

**Affaire C-511/23**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

8 août 2023

**Jurisdiction de renvoi :**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italie)

**Date de la décision de renvoi :**

1<sup>er</sup> août 2023

**Partie requérante :**

Caronte & Tourist SpA

**Partie défenderesse :**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

[OMISSIS]

**RÉPUBLIQUE ITALIENNE**

**Le Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

(tribunal administratif régional pour le Latium, Italie)

**(première chambre)**

rend la présente

**ORDONNANCE**

sur le recours [OMISSIS] formé par

Caronte & Tourist s.p.a., [OMISSIS]

*contre*

Autorità garante della concorrenza e del mercato, [OMISSIS]

*en présence de*

Unione nazionale consumatori – Comitato regionale della Sicilia, [OMISSIS]

Unione nazionale consumatori, [OMISSIS]

*et avec l'intervention*

au soutien des conclusions de la partie requérante, de

Assarmatori, [OMISSIS]

Confederazione armatori italiani, [OMISSIS]

*tendant à obtenir l'annulation*

de la décision n° 30086 du 29 mars 2022, notifiée le 11 avril 2022, adoptée à l'issue de la procédure « A541 – Servizi di traghettamento veicoli stretto di Messina (services de transbordement de véhicules dans le détroit de Messine) », ainsi que [OMISSIS] de toute autre acte [OMISSIS] connexe [OMISSIS] [détails concernant les actes connexes].

[OMISSIS] [procédure]

*A – Exposé sommaire de l'objet du litige et arguments des parties*

1. Le présent litige a pour objet le recours formé contre la décision du 11 avril 2022, référence 30086, adoptée par l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché, Italie) (ci-après l'« AGCM ») lors de la séance du 29 mars 2022.

2. Par l'acte attaqué, l'AGCM a constaté l'existence d'un abus de position dominante – interdit par l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 – commis par la société requérante en imposant des prix excessifs pour le service de transbordement de véhicules dans le détroit de Messine.

3. Appliquant la doctrine dite « United brands », l'AGCM a en particulier souligné l'absence de toute corrélation entre les charges et les recettes, même en recourant à différents tests économiques (développés selon une approche méthodologique favorable à la partie) qui ont confirmé (indépendamment des modalités d'évaluation du capital) l'existence d'une disproportion importante.

4. De plus, même en comparant les tarifs de la requérante à ceux pratiqués par d'autres compagnies étrangères indiquées comme référence (dans la mesure où elles opèrent sur des routes présentant des caractéristiques similaires), il était évident que les prix pratiqués étaient excessifs.

5. En outre, l'atteinte à la concurrence (qui affecte directement la contrepartie versée par l'utilisateur) revêtait une importance particulière, compte tenu également de la zone géographique concernée (le détroit de Messine) où la société requérante détient une position quasi monopolistique, transportant chaque année environ dix millions de voyageurs et deux millions de véhicules automobiles (données de 2019).

6. En conséquence, l'AGCM a ordonné à l'entreprise de s'abstenir à l'avenir (au moins à partir de la fin de l'urgence pandémique) d'imposer des prix excessifs pour le transport de véhicules dans le détroit de Messine et – compte tenu de la gravité de l'infraction – elle lui a également imposé une amende.

7. Cette décision a fait l'objet d'un recours dans le cadre duquel a été invoquée, entre autres griefs, la violation de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981, l'AGCM ayant engagé la procédure de constatation de l'infraction en matière de concurrence au-delà du délai (péremptoire) de 90 jours prévu par la disposition précitée, avec pour conséquence la perte du pouvoir de constater l'infraction.

8. Il ressort en effet des éléments versés au dossier que l'AGCM a reçu, le 24 mars 2018, un signalement d'un consommateur se plaignant des prix excessivement élevés du service de transbordement. Pour une meilleure compréhension, nous en reproduisons les éléments suivants : *« Je vous écris afin de signaler à l'[AGCM] l'absence de concurrence et le coût élevé des tarifs des services de transbordement entre Villa San Giovanni et Messine, plus précisément, l'entreprise Caronte & Tourist exerce cette activité en régime à peu près monopolistique en appliquant des tarifs qui ont augmenté de manière vertigineuse ces dernières années. L'[AGCM] s'est déjà penchée sur cette question dans le document [OMISSIS] [intitulé du document] de 2013. Mais il est évident qu'il n'y a pas eu de résultat positif pour les consommateurs, c'est pourquoi je demande à l'[AGCM] d'enquêter sur cette question, en faveur de la concurrence et de la continuité territoriale ».*

9. Après avoir pris connaissance du signalement mentionné ci-dessus, le 23 avril 2019 (soit 394 jours après la réception dudit signalement), l'AGCM a adressé une demande d'information à l'autorité portuaire de Messine qui n'y a pas répondu (ou n'y a répondu que partiellement le 22 mai 2019), ce qui rendu nécessaire l'envoi, le 19 novembre 2019, d'un rappel auquel l'autorité portuaire a répondu le 26 novembre 2019.

10. Le 4 août 2020, l'AGCM a notifié à la société l'acte d'ouverture de la procédure [OMISSIS], adopté lors de la séance du 28 juillet 2020 (soit 245 jours après réception de la réponse de l'organisme portuaire), procédure qui, comme il a été indiqué, s'est conclue le 11 avril 2022, par la décision attaquée dans la présente affaire.

11. Dès lors, selon la thèse défendue par la partie requérante, la phase préalable à l’instruction – c’est-à-dire la phase précédant la communication de l’ouverture de la procédure, au cours de laquelle, sans débat contradictoire, l’AGCM recueille les premiers indices afin de vérifier l’existence effective de l’infraction au droit de la concurrence – aurait duré au total 855 jours, enfreignant ainsi l’article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981.

12. Le professionnel sanctionné soutient également que ce comportement de l’AGCM serait manifestement contraire à l’article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales[, signée à Rome le 4 novembre 1950] (ci-après la « CEDH ») et à l’article 41 de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la « Charte »), l’écoulement du temps étant préjudiciable aux droits de la défense de la société requérante ainsi qu’à la confiance légitime de la partie accusée qui ne pourrait pas faire l’objet d’une procédure de sanction lorsque la « dénonciation de l’infraction » remonte à plus de 90 jours. En effet, conformément aux principes établis par la Cour européenne des droits de l’homme dans sa jurisprudence (les « critères Engel »), la sanction infligée serait de nature (para)pénale, et l’AGCM serait par conséquent tenue de respecter toutes les garanties procédurales prescrites, y compris celle relative à la communication immédiate de l’infraction.

13. En conséquence, la partie requérante a conclu à l’annulation de l’acte attaqué dans son intégralité, l’AGCM ayant engagé tardivement, et donc illégalement, l’instruction visant à constater l’infraction.

14. L’AGCM s’est constituée partie au litige en soulignant, en ce qui concerne le grief visé aux points précédents, que le délai de déchéance de 90 jours ne s’applique pas en matière de concurrence et qu’il est seulement prévu que l’instruction doit être ouverte dans un délai *raisonnable* [OMISSIS] [références à la jurisprudence]. En l’espèce, cette obligation aurait été respectée compte tenu de la complexité des faits faisant l’objet de l’enquête, ainsi qu’à la lumière de l’entrée sur le marché d’un autre opérateur, ce qui a requis la surveillance, pendant un laps de temps raisonnable, de l’évolution de la dynamique concurrentielle.

15. L’AGCM affirme en outre que dans aucun autre État membre de l’Union européenne, les autorités nationales de la concurrence ne sont tenues d’engager immédiatement une procédure d’instruction, sous peine de déchéance : à cet égard, elle souligne également les préoccupations exprimées par la Commission européenne quant à l’application effective du droit [de l’Union] par l’autorité italienne si un délai d’action aussi court lui était imposé. Elle ajoute en outre que ce délai est contraire aux articles 3 et 4, paragraphe 5, de la directive (UE) 2019/1/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 [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 (JO 2019, L 11, p. 3)] qui, lus à la lumière du principe d’effectivité, s’opposeraient à une réglementation nationale imposant à l’AGCM de procéder à l’ouverture de l’instruction dans un délai strict (de 90 jours

dans le cas de l'Italie), sans lui garantir la possibilité d'identifier de manière autonome ses priorités d'action.

16. [OMISSIS] [procédure]

*B – Le droit national applicable*

17. La legge 10 ottobre 1990, n. 287 « Norme per la tutela della concorrenza e del mercato » (loi n° 287 du 10 octobre 1990 portant adoption de dispositions relatives à la sauvegarde de la concurrence et du marché), dont les articles pertinents aux fins de la décision sont reproduits ci-dessous, constitue la principale source de droit interne.

18. Article 1<sup>er</sup> – Champ d'application et rapport avec le droit de l'Union

*« 1. Les dispositions de la présente loi qui mettent en œuvre l'article 41 de la Constitution protégeant et garantissant le droit d'initiative économique s'appliquent aux ententes, aux abus de position dominante et aux concentrations d'entreprises.*

*2. L'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché, visée à l'article 10, ci-après "l'Autorité", applique également, en parallèle, dans une même affaire, les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les articles 2 et 3 de la présente loi sur les ententes restreignant la libre concurrence et sur les abus de position dominante.*

*4. L'interprétation des dispositions du présent titre s'effectue sur la base des principes du droit de l'Union applicables en matière de concurrence ».*

19. Article 3 – Abus de position dominante

*« 1. « Est interdit l'abus de la part d'une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché national ou une partie substantielle de celui-ci ; il est également interdit : a) d'imposer directement ou indirectement des prix d'achat ou de vente ou d'autres clauses contractuelles arbitrairement onéreuses [...] »*

20. Article 12 – Pouvoirs d'enquête (version en vigueur au moment de l'ouverture de l'instruction).

*« 1. Après avoir apprécié les éléments en sa possession et ceux qui ont été portés à sa connaissance par les administrations publiques ou par toute personne intéressée, y compris les associations représentatives de consommateurs, l'Autorité procède à une instruction en vue de vérifier l'existence d'infractions aux interdictions énoncées aux articles 2 et 3 [...] »*

21. La dernière disposition reproduite a été modifiée par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du décret législatif n° 185 du 8 novembre 2021 et par l'article 35, paragraphe 1,

sous a), de la loi n° 118 du 5 août 2022. Seules les nouveautés les plus pertinentes pour la présente affaire sont reprises ci-dessous.

« [...] *1-ter L'Autorité a le pouvoir de définir ses priorités d'intervention aux fins de l'application de la présente loi et des articles 101 et 102 TFUE. L'Autorité peut ne pas donner suite aux signalements qui ne relèvent pas de ses priorités d'intervention.*

*1-quater. Les procédures relatives aux infractions aux articles 101 ou 102 TFUE ou aux articles 2 ou 3 de la présente loi, y compris l'exercice par l'Autorité des pouvoirs visés au présent chapitre II, respectent les principes généraux du droit de l'Union et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...]* ».

22. Article 14 – Instruction (version en vigueur au moment de l'ouverture de l'instruction) « *1. En cas d'infraction présumée aux articles 2 ou 3, l'Autorité notifie l'ouverture de l'instruction aux entreprises et entités intéressées [...]* ».

23. L'article qui vient d'être reproduit a également été modifié par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, du décret législatif n° 185 du 8 novembre 2021 : les passages pertinents aux fins de la décision sont repris ci-dessous.

« *1. En cas d'infraction présumée aux articles 101 ou 102 TFUE, ou aux articles 2 ou 3 de la présente loi, l'Autorité procède à l'instruction dans un délai raisonnable et notifie l'ouverture de l'instruction aux entreprises et entités intéressées [...]*

24. Article 15 – Mises en demeure et sanctions (version en vigueur au moment de l'ouverture de l'instruction)

« *1. Si, à la suite de l'instruction visée à l'article 14, l'Autorité découvre des infractions aux articles 2 ou 3, elle fixe le délai dans lequel les entreprises et organismes concernés devront mettre fin à ces infractions. En cas d'infractions graves, compte tenu de la gravité et de la durée de l'infraction, elle inflige en outre une amende administrative pouvant atteindre dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise ou organisme au cours du dernier exercice révolu avant la date de notification de la mise en demeure [...].* »

25. Cette dernière disposition a également été modifiée par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 6, du décret législatif n° 185 du 8 novembre 2021 de la manière suivante :

« *1. Si, à la suite de l'instruction visée à l'article 14, l'Autorité découvre des infractions aux articles 101 ou 102 TFUE ou aux articles 2 ou 3 de la présente loi, elle fixe le délai dans lequel les entreprises et organismes concernés devront mettre fin à ces infractions, ou, si l'infraction a déjà cessé, elle en interdit la répétition. À cette fin, l'Autorité peut imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Lorsqu'elle a à choisir*

*entre deux mesures correctives d'une efficacité égale, l'Autorité opte pour la mesure corrective qui est la moins contraignante pour l'entreprise, conformément au principe de proportionnalité.*

*1 bis. Compte tenu de la gravité et de la durée de l'infraction, elle inflige en outre une amende administrative pouvant atteindre dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise ou organisme au cours du dernier exercice révolu avant la date de notification de la mise en demeure, en fixant les délais dans lesquels l'entreprise devra procéder au paiement de l'amende [...]*

*1-quater. Si, sur la base des informations dont elle dispose, l'Autorité estime que les conditions permettant de constater une infraction ne sont pas réunies, elle peut prendre une décision en ce sens. Lorsque, après en avoir informé la Commission européenne conformément à l'article 11, paragraphe 3, du 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 (JO 2003, L 1, p. 1)], l'Autorité considère que les motifs d'intervention ont cessé d'exister et met fin à la procédure d'instruction, elle en informe en conséquence la Commission européenne [...] ».*

## 26. Article 31 – Sanctions

*« 1. Les amendes administratives consécutives à la violation de la présente loi sont soumises, pour autant qu'elles soient applicables, aux dispositions figurant au chapitre I, sections I et II, de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 ».*

27. Compte tenu de la référence qui vient d'y être faite, la legge 24 novembre 1981, n. 689 « Modifiche al sistema penale » (loi n° 689 du 24 novembre 1981 « Modifications du système pénal »), qui régit le régime général des amendes administratives, est également pertinente.

## 28. Article 12 – Champ d'application

*« Les dispositions du présent chapitre sont respectées, pour autant qu'elles soient applicables et sauf disposition contraire, pour toutes les infractions pour lesquelles une sanction administrative consistant dans le paiement d'une somme d'argent est prévue, même lorsque cette sanction ne se substitue pas à une sanction pénale. Elles ne s'appliquent pas aux infractions disciplinaires. »*

## 29. Article 14 – Communication des griefs et notification

*« L'infraction doit, si possible, être immédiatement communiquée tant au contrevenant qu'à la personne solidairement tenue au paiement de la somme due du fait de cette infraction.*

*Lorsqu'il n'y a pas eu de communication immédiate à tout ou partie des personnes visées à l'alinéa précédent, les éléments de l'infraction doivent être notifiés aux intéressés qui résident sur le territoire de la République dans un délai*

*de 90 jours et à ceux qui résident à l'étranger dans un délai de 360 jours à compter de la constatation [de l'infraction].*

*Lorsque les documents relatifs à l'infraction sont transmis à l'autorité compétente par décision de l'autorité judiciaire, les délais visés à l'alinéa précédent courent à compter de la date de réception [de ces documents].*

[OMISSIS] *[autres aspects formels non pertinents en l'espèce].*

[OMISSIS] *[hypothèse concernant les résidents à l'étranger]*

*L'obligation de payer la somme due en raison de l'infraction s'éteint pour la personne à l'égard de laquelle la notification dans le délai prescrit a été omise. »*

### 30. Article 28 – Prescription

*« Le droit de recouvrer les sommes dues pour les infractions visées par la présente loi se prescrit dans un délai de cinq ans à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'interruption de la prescription est régie par les règles du code civil. »*

31. Enfin, le decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 « Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato » (décret du Président de la République n° 217 du 30 avril 1998 « Règlement relatif aux procédures d'instruction relevant de la compétence de l'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché »), une source hiérarchiquement subordonnée à la loi et adoptée en exécution de l'article 10, paragraphe 5, de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 (« *par décret du Président de la République [...] sont établies des procédures d'instruction qui garantissent aux intéressés la parfaite connaissance des actes, le respect du contradictoire et l'établissement de procès-verbaux* ») est également pertinent en l'espèce.

### *C – La jurisprudence en la matière*

32. Les dispositions citées ci-dessus constituent le droit national applicable aux procédures d'instruction menées par l'AGCM afin de constater et de sanctionner les infractions au droit de la concurrence (telles que l'abus de position dominante mis en cause par la décision faisant l'objet du présent litige).

33. La question posée à la Cour de justice porte plus particulièrement sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981, tel qu'il est interprété et mis en œuvre par les juridictions nationales.

34. Il semble opportun, à ce stade, de souligner qu'un premier courant, plus ancien, de la jurisprudence administrative italienne (qui juge de la légalité des

décisions, y compris des sanctions, de l'AGCM) considérait que l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 n'était pas applicable aux procédures de l'AGCM, en raison de la formulation du renvoi qui y est fait à l'article 31 de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 qui se limite aux dispositions « *pour autant qu'elles soient applicables* ». En particulier, la procédure d'instruction étant régie par le décret n° 217 du Président de la République du 30 avril 1998 (source réglementaire subordonnée à la loi) qui ne fixe aucun délai pour la notification de l'ouverture de l'enquête, il a été jugé qu'il n'existe pas d'obligation de communication des griefs immédiate [OMISSIS] [*jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) en ce sens*]

35. Ce courant jurisprudentiel a toutefois fait l'objet d'une réflexion plus approfondie qui a, au contraire, conclu à l'applicabilité du délai de 90 jours prévu par l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 : [OMISSIS] [*détails*] (« *en principe, le fait que l'Autorité de la concurrence décide d'ouvrir une instruction plusieurs mois après le signalement de l'éventuelle infraction ne saurait en aucune manière être considéré comme une violation des droits des entreprises concernées, ni comme un dépassement des délais de procédure, puisque l'appréciation même de la nécessité d'ouvrir ou non l'instruction peut être complexe. Le délai de 90 jours prévu à l'article 14, paragraphe 2, de la loi n° 689 de 1981 ne commence à courir qu'au moment où l'activité administrative visant à vérifier l'existence de l'infraction, y compris les enquêtes visant à établir l'existence de tous les éléments subjectifs et objectifs de l'infraction elle-même, est effectuée ou aurait dû raisonnablement être effectuée, compte tenu également de la complexité de l'affaire* » [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*].

36. Par conséquent, dans les procédures d'instruction en matière de concurrence, afin d'éviter cette perte de pouvoir, l'Autorité doit formuler une communication des griefs dans un délai de 90 jours : en d'autres termes, une fois la phase préalable à l'instruction achevée, l'Autorité est tenue, dans le court délai mentionné ci-dessus, de communiquer l'infraction en notifiant l'ouverture de la procédure. Le point de départ du délai ne coïncide donc pas nécessairement avec le premier signalement de l'infraction, mais avec la conclusion de la *constatation* effectuée lors de la phase préalable à l'instruction : par conséquent, [le délai de] 90 jours commence à courir lorsque la collecte des éléments factuels nécessaires à la communication des griefs est achevée [OMISSIS] [*jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en ce sens*].

37. Il est évident que la conclusion de la constatation peut faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif qui peut vérifier si, à une date donnée, la communication des griefs pouvait raisonnablement être effectuée.

38. [OMISSIS] [*jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en ce sens*]

39. [OMISSIS] [*jurisprudence récente du Consiglio di Stato (Conseil d'État)*]

40. Cette deuxième lecture de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 semble s'être très fortement consolidée dans les arrêts les plus récents et les plus importants de la jurisprudence administrative qui, en plus de réaffirmer l'applicabilité certaine de la disposition, procède à un examen minutieux des éléments acquis au cours de la phase préalable à l'instruction : [OMISSIS] [*jurisprudence récente du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en ce sens*]

41. Par conséquent, l'interprétation constante retenue dans la jurisprudence récente permet d'affirmer que le point de départ du délai de 90 jours ne peut pas être identifié ex ante de manière univoque, puisqu'il dépend toujours du caractère complet des éléments mentionnés dans le signalement ou des indications obtenues immédiatement après. Dès lors, lorsque ce grief est invoqué dans le cadre d'un recours juridictionnel, le juge doit effectuer une appréciation rétrospective, c'est-à-dire qu'il doit se placer dans la situation qui était celle de l'Autorité et vérifier si les éléments disponibles à un moment donné étaient ou non suffisants pour formuler la communication des griefs.

42. Une décision récente, dans laquelle l'ouverture de l'instruction environ trois ans après que soit parvenu à l'Autorité le premier signalement, effectué par la principale entreprise publique opérant dans le [secteur du] transport ferroviaire, a été jugée tardive, confirme que l'interprétation décrite aux points précédents est désormais constante dans la jurisprudence. [OMISSIS] [*jurisprudence du Consiglio di Stato (Conseil d'État) en ce sens*]

43. Comme il a déjà été indiqué, l'application mécanique de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981, en suivant l'interprétation décrite, conduit à ce que le dépassement éventuel (ne serait-ce que d'un seul jour) du délai de communication entraîne l'annulation de la décision de l'AGCM par le juge. En effet, bien que l'article 15 de la loi n° 287 du 10 octobre 1990 précise que la constatation de l'infraction a pour principale conséquence l'injonction d'y mettre fin (l'amende n'étant infligée que dans les cas les plus graves), le caractère unique de l'acte et, surtout, de la procédure ont pour conséquence que l'engagement tardif de cette dernière invalide inévitablement la mesure finale adoptée. Par conséquent, la décision du juge porte tant sur l'amende que sur d'éventuelles autres dispositions (par exemple, des injonctions de cessation ou des obligations d'abstention), réduisant ainsi à néant l'intervention de l'AGCM [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*].

44. En outre, en vertu du principe *ne bis in idem*, il est impossible de rouvrir ultérieurement une nouvelle instruction pour la même pratique, même en cas d'infraction permanente, c'est-à-dire lorsque l'entreprise n'a jamais mis fin au comportement illégal.

#### *D – Les motifs du renvoi*

45. La jurisprudence pertinente ayant été précisée, il semble essentiel, pour la résolution du présent litige, de lever le doute sur la compatibilité avec le droit [de

l'Union] de l'application de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 aux procédures en matière de concurrence menées par l'AGCM.

46. À cette fin, il convient tout d'abord de rappeler que la matière en cause (soit l'article 3 de la loi n° 287 du 10 octobre 1990) constitue la transposition en droit interne de l'article 102 TFUE, ces deux dispositions ayant une portée normative en substance équivalente : en ce qui concerne le rapport exact entre les deux, il est renvoyé à l'article 3 du règlement n° 1/2003.

47. Par conséquent, même si c'est un abus de position dominante limité au marché national qui est en cause, à la lumière de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la loi n° 287 du 10 octobre 1990, l'Union européenne a un réel intérêt à ce que les dispositions légales pour la répression des infractions anticoncurrentielles soient appliquées correctement. À cet égard, il semble opportun de rappeler un arrêt antérieur de la Cour de justice, dans lequel cette dernière a souligné qu'« *il existe un intérêt communautaire certain à ce que les règles du droit communautaire puissent, lorsque des doutes apparaissent dans le cadre de l'application du renvoi opéré par le droit interne, recevoir une interprétation uniforme par le biais d'arrêts de la Cour rendus sur demande de décision préjudicielle* », car « *pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer* » (citation littérale de l'arrêt du 11 décembre 2007, ETI e.a., C-280/06, EU:C:2007:775).

48. Or, ainsi qu'il a été souligné aux points 32 et suivants, l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 impose à l'AGCM d'ouvrir la procédure d'instruction dans un délai de déchéance de 90 jours, alors que, comme on le sait, la Cour, en ce qui concerne les procédures d'infraction au droit de la concurrence menées au niveau européen, a établi l'obligation pour la Commission européenne de conclure la procédure (entendue comme la phase préalable à l'instruction et l'instruction proprement dite) dans un *délai raisonnable* (voir arrêt du 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, EU:C:2002:582).

49. Il est donc nécessaire de préciser si cette discordance dans l'ouverture des enquêtes en matière de concurrence en fonction du marché (national ou européen) sur lequel l'infraction se produit est compatible avec le droit de l'Union.

50. À cet égard, il convient de relever que l'AGCM souligne que l'application de l'article 14 de la loi n° 689, du 24 novembre 1981, est susceptible d'affecter son fonctionnement en entravant la mise en œuvre correcte du droit national et du droit de l'Union en matière de concurrence. En effet, l'Autorité serait contrainte de mener en parallèle une pluralité de procédures qui, en raison de leur nombre, pourraient compromettre le succès des enquêtes, laissant inévitablement certaines pratiques déloyales impunies.

51. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que l'activité de l'AGCM, en particulier dans les cas d'enquêtes menées à l'égard des principaux acteurs du marché (il suffit de penser aux *big tech*, par exemple), est très complexe, puisque cette autorité doit, dès la phase préalable à l'instruction, procéder à un grand nombre de vérifications, indépendamment du caractère complet du signalement, afin de pouvoir formuler correctement la communication des griefs.

52. Il y a lieu de relever en effet que la constatation effectuée par l'AGCM ne se limite pas à vérifier si un fait unique (par exemple une omission ou le respect d'une condition) s'est produit mais qu'elle consiste à prendre connaissance d'un ensemble d'actions, d'omissions et de faits lui permettant d'en déduire un comportement (qui, en général, se prolonge dans le temps) qu'elle doit définir juridiquement par une procédure de catégorisation abstraite [OMISSIS] [*autres considérations sur la complexité de la qualification juridique dans ce domaine*].

53. Il faut également ajouter que l'application stricte de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 pourrait également avoir une incidence sur l'autonomie de l'Autorité : en effet, il est évident que le fait d'imposer un délai de déchéance de 90 jours se traduit, en pratique, par l'obligation d'ouvrir une instruction sur la base d'un critère purement chronologique, ce qui limite le pouvoir discrétionnaire qui caractérise le travail de l'AGCM (sur lequel le juge administratif peut en tout état de cause exercer son contrôle).

54. Sur ce dernier point, il y a lieu de relever que la réglementation européenne citée par l'autorité défenderesse (à savoir les articles 3 et 4, paragraphe 5, de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018) n'est pas applicable en l'espèce puisqu'elle n'a été transposée en droit italien qu'en 2021, soit après l'ouverture de l'instruction. Il convient néanmoins de relever également que la directive ne semble pas avoir un caractère novateur et qu'elle constitue en réalité la simple inscription dans le droit positif d'un principe général de l'ordre juridique.

55. Afin d'étayer le bien-fondé de cette seconde thèse, on peut en outre citer le règlement sur les procédures d'instruction relatives aux infractions en matière de droit de la consommation (pratiques commerciales déloyales, publicité trompeuse, etc.) adopté par décision n° 25411 de l'AGCM du 1<sup>er</sup> avril 2015, qui prévoit en son article 5, paragraphe 1, sous f), la possibilité pour l'Autorité de se prononcer par un acte de « [non-lieu à] *statuer sur des demandes d'intervention sporadiques relatives à des conduites isolées ou ne relevant pas des priorités d'intervention de l'Autorité, en raison des objectifs de rationalisation, d'efficacité et d'économie de l'action administrative* ».

56. Ceci ayant été précisé en ce qui concerne la décision discrétionnaire d'ouvrir l'instruction, il convient de relever certaines autres circonstances qui sont jugées utiles afin de compléter l'exposé de la problématique soumise à la Cour.

57. En premier lieu, il convient de souligner que le fait que les sanctions imposées par l'AGCM relèvent du domaine para-pénal (conformément aux critères Engel mentionnés ci-dessus) implique logiquement qu'il convient de respecter les garanties, y compris procédurales, prévues à l'article 6 de la CEDH et à l'article 41 de la [Charte]. En particulier, parmi les principes du procès équitable, figure certainement l'obligation, pour l'autorité publique, de communiquer immédiatement les griefs (« *dans le plus court délai* » pour reprendre les termes de la CEDH), afin de garantir l'égalité des armes et d'éviter que le temps écoulé ne porte préjudice à l'accusé, en portant atteinte à ses droits de la défense. Toutefois, il convient de noter que l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981, appliqué par la jurisprudence de la manière décrite, va plus loin, et établit une véritable présomption irréfragable d'atteinte aux droits de la défense de l'entreprise, liée à l'expiration du délai de déchéance. En effet, dans la jurisprudence, il n'a jamais été jugé nécessaire que soit apportée la preuve du préjudice réellement subi du fait de l'ouverture tardive de la procédure d'instruction.

58. Dans le même temps, il convient de noter qu'en pratique, la communication tardive des griefs liés à l'infraction n'est pas nécessairement préjudiciable aux droits de la défense des entreprises : en effet, sauf dans les cas spécifiques où l'impossibilité de soumettre un élément de preuve à l'AGCM est démontrée, il convient d'observer que tout au long de la phase préalable à l'instruction, les entreprises tirent (ou pourraient tirer) un avantage concurrentiel de la commission de l'infraction.

59. Il convient ensuite d'observer que c'est précisément la nature pénale, au sens large, de la sanction qui justifie l'existence d'une phase « secrète » (c'est-à-dire conduite sans débat contradictoire) au cours de laquelle l'AGCM est appelée à recueillir tous les éléments nécessaires pour procéder à la communication des griefs : en effet, limiter la phase préalable à l'instruction à des constatations sommaires entraîne une compression déraisonnable de l'action de l'AGCM à laquelle incombe la charge de la preuve et qui pourrait ne pas parvenir à reconstituer l'infraction de manière correcte et complète.

60. En outre, anticiper de manière excessive l'ouverture de la procédure accroît le risque que l'AGCM n'obtienne pas les preuves utiles pour étayer l'hypothèse de l'incrimination. En effet, il faut garder à l'esprit que la phase d'instruction est d'autant moins intrusive que la connaissance des faits par l'AGCM avant l'ouverture de la procédure est plus complète : ainsi, des actes tels que les inspections pourront être effectués par l'AGCM de manière ciblée, l'objectif du contrôle étant déjà connu ; à l'inverse, si l'AGCM était contrainte d'ouvrir la procédure avant même d'avoir pleinement circonscrit les faits, elle devrait inévitablement procéder à une sorte de « pêche au renseignement » au cours de l'instruction contradictoire, en acquérant indistinctement tous les éléments liés de près ou de loin à l'activité de l'entreprise, ce qui « alourdirait » considérablement les charges pesant sur les deux parties (d'une part, l'AGCM devrait vérifier

davantage de matériel, d'autre part, l'entreprise verrait son activité davantage affectée).

61. En ce qui concerne la question de la protection de la confiance légitime, il convient de rappeler (voir point 41) que le point de départ du délai n'est pas fixe, mais qu'il dépend de facteurs contingents liés au cas d'espèce (par exemple, le caractère complet ou non de la plainte), de sorte qu'il ne semble même pas protéger adéquatement la confiance légitime des personnes sanctionnées, puisque leur confiance pourrait en fait découler de l'absence de signalement ou d'une constatation préliminaire inachevée.

62. Dans une perspective symétrique, il est souvent argumenté que l'inertie de l'AGCM porterait atteinte aux intérêts publics auxquels elle doit veiller, de sorte que le délai serait également prévu afin d'inciter à une intervention répressive rapide et d'ainsi éviter que la confiance de l'entreprise ne se renforce.

63. Toutefois, l'application d'un délai dans lequel la procédure d'instruction doit être ouverte, face à des comportements illicites encore en cours, apparaît, à certains égards, contradictoire et illogique, étant donné qu'il en résulte par essence pour l'AGCM une impossibilité de réprimer des faits illicites qui continuent à porter atteinte à l'intérêt public auquel elle est institutionnellement chargée de veiller.

64. Enfin, en ce qui concerne l'exigence de sécurité juridique, il convient d'observer que l'ordre juridique italien prévoit déjà, précisément pour éviter les communications effectuées après un délai excessivement long, un délai de prescription distinct, de cinq ans, qui court à compter de la cessation du comportement illicite (voir article 28 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981).

#### *E – La question préjudicielle posée à la Cour de justice*

65. À la lumière des considérations qui précèdent, et bien qu'elle ne soit pas une juridiction de dernière instance, la juridiction de céans estime nécessaire de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante, en vertu de l'article 267 TFUE :

*« L'article 102 TFUE, lu à la lumière des principes de protection de la concurrence et d'efficacité de l'action administrative, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, comme celle résultant de l'application de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 – telle qu'interprétée par la jurisprudence – qui impose à l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché) d'ouvrir la procédure d'instruction en vue de la constatation d'un abus de position dominante dans un délai de déchéance de 90 jours à compter du moment où cette autorité a connaissance des éléments essentiels de l'infraction, ces derniers étant susceptibles de se limiter au premier signalement de l'infraction ? »*

66. [OMISSIS]

[OMISSIS] [*suspension, instructions au greffe*]

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] le 7 juin 2023 [OMISSIS]

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL