que très rarement été appliqués. A la lecture des articles 7 et 8 de

cette loi, on comprend mieux pourquoi les sanctions de la loi, au demeurant insuffisantes et sans effet dissuasif, n'ont que très rarement été appliquées.

„Art. 7. Après avoir pris obligatoirement l'avis préalable de la commission, contenant des propositions relatives aux mesures à prendre à l'égard des personnes dont l'activité a fait l'objet d'une instruction, le ministre de l'économie nationale a la faculté:

- 1) de classer les affaires qui ne tombent pas sous les dispositions de l'article 1er;*
- 2) d'adresser aux parties intéressées des avertissements ou recommandations;*
- 3) d'interdire totalement ou partiellement des mesures ou pratiques reconnues contraires à l'article 1er et aux avertissements et recommandations donnés en vertu du numéro 2 ci-dessus. “*

„Art. 8. En cas d'infraction à une décision d'interdiction (...), le procureur d'Etat (...) est saisi du dossier pour entamer des poursuites judiciaires. “

La sanction de l'article 7 n'est pas immédiate. Toute entente et tout abus de position dominante, aussi graves qu'ils soient, ne font dans un premier temps, après une longue procédure d'instruction, l'objet que d'une recommandation ministérielle, au pire d'un avertissement par l'autorité.

L'entreprise récalcitrante se voit opposer, mais dans un deuxième temps seulement (après une seconde instruction administrative), l'interdiction de la pratique anticoncurrentielle. Ce n'est qu'au moment où l'entreprise persiste à violer les règles de concurrence qu'elle peut craindre de se voir appliquer la rigueur des sanctions pénales.

Jamais, dans la longue histoire de la loi du 17 juin 1970, les sanctions pénales n'ont frappé une entreprise. On peut s'en réjouir, certes, mais on peut aussi se poser des questions sur l'efficacité de l'instrument pour réguler les marchés. L'analyse détaillée de l'actuelle législation aboutit à ce constat d'inefficacité.

A. Les éléments constitutifs de l'entente et de l'abus de position dominante

a) *L'entente restrictive de concurrence*

Principe d'interdiction

Le droit luxembourgeois sanctionne de manière générale les ententes, définies conformément au droit communautaire, comme des accords, décisions d'entreprises ou pratiques concertées. Une conception relativement large semble donc prévaloir quant à la notion de concertation.

Traditionnellement, on admet – et cette démarche ne semble pas remise en cause en droit luxembourgeois – que la notion générique d'entente recouvre un concours de volontés, quelle que soit sa forme, entre personnes physiques ou morales.

Si la forme de l'entente, définie de manière extensive, semble capable de prendre en compte des comportements extrêmement divers, la loi luxembourgeoise s'abstient de préciser davantage la typologie des comportements visés. Cette définition générale est satisfaisante dans la mesure où elle permet d'appréhender un très grand nombre de situations et fait face à l'imagination créatrice des acteurs économiques. Cependant, ce texte manque sans doute sa vocation pédagogique en ce qu'il ne fournit pas la moindre illustration des actes susceptibles d'être réprimés.

A titre de comparaison, on relèvera que les droits communautaire, belge et français ont élaboré une liste indicative et non exhaustive fournissant indiscutablement aux opérateurs économiques les lignes directrices de leur politique de coopération éventuelle et les limites à ne pas dépasser. Cette liste poursuit certainement un but répressif, mais sa finalité première demeure essentiellement préventive et pédagogique.

L'article 81 paragraphe 1er, du traité CE déclare en effet „incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:

- a. fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b. limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

- c. répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d. appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e. subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."

Cette méthode doit être retenue par le législateur luxembourgeois, la clarification de la loi actuelle s'imposant d'autant plus que l'abandon inévitable de la réglementation étatique des prix devra nécessairement s'accompagner d'un renforcement de la lutte contre toutes les formes d'ententes horizontales et verticales. Des explications complémentaires contenues dans la loi faciliteraient sans doute l'évolution des mentalités indispensable à la réussite de la nouvelle politique.

*

D'après le droit luxembourgeois actuel, une entente ne sera sanctionnée sur le fondement de l'article 1er de la loi du 17 juin 1970 que si elle remplit 3 conditions cumulatives:

- elle doit avoir pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché,
- elle doit avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché,
- elle doit porter atteinte à l'intérêt général.

Cette approche bienveillante à l'égard des ententes restreint considérablement l'efficacité du droit actuel de la concurrence en réduisant sa portée et en érigeant en condition d'application des concepts qui lui sont manifestement étrangers.

A cet égard, la démarche qui prévaut tant en droit communautaire que dans les autres droits nationaux des Etats membres est assurément plus pragmatique et réaliste.

En premier lieu, les critères tenant à l'objet et à l'effet anticoncurrentiels d'une entente restrictive de concurrence doivent être alternatifs et non cumulatifs. Cette solution semble communément admise aujourd'hui, sauf en droit luxembourgeois.

En deuxième lieu, la rédaction actuelle de l'article 1er, paragraphe 1er, de la loi du 17 juin 1970 ne sanctionne que les atteintes actuelles à la concurrence et se désintéresse totalement de la lutte contre les restrictions potentielles.

Avant d'envisager toute sanction, la loi luxembourgeoise exige en troisième lieu que les ententes ayant un objet et un effet anticoncurrentiels soient également de nature à porter atteinte à l'intérêt général. Il en résulte qu'un comportement totalement anticoncurrentiel peut n'encourir aucune critique s'il est démontré qu'il est réalisé dans un but d'intérêt général. Ce critère, nécessairement subjectif et vecteur d'arbitraire, n'est même pas pris en compte pour justifier une éventuelle exemption, mais il est requis au contraire pour caractériser l'existence même d'une entente et rejeter éventuellement l'application du droit des ententes au cas où un comportement répréhensible par nature serait jugé conforme à l'intérêt général.

Cette approche n'est assurément plus opportune et méconnaît les principes fondamentaux appliqués en droit communautaire et par les autorités nationales des autres Etats membres.

Si l'intérêt général est susceptible de justifier certains aménagements dans le cadre de la libéralisation des marchés et l'émergence de nouveaux secteurs concurrentiels, on ne saurait dissocier d'une manière aussi systématique et radicale concurrence et intérêt général.

Cependant, en dehors de ces hypothèses de déréglementations qui par définition ne relèvent pas des règles de concurrence applicables aux entreprises, on ne saurait faire prévaloir un intérêt général sur une entente dont l'objet et les effets anticoncurrentiels sont avérés. La préservation de la concurrence ne relèverait-elle pas de l'intérêt général?

Enfin, il convient de souligner que le droit belge, fondé antérieurement sur des principes identiques a désormais abandonné toute référence à l'intérêt général et s'est de surcroît rallié à des conceptions calquées sur celles qui prévalent en droit communautaire.

Les dérogations admises: portée et limites des exemptions

Les politiques nationales et communautaires de lutte contre les ententes sont généralement fondées sur un principe d'interdiction assorti de la possibilité de bénéficier d'un certain nombre d'exemptions obtenues après avoir constaté l'existence d'un bilan économique favorable. Parmi les conditions requises pour obtenir une exemption, les autorités nationales et communautaires prennent notamment en considération, outre les intérêts des entreprises en cause, ceux des consommateurs, et d'une manière plus récente, des préoccupations liées à l'adaptation des PME et aux interactions pouvant exister entre concurrence et environnement.

La loi du 17 juin 1970 prévoit un système d'exemption des ententes nationales, mais sa mise en oeuvre diffère dans ses modalités de celles retenues tant par le traité CE que par les réglementations nationales des autres Etats membres.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 17 juin 1970, les ententes susceptibles d'exemption sont celles:

- „1) qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire,
- 2) dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en respectant les intérêts des utilisateurs.“

La première cause de justification résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Cette justification, classique dans les droits nationaux, ne doit pas pour autant conférer aux Etats la faculté d'encourager ou de légitimer des pratiques manifestement anticoncurrentielles.

Les préoccupations inhérentes à la protection de l'environnement sont apparues assez récemment parmi les objectifs de la politique communautaire de concurrence⁴², même si ce problème figure depuis l'origine de la Communauté au nombre des missions assignées par l'article 2 du traité CE.

En fait, cette préoccupation qui ne figure explicitement ni dans la loi sur les pratiques commerciales restrictives, ni dans les règles de concurrence du traité CE, est déjà très présente au Luxembourg, dont la législation spéciale sur l'environnement est très développée. Dès lors, on peut affirmer que les ententes nécessaires pour appliquer un texte législatif ou réglementaire sur l'environnement sont d'ores et déjà justifiables sur le fondement de l'article 2, 1) de la loi actuelle.

Quant aux caractéristiques des conditions positives du bilan économique susceptibles de justifier une exemption, elles sont comparables à celles retenues en droit communautaire et dans les autres droits nationaux. Cependant, le droit luxembourgeois ignore les conditions négatives (proportionnalité et absence de cloisonnement), ce qui enlève toute crédibilité au concept de bilan économique, cette notion supposant, en effet, d'apprécier non seulement les avantages, mais aussi les inconvénients d'une entente.

En droit communautaire et dans les droits nationaux des autres Etats membres, le bilan économique est réalisé par un cumul de plusieurs conditions positives, mais aussi négatives.

- Conditions positives:
 - contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou à la promotion du progrès technique ou économique;
 - réserver aux utilisateurs une partie du profit qui résulte de l'entente.
- Conditions négatives:
 - adéquation et proportionnalité des restrictions imposées avec les avantages procurés;
 - absence de possibilité pour les entreprises d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (négarion de tout cloisonnement des marchés).

S'agissant de ces conditions négatives, on relèvera que l'exigence de proportionnalité appliquée aux comportements des entreprises est également imposée aux Etats dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des services. Il s'agit donc d'un principe identique qui s'impose à tous les acteurs, qu'ils soient publics ou privés.

⁴² V. not. L. IDOT, Environnement et droit communautaire de la concurrence, JCP 1995, I 3852. A noter également que le sujet des interactions entre environnement et concurrence a été abordé par l'OCDE.

De même, l'exemption de toute pratique de cloisonnement est rendue presque impossible. Cette approche s'inscrit également dans le cadre de la politique menée en faveur de la promotion et de la réalisation du marché intérieur.

La loi luxembourgeoise doit ainsi être impérativement modifiée, afin de préciser également les exigences négatives de l'exemption.

b) *L'abus de position dominante*

A la différence des ententes, les abus de position dominante ne sont pas susceptibles de rachat.

A titre liminaire, il convient de rappeler que la possession d'un pouvoir économique n'est pas intrinsèquement condamnable. Seule est sanctionnée l'exploitation abusive d'une position dominante. Il est donc nécessaire de définir la notion de position dominante avant d'examiner les circonstances pouvant être de nature à rendre abusive l'utilisation de ce pouvoir de marché.

La position dominante

Le droit luxembourgeois rend passibles des mêmes sanctions que celles applicables aux ententes „les activités d'une ou plusieurs entreprises qui exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché et qui portent atteinte à l'intérêt général“.

La CJCE définit la position dominante comme une „position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs⁴³“.

Il y a donc lieu de prendre en compte deux éléments d'empêcher une concurrence effective et la capacité de se comporter de façon indépendante à l'égard de trois groupes d'acteurs sur le marché⁴⁴.

Pour caractériser une position dominante, il est ainsi nécessaire de définir préalablement le marché pertinent, la part détenue par l'entreprise en cause et l'existence de barrières à l'entrée. Ces critères sont presque universellement reconnus, même si des différences de méthodes apparaissent dans l'appréciation effective d'une position dominante. Deux conceptions existent et peuvent être schématiquement résumées comme suit:

- la première consiste à établir des seuils quantitatifs de parts de marché au-delà desquels l'entreprise ou le groupe d'entreprises est présumé détenir une position dominante. La présomption peut être simple ou irréfragable selon le cas. Ce système prévaut notamment en droit allemand.
- une seconde méthode consiste à adopter une définition purement empirique de la position dominante en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, le critère de la part de marché n'étant pas considéré à lui seul comme suffisant. Cette solution semble notamment retenue par le traité CE et la loi française.

En réalité, ces deux techniques ne sont pas si éloignées l'une de l'autre, et les jurisprudences nationales et communautaire paraissent dégager peu à peu une synthèse de ces différents axes⁴⁵.

La notion d'abus

Il faut ensuite s'attacher à définir l'existence d'un abus dans l'utilisation de la position dominante. Or, si l'abus par une entreprise du pouvoir qu'elle exerce sur le marché est une préoccupation que l'on retrouve dans toutes les législations sur la concurrence, l'éventail des pratiques qu'il convient de condamner diffère sensiblement d'un pays à l'autre⁴⁶. Il ne s'agit pas d'examiner ici le détail des comportements considérés comme abusifs. Il convient néanmoins de relever que l'appréciation du caractère abusif d'un comportement dépend des objectifs de la loi, c'est-à-dire en réalité des ambitions

43 V. not, CJCE, 14 fév. 1978, United Brands, Rec. p. 207.

44 En ce sens V. Note de référence OCDE par S. VAN SICLEN, 1 oct. 1996 1 17 V. D. Brault, Droit de la concurrence comparée, Economica, 1995, pp. 35 et suiv.

45 V. D. Brault, Droit de la concurrence comparée, Economica, 1995, pp. 35 et suiv.

46 V. M. E. JANOW, L'abus de position dominante dans une optique internationale, OCDE, 1 oct. 1996

de chaque politique de concurrence. En d'autres termes, „si l'efficacité économique est le principal objectif, les actions tendant à réduire le bien-être devraient être considérées comme abusives. Si la loyauté dans les relations commerciales est le principal objectif, on peut, par exemple, considérer comme abusif le fait de tirer parti d'une meilleure position de négociation. Pour les autres objectifs possibles – pluralisme, promotion des petites entreprises ... – on peut envisager pour chacun une série d'actions qui font obstacle à leur réalisation, et pourraient par conséquent être considérées comme abusives“⁴⁷.

L'approche de l'abus suivie par le droit luxembourgeois actuel est sensiblement différente de celle retenue ailleurs.

La loi est imprécise et ne comporte aucune liste indicative des comportements constitutifs d'abus. A cet égard, il serait judicieux de suivre la même démarche que celle déjà préconisée en matière d'ententes, cette méthode étant déjà retenue aussi bien par le droit communautaire que par les autres droits nationaux.

La réglementation actuelle ne sanctionne que les abus de position dominante qui portent atteinte à l'intérêt général. Nous ne reviendrons pas sur les problèmes inhérents à une telle disposition, référence d'autant plus inacceptable en matière d'abus de position dominante que la notion d'intérêt général paraît inconciliable avec l'existence d'un abus. Dès lors, cette exigence supplémentaire de l'atteinte à l'intérêt général est inutile et dangereuse.

Sur un plan formel, la loi nouvelle distinguera davantage le régime de l'interdiction des ententes, susceptibles d'exemptions et celui de la prohibition absolue des abus de position dominante. Sur ce point, la structure de l'article 2 de la loi du 17 juin 1970 ne semble pas offrir toute la clarté voulue. S'il est vrai que le système d'exemption s'applique en fait exclusivement aux ententes, une lecture rapide du texte peut laisser penser que les abus de position dominante peuvent être rachetés. Il serait donc judicieux de clarifier les choses en séparant nettement les deux types d'infractions et en établissant deux régimes de prohibition clairs: le premier applicable aux ententes sous réserve d'exemption, le second concernant les abus de position dominante.

B. Décisions et sanctions relatives aux pratiques commerciales restrictives de concurrence

a) *Un renforcement inévitable des sanctions*

Alors que les ententes et les abus de position dominante sont frappés d'interdiction et nuls de plein droit, tant en application des articles 81, paragraphe 2, et 82 du traité CE que des dispositions nationales en vigueur dans les autres Etats membres, la loi luxembourgeoise ne prévoit qu'un système d'interdiction à double détente, inutilisé de surcroît en pratique.

Après avoir décrit le régime des sanctions théoriquement applicables et ses limites, nous nous attacherons à démontrer qu'aucune sanction n'est effectivement mise en oeuvre, ce qui empêche toute approche préventive du phénomène des ententes et enlève tout caractère dissuasif à la réglementation en vigueur.

b) *Des sanctions théoriques imprécises et inappliquées*

Après avoir obligatoirement pris l'avis de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives (CPCR), le ministre a la faculté:

- „1) de classer les affaires qui ne tombent pas sous les dispositions de l'article 1er,
 - 2) d'adresser aux parties intéressées des avertissements ou recommandations,
 - 3) d'interdire totalement ou partiellement des mesures ou des pratiques reconnues contraires à l'article 1er et aux avertissements et recommandations donnés en vertu du numéro 2 ci-dessus.
- (...).⁴⁸“

⁴⁷ En ce sens V. Note de référence OCDE par S. VAN SICLEN, op cit.

⁴⁸ Loi du 17 juin 1970, art. 7

Il résulte de ce texte que les ententes ne sont pas interdites par principe en droit luxembourgeois, mais que l'opportunité d'une telle interdiction est examinée au cas par cas, décision qui relève de la compétence du ministre.

La loi du 17 juin 1970 prévoit également la possibilité de sanctionner pénalement des comportements répréhensibles même si les contours des incriminations éventuelles paraissent fort mal définis, voire même contradictoires.

L'article 8 dispose, en effet, notamment:

„En cas d'infraction à une décision d'interdiction ou d'injonction devenue définitive ou coulée en force de chose jugée, le Procureur d'Etat de l'arrondissement où se trouve le siège de l'entreprise défaillante, est saisi du dossier pour entamer des poursuites judiciaires.

Les propriétaires, gérants, administrateurs ou dirigeants d'entreprises qui ont été reconnus coupables d'une infraction à l'article 1er, par application de l'article 7 numéro 3 sont punis d'une peine d'emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 10.000 à un million de francs ou d'une de ces deux peines seulement, sans préjudice d'autres peines prévues par le code pénal ou par d'autres dispositions législatives ou réglementaires (...).“

Le premier alinéa de ce texte pourrait laisser penser que la sanction pénale ne serait encourue qu'en cas d'inobservation d'une décision ministérielle. Toutefois, l'alinéa 2 confère la possibilité de réprimer une entente dès lors que le ministre a prononcé son interdiction totale ou partielle ou qu'il a constaté que les avertissements et recommandations qu'il a donnés préalablement n'ont pas été suivis d'effet.

Cette démarche, assurément peu claire, n'est pas satisfaisante. Elle ne précise pas les conditions dans lesquelles des ententes révélées *a posteriori* peuvent être condamnées. Cette situation est d'autant plus regrettable que la jurisprudence n'est pas susceptible de fournir le moindre éclaircissement.

Il en résulte que les acteurs économiques peuvent en pratique s'entendre impunément et que les interdictions éventuellement prononcées par le ministre n'ont d'effet que pour l'avenir.

En l'absence de sanctions pécuniaires réelles et dissuasives, on peut affirmer que la loi actuelle ne dispose en réalité d'aucune condamnation de principe des ententes et fait abstraction de la dimension préventive et pédagogique du droit de la concurrence.

On constate que la loi luxembourgeoise n'édicte aucune interdiction de principe des ententes et des abus de position dominante, et ne prévoit pas non plus la nullité de tels accords. Or, seule l'affirmation claire de la nullité rétroactive des pratiques anticoncurrentielles conjuguée à l'application effective de sanctions pécuniaires réellement dissuasives pour sanctionner des comportements passés est susceptible de donner à la réglementation sa force contraignante et son efficacité.

*

III. L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

Afin de mieux comprendre la nécessité de la mise en place d'une autorité luxembourgeoise, il paraît important de retracer brièvement les défis posés par le nouveau règlement communautaire.

A. Le nouveau règlement (CE) No 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 Traité⁴⁹ et l'impact pour le Luxembourg

En 1962, le Conseil a arrêté le règlement No 17, premier règlement d'application des articles 81 et 82. Ce règlement a établi le système de contrôle et les procédures de mise en application que la Commission européenne a appliqués pendant 40 ans, sans qu'une modification substantielle y ait été apportée.

Le règlement 17 a créé un système fondé sur l'applicabilité directe du principe d'interdiction énoncé à l'article 81, paragraphe 1, et la notification préalable des accords en vue de l'octroi de l'exemption

⁴⁹ Publié au Journal Officiel des Communautés européennes du 4 janvier 2003, No L1, pages 1 et suivantes.

prévue à l'article 81, paragraphe 3. Les juridictions et autorités nationales de la concurrence étaient habilitées à appliquer l'article 81, paragraphe 1, mais seule la Commission était habilitée à appliquer l'article 81, paragraphe 3, c'est-à-dire à accorder des exemptions aux entreprises. Le règlement No 17 a donc établi un système d'autorisation centralisé pour tous les accords nécessitant une exemption.

Une véritable culture de la concurrence a pu s'établir en Europe grâce à ce système d'autorisation centralisé. A une époque où l'interprétation de l'article 81, paragraphe 3 était encore incertaine et où la Commission avait pour principal objectif l'intégration des marchés nationaux, la mise en application centralisée des règles de concurrence par la Commission était le seul système approprié.

Au fil des années, les Etats membres ont mis en place des autorités de concurrence (plus ou moins indépendantes des gouvernements) pour appliquer les législations nationales et le droit communautaire de la concurrence. Le Luxembourg est actuellement le seul Etat membre à ne pas avoir d'autorité de concurrence.

Le nouveau règlement a été adopté formellement le 16 décembre 2002 par le Conseil et la date d'application est fixée au 1er mai 2004.

L'abrogation de l'obligation de notification et le passage au système de l'exception légale permettra à la Commission de concentrer davantage son action sur la répression des infractions les plus graves. Ensuite, la réforme instituera un contrôle plus efficace et effectif des règles de la concurrence à l'intérieur de la Communauté. Finalement, la cohérence de l'application des règles de la concurrence et la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence se feront dans le cadre d'un réseau européen des autorités de concurrence. Ce réseau constitue le cœur du nouveau système. Les autorités nationales de concurrence devront pouvoir appliquer directement les articles 81 et 82 du Traité et devront, à l'instar de la Commission, se doter d'un pouvoir de sanction réel et efficace, faute de quoi la Commission ne manquera pas de retirer des affaires aux autorités nationales.

Le nouveau Règlement doit permettre d'assurer, d'une part, une surveillance efficace des règles de concurrence et, d'autre part, de simplifier dans la mesure du possible le contrôle administratif.

1. La suppression du régime d'autorisation et des notifications et le passage au système d'exception légale

Alors que le règlement No 17 obligeait les entreprises à notifier les accords susceptibles d'enfreindre l'article 81 du Traité, l'article 1er du nouveau règlement pose les principes de l'interdiction automatique des accords, décisions et pratiques concertées ne remplissant pas les conditions d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, et de la validité automatique des accords, décisions et pratiques concertées remplissant les conditions d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, sans que des décisions préalables soient nécessaires à cet effet.

L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du Traité est également interdite sans qu'une décision préalable soit nécessaire.

Dans le cadre du système des notifications obligatoires, les notifications devaient légalement donner lieu à une décision de la Commission. Toutefois, faute de moyens, elles ont en pratique le plus souvent débouché sur des lettres de confort („comfort letters“). Le système des notifications obligatoires présentait l'avantage de donner une sécurité juridique aux entreprises quant à la validité des accords. La suppression de la notification obligatoire aura comme conséquence que les entreprises, ou plutôt leurs conseils, devront déterminer eux-mêmes si l'accord envisagé est conforme aux articles 81 et 82 du Traité. Le nouveau régime réduira certes la bureaucratie, mais il a été déploré tout au long des discussions, que ce système manque de la nécessaire sécurité juridique et que seules les grandes entreprises puissent se permettre de faire évaluer leurs accords.

Le projet de loi reprend expressément le système d'exception légale.

2. Une application cohérente et uniforme des articles 81 et 82 du Traité et l'abolition du monopole de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité

L'article 3 du nouveau règlement précise les rapports entre les articles 81 et 82 du Traité et les droits nationaux de la concurrence et constitue la pierre angulaire du nouveau règlement.

Lorsque les autorités de concurrence des Etats membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pra-

tiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1er, du Traité susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, elles doivent appliquer également l'article 81 du Traité.

L'article 3 oblige les autorités nationales à appliquer l'article 81 dès que le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté. Ce nouveau principe devra permettre une application uniforme de l'article 81 à l'intérieur de la Communauté. Cependant, le nouveau règlement ne donne pas de précisions quant à la notion de l'affectation du commerce intracommunautaire, concept-déclencheur pour l'application du droit communautaire et qui sera précisé dans une communication de la Commission.

Lorsque les autorités de concurrence ou les juridictions des Etats membres appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du Traité, elles doivent appliquer également l'article 82 du Traité.

L'article 3, paragraphe 2, du nouveau règlement précise, d'une part, que l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'association d'entreprises ou de pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1er du Traité, qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du Traité, ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité et, d'autre part, que le nouveau 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.

L'article 3, paragraphe 3, du nouveau règlement précise que les règles prévues aux paragraphes 1er et 2 du règlement ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des Etats membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations et que ces deux paragraphes n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du Traité.

L'article 5 du nouveau règlement habilite les autorités de concurrence des Etats membres à appliquer les articles 81 et 82 du Traité dans des cas individuels.

L'article 29 du nouveau règlement maintient le monopole de la Commission en ce qui concerne le retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption si elle considère dans un cas déterminé qu'un accord, décision ou pratique concertée visé par ce règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du Traité. Ce monopole de retrait individuel réservé à la Commission ne s'applique que pour les règlements du Conseil suivants: le règlement No 1534/91 du 31 mai 1991 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, dans le secteur des assurances, le règlement No 3976/87 du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, dans le secteur du transport aérien et le règlement No 479/92 du 25 février 1992 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, dans le domaine des compagnies maritimes de ligne.

Les nouvelles règles de concurrence sont directement calquées sur les règles de concurrence européennes précisées aux articles 81 et 82 du Traité et du nouveau Règlement. Il aurait été peu prudent et inopportun d'essayer de créer des règles spécifiques luxembourgeoises en cette matière.

Après quarante ans d'application du droit de la concurrence européen, la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence du Tribunal de 1ère instance ainsi que de la Cour de Justice des Communautés Européennes fournissent des réponses aux entreprises qui s'interrogent sur la légalité de leur comportement sur le marché. Elles sont encore de nature à guider la future autorité de concurrence appliquant une matière nouvelle pour le Luxembourg.

*

Répondant aux critiques exposées précédemment, les auteurs du projet estiment qu'il n'est plus indiqué de confier l'application du droit de la concurrence au ministre ayant dans ses attributions l'Economie, mais à une autorité nouvelle, indépendante dans l'exercice de sa mission.

B. Les missions de l'autorité de la concurrence

Il convient d'abord d'exposer les missions qui lui seront dévolues. Le nouveau Règlement No 1/2003 oblige le Luxembourg à désigner une autorité de concurrence capable d'assumer les obligations nouvelles imposées par le règlement.

a) Application des règles nationales de la concurrence

L'autorité de la concurrence doit garantir l'ordre public économique en matière de concurrence et assumer le rôle d'un régulateur du marché en intervenant, à l'instar de la Commission européenne, notamment de sa propre initiative.

En vertu du droit national de la concurrence, elle devra examiner si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ d'application de la loi et, le cas échéant, imposer des amendes. La future autorité de la concurrence n'aura pas le droit de statuer sur des contestations ayant pour objet des droits civils. Les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour tirer les conséquences civiles de la constatation d'une pratique anticoncurrentielle et ainsi prononcer la nullité d'un contrat et condamner à des dommages et intérêts. Le rôle de la future autorité de la concurrence est limité à la constatation, l'interdiction et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles. L'application du droit national de la concurrence sera probablement très limitée étant donné que le critère de l'affectation du commerce intracommunautaire, élément-déclencheur pour l'application exclusive des articles 81 et 82 du Traité, est susceptible d'être rempli dans beaucoup de cas.

b) Application du droit communautaire de la concurrence

Suite au Règlement No 1/2003, la nouvelle autorité devra être investie du pouvoir d'appliquer les règles de concurrence communautaires qui ont été établies par le traité de 1957 instituant la Communauté européenne.

L'article 81 du Traité énonce les règles applicables aux accords restrictifs, décisions et pratiques concertées, tandis que l'article 82 traite des abus de position dominante.

En 1962, le Conseil a adopté le règlement No 17 qui définit les règles de procédure relatives à l'application des articles 81 et 82 du Traité.

Dans le système actuel, la Commission européenne a une compétence exclusive pour appliquer l'article 81, paragraphe 3, du Traité, tandis que l'article 81, paragraphe 1er, peut également être appliqué par les juridictions nationales et les autorités de concurrence des Etats membres.

Dans le nouveau régime, l'autorité nationale de la concurrence aura un rôle beaucoup plus important à jouer que dans le système actuel. Les autorités nationales devront disposer de moyens pour prêter main-forte à la Commission européenne et pour conduire des investigations pour le compte de la Commission ou pour d'autres autorités de la concurrence faisant partie du futur réseau d'autorités de concurrence. Beaucoup d'affaires actuellement soumises à la Commission ne concernent que quelques Etats membres ou seulement un seul Etat membre. Il est envisagé que la Commission européenne ne traitera plus des affaires qui concernent moins de 4 Etats membres à moins qu'une telle affaire ne soit d'une importance capitale pour définir la politique de concurrence auquel cas la Commission se déclarerait compétente. Pour des affaires n'affectant pas plus de 3 Etats membres, l'autorité la mieux placée doit en principe traiter l'affaire et une coopération entre plusieurs autorités doit alors être possible.

En outre, le nouveau Règlement impose aux autorités nationales un certain nombre d'obligations supplémentaires par rapport à l'ancien règlement (article 11 du Règlement No 1/2003).

Devant le contexte de la libéralisation favorisée par la Commission européenne, le Luxembourg doit être à même d'assumer les nouvelles obligations et au moins pouvoir suivre les développements en droit de la concurrence lors des réunions avec la Commission.

Etant donné que la Commission se réserve un certain droit de regard sur les autorités nationales de la concurrence et qu'elle envisage même de pouvoir retirer des affaires à une autorité nationale, les auteurs du projet considèrent que le fait de confier l'application aux juridictions de droit commun ou à une juridiction spécialisée heurterait le principe constitutionnel de l'indépendance du juge.

C. Les caractéristiques d'une autorité de la concurrence

a) L'indépendance

La loi actuelle confère au ministre de l'Economie la possibilité de saisir la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives (CPCR) dont il nomme les membres et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Le Luxembourg est le seul pays de l'Union européenne qui réunit ces pouvoirs entre les mains de l'exécutif.

Ce système était parfaitement concevable en 1970, à une époque où à peu près partout en Europe, la politique de concurrence faisait son apparition timide. Depuis, le droit de la concurrence, sous l'impulsion de la Commission européenne, a fondamentalement évolué et les législations européennes ont instauré la séparation des pouvoirs entre les organes chargés d'enquêter et ceux à qui revient la compétence de décision.

Cette séparation a été introduite à des degrés divers dans les autres Etats membres de l'Union européenne: une séparation absolue des autorités de cartel et du pouvoir politique par la création d'une autorité indépendante à l'image du Bundeskartellamt en Allemagne, d'une part, une simple division des fonctions d'enquête et de décision dévolues à des organes différents, d'autre part. En tout cas, le pouvoir de décision et de sanction est entre les mains d'une autorité de concurrence indépendante du pouvoir exécutif.

Cette indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif s'avère indispensable pour diverses raisons.

L'exécutif ne saurait que difficilement à la fois gérer ou contrôler des entreprises publiques soumises aux règles de concurrence et se faire juge de l'application de ces mêmes dispositions.

L'indépendance renforce par ailleurs la légitimité des décisions et des sanctions. Plus concrètement encore, 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.

L'Etat doit fixer les orientations de la politique de concurrence, mais il revient à des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels de veiller au respect des dispositions relatives à la concurrence.

Le doute sur la neutralité de l'exécutif dans les affaires de concurrence se précise encore à la lumière des instruments de politique économique dont le ministre use pour intervenir dans l'économie.

L'actuel pouvoir décisionnel du ministre est plus théorique que réel. L'instruction des affaires et les enquêtes sont actuellement abandonnées à la CPCR. Cette dernière soumet au ministre un avis circonstancié et longuement motivé, fruit de recherches économiques et juridiques poussées et de débats contradictoires. On voit mal comment le ministre pourrait s'écarter de cet avis sans risquer de voir sa décision invalidée par le juge administratif. Dans toutes les affaires soumises jusqu'ici à la CPCR, le ministre n'a jamais fait autre chose que d'avaliser l'avis de la CPCR dans sa décision qui n'est plus que formelle.

Les auteurs du présent projet se sont donc largement inspirés des solutions retenues en droit belge et français, ci-après brièvement exposées.

La Belgique s'est dotée depuis le 1er avril 1999, date d'entrée en vigueur de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999, d'une législation nouvelle en matière de concurrence.

La loi belge a confié la surveillance de la concurrence à quatre organes:

- le Service de la concurrence;
 - le Corps de rapporteurs;
 - le Conseil de la concurrence;
 - la Commission de la concurrence.
- Le Service de la concurrence, institué au sein du Ministère des Affaires économiques, a pour mission de rechercher et de constater l'existence de pratiques de commerce prohibées. Il instruit toutes les affaires pour lesquelles une procédure doit être engagée et veille à l'exécution des décisions intervenues.
 - Un corps de rapporteurs est institué auprès du Service de la concurrence. Les rapporteurs sont chargés notamment:
 1. de diriger et d'organiser l'instruction,
 2. de donner aux agents du service les ordres de mission,
 3. d'établir et de présenter le rapport d'instruction au Conseil indépendant de la concurrence.
 - Le Conseil de la concurrence, institué auprès du Ministère des Affaires économiques est une juridiction administrative qui a des compétences de décision, de proposition et d'avis.
- Le Conseil de la concurrence est composé de 20 membres.

En France, le contentieux de la concurrence est également confié à un Conseil de la concurrence, une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la

concurrence sur les marchés et pour sauvegarder l'ordre public économique. Le système français est très particulier dans la mesure où l'instruction des affaires peut être effectuée par un service de la concurrence du Ministère de l'Economie et des Finances et par les rapporteurs du Conseil de la concurrence.

La composition, l'organisation et les modalités de la saisine du Conseil indépendant de la concurrence garantissent son indépendance.

b) Un pouvoir de sanction et d'enquête sous le contrôle du juge

L'efficacité d'une autorité de la concurrence s'apprécie entre autres en fonction des pouvoirs de sanction et d'enquête dont elle est investie.

Une des raisons pour lesquelles la loi actuelle et la CPR n'ont pas pu fonctionner efficacement réside de l'absence d'un pouvoir de sanction pécuniaire accordé au ministre qui prend une décision sur base d'un avis délivré par la CPR.

Le projet de loi reprend les dispositions du Règlement No 1/2003 en les adaptant à la situation luxembourgeoise (amendes et astreintes).

Les auteurs du projet sont conscients du pouvoir important accordé à l'autorité de concurrence et ils ont prévu toutes les garanties nécessaires pour échapper aux critiques émises par le Conseil d'Etat à de multiples reprises dans d'autres matières. Les auteurs du projet se sont référés à l'avis du Conseil d'Etat du 29 janvier 2002 relatif au projet de loi portant

1. abrogation de l'article IV de la loi du 31 juillet 1995 relative à l'emploi et la formation professionnelle et complétant la transposition de la Directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services;
2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail.

Ce projet de loi prévoyait à l'article 12 une amende d'ordre susceptible d'être prononcée par le Directeur de l'Inspection du travail et des mines. Le Conseil d'Etat qualifie les sanctions comme étant de nature administrative et rappelle que les sanctions administratives doivent remplir certaines exigences reprises de la matière pénale, à savoir notamment:

- une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination pour exclure tout arbitraire;
- une décision motivée;
- impossibilité de sanctionner une personne sans que celle-ci ait été mise à même de connaître les charges qui existent contre elle et sans qu'elle ait pu faire valoir ses moyens de défense;
- possibilité d'un recours de pleine juridiction.

Les auteurs du présent projet de loi ont estimé qu'il fallait préciser les règles de procédure et en particulier les droits de la défense. Il aurait été difficile et incohérent de vouloir créer de nouvelles règles. La solution retenue consiste à reprendre les dispositions du Règlement tout en donnant encore des garanties supplémentaires aux entreprises par rapport au règlement communautaire.

D. Les options concernant la structure de l'autorité de la concurrence

Connaissant les missions et les caractéristiques d'une autorité de concurrence, les auteurs du projet ont été confrontés au choix difficile de l'organe auquel sera confié le contentieux de la concurrence.

Etant donné que l'indépendance est une des caractéristiques fondamentales d'une autorité de la concurrence, il serait de prime abord naturel de confier l'application de la loi concernant la concurrence à un juge.

Le fait de confier tout simplement le pouvoir décisionnel relatif à une affaire de concurrence au juge (judiciaire, administratif ou spécialisé) pose cependant deux types de problèmes:

- 1) le droit d'intervention de la Commission européenne dans le cadre du futur règlement 17 et du réseau d'autorités de concurrence rend cette option inenvisageable à moins de toucher au principe constitutionnel de l'indépendance du juge;
- 2) la compétence requise en matière économique, compétence indispensable pour une autorité de la concurrence, exige des compétences économiques hautement spécialisées de sorte qu'il y a lieu de prévoir un organe de décision qui ne soit pas exclusivement composé de magistrats.

Certains Etats membres (Allemagne, France, Italie) ont confié l'application du droit de la concurrence à une autorité administrative indépendante.

Les auteurs du projet ont écarté le choix de la création d'un établissement public ou d'une administration nouvelle pour deux raisons:

- La charge de travail potentielle de la future autorité est difficilement prévisible surtout face au contexte de la décentralisation et des tâches nouvelles attribuées aux autorités nationales de concurrence. Avant de créer une nouvelle structure lourde à gérer, les auteurs du projet estiment qu'une autorité de la concurrence puisse fonctionner, dans un premier temps, avec un personnel relativement réduit.
- Il s'y ajoute que la prolifération d'établissements publics est souvent critiquée (voir notamment l'avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 1998 concernant le projet de loi relatif à l'accréditation, la certification, la normalisation et la promotion de la qualité).

La solution proposée dans le présent projet, c'est-à-dire la création d'un Conseil de la concurrence indépendant est basée sur des modèles existants (voir notamment la Commission indépendante de la radiodiffusion instituée par la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques).

Le paragraphe 2 de l'article 30 de la loi précitée dispose comme suit:

„La Commission indépendante décide notamment de l'attribution et du retrait des autorisations (...), en agissant en toute indépendance vis-à-vis du Gouvernement et dans le respect des objectifs définis à l'article 1er, alinéa (2) (...).“

A l'instar de cette Commission, qui est formée d'un collège de cinq membres, dont un magistrat qui la préside, les auteurs du projet proposent de confier le pouvoir de décision à un collège composé de trois membres effectifs, dont un magistrat.

Cette Commission indépendante de la radiodiffusion „bénéficie de l'assistance du Service des médias et de l'audiovisuel et du concours technique de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, et elle peut s'adjoindre des experts pour la conseiller dans l'exercice de sa mission“ (paragraphe 6 de l'article 30 de la loi).

La principale différence entre cette Commission et le Conseil indépendant de la concurrence se situe au niveau des pouvoirs de sanctions attribués au Conseil indépendant de la concurrence. Alors que la Commission indépendante de la radiodiffusion ne dispose pas de pouvoirs de sanction pécuniaire, le Conseil indépendant de la concurrence peut en infliger.

Le Conseil d'Etat a précisé, dans un avis du 29 janvier 2002 (No 45.237), au sujet d'une amende administrative avec un maximum de 1.000.000 de francs (double du maximum en cas de récidive), qu'une telle amende administrative prend le caractère d'une peine pénale qui, au regard des critères rappelés par la Cour européenne des droits de l'homme dans nombre d'arrêts, doit obéir à des règles de fond et de procédure exigeantes.

Les auteurs du projet de loi ont veillé à ce que tous les principes de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) soient respectés par le Conseil indépendant de la concurrence.

Les garanties accordées aux parties ainsi que la procédure sont fixées par la loi et la décision du Conseil indépendant de la concurrence peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction (recours en réformation) devant le Tribunal administratif en ce qui concerne le montant de l'amende.

Le projet de loi prévoit des garanties procédurales fondamentales pour les parties, notamment l'envoi d'une communication de griefs à laquelle les parties peuvent répondre, la possibilité de demander des auditions, l'accès au dossier encadré de règles précises sur le caractère confidentiel des informations communiquées à l'autorité de la concurrence.

