

N° 7479⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2020-2021

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

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(9.10.2020)

RESUME STRUCTURE

La Chambre des Métiers salue les avancées que le projet de loi sous rubrique apporte au droit de la concurrence dans le cadre de la transposition de la Directive (UE) 2019/1 et notamment la création de la future Autorité de concurrence sous la forme d'un établissement public.

Elle relève que certaines nouvelles règles de procédure administrative devant cette Autorité, ainsi que la possibilité de classer une instruction s'il s'agit d'une atteinte d'importance mineure, assurent une plus grande sécurité juridique pour les entreprises.

La Chambre des Métiers regrette en revanche que le projet de loi sous avis ne toise pas la question, pourtant essentielle, du contrôle préalable des concentrations, alors qu'un tel contrôle apporte une meilleure sécurité juridique, non seulement pour les acteurs de l'opération de concentration mais aussi pour les consommateurs et pour les autres entreprises présentes sur le marché concerné.

Des améliorations doivent être de plus apportées concernant le pouvoir normatif de l'Autorité de concurrence et la procédure d'instruction devant cette Autorité afin que les droits fondamentaux des administrés soient préservés.

La procédure de transaction en droit de la concurrence, nouveauté introduite par le projet de loi sous avis, est à saluer comme participant à la modernisation de ce droit, mais cette procédure ne devrait pas être subordonnée à la reconnaissance d'une culpabilité, et être limitée à des atteintes de faible ampleur.

*

Par sa lettre du 16 septembre 2019, Monsieur le Ministre de l'Economie a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

*

1. CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis poursuit un double objectif : d'une part, il transpose la Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités nationales de concurrence des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, ci-après « la Directive », et d'autre part, il propose une modernisation du droit de la concurrence.

La Directive fixe un cadre minimum afin que chaque autorité nationale de concurrence (ci-après « ANC ») dispose des garanties d'indépendance, des ressources, et des pouvoirs qu'elle estime nécessaires pour la mise en œuvre des règles de concurrence.

Aux fins de la transposition de cette Directive, le projet de loi sous avis transforme l'actuel Conseil de la concurrence qui est une « autorité administrative indépendante » sans personnalité juridique propre, en un établissement public, et propose de marquer cette évolution par un changement de la dénomination au profit d'« Autorité de la concurrence » (ci-après « Autorité »).

Le projet de loi sous avis profite de cette transposition pour améliorer certaines règles de procédures applicables devant le Conseil de la concurrence et propose en conséquence d'abroger la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence actuellement en vigueur.

Les règles du droit de la concurrence sous le contrôle de la future Autorité sont cependant reprises quasiment à l'identique.

Ces règles, qualifiées communément de, « règles antitrust », reposent sur les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») qui interdisent les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante, et traitent des atteintes à la liberté des prix.¹

La Chambre des Métiers note que la réforme sous avis ne propose pas un système de contrôle préalable des concentrations à l'instar des autres pays de l'Union Européenne, ni ne toise cette possibilité.²

Concernant le montant des amendes, le projet de loi sous avis fixe le montant maximal de l'amende au minima exigé par la Directive, à savoir que le montant maximal de l'amende soit limité à 10% du chiffre d'affaires mondial total, de l'entreprise ou de l'association d'entreprises, qui a été réalisé au cours de l'exercice social.

*

2. OBSERVATIONS PARTICULIERES

La Chambre des Métiers expose les observations particulières suivantes :

2.1. L'absence de contrôle préalable des concentrations est source d'insécurité juridique

La pertinence d'instaurer un régime de contrôle des concentrations au Luxembourg a été soulignée dans le rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence du 31 octobre 2016.

L'absence d'un tel contrôle préalable est source d'un vide juridique comme l'a récemment démontré la décision du Conseil de la concurrence du 15 mars 2019 qui a rejeté la plainte de la Fédération des Artisans contre le rachat par ENCEVO (maison mère d'ENOVOS, premier fournisseur d'énergie et gestionnaire de réseaux au Luxembourg) de la totalité du capital social de la société Paul Wagner & Fils (entreprise spécialisée dans l'équipement technique du bâtiment et de sécurité, la gestion technique des bâtiments et services, la technique de l'informatique et de la communication, et l'efficacité énergétique) au motif, notamment que le législateur ne l'avait pas doté d'un pouvoir de contrôle des concentrations ex-ante.

Si on peut estimer qu'une opération de concentration ne génère pas de risques en droit de la concurrence, car l'article 102 TFUE ne sanctionne pas la création d'une position dominante, mais seulement l'abus d'une position dominante, il a été pourtant jugé qu'une acquisition peut constituer un abus de position dominante lorsque l'acquisition est susceptible de renforcer la position déjà dominante d'une entreprise au point que le degré de domination ainsi atteint „*entraverait substantiellement la concurrence*.”³

L'absence de contrôle préalable des concentrations génère donc une insécurité juridique, tant pour les participants à une opération de concentration, que pour les entreprises tierces et pour les consommateurs. Ainsi, la Chambre des Métiers propose aux auteurs du projet de loi d'ajouter un tel mécanisme de contrôle ex-ante.

1 Ces règles sont visées par les articles 2 à 4 de la loi de 2011 relative à la concurrence, et reprises quasiment à l'identique aux articles 3 à 5 du projet de loi sous avis.

2 Cf. ci-après § 2.1.

3 CJUE, Affaire Continental Can Company Inc. N° 6/72)

2.2. Une Autorité avec des garanties d'indépendance mais dont le pouvoir normatif doit être mieux défini

Afin d'assurer l'indépendance des ANC, la Directive impose notamment que les ANC aient le pouvoir de fixer leurs propres priorités sans influences politiques ni instructions de la part d'un gouvernement⁴, qu'elles disposent d'un nombre suffisant de personnes qualifiées ainsi que de ressources financières, techniques et technologiques suffisantes⁵.

Les ANC doivent aussi avoir le pouvoir de rejeter une plainte sur le seul motif que cette plainte n'est pas considérée comme étant une priorité.⁶

Aux fins de la transposition de ces dispositions, le projet de loi sous avis propose de remplacer l'actuel « Conseil de la concurrence » par une nouvelle « Autorité de concurrence » (ou « Autorité ») qui prendrait la forme d'un établissement public.

La Chambre des Métiers salue cette avancée de l'état de droit puisque la création d'un établissement public garantit désormais à la nouvelle Autorité une personnalité juridique propre, avec une autonomie financière et un pouvoir normatif.

Cependant, le pouvoir normatif de l'Autorité reste à mieux définir ; et, en particulier les modalités d'octroi d'une demande de traitement confidentiel ne devraient pas être définies par voie de « règlement intérieur » de l'Autorité.

Le pouvoir normatif de l'Autorité est fixé par l'article 6 paragraphe 3 du projet de loi suivant lequel : « *L'Autorité peut adopter des règlements pris par /es membres permanents du Collège réunis au complet, dans les cas prévus par la loi.* »

Le projet de loi prévoit un seul cas de « règlement », à savoir celui de l'article 71 paragraphe 6 suivant lequel « *L'Autorité peut adopter un règlement établissement (sic) une méthode de calcul des coûts exposés pour l'exécution des articles 68 ou 69* »⁷, et plusieurs autres cas de « règlement intérieur » permettant à l'Autorité d'établir « *ses procédures et méthodes de travail* »⁸, les « *missions* » du chef du service juridique »⁹, et les modalités « *de la demande de confidentialité* », et « *d'octroi de la confidentialité* ». ¹⁰

La Chambre des Métiers estime pour sa part que les modalités « d'octroi de la confidentialité » ne doivent pas être dévolues au pouvoir normatif de l'Autorité, mais déterminées dans le projet de loi sous avis.

En effet, le traitement confidentiel des informations ou documents que les entreprises sont amenées à communiquer revêt une importance primordiale dans la procédure de concurrence, notamment avec le succès grandissant des programmes de clémence qui poussent les entreprises de coopérer pour bénéficier d'une immunité ou de réductions d'amendes.

Par ailleurs, le domaine normatif de la future Autorité, qu'il s'agisse d'un « règlement » ou d'un « règlement intérieur », doit être réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique; sinon elle risque de se heurter à l'appréciation que la Cour constitutionnelle fait du pouvoir normatif des établissements publics.¹¹

4 Article 4 de la Directive.

5 Article 5 de la Directive.

6 Article 4 de la Directive.

7 Ces articles visent les cas où l'Autorité procède à une inspection ou un entretien pour le compte d'une autre ANC.

8 Projet d'article 3 paragraphes 3 et 4.

9 Projet d'article 14.

10 Projet d'article 35.

11 Suivant la Cour Constitutionnelle, « le pouvoir normatif des établissements publics est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et reste réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique. destinées à permettre à celles-ci l'exercice, de façon autonome, d'une mission de régulation sectorielle facilitant la mise en œuvre des normes établies par la loi et, le cas échéant, le règlement grand-ducal. » (Arrêt N°94/13 du 19 mars 2013).

2.3. Une procédure de classement des plaintes trop peu protectrice des droits du plaignant

La procédure mise en place concernant le rejet d'une plainte laisse toute latitude à l'Autorité puisqu'elle limite la possibilité d'un recours gracieux « *auprès du Président de l'Autorité qui constituera la formation collégiale réunie à trois qui connaîtra du recours* », que le Président « *peut fixer les délais dans lesquels les entreprises concernées et le plaignant peuvent déposer des observations écrites* », et enfin que la « *décision collégiale n'est pas susceptible de recours.* »¹²

La Chambre des Métiers critique cette omnipotence de l'Autorité en la matière de classement des plaintes alors que la Directive impose que les rejets de plaintes « *devraient être subordonnés à l'existence de voie de recours efficaces, dans le droit national.* »¹³

Le classement d'une plainte devrait en conséquence être qualifié de décision finale de l'Autorité, et assujettie à un recours en réformation.

2.4. Les pouvoirs d'instruction de l'Autorité sont à revoir pour garantir l'Etat de Droit

La Directive impose aux Etats membres de veiller à ce que les ANC soient en mesure de procéder à des inspections inopinées dans les locaux des entreprises, et, moyennant le respect de certaines garanties procédurales, dans d'autres locaux que ceux des entreprises. Suivant la Directive, les ANC doivent avoir le pouvoir de demander des informations et de convoquer à des entretiens afin d'obtenir les documents et informations nécessaires à leurs enquêtes.¹⁴

Aux fins de la transposition de la Directive en droit national, le projet de loi sous avis organise les pouvoirs d'enquête de l'Autorité en distinguant les « *pouvoirs de contrôle* », qui ne seraient pas soumis à une autorisation judiciaire préalable, des « *pouvoirs d'inspections* » qui demeurent soumis à une telle autorisation.

Tant pour la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle que des pouvoirs d'inspection, il est surprenant de constater que les conseillers instructeurs et enquêteurs ne soient pas tenus de présenter au dirigeant de l'entreprise, respectivement à l'occupant des lieux, la décision du conseiller désigné ordonnant l'enquête, et qui contient l'objet et le but de l'enquête.

La Chambre des Métiers estime pour sa part que cette obligation, pourtant prévue par l'article 16 paragraphe (1) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, devrait être reprise par le projet de loi sous avis.

Concernant les « *pouvoirs de contrôle* », le projet de loi sous avis permet aux agents de l'Autorité d'exiger et d'obtenir ou prendre copie des documents professionnels de toute nature¹⁵, d'opérer sans autorisation judiciaire préalable entre 6 heures 30 et 20 heures, dans tous lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de services, ainsi qu'accéder à tous moyens de transport à usage professionnel.¹⁶

Les agents de l'Autorité ont aussi le droit d'opérer sans autorisation judiciaire préalable à toute heure lorsque ces mêmes lieux « *sont ouverts au public ou lorsqu'à l'intérieur de ceux-ci sont en cours des activités (professionnelles).* »

Lorsque ces mêmes lieux sont également à usage d'habitation, le projet de loi précise qu'il faut l'autorisation du juge d'instruction « *si l'occupant s'y oppose.* »¹⁷

La Chambre des Métiers estime que les pouvoirs de contrôle de l'Autorité dans des lieux à usage d'habitation devraient non seulement être obligatoirement subordonnés à une autorisation judiciaire, mais aussi se dérouler impérativement aux heures de la journée dans le respect du droit fondamental de la vie privée et familiale.

12 Projet d'article 37 paragraphe 3.

13 Considérant (23) de la Directive.

14 Articles 6 à 9 de la Directive.

15 Projet d'article 25 paragraphes 4 & 5.

16 Projet d'article 25 paragraphe 1.

17 Projet d'article 25 paragraphe 2.

Concernant les « inspections », la Chambre des Métiers estime que la demande judiciaire, qui doit être faite au juge d'instruction près du Tribunal d'arrondissement, et non plus auprès du président du Tribunal d'arrondissement, soit subordonnée à une requête motivée de la part de l'Autorité.

Il conviendrait à ce titre de reprendre les dispositions du paragraphe 3 de l'actuel article 16 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence suivant lesquelles le conseiller instructeur est tenu d'adresser préalablement au juge une « *requête motivée de façon circonstanciée par rapport aux indices qui permettent de soupçonner l'existence de pratiques prohibées ou de dysfonctionnements soupçonnés et au rôle ou à l'implication éventuels des entreprises ou associations d'entreprises concernées.* »

A défaut, rien ne permet au juge de déterminer si la mesure d'inspection est, ou n'est pas fondée ou proportionnée, alors qu'une telle mesure est préjudiciable tant pour l'activité, la réputation, et la vie privée des personnes physiques.

En outre, en ce qui a trait aux délais pour les entreprises de répondre aux demandes de renseignements des conseillers instructeurs et des enquêteurs, la Chambre des Métiers demande qu'ils soient précisés dans la loi conformément à l'article 8 de la Directive qui mentionne que ce délai soit « *déterminé et raisonnable* ».

Concernant les convocations à des entretiens¹⁸, deux modifications sont à prévoir afin de préserver le droit des personnes concernées : d'une part, les informations relatives à la base légale et à l'objectif de l'entretien devraient être communiquées dans la convocation et non pas seulement au moment de l'entretien, et d'autre part, la loi devrait prévoir que chaque entretien soit clôturé par un procès-verbal avec la possibilité pour les personnes concernées de prendre position par rapport aux déclarations relevées.

On notera qu'en cas de non-coopération durant la phase d'instruction, les entreprises et associations d'entreprises pourront être sanctionnées par des astreintes – jusqu'à 5% du chiffre d'affaire journalier moyen – et des amendes – jusqu'à 1% du chiffre d'affaires annuel.

2.5. Le pouvoir de l'Autorité en matière de mesures provisoires devrait être mieux circonscrit

La Directive impose qu'une ANC qui constate une infraction devrait pouvoir contraindre les entreprises à mettre fin à l'infraction et prendre des mesures provisoires « *lorsqu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence.* »¹⁹

Le projet de loi sous avis étend quant à lui la possibilité pour l'Autorité de prendre des mesures provisoires « *en cas d'urgence due à un risque de préjudice sérieux et irréparable à l'ordre public économique, à l'économie du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou en cas de plainte, au plaignant.* »²⁰

La Chambre des Métiers critique qu'une mesure provisoire puisse être prise en cas de préjudice à l'encontre du plaignant, ou à l'intérêt des consommateurs, alors que l'objectif du droit de la concurrence est de protéger, non pas une personne ou un groupe de personnes, mais l'intérêt général, tant des consommateurs que des entreprises.²¹

2.6. Des programmes de clémence attractifs pour les entreprises

La Directive harmonise les programmes de clémence offerts aux entreprises pour bénéficier d'une immunité d'amende lorsqu'elles divulguent leur participation à des ententes secrètes.

¹⁸ Projet d'article 31

¹⁹ Article 11 de la Directive.

²⁰ Projet d'article 44.

²¹ L'objectif du droit de la concurrence doit rester d'intérêt général, même si cet objectif a évolué, de la protection du marché unique européen vers la maximisation du bien-être général du consommateur (ou « *consumer welfare* ») avec l'influence l'école de Chicago. Dans ce sens, le premier considérant de la Directive mentionne que le droit de la concurrence : « (...) permet de protéger les consommateurs et les entreprises opérant sur le marché intérieur des pratiques commerciales qui maintiennent les biens et les services à des prix artificiellement élevés et de leur offrir un choix plus vaste de biens et de services innovants. »

La Chambre des Métiers approuve que le projet de loi sous avis ne limite pas le bénéfice d'une immunité d'amende aux « ententes secrètes »²² et qu'il permet aux entreprises de demander l'octroi d'un marqueur qui détermine et protège la place dans l'ordre d'arrivée en vue de l'octroi de la clémence.²³

Le marqueur permet à une entreprise de rassembler les renseignements et éléments de preuve nécessaires pour formaliser sa demande d'immunité d'amendes tout en ayant au préalable marqué sa place dans la « course » pour connaître celle qui sera la première à établir sa preuve de culpabilité, et bénéficier ainsi d'un programme de clémence avantageux.

2.7. La nouvelle notion d'accord d'importance mineure justifiant le classement après instruction permet de tracer la mesure des pratiques ou accords acceptables en droit de la concurrence

Une décision de classement peut être prononcée par la formation collégiale de l'Autorité, non seulement à la suite du constat qu'un des éléments constitutifs des atteintes à la concurrence prévues aux articles 4 à 5 du projet de loi, respectivement des articles 101 et 102 du TFUE, manque, mais aussi pour les accords ou pratiques d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement la concurrence, et pour ceux qui créent des restrictions de la concurrence par effet et non pas par objet.

Le projet de loi sous avis fixe les seuils de cette possibilité d'extinction de la procédure, à savoir que la part du marché cumulée détenue par les entreprises parties à l'accord ou à la pratique ne dépasse pas 10% du marché affecté par l'accord ou la pratique si les entreprises en cause sont des concurrents, respectivement 15% du marché affecté si les entreprises en cause ne sont pas concurrentes.

La Chambre des Métiers salue cette avancée du droit de la concurrence qui permet de tracer la mesure des pratiques ou accords acceptables en droit de la concurrence et assure donc une plus grande sécurité juridique pour les entreprises.

2.8. La consécration par le projet de loi sous avis de la procédure de transaction

La Directive donne une définition de la transaction en droit de la concurrence²⁴, mais laisse aux Etats membres le choix de prévoir cette procédure.

La Chambre des Métiers salue l'option prise par le Luxembourg d'ajouter la transaction comme voie d'extinction simplifiée accélérée de la procédure contentieuse devant l'Autorité, mais elle regrette que la définition de la transaction prévue soit plus contraignante que celle retenue par la Directive.

En effet, le projet de l'article 2, point 15, limite l'objet de la transaction à la présentation par une entreprise à l'Autorité d'une déclaration de reconnaissance d'une participation à une infraction au droit de la concurrence, alors que la Directive étend la transaction à la présentation spontanée par une entreprise d'une déclaration suivant laquelle elle renonce à contester une telle participation et la responsabilité qui en découle.

La Chambre des Métiers estime de plus que la procédure de transaction devrait être limitée aux atteintes à la concurrence de faible ampleur car la solution transigée, par essence confidentielle, s'inscrit au détriment de la transparence du droit de la concurrence qui est une condition essentielle à sa meilleure compréhension par les acteurs économiques.

*

²² Projet d'article 53.

²³ Projet d'article 57.

²⁴ Article 2 point 18 de la Directive

La Chambre des Métiers ne peut approuver le projet de loi que sous la réserve expresse de la prise en considération de ses observations ci-avant formulées.

Luxembourg, le 9 octobre 2020

Pour la Chambre des Métiers

Le Directeur Général,
Tom WIRION

Le Président,
Tom OBERWEIS

