



# L'actualité en droit de la concurrence : jurisprudence, activité de l'Autorité de la concurrence, développements législatifs

Arendt Case Law Forum

Séminaire en présentiel

14/03/2023

[arendt.com](https://www.arendt.com)

CONFIDENTIALITY REMINDER

This document is confidential and is intended solely for its recipient.  
Do not distribute outside of your organisation.



# L'actualité en droit de la concurrence : quelles nouveautés spécialement en matière de jurisprudence ?

VOS ORATEURS/CONTACTS



Philippe-Emmanuel Partsch



Ursula Pereira Pinto Bassoukou

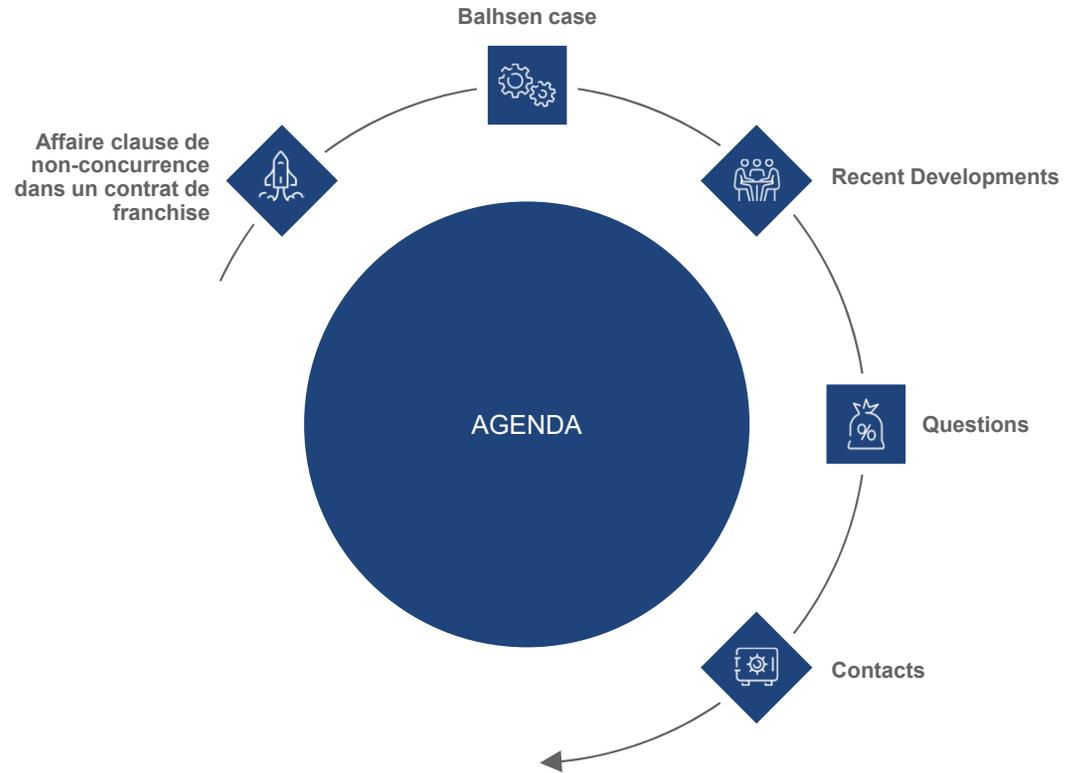


[arendt.com](https://www.arendt.com)

**CONFIDENTIALITY REMINDER**  
This document is confidential and is intended solely for its recipient.  
Do not distribute outside of your organisation.



# Agenda



## Affaire clause de non-concurrence dans un contrat de franchise



## Faits



### FAITS

- Accord conclu entre une agence immobilière, faisant partie d'un réseau de franchise immobilière actif au niveau mondial, et deux agents indépendants
- Contrat comprenant une clause de non-concurrence – en échange de l'expérience et du savoir-faire de la franchise, les agents ne seraient pas autorisés à exercer des activités similaires au Luxembourg pour leur propre compte ou celui d'un tiers
- Clause applicable pendant toute la durée du contrat et 12 mois suivant sa résiliation. Sanctions importantes en cas de violation.

## Analyse à trois niveaux du Tribunal d'arrondissement



### Qualification du contrat

- ✓ Contrat de franchise pour le Tribunal, car les agents étaient autorisés à utiliser l'identité visuelle de l'agence et à bénéficier de son savoir-faire en échange d'un droit d'entrée et d'une commission sur chaque vente



### Applicabilité du droit européen et lux. de la concurrence

- ✓ Exclusion de l'application de l'art. 101(1) TFUE par le Tribunal qui estime que le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres n'était pas rempli



### Applicabilité de la Constitution du Luxembourg

- ✓ Pas de référence par le Tribunal à la loi luxembourgeoise sur la concurrence du 23 octobre 2011, mais à l'article 11(6) de la Constitution du Luxembourg :
- ✓ *"La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sous réserve des restrictions à établir par la loi"*

## Spécificité du savoir-faire

### SPÉCIFICITÉ NÉCESSAIRE DU SAVOIR-FAIRE

- Clause de non-concurrence jugée nulle et non avenue
  - Pas de transfert de savoir-faire substantiel de l'agence vers les agents
  - Le Tribunal a jugé la formation et le savoir-faire transmis comme utiles à l'exercice du métier d'agent immobilier mais ne constituant pas un savoir-faire spécifique à la franchise
  - En conséquence, restriction excessive et injustifiée à la liberté d'entreprendre – constitutionnellement protégée – des agents

### SPÉCIFICITÉ SANS CESSÉ DECROISSANTE ?

- Les possibilités innombrables du Web
  - Exigence que l'on peut imaginer de plus en plus stricte en raison des nouveaux horizons ouverts par Internet
  - Masse d'infos considérable concernant les méthodes de vente, de gestion, d'organisation compromettant la confidentialité d'un savoir-faire

## Evaluation méthodique et factuelle du Tribunal



### Evaluation de la clause

- ✓ Clause couvre l'ensemble du territoire luxembourgeois pour une période significative même après la fin du contrat



### Constitution du Luxembourg

- ✓ Article 11(6) de la Constitution du Luxembourg – Proportionnalité nécessaire



### Jurisprudence

- ✓ Arrêt N° 176 du 23 décembre 2022 de la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise confirme cette nécessité de proportionnalité quant à toute restriction au principe de liberté du commerce et de l'industrie

## Raisonnement inspiré du droit de la concurrence



### Inspiration du droit de la concurrence

- Arrêt non fondé sur des dispositions du droit de la concurrence mais sur le raisonnement de la Cour de justice de l'Union Européenne (« CJUE ») dans l'affaire *Pronuptia*
- Dans les accords de franchise, seule la protection du savoir-faire peut exclure un contrat du champ d'application de l'article 101(1) TFUE
- Deux affaires de 2017 et de 2020 de la Cour d'appel de Paris ont déclaré la nullité d'une telle clause pour spécificité insuffisante du savoir-faire transmis

## Droit constitutionnel plutôt que droit de la concurrence ?



### Hypothèses concernant la non-utilisation du droit de la concurrence

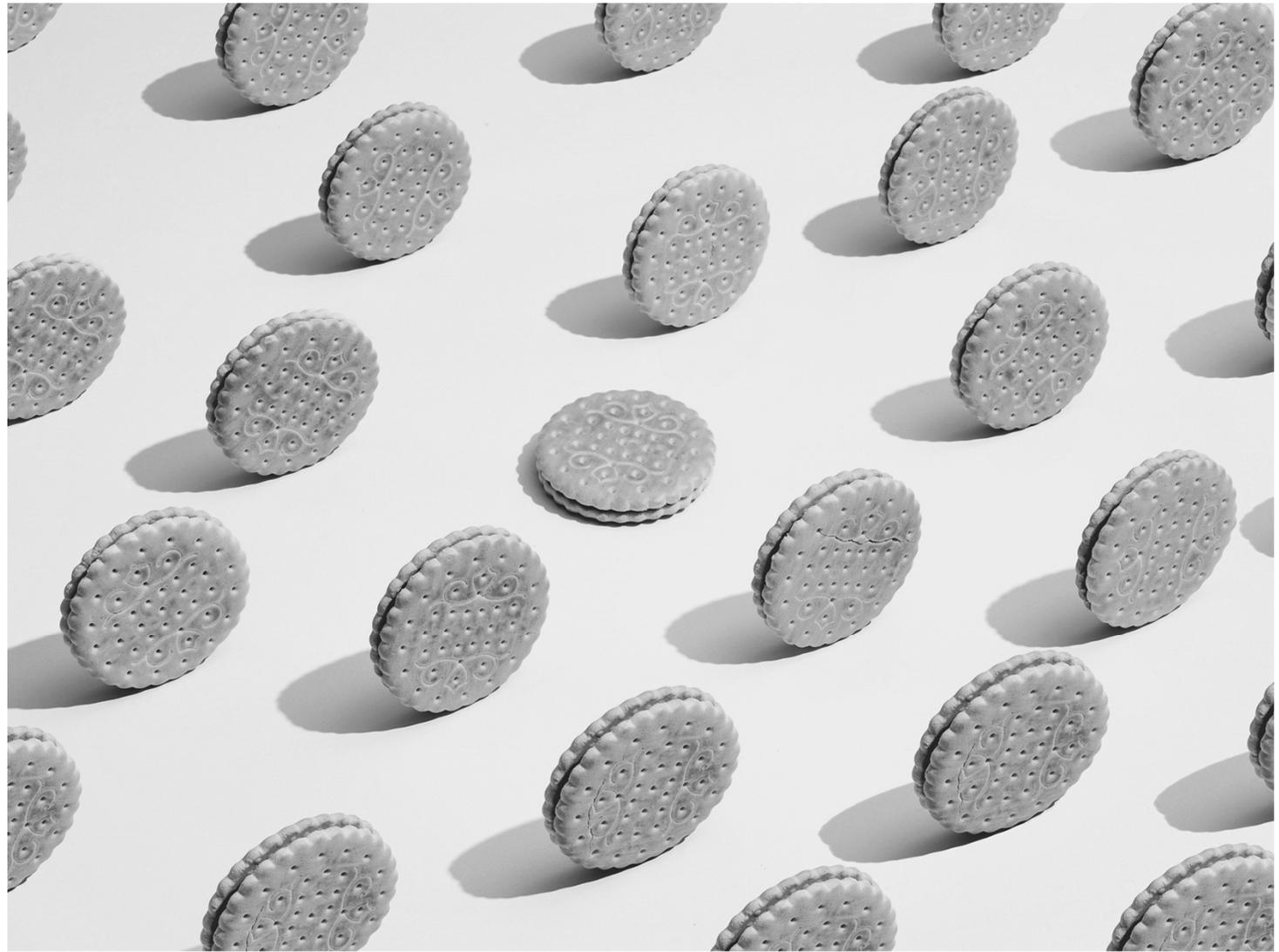
- Juges luxembourgeois plus à l'aise avec la Constitution du Luxembourg
- Prudence des juges suite à la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel par la Cour de Cassation à cause d'une référence erronée à la loi Macron
- Encouragement à ne pas craindre le droit de la concurrence – européen ou luxembourgeois

## Large portée de l'arrêt

- Impact sur l'intégralité des contrats de franchise

- L'impact de l'arrêt sur les contrats de franchise dépasse la dimension du secteur immobilier, toute cette catégorie de contrats est touchée

## Affaire Bahlsen



## Faits



### FAITS

- Le Conseil de la concurrence a condamné Bahlsen et chacun de ses distributeurs Auchan, Cactus et Delhaize au Luxembourg à des amendes pour des pratiques de prix de vente conseillés entre 2011 et 2015 concernant les prix des produits Bahlsen
- Le total d'amendes le plus élevé jamais infligé par le Conseil de la concurrence s'élève à 3,3 millions d'euros
- Bahlsen et Cactus ont fait appel des décisions du Conseil devant le Tribunal administratif

## Décisions du Conseil



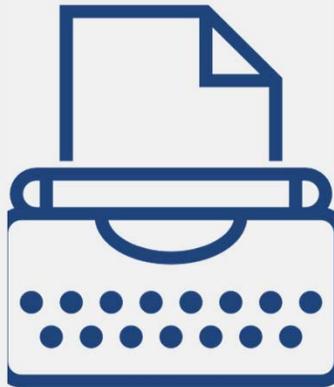
■ Le Conseil a conclu à l'existence d'une entente verticale entre Bahlsen et Auchan, Cactus et Delhaize en violation de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et de l'article 3 de la loi sur la concurrence

- “En pratiquant des prix de revente fixes et minimaux (prix de revente imposés) de janvier 2011 à octobre 2015, les entreprises [...] ont violé l'interdiction prévue à l'article 3 de la loi sur la concurrence et à l'article 101 du TFUE.”
- Trois décisions ont été rendues par le Conseil de la concurrence
  - Décision 2020-FO-03 – Bahlsen et Auchan
  - Décision 2020-FO-04 – Bahlsen et Cactus
  - Décision 2020-FO-05 – Bahlsen et Delhaize
- Amendes infligées :

Bahlsen 1.5 million €	Auchan 246 558 €	Cactus 1.3 million €	Delhaize 223 342 €
--------------------------	---------------------	-------------------------	-----------------------

Fines imposed by Council

## Apports principaux des décisions



- Le comportement en cause concernait des pratiques de prix de vente conseillés pour des biscuits sucrés et salés et des snacks entre janvier 2011 et fin 2015
  - Le Conseil de la concurrence a ouvert la procédure d'office après avoir constaté un parallélisme des prix entre les distributeurs des produits Bahlsen au Luxembourg
  - Le Conseil de la concurrence reconnaît le caractère "par objet" des RPM
  - Le Conseil a considéré que les preuves étaient suffisantes pour établir l'existence d'un accord entre les parties
  - Mais s'est également appuyé, à titre subsidiaire, sur l'analyse du triple test pour établir la réalité de l'accord implicite sur les prix de vente imposés
    - Le fournisseur a communiqué les prix de revente conseillés aux distributeurs;
    - Une politique de prix a été mise en place (y compris une surveillance des prix au niveau du commerce de détail);
    - Les prix au détail ont été effectivement appliqués - point central de l'analyse de la décision

# Résumé des arguments de Bahlsen



## Enquête

- ✓ Absence de preuves suffisantes pour justifier une inspection
- ✓ Violation de la séparation fonctionnelle du Conseil



## Vices de procédure

- ✓ Violation du secret professionnel
- ✓ Violation des droits de la défense
- ✓ Violation du principe du contradictoire
  - ✓ Réduction de l'échantillon de produits pour évaluer la surveillance des prix
  - ✓ Modification de la méthode de preuve
  - ✓ Méthodologie de prix différente



## Clémence

- ✓ Le refus de l'immunité serait contraire au principe de proportionnalité
- ✓ Coopération pour la fourniture de documents pertinents
- ✓ La coopération n'inclut pas l'obligation de procéder à une qualification juridique

## Enquête



- Le Tribunal administratif a estimé que :
  - Absence de preuves suffisantes pour justifier une inspection
    - Le parallélisme des prix est une indication suffisante pour procéder à une enquête
  - Violation de la séparation fonctionnelle du Conseil
    - La loi n'exige pas que les enquêteurs soient nommés dans l'ordre de perquisition - seulement les officiers de police judiciaire
    - Le conseiller qui participe à la direction de l'enquête ne doit participer ni à la délibération ni à la décision du Conseil
      - Pas de violation en l'espèce

Moyens rejetés par le Tribunal administratif

# Résumé des arguments de Bahlсен



## Enquête

- ✓ Absence de preuves suffisantes pour justifier une inspection
- ✓ Violation de la séparation fonctionnelle du Conseil



## Vices de procédure

- ✓ Violation du secret professionnel
- ✓ Violation des droits de la défense
  - ✓ Absence d'accès complet aux dossiers
- ✓ Violation du principe du contradictoire
  - ✓ Réduction de l'échantillon de produits pour évaluer la surveillance des prix
  - ✓ Modification de la méthode de preuve
  - ✓ Méthodologie de prix différente



## Clémence

- ✓ Le refus de l'immunité serait contraire au principe de proportionnalité
- ✓ Coopération pour la fourniture de documents pertinents
- ✓ La coopération n'inclut pas l'obligation de procéder à une qualification juridique

## Vices de procédure



- Le Tribunal administratif a jugé que :
  - Violation du secret professionnel
    - Il n'y a pas d'éléments suffisants pour attribuer des révélations et des opinions au président du Conseil dans la déclaration à la presse
  - Violation des droits de la défense et du principe du contradictoire
    - Jurisprudence de la CJUE : L'accès aux dossiers inclut la possibilité d'examiner tous les documents utiles à la défense d'une entreprise
      - Documents à charge et à décharge - charge de la preuve
        - Éléments à charge : Violation uniquement si le défendeur démontre que l'autorité s'est appuyée sur le document non inclus dans la décision
        - À décharge : La partie défenderesse doit démontrer que le document aurait été utile à sa défense

Constatation d'une violation des droits de la défense

## Vices de procédure



- Le Tribunal administratif a estimé que :
  - La jurisprudence de la CJUE : Le fait de joindre des documents à l'appui de la décision sans que les défendeurs aient eu la possibilité d'être entendus constitue une violation
  - Nouvelle interprétation des preuves
    - La SO a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves quant à l'existence d'un accord - elle a appliqué le triple test
    - Le Conseil a conclu qu'il y avait des preuves d'un accord et qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer le triple test - mais l'a appliqué comme alternative
    - Méthodologie différente
    - L'échantillon de produits pris en compte dans la communication des griefs n'est pas le même que celui utilisé dans la décision du Conseil
    - Changements dans la méthodologie utilisée pour vérifier le critère de surveillance des prix (l'une des exigences du triple test)
  - Les défendeurs n'ont pas eu l'occasion de commenter ces changements
  - Le fait que Bahlsen ait été le demandeur de la clémence ne l'empêche pas d'invoquer une violation des droits de la défense

Constatation d'une violation des droits de la défense

# Résumé des arguments de Bahlsen



## Enquête

- ✓ Absence de preuves suffisantes pour justifier une inspection
- ✓ Violation de la séparation fonctionnelle du Conseil



## Vices de procédure

- ✓ Violation du secret professionnel
- ✓ Violation des droits de la défense
- ✓ Violation du principe du contradictoire
  - ✓ Réduction de l'échantillon de produits pour évaluer la surveillance des prix
  - ✓ Modification de la méthode de preuve
  - ✓ Méthodologie de prix différente



## Clémence

- ✓ Le refus de l'immunité serait contraire au principe de proportionnalité
- ✓ Coopération pour la fourniture de documents pertinents
- ✓ La coopération n'inclut pas l'obligation de procéder à une qualification juridique

## Clémence



- Le Tribunal administratif a estimé que :
  - Les références du Conseil aux documents fournis par Bahlsen dépassent largement ceux qui ont été saisis lors de l'inspection
    - Le Conseil ne disposait pas, au moment de la demande de clémence, d'éléments de preuve suffisants pour conclure à l'existence d'une violation
  - Existence d'une politique de surveillance des prix
    - L'existence ne peut être déduite, elle doit être démontrée, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce
  - Position sur la demande de clémence
    - Résultat de l'évaluation détaillée des éléments fournis à l'appui de la demande de clémence
    - Le changement d'avis du Conseil se heurte au principe de confiance légitime
    - Pas de justification à l'appui de l'argument du manque de collaboration
      - Limites de la coopération - fournir des preuves et ne pas faire une caractérisation des faits
      - Cohérence de la collaboration et des arguments soulevés par Bahlsen au cours de l'enquête

Annulation partielle de la décision du Conseil concernant le refus de la clémence - immunité des amendes imposées

# Résumé des arguments de Cactus



## Vices de procédure

- ✓ Délai de procédure déraisonnable
- ✓ Violation du principe de bonne administration et du principe de la présomption d'innocence
- ✓ Violation des droits de la défense
- ✓ Violation du principe du contradictoire
  - ✓ Réduction de l'échantillon des produits pour évaluer le suivi des prix
  - ✓ Changement de la méthode de preuve
  - ✓ Méthode de prix différente



## Sur le fond

- ✓ Pas d'affectation du commerce entre les Etats members -> Inapplicabilité de l'Article 101 TFUE
- ✓ Pas de violation de l'Article 3 de la loi sur la concurrence et de l'Article 101 TFUE
  - ✓ Manque de preuves documentaires pour fonder la décision du Conseil
  - ✓ Usage inapproprié du "triple test" par le Conseil

## Sur le fond



- Le Tribunal administratif a estimé que :
  - Affectation du commerce entre États membres
    - La circonstance que les produits sont vendus sur le seul territoire luxembourgeois ne suffit pas à exclure l'application de l'article 101 du TFUE
  - Pas d'infraction à l'article 3 du droit de la concurrence et à l'article 101 du TFUE
    - La décision du Conseil a conclu qu'il y avait suffisamment de preuves documentaires pour étayer l'existence d'un accord de pratique illégale
      - Le Tribunal n'est pas d'accord avec cette affirmation car il n'y a pas de preuve claire et sans équivoque que les parties se sont entendues sur un accord de prix - le triple test doit alors être appliqué
      - En effectuant le test en trois étapes, le Conseil a appliqué une méthodologie discutable en utilisant un échantillon non représentatif de produits et de relevés de prix fournis uniquement par Bahlsen
        - En ignorant les informations plus complètes dont disposait le Conseil, y compris les chiffres fournis par Cactus

Annulation de l'ensemble de la décision et renvoi de l'affaire à l'Autorité

## Développements récents



## Développements récents



### Un nouveau régime de contrôle des fusions à venir

- ✓ À l'heure actuelle, le Luxembourg reste le seul État membre de l'UE à ne pas disposer d'un régime ex ante
- ✓ Janvier 2022 : Consultation publique sur la création d'un contrôle national des concentrations (notification des projets de certaines transactions à l'autorité nationale de la concurrence afin de procéder à un examen de fond)
- ✓ 13 juillet 2022 : Rapport préliminaire soulignant la volonté de s'inspirer des systèmes de contrôle des concentrations existants tout en tenant compte des spécificités luxembourgeoises, liées notamment au secteur financier
- ✓ Soutien majoritaire (88%) pour un régime obligatoire avec des seuils de chiffre d'affaires nationaux
- ✓ Un premier projet sera présenté au printemps 2023, mais il est peu probable qu'une loi soit adoptée avant la fin de l'année 2023



### Art. 22 (1) saisine par l'Autorité luxembourgeoise de la concurrence

- ✓ L'article 22, paragraphe 1, du Règlement européen « concentrations » autorise le renvoi des opérations de concentration à la Commission européenne même lorsque les seuils nationaux ou européens ne sont pas atteints
- ✓ Changement de politique majeur le 26 mars 2021 : La Commission ne décourage plus les renvois par les autorités de la concurrence qui ne sont pas compétentes pour examiner les transactions.
- ✓ 30 janvier 2023 : L'Autorité luxembourgeoise de la concurrence franchit une étape importante en renvoyant à la Commission européenne sa première opération au titre de l'article 22, paragraphe 1 (l'acquisition de Figma par Adobe).
- ✓ L'Autorité de la concurrence s'engage à renvoyer une transaction lorsqu'il y a au moins une menace d'effet significatif sur la concurrence.
- ✓ Les entreprises doivent faire preuve de prudence lorsqu'elles réalisent des opérations de fusion ou d'acquisition



## Un nouveau cadre juridique pour l'Autorité luxembourgeoise de la concurrence : principaux changements

- Loi 30 novembre 2022 entrée en vigueur le 1er janvier 2023

### UNE INDEPENDANCE RENFORCEE



- L'ancien Conseil de la concurrence a été transformé en établissement public et rebaptisé "Autorité de la concurrence"
- Assurer les garanties d'indépendance et de ressources nécessaires à une application plus efficace des articles 101 et 102 du TFUE

### PROCEDURE D'ENQUETE : POUVOIRS



- Pouvoirs d'inspection : l'article 25 définit les exigences en matière de raids à l'aube et d'autorisation judiciaire.
- Pouvoirs de vérification : l'article 24 définit les pouvoirs d'observation et de contrôle

### POUVOIRS D'ENQUÊTE : DÉCISIONS D'INTERROMPRE UNE ENQUÊTE ET RECOURS



- Article 35 : obligation d'informer et de motiver
- Recours contre les ordres d'inspection et contre les comportements spécifiques

### PROCÉDURE D'ENQUÊTE : PLAINTES



- Liste des informations minimales devant figurer dans une plainte
- Obligation de justifier le rejet

### POUVOIRS D'ENQUÊTE : PRIVILEGE LÉGAL



- Assistance d'un avocat
- Communications entre client et avocat sur les violations présumées confidentielles
- Mécanisme de résolution en cas de désaccord

### MÉCANISME DE RÈGLEMENT ET DE CLÉMENCE



- Possibilité d'offrir des engagements pour mettre fin à une enquête
- Introduction d'un système de marqueurs pour le programme de clémence
- Accord de transaction : les amendes peuvent être réduites jusqu'à 30%.



QUESTIONS?





## VOS ORATEURS/CONTACTS



Philippe-Emmanuel Partsch  
Partner

[philippe-emmanuel.partsch@arendt.com](mailto:philippe-emmanuel.partsch@arendt.com)

+352 40 78 78 2349



Ursula Pereira Pinto Bassoukou  
Associate

[ursula.bassoukou@arendt.com](mailto:ursula.bassoukou@arendt.com)

+352 40 78 78 7205

