

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (2017/0063 (COD))

## Avis du Conseil de la concurrence

N° 2017-AV-02

(12 juillet 2017)

# Table des matières

<b>1. Contexte général</b> .....	3
<b>2. Objet de la proposition de directive</b> .....	3
<b>3. Observations générales du Conseil</b> .....	4
<b>4. Commentaires du Conseil sur les dispositions de la proposition de directive</b> .....	5
4.1. Base juridique, subsidiarité et proportionnalité.....	5
4.1.1. Base juridique.....	5
4.1.2. Subsidiarité.....	5
4.1.3. Proportionnalité.....	5
4.2. Chapitre I : Objet, champ d'application et définitions .....	6
4.3. Chapitre II : Droits fondamentaux .....	6
4.4. Chapitre III : Indépendance et ressources .....	6
4.5. Chapitre IV : Pouvoirs .....	7
4.6. Chapitre V : Amendes et astreintes.....	8
4.6.1. Astreintes.....	9
4.6.2. Amendes.....	9
4.6.3. Chapitre VI : Clémence.....	10
4.6.4. Immunité d'amendes.....	11
4.6.5. Réduction d'amendes.....	11
4.6.6. Conditions générales de la clémence .....	12
4.6.7. Formes de demande de clémence.....	12
4.6.8. Marqueur pour les demandes formelles d'immunité (article 20).....	12
4.6.9. Demandes sommaires (article 21).....	13
4.6.10. Interaction entre les programmes de clémence et les sanctions infligées aux personnes physiques (article 22).....	13
4.7. Chapitre VII : Assistance mutuelle .....	13
4.8. Chapitre VIII : Délais de prescription.....	15
4.9. Chapitre IX : Dispositions générales.....	15
4.9.1. Rôle des autorités nationales de concurrence administratives devant les juridictions nationales .....	15
4.9.2. Limites à l'utilisation des informations.....	16
4.9.3. Recevabilité des preuves devant les autorités nationales de concurrence.....	16
<b>5. Conclusion</b> .....	17

## **1. Contexte général**

Par lettre du 8 mai 2017, le Ministre de l'Economie a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur [(2017/0063 (COD)] (ci-après : « la proposition de directive » ou « la proposition »).

Aux termes de l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 23 octobre 2011 » ou « la loi relative à la concurrence »), le Conseil détient une mission consultative qui est libellée de la manière suivante :

*« Art. 29. Missions consultatives*

*Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.*

*Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement*

*1) portant modification ou application de la présente loi;*

*2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:*

*a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;*

*b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;*

*c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.*

*Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements. »*

## **2. Objet de la proposition de directive**

Depuis 2004, les autorités nationales de concurrence (ci-après « les ANC ») des États membres sont habilitées par le règlement (CE) n° 1/2003<sup>1</sup> (ci-après : « le règlement 1/2003 ») à appliquer les règles de concurrence de l'UE aux côtés de la Commission européenne (ci-après : « la Commission »). En effet, les ANC sont tenues d'appliquer les règles de concurrence de l'UE aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. De ce fait, les États membres de l'UE sont des partenaires essentiels de la Commission en matière de mise en œuvre des règles de concurrence de l'UE,

---

<sup>1</sup> 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

lesquelles sont un des éléments constitutifs du marché intérieur. Ce dernier ne peut pas produire pleinement ses effets et créer les conditions propices à une croissance économique soutenue lorsque la concurrence est faussée.

Depuis 2004, la Commission et les ANC ont adopté plus de 1 000 décisions dans des affaires de concurrence, dont 85 % sont le fait des ANC. Une mise en œuvre assurée par de multiples autorités est beaucoup plus rigoureuse, plus efficace et plus dissuasive pour les entreprises qui seraient tentées d'enfreindre les règles de concurrence de l'UE.

Néanmoins, ainsi que la Commission l'a constaté, il existe un potentiel inexploité pour rendre la mise en œuvre des règles de concurrence de l'UE par les ANC plus efficace. Comme le notait la Commission dans son rapport de 2014 dressant le bilan de dix ans de mise en œuvre du règlement 1/2003, « *l'application des règles a atteint un haut niveau de convergence, mais des divergences subsistent. Ces dernières s'expliquent principalement par l'existence de disparités en ce qui concerne la position institutionnelle des autorités nationales et les procédures et sanctions nationales. Le règlement 1/2003 a laissé en grande partie ces questions ouvertes* ». <sup>2</sup> Ainsi, nombreuses sont les autorités qui ne sont pas dotées de tous les moyens et instruments nécessaires pour mettre en œuvre efficacement les articles 101 et 102 du TFUE.

Selon l'exposé des motifs, l'objectif visé par la Commission est de permettre aux ANC d'appliquer plus complètement le droit européen de la concurrence grâce à un rehaussement des standards et à une plus grande convergence entre les pouvoirs des ANC. Le Conseil note que le Parlement européen partage le même objectif <sup>3</sup>.

### **3. Observations générales du Conseil**

Le Conseil observe, tout d'abord, que le règlement 1/2003 pose en son article 5 le principe d'application des articles 101 et 102 du TFUE par les ANC, établissant ainsi un système décentralisé d'application du droit de la concurrence de l'Union. Alors que certaines dispositions du règlement 1/2003 régissent les rapports entre la Commission et les ANC dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, ce règlement est resté muet sur les modalités pratiques de la mise en œuvre des compétences dévolues aux ANC par son article 5.

Le Conseil constate que la proposition se fonde en grande partie sur les expériences accumulées depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, y compris les enseignements fournis par la Cour de Justice ainsi que les propres expériences accumulées au sein du Réseau européen de la concurrence. En outre, la proposition reprend les évolutions intervenues récemment, notamment en ce qui concerne l'importance des programmes de clémence.

---

<sup>2</sup> COM (2014) 453 final du 9 juillet 2014

<sup>3</sup> Résolution du 19 janvier 2016, dans laquelle le Parlement européen « *estime essentiel que la Commission continue de promouvoir une meilleure convergence et coopération entre les autorités nationales de concurrence de l'Union européenne* », <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0004+0+DOC+XML+V0//FR>

## **4. Commentaires du Conseil sur les dispositions de la proposition de directive**

### 4.1. Base juridique, subsidiarité et proportionnalité

#### 4.1.1. Base juridique

La proposition est fondée sur les articles 103 et 114 du TFUE.

De l'avis du Conseil, la double base juridique de la proposition est justifiée.

En effet, l'utilisation de l'article 103 du TFUE, lequel habilite le Conseil à adopter des règlements ou des directives « en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 » est appropriée du fait que la proposition vise précisément à assurer la mise en œuvre plus efficace des articles 101 et 102 du TFUE.

Toutefois, à l'avis de la Commission, que le Conseil partage, l'article 103 du TFUE ne suffirait pas à lui seul en tant que base juridique puisque la finalité et le contenu de la proposition ont un champ plus large. En effet, la proposition ne vise pas seulement à donner plein effet aux articles 101 et 102 du TFUE mais a un objectif indépendant consistant à tenter de renforcer le fonctionnement du marché intérieur, notamment en ce qu'elle propose de mettre en place des garanties et des instruments identiques pour le droit national de la concurrence lorsqu'il est appliqué parallèlement aux articles 101 et 102 du TFUE. Par conséquent, le Conseil estime que le recours à une double base juridique, une propre aux règles de la concurrence, l'autre relative au marché intérieur, est approprié.

#### 4.1.2. Subsidiarité

Le Conseil est d'avis que la proposition respecte le principe de subsidiarité et est proportionnée au but recherché. En effet, en dépit de la mise en place de mesures non contraignantes dans le cadre du réseau européen de concurrence (REC), plusieurs ANC ne disposent toujours pas des garanties et des instruments nécessaires pour assurer le fonctionnement du système de mise en œuvre décentralisée du règlement 1/2003.

#### 4.1.3. Proportionnalité

La Commission met en avant que pour l'essentiel, la proposition définira des normes minimales pour doter les ANC des moyens de mettre en œuvre efficacement les règles de concurrence de l'UE. Les États membres pourront toujours prévoir des normes plus exigeantes et adapter leurs règles aux spécificités nationales. Par exemple, les États membres resteront libres de concevoir, d'organiser et de financer leurs autorités de concurrence respectives comme ils l'entendent, pour autant que leur efficacité soit garantie.

Le Conseil souligne, toutefois, que l'harmonisation des pouvoirs dont devraient disposer les ANC résultant de la proposition est relativement détaillée. Ceci est particulièrement vrai s'agissant des conditions d'octroi de la clémence pour les ententes. La Commission justifie sa proposition par la nécessité de réduire au maximum les différences entre les programmes de clémence applicables dans les États membres, lesquelles engendrent une insécurité juridique susceptible de diminuer l'intérêt des entreprises à demander la clémence.

Le Conseil salue l'objectif de la proposition et estime qu'en dépit de la nature parfois très prescriptive des dispositions de la proposition, celle-ci n'impose pas une approche uniforme et permet ainsi la prise en compte des traditions juridiques et des spécificités institutionnelles des États membres. La proposition est, de l'avis du Conseil, proportionnée au but recherché, en particulier eu égard à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE, selon laquelle les modalités procédurales nationales prévues pour le fonctionnement des ANC ne doivent pas porter atteinte à l'objectif du règlement (CE) n° 1/2003, qui est d'assurer l'application effective des articles 101 et 102 du TFUE par ces autorités<sup>4</sup>.

#### 4.2. Chapitre I : Objet, champ d'application et définitions

Le Conseil n'a pas d'observations à l'égard de ce chapitre.

#### 4.3. Chapitre II : Droits fondamentaux

Le Conseil n'a pas d'observations à l'égard de ce chapitre.

#### 4.4. Chapitre III : Indépendance et ressources

Le Conseil relève que dans ses articles 6 (1) et 7 (2) et (3), la loi du 23 octobre 2011 garantit un degré important d'indépendance dont le Conseil bénéficie et impose des garanties d'impartialité qui lui incombent.

Le Conseil constate, néanmoins, que la proposition prévoit des dispositions absentes de la législation luxembourgeoise actuellement en vigueur.

Premièrement, la proposition exige de fixer au préalable dans le droit national les motifs de révocation des membres de l'organe décisionnel des ANC, ses motifs devant être limités à deux : la disparition de conditions requises pour exercer leurs fonctions ou faute grave telle que définie dans le droit national (voir article 4, paragraphe 2, sous d)). La proposition précise en outre que les membres ne sont pas révoqués pour des raisons liées à l'exécution de leurs fonctions et à l'exercice de leurs pouvoirs en vue de l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Le Conseil constate que la loi relative à la concurrence est muette sur les motifs de révocation de ses membres. Toutefois, le Conseil est favorable à l'adoption de cette disposition qui contribuera à une consolidation des garanties d'indépendance du Conseil et accroîtra la sécurité juridique.

Deuxièmement, le Conseil relève que la proposition exige de doter les ANC du pouvoir discrétionnaire de fixer leurs priorités afin de s'acquitter des fonctions nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du TFUE, sans préjudice du pouvoir des ANC de rejeter des plaintes pour d'autres motifs définis par le droit national (voir article 4, paragraphe 2, sous e)). Ce pouvoir est absent de la loi relative à la concurrence actuellement en vigueur. Or, le Conseil est favorable à cette proposition dans la mesure où, face à une pénurie relative de ressources et dans un cas d'afflux d'affaires, le pouvoir de fixer les priorités permettrait au Conseil de se concentrer sur les infractions les plus dommageables pour la concurrence.

---

<sup>4</sup> Arrêt de la Cour du 7 décembre 2010 dans l'affaire C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers (VEBIC) VZW.*, ECLI:EU:C:2010:739, points 56 et 57

Troisièmement, la proposition impose aux États membres de veiller à ce que les ANC disposent des ressources humaines, financières et techniques nécessaires à l'exécution effective de leurs fonctions et à l'exercice effectif de leurs pouvoirs. Le Conseil est favorable à cette disposition, celle-ci laissant une marge de manœuvre considérable aux États membres tout en imposant une obligation de faire en sorte que les ANC soient à même de remplir leurs missions. Il en va, par exemple, de la capacité de mener des inspections simultanées auprès de plusieurs entreprises, indispensables dans le cadre de la lutte contre les ententes secrètes, alors que de telles inspections mobilisent des ressources humaines importantes. Force est de constater que le Conseil peine à organiser perquisitions simultanées faute d'un nombre suffisant de collaborateurs.

Par ailleurs, le Conseil souhaite relever que, dans le cadre du semestre européen, la Commission européenne n'a de cesse d'encourager le Grand-Duché de doter son autorité de concurrence de ressources adéquates dans le but de mieux contribuer à la croissance économique par le biais d'une surveillance plus efficace du respect des règles de la concurrence par l'ensemble des secteurs économiques, y compris les secteurs réglementés<sup>5</sup>. En outre, l'analyse d'impact joint à la proposition de la directive révèle ce manque de ressources à travers un tableau qui met en relation le nombre de collaborateurs par rapport au PNB de 6 États membres aux PNB comparables<sup>6</sup>. Il n'est pas difficile de reconnaître le Luxembourg sous l'État membre n°6. Alors que le Luxembourg ne dispose que de 8 collaborateurs, les 5 États membres aux PNB comparables au sien sont dotés d'un personnel de, respectivement, 42, 51, 61, 26 et 48 membres. Les chiffres épinglés ainsi par la Commission reflètent fidèlement la carence de ressources que le Conseil rencontre dans son activité quotidienne.

#### 4.5. Chapitre IV : Pouvoirs

Le Conseil constate que la loi relative à la concurrence, complétée parfois par des dispositions d'autres actes législatifs, reprend la plupart des dispositions de ce chapitre en ce qu'elle prévoit un catalogue presque complet de pouvoirs d'enquête et de décision. Néanmoins, le Conseil souhaite souligner quelques lacunes.

S'agissant, tout d'abord, du pouvoir de demander des renseignements (article 8), le Conseil constate que la proposition exige que les ANC disposent du pouvoir de requérir des renseignements par voie de décision. Cette voie, qui correspond à l'article 18, paragraphe 3 du règlement 1/2003, complète la voie « ordinaire », par simple demande, de l'article 18, paragraphe 2 du règlement 1/2003 et non-assortie de mesures de contrainte. La voie de décision n'est utilisée qu'en cas d'absence de coopération des entreprises à la suite d'envoi des simples demandes de renseignements lesquelles constituent la grande majorité de demandes envoyées par la Commission.

---

<sup>5</sup> Cf à la page 27 et en note de bas de page 69 de l'analyse d'impact jointe à la proposition de la Directive : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/impact\\_assessment\\_annexes\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/impact_assessment_annexes_en.pdf)

<sup>6</sup> Idem, page 67

A cet égard, le Conseil souhaite signaler que, bien que conformément à l'article 14 de la loi relative à la concurrence, le Conseil est effectivement doté du pouvoir de demander des renseignements par voie de décision, la loi est muette s'agissant du pouvoir d'adresser de simples demandes de renseignements. Or, de telles demandes constituent un outil plus efficace dans la mesure où tout en respectant les droits de la défense des entreprises (la base juridique et le but de la demande doivent être précisés), elles ne sont pas soumises aux mêmes exigences procédurales que celles relatives à l'adoption de décisions selon la procédure administrative non-contentieuse. Il échet à cet égard de préciser que les entreprises n'encourent de sanctions que pour la fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés en réponse à une simple demande de la part de la Commission, alors qu'elles encourent des sanctions en formes d'amendes pour des renseignements inexacts, incomplets ou dénaturés, ou absence de réponse, ainsi qu'elles peuvent être soumises à une astreinte en vue de les obliger à répondre à la décision de demande de renseignements.

Par ailleurs, le Conseil souligne que les pouvoirs dont il dispose, notamment en ce qui concerne les perquisitions, se fondent également sur les dispositions du code de procédure pénale qui régissent les pouvoirs et obligations des officiers de police judiciaire. Néanmoins, le Conseil estime qu'il serait opportun de regrouper tous les pouvoirs et compétences dont il dispose dans la loi relative à la concurrence afin d'accroître la transparence et la sécurité juridique. Ainsi, le Conseil estime que le catalogue des pouvoirs dont il dispose lors des inspections en vertu de la loi relative à la concurrence devrait inclure le pouvoir d'apposer les scellés sur les locaux professionnels (voir article 6, paragraphe 1, sous d) de la proposition).

Par ailleurs, s'agissant des mesures conservatoires (article 10 de la proposition), le Conseil constate que la proposition prévoit la possibilité d'imposer les mesures provisoires *ex officio*, alors que la loi relative à la concurrence ne permet leur octroi qu'à la demande de toute partie concernée. Le Conseil est favorable à cette extension du pouvoir d'octroyer des mesures conservatoires pour des raisons d'efficacité de son action de lutte contre les distorsions de concurrence.

#### 4.6. Chapitre V : Amendes et astreintes

Le Conseil relève que la proposition établit un catalogue détaillé d'amendes et astreintes qui va substantiellement au-delà de ce qui est actuellement prévu dans la loi relative à la concurrence. Le Conseil souhaite souligner à cet égard que le catalogue proposé est conforme aux articles 23 et 24 du règlement 1/2003, alignant ainsi les pouvoirs des ANC avec ceux dont dispose la Commission en la matière.

Le Conseil estime qu'un tel alignement est susceptible d'accroître l'effectivité de l'action des ANC dans la mesure où les astreintes servent à contraindre les entreprises récalcitrantes au respect des actes de procédure et les décisions alors que les amendes, revêtant un caractère punitif, sont destinées à réprimer, non seulement les infractions aux règles de la concurrence mais également des agissements entrepris en vue de compromettre le déroulement des enquêtes.



#### 4.6.1. Astreintes

Le Conseil relève qu'il est proposé d'ajouter au catalogue, déjà bien complet dans la loi relative à la concurrence, la possibilité d'imposer une astreinte pour contraindre l'entreprise visée à se soumettre à une inspection (article 15, sous a) de la proposition) et pour contraindre à respecter une décision de mesures provisoires (article 15, sous c). Le Conseil constate, d'abord, que bien que les deux mesures de contrainte soient absentes de la loi relative à la concurrence, l'objectif poursuivi par l'article 15, sous a) de la proposition est déjà atteint par les dispositions nationales prévoyant le recours à la force publique, moyennant une autorisation judiciaire préalable, pour accéder aux locaux à inspecter. En revanche, le Conseil serait favorable à l'introduction d'une astreinte, absente de l'ordre juridique luxembourgeois, pour contraindre l'entreprise destinataire d'une décision de mesures provisoires à la respecter.

#### 4.6.2. Amendes

##### 4.6.2.1. Catalogue d'amendes

Le Conseil constate que la proposition étend sensiblement le catalogue d'amendes par rapport à ce qui est actuellement prévu dans la loi relative à la concurrence. En effet, cette dernière se limite aux amendes pour infractions constatées aux articles 101 et 102 du TFUE et pour la fourniture de renseignements inexacts, incomplets ou dénaturés ou absence de réponse aux demandes de renseignements en application de l'article 14, paragraphe 2 de la loi relative à la concurrence. En revanche, la proposition exige que les ANC aient le pouvoir d'imposer des amendes pour : le refus de se soumettre à une inspection de locaux professionnels (article 12, paragraphe 2, sous a) de la proposition), le bris de scellés apposés lors des inspections (article 12, paragraphe 2, sous b) de la proposition), les réponses incorrectes, incomplètes ou dénaturées ou absence de réponse lors des inspections (article 12, paragraphe 2, sous c) de la proposition), le non-respect d'une décision d'engagements ou imposant des mesures conservatoires ((article 12, paragraphe 2, sous e) de la proposition).

Le Conseil est d'avis que l'extension du catalogue d'amendes conformément à la proposition accroîtrait l'effectivité de l'action du Conseil en incitant les entreprises visées par les mesures d'enquêtes ou les décisions du Conseil à coopérer et à respecter les obligations dont elles feraient l'objet. Il serait particulièrement opportun de prévoir des amendes pour le non-respect de décisions du Conseil relatives aux mesures provisoires et aux engagements souscrits suite à l'intervention du Conseil. En effet, l'absence de mesure à caractère punitif est susceptible de diminuer l'efficacité de telles mesures. Par ailleurs, s'agissant de l'objection à l'amende pour refus de se soumettre à une inspection du fait que la loi autorise un accès forcé aux locaux à inspecter, le Conseil estime que cette objection, si elle est fondée à l'égard d'une astreinte, l'est moins pour s'opposer à la possibilité de prévoir une amende pour un tel refus. En effet, alors que l'astreinte vise à contraindre à se soumettre à une inspection, elle fait une sorte de « double emploi » avec la possibilité légale de contrainte par le biais d'accès forcé. En revanche, une amende peut bien coexister avec les mesures de contrainte, astreinte ou accès forcé, du fait de son caractère punitif ayant vocation à réprimer des agissements en cause. Le Conseil est ainsi favorable à l'extension du catalogue des amendes conformément aux dispositions de la proposition.

#### 4.6.2.2. Calcul des amendes

Le Conseil relève que la proposition contient des dispositions détaillées s'agissant du calcul des amendes. A cet égard, le Conseil souligne que la loi relative à la concurrence est conforme à la proposition en ce qui concerne la prise en compte de la gravité et de la durée de l'infraction lors du calcul de l'amende à infliger pour infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du TFUE.

Le Conseil constate, ensuite, que la proposition reprend au bénéfice des ANC les dispositions de l'article 23, paragraphe 4 du règlement 1/2003, relatives aux modalités de recouvrement des amendes infligées par la Commission aux associations d'entreprises (article 13 paragraphe 2 de la proposition). Le Conseil s'estime favorable à l'inclusion de ces dispositions dans la loi relative à la concurrence. En effet, de telles règles contribuent à une meilleure sécurité juridique et augmentent l'effectivité des décisions réprimant les pratiques anticoncurrentielles en évitant des contentieux relatifs au recouvrement des amendes infligées par le Conseil. Par ailleurs, la méthode de recouvrement des amendes infligées aux associations pour infraction aux articles 101 ou 102 du TFUE s'en trouverait alignée à celle de la Commission.

Le Conseil relève, enfin, que s'agissant du montant maximal de l'amende, la loi relative à la concurrence est déjà partiellement conforme à la proposition. Cette dernière ajoute une précision concernant le montant maximal de la responsabilité financière des entreprises membres d'une association, lorsque l'infraction de l'association porte sur les activités de ses membres. Le Conseil s'estime favorable à l'inclusion de cette disposition dans la loi, au bénéfice de la sécurité juridique des entreprises.

#### 4.6.3. Chapitre VI : Clémence

A titre liminaire, le Conseil souligne que l'intérêt principal de la proposition réside dans ce chapitre, et dans le chapitre suivant.

S'agissant de la clémence, le Conseil souhaite souligner que cette problématique était absente du règlement 1/2003. Ce n'est que postérieurement à son adoption que le programme de clémence a été introduit et développé au niveau européen<sup>7</sup> et dans certains Etats membres.

Le Conseil souligne que, ainsi que l'observe la Commission, les programmes de clémence constituent un outil essentiel de détection des ententes secrètes et aident de ce fait à poursuivre de façon efficiente et à sanctionner les violations les plus graves du droit de la concurrence.

Or, en dépit d'une certaine convergence de pratiques de clémence qui a été atteinte par le biais du programme modèle non-contraignant du Réseau européen de concurrence (ci-après « le REC ») en matière de clémence<sup>8</sup>, des différences notables entre les programmes de clémence subsistent entre les différents Etats membres. Ces différences, sources pour les entreprises en infraction d'une insécurité juridique quant aux conditions auxquelles elles peuvent demander la clémence et au statut d'immunité auquel elles peuvent prétendre au titre

---

<sup>7</sup> 2002 et 2006

<sup>8</sup> [http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_fr.pdf)

du ou des programmes de clémence qui leur sont accessibles, sont susceptibles d'affaiblir l'intérêt de cette démarche, ce qui peut conduire à une mise en œuvre moins efficace des règles de concurrence dans l'Union.

A cet égard, le Conseil relève que les dispositions de la proposition relatives à la clémence sont, certes, nouvelles par rapport au contenu de l'actuelle loi relative à la concurrence<sup>9</sup>, mais ne le sont pas par rapport au contenu de l'actuel programme national de clémence<sup>10</sup>. Ce programme a été élaboré dans le cadre de l'étroite coopération au sein du REC et adopté par les ANC, dont le Conseil. Quand bien même le Conseil s'efforce d'appliquer le programme dans les limites de la loi relative à la concurrence, celui-ci ne crée pas d'obligations juridiquement contraignantes.

Avant de reprendre les dispositions respectives en détail, le Conseil souhaite exprimer son soutien global à la proposition de la Commission à l'égard de la clémence, laquelle reprend les dispositions détaillées du programme-modèle de clémence élaboré au sein du REC. En effet, le Conseil juge la proposition à la fois nécessaire et appropriée pour atteindre l'objectif d'augmenter la sécurité juridique pour renforcer l'intérêt qu'ont les entreprises qui envisagent de solliciter la clémence à entreprendre une telle démarche.

En revanche, le Conseil souhaite attirer l'attention sur la question de l'acte de transposition eu égard au niveau de détail des dispositions sur la clémence contenues dans la proposition. Il serait peut-être opportun de considérer un acte réglementaire séparé régulant la clémence au niveau national afin d'octroyer au programme national de clémence une force obligatoire en l'incluant dans un acte normatif sans pour autant encombrer la loi relative à la concurrence.

#### 4.6.4. Immunité d'amendes

Le Conseil constate que la loi relative à la concurrence est déjà en partie conforme à la proposition à cet égard. La loi n'exige pas expressément que l'entreprise souhaitant obtenir le bénéfice de la clémence révèle sa participation à une entente secrète. Néanmoins, cette exigence est implicite et nécessairement sous-jacente à l'application de la clémence en faveur de l'entreprise demanderesse.

#### 4.6.5. Réduction d'amendes

Le Conseil constate que la loi relative à la concurrence est déjà largement conforme à la proposition sur ce point. Cette dernière apporte néanmoins une précision par rapport à ce qui est prévu dans la loi relative à la concurrence s'agissant d'une réduction d'amendes supplémentaire qui peut être accordée si le demandeur apporte des preuves que l'ANC utilise, sans avoir besoin de les corroborer davantage, pour établir des faits supplémentaires conduisant à une augmentation des amendes par rapport à celles qui auraient été infligées aux participants à l'entente secrète en l'absence de ces preuves. Une telle réduction d'amendes supplémentaire accordée au demandeur serait proportionnelle à cette augmentation des amendes.

---

<sup>9</sup> Il en est ainsi du fait que les programmes de clémence, tant au niveau de l'UE, qu'aux niveaux nationaux n'ont été introduits que relativement récemment et sont toujours en voie de développement.

<sup>10</sup> <https://concurrence.public.lu/fr/regles-concurrence/procedures-negociees.html>

Le Conseil s'estime favorable à cette disposition. En effet, une possibilité de réduction supplémentaire incite davantage les entreprises à demander le bénéfice de la clémence et dénoncer les ententes.

#### 4.6.6. Conditions générales de la clémence

Le Conseil constate que la loi relative à la concurrence reprend déjà certaines des dispositions relatives aux conditions générales de la clémence, notamment l'exigence que l'entreprise mette fin à sa participation à l'entente immédiatement après le dépôt de sa demande de clémence sauf si, de l'avis de l'ANC, un maintien de la participation est nécessaire à l'intégrité de son enquête.

En outre, la loi requiert déjà, conformément à ce que propose la Commission une coopération véritable, totale et permanente avec l'ANC dès le dépôt de sa demande jusqu'à ce que l'autorité ait clos sa procédure contre toutes les parties faisant l'objet de l'enquête. Le Conseil constate, à cet égard, que la proposition requiert que la coopération soit, en outre, rapide. Une telle précision, bien que la rapidité de la coopération découle implicitement de la logique de la clémence, serait tout de même utile pour asseoir davantage l'effectivité de la procédure. Par ailleurs, la proposition contient une liste d'actes qui illustrent, de manière détaillée, les comportements constituant une coopération véritable, totale, permanente et rapide (article 18, sous b) de la proposition), ainsi que des actes proscrits de la part d'un demandeur de clémence (article 18, sous c de la proposition)). Le Conseil est d'avis qu'un tel niveau de précision est souhaitable pour assurer la transparence et la sécurité juridique à travers l'UE où la pratique de clémence a jusqu'alors été assez hétérogène.

#### 4.6.7. Formes de demande de clémence

Cette disposition vise à s'assurer que les demandes de clémence puissent être déposées par écrit, à l'oral ou par tout autre moyen qui ne conduise pas à la production de documents, d'informations ou d'autres éléments dont le demandeur a la possession, la garde ou le contrôle.

Le Conseil relève que la loi relative à la concurrence est muette à l'égard des moyens par lesquels une demande de clémence peut être déposée. Le Conseil serait néanmoins favorable à l'adoption de l'obligation de mettre en place un système de dépôt de demande de clémence tel que proposé par la Commission. En effet, un tel système renforce l'incitation des entreprises à dénoncer les pratiques anticoncurrentielles auxquelles elles-mêmes participent.

#### 4.6.8. Marqueur pour les demandes formelles d'immunité (article 20)

Le Conseil relève que les dispositions de l'article 20 de la proposition sont, certes, nouvelles par rapport au contenu de l'actuelle loi relative à la concurrence mais ne le sont pas par rapport au contenu de l'actuel programme national de clémence<sup>11</sup> (voir section 4.6.3 ci-dessus).

Le Conseil est favorable à l'adoption de l'article 20 de la proposition, qui vise à mettre en place des marqueurs à octroyer aux entreprises sollicitant la clémence. En effet, cette

---

<sup>11</sup> <https://concurrence.public.lu/fr/regles-concurrence/procedures-negociees.html>

disposition augmente la sécurité juridique des entreprises demanderesse de clémence lorsque plusieurs entreprises sollicitent l'immunité ou la réduction de l'amende tout en préservant les pouvoirs des ANC d'apprécier l'opportunité et/ou le bien-fondé de la demande.

#### 4.6.9. Demandes sommaires (article 21)

De même que l'article 20 visé ci-dessus, quand bien même aucune des dispositions de l'article 21 de la proposition ne figurent dans l'actuelle loi relative à la concurrence, elles sont reprises dans le programme national de clémence.

L'article 21 impose aux Etats membres d'introduire la possibilité pour les entreprises ayant sollicité la clémence auprès de la Commission de présenter des demandes sommaires concernant la même entente aux ANC qu'elles estiment bien placées pour traiter l'affaire. Les dispositions de l'article 21 comportent des règles détaillées s'agissant du contenu obligatoire d'une demande sommaire et de la procédure de dépôt et de traitement de telles demandes. Le Conseil est favorable à l'adoption de ces dispositions puisque leur mise en place contribuerait à l'harmonisation des procédures relatives à des demandes de clémence multiples concernant la même entente. L'efficacité de l'action des ANC ainsi que la sécurité juridique des entreprises concernées s'en trouveraient augmentées.

#### 4.6.10. Interaction entre les programmes de clémence et les sanctions infligées aux personnes physiques (article 22)

Le Conseil relève que cette disposition ne figure pas dans l'actuelle loi relative à la concurrence. Le Conseil est d'avis qu'il est souhaitable de fournir une protection légale aux administrateurs et salariés des entreprises qui le souhaitent de solliciter la clémence contre toute sanction infligée par des autorités publiques pour leur participation à l'entente secrète faisant l'objet de la demande de clémence, à condition que les personnes concernées coopèrent avec les ANC concernées et que la demande de clémence intervienne avant le début de la procédure pénale. En effet, dans les systèmes juridiques où les administrateurs et salariés des entreprises participantes à des ententes risquent des poursuites pénales, les programmes de clémence sont dépourvus d'utilité en l'absence d'une telle protection.

### 4.7. Chapitre VII : Assistance mutuelle

Le Conseil relève, à titre liminaire, que le chapitre portant sur l'assistance mutuelle vise à préciser davantage les dispositions du règlement 1/2003, et notamment de son article 22 qui impose aux ANC de s'assister mutuellement lors des inspections menées auprès des entreprises établies sur le territoire d'un autre Etat membre. Par ailleurs, le Conseil relève que les dispositions commentées ci-après compléteraient l'actuel article 31 de la loi relative à la concurrence qui met en place une assistance relativement limitée envers les ANC des autres Etats membres.

En premier lieu, le Conseil relève que l'article 23 de la proposition précise que les agents et les autres personnes mandatés par l'ANC requérante doivent pouvoir être autorisés à assister à l'inspection menée par l'ANC requise et à y participer activement en exerçant les pouvoirs en matière d'inspections des locaux professionnels et d'autres locaux, prévus aux articles 6 et 7 de la proposition. Le Conseil souhaite exprimer son très fort soutien à l'adoption d'une telle disposition tout en étant conscient du fait que sa transposition nécessiterait une

adaptation de l'actuel article 31 de la loi relative à la concurrence qui subordonne le droit des agents d'autres ANC de participer à une inspection à une autorisation discrétionnaire du président du Conseil et limite leur participation à une simple assistance. Par ailleurs, l'adoption de la disposition proposée pourrait se heurter à la condition légale propre à l'ordre juridique administratif luxembourgeois selon laquelle les participants aux inspections doivent nécessairement revêtir la qualité d'officier de police judiciaire. Une exception pourrait alors être envisagée en faveur des agents des ANC requérantes.

En deuxième lieu, le Conseil relève que la proposition vise à obliger une ANC requise à notifier au destinataire, à la demande et au nom d'une ANC requérante, les griefs préliminaires relatifs à l'infraction présumée à l'article 101 ou 102 du TFUE et les décisions appliquant ces articles, ainsi que les documents relatifs à l'exécution des décisions infligeant des amendes ou des astreintes (article 24 de la proposition). Cette obligation resterait sans préjudice des autres formes de notifications par une ANC requérante conformément aux règles en vigueur dans cet État membre. La proposition précise, en outre, que la notification dans l'État membre requis doit se faire conformément aux dispositions législatives et réglementaires et aux pratiques administratives nationales en vigueur dans l'État membre requis. Le Conseil est favorable à l'adoption de cette proposition qui, tout en respectant les procédures nationales, augmenterait de manière significative l'efficacité de l'action des ANC dans les enquêtes qui visent les entreprises établies sur le territoire d'un autre État membre, en clarifiant et en harmonisant les obligations des ANC requises.

En troisième lieu, le Conseil relève que l'article 25 de la proposition comporte des dispositions détaillées relatives à l'assistance à prêter aux ANC des autres États membres dans l'exécution des décisions infligeant des amendes ou des astreintes que l'autorité requérante adopterait en vertu des articles 12 et 15 de la proposition. Le Conseil note que cette disposition serait assortie de condition d'absence de présence juridique et de suffisamment d'actifs dans l'État membre de l'autorité requérante de l'entreprise concernée par la décision à exécuter. En outre, la mesure d'exécution forcée dans l'État membre requis devrait être prise dans le respect de dispositions législatives et réglementaires et de pratiques administratives nationales en vigueur dans l'État membre requis et la décision d'exécution devrait avoir acquis la force de chose jugée dans l'État membre requérant. Par ailleurs, l'État membre requis peut opposer son ordre public lorsqu'il estime que l'exécution de la décision en cause s'y opposerait manifestement. Le Conseil souhaite apporter son soutien à la disposition qui assure une étroite coopération entre les ANC, cette dernière étant indispensable dans le système de compétences parallèles qu'est celui de l'application des articles 101 et 102 du TFUE dans l'UE.

En dernier lieu, le Conseil s'estime favorable à la disposition contenue à l'article 26 de la proposition, laquelle précise la loi applicable aux litiges concernant, d'un côté, la légalité d'une mesure à notifier ou d'une décision infligeant des amendes ou des astreintes, et, d'un autre côté, les mesures d'exécution prises dans l'État membre requis ou la validité d'une notification effectuée par l'autorité requise.

#### 4.8. Chapitre VIII : Délais de prescription

Le Conseil relève que la disposition relative à la suspension de délais de prescription applicables à l'imposition d'amendes ou d'astreintes par les ANC s'inscrit dans le système de compétences parallèles des ANC et de la Commission dans l'application des articles 101 et 102, dont il assure l'effectivité. Le Conseil s'estime favorable à l'adoption de cette disposition, d'autant plus qu'elle resterait sans préjudice du délai de prescription absolu de l'article 23 paragraphe (5) de la loi relative à la concurrence.

Le Conseil relève, par ailleurs, que la loi relative à la concurrence est déjà conforme en partie à la proposition en ce qu'elle prévoit, dans son article 25 paragraphe (6), la suspension du délai de prescription applicable à l'imposition d'amendes ou d'astreintes pendant l'instance de recours à l'encontre de la décision du Conseil.

#### 4.9. Chapitre IX : Dispositions générales

##### 4.9.1. Rôle des autorités nationales de concurrence administratives devant les juridictions nationales

A titre liminaire, le Conseil observe que le paragraphe premier de l'article 28 de la proposition n'est pertinent qu'à l'égard des États membres qui désignent à la fois une autorité nationale de concurrence administrative (organe d'enquête) et une autorité nationale de concurrence judiciaire (organe de décision), ce qui n'est pas le cas du Luxembourg.

Par ailleurs, le Conseil constate que la disposition de l'article 28 de la proposition concerne l'actuel article 33 de la loi relative à la concurrence, lequel prévoit que le Conseil peut déposer des conclusions devant les juridictions judiciaires et administratives et présenter des observations orales à condition d'y être autorisé par le juge.

Le Conseil relève, à cet égard, les compétences d'ester en justice des ANC telles qu'établies par la proposition vont au-delà de la disposition en cause de la loi relative à la concurrence actuellement en vigueur.

En effet, la proposition exige que, s'agissant des procédures juridictionnelles visant les décisions des ANC relatives à l'application des articles 101 et 102 du TFUE, ces dernières soient pleinement autorisées à prendre part en qualité de procureur ou de partie défenderesse et à jouir des mêmes droits que les autres parties au litige. Cette disposition reflète la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE, selon laquelle « l'article qui autorise une ANC à soumettre des observations écrites [...] au sujet de l'application des articles 101 et 102 du TFUE et, avec l'autorisation de la juridiction en question, à présenter des observations orales ne vise pas la participation d'une telle autorité aux procédures judiciaires nationales en tant que partie défenderesse. [...] l'obligation incombant à une ANC d'assurer l'application effective des articles 101 et 102 du TFUE exige que celle-ci dispose de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur. »<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Arrêt de la Cour du 7 décembre 2010 dans l'affaire C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerker (VEBIC) VZW.*, ECLI:EU:C:2010:739, paragraphes 55 et 59

Le Conseil est d'avis que l'actuelle loi relative à la concurrence n'est pas conforme à la jurisprudence susvisée de la Cour dans la mesure où le Conseil jouit de droits restreints par rapport à ceux dont dispose une partie au procès. En effet, plus qu'une simple autorité administrative indépendante, le Conseil devrait être doté par la loi relative à la concurrence d'une capacité d'ester en justice, à tout le moins en ce qui concerne la participation aux procédures juridictionnelles impliquant les décisions prises dans l'exercice de ses fonctions. Si le Conseil s'estime favorable à une telle modification de son statut, ses modalités exactes devraient être soigneusement analysées afin de ne pas détourner ses effectifs et ressources de ses compétences principales qui lui sont dévolues par la loi.

#### 4.9.2. Limites à l'utilisation des informations

Le Conseil relève, tout d'abord, que les dispositions détaillées de l'article 29 de la proposition complètent l'article 12 du règlement 1/2003. En effet, la proposition règle de manière très spécifique les droits d'utiliser différents types d'informations recueillies par les ANC dans le cadre de leurs enquêtes ou lors des dépôts de demandes de clémence. Le Conseil souhaite attirer l'attention sur le fait que cette disposition a vocation à s'appliquer aussi bien lors de l'application des articles 101 et 102 du TFUE que des dispositions nationales relatives à la concurrence, donc les articles 2 à 5 de la loi relative à la concurrence.

Le Conseil est favorable à l'adoption de ces dispositions, dans la mesure où elles contribuent à la protection des droits de la défense des entreprises concernées dans un système de coopération étroite entre les ANC.

#### 4.9.3. Recevabilité des preuves devant les autorités nationales de concurrence

Le Conseil constate que la disposition de l'article 30 de la proposition oblige les Etats membres à s'assurer que les entreprises puissent apporter des preuves par tout moyen lors des procédures devant les ANC. Le Conseil soutient l'adoption de cette disposition dans la mesure où, s'agissant en particulier des ententes secrètes, les ANC doivent pouvoir examiner toutes les preuves pertinentes, quel que soit leur support, y compris les enregistrements dissimulés pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'unique source de preuve.



## 5. Conclusion

Au vu de ce qui précède, le Conseil est favorable à l'adoption de la directive proposée.

Ainsi délibéré et avisé en date du 12 juillet 2017.



Pierre Rauchs  
Président



Jean-Claude Weidert  
Conseiller



Mattia Melloni  
Conseiller



Grazyna Piesiewicz  
Conseiller