

N° 7479⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI**portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et
abrogeant la loi 23 octobre 2011 relative à la concurrence**

* * *

**AVIS DE L'ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE
POUR L'ETUDE DU DROIT DE LA CONCURRENCE**

(3.6.2020)

Le projet de loi relatif à l'organisation de l'Autorité nationale de concurrence (dorénavant « projet de loi ») et à l'adaptation de la législation actuelle en matière de concurrence par l'abrogation et remplacement de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, actuellement en vigueur,¹ vise un double objectif : d'une part, le projet transpose en droit luxembourgeois l'ensemble des dispositions de la directive européenne 2019/1/UE « ECN plus » en la matière² (ci-après « Directive ») ; d'autre part, le projet se livre à une modification profonde de la législation actuelle en matière du droit de la concurrence afin de la moderniser.

Avant d'aborder l'examen du projet de loi, l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence (« ALEDC ») souhaite souligner la portée de la Directive.

La Directive a, aux termes de son article premier, pour objet d'énoncer « *certaines règles pour garantir que les autorités nationales de concurrence disposent des garanties d'indépendance, des ressources et des pouvoirs de coercition et de fixation d'amendes nécessaires à l'application effective des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne afin que la concurrence dans le marché intérieur ne soit pas faussée et que les consommateurs et les entreprises ne soient pas désavantagés par des législations et des mesures nationales qui empêchent les autorités nationales de concurrence de mettre efficacement en œuvre les règles de concurrence.* »³

Afin de parvenir aux objectifs mentionnés dans le premier article de la Directive portant sur l'objet et champ d'application, la Commission européenne a proposé, dès le début, plusieurs mesures visant à **garantir l'indépendance des Autorités nationales de la concurrence („ANC“)** en prévoyant notamment que celles-ci soient dotées de ressources suffisantes afin de pouvoir appliquer les règles du droit européen de la concurrence de manière objective et indépendante ; à assurer des outils d'investigation et de décision efficaces ; à assurer l'infliction des amendes dissuasives ; et à garantir qu'elles soient dotées d'un programme de clémence bien pensé afin de faciliter la demande de clémence dans plusieurs juridictions. Ces mesures s'inscrivent dans l'objectif plus général visant **une application effective et cohérente des articles 101 et 102** du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») dans les Etats membres.

Avant d'examiner les différentes dispositions de la Directive, reprises pour l'essentiel dans leur intégralité par le projet de loi, il convient de rappeler le contexte juridique et factuel dans lequel s'est inscrite cette Directive.

1 Projet de loi n°7479 relatif à la transposition de l'ensemble des dispositions de la Directive 2019/1 et l'adaptation de la législation actuelle en matière de concurrence en abrogeant et remplaçant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

2 Directive 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur JO L 11, 14.1.2019, p. 3-33.

3 Article premier, paragraphe 1 de la Directive 2019/01

Selon la Commission, l'adoption du règlement (CE) n°1/2003⁴ n'a pas doté les autorités nationales de la concurrence d'instruments et de moyens nécessaires afin de pouvoir appliquer de manière efficace les articles 101 et 102 TFUE.⁵ Afin de combler le vide laissé par le règlement précité, la Commission a saisi l'opportunité d'exploiter le potentiel des ANC en ce qui concerne la mise en oeuvre uniforme et efficace des règles de concurrence du droit européen. A ce titre, elle a poursuivi plusieurs objectifs que l'ALEDC a déjà mentionnés supra. En effet, selon les études et enquêtes menées par la Commission, la conclusion à tirer était que certaines ANC ne jouissaient pas de garanties suffisantes d'indépendance par rapport aux instructions qu'elles recevaient auprès d'entités publiques ou privées. De surcroît, elles souffraient d'une pénurie de ressources qui, dans certains cas, pouvaient nuire à la bonne application des règles de la concurrence.⁶

La Commission a énoncé aussi comme objectif l'uniformisation des pouvoirs d'investigation dont disposent les ANC. A ce titre, elle a remarqué que toutes les ANC ne disposaient pas de pouvoirs leur permettant de recueillir des preuves stockées sur des téléphones mobiles, des ordinateurs portables ou des tablettes.⁷

Une situation identique a été identifiée en ce qui concerne le calcul des amendes. L'uniformisation du calcul du montant des amendes a pour but d'éviter le forum shopping ainsi que le montant très variable des amendes infligées dans chaque Etat Membre. Les circonstances actuelles permettent aux entreprises de se restructurer pour amoindrir l'amende ou pour y échapper. Conjointement, la Commission a visé aussi l'inclusion des dispositions assurant une coopération étroite au sein du REC⁸ après avoir observé que, par exemple, il était impossible pour une ANC d'exécuter sa décision infligeant des amendes au-delà des frontières nationales lorsque l'entreprise en infraction n'avait aucune présence juridique sur son territoire.

Dernièrement, les divergences existantes entre les différents programmes de clémence appliqués dans les Etats membres avaient pour effet de dissuader les entreprises de fournir d'informations utiles sur les ententes auxquelles elles prenaient parti.

C'est dans ce contexte factuel et juridique que la Commission a élaboré la Directive. La Directive doit, en vertu de son article 34, être transposée dans les ordres juridiques nationaux au plus tard le 4 février décembre 2021.⁹

*

I. REMARQUES LIMINAIRES

Quant à la forme, l'ALEDC exprime son profond regret quant à l'absence d'association des praticiens du droit de la concurrence à l'élaboration du projet. A défaut de son implication en amont, l'ALEDC espère que le Législateur tiendra compte de son avis.

Ceci dit, l'ALEDC souhaite profiter de cette occasion pour réitérer son interrogation sur la question de savoir s'il n'eut pas été opportun de saisir l'occasion d'une révision de la loi afin d'y inclure les modifications nécessaires à améliorer l'efficacité du droit de la concurrence au Luxembourg. Compte tenu du fait que le délai de transposition est le 4 février 2021, il ne semble pas trop tard pour envisager certaines modifications de fond du système.

Il s'agit notamment de la mise en place d'une réglementation sur le contrôle des concentrations. De surcroît, l'ALEDC aurait apprécié de voir la transparence et concrétisation des procédures comme étant deux des pierres angulaires de cette réforme destinée à moderniser la législation actuelle en la matière.

4 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (JOCE L 1, p.1)

5 Voir à ce titre la proposition de directive <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0142&from=EN>, page 2

6 La Commission donne à titre d'exemple l'impossibilité des certaines ANC d'effectuer des inspections simultanées auprès de tous les membres d'une entente présumée permettant, dans le pire des cas, à certains d'entre eux d'échapper à la détection d'une infraction.

7 Tel est le cas de la France, où la Cour de cassation refuse de suivre la jurisprudence Goldfish (affaire T-54/14) du Tribunal de l'Union européenne.

8 Réseau européen de la concurrence

9 Article 34 de la Directive: « Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 4 février 2021. »

Bien sûr, la nouvelle base juridique sur laquelle se fonde cette réforme afin d'écartier les critiques relatives au caractère anticonstitutionnel du règlement intérieur du Conseil de la concurrence (le „Conseil“) est bienvenue. Pourtant, comme l'ALEDC va élaborer ci-dessous, cette nouvelle base juridique ne résout le problème qu'à moitié. En outre, l'octroi de plus de pouvoirs au Conseil ne semble toujours pas équilibré avec plus de garanties procédurales pour les entreprises se voyant notifier une communication des griefs ni une clarification des incohérences d'ordre procédural qui subsistent depuis la réforme de 2011. L'ALEDC se rallie à la position adoptée par la Cour Supérieure de Justice.¹⁰ De surcroît, l'ALEDC souhaite rappeler la recommandation du Conseil d'Etat en 2010, lors de l'avis sur le projet de loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, selon laquelle il fallait adopter un règlement grand-ducal prévoyant avec le maximum de précision possible les règles procédurales ainsi que les garanties mettant en oeuvre le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes. Idéalement, selon l'ALEDC, ces règles procédurales devraient être prévues par la loi.

En ce qui concerne le contrôle des concentrations, dans l'état actuel de la législation, Luxembourg demeure le seul Etat membre de l'Union européenne qui ne dispose pas d'un tel contrôle, alors que le Conseil a connu de deux affaires récentes où l'usage d'un tel pouvoir aurait constitué une solution appropriée.¹¹ Ainsi, en l'absence d'une base juridique en ce sens, le Conseil doit systématiquement recourir à un contrôle ex post en se fondant sur la jurisprudence européenne *Continental Can*¹² en appliquant les règles relatives aux abus de position dominante.¹³

L'ALEDC est d'avis que, malgré les dispositions de la directive précitée conférant aux ANC le pouvoir de prononcer des injonctions structurelles afin de faire cesser des infractions au droit de la concurrence, la dotation de l'ANC d'un tel outil demeure incohérente et dangereuse pour l'équilibre du marché luxembourgeois dans le contexte de l'absence d'un contrôle des concentrations. A ce titre, l'ALEDC rappelle que, si l'Autorité nationale de concurrence pourra prononcer de telles injonctions structurelles afin de remédier un abus de position dominante sur un marché aussi concentré que le marché luxembourgeois, encore faut-il rappeler que ce pouvoir reste soumis à une condition très stricte : en effet, il faut que l'injonction soit « *proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Lorsqu'elles ont à choisir entre deux mesures correctives d'une efficacité égale, les autorités nationales de concurrence optent pour la mesure corrective qui est la moins contraignante pour l'entreprise, conformément au principe de proportionnalité.* »¹⁴ La condition de la proportionnalité ainsi que la préférence pour les mesures correctives comportementales reflètent la position rigide de la Commission par rapport à la prononciation d'injonctions structurelles. Celles-ci « ne figurent donc pas parmi les outils référencés par la Commission pour appliquer les règles européennes de concurrence de façon efficace. Cette circonstance confirme le statut très spécifique de cet outil, qui ne peut faire que figure d'exception, pour permettre de fluidifier un marché bien circonscrit et exceptionnellement concentré. »¹⁵

En l'état actuel de la législation relative à la concurrence, l'absence d'un contrôle des concentrations permet aux entreprises se trouvant dans le contexte d'un duopole ou oligopole de fusionner afin de bénéficier des mêmes avantages dont elles auraient bénéficié si elles se livraient à des pratiques anticoncurrentielles contraires à l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ou l'article 101 TFUE sans subir les conséquences et sanctions afférentes à de tels comportements. Ainsi, deux ou plusieurs entreprises concernées pourront toujours fusionner afin de renforcer leurs positions dominantes et de fixer les prix qui leur conviennent au détriment du bien-être des consommateurs et au jeu de la concurrence.

En conclusion, l'ALEDC est d'avis qu'il n'existe aucune raison juridique ou économique qui justifierait l'absence d'un contrôle des concentrations. En effet, un contrôle des concentrations reposant sur des critères et seuils adaptés aux particularités du Luxembourg pourrait être une source de sécurité juridique pour tous les acteurs. A la lumière des arguments exposés antérieurement ainsi que du fait

10 Avis de la Cour Supérieure de Justice relatif au projet de loi portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence

11 Notamment dans les affaires 2016-FO-04-Utopia et, plus récemment, 2019-R-01 Encevo S.A.

12 Voir en ce sens point 82 de la décision 2016-FO-04—Utopia.

13 Comme le Conseil l'affirme dans sa décision 2019-R-01, au point 20.

14 Article 10 de la directive 2019/1

15 « Pourquoi l'injonction structurelle n'est pas un substitut envisageable au contrôle national des concentrations au Luxembourg », par Thomas Picot, avocat aux barreaux de Paris et de Luxembourg, article apparu dans les Collégiales du droit sous la coordination de Maître Gabriel BLESER, avocat à la Cour.

que le Conseil demande aussi la mise en place d'un tel régime, suite aux résultats d'un groupe de travail institué par le Conseil en 2016¹⁶ l'ALED C est d'avis que la mise en place d'un régime de contrôle des concentrations est devenue impérative et urgente.

Enfin, l'ALED C tient à soulever que le législateur belge a récemment introduit dans la législation belge relative à la concurrence une nouvelle infraction, à savoir l'abus de dépendance économique, qui permet de sanctionner certains comportements unilatéraux en-dessous du seuil de l'abus de position dominante si certaines conditions sont remplies¹⁷. Il s'agit d'une possibilité offerte par l'article 3, paragraphe 2 du règlement n° 1/2003. L'introduction d'un tel régime au Luxembourg pourrait offrir une protection supplémentaire aux entreprises luxembourgeoises à qui le cadre législatif n'offre que peu de moyens d'action en matière de pratiques commerciales déloyales.

*

II. COMMENTAIRES DE CERTAINS ARTICLES DU PROJET DE LOI

Ad article 6 : relatif au statut de l'Autorité nationale de concurrence (l'„Autorité“)

L'article 6 dispose dans son paragraphe (4) comme suit : « l'Autorité établit son règlement intérieur qui comprend ses procédures et méthodes de travail. »

Avant de procéder à une critique dudit paragraphe, l'ALED C souhaite rappeler la critique émise par le Conseil d'Etat relative au paragraphe 3 de l'article 7 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence¹⁸ lors de l'adoption de cette dernière : « *Le Conseil d'Etat ne peut pas se déclarer d'accord avec un tel règlement intérieur susceptible de toucher la procédure devant le Conseil, l'enquête et les droits de la défense [...] un tel règlement devra trouver la base dans la loi et devra être sanctionné par un règlement grand-ducal dans les formes prévues par la Constitution.* »¹⁹

De plus, dans son avis rendu en 2011, le Conseil d'Etat a réitéré sa position : « *Le Conseil d'Etat lit avec ahurissement le motif du reflet de sa proposition d'adopter le règlement intérieur par règlement grand-ducal. L'article 108bis de la Constitution dispose que pour les établissements publics la loi peut soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle. Comment alors une administration sans personnalité juridique pourrait-elle être dispensée de la sanction de son règlement interne par règlement grand-ducal et cela notamment si ce règlement est appelé à être rendu opposable aux tiers ?*

*Un règlement « interne » qui va au-delà des questions d'organisation purement internes à la structure juridique pour laquelle il a été conçu doit nécessairement adopter la forme d'un règlement grand-ducal. A défaut de se situer dans le cadre des articles 11, paragraphe 6, alinéas 2 et 3 et 108bis de la Constitution, permettant au législateur de conférer le pouvoir réglementaire aux organes professionnels et aux établissements publics, le pouvoir réglementaire ne pourra ici qu'appartenir au Grand-Duc et cela peu importe le caractère favorable ou défavorable du règlement interne pour le justiciable. Le Conseil d'Etat doit en conséquence réitérer l'opposition formelle qu'il avait émise dans son avis du 16 juillet 2010 (doc. parl. n° 58166) ».*²⁰

Pourtant, le problème ne semble qu'à moitié résolu. En effet, cette fois-ci le législateur a choisi de se fonder sur l'article 108b de la Constitution qui lui permet, entre autres, de conférer le pouvoir de prendre des règlements aux établissements publics sans nécessairement soumettre l'adoption de tels règlements par ledit établissement à une approbation de l'autorité de tutelle.²¹ Il ne faut toutefois pas oublier la condition posée au même article qui exige qu'un tel pouvoir soit conféré « dans la limite de leur spécialité ». A la lumière des objectifs poursuivis par le projet de loi ainsi que des compétences conférées à l'Autorité, l'ALED C s'interroge sur la question de savoir si l'adoption d'un règlement portant sur les règles procédurales relève nécessairement de sa spécialité.

¹⁶ Contrôle des concentrations : rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la Concurrence, le 31 octobre 2016

¹⁷ Voir <https://www.abc-bma.be/fr/propos-de-nous/publications/loi-du-4-avril-2019>.

¹⁸ Qui dispose en ce sens que : « Le Conseil organise ses travaux et établit son règlement intérieur. »

¹⁹ Avis 47.858 du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010 sur le projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

²⁰ Avis complémentaire 47.858 du 7 juin 2011.

²¹ Article 108bis de la Constitution.

De surcroît, dans sa jurisprudence, le Tribunal administratif a estimé que : « Sil est vrai que la possibilité a été prévue par l'article 108bis d'accorder un certain pouvoir réglementaire à des établissements publics, sur base de dispositions législatives afférentes, il ne ressort de manière expresse ni desdits avis essentiellement du Conseil d'Etat et de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle ni du texte même dudit article 108bis ou d'une autre disposition de droit constitutionnel que le constituant a prévu ou entendu prévoir la possibilité d'accorder aux établissements publics la possibilité de prendre des règlements d'application générale en matière d'exécution des lois. Il ressort au contraire tant de la position du Conseil d'Etat que du rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle que l'exercice du pouvoir réglementaire devait être strictement réglementé et qu'il ne pourra être exercé que par le Grand-Duc ou par des membres de son gouvernement dans des cas que le Grand-Duc a déterminé, cette disposition de droit constitutionnel figurant actuellement à l'article 76, alinéa 2 de la Constitution. *L'intention du constituant n'était partant pas de conférer un quelconque pouvoir réglementaire à des établissements publics désignés par la loi pour prendre des mesures générales d'application des lois.* »²²

L'ALEDC est d'avis qu'en l'espèce, le pouvoir d'établir des règles procédurales qui s'étendent au-delà du fonctionnement interne de l'Autorité et qui auront vocation à régir le comportement des tiers et d'impacter leurs garanties procédurales ne peut pas être conforme aux intentions du législateur lors de la rédaction de l'article. Le pouvoir prévu à cet article doit être strictement encadré et serait valable s'il se limitait au fonctionnement interne de l'Autorité.

Pourtant, l'ALEDC ne manquera pas d'observer une pratique de plus en plus systémique et habituelle de la part du législateur. Une situation identique se présente en ce qui concerne le règlement relatif à la procédure d'enquête et de sanctions de la Commission nationale de la protection des données (CNPD). Comme soulignent certains auteurs, la loi du 1^{er} août 2018 qui est venue accompagner le RGPD est tout aussi silencieuse sur le plan procédural que la loi du 23 octobre 2011 ou bien le projet de loi faisant l'objet du présent avis.²³ Ainsi, le législateur « a laissé à la CNPD l'initiative de la mise en place d'une telle procédure. Cette délégation soulève néanmoins des questions quant à sa conformité à la constitution. Il est somme toute dommage de constater qu'en ne légiférant pas sur ces questions de procédure d'enquête et de sanction (les rumeurs disent par manque de temps !), le législateur n'a en réalité probablement pas donné à la CNPD les moyens d'exercer efficacement sa mission d'autorité sanctionnatrice. »²⁴

Par conséquent, l'ALEDC incite fortement le législateur d'aller plus loin dans sa démarche et d'adopter un règlement grand-ducal établissant les règles et les garanties procédurales devant l'Autorité vu notamment les enjeux et les droits procéduraux des justiciables qui doivent être sauvegardés et garantis.

Ad article 14

L'article 14 dispose que « le président désigne parmi les agents de l'Autorité un chef du service juridique, dont les missions sont définies dans le règlement intérieur de l'Autorité ». Le commentaire accompagnant le projet de loi indique plusieurs missions principales qui seront néanmoins détaillées dans le règlement intérieur de l'Autorité. Parmi celles-ci figure l'assurance de la cohérence des décisions des formations collégiales ainsi que des avis de l'Autorité avec la pratique décisionnelle et avec la jurisprudence ; la préparation des projets de textes législatifs ou réglementaires ; la réalisations des études juridiques ou la contribution à d'autres activités comportant des aspects juridiques et assurer un rôle de veille et de conseil juridique pour le collège. Le commentaire précise enfin que « en raison de ses missions particulières et de son niveau de responsabilité au sein de l'Autorité, il est prévu que le poste du chef du service juridique sera un poste à responsabilité particulières ».

L'ALEDC accueille positivement l'harmonisation de la composition de la nouvelle Autorité en suivant les modèles existants au sein des autorités de concurrence voisines. Pourtant, en l'état actuel de la rédaction de l'article 14, l'ALEDC émet néanmoins deux critiques.

Tout d'abord, il ressort de la rédaction du commentaire accompagnant le projet de loi que le chef du service juridique doit être, par principe, un observateur impartial au sein de l'Autorité. Ainsi, étant

²² Voir en ce sens : TA 16-05-2012 (28200)

²³ Notamment Me Elisabeth Guissart et Me Raymond Faber, 2020, année des premières sanctions RGPD!/?“, article publié dans Paperjam, 11.02.2020.

²⁴ Idem.

donné « ses missions particulières ». **L’ALEDC est d’avis que, pour des raisons de transparence et d’impartialité, le chef du service juridique ne doit pas être nommé par le Président de l’Autorité mais par le Grand-Duc.**

Deuxièmement, à part l’institution de cette nouvelle fonction par l’article 14, le projet de loi ne précise guère quels sont les pouvoirs et missions du chef du service juridique. Le commentaire de l’article 14 énonce quatre missions et précise que celles-ci seront détaillées dans le règlement intérieur de l’Autorité. L’ALEDC ne peut qu’exprimer une grande réserve. Selon le libellé du commentaire même, le poste du chef du service juridique « sera un poste à responsabilité particulière ». **Ceci exige, selon l’ALEDC, l’attribution des pouvoirs et des missions clairement définies par la loi et non pas par le règlement intérieur de l’Autorité.**

Ad article 15

L’article 15 n’appelle pas de commentaires. Pourtant, dans un souci de faciliter la lecture par le justiciable et d’assurer la clarté de la disposition, l’ALEDC recommande que les mots « du président de l’Autorité » après « par ordonnance » soient insérés.

Ad article 21

Le seul commentaire à apporter tient à souligner l’inutilité du premier paragraphe de l’article. En vertu du principe de primauté du droit de l’Union, de la hiérarchie des normes de l’ordre juridique européen ainsi que de l’article 6 paragraphe 1 du Traité sur l’Union européenne, toutes les dispositions nationales sont impérativement conformes aux normes mentionnées d-dessus.

Ad article 23

Article 23 du projet dispose, dans son paragraphe 5, que « *Cette formation de l’Autorité peut également rejeter une plainte au motif qu’elle ne la considère pas comme une priorité pour l’Autorité.* »

Dans un premier temps, rien dans la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ni dans le règlement intérieur du Conseil n’indique une obligation procéder à une analyse, qu’elle soit approfondie ou non, lorsqu’il reçoit une plainte. Ainsi, l’ALEDC s’interroge sur l’obligation de transposer la disposition prévue à l’article 4 §5 de la Directive dans la mesure où celle-ci dispose que « *Dans la mesure où les autorités nationales de concurrence administratives sont tenues d’examiner les plaintes formelles, ces autorités ont le pouvoir de rejeter de telles plaintes* ». ²⁵ C’est en lisant les objectifs de la proposition de directive ainsi que la recommandation ENC²⁶ sur le pouvoir d’établir les priorités qu’il peut être observé d’emblée le fait que cette disposition vise les ANC qui ne disposent pas du pouvoir de rejeter une plainte sans procéder à une investigation approfondie préalable ou bien celles qui ne peuvent pas rejeter une plainte même si elles ne la considèrent pas comme étant prioritaire.

De surcroît, l’ALEDC observe que le Conseil dispose déjà de la faculté de rejeter une plainte au motif d’absence d’intérêt à agir en vertu de l’article 10 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. L’ALEDC peut s’interroger sur la pertinence de ce critère à la lumière du projet de loi, vu qu’il y a du moins un chevauchement si ce n’est même un remplacement dudit fondement par celui de l’opportunité des poursuites. La directive précise à ce titre « *sans préjudice du pouvoir des autorités nationales de concurrence administratives de rejeter des plaintes pour d’autres motifs définis par le droit national* ». L’ALEDC est d’avis que l’adoption d’un tel nouveau fondement pour le rejet des plaintes est susceptible d’une part de baisser le nombre d’affaires qui seraient intéressantes à poursuivre et, deuxièmement, rendrait l’actuel fondement de l’absence d’intérêt à agir superfétatoire. Cela aboutira à remplacer un fondement imprécis laissant au Conseil une marge d’appréciation proche de l’arbitraire avec un autre, beaucoup plus abstrait et opaque.

Dans l’hypothèse où l’article 23 (5) serait retenu par le législateur, l’ALEDC recommande fortement que le pouvoir de rejeter les plaintes sur le fondement du paragraphe 5 soit doublement encadré : ex ante, avant l’adoption de toute décision de rejet de la plainte en question ainsi que ex post, par une obligation de transmettre les éléments factuels et juridiques ayant servis de fondement pour la décision prise par l’Autorité à la partie plaignante en vue de procéder à un éventuel recours devant le Tribunal administratif. L’ALEDC rappelle d’emblée qu’au niveau européen, avant de rejeter une plainte sur le

²⁵ Article 4 §5 de la Directive.

²⁶ https://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_priority_09122013_en.pdf

fondement similaire à celui en question, la Commission doit procéder à un contrôle de proportionnalité des intérêts, entre, notamment,

- 1) la probabilité du succès des poursuites que la plainte entraînerait
- 2) les ressources qui a priori devraient être allouées et
- 3) l'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur et/ou la possibilité pour le plaignant de recourir à d'autres moyens.²⁷

Ainsi, l'ALEDC est d'avis que, de manière similaire, ex ante, l'Autorité devrait être contrainte de motiver son raisonnement par la mise en balance des intérêts avant de rejeter une plainte sur le fondement qu'elle n'est pas prioritaire.

De surcroît, l'ALEDC rappelle qu'au niveau européen, bien que la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refus similaire à celui en l'espèce, ce pouvoir discrétionnaire n'est cependant pas sans limites. D'une part, la Commission est astreinte à une obligation de motivation lorsqu'elle refuse de poursuivre l'examen d'une plainte et, d'autre part, la motivation factuelle et juridique doivent être suffisamment précises et détaillées pour mettre le Tribunal de l'Union européenne en mesure d'exercer un contrôle effectif sur l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire de définir ses priorités. A ce titre, l'ALEDC recommande qu'en cas de rejet, les plaignants soient informés en temps utile et de manière suffisamment précise et détaillée de cette décision ainsi que de ses motifs factuels et juridiques. Une telle approche serait conforme à la jurisprudence européenne et les conclusions du rapport économique et monétaire préalable à la première lecture du Parlement européen.²⁸

Comme mentionné supra, il devrait exister, ex post, une voie efficace de recours contre une décision de rejet d'une plainte formelle. A cet égard, l'ALEDC rappellera que le considérant 23 de la Directive dispose que : « *Dans les cas de plaintes déposées de façon officielle, ces rejets devraient être subordonnés à l'existence de voies de recours efficaces, dans le droit national.* » Pourtant, cette voie de recours n'est guère mentionnée par le projet de loi. Dans ce cas, l'ALEDC ne peut que supputer le fait qu'un tel recours devra être fait devant le Tribunal administratif. Pourtant, un tel recours aura un objet particulier, car celui-ci portera sur l'analyse des priorités retenues par l'Autorité, d'autant plus qu'à la lumière des dispositions de la Directive ces priorités peuvent être influencées par le gouvernement.

Ainsi, l'ALEDC incite le législateur à reprendre la Directive à la lettre et prévoir en ce sens que dans le cas des plaintes officiellement déposées, le rejet devrait être subordonné à une voie de recours distincte, efficace et accélérée vu la possibilité du Tribunal d'annuler la décision de l'Autorité et la possibilité que la situation évolue de manière négative entre temps pour la partie plaignante.

Ad articles 25 et 26

L'ALEDC partage la position adoptée par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.²⁹ En effet, il faut que la motivation accompagnant la requête soit précise et claire.

Cela revient à permettre au juge d'instruction de disposer d'autant d'information que possible afin de prendre une décision surtout en connaissance de cause et équilibrée.

Ad article 28

L'article 28 transpose l'article 8 de la Directive relatif aux demandes de renseignements par l'Autorité. L'ALEDC estime que la rédaction de la disposition prévue dans le projet de loi n'est pas complètement fidèle à celle de la Directive ni aux objectifs poursuivis par celle-ci.

En effet, force est de constater que le Conseil est déjà habilité par un tel pouvoir de recueillir des renseignements sous l'empire de la loi en vigueur.³⁰ Pourtant, ce pouvoir n'est pas sans limites et la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence a abouti un équilibre entre les droits des justiciables et les pouvoirs du Conseil dans l'exercice de ses compétences. L'ALEDC constate d'emblée que, d'une part, le délai minimal d'un mois accordé aux entreprises pour fournir les renseignements demandés par le Conseil a été retiré et, d'autre part, la condition prévue par la Directive « dans un délai déterminé

²⁷ Projet de Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE.

²⁸ Rapport de la Commission économique et monétaire et de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen.

²⁹ Avis du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, le 14 janvier 2020.

³⁰ Article 14 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

et raisonnable » n'a pas été incluse dans le projet de loi. De surcroît, le deuxième paragraphe, qui habilite les agents « dans les conditions du paragraphe précédent »³¹ à demander à toute autre personne physique ou morale de fournir des renseignements, n'est pas non plus compatible dans son état actuel avec la rédaction de l'article 8 de la Directive. En effet, la Directive exige un « délai déterminé et raisonnable » aussi bien dans le premier paragraphe de l'article 28 que dans le deuxième. Or, en s'abstenant d'induire cette condition dans le premier paragraphe et en prévoyant que le pouvoir prévu au deuxième paragraphe du même article soit exercé « dans les mêmes conditions du paragraphe précédent », ces deux paragraphes sont incompatibles avec la Directive.

En outre, il aurait été préférable que le législateur soit allé plus loin afin d'éviter tout arbitraire de l'Autorité. En effet, sur ce point, la Directive laisse beaucoup de marge de manoeuvre au législateur. L'ALED C rappellera qu'aucune des réformes de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence n'a octroyé la faculté aux entreprises ciblées par le Conseil de demander une prolongation du délai endéans lequel les renseignements soient fournis. La pratique montre qu'un tel délai est plus que nécessaire, puisqu'en l'état actuel du projet de loi, cette faculté représenterait la seule possibilité pour l'entreprise de se procurer davantage de temps si elle rencontre des difficultés à fournir les informations exigées, ce qui peut toujours arriver. Il faut observer que les enjeux, à ce titre, sont considérables étant donné que, si les entreprises fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou bien ne le fournissent pas dans le délai prescrit, le Conseil peut, sur la base de l'article 20 de la loi concurrence infliger aux parties ciblées des amendes allant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent, par jour de retard à partir de la date qu'il fixe.

Par conséquent, l'ALED C ne peut que déplorer la rédaction actuelle dudit article puisque, dans un premier temps, il enlève les garanties procédurales existantes et représente un pas en arrière dans ce sens par rapport à la loi en vigueur et, dans un deuxième temps, ne respecte pas les exigences prévues par la Directive à ce sujet. De surcroît, le commentaire accompagnant le projet de loi ne justifie guère ce changement profond qui sera opéré en défaveur des justiciables. Le législateur devrait profiter pleinement de cette opportunité de renforcer les droits des entreprises à l'égard des pouvoirs de l'Autorité, dès lors que le but de la Directive est, comme mentionné supra, de conférer de nouveaux pouvoirs dans un premier temps mais aussi de les équilibrer avec les droits et intérêts des justiciables se trouvant ciblés par les ANC. A ce titre, l'ALED C recommande que le législateur prévoie un délai minimal d'un mois, pour que les entreprises aient le temps de préparer un ensemble de renseignements complet et précis. De plus, le fait que le délai soit prolongeable devrait être expressément prévu, pour deux raisons principales : d'abord, vu les enjeux importants, cela assurerait une protection procédurale adéquate et, deuxièmement, la pratique révèle que les entreprises peuvent en avoir besoin afin de surpasser tous les obstacles de nature interne ou externe qui pourraient advenir, notamment face à des demandes de renseignements plus volumineuses.

Ad article 31

L'article 31 transpose l'article 9 de la Directive. L'article 9 impose aux Etats membres de munir l'Autorité nationale de concurrence d'un pouvoir de convocation à un entretien toute personne physique ou morale susceptible de posséder des informations pertinentes en vue de l'application du droit de la concurrence. Le même article doit être lu conjointement avec le considérant 36 de la Directive qui énonce que « *Les États membres devraient avoir la liberté de prévoir des règles régissant le déroulement de ces entretiens, pour autant que ces règles permettent l'utilisation effective de cet outil.* »

Bien qu'il s'agisse d'une obligation de transposition par le législateur luxembourgeois, l'ALED C aurait quelques recommandations à avancer afin de mieux assurer le respect des garanties procédurales des parties. Ceci est d'autant plus important puisque les entreprises risquent d'être lourdement sanctionnées, le cas échéant, par l'Autorité.

Dans un premier temps, l'ALED C est d'avis que le pouvoir de l'Autorité doit être encadré selon le modèle européen. Ainsi, il est fortement recommandable que le conseiller instructeur ou les enquêteurs indiquent la base légale et l'objectif de l'entretien dès la convocation des parties et non pas pendant l'entretien.

En ce qui concerne l'enregistrement des déclarations, il est fortement souhaitable que le législateur luxembourgeois reprenne les recommandations du médiateur européen, qui avait recommandé, dans le

³¹ Article 28.(2) du projet de loi.

cadre d'une procédure concernant la société Intel, que toute entrevue durant une enquête, pour lui attribuer une valeur probante, soit enregistrée. Cette position a été reprise par la DUE qui, dans un arrêt du 6 septembre 2017, a jugé que, lorsque la Commission procédait à un entretien sur le fondement de l'article 19, § 1, du règlement no 1/2003, elle devait obligatoirement procéder à son enregistrement dans son intégralité, sur le support de son choix. **Par conséquent, afin que le présent article puisse se calquer sur le modèle de l'article 19 précité, l'ALEDC est d'avis que le législateur doit remplacer « peuvent » par « doivent » dans le troisième alinéa. De surcroît, une dérogation à cette obligation devrait être prévue au même article afin d'assurer un cadre aux déclarations anonymes car, dans certains cas, les personnes auditionnées peuvent avoir des motifs légitimes à craindre des représailles au moment de la phase d'accès au dossier, c'est-à-dire lorsque leur identité sera dévoilée.**

Etant donné l'absence d'un « Hearing officer », l'ALEDC incite fortement le législateur à prévoir l'obligation pour les enquêteurs ou le conseiller instructeur de mentionner dans la convocation la recommandation pour la partie de participer à l'entretien accompagnée par son avocat afin de garantir la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer.

Dernièrement, l'ALEDC incite le législateur de prévoir un nouvel alinéa permettant aux déclarants la possibilité de corriger leurs déclarations dans un délai fixé par l'Autorité, en reprenant ainsi le modèle de l'article 3 paragraphe 3 du. Règl. (CE) no 773/2004.

Ad articles 35 et 36

La confidentialité des informations, documents ou parties des documents communiqués par les entreprises à l'Autorité représentent un des éléments les plus sensibles de la procédure. En effet, les enjeux économiques et réputationnels étant importants pour les entreprises concernées, il est nécessaire d'assurer la cohérence, la prévisibilité et la transparence de la procédure afin de garantir la meilleure coopération possible entre les entreprises et l'Autorité.

Pourtant, cela ne peut pas être assuré si les modalités de la demande de confidentialité ainsi que les modalités d'octroi sont laissées à la discrétion de l'Autorité. L'ALEDC ne peut qu'exprimer son désaccord par rapport à la situation actuelle qui permet au Conseil d'octroyer la confidentialité au cas par cas selon une procédure peu transparente. **Afin de remédier la situation et d'assurer la clarté et la transparence de la procédure, il est impératif que ce soit la loi et non pas le règlement intérieur de l'Autorité qui régit les conditions de forme et de fond dans lesquelles s'exercent, d'une part, le droit des entreprises de formuler une demande de confidentialité et, d'autre part, l'exercice du pouvoir d'octroi par l'Autorité.**

Ad article 37

Comme le mentionne le commentaire accompagnant cet article, le nouvel article 37 a pour objectif de combler une lacune de la loi du 23 octobre 2011. Alors qu'aucune critique ne saurait être avancée dans l'hypothèse d'une saisine d'office de l'Autorité, il en va autrement lorsque l'affaire est issue d'une plainte. En effet, l'article permet au plaignant de consulter le dossier de procédure et d'intenter un recours contre la décision de classement. Force est de constater que, dans un premier temps, le recours est intenté devant le président et, dans un deuxième temps, c'est toujours le président qui fixe les délais dans lesquels le plaignant ou les entreprises concernées peuvent faire valoir leurs observations.

L'ALEDC soutient que la rédaction actuelle de l'article 37 présente plusieurs problèmes. Tout d'abord, par souci d'impartialité, en aucun cas le président ne doit pouvoir constituer la formation collégiale réunie à trois et fixer les délais. **L'ALEDC lance un appel au législateur de prévoir la possibilité d'un recours devant le Tribunal administratif et, à ce titre, de considérer la décision prise en vertu de l'article 37 paragraphe 3 comme étant « finale » au sens de l'article 65 du projet de loi. Tout au moins, le président ne devrait pas être en mesure de constituer la formation collégiale réunie à trois qui connaîtra du recours.**

De surcroît, toujours dans l'optique de respecter les garanties procédurales ainsi que d'éliminer la possibilité de l'arbitraire, la fixation du délai ne doit, en aucun cas, laisser à la discrétion du président. Le législateur devrait ajouter un nouvel article prévoyant, du moins, un délai minimum pour que le plaignant et/ou les parties intéressées puissent exercer leurs droits de manière efficace.

Dernièrement, dans l'hypothèse dans laquelle le législateur ne retient pas la solution proposée relative au recours devant le Tribunal administratif, il convient de constater que le paragraphe 3 de l'article 37

dispose que « Le recours est intenté, à peine d'irrecevabilité, par requête motivée et signée, déposée au secrétariat ». **Pourtant, aucun délai n'est mentionné. Dans ce sens, afin de combler cette lacune et afin d'éviter tout arbitraire, l'ALEDC propose un délai de 3 mois, identique à celui qui aurait été à la disposition des parties si elles avaient le droit d'un recours devant les juridictions administratives.**

Ad article 40

Il convient d'observer que la Directive ne comporte pas de dispositions sur l'accès au dossier des parties. Selon le commentaire accompagnant le projet de loi, un tout nouvel article vient d'être consacré à l'accès au dossier, notamment pour souligner l'importance de la cohérence et clarté de la nouvelle loi.

Comme l'ALEDC l'a relevé lors du dernier avis relatif au projet de loi transposant la Directive 2014/104 (dorénavant « Directive dommages »), les dispositions laissent beaucoup d'incertitude quant aux personnes pouvant avoir accès au dossier. De plus, le règlement intérieur du Conseil, qui aurait pu saisir l'occasion d'élaborer cette disposition trop courte de l'actuelle loi en vigueur³² n'apporte en réalité que peu de précisions à celle-ci, si bien que les questions posées à l'égard de cette procédure dans le commentaire des articles de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence restent sans réponses.

L'ALEDC souhaiterait une clarification législative, bien nécessaire à ce stade, en raison du fait que ni le règlement intérieur du Conseil ni les décisions prises par celui-ci depuis 2011³³, ni la jurisprudence administrative peu riche à ce sujet n'ont éclairé les points d'interrogation laissés par les réformes successives. Ceci est vrai malgré le fait qu'il s'agit peut-être d'un des aspects les plus importants de la procédure en droit de la concurrence, car le risque est significatif et double : d'une part, éviter à tout prix que le principe fondamental des droits de la défense soit nié, en prévoyant des conditions d'accès au dossier trop restrictives ou en laissant une marge d'appréciation trop large au Conseil. D'autre part, il ne faut pas laisser les concurrents des entreprises faisant l'objet d'une communication des griefs accéder à des informations sensibles, confidentielles et nier le principe du secret des affaires. L'accès au dossier vise à garantir aussi l'égalité des armes de défense, entre la partie accusatrice et l'entreprise destinataire d'une communication des griefs.³⁴ Depuis, selon une jurisprudence constante, ce principe constitue une composante indispensable du droit au procès équitable de l'article 6 §1 de la CEDH.³⁵ Il convient de rappeler que le principe d'égalité des armes n'est formellement consacré ni dans la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ni dans le nouveau projet de loi, alors que celui du principe du contradictoire l'est³⁶ et le sera.³⁷

Tout d'abord, en ce qui concerne les « parties visées », les mêmes points d'interrogations subsistent. Doit-on entendre par « parties visées » les deux autres catégories des parties qui pourraient se joindre à l'affaire, à savoir les plaignants et les tiers intéressés ? Deux lectures semblent se dégager : soit on s'attache aux mots « visées par la communication des griefs » et par conséquent la conclusion à tirer doit être le fait que la disposition en cause traite des défendeurs à la procédure tout en admettant qu'il n'y a pas de disposition régissant les droits des plaignants et des tiers intéressés (et laissant ainsi cette question à la discrétion du Conseil, ce qui, selon nous, établirait une fois de plus des règles procédurales qui dépassent le cadre d'un règlement intérieur devant se borner au fonctionnement interne de l'institution)³⁸ ; soit on ne s'attache pas à ces mots-là mais alors la disposition est dépourvue de sens. En outre, le projet de loi ne prévoit toujours rien en ce qui concerne les pièces auxquelles peuvent accéder les personnes auxquelles le droit d'accès au dossier est accordé. L'ALEDC aurait préféré une liste claire et précise des parties qui peuvent demander l'accès au document ainsi qu'une liste corollaire exposant les pièces du dossier auxquelles les parties peuvent, le cas échéant, avoir accès. En outre, la pratique démontre que les entreprises confrontées au Conseil éprouvent des difficultés en ce qui

32 Article 23 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

33 En effet, la pratique décisionnelle du Conseil peut donner l'impression au justiciable que le droit d'accès au dossier varie en fonction du statut du plaignant et surtout en fonction du dossier de sorte qu'on constate un manque de sécurité juridique sur ce point.

34 Voir à ce titre l'insertion du principe par la CEDH en 1959, affaire *Szwabowicz c. Suède*, 30 juin 1959

35 Voir en ce sens *Georgiadis c/ Grece*, 29 mai 1997, *Boulois c Luxembourg*, 3 avril 2012, *Bellet c France* 4 décembre 1995.

36 Articles 25 et 26 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

37 Notamment à la lumière de la rédaction du nouvel article qui reprend pour une bonne partie les dispositions énoncées aux articles 25 et 26 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

38 L'ALEDC rappelle ainsi que le Conseil d'Etat s'était formellement opposé à ce qu'un règlement interne du Conseil règle les questions procédurales d'accès au dossier.

concerne l'obtention des certaines pièces du dossier dès lors que la pratique consacrée par celui-ci est de trancher au cas par cas sans qu'il soit possible de toujours comprendre les motifs sous-jacents à un éventuel refus d'accès à une pièce du dossier.

Le droit d'accès au dossier dans les procédures devant la Commission est bien encadré, notamment par une communication spécifique concernant l'accès au dossier.³⁹ Dans un premier temps, le législateur pourrait adopter la hiérarchie claire et précise prévue à l'article 27 du règlement n° 1/2003 et suivre la jurisprudence de la CJUE afin de reprendre le paradigme européen en la matière, synthétisé par le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt *Matra-Hachette*^{40, 41}. Nous incitons le législateur à retenir comme clef de voûte le principe de l'égalité des armes et le principe de contradictoire s'agissant uniquement de la relation entre le Conseil et les entreprises auxquelles la communication des griefs a été notifiée. S'agissant des parties plaignantes ainsi que des parties tierces à la procédure (victimes ou autre personnes), l'ALEDC recommande que le modèle européen soit suivi et que, par conséquent, les parties susmentionnées ne devraient pas bénéficier de droits équivalents à ceux dont jouissent les défenderesses à la procédure.

Notons également que devant la Commission, ainsi que devant le Conseil de la concurrence française, un « Hearing officer » intervient dans toutes procédures afin de veiller à ce que les droits de la défense des entreprises soient respectés tout au long de la procédure. L'ALEDC réitère ainsi sa recommandation émise lors du projet de loi transposant la Directive dommages et rappelle que l'introduction d'un « Hearing officer » serait hautement recommandable afin de faire respecter les droits de la défense des entreprises et le principe de l'égalité des armes. Ainsi, un véritable échange contradictoire d'arguments peut être engagé avec le Conseil.

Ad article 42

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le conseiller désigné, les parties plaignantes, le ministre ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies. En pratique, l'ALEDC constate que les auditions donnent plutôt l'impression de constituer une étape procédurale nécessaire sans que les entreprises en cause n'aient véritablement la possibilité d'entamer un échange contradictoire, effectif et utile, avec le Conseil et surtout avec le conseiller désigné. En pratique, comme le conseiller désigné ne répond pas aux réponses des entreprises envoyées suite à l'envoi de la communication des griefs, les entreprises en cause ne connaissent pas la position définitive du conseiller désigné avant la tenue de l'audience et ne découvrent sa position que lors de l'audition.

L'ALEDC recommande, à ce titre, que la loi prévoie l'obligation pour le conseiller désigné de répondre aux observations des entreprises en ce qui concerne la communication des griefs. Ainsi, les entreprises porteraient un dialogue constant et ouvert avec le conseiller désigné et pourront connaître la position de celui-ci avant l'audition. Cela permettra un réel échange contradictoire pendant l'audition et garantirait que le principe d'égalité des armes soit pleinement respecté.

De plus, selon l'ALEDC, la loi devrait prévoir l'enregistrement et la transcription des auditions dans un procès-verbal qui sera envoyé ultérieurement aux entreprises faisant l'objet de la communication des griefs afin que celles-ci puissent vérifier les transcriptions et, le cas échéant, faire part de leurs commentaires avant l'adoption d'une décision finale.

Dernièrement, le Conseil devrait codifier toutes ses pratiques administratives dans son règlement intérieur. Parmi celles-ci, on peut citer son pouvoir d'entendre lors d'une audition d'autres personnes physiques ou morales si celles-ci ont fait une telle demande et justifient d'un intérêt suffisant ainsi que sa pratique d'envoyer un résumé de la communication des griefs à des tierces personnes dans certains cas.

39 Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil

40 Arrêt du 15 juillet 1994, *Matra-Hachette SA/Commission* (T-17/93) où le Tribunal de l'Union européenne a estimé qu'il résultait d'une jurisprudence constante « que le principe du caractère pleinement contradictoire de la procédure administrative devant la Commission dans le domaine des règles de concurrence applicables aux entreprises ne s'impose qu'à l'égard des seules entreprises susceptibles d'être sanctionnées par une décision de la Commission constatant une infraction aux articles 85 ou 86 du traité »

41 Ainsi, selon l'arrêt *BAT et Reynolds/Commission*, 142/84 et 156/84 du 17 novembre 1987, les droits des tiers, tels que consacrés par l'article 10 du règlement n°17 sont limités au droit d'être associés à la procédure administrative. Ainsi, les tiers ne sauraient prétendre disposer d'un droit d'accès au dossier détenu par la Commission, dans des conditions identiques à celles auxquelles peuvent prétendre les entreprises poursuivies. (Arrêt *AKZO/Commission*, 24 juin 1986, 53/85).

Ad article 43

La critique de l'ALEDC par rapport à cet article qui reprend mot par mot le contenu de l'article 22 du règlement intérieur du Conseil se concentrera sur l'impossibilité de contester la décision de renvoyer le dossier au conseiller instructeur pour un complément d'instruction parce qu'elle relève de l'ordre interne.

Force est de constater qu'une telle décision est prise après l'envoi de la communication des griefs. Pour rappel, la communication des griefs marque le début de la phase contradictoire. En vertu de l'article 39 du projet de loi, la communication des griefs précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure. Le premier paragraphe de l'article 39 dispose aussi que : « Toutefois, la formation collégiale n'est pas liée par la qualification proposée dans la communication des griefs et peut se prononcer dans sa décision finale sur tous les comportements qui s'attachent par leur objet ou leurs effets aux faits dénoncés dans la communication des griefs. » Ainsi, l'ALEDC est d'avis que l'article 39, qui permet à la formation collégiale de ne pas être liée par la qualification juridique des faits retenus par le conseiller-désigné, lu en conjonction avec l'article 43 qui permet à la même formation collégiale de renvoyer l'affaire au conseiller pour un complément d'instruction provoque un déséquilibre en défaveur des parties défenderesses, qui, non seulement n'ont aucune prévisibilité de la qualification juridique qui sera retenue à leur encontre, mais, de surcroît, peuvent toujours être confrontées à des compléments d'instruction avec des effets potentiellement désastreux. Cela se traduit nécessairement par des coûts et délais importants qui pourraient avoir un impact significatif sur leurs intérêts économiques.

En outre, comme mentionné antérieurement, il n'y a pas de dispositions dans la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ni dans le projet de loi qui expliqueraient l'articulation entre le renvoi du dossier au conseiller-désigné pour un complément d'instruction et les procédures d'engagements et de transaction. L'ALEDC ne peut que supputer que ces détails seront couverts par le règlement intérieur de l'Autorité. Dans cette hypothèse, l'ALEDC ne peut que réitérer ses inquiétudes exprimées supra quant à cette nouvelle tendance législative et le caractère potentiellement anticonstitutionnel.

L'ALEDC soutient que, dès lors que toutes les décisions prises par la formation collégiale, à cette étape de la procédure, peuvent être assimilées à un pré-jugement de la réalité des manquements à examiner et trouveront désormais leurs fondements dans une loi, il est fortement recommandable que leurs résultats soient soumis à un débat contradictoire. Dans ce sens, le législateur peut se calquer sur le modèle européen. Au niveau européen, si, après l'envoi de la communication des griefs la Commission recueille d'autres éléments de preuve sur lesquels elle a l'intention de s'appuyer, ou si elle a l'intention de modifier son appréciation juridique au détriment des entreprises concernées, ces dernières ont la possibilité de présenter leurs observations sur ces nouveaux éléments.⁴²

Ad article 44

Par rapport à cet article, la critique de l'ALEDC vise uniquement l'ajout fondé sur la disposition de l'article L. 464-1 du Code de commerce français qui aboutit à élargir les conditions du prononcé de mesures provisoires. Il convient de constater que l'article 44 transpose l'article 11 de la Directive qui encadre l'exercice de ce pouvoir. Ainsi, la Directive permet le prononcé de mesures conservatoires dans le cas d'urgence justifié par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence.

Bien qu'il s'agisse d'une harmonisation a minima, l'ALEDC estime que la rédaction de la directive encadre de manière équilibrée l'exercice de ce pouvoir par l'Autorité. **L'ALEDC considère que le seuil imposé au niveau du droit de l'Union et repris intégralement par la directive est suffisamment clair et précis.** De surcroît, l'Autorité bénéficiera de la pratique de la Commission à ce sujet et de la jurisprudence de la CJUE.⁴³ Ceci est proposé toujours dans l'optique visant la protection des entreprises ciblées par les mesures conservatoires, car il faut mettre en balance, d'une part, la longueur des enquêtes du Conseil et, d'autre part, le préjudice que celle-ci inflige aux entreprises concernées par lesdites mesures. En adoptant le seuil imposé par le Règlement 1/2003, la charge de la preuve imposée à l'Autorité est considérable et, selon l'ALEDC, aboutit à un équilibre satisfaisant entre les intérêts des parties concernées.

⁴² Communication relative aux bonnes pratiques, point 10.

⁴³ Affaire T-184/01 R, ordonnance du Président du Tribunal du 26 octobre 2001. IMS Health Inc. Contre Commission des Communautés européennes.

Ad article 47 (2)

Le paragraphe en cause est inspiré, selon le commentaire accompagnant le projet, de la Communication de minimis⁴⁴ ainsi que de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce français.⁴⁵

L'ALEDCE est d'avis que cet alignement au droit de l'Union et français doit être salué. En effet, cette disposition confère plus de transparence et de prédictibilité aux entreprises, renforçant ainsi la sécurité juridique des justiciables. De surcroît, elle constitue un moyen de défense important qui a été longtemps absent dans notre droit.

En effet, il ne faut pas oublier que cette défense s'appliquera seulement aux éventuelles restrictions de la concurrence par effet et non pas par objet, qui demeurent injustifiables. Sous l'empire de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, la seule défense d'une entreprise arrivée à ce stade de la procédure – supposant que tous les autres éléments requis à l'article 4 ont été réunis – est d'invoquer un éventuel effet bénéfique sur le marché en cause⁴⁶. Pourtant, vu les conditions supplémentaires posées par le droit luxembourgeois à ce titre, ainsi que l'expertise économique que l'entreprise est obligée de fournir, cette défense est très difficilement invocable et, dans la plupart des cas, constitue lettre morte. Bien que la disposition en question représente une faculté pour l'Autorité, l'ALEDCE accueille néanmoins chaleureusement les nouvelles dispositions car les entreprises pourront préparer une meilleure défense devant l'Autorité. Ainsi, l'ALEDCE rappellera qu'au moment de l'invocation de cette défense, les garanties procédurales énoncées aux nouveaux articles 40 et 41 ont déjà été respectées et les parties concernées auront eu accès aux pièces du dossier. Ainsi, en théorie, les parties concernées devraient disposer d'éléments probatoires recueillis par l'Autorité afin de préparer leur défense autour du seuil de minimis. Une telle défense bénéficiera – il faut le dire – aussi aux entreprises de petite taille qui peuvent parfois se livrer par négligence ou méconnaissance des règles du droit de la concurrence à des accords ou pratiques ayant des effets restreignant le libre jeu de la concurrence. Ainsi, cette nouvelle disposition aura aussi un impact positif en ce qu'elle enseignera les entreprises sur les pratiques ou accords acceptables en matière de concurrence tout en aidant ainsi l'Autorité à remplir ses attributions, notamment celle prévue à l'article 8, 5), concernant la sensibilisation du public en matière de concurrence⁴⁷.

Pourtant, l'ALEDCE a aussi quelques recommandations à avancer. Il arrive parfois qu'il est difficile de déterminer si deux ou plusieurs entreprises sont réellement concurrents. A ce titre, l'ALEDCE considère préférable d'inclure un nouveau paragraphe (3), inspiré de la communication de minimis précitée, qui disposerait que dans l'hypothèse où il est difficile voire impossible de déterminer dans quel rapport se retrouvent les entreprises concernées par l'enquête, le seuil prévu à l'article 47, §2, a) devrait être appliqué par l'Autorité. L'ALEDCE estime que cela renforcerait le degré de prévisibilité et transparence que cette disposition est censée offrir aux entreprises.

Ad article 49 (§4)

Il convient de relever d'emblée que la directive n'exige pas, ni dans ses dispositions ni dans ses considérants, l'insertion de la procédure de transaction dans les ordres juridiques nationaux. Tenant compte de la spécificité du marché luxembourgeois, l'ALEDCE est d'avis que l'insertion d'une telle procédure n'est pas prioritaire. En effet, l'ALEDCE soutient à cet égard que l'Autorité devrait se concentrer sur la sanction des entreprises qui se livrent à des ententes anticoncurrentielles ou qui abusent leur position dominante, afin de garantir le bien-être des consommateurs ainsi que le libre jeu de la concurrence. Une telle procédure permettrait, en outre, à l'Autorité de réduire jusqu'à 30% du montant de l'amende ce qui, selon l'ALEDCE, n'est guère garant de l'absence d'une éventuelle récidive. Bien au contraire. Il peut être observé que, au moins dans le cadre d'une entente anticoncurrentielle, les entreprises ayant déjà fait l'objet d'une condamnation peuvent facilement se livrer à une nouvelle entente dès lors qu'elles ont fait un bilan des risques et des avantages et ont conclu à ce titre qu'une procédure de clémence accompagnée le cas échéant d'une transaction dépasse les conséquences de l'amende

44 Communication de la Commission – Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (dite aussi «Communication de minimis» = OJ C 291, 30.8.2014, p.1-4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0830%2801%29>)

45 Article L. 464-6-1 Code de commerce.

46 Dispositions reprises dans le nouvel article 4 (3) du projet de loi n° 7479.

47 Article 8 5) du projet de loi n° 7479.

infligée. L'ALEDC soutient que la priorité de l'Autorité devrait être celle de sanctionner de manière efficace les entreprises afin de garantir le respect des dispositions relatives au droit de la concurrence.

L'ALEDC craint que l'Autorité n'utilise cette procédure dans des conditions peu transparentes, afin de clôturer plus vite une procédure qui, bien que chronophage, présente néanmoins l'intérêt d'une procédure classique afin d'apporter la meilleure solution pour le bien-être des consommateurs, d'une part, et pour le jeu de la concurrence d'autre part. L'ALEDC constate qu'un précédent a déjà été établi à cet égard par le Conseil lorsque celui-ci a accepté les engagements proposés par l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs Conseils (OAI)⁴⁸ alors qu'en l'espèce la pratique concernée représentait bel et bien une fixation des prix, ce qui revient à une restriction hardcore, par objet. Ainsi, tenant compte du surcoût qui a été subi par les consommateurs luxembourgeois ainsi que de l'inadéquation de la décision prise par le Conseil dans cette affaire ne fait que renforcer les craintes de l'ALEDC par rapport au potentiel usage de la procédure de transaction souhaitée par le législateur, d'autant plus que celle-ci sera cumulable avec la procédure de déviance et que, conformément au commentaire même accompagnant le projet de loi, « la pratique de ces autorités montre un recours croissant à la procédure de transaction ». En effet, il y a une tendance de la part des autorités nationales de concurrence à recourir à une telle procédure pour diverses raisons opaques, tendance que l'ALEDC ne peut que critiquer. L'Autorité ne doit pas, en tout état de cause, se faire remarquer par le nombre d'affaires traitées mais par la qualité du traitement des dossiers et l'adéquation de la solution apportée dans chaque espèce.

Si une telle procédure est néanmoins introduite, elle devra, selon l'ALEDC être bien encadrée quant à ses contours et effets, notamment sur la clémence.

Ad article 60

L'ALEDC accueille positivement l'article 12 de la Directive ainsi que les articles 59 et 60 du projet de loi. En effet, la nouveauté apportée par le nouvel article 60, notamment celle de consulter les différents acteurs du marché avant que l'Autorité ne prenne une décision, a vocation à rendre la procédure plus transparente. L'ALEDC soutient que, en général, la procédure d'engagements ne répond quasiment jamais aux attentes des plaignants et des entreprises victimes des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, l'ALEDC considère l'article 12 de la directive comme un premier pas vers un procès plus inclusif et transparent.

Pourtant, l'ALEDC estime que le législateur devrait aller plus loin dans sa démarche. En effet, il est regrettable que l'Autorité puisse opter pour une consultation formelle ou informelle. L'ALEDC est d'avis que cette consultation devrait être en toute hypothèse formelle. L'Autorité ne devrait pas avoir de marge pour préciser les modalités au cas par cas. En effet, afin de renforcer la sécurité juridique et d'exclure tout arbitraire, la procédure de consultation des acteurs sur le marché devrait être incluse dans le règlement intérieur qui sera ultérieurement adopté par l'Autorité. Une fois les acteurs du marché consultés, l'Autorité devrait publier les engagements afin que les tiers, y compris les plaignants le cas échéant, puissent prendre position. L'ALEDC recommande à ce titre que le législateur luxembourgeois suive le modèle français et accorde aux tiers un délai d'un mois pour réagir à la publication des engagements. Ces tiers peuvent inclure les partenaires, le ou les plaignants (qui pourraient à ce stade souligner le caractère adéquat ou bien insuffisant des engagements) ou bien les concurrents de l'entreprise en question. De surcroît, l'Autorité devrait être en mesure de pouvoir renégocier les engagements après la réaction des tiers.

Finalement, s'agissant des entreprises visées par l'Autorité, l'ALEDC est d'avis que celles-ci devraient disposer d'un droit d'accès au dossier.⁴⁹

Ad article 65

L'article 65 dispose qu'un recours de pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions finales de l'Autorité prises en application de la loi. Le commentaire de l'article précise que le recours est ouvert « à l'encontre de l'ensemble des décisions du Conseil prises par la formation collégiale, à l'exception de celle de l'article 37, paragraphe 3 ».

⁴⁸ Décision n° 2014-E-02 du 5 février 2014

⁴⁹ Voir à ce titre la jurisprudence de la Cour de cassation française, notamment l'arrêt Canal 9.

A la lumière de la rédaction de l'article 65, l'ALEDC ne peut qu'exprimer son regret de la régression évidente que cet article apporte par rapport à la situation actuelle.

Dans un premier temps, en ce qui concerne les décisions de l'Autorité pendant la phase d'instruction, comme indiqué supra, l'ALEDC est d'avis que dès lors que ces décisions émanent d'une autorité administrative et qu'un effort considérable a été fait par le projet de loi afin de mettre fin au caractère contraire à la Constitution des pouvoirs et l'organisation actuels du Conseil, le législateur ferait tous ces efforts en vain si, en résolvant les problèmes liés au statut et l'organisation actuels du Conseil, il aboutit à accroître excessivement les pouvoirs de l'Autorité dans ses rapports avec les justiciables. A ce titre, l'ALEDC lance un appel au législateur de prévoir expressément dans la loi le fait que toutes les décisions émanant de l'Autorité puissent faire l'objet d'un recours non-suspensif devant les juridictions administratives. Tout au moins, dans un souci de clarté et lisibilité de la loi, il est hautement recommandable d'indiquer sous la forme d'une liste toutes les décisions qui doivent être considérées comme « finales » au sens du présent article. De surcroît, pour les raisons énoncées supra, la décision prise par la formation collégiale en vertu de l'article 37 paragraphe 3 doit être ajoutée à ladite liste.

Dans un deuxième temps, en ce qui concerne les recours contre les ordonnances d'autorisation des juges d'instruction, l'ALEDC est d'avis que le législateur luxembourgeois devrait suivre le modèle français en la matière et prévoir que celles-ci fassent l'objet d'un recours devant la Cour d'appel. L'ALEDC se rallie, à ce titre, aux recommandations émises par la Cour Supérieure de Justice.

*

En conclusion, l'ALEDC :

- incite le législateur à saisir l'occasion de cette révision du cadre législatif en matière de droit de la concurrence pour mettre en place un contrôle des concentrations en droit luxembourgeois et de réfléchir à l'introduction d'un autre outil disponible dans d'autres Etats membres, la sanction de l'abus de dépendance économique
- déplore l'augmentation des pouvoirs de l'Autorité opérée au détriment des droits procéduraux des justiciables
- incite fortement le législateur à encadrer les nouveaux pouvoirs ainsi que la décision sur l'opportunité des poursuites de l'Autorité en se calquant sur le modèle européen
- considère qu'il est impératif que la loi, et non pas le règlement intérieur de l'Autorité, prévoit de manière claire et explicite les modalités procédurales ainsi que les délais afférents afin d'assurer, d'une part, le caractère prévisible et transparent de la loi et, d'autre part, l'efficacité de l'exercice des droits procéduraux dont jouissent les justiciables.

Luxembourg, le 3 juin 2020.

