

**Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence, asbl
17, avenue Guillaume
L-1651 Luxembourg**

www.luxcompetitionassociation.org
e-mail : info@luxcompetitionassociation.org

Avis de l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence sur le Projet de loi No 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

L'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence asbl (ci-après *l' Association*), a été constituée en septembre 2007. Affiliée en tant que groupe luxembourgeois à la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence, l'Association a notamment pour but d'étudier les problèmes de concurrence sur le plan national et international, de chercher à sensibiliser les acteurs de la place aux questions du droit de la concurrence et d'apporter un éclairage nouveau sur les développements du droit de la concurrence.

L'Association a mis en place un groupe de travail pour analyser le Projet de loi n° 5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, telle que modifiée (ci-après *le Projet de loi*). L'Association souhaite par le présent avis participer d'une façon constructive à faire évoluer le droit luxembourgeois de la concurrence dans l'intérêt de tous les acteurs économiques et des consommateurs, tout en tenant compte du contexte socio-économique luxembourgeois et des contraintes législatives européennes, en particulier de celles découlant du règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (ci-après *le Règlement N° 1*).

CONTENU DE L'AVIS & DES ANNEXES

Le présent avis est structuré de la façon suivante :

- Remarques préliminaires
- I. Les lacunes du Projet de loi
- II. L'analyse du problème institutionnel
- III. Les solutions institutionnelles

L'avis comporte en outre deux annexes techniques :

- (a) Une première annexe technique portant sur le risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en raison du cumul de fonctions proposé dans le Projet de loi
- (b) Une deuxième annexe technique reprenant les articles du Projet de loi avec les commentaires et propositions de l'Association.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

1.- La nécessité de développer le droit de la concurrence au Luxembourg

L'Association se félicite de la volonté du gouvernement de réformer le droit de la concurrence. Elle constate avec satisfaction que l'existence même du Projet de loi rend compte d'une dynamique nouvelle et permet d'espérer un nouvel essor du droit de la concurrence sur la place de Luxembourg.

L'Association souscrit aux finalités de politique économique des auteurs du Projet de loi, à savoir l'allocation optimale des ressources dans l'intérêt de tous les acteurs économiques et notamment des consommateurs. Elle cautionne également l'approche raisonnable et lucide selon laquelle : « *la concurrence n'est pas une fin en soi [...] mais constitue un instrument pour parvenir à d'autres fins* »¹.

Les expériences étrangères telles que l'exemple allemand montrent qu'une politique de concurrence efficace, loin d'handicaper les entreprises nationales, les amènent à s'organiser de manière rigoureuse et les renforcent en termes de compétitivité. Les entreprises ne pouvant se reposer sur des revenus indûment créés sur base de situations artificielles doivent innover davantage, aller de l'avant pour gagner des marchés nouveaux. Une politique de la concurrence bien menée est, dans une perspective dynamique et à moyen terme, davantage bénéfique et protectrice des entreprises qu'un protectionnisme déguisé. Ce constat est particulièrement pertinent pour une économie aussi ouverte sur le monde que celle du Luxembourg.

Cela étant, l'Association est consciente du déficit d'éducation au droit de la concurrence prévalant encore à Luxembourg et souligne l'importance d'une politique de la concurrence raisonnable et cohérente afin d'amener les entreprises luxembourgeoises à résorber leur retard dans les meilleurs délais, sans toutefois que cela n'engendre des coûts disproportionnés au tissu économique dans son ensemble. Afin d'atteindre un tel résultat, - l'Association y reviendra plus loin -, le législateur devrait songer à mettre en œuvre un éventail de mesures plus large, sans se limiter à des amendes.

2.- La nécessité de mettre en place une autorité de concurrence efficace

L'Association n'en partage pas moins le légitime souci du Gouvernement de mettre en place une autorité de concurrence efficace. Ce souci justifie plus particulièrement la réforme proposée puisque les auteurs du Projet de loi ont opté pour une réforme essentiellement institutionnelle. Ainsi, le Projet de loi ne modifie pas le droit de la concurrence substantiel : il vise seulement à modifier l'organisation et les fonctions de l'autorité de concurrence, dans le but de la rendre plus efficace.

Une autorité nationale efficace est un instrument précieux pour l'adaptation des entreprises aux contraintes internationales. Plusieurs affaires de concurrence récentes ont montré à cet égard que, si Luxembourg ne s'occupait pas des ententes et des abus de position dominante, Bruxelles s'en chargerait, souvent à un prix nettement plus lourd pour les entreprises luxembourgeoises.

A cet égard, la mise en place d'une autorité de concurrence efficace semble hautement souhaitable, pour ne pas dire indispensable, de sorte que la nécessité d'une réforme institutionnelle ne paraît guère susceptible d'être remise en cause.

En bref, la légitimité de l'objectif poursuivi par les auteurs du Projet de loi semble indiscutable.

3.- Les précédents avis sur le Projet de loi

L'Association regrette en revanche que la méthode mise en œuvre pour définir les orientations générales de la réforme n'ait pas été irréprochable, en particulier l'absence de consultation préalable au dépôt du Projet de loi des acteurs économiques concernés.

L'Association relève que le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur a misé sur une consultation très large après le dépôt du Projet de loi. Mais elle se demande si une consultation préalable n'aurait pas permis de gagner du temps et d'éviter certaines orientations que l'on peut juger excessives. A ce stade des consultations, il

¹ *Projet de loi, Exposé des motifs, page 2.*

faut admettre que ces orientations n'ont pas su emporter la conviction des principaux acteurs économiques concernés, à savoir les entreprises.

Sept organismes se sont prononcés à ce jour dans six avis distincts. Seuls deux d'entre eux ont marqué leur accord avec le Projet de loi, à savoir la Chambre des Employés privés² et l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs³. La Chambre de Travail a semblé indifférente à la réforme⁴. Mais la Chambre des fonctionnaires et employés privés publics s'est montrée nettement défavorable⁵. La Chambre de commerce et la Chambre des métiers ont choisi de manifester leur désaccord dans un avis commun dans lequel elles indiquent qu'elles « *ne peuvent approuver le projet de loi [...] dans sa forme actuelle* » et qu'elles « *exigent la prise en compte de leurs critiques* »⁶. L'ABBL s'est montrée encore plus vigoureuse en affirmant que « *Dans un Etat de droit, une telle situation est difficilement concevable* » et que « *Les dispositions proposées relèvent d'un Etat policier* »⁷.

En bref, il n'y pas d'exagération à dire qu'en son état actuel, le Projet de loi se heurte à une véritable levée des boucliers de la part des principaux acteurs économiques concernés.

4.- L'option pour une concentration radicale des pouvoirs

Il est également reproché au Projet de loi de malmenager les droits de la défense et les garanties fondamentales du procès équitable, issues de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

L'origine de la difficulté réside dans l'orientation générale de la réforme institutionnelle proposée. Toute l'économie de la réforme repose en effet sur le choix d'une « *concentration de toutes les compétences au sein d'une même autorité* »⁸. Le Projet de loi propose ainsi d'attribuer au Conseil de la concurrence quatre chefs de compétence distincts, en lui reconnaissant à la fois un pouvoir d'auto saisine, un pouvoir d'instruction, un pouvoir juridictionnel et un pouvoir consultatif.

L'idée d'une concentration des pouvoirs entre les mains du Conseil de la concurrence n'est pas en soi une nouveauté. Elle sous-tendait déjà le Projet de loi n° 5229 qui avait été à l'origine de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Le Conseil d'Etat s'était alors opposé au cumul de fonctions. Il avait relevé à l'époque que les attributions données au Conseil de la Concurrence par le Projet de loi n° 5229 « *dépass[aient] celles d'un juge judiciaire* » et que « *le Conseil et son président cumul[aient] les attributions d'un procureur, d'un juge d'instruction et d'un juge juridictionnel [...]* »⁹. Le Conseil d'Etat avait évoqué la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui sanctionne le cumul des fonctions d'instruction et de jugement au nom de l'exigence d'impartialité. C'est ce qui avait finalement conduit le législateur à abandonner l'idée d'un cumul de fonctions et à créer les deux institutions distinctes qui officient actuellement.

Le présent Projet de loi n'en revient pas moins à l'idée initiale d'une concentration radicale des pouvoirs qui avait été abandonnée en 2004. Il va même plus loin que le Projet de loi n° 5229, puisqu'il prévoit de reconnaître

2 Avis de la Chambre des employés privés du 21/02/2008.

3 L'ULC n'a toutefois approuvé le Projet qu'en abandonnant à « *d'autres organismes plus compétents en la matière* » la principale difficulté juridique soulevée, à savoir la question de la compatibilité de la réforme avec les exigences du procès équitable – Cf. Avis de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs du 20/02/2008.

4 La Chambre de Travail a indiqué qu'elle n'avait « *pas d'observations particulières à formuler au sujet des modifications faisant l'objet du Projet de loi sous avis* » même si elle a formulé quelques critiques au sujet de la loi de 2004 elle-même.- Cf. Avis de la Chambre du Travail du 11/04/2008-

5 Avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics du 23/04/2008.

6 Cf. Avis commun de la Chambre de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 31/07/2008, spéc. Résumé in fine.

7 Cf. Avis de l'ABBL d'avril 1998.

8 Projet de loi, Exposé des motifs, page 3.

9 Cf. Avis du Conseil d'Etat du 16/03/2004 concernant le Projet de loi n° 5229, page 3.

une fonction supplémentaire au Conseil de la Concurrence : la fonction consultative. Le risque que le Conseil d'Etat sanctionne ce nouveau Projet de loi de la même façon et pour les mêmes raisons que le précédent est donc évident.

Les auteurs du Projet de loi ne feignent d'ailleurs nullement d'ignorer l'obstacle. Au contraire. Ils ont choisi d'y faire face. Afin de convaincre le Conseil d'Etat de modifier sa position, ils soutiennent cependant que « *les exigences de l'article 6 de la CEDH ne s'opposent pas à ce que [les] deux fonctions [d'instruction et de décision] soient assumées par une seule et même autorité* »¹⁰. En somme, le Conseil d'Etat aurait fait fausse route : le cumul de fonctions proposé n'impliquerait pas réellement de risque de condamnation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

5.- Plan

Avant de revenir sur ces questions institutionnelles délicates, l'Association souhaite souligner que d'autres moyens, moins polémiques, auraient pu être mis en oeuvre afin d'atteindre l'objectif d'efficacité affiché par les auteurs du Projet de loi.

C'est seulement après avoir évoqué ces *lacunes du Projet de loi* (1) que l'Association livrera son *analyse du problème institutionnel* (2) que pose le cumul radical des pouvoirs proposé par les auteurs du Projet de loi. L'Association proposera ensuite quelques *solutions institutionnelles* (3) qui pourraient être mises en oeuvre afin de surmonter les difficultés rencontrées.

I. LES LACUNES DU PROJET DE LOI

6.- Les mesures préventives

L'Association salue l'intention proclamée par les auteurs du Projet de loi d'évoluer vers une politique moins répressive et plus préventive, qui serait davantage centrée sur l'éducation des entreprises au droit de la concurrence.

L'Association constate cependant que le Projet de loi présenté semble plutôt aller dans le sens inverse et qu'il ne contient guère de mesures à vocation préventive.

L'Association déplore cette lacune du Projet de loi, pour au moins deux raisons, l'une tenant aux spécificités du Luxembourg, l'autre aux dernières évolutions du droit de la concurrence.

D'une part, le monde économique luxembourgeois souffre, en général, d'un déficit d'éducation au droit de la concurrence. Il a longtemps vécu sans législation effective en la matière. En outre, l'exiguïté du territoire national facilite les contacts, les échanges, une proximité qui peut glisser insensiblement vers la constitution d'ententes anticoncurrentielles. Avec l'internationalisation de la vie des affaires, les entreprises luxembourgeoises apparaissent vulnérables au regard du droit de la concurrence lorsqu'elles cherchent à gagner des marchés internationaux voire même lorsqu'elles sont en concurrence sur le territoire national avec des opérateurs étrangers. Ceux-ci, plus habitués aux contraintes du droit de la concurrence, n'hésitent pas à utiliser les voies qu'offre le droit de la concurrence dans leur stratégie commerciale pour porter des coups extrêmement violents à des concurrents plus naïfs.

L'Association constate d'ailleurs que les demandes d'audits concurrence, de consultations, de mises en place de programmes de *compliance*, de sensibilisation au droit de la concurrence émanent pour la plupart d'entreprises

¹⁰ Cf. *Projet de loi, Exposé des motifs, page 3.*

faisant partie de groupes internationaux. Il s'instaure dès lors un monde de l'entreprise à deux vitesses, entre les entreprises conscientes des contraintes et potentialités du droit de la concurrence et celles n'ayant pas encore intégré cette dimension.

D'autre part, la politique de la concurrence recourt aujourd'hui à un éventail de mesures beaucoup plus larges que l'imposition d'amendes. L'exposé des motifs du Projet de loi y fait allusion (*cf* les références au *competition screening* et au *competition advocacy*) mais ne prévoit rien à cet effet dans le Projet de loi. On ne peut que le regretter.

7.- Le contrôle des concentrations

L'Association déplore également que les auteurs du Projet de loi n'aient pas saisi l'opportunité de discuter de l'opportunité d'instaurer un contrôle des concentrations au Luxembourg. Le Luxembourg est le seul Etat de l'Union européenne à ne pas connaître un tel mécanisme. Les travaux du Laboratoire de droit économique effectués dans les années 90 arrivaient à la conclusion qu'il serait opportun d'analyser l'opportunité d'un contrôle des concentrations à Luxembourg après consolidation des marchés.

Si l'absence de contrôle est, à première vue, de nature à faciliter une série de prises de contrôle d'une entreprise par l'autre à Luxembourg, la réalité est plus complexe.

En effet, du fait de l'exiguïté du marché national, les concurrents sur un marché sont généralement peu nombreux et les positions dominantes fréquentes. En conséquence, des entreprises désireuses de grandir encore, notamment en vue de s'étendre à l'international, sont confrontées au risque de voir tout renforcement substantiel de leur position sur le marché national être contesté au motif qu'il constitue un abus de position dominante au sens de la jurisprudence *Continental Can*.

Par ailleurs, des opérations d'acquisition ne présentant pas une dimension communautaire seront soumises uniquement aux conceptions et au contrôle d'autres États membres.

En s'abstenant de légiférer, l'Etat luxembourgeois se prive donc d'un mode de régulation des opérations de croissance externe et donc d'un instrument d'intervention dans l'économie. Dans une économie globalisée, où la défense des intérêts nationaux et la bonne liaison entre les mondes politique et économique est une question de survie, ce silence du législateur luxembourgeois est regrettable.

En outre, l'instauration d'un contrôle des concentrations est un facteur de sécurité juridique pour les entreprises concernées. Elles ont de la sorte la possibilité de faire valider au regard du droit de la concurrence les accords – et ils sont fréquents – accompagnant une fusion, une prise de contrôle ou la constitution d'une entreprise commune. Un tel contrôle est d'autant plus précieux que, comme il a déjà été souligné, l'instrument de l'exemption individuelle d'accords anticoncurrentiels a été supprimé.

Enfin, contrôle des concentrations ne signifie pas nécessairement procédure lourde, chère et lente. Des exemples dans des petits pays étrangers à l'économie très ouverte sur le monde sont là pour le confirmer. Il est tout à fait possible d'élaborer un contrôle des concentrations ajusté aux spécificités de l'économie luxembourgeoise.

En conclusion, l'Association lance un appel au législateur afin que ce dernier initie au moins un débat quant à l'introduction d'un contrôle national des concentrations.

8.- L'instauration d'un système d'attestation négative/exemption

L'Association pense en outre que le législateur pourrait songer à instaurer un système d'attestation négative ou d'exemption analogue à ceux mis en place dans certains États membres de l'UE, et même hors UE.

Par exemple, la loi danoise sur la concurrence¹¹ a instauré un système selon lequel “*the competition council may, upon notification, exempt an agreement between undertakings*” si des conditions spécifiques sont remplies¹². Ainsi, si une pratique anticoncurrentielle a pour effet d'augmenter l'efficacité de la production en réservant aux consommateurs une part non négligeable des profits résultant de ladite pratique, elle peut être exemptée. Notons que l'attestation négative / exemption, qui doit être limitée dans le temps¹³, ne peut être mise en œuvre si la pratique en question affecte de façon "appréciable" le commerce intracommunautaire¹⁴. L'Article 9.2 de la loi a pour effet d'interdire toute exemption d'une pratique contraire aux articles 81 ou 82 CE (101 / 1 02 TFUE). Ce système semble donc compatible avec le Règlement N° 1.

Le Portugal a également maintenu un tel système aux conditions proches du régime danois¹⁵. Au delà des frontières de l'Union Européenne, la Loi sur la concurrence turque¹⁶ prévoit encore un système de ce type.

La mise en place d'un tel système d'attestation négative/exemption au Grand-Duché pourrait s'avérer un instrument précieux pour éduquer les entreprises d'un État à la culture de la concurrence encore embryonnaire. L'Association tient cependant à faire remarquer que l'introduction d'un tel système risque de mobiliser des ressources considérables.

9.- Les ressources du Conseil de la concurrence

La mise en oeuvre d'une politique de concurrence efficace est évidemment tributaire des ressources mises à la disposition de l'autorité de concurrence. Or le Projet de loi n'apporte guère de réponse à cette délicate question. Pourtant, le choix d'une concentration radicale des pouvoirs entre les mains du Conseil de la concurrence aurait sans doute mérité que l'on porte une attention particulière au problème des ressources allouées à l'autorité en question.

A défaut de moyens, les nombreuses et considérables nouvelles prérogatives confiées à l'autorité de concurrence ne risquent-elles pas de rester inutilisées ?

Par exemple, l'autorité de concurrence pourra-t-elle utiliser son pouvoir d'auto-saisine pour rendre des avis et procéder à des enquêtes sectorielles ? Par ailleurs, l'autorité de concurrence ne risque-t-elle pas d'être submergée par des demandes visant à analyser la conformité de Projets de loi par rapport aux règles de concurrence ? L'Association se demande dans quelle mesure le fait de confier de telles missions au Conseil de la concurrence plutôt qu'au Conseil d'Etat est susceptible de rendre le premier plus efficace, et ne risque pas au contraire de perturber gravement le fonctionnement d'une institution qui n'a pas l'expérience du Conseil d'Etat en matière consultative.

¹¹ Danish Competition Act: Consolidation Act No. 1027 of 21 August 2007.

¹² Cf. Article 8.2 de la Loi danoise.

¹³ Cf. Article 8.3 de la Loi danoise.

¹⁴ Cf. Article 9.2 de la Loi danoise.

¹⁵ Portuguese competition law: Law No. 18/2003 of 11 June Approving the legal framework for competition.

¹⁶ The Turkish Act on the protection of competition, Act No 4054, Date of Adoption 7/12/1994 last amendments in 2005, Articles 8 et 13 en particulier.

L'Association doute en tout cas que l'on puisse rendre l'autorité de concurrence plus efficace en concentrant tous les pouvoirs au sein d'une autorité unique à laquelle de nouvelles missions sont confiées sans pour autant lui allouer les ressources adéquates pour exercer de telles missions.

II. L'ANALYSE DU PROBLEME INSTITUTIONNEL

10.- Le risque de sanction juridique

La question essentielle demeure celle du cumul de fonctions proposé, qui a suscité de vives critiques de la part des acteurs économiques. C'est cette difficulté institutionnelle qui fait douter de la conformité du Projet de loi à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et craindre en conséquence que le Conseil d'Etat ne marque à nouveau son opposition.

Comme expliqué ci-avant, cette difficulté a été prise très au sérieux par les auteurs du Projet de loi, qui ont fait figurer en Annexe 1 du Projet de loi un document intitulé « *L'application des exigences tirées de l'article 6 de la CEDH au Conseil de la concurrence* »¹⁷. Présenté à juste titre comme un « *analyse juridique fouillée* »¹⁸ de la question du cumul des fonctions, ce document tend à prouver que le Projet de loi serait conforme à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en son état actuel. En somme, le cumul de fonctions proposé n'impliquerait pas de risque de condamnation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

En écho à la démarche adoptée par les auteurs du Projet de loi, l'Association s'est elle-même penchée sur la difficulté strictement juridique du risque de condamnation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans une annexe séparée (Cf. Annexe 1 du présent avis). Compte-tenu de la technicité et de l'acuité des questions soulevées, elle se contentera ici de résumer succinctement ses conclusions.

L'Association est d'avis que la thèse des auteurs du Projet de loi est très sérieuse et qu'il est effectivement possible que le cumul de fonctions proposé ne donne pas lieu à condamnation par le juge européen. Mais elle pense que les auteurs du Projet sont beaucoup trop catégoriques lorsqu'ils affirment sans nuance que « *les exigences de l'article 6 de la CEDH ne s'opposent pas à ce que [les] deux fonctions [d'instruction et de décision] soient assumées par une seule et même autorité* »¹⁹. En réalité, il existe bien un risque de condamnation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, même si ce risque est atténué par les assouplissements récents apportés à la jurisprudence européenne.

11.- La nécessité de poser la question en opportunité

Au reste, il faut garder à l'esprit que la jurisprudence du juge européen ne correspondent qu'à un seuil minimal de garantie des droits fondamentaux (ce seuil minimal étant d'ailleurs particulièrement bas en ce qui concerne les cumuls des fonctions)²⁰. Quand bien même on aurait pu affirmer catégoriquement que le Projet de loi est conforme à ce seuil minimal, cela n'aurait nullement suffi à démontrer l'opportunité de la réforme. A l'inverse, constater qu'il existe un risque de condamnation, même faible, par le juge européen, signifie que le Projet de loi se situe, au mieux, à la limite du seuil minimal de garantie, ce qui - en opportunité - ne semble guère satisfaisant.

¹⁷ Cf. *Projet de loi*, page 32.

¹⁸ Cf. *Projet de loi*, *Exposé des motifs*, page 3.

¹⁹ Cf. *Projet de loi*, *Exposé des motifs*, page 3.

²⁰ Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., Précis Dalloz, 4ème éd., n° 80 – qui parlent de « *standards minima* ». Les mêmes auteurs émettent certes une réserve en suggérant que les standards de la Cour EDH sont « *parfois maxima* » -cf. GUINCHARD et alii, *ibidem*, n° 80- : il existe en effet quelques cas au sujet desquels on peut estimer que la Cour EDH va trop loin. Mais ce n'est certainement pas la jurisprudence actuelle sur le cumul des fonctions d'instruction et de jugement qui est visée puisque celle-ci est au contraire jugée trop laxiste, les auteurs finissant même par se demander s'il reste une place pour le grief d'impartialité, en dehors de cas très exceptionnels - cf. GUINCHARD et alii, *ibidem*, n° 369 p. 720-

La démarche qui consisterait à justifier un Projet de loi en se contentant d'invoquer un alignement sur le seuil minimal des garanties imposées par le juge européen est évidemment intenable. Par analogie, la Cour Européenne ne consacre pas le droit à une voie de recours en matière civile : faut-il abolir l'appel et le pourvoi en cassation dans tous les procès civils ? De même, la Cour Européenne ne garantit pas les droits de la défense devant le juge des référés : faut-il que le droit interne s'aligne ? En réalité, un Projet de loi peut être parfaitement conforme au seuil minimal de garantie européenne et constituer pourtant une grave régression des droits fondamentaux au regard de l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit.

Il est donc parfaitement légitime que les instances nationales des Etats membres qui sont amenées à interpréter la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et qui ont en la matière un devoir d'initiative²¹, aillent au-delà des garanties minimales imposées par le juge européen. Le juge français, par exemple, n'hésite pas à poser des exigences plus élevées que celles imposées par la Cour EDH en ce qui concerne la sanction des cumuls de fonctions devant le Conseil de la concurrence. Aucun reproche ne pourrait être adressé au Conseil d'Etat luxembourgeois s'il décidait de s'engager dans la même voie. Les Etats membres ont l'obligation de se conformer au seuil minimal de garantie des droits fondamentaux imposé par le juge européen. Mais ils ne sont pas obligés de s'en contenter.

Même s'il était établi catégoriquement que le cumul de fonctions proposé n'impliquait aucun risque de condamnation par le juge européen, cela ne suffirait nullement à démontrer que cette réforme est légitime et qu'elle n'impliquerait pas un recul grave des garanties consacrées par le droit national. *A fortiori*, le constat que le Projet de loi implique un risque de condamnation, invite le législateur à mener une réflexion sérieuse quant à l'opportunité du cumul de fonctions proposé.

12.- L'inefficacité économique du système proposé

La question d'opportunité pourrait être posée en ces termes : *l'affaiblissement des droits de la défense des entreprises, et en particulier les cumuls de fonctions envisagés permettront-ils réellement de rendre le Conseil de la concurrence plus efficace ?*

Les auteurs du Projet de loi ne semblent pas avoir posé cette question ouvertement. Néanmoins, il semble qu'implicitement, toute l'économie du Projet de loi repose sur l'idée suivant laquelle le Conseil de la concurrence ne pourrait être un organe efficace d'application du droit de la concurrence qu'à la condition de ne pas l'astreindre trop rigoureusement au respect des droits de la défense et des règles du procès équitable.

L'Association est sceptique quant au bien fondé de cette idée. Les droits de la défense ne sont pas destinés à faire obstacle à l'application effective du droit substantiel. Les Etats démocratiques n'ont pas imposés le respect des droits de la défense dans le but de permettre à des plaideurs procéduriers d'échapper à l'application des règles de droit. Au contraire. Si les droits de la défense se sont peu à peu imposés dans les Etats de droit, c'est parce que leur application permet d'éviter des erreurs dans l'application du droit substantiel. Le respect des garanties fondamentales de procédure est donc un facteur d'effectivité des règles substantielles et par conséquent un facteur d'effectivité du droit de la concurrence.

²¹ Comp. Mme FRICERO in GUINCHARD et alii, « Droit et pratique de la procédure civile », DALLOZ ACTION, 2005-2006 : l'« article 35 de la convention en conditionnant la recevabilité de la requête devant la Cour Européenne à l'épuisement des voies de recours internes, affirme le rôle prioritaire et fondamental du juge interne dans la garantie des droits reconnus par la Convention » ; pour cette raison « il appartient d'abord aux juges nationaux d'assurer la sanction des droits garantis par les dispositions intégrées au droit français », alors que « le contrôle par les organes internationaux (revêt) un caractère subsidiaire »

Il en résulte que, selon la belle formule d'un auteur : **"la protection des droits de la défense n'est pas un obstacle à l'efficacité, elle en est une condition"**²².

En particulier, l'exigence d'impartialité qui fonde l'interdiction des cumuls de fonctions est une condition essentielle de l'application effective du droit de la concurrence. Pour le comprendre, il suffira de réfléchir un instant sur ce qu'implique - concrètement et humainement - le cumul de fonctions proposé. De fait, si les membres de la formation de jugement du Conseil de la concurrence ont préalablement dirigé l'instruction pendant des semaines, sinon des mois, il est normal et humain qu'ils n'arrivent pas au stade de la décision sans s'être forgé une opinion plus ou moins arrêtée sur l'affaire. Les entreprises auront alors les plus grandes difficultés à renverser leur **pré-jugé**. Dans le court laps de temps que durera la phase décisionnelle, il leur sera quasiment impossible de convaincre les décisionnaires qu'ils ont fait fausse route tout au long de l'instruction. Les moyens de défense des entreprises ne seront donc pas réellement entendus – et ceci même si ces moyens sont fondés. Le Conseil de la concurrence commettra donc inévitablement des erreurs. Il prononcera des condamnations qui ne devraient pas l'être. Les règles du droit de la concurrence ne seront donc pas respectées.

Le cumul de fonctions proposé ne favorisera donc pas l'application effective et efficace du droit de la concurrence : il y fera obstacle.

Sans doute certaines erreurs pourront-elles être réparées lors du recours devant le Tribunal administratif. Mais l'existence de ce recours ne suffit pas pour autant à justifier le système proposé. L'approche demeure une **« approche a posteriori »**²³ consistant à se satisfaire d'un système structurellement générateur d'erreurs en espérant, à tort, que l'existence d'un recours va suffire à les réparer. A cet égard, l'Association souscrit entièrement à l'analyse de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers²⁴ et renvoie également au *Précis d'instruction criminelle* de Roger THIRY : **«vu le nombre restreint d'organes et de personnes qui a un niveau plus élevé, instruisent les affaires pénales de quelque importance, l'emploi judiciaire de moyens, le choix éclairé de la marche à suivre, l'utilisation des compétences et des ressources techniques, de même que l'exacte application des principes légaux sont un impératif de la plus haute importance. La pratique a en effet montré clairement que les erreurs et les omissions initiales sont rarement réparables par la suite (...)** ».

En l'occurrence, le recours ouvert devant le Tribunal administratif permettra d'autant moins bien de corriger les erreurs commises que, la procédure administrative n'ayant pas été conçue pour juger des affaires pénales, elle limitera considérablement la faculté des entreprises de faire valoir leurs moyens de défense : l'atteinte à l'impartialité se doublera donc d'une atteinte à l'égalité des armes entre l'administration poursuivante, qui pourra librement faire valoir ses moyens à charge, et les entreprises poursuivies, qui n'auront que des moyens limités pour faire valoir leurs moyens de défense²⁵. Là encore ce déséquilibre engendra des erreurs et ne favorisera donc nullement l'application effective du droit de la concurrence.

A cela s'ajoute que l'absence de séparation des fonctions mettra en cause la légitimité sociale du Conseil de la concurrence. En effet, la réforme affectera l'apparence d'impartialité du Conseil de la concurrence. Non seulement le Conseil de la concurrence ne sera pas impartial : mais il n'en donnera même pas l'impression. Or le juge européen rappelle régulièrement que l'apparence d'impartialité n'est pas secondaire : **«Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables [...]**»²⁶. Un cumul de fonctions aussi radical que celui proposé dans le Projet de loi empêchera le nouveau Conseil de la concurrence de gagner la confiance des entreprises, qui verront en lui un organe partial. Le Conseil ne pourra

22 Cf. Emmanuel GUINCHARD, "L'Europe, ma procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges", in : *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n° 3, juillet-septembre 2008, pp. 465-484, spéc. n° 26 p. 482.

23 Cf. Avis commun de la Chambre de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 31/07/2008, page 2.

24 Cf. Avis commun de la Chambre de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 31/07/2008, spéc. page 2 et page 4.

25 Cf. Annexe 1, II.

26 Cf. par ex. CEDH, SACILOR LORMINES c. France, 9.02.2007, par 60.

donc pas asseoir sa légitimité sociale. Les réactions vives qu'à déjà suscité le Projet de loi de la part des principaux acteurs économiques concernés le démontrent : la légitimité de l'institution est contestée avant même qu'elle existe. Or, dans un Etat de droit, un Conseil de la concurrence qui n'assoira pas sa légitimité sociale sur la confiance des entreprises, verra son activité sans cesse gênée par l'opposition des acteurs économiques. Il ne disposera pas de la légitimité nécessaire pour éduquer les entreprises au droit de la concurrence. En définitive, il sera inefficace.

III. LES SOLUTIONS INSTITUTIONNELLES

13.- Nécessité de respecter les droits de la défense pour que le Conseil soit efficace

Comme démontré ci-avant, pour que le Conseil de la concurrence soit réellement efficace, il faut qu'il soit astreint au respect des droits de la défense, et en particulier l'exigence d'impartialité (quand bien même la jurisprudence européenne ne l'exigerait pas).

Le respect de l'exigence d'impartialité dès la première instance n'est pas un luxe juridique ou une précaution superflue et inutilement coûteuse. C'est au contraire une condition *sine qua non* de l'efficacité économique du Conseil de la concurrence. A défaut d'être impartial, le Conseil de la concurrence commettra des erreurs et n'appliquera donc pas convenablement le droit de la concurrence. De plus, il n'établira pas sa légitimité sociale et ne bénéficiera donc pas de l'autorité nécessaire pour éduquer les entreprises à la culture de la concurrence.

Trois solutions paraissent envisageables afin de préserver l'impartialité du Conseil de la concurrence.

14.- Insuffisance d'une séparation strictement fonctionnelle

La solution la plus modeste consisterait à mettre en place une séparation strictement fonctionnelle basée sur l'organisation interne de l'institution. Il n'y aurait pas de véritable interdiction de cumuler les fonctions : chaque membre du Conseil pourrait être amené à exercer, dans des dossiers différents, les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. Simplement le Conseil de la concurrence serait astreint à une **organisation interne rigoureuse permettant d'éviter qu'une même personne cumule des fonctions dans la même affaire ou à propos de la même décision**. En particulier, les membres de la formation de jugement seraient choisis parmi les personnes n'ayant pas participé à la poursuite et à l'instruction dans le dossier en question.

S'il ne s'agissait que de se prémunir contre le risque de condamnation européenne, la solution pourrait, au premier abord, sembler suffisante. La Cour EDH ne sanctionne plus les cumuls de fonctions en soi et se contente de vérifier s'il y a eu - *in concreto* - atteinte à l'impartialité dans le dossier considéré²⁷ : une organisation interne adéquate permettant d'éviter qu'il y ait cumul dans la même affaire ou à propos de la même décision suffit donc à éviter la condamnation. C'est d'ailleurs pour un tel système que le Conseil d'Etat français a opté après l'arrêt Procola, ce qui lui a permis de continuer à cumuler, contrairement au Conseil d'Etat luxembourgeois, les fonctions cumulatives et juridictionnelles²⁸. La Cour EDH a avalisé la solution française²⁹.

Toutefois, si l'on devait se contenter de cette solution minimaliste, il faudrait à tout le moins tenir compte de la jurisprudence européenne récente qui commande que la séparation soit encadrée de façon claire et visible³⁰. En

27 Cf. Annexe technique 1, I, A.

28 Cf. à ce sujet GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 365 a) 1 page 709.

29 CEDH G.L. & S.L. c/ France, 6 mars 2003, Req. no 58811/00.

30 Cette exigence se dégage nettement de l'arrêt CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04 : voir à ce sujet Annexe technique 1, I, A in fine.

particulier, la Cour EDH exige que le pouvoir d'auto-saisine soit encadré de façon précise³¹. Le cas échéant, il faudrait donc que la séparation fonctionnelle soit prévue et organisée par des textes clairs et précis. Par ailleurs, il serait éminemment souhaitable que le Conseil de la concurrence luxembourgeois soit doté, comme son homologue français, d'un *Hearing Officer* chargé de garantir le respect des droits de la défense et, en particulier, de l'exigence d'impartialité.

Mais, même en prenant de telles précautions, l'Association pense qu'une séparation strictement fonctionnelle serait, en définitive, insuffisante, et ceci pour deux raisons.

D'une part, compte-tenu de la petite taille du Conseil de la concurrence, il risque d'être concrètement impossible de mettre en place une séparation strictement fonctionnelle efficace. En présence d'une institution ne comprenant que 4 membres effectifs et 5 suppléants, comment s'organiser concrètement pour éviter les cumuls de fonctions ? De telles considérations ne sont pas étrangères à la jurisprudence européenne qui a évoqué dans l'arrêt Procola une mise en cause de l'« *impartialité structurelle* » du Conseil d'Etat luxembourgeois³². Revenant plus tard sur la notion « *impartialité structurelle* », la Cour EDH a exclu que la preuve d'une atteinte à l'impartialité soit rapportée dans une affaire concernant le Conseil d'Etat français³³ : cependant la différence de traitement entre les deux institutions s'explique aisément si l'on veut bien considérer leur différence de taille ! Si une séparation strictement fonctionnelle peut suffire dans le cadre d'une grosse institution telle que le Conseil d'Etat français, elle s'avérera en revanche impraticable pour des institutions de taille modeste, parce qu'il sera concrètement impossible de s'organiser pour éviter les cumuls de fonctions. C'est dire que ce système ne peut pas fonctionner dans un milieu restreint tel que le microcosme luxembourgeois.

D'autre part, même lorsqu'elle est praticable, la séparation strictement fonctionnelle demeure un système médiocre du point de vue de l'apparence d'impartialité. La séparation strictement fonctionnelle est peu visible. Elle est donc un moins bon vecteur de légitimité sociale qu'une séparation organique. Or le Conseil de la concurrence luxembourgeois a besoin de légitimité. Il ne s'agit pas d'une institution pluriséculaire qui, à l'instar du Conseil d'Etat, disposerait déjà d'une légitimité ancienne et bien établie. Au contraire. Le Conseil de la concurrence est une institution très jeune qui a besoin d'asseoir sa légitimité en gagnant la confiance des entreprises luxembourgeoises, pour pouvoir les éduquer à la culture de la concurrence. Il n'y parviendra pas si son apparence fait douter de son impartialité.

31 CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 60, où la Cour EDH indique qu'elle « *croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure* ».

32 CEDH *Procola c/ Luxembourg*, 31 août 1995, par 43 : « *Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution.* »

33 CEDH *G.L. & S.L. c/ France*, 6 mars 2003, Req. no 58811/00 : « *La Cour note d'abord qu'il pourrait résulter du fonctionnement du Conseil d'Etat français et du statut de ses membres une possibilité de « confusion, dans le chef des (...) conseillers d'Etat de fonctions consultatives et juridictionnelles » puisque les membres affectés à la section du contentieux peuvent aussi être affectés à une section administrative et être ainsi amenés à « exercer successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions », ce qui pourrait « mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution » (voir l'arrêt Procola précité, § 45).*

Toutefois, la Cour relève que la présente affaire se distingue de l'affaire Procola précitée, où quatre des cinq membres de la formation de jugement ont eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient examiné auparavant dans le cadre de leur fonction consultative. Dans la présente espèce, les requérants ont fait valoir essentiellement des arguments de nature générale tenant à l'organisation du Conseil d'Etat, aux carrières des conseillers d'Etat et aux fonctions qu'ils ont pu auparavant exercer. Ils n'ont toutefois indiqué aucun élément susceptible de faire conclure que, dans l'exercice de fonctions antérieures ou parallèles, les membres de la formation de jugement auraient eu à prendre position sur les textes en cause, en auraient connu d'une quelconque façon, ou auraient eu avec les parties adverses des liens de nature à faire redouter un défaut d'impartialité (Comm. eur. D.H., no 36834/97, déc. 3.12.97, non publiée, et, a contrario, Holm c. Suède, arrêt du 25 novembre 1993, série A no 279 et arrêt Procola précité).

En tout état de cause, dans la présente espèce, la Cour relève qu'il n'existe aucune raison de douter ni de l'indépendance ni de l'impartialité des membres du Conseil d'Etat, faute de preuve contraire. »

15.- Nécessaire mise en place d'une séparation organique

Dans cette perspective, l'Association estime qu'il est nécessaire d'opter pour une séparation organique. En d'autres termes, il faut maintenir le principe d'une séparation entre deux organes distincts, l'un chargé de la poursuite et de l'instruction, et l'autre chargé du jugement des affaires.

Une telle séparation organique peut prendre deux formes : soit deux institutions distinctes l'une de l'autre (séparation institutionnelle), soit deux organes distincts au sein d'une même autorité (séparation organique au sens strict).

A l'heure actuelle, le premier système prévaut. Les fonctions sont réparties entre deux institutions distinctes. L'Association tient à souligner que la séparation institutionnelle demeure le système idéal. Elle indique d'ailleurs que le modèle luxembourgeois actuel a été importé en Belgique où il fonctionne bien. Elle ajoute que les « *divergences de vues* »³⁴ entre les deux institutions, évoquées par les auteurs du Projet de loi, pourraient être comprises comme le fruit de la saine émulation qu'engendre une authentique séparation des pouvoirs et donc comme une garantie contre l'arbitraire. Enfin, l'Association souligne que l'abandon d'une séparation institutionnelle au profit d'une séparation organique au sens strict partageant les mêmes locaux et les mêmes ressources comporte en soi un risque : l'on a relevé que la séparation résultant de ce type de système pouvait être illusoire et engendrer des erreurs graves³⁵.

Malgré cela, l'Association reconnaît qu'il peut être légitime, dans le contexte luxembourgeois, de se contenter d'une séparation organique au sens strict, ceci notamment pour des raisons budgétaires. L'Association souligne cependant que cette séparation ne doit pas être illusoire et qu'elle doit impliquer une véritable indépendance et une absence de hiérarchie entre les deux organes. Elle ajoute que pour satisfaire à l'exigence de visibilité posée par la jurisprudence européenne la plus récente³⁶, cette séparation organique devra être clairement organisée par les textes. Sous cette réserve, une séparation organique permettrait assurément d'éradiquer le risque de condamnation européenne.

En bref, l'Association estime que la solution la plus raisonnable dans le contexte luxembourgeois et compte tenu des contraintes budgétaires actuelles, consisterait à mettre en place une séparation entre deux organes distincts au sein d'une même autorité.

34 Cf. *Projet de loi, Exposé des motifs*, page 3.

35 Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 339- Les auteurs évoquent la question des « pôles économiques et financiers » instaurés auprès des CA française et des TGI pour juger les infractions économiques et financières complexes. Ils écrivent : « [...] qu'advient-il du principe de la séparation des autorités de poursuite et d'instruction, dans la mesure où ces deux organes du procès pénal travaillent en commun, dans les mêmes lieux et, surtout, avec les mêmes moyens ? » - et encore : « Ces pôles n'ont-ils pas fait la preuve de leur inutilité, quand on constate, d'une part que de nombreuses affaires instruites par des juges médiatisés jusqu'à l'outrance, se sont terminées par des relaxes cuisantes pour ceux qui n'avaient pas eu le courage de rendre un non-lieu et, d'autre part, que la loi n° 2004-204 crée, au-dessus de ces pôles, des juridictions interrégionales ? »

36 Cf. CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 60 et voir Annexe 1 I A in fine- Il y a lieu de souligner que cette exigence de visibilité a été posée dans l'arrêt *Dubus* alors que le gouvernement français alléguait qu'il existait une séparation organique au sein de la Commission bancaire. Mais l'existence de cette séparation organique n'a pas été établie.

CONCLUSION

16.- Piste de réflexion : pour une criminalisation du droit de la concurrence ?

En guise de conclusion, l'Association souligne cependant qu'une solution plus audacieuse aurait pu être envisagée. Ainsi, une option, jamais débattue au Luxembourg, mais mise en place en Irlande par exemple, aurait consisté à confier la phase de jugement aux juridictions pénales ordinaires. Dans un tel modèle institutionnel, l'autorité de concurrence (administrative) se contenterait de poursuivre et d'instruire. Il reviendrait alors à une Chambre spécialisée du Tribunal d'arrondissement d'adopter les décisions. L'Association est consciente du fait que ce modèle semble difficilement acceptable dans un pays qui ne reconnaît pas – formellement- le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais l'Association souligne que le problème est essentiellement formel puisque les sanctions encourues ont bel et bien un caractère pénal au sens de la Convention EDH. C'est pourquoi l'Association estime qu'un débat sur cette question aurait pu être engagé avec tous les acteurs concernés dans le cadre de la présente réforme. Après tout, un tel système ne préserverait-il pas mieux les droits de la défense des entreprises puisque la question du cumul de fonctions ne se poserait plus ? Ne favoriserait-il pas aussi l'efficacité du Conseil de la concurrence en lui évitant de disperser ses activités ? Ne permettrait-il pas enfin de réaliser quelques économies budgétaires ?
