



arendt

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.

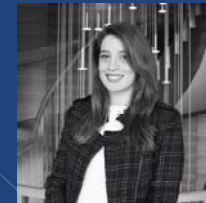


L'actualité en droit de la concurrence : quelles nouveautés spécialement en matière de jurisprudence ?

VOS ORATEURS/CONTACTS



Philippe-Emmanuel Partsch



Ursula Pereira Pinto Bassoukou

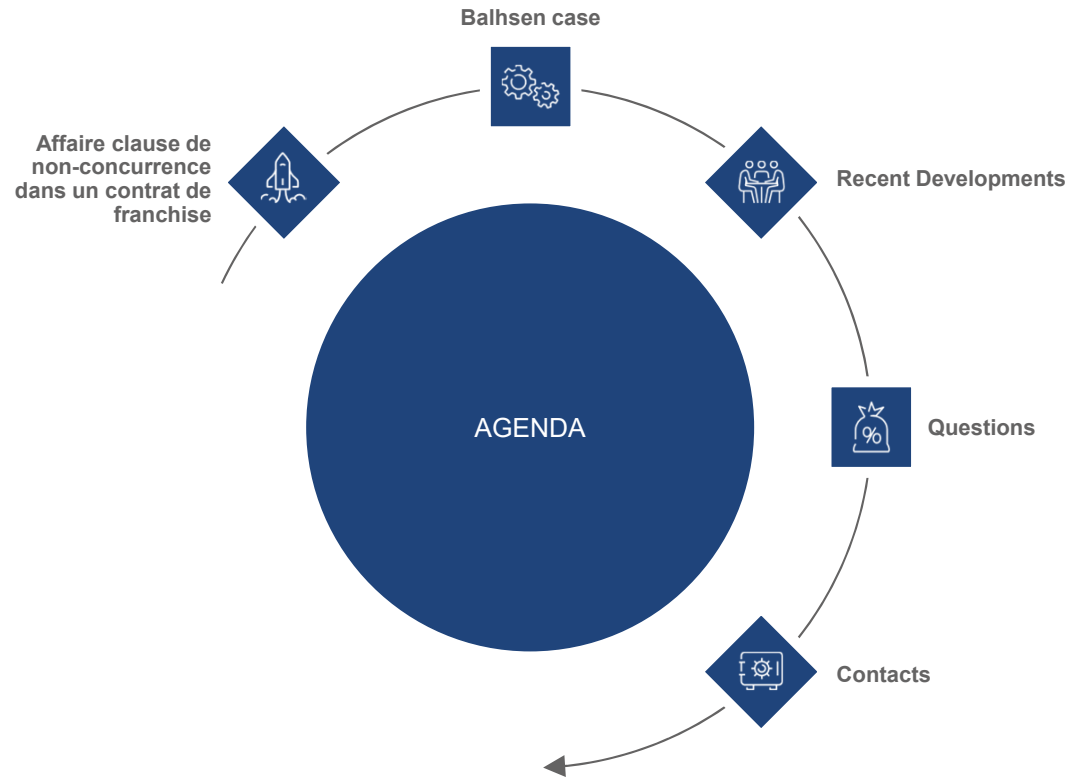


[arendt.com](https://www.arendt.com)

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

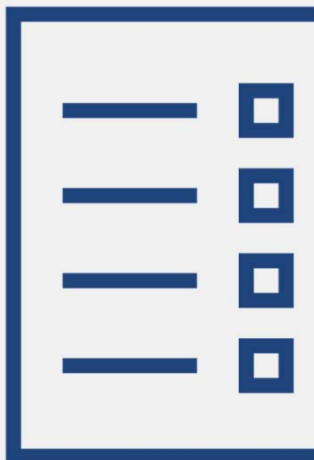
SPÉCIFICITÉ NÉCESSAIRE DU SAVOIR-FAIRE

- 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

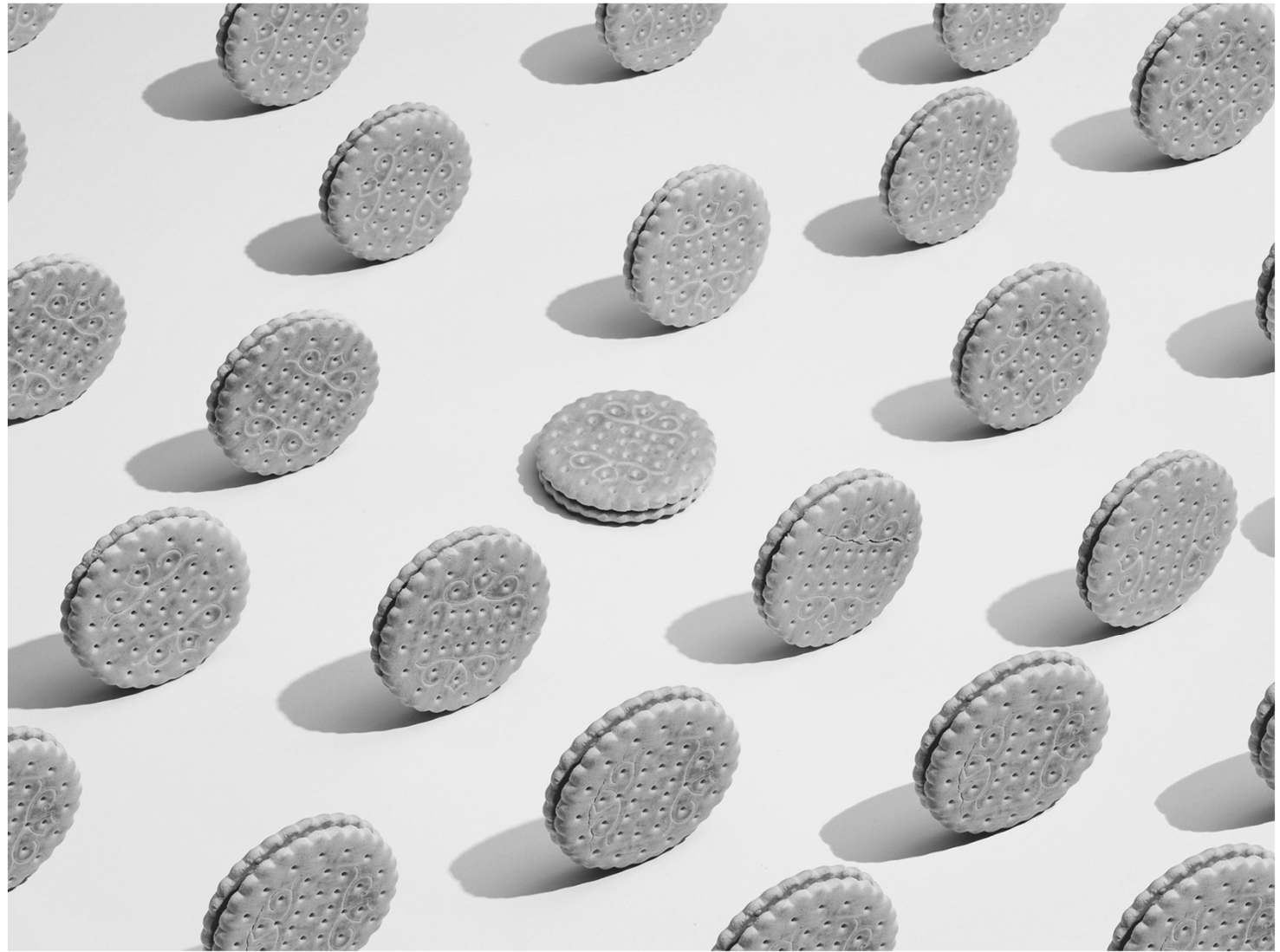
- Juges luxembourgeois plus à l'aise avec la Constitution du Luxembourg
- Prudence des juges suite à la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel par la Cour de Cassation à cause d'une référence erronée à la loi Macron
- Encouragement à ne pas craindre le droit de la concurrence – européen ou luxembourgeois

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



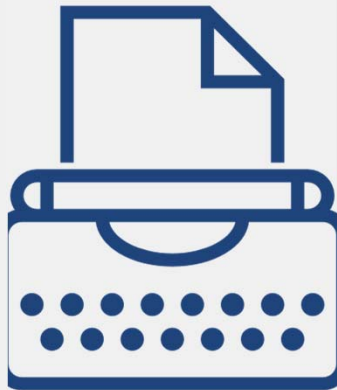
■ Le Conseil a conclu à l'existence d'une entente verticale entre Bahlsen et Auchan, Cactus et Delhaize en violation de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et de l'article 3 de la loi sur la concurrence

- “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

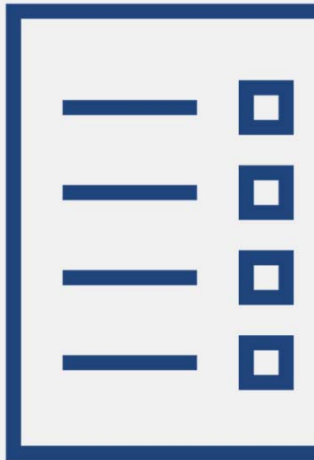
Vices de procédure



- 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

+352 40 78 78 2349



Ursula Pereira Pinto Bassoukou
Associate

ursula.bassoukou@arendt.com

+352 40 78 78 7205

