

Affaire C-510/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

8 août 2023

Juridiction de renvoi :

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italie)

Date de la décision de renvoi :

2 août 2023

Partie requérante :

Trenitalia 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

Trenitalia s.p.a. [OMISSIS]

contre

Autorità garante della concorrenza e del mercato, [OMISSIS]

en présence de

Federconsumatori, [OMISSIS]

tendant à obtenir l'annulation

- de la décision n° 26700, 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 »)] le 19 juillet 2017 et notifiée à Trenitalia le 3 août 2017, par laquelle, à l'issue de la procédure « PS10578 – Trenitalia Sistema di prenotazioni (système de réservation) », cette société a été condamnée au paiement d'une amende de 5 000 000 d'euros, pour la mise en œuvre présumée d'une pratique commerciale déloyale et trompeuse au sens des articles 20, 21, paragraphe 1, sous b), et 22 du Codice del consumo (code de la consommation) ;
- de la décision de l'AGCM adoptée le 7 février 2017 et notifiée à la société le 10 février 2017, et de tout autre acte [OMISSIS] connexe, [OMISSIS] y compris la communication de l'ouverture de la procédure d'instruction et la décision rejetant la demande de réexamen.

[OMISSIS]

[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 3 août 2017 [OMISSIS] adoptée par l'AGCM lors de la séance du 19 juillet 2017.
2. Par l'acte attaqué, l'AGCM a constaté l'existence d'une pratique commerciale déloyale – interdite en vertu des articles 20, 21, paragraphe 1, sous b), et 22 du decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo (décret législatif n° 206 du 6 septembre 2005, dit code de la consommation) (ci-après le « code de la consommation ») – mise en œuvre par la société requérante dans le cadre de la commercialisation des services de transport.
3. Il convient de préciser que Trenitalia est une société publique, entièrement contrôlée par la société Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. [dont le capital est, à son tour, entièrement détenu par le Ministero dell'economia e delle finanze (ministère de l'Économie et des Finances, Italie)]. Il faut également souligner que la requérante est la principale société de gestion du transport ferroviaire de voyageurs opérant en Italie et qu'elle assure à la fois les services régionaux et les services de moyenne et longue distance ; en ce qui concerne plus particulièrement ces derniers services, il faut distinguer les trains « *du marché* » (tels que le service de transport à grande vitesse) des trains « *du service universel* » (dont font partie certains trains Intercity).

4. En résumé, selon la communication des griefs que lui a adressée l'AGCM, la société Trenitalia [agissant en tant que professionnel au sens de l'article 18, paragraphe 1, sous b), du code de la consommation], aurait omis d'indiquer explicitement aux consommateurs certaines options de voyage dans son offre de services de transport de voyageurs. En particulier, lorsque l'utilisateur effectue une recherche en vue d'acheter des billets de train sur le site internet de l'entreprise, sur l'application informatique dédiée ou sur les bornes de billetterie automatique disponibles dans les gares, il n'obtiendrait pas toutes les possibilités de voyage : plus précisément, le système de recherche renverrait principalement les résultats avec des trains *du marché* et omettrait les résultats avec des trains régionaux, beaucoup moins chers, pour les mêmes horaires.

5. Selon la communication des griefs, la pratique illicite aurait été initiée en 2012, c'est-à-dire au moment du déploiement complet de l'architecture informatique relative au service de consultation du moteur [de recherche] des horaires pour les passagers, et elle aurait toujours été en cours au moment de l'adoption de la décision de sanction (juillet 2017), les modifications apportées au système de recherche au cours de l'instruction n'ayant pas été jugées suffisantes pour éliminer le caractère déloyal.

6. En conséquence, l'AGCM a interdit à l'entreprise de poursuivre la pratique et lui a accordé un délai de 90 jours afin d'identifier les mesures nécessaires pour se conformer à la décision mentionnée ci-dessus et – compte tenu de la gravité de l'infraction – elle lui a également infligé une amende importante.

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 consommation au-delà du délai (péremptoire) de 90 jours prévu par cette disposition, ce qui entraîne la perte du pouvoir de constater l'infraction.

8. Il ressort en effet des pièces du dossier que l'AGCM recevait depuis 2011 des signalements et des plaintes de consommateurs concernant l'absence des solutions de voyage ne prévoyant pas l'achat de [billets de] trains *du marché* dans les résultats de recherche.

9. Ainsi, le 24 avril 2012, un consommateur a adressé à l'AGCM la plainte suivante, qu'il semble opportun de citer : « *Le moteur de recherche du site lefreccce.it a ceci de particulier qu'il ne fournit pas d'indications (dans le cas où l'itinéraire choisi implique un changement de train) sur les combinaisons possibles qui permettent d'utiliser uniquement des trains régionaux ou des trains régionaux rapides, et indique uniquement celles qui comprennent des trains tels que les freccia argento ou freccia rossa* ». Sur ce site, il n'est pas possible (comme

* Ndt : les trains freccia argento parcourent aussi bien les lignes à haute vitesse que les lignes traditionnelles ; les trains freccia rossa parcourent les lignes à haute vitesse en atteignant une vitesse maximale de 300 km/h.

ce l'était jusqu'à il y a peu) de vérifier s'il existe des possibilités qui excluent ces derniers trains qui sont bien plus onéreux. »

10. [OMISSIS]

11. [OMISSIS]

12. [OMISSIS] [*autres signalements en ce sens effectués par des consommateurs en 2014 et 2015*]

13. De même, le 4 juin 2015, l'Autorità di regolazione dei trasporti (autorité de régulation des transports ; ci-après l'« ART ») a transmis un signalement qu'elle avait reçu d'un consommateur [OMISSIS] [*détails du voyage faisant l'objet du signalement*].

14. L'ART a transmis, le 22 octobre 2015, un autre signalement qui lui était parvenu : dans ce cas, le consommateur soulignait que les résultats (et les tarifs) obtenus lors la recherche effectuée au moyen de l'application ne coïncidaient pas avec ceux qui étaient publiés sur le site Internet.

15. Le 5 avril 2016, l'association Federconsumatori, après avoir effectué une simulation indépendante sur le site, a indiqué dans un courrier adressé à l'AGCM que ce site ne renseignait que neuf des 22 résultats de voyage avec des trains régionaux existants sur la ligne Bologne-Florence.

16. [OMISSIS] [*autre signalement d'un consommateur du 28 juillet 2016*].

17. Après avoir reçu les signalements [mentionnés ci-dessus], le 21 octobre 2016, l'AGCM a ajouté au dossier un support informatique durable contenant toutes les simulations d'achat de billets en ligne sur le site de Trenitalia effectuées par ses agents (entre le 26 août et le 30 septembre 2016).

18. Le 15 novembre 2016, l'AGCM a notifié à la société la décision d'ouvrir la procédure (PS 10578) adoptée lors de la séance du 9 novembre 2016. Le même jour, elle a procédé au siège de l'entreprise à une inspection qui s'est conclue par la saisie de documents. Par la suite, une autre inspection a été ordonnée dans les locaux de la société qui avait fourni le système informatique de réservation. En outre, les conseillers de l'entreprise ont eu à plusieurs reprises la possibilité de consulter le dossier d'instruction, de présenter des engagements (qui ont toutefois été rejetés) ainsi que des mémoires en défense. En outre, le professionnel a également été entendu lors d'une audition. Enfin, au terme d'une longue instruction, le 19 juillet 2017, la décision de sanction attaquée a été adoptée.

19. 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 consommation – aurait duré plus de quatre années, durant lesquelles l'AGCM

n'aurait effectué aucun acte de vérification des signalements reçus. Par ailleurs, la capture de données effectuée en octobre 2016 démontrerait, toujours selon la société requérante, la relative simplicité des enquêtes à effectuer, ce qui confirmerait la thèse de l'illégalité de l'inaction de l'AGCM et donc la violation de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981.

20. 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 dans sa jurisprudence par la Cour européenne des droits de l'homme (les « critères Engel »), la sanction infligée serait de nature (para)pénale, et l'AGCM serait dès lors tenue de respecter toutes les garanties procédurales prescrites, y compris celle relative à la communication immédiate de l'infraction.

21. 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.

22. 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 protection des consommateurs et qu'il est seulement prévu que l'instruction doit être ouverte dans un délai *normalement raisonnable* courant à compter de la constatation de l'infraction [OMISSIS] [références à la jurisprudence]. En l'espèce, cette obligation aurait été respectée, compte tenu de la discontinuité et de la raréfaction des signalements des faits faisant l'objet de l'enquête, qui ont rendu nécessaire une appréciation prudente de l'existence effective d'une pratique interdite plutôt que d'un dysfonctionnement occasionnel. Par ailleurs, le dernier acte de la phase préalable à l'instruction aurait eu lieu le 21 octobre 2016 soit, en tout état de cause, moins de 90 jours avant l'ouverture de la procédure.

23. [OMISSIS] [procédure]

B – Le droit national applicable

24. Le decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 « Codice del consumo » (décret législatif n° 206, du 6 septembre 2005, « code de la consommation »), dont les articles pertinents pour la solution du litige sont reproduits ci-dessous, constitue la principale source de droit interne.

25. Article 1^{er} – Finalité et objet

« 1. Dans le respect de la Constitution et conformément aux principes énoncés dans les traités instituant les Communautés européennes, dans le traité sur l'Union européenne, dans la législation de l'Union, en particulier à l'article 153 du traité instituant la Communauté économique européenne, ainsi que dans les traités internationaux, le présent code harmonise et réorganise les législations relatives aux processus d'achat et de consommation afin d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs et des utilisateurs ».

26. Article 27 – Protection administrative et juridictionnelle (version en vigueur au moment de l'ouverture de l'instruction)

« 1. L'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché, ci-après "l'Autorité", exerce les attributions régies par le présent article également en tant qu'autorité compétente pour la mise en œuvre du règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 2004, relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, dans les limites des dispositions légales.

1 bis. Même dans les secteurs réglementés, en vertu de l'article 19, paragraphe 3, la compétence pour intervenir à l'encontre des comportements des professionnels qui constituent une pratique commerciale déloyale, sans préjudice du respect de la réglementation en vigueur, incombe, à titre exclusif, à l'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché, qui l'exerce sur la base des pouvoirs prévus au présent article, après avoir obtenu l'avis de l'autorité réglementaire compétente. [OMISSIS] [éléments non pertinents en l'espèce]

2. L'Autorité, d'office ou à la demande de toute personne ou organisation y ayant un intérêt, interdit la poursuite des pratiques commerciales déloyales et en élimine les effets. À cette fin, l'Autorité fait usage des pouvoirs d'enquête et d'exécution visés par le règlement 2006/2004/CE précité également en ce qui concerne les infractions non transfrontalières. Aux fins de l'exécution des tâches énoncées au paragraphe 1, l'Autorité peut recourir à la Guardia di Finanza qui agit avec les pouvoirs qui lui sont dévolus aux fins du contrôle sur la taxe sur la valeur ajoutée et de l'impôt sur le revenu. L'intervention de l'Autorité est indépendante du fait de savoir si les consommateurs concernés se trouvent sur le territoire de l'État membre dans lequel le professionnel est établi ou dans un autre État membre.

3. L'Autorité peut ordonner, par voie de décision motivée, la suspension provisoire des pratiques commerciales déloyales en cas d'urgence particulière. En tout état de cause, elle informe le professionnel de l'ouverture de l'instruction [OMISSIS] [éléments non pertinents en l'espèce]

8. Si l'Autorité juge la pratique commerciale déloyale, elle en interdit la diffusion, lorsqu'elle n'a pas encore été portée à la connaissance du public ou son

maintien, dans la mesure où la pratique a déjà commencé. La même décision peut également prévoir, à la charge et aux frais du professionnel, la publication de la décision, également sous forme d'extrait, c'est-à-dire d'une déclaration rectificative spécifique, de manière à empêcher que les pratiques commerciales déloyales continuent à produire des effets.

9. Outre la mesure d'interdiction de la pratique commerciale déloyale, l'autorité décide également de l'application d'une sanction administrative pécuniaire de 5 000 à 500 000 euros, en fonction de la gravité et de la durée de la violation. Dans le cas de pratiques commerciales déloyales au sens de l'article 21, paragraphes 3 et 4, la sanction ne peut être inférieure à 50 000 euros [...].

11. L'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché organise, par la voie de son règlement intérieur, la procédure d'instruction, de manière à garantir le respect du contradictoire, la parfaite connaissance des actes et l'établissement de procès-verbaux [...]

13. Les sanctions administratives pécuniaires consécutives aux violations du présent décret sont soumises, pour autant qu'elles soient applicables, aux dispositions du chapitre I, section I et des articles 26, 27, 28, et 29 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981, telle que modifiée. Les sanctions administratives visées au présent article doivent être acquittées dans les 30 jours suivant la notification de la décision de l'Autorité [...] ».

27. La dernière disposition reproduite a été modifiée récemment par l'article 263 bis, paragraphe 1, du décret-loi n° 34 du 19 mai 2020, converti avec modifications par la loi n° 77 du 17 juillet 2020, par l'article 37, paragraphe 1, sous a), de la loi n° 238 du 23 décembre 2021 et par l'article 1^{er}, paragraphe 7, du décret législatif n° 26 du 7 mars 2023. Seul un extrait de la modification la plus importante est cité ci-dessous.

« 1. L'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché, ci-après "l'Autorité", exerce les attributions régies par le présent article également en tant qu'autorité compétente pour la mise en œuvre du règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2017, sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n° 2006/2004, dans les limites des dispositions légales [...] ».

28. Compte tenu de la référence qui y est faite au point 26 ci-dessus, 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.

29. 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. »

30. Article 14 – Communication des griefs et notification

« L'infraction doit, si possible, être communiquée immédiatement 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 l'ensemble 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 personnes résidant 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. »

31. 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. »

32. Enfin, il convient de relever que la décision n° 25411 de l'AGCM du 1^{er} avril 2015 intitulée « Règlement sur les procédures d'instruction en matière de protection des consommateurs », adoptée en application de l'article 27, paragraphe 11, du code de la consommation, reproduit au point [26] ci-dessus, est également pertinente.

33. Article 5 – Mesures préalables à l'instruction

« 1. La phase préalable à l'instruction peut être clôturée pour l'une des raisons suivantes : [...]

f) *il n'y a pas lieu de 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. L'Autorité peut, par un acte spécifique, déterminer les priorités d'intervention qu'elle entend appliquer.*

2. *Si la procédure n'est pas ouverte dans le délai visé à l'article 6, paragraphe 1, la phase préalable à l'instruction est considérée comme close par non-lieu à statuer conformément au point f) du paragraphe précédent. Cela n'affecte pas la faculté de l'Autorité de verser ultérieurement au dossier la demande d'intervention en vue de procéder d'office à une instruction approfondie, fondée sur de nouveaux éléments ou sur une appréciation différente des priorités d'intervention. À cette fin, les services [compétents de l'Autorité] informent périodiquement le Collège des procédures clôturées en vertu du présent paragraphe [...] »*

34. Article 6 – Ouverture de l'instruction

« 1. Le responsable de la procédure, après avoir évalué les éléments en sa possession et ceux portés à sa connaissance par la demande d'intervention visée à l'article 4, ouvre l'instruction afin de vérifier l'existence de publicités trompeuses ou comparatives illicites visées par le décret législatif sur la publicité trompeuse, ou de pratiques commerciales déloyales visées par le code de la consommation. L'ouverture de l'instruction est ordonnée dans un délai de 180 jours à compter de la réception de la demande d'intervention et, en cas de demande de renseignements, ce délai est interrompu jusqu'à réception de ces renseignements.

2. Le responsable de la procédure communique l'ouverture de l'instruction aux Parties et en informe les autres intéressés ayant introduit une demande d'intervention conformément à l'article 4 [...] »

C – La jurisprudence en la matière

35. Les dispositions reproduites ci-dessus constituent le droit national applicable aux procédures d'instruction menées par l'AGCM afin de constater et de sanctionner les actes illicites commis par des professionnels au détriment des consommateurs (tels que les pratiques commerciales déloyales mises en cause par la décision faisant l'objet de la présente affaire).

36. 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.

37. 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 à la procédure mentionnée ci-dessus, en raison de la formulation du renvoi qui y est fait à l'article 27, paragraphe 13, du code de la consommation, qui se limite « *pour autant qu'elles soient applicables, aux dispositions du chapitre I, section I [de cette loi]* » : cela exclurait d'emblée la possibilité d'appliquer l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 (qui figure à la section II du chapitre I de ladite loi).

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

39. Un autre argument souvent invoqué par la jurisprudence pour exclure l'existence d'une obligation de communication immédiate des griefs dans un délai péremptoire est tiré des règles de la procédure d'instruction, établies par la décision de l'AGCM n° 25411 du 1^{er} avril 2015 (source réglementaire subordonnée à la loi), qui ne prévoit aucune perte de pouvoir en cas d'ouverture tardive de la procédure [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*].

40. On a toutefois assisté au cours des dernières années à un net revirement jurisprudentiel, de sorte que peut désormais être considérée comme constante la jurisprudence selon laquelle le délai de 90 jours prévu par l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 est applicable à l'ouverture de la procédure d'instruction de l'AGCM [OMISSIS] [*références à la jurisprudence plus récente du Consiglio di Stato (Conseil d'État)*].

41. Cette conclusion découle de la qualification para-pénale donnée aux sanctions infligées par l'AGCM, tant pour les infractions en matière de concurrence [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*] que pour celles en matière de protection des consommateurs [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*], ce qui rend obligatoire le respect des principes posés au niveau supranational par l'article 6 de la CEDH et l'article 41 de la Charte, qui imposent à leur tour la communication immédiate des 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.

42. Cette approche, davantage protectrice à l'égard des auteurs de comportements illicites au détriment des consommateurs, conduit à une interprétation stricte des dispositions relatives à l'exercice du pouvoir de sanction en temps utile, puisque « *le délai de constatation des violations administratives [...] qui a précisément pour fonction de garantir l'exercice en temps utile des droits de la défense* » doit être considéré comme péremptoire [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*] : il entraîne, dès lors, la perte (déchéance) du pouvoir de sanction qui n'a pas été exercé en temps utile.

43. Il s'ensuit que, afin d'éviter cette perte de pouvoir, l'AGCM doit – dans les 90 jours – formuler l'accusation en notifiant l'acte d'ouverture de l'instruction : en d'autres termes, une fois la phase préalable à l'instruction achevée, l'Autorité est tenue de communiquer les griefs (dans le court délai mentionné ci-dessus), 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 *constatazione* effectuée lors de la phase préalable à l'instruction : dès lors, les 90 jours commencent à courir lorsque la collecte des éléments factuels nécessaires à la communication des griefs est achevée.

44. 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.

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

46. Quant au point de départ du délai de 90 jours, il semble opportun de citer un arrêt récent qui constitue une référence utile pour mettre en évidence les modalités de contrôle, par le juge administratif, du respect du délai péremptoire : dans l'affaire à l'origine de l'arrêt n° 738 du Consiglio di Stato (Conseil d'État), 6^e chambre, du 25 janvier 2021, en effet, l'Autorité, partie défenderesse dans la présente affaire, avait reçu des signalements de plusieurs consommateurs dès le mois de juin 2015, ainsi qu'une note (le 31 juillet 2015) de l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM, Autorité garante en matière de communications, Italie) ; à la même date, l'AGCM avait également adressé une demande d'information au professionnel.

Ce dernier y avait répondu le 2 septembre 2015 : cette date a été retenue comme point de départ du délai de 90 jours, étant donné qu'aucun autre acte préalable à l'instruction n'avait été effectué par la suite. En conséquence, la communication de l'ouverture de la procédure, décidée le 2 février 2016 (soit 153 jours plus tard) a été jugée tardive : ce non-respect du délai, qui entache d'un vice l'exercice du pouvoir, a entraîné l'annulation, dans le cadre d'un recours juridictionnel, de la mesure de sanction adoptée à l'issue de l'instruction. Il convient de préciser que, dans ce cas également, il a été considéré que le fait que l'Autorité ait considéré que la pratique commerciale au détriment des consommateurs avait été appliquée jusqu'au 31 décembre 2015 (et avait donc cessé environ un mois avant l'ouverture de l'instruction) était dépourvu de pertinence.

47. Par conséquent, l'interprétation constante et bien établie 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.

48. Une décision récente, dans laquelle l'ouverture de l'instruction environ deux ans après le premier signalement reçu par l'Autorité de la part d'un consommateur a été jugée tardive, confirme que l'interprétation décrite aux points précédents est constante et bien établie dans la jurisprudence. Il y était notamment souligné que « *il ne saurait se justifier, sur le plan de la logique et du caractère raisonnable, que l'accomplissement d'une procédure de pré-instruction se prolonge à ce point, et dans des délais tellement longs, qu'elle finirait par être contraire aux critères fondamentaux de la CEDH (article 6) et du droit de l'Union (article 41 de la [Charte])* » [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*].

49. S'il peut sembler raisonnable de se rallier à cette conclusion à la lumière d'une appréciation du caractère approprié de la durée de la phase préalable à l'instruction typique du contrôle du juge administratif, l'application mécanique de l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981, en suivant l'interprétation décrite, conduit toutefois 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 : par ailleurs, la décision du juge porte tant sur l'amende que sur d'éventuelles autres dispositions (par exemple, des injonctions de cessation), et réduit ainsi à néant l'intervention de l'AGCM.

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

51. En outre, en vertu du principe *ne bis in idem* (qui est certainement pertinent en vertu de l'article 50 de la [Charte] [OMISSIS] [*références à la jurisprudence*] 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 à la pratique commerciale déloyale.

D – Les motifs du renvoi

52. 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 d'instruction portant sur des infractions commises au détriment des consommateurs.

53. À cette fin, il convient tout d'abord de rappeler que la matière en cause constitue la transposition en droit national des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales : en particulier, l'article 27 du code de la consommation met en œuvre l'article 11 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, [relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005, L 149, p. 22)].

54. Cette dernière disposition impose aux États membres de veiller à ce qu'il existe des « *moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales* », mais ni la directive 2005/29 ni les autres réglementations relatives à la protection des consommateurs ne mentionnent de délai péremptoire pour l'ouverture de l'instruction.

55. Par ailleurs, 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 de 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.

56. Cette dernière observation fait apparaître des parallèles évidents avec les mesures de sanction (et les procédures) adoptées par l'AGCM en matière d'infractions au droit de la concurrence. Comme on le sait, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur ces dernières et de souligner que l'autorité compétente (notamment la Commission européenne) est tenue 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). Ce principe doit évidemment être appliqué par analogie en matière de protection des consommateurs, étant donné que l'harmonisation en matière de pratiques commerciales déloyales tend à « *protège[r] expressément les intérêts économiques des consommateurs [mais] aussi indirectement [...] les concurrents [...] garantissant ainsi une concurrence loyale* » sur le marché (voir le considérant 8 de la directive 2005/29).

57. Par conséquent, compte tenu du fait que les procédures d'instruction de l'AGCM présentent des difficultés objectives, il semble évident que l'application rigoureuse d'un délai de déchéance, conformément à l'article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 peut entraver l'activité de protection des consommateurs, avec le risque de porter préjudice à l'application correcte du droit national et supranational en la matière, en violation de la règle [du droit de l'Union] mentionnée ci-dessus.

58. 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*].

59. Il faut également ajouter qu'une 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 d'appréciation qui caractérise le travail de l'AGCM (et sur lequel le juge administratif peut en tout état de cause exercer son contrôle). [En outre], l'Autorité serait contrainte de mener en parallèle une pluralité de procédures qui, du fait de leur nombre, pourraient compromettre le succès des enquêtes, laissant certaines pratiques déloyales pour l'essentiel impunies.

60. [OMISSIS] [*autres considérations allant dans le même sens*]

61. 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.

62. 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 conclure rapidement la procédure, en engageant dès que possible le débat contradictoire avec la personne sanctionnée afin de lui permettre de se défendre de manière adéquate. 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 du professionnel, liée à l'expiration du délai. 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.

63. Dans le même temps, il y a lieu de relever 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.

64. 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.

65. 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 du professionnel, ce qui « alourdirait » considérablement les charges pesant sur les deux parties (d'une part, l'AGCM devra vérifier davantage de matériel, d'autre part, l'entreprise verra son activité davantage affectée).

66. En ce qui concerne la question de la protection de la confiance légitime, il convient de rappeler (voir point 47) que le point de départ du délai de déchéance 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 préalable inachevée.

67. 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.

68. Toutefois, l'application d'un délai de déchéance 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 pour l'AGCM une impossibilité essentielle de réprimer des faits illicites qui continuent à porter atteinte à l'intérêt public auquel elle est institutionnellement chargée de veiller.

69. 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

70. 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 11 de la directive 2005/29/CE du*

Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, lu à la lumière des principes de protection des consommateurs 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'une pratique commerciale déloyale 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 ».

71. [OMISSIS]

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

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] le 21 juin 2023 [OMISSIS]

[OMISSIS]