

Projet de loi

relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Avis du Conseil d'Etat

(16 juillet 2010)

Par dépêche en date du 16 novembre 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur.

Au texte étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles avec des annexes.

Les avis de la Chambre des employés privés et de l'Union luxembourgeoise des consommateurs furent transmis en date du 18 mars 2008, celui de la Chambre de travail en date du 23 avril 2008 et celui de la Chambre des fonctionnaires et employés publics en date du 6 mai 2008. Un avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 15 septembre 2008.

En date du 29 mars 2010, le Conseil d'Etat fut saisi par une dépêche du Président de la Chambre des députés, qui, se référant à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, lui soumettait une série d'amendements proposés par la commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat relève l'absence de la fiche financière, exigée par l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, qui doit obligatoirement accompagner les projets de loi comportant des dispositions dont l'application est susceptible de grever le budget de l'Etat.

Considérations générales

Dans leur exposé des motifs, les auteurs du projet de loi énoncent que la conception des fonctions et des missions d'une autorité de concurrence aurait évolué en passant d'une approche essentiellement punitive à laquelle se serait limitée la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence vers une conception d'une autorité exécutant un important travail de sensibilisation et d'éducation en vue de promouvoir une véritable culture de la concurrence.

Il est donc prévu de doter le Conseil de la concurrence des moyens d'action légaux nécessaires pour mener une action active et vigoureuse en faveur du développement du libre jeu de la concurrence.

La concurrence comporte au niveau macroéconomique des efforts des entreprises pour rester compétitives avec comme finalité au niveau international une amélioration de leur situation concurrentielle. Au niveau microéconomique, un repositionnement constant des entreprises par rapport aux évolutions et techniques de production, des caractéristiques des produits et services, des prix pratiqués et des méthodes de commercialisation impliquent une diversification et une amélioration de la qualité des produits et services offerts sur le marché et une réduction respectivement du coût et du prix de vente de ces produits et services.

Le Conseil de la concurrence doit obtenir, suivant les auteurs, les moyens pour, par son savoir-faire et son expérience acquise dans ce domaine, déceler les problèmes concurrentiels et y mettre fin dans les limites de ses compétences ou pour sensibiliser les acteurs concernés aux problèmes relevés et aux remèdes éventuels pour y mettre fin. Dans une envolée paternaliste, les auteurs proposent d'asseoir l'autorité du Conseil de la concurrence et de lui donner les moyens pour agir efficacement, afin de mettre en œuvre une telle approche de sensibilisation et d'éducation envers le public.

Les auteurs proposent à cet effet deux séries de mesures et de réformes.

La première consiste en une fusion des deux organes créés par la loi de 2004 par une concentration de toutes les compétences au sein d'une autorité unique pour créer ainsi des synergies entre les deux organes.

Les auteurs exposent que cet objectif aurait été visé expressément par le comité de coordination tripartite dans sa réunion du 28 avril 2006.

Ils exposent encore que le défaut de lien organique entre ces deux organes aurait conduit à un gaspillage de ressources du fait de l'absence de mécanismes institutionnels permettant de dépasser les blocages ou divergences de vue. Ainsi, ils proposent de supprimer tout simplement le service dénommé "Inspection de la concurrence" et de rattacher l'exécution des missions qui lui étaient conférées directement au Conseil de la concurrence, seul organe à survivre à son propre couperet.

Le Conseil d'Etat ne peut suivre les auteurs dans leurs développements, notamment faute de précisions en quoi ces blocages et différences de vue auraient consisté, à moins qu'ils ne résultent de divergences de vues dues aux fonctions inhérentes aux compétences des deux organes dont la mission est différente à dessein ou plus simplement résultant d'incompatibilité de caractères des deux fonctionnaires à la tête des deux organes, l'Inspection en ayant déjà usé deux en six ans.

La référence à l'objectif du comité de coordination tripartite, qui a simplement décidé la mise en œuvre d'une politique de dynamisation de la concurrence notamment par de meilleures synergies entre le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence, semble largement malmenée

par la suppression de l'Inspection de la concurrence et la concentration organique de tous les pouvoirs entre les mains d'un organe unique.

Il est mesquin, voire d'une sensiblerie outrancière et même dangereuse d'imposer la visibilité d'une institution par la suppression de l'autre, notamment si ce défaut de visibilité est motivé par un manque de profil ou même des erreurs d'adresse de courriers. Le Conseil d'Etat pense ne pas avoir besoin de rappeler l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes dont le deuxième alinéa règle la question des demandes parvenues à une autorité administrative incompétemment saisie.

La commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire de la Chambre des députés, ci-après la commission parlementaire, a proposé dans une sage prévision des choses des amendements pour tempérer la concentration des pouvoirs par l'élimination de toute concurrence au sein du Conseil de même nom afin de donner à l'instruction une apparence d'indépendance et d'impartialité par rapport à l'organe qui doit prendre la décision définitive dans les affaires qui lui auront été soumises.

Le Conseil d'Etat y reviendra ultérieurement.

La deuxième réforme consiste en une modification des règles de procédure. Le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen des articles.

La dernier volet du projet de réforme de la loi de 2004 consiste en une extension des moyens d'action du Conseil de la concurrence en le dotant d'un pouvoir consultatif et d'exécution d'enquêtes de marché et sectorielles.

Pour les auteurs, cette extension des missions relève de la modernisation de la conception de l'autorité de concurrence afin de promouvoir auprès de tous les concernés l'intérêt et l'utilité du libre jeu de la concurrence et de susciter une prise de conscience globale en sa faveur.

Le Conseil d'Etat avait déjà lors de l'élaboration de la loi de 2004 souligné son souci de l'indépendance de l'organe, qui doit rendre la sanction, de celui, qui doit se saisir de la plainte ou ordonner et mener l'enquête. Il avait ainsi critiqué le projet de loi de l'époque du fait de la concentration de tous les pouvoirs d'instruction et de jugement entre les mains d'un organe unique et il avait proposé d'en créer deux avec des missions indépendantes bien définies. Le législateur avait suivi le Conseil d'Etat dans ses propositions.

Le Gouvernement revient maintenant à charge et propose encore une fois la concentration des deux missions au sein d'un seul et même organe.

Le Conseil d'Etat est réticent pour suivre les auteurs sur cette voie. Même si les propositions d'amendement de la commission parlementaire ont pour but d'adapter la procédure à la jurisprudence de la Cour européenne des

droits de l'Homme et notamment à l'arrêt *Dubus S.A. c. France* du 11 juin 2009, il hésite à voir dans ces propositions les éléments nécessaires à constituer des faits vérifiables autorisant à enlever toute suspicion de partialité au nouveau Conseil de la concurrence. La Cour a soulevé dans son arrêt qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus (*Didier c. France (déc.)*, n° 58188/00, 27 août 2002). Elle a rappelé aussi que les notions d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liées (*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], n° 39343/98, 39651/98, 4147/98 et 46664/99, § 192, CEDH 2003-VI).

Tout comme dans l'affaire *Dubus*, la Commission bancaire française exerçait deux types de fonctions, une fonction de contrôle et d'injonction et une fonction disciplinaire. Le nouveau Conseil de la concurrence exerce des fonctions semblables, voire identiques. Si maintenant les propositions de la commission parlementaire entendent voir confier la mise en œuvre des articles 14 à 19, 25 et 26, paragraphes 2 à 4 du projet de loi à un conseiller désigné par ordonnance du président du Conseil, il faut constater d'abord que le président de l'organe de juridiction prend déjà une part active en désignant le conseiller, et ensuite que le conseiller désigné est en principe son collègue de travail, membre du Conseil collégial parmi seulement trois conseillers susceptibles d'être désignés, sauf l'article 7, paragraphe 3, dernier alinéa. La promiscuité des locaux et le nombre très restreint de conseillers pouvant exercer la fonction de conseiller enquêteur peuvent faire naître légitimement chez la personne concernée l'impression de partialité, d'autant plus que ce même conseiller dirigeant l'enquête dans une affaire peut être membre de la composition du Conseil jugeant une affaire similaire dirigée contre une autre entreprise.

Les dimensions du territoire national et le nombre restreint de personnes intervenant au niveau du Conseil imposent au Luxembourg d'autres exigences que celles valant pour un grand pays, surtout si les conditions fixées par la Convention des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, auxquelles il est fait référence, ne constituent que des conditions minima.

Le Conseil d'Etat est bien conscient que la décision du Conseil de la concurrence peut être soumise à l'appréciation des juridictions administratives statuant comme juge du fond.

Le Conseil d'Etat considère que la Convention prévoit la transparence, l'impartialité et l'indépendance à tous les niveaux de la procédure. Il semble par conséquent pour le moins inconvenant au Conseil d'Etat de permettre la violation des prescriptions de la Convention par l'administration sous le prétexte que les personnes concernées pourront toujours saisir une juridiction statuant en pleine juridiction pour voir redresser ces violations. Cela n'entraîne pas seulement une perte de temps et des frais, mais constitue néanmoins toujours une violation des dispositions de la Convention.

Le Conseil d'Etat ne peut que s'appuyer sur les rapports annuels du Conseil de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence pour évaluer la masse de travail de ces deux organes. Or, il doit constater que le nombre des affaires instruites et soumises pour sanction au Conseil est plutôt réduit et il se demande si le nombre limité d'affaires nécessite vraiment une telle augmentation du personnel du Conseil alors que le projet sous avis a pour objet de fondre les deux organes en un seul afin d'optimiser l'allocation des ressources humaines et financières. En effet, en 2009, l'Inspection de la concurrence était saisie d'une douzaine d'affaires dont seulement cinq étaient des affaires nouvelles. Le Conseil de la concurrence depuis sa création a, quant à lui, adopté six décisions sur le fond prises dans quatre affaires différentes, dont la première date du 23 avril 2007, par cinq décisions il a prononcé des amendes ou des astreintes dans le cadre du déroulement des enquêtes de l'Inspection de la concurrence et enfin il a eu l'occasion de prononcer des mesures conservatoires par une décision isolée du 22 janvier 2008. Il importe de souligner qu'en 2009, l'Inspection de la concurrence n'a pas été appelée à assister la Commission européenne lors d'inspections surprises ou d'autres vérifications dans des entreprises luxembourgeoises conformément aux règlements (CE) n° 1/2003 et n° 139/2004.

Le Conseil de la concurrence reste, même si le projet de loi était adopté tel quel, toujours une administration sous l'autorité du ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, qui, d'un côté, disposera de fonctionnaires suppléants et qui, d'un autre côté, pourra avoir recours à des fonctionnaires du ministère pour effectuer certains travaux en cas de surcharge temporaire. L'augmentation du nombre de membres effectifs à plein temps de un à quatre ainsi que le cadre important de fonctionnaires prévu à l'article 8 tout comme le recours proposé à des fonctionnaires d'autres services étatiques ou administrations ministérielles prévu au paragraphe 2 de l'article 9 semble largement exagéré au Conseil d'Etat.

Les auteurs proposent deux genres de recours différents suivant que la décision est prise par le président du Conseil de la concurrence ou le conseiller désigné ou par le Conseil statuant en formation collégiale. Dans le premier cas, ce serait un recours en annulation et dans le deuxième cas, un recours en pleine juridiction.

Le Conseil d'Etat est d'avis que dans les deux cas le principe de proportionnalité des mesures peut être mis en cause, de façon qu'un recours en pleine juridiction conviendrait mieux pour contrôler la mesure ordonnée quant à ce principe.

Il est encore d'avis que toutes les décisions qui ont un caractère de sanction ou dissuasif devront être soumises au contrôle en pleine juridiction. Il renvoie à cet égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment à l'arrêt du 4 mars 2004, n° 47650/99, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*.

Finalement, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il relève de la sécurité juridique de soumettre toutes les décisions des autorités créées par une même loi au même genre de recours, à savoir le recours en pleine juridiction.

Il s'oppose par conséquent formellement à voir instituer deux genres de recours.

Pour toutes les raisons indiquées ci-avant, le Conseil d'Etat maintient sa position qu'il avait déjà adoptée lors de l'élaboration de la loi de 2004 notamment quant à la séparation entre l'instance quasi juridictionnelle et l'instance d'instruction.

Ce n'est que dans un souci d'être complet et pour prendre position quant à quelques propositions pertinentes que le Conseil d'Etat analyse le texte sous avis.

Examen du texte

Observation préliminaire

D'un point de vue formel, le Conseil d'Etat propose de supprimer toute référence après les articles quand ils se réfèrent à la loi sous avis. De même tous les sujets sont à écrire par une initiale minuscule à part les institutions.

Intitulé

La commission parlementaire propose d'abroger la loi du 17 mai 2004 en vue de remplacer celle-ci par une nouvelle loi et d'adapter l'intitulé en conséquence. D'après les règles de la légistique, le remplacement d'un acte dans son intégralité n'est pas mentionné dans l'intitulé de l'acte qui le remplace, de sorte que le Conseil d'Etat propose l'intitulé suivant:

« Projet de loi relative à la concurrence ».

Article 1^{er}

Comme il s'agit du texte de l'ancien article 1^{er}, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Article 2

Les textes des trois premiers alinéas ont été repris. Le Conseil d'Etat n'a par conséquent pas d'observation à faire ni quant au texte ni quant à la proposition de changer les alinéas en paragraphes.

Il est proposé de modifier le texte du 4^e alinéa, qui devient le paragraphe 4. La modification proposée est purement formelle et ne comporte donc pas d'observation. Le Conseil d'Etat voudrait cependant attirer l'attention sur une contradiction entre le commentaire de la

commission parlementaire relatif à la 2^e phrase de ce paragraphe et son texte. Dans le 5^e alinéa du commentaire, il est indiqué que les prix en question devraient toujours être fixés par le ministre du ressort, tandis que le 6^e alinéa emploie l'adjectif "susceptible" et que les textes proposés emploient toujours le verbe pouvoir. Si la commission veut aligner le texte à son intention, la phrase du 4^e paragraphe devrait se lire:

« A défaut de contrats de programme, des prix maxima sont fixés par règlement grand-ducal. »

Il est proposé de modifier le 5^e alinéa en précisant que la réglementation des prix pour les produits pharmaceutiques sera de la compétence du ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions.

Suivant ce qui est exposé à l'alinéa 6, une telle fixation devrait toujours intervenir pour chaque produit pharmaceutique.

Le Conseil d'Etat voudrait rappeler tout d'abord que la réglementation des prix est de la compétence du règlement grand-ducal. Il appartient par conséquent au Grand-Duc de prendre de tels règlements. Le texte de loi le précise d'ailleurs en relation avec la fixation des prix des produits pétroliers.

Le paragraphe 5 devra être formulé de la façon suivante sous peine d'opposition formelle.

« (5) Les prix maxima des produits pharmaceutiques sont fixés par règlement grand-ducal. »

Le texte de l'ancien alinéa 6 de la loi de 2004 devient le paragraphe 6 du projet de loi sous avis.

Le Conseil d'Etat attire l'attention sur la nouvelle numérotation de cet article de façon que le renvoi aux paragraphes dont les violations sont à incriminer se trouvent *sub* numéros 2 à 5 et même 6, s'il est dans l'intention des auteurs de sanctionner les violations aux prescriptions des règlements grand-ducaux pris en vertu de ce paragraphe.

Le Conseil d'Etat propose l'ajout d'un nouveau paragraphe 7 pour la réglementation de la saisine et de la procédure devant le tribunal d'arrondissement.

Pour ce qui est du texte, le Conseil d'Etat propose d'ajouter une virgule entre "... matière commerciale" et "à la requête ..." et une deuxième après "... attributions ...".

Le Conseil d'Etat profite de l'occasion pour proposer la suppression d'une erreur qui s'est glissée dans le paragraphe 6 (7 selon le Conseil d'Etat) de la loi de 2004, modifiée par la loi du 23 avril 2008, dont le texte est repris actuellement comme paragraphe 6. Le bout de phrase "conformément à la loi modifiée du 19 décembre 2003 fixant les conditions d'agrément des organisations habilitées à intenter des actions en cessation" est par

conséquent à supprimer, car il alourdit inutilement la phrase et pourrait donner lieu à des interprétations erronées.

Une autre proposition de remaniement du texte serait de l'ordonner différemment de façon à le rédiger ainsi:

« Le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut, à la requête du ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions introduite conformément à la loi modifiée du 19 décembre 2003 ... »

Le paragraphe 7 deviendra ainsi le paragraphe 8.

Article 3

Ce texte étant repris de la loi à abroger, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Articles 4 et 5

Sans observation.

Article 6

Le premier paragraphe doit être modifié, car il existe déjà un Conseil de la concurrence. Il devra se lire:

« Le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante, chargée de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi. »

Les amendements relatifs au paragraphe 2 ne donnent pas lieu à observation.

Les auteurs du projet de loi proposent de préciser à l'endroit du paragraphe 3 leur compétence dans le cadre des articles 81 et 82 du Traité. Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire que celle relative à l'adoption de la nouvelle numérotation du Traité suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

Le paragraphe 4 ne donne pas lieu à observation.

Le paragraphe 5 énumère les missions dont est chargé le nouveau Conseil.

Quant au point a), le Conseil d'Etat renvoie à ses développements dans le cadre des considérations générales relatifs à la concentration des pouvoirs de saisine, d'enquête et de sanction entre les mains d'un organe unique.

Il n'a pas d'autre observation à faire que celle relative à l'adoption de la nouvelle numérotation du Traité suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

Quant au point b), le Conseil d'Etat s'étonne que les auteurs et la commission parlementaire accordent au Conseil de la concurrence le droit d'intervenir d'office dans les processus législatif et réglementaire et même à propos de toute autre mesure touchant à des questions de concurrence. Il obtient ainsi des privilèges qui n'appartiennent pas à d'autres administrations de l'Etat.

Le point c) ne donne pas lieu à observation.

Un amendement propose d'introduire un nouveau point d) en accordant au Conseil la faculté d'informer les entreprises moyennant des lettres d'orientation informelle sur l'interprétation qu'il entend conférer aux articles 3 à 5, éventuellement 6, de la loi par rapport aux questions nouvelles et non résolues.

Le Conseil d'Etat ne peut pas suivre la commission parlementaire, car il ignore ce que la commission entend par lettre d'orientation informelle. Si cela voulait signifier que le contenu de la lettre ne lie pas le Conseil, il ne verrait pas l'utilité d'un tel écrit. Si le contenu doit lier le Conseil, cette faculté constitue une nouveauté juridique, voire une curiosité juridique, pour un organe investi de fonctions quasi juridictionnelles, car il intervient *ex ante* dans l'interprétation d'un texte législatif ou réglementaire hors du contexte éventuellement litigieux.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement *sub* point e).

Quant aux 3^e, 4^e et dernier points, il n'a pas d'autre observation à faire que celle relative à l'adoption de la nouvelle numérotation du Traité suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne à l'endroit du dernier point.

Article 7

La commission parlementaire propose un amendement relatif à la composition du Conseil de la concurrence. Par la formulation proposée, l'appartenance des conseillers au Conseil, qui seront désignés comme conseillers enquêteurs, devient encore plus patente. L'apparence de l'impartialité et de l'indépendance du conseiller enquêteur n'en devient pas plus certaine par la suppression de l'alinéa 3.

Comme tous les conseillers sont sous la direction du président, il est difficile d'en tirer un élément d'impartialité et d'indépendance.

Il est proposé d'ajouter un nouveau paragraphe 3 qui prévoit l'établissement d'un règlement intérieur. Le Conseil d'Etat ne peut pas se déclarer d'accord avec un tel règlement intérieur susceptible de toucher la

procédure devant le Conseil, l'enquête et les droits de la défense. Si ce règlement établit ou restreint des droits des personnes concernées par la présente loi, le Conseil d'Etat devra s'opposer formellement. Un tel règlement, s'il est vraiment nécessaire, devra trouver la base dans la loi et devra être sanctionné par un règlement grand-ducal dans les formes prévues par la Constitution.

L'organisation des réunions du Conseil deviendra par là aussi compliquée que la gestion des dossiers. Comme il faudra garder l'apparence d'impartialité et d'indépendance des conseillers pouvant délibérer par rapport aux conseillers enquêteurs, il sera très difficile d'expliquer aux personnes concernées que tel ou tel conseiller qui n'avait pas le droit d'assister au Conseil quand l'affaire où il était impliqué dans l'instruction avait quitté la séance pour revenir quelques minutes plus tard pour délibérer dans une affaire où il était assesseur.

Un amendement parlementaire propose un nouveau paragraphe 4 organisant l'instruction des dossiers.

Il appartient au président de désigner pour chaque dossier séparé un conseiller pour mettre en œuvre les articles 14 à 19, 25 et 26, paragraphes 2 à 4. Le fait que le président se mêle de cette désignation peut constituer un élément contraire à l'impartialité et l'indépendance du président du Conseil.

Le Conseil d'Etat ne comprend pas en quoi l'article 9, paragraphes 1^{er} et 3 est applicable au conseiller désigné, car ces textes traitent des fonctionnaires autres que les conseillers. Ce renvoi est à supprimer.

L'alinéa 2 interdit au conseiller désigné de participer aux délibérations et décisions en application des articles 11 et 13 et de participer aux mesures conservatoires prévues par l'article 12.

Comme la saisine, qu'elle soit une autosaisine ou sur plainte, comprend d'abord une délibération pour constater dans le cadre d'une procédure contradictoire l'existence d'une infraction, le président du Conseil devra avant tout commencement d'analyse du dossier par le Conseil désigner un de ses conseillers pour l'instruction, sans savoir à ce stade si le Conseil va en ouvrir une.

Cette interdiction sera par conséquent difficile à mettre en œuvre.

Pour ce qui est du texte, le Conseil d'Etat propose de remplacer l'adjectif impropre "individuel" par "séparé" dans les alinéas 1 et 3.

Le Conseil d'Etat note encore l'intention de la commission parlementaire d'augmenter le nombre des conseillers permanents à quatre, du fait que les conseillers seront aussi chargés de l'instruction. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations générales. En prenant en compte le nombre d'affaires et le nombre des affaires tant en instruction qu'en instance de décision, il ne voit pas l'utilité d'une telle augmentation du nombre de

conseillers permanents. Même si le président est déchargé de toute mission d'enquête, trois conseillers assumant à la fois et alternativement l'instruction et la décision devront pouvoir accomplir tout le travail en respectant la nette séparation des pouvoirs d'instruction et de décision au sein du même Conseil.

Le même commentaire entend charger le personnel du Conseil de réaliser tant les travaux administratifs et rédactionnels en relation avec l'instruction que ceux en relation avec la prise de décision.

Article 8

Le Conseil d'Etat aurait pu imaginer une organisation plus rationnelle au sein du Conseil de la concurrence. Au lieu d'avoir, comme sous le régime de la loi actuelle, un fonctionnaire effectif permanent, il est proposé de doter le Conseil de quatre conseillers ainsi que d'un cadre d'une administration propre qui, au nombre actuel des affaires à traiter, semble largement disproportionné.

Le texte du paragraphe 1^{er} devra être adapté en précisant qu'il s'agit du président et des conseillers effectifs permanents.

Cette considération vaut aussi pour le paragraphe 2.

Le paragraphe 3 prévoit que le Conseil de la concurrence se voit doter d'un cadre d'une administration propre.

Le Conseil d'Etat ne voit pas la nécessité de programmer un tel cadre de personnel. Il estime que ce cadre est vraiment disproportionné par rapport au nombre d'affaires pendantes tant en instruction qu'en instance de décision.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Article 9

Cet article amendé organise la désignation des fonctionnaires qui assistent le conseiller désigné dans ses opérations d'instruction et d'enquête.

D'après les auteurs, il revient au Conseil de désigner parmi les fonctionnaires de son administration les enquêteurs pourvus des pouvoirs institués par les articles 15 à 17 de la loi.

Le paragraphe 2 autorise le Conseil sur proposition du conseiller désigné à avoir recours à des fonctionnaires des carrières supérieure et moyenne issus d'autres services étatiques ou administrations ministérielles. Ces fonctionnaires seraient temporairement affectés pour la durée nécessaire de l'inspection par leur supérieur hiérarchique au service du Conseil de la concurrence, qui les nomme aux fonctions d'enquêteur. Ces fonctionnaires sont placés sous l'autorité du conseiller désigné.

Le texte n'indique pas si les chefs de services et ministres compétents peuvent s'opposer à ce genre de réquisition, qui leur enlève pendant un certain temps un ou des fonctionnaires en service ou si le fonctionnaire lui-même peut refuser.

La loi du 21 décembre 2007 relative à l'Inspection du travail et des mines a introduit l'article L. 614-7 dans le Code du travail qui prévoit que l'Inspection du travail et des mines peut se faire assister par des personnes physiques ou morales de droit privé ou public, agréées par le ministre, personnes qui sont appelées, notamment dans le cadre des missions définies dans cette loi, à accomplir diverses tâches techniques, d'études et de vérifications et tout particulièrement à: (...).

Le Conseil d'Etat propose de rédiger un texte similaire avec indication des tâches, car le détachement de fonctionnaires de tous grades lui paraît difficile à mettre en œuvre, d'autant plus que la loi ne prévoit pas pour quelles missions ou tâches le conseiller désigné pourrait avoir recours à d'autres fonctionnaires que ceux relevant de l'administration concernée.

Le deuxième alinéa autorise le Conseil à établir une liste de fonctionnaires remplissant ces conditions.

Le Conseil d'Etat se demande quelles sont les conditions d'admission sur cette liste et s'il y a un recours contre l'inscription sur cette liste.

Est-ce que ces fonctionnaires seront indemnisés pour ce travail extraordinaire et resteront-ils à charge du budget du ministère ou service d'origine?

Un paragraphe 3 confère à tous les fonctionnaires désignés dans cet article le statut d'officier de police judiciaire.

Le Conseil d'Etat rappelle sa position concernant une extension de ce statut à des fonctionnaires qui ne sont pas rompus aux règles de cette fonction et notamment aux dispositions du Code d'instruction criminelle qu'ils sont obligés de respecter dans leur fonction assumée.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'accorder le statut d'officier de police judiciaire à ces fonctionnaires, qui pourront se faire assister par des membres de la police judiciaire notamment pour les opérations de perquisition, comme ceci est d'ailleurs prévu par les dispositions du paragraphe 4 de l'article 16 ci-après.

Dans la mesure où le législateur maintiendrait les compétences de police judiciaire au bénéfice d'agents de l'Etat ne relevant pas de la Police grand-ducale, le Conseil d'Etat se devrait d'insister, sous peine d'opposition formelle, que les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire soient désignés par référence à leurs fonctions

et grades dans la hiérarchie interne de l'administration de laquelle ils relèvent et qu'ils justifient une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale. Si le principe de cette formation doit être prévu dans la loi formelle (cf. art. 23 de la Constitution), les modalités d'organisation de cette formation pourront être reléguées à un règlement grand-ducal. Dans cette hypothèse, il conviendrait de libeller comme suit le paragraphe 3 de l'article 9:

« (3) Les fonctionnaires de la carrière du ... à partir du grade ... du Conseil de la concurrence peuvent être chargés de constater les infractions à la présente loi.

Dans l'exercice de leurs fonctions, ces fonctionnaires ont la qualité de police judiciaire.

Les fonctionnaires visés à l'alinéa 1^{er} doivent avoir suivi une formation professionnelle spéciale portant sur la recherche et la constatation des infractions ainsi que sur les dispositions de la présente loi. Le programme et la durée de formation ainsi que les modalités de contrôle des connaissances sont arrêtés par règlement grand-ducal.

Avant d'entrer en fonction, ils prêtent devant le président du tribunal d'arrondissement le serment suivant:

" Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. "

L'article 458 du Code pénal est applicable. »

Les fonctionnaires assumés d'autres services étatiques ou engagés auprès d'autres administrations ministérielles ne pourront obtenir ce statut. Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement au regard de l'article 97 de la Constitution, sauf à les désigner par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de leurs services et administrations respectives.

Article 10

Le Conseil d'Etat rappelle son opposition à l'autosaisine par le Conseil.

Le deuxième alinéa amendé prévoit qu'en matière de violation des articles 3 à 5 de la loi ou des articles 101 et 102 du Traité, le Conseil est saisi sans formes. La deuxième phrase contredit cependant ceci en exigeant une description détaillée du fait dénoncé et tous les éléments de son existence présumée qui sont à la disposition de l'auteur de la saisine.

Le texte est à revoir.

Article 11

Sans observation.

Article 12

Le premier paragraphe constitue une reprise du texte de l'ancien article 11 sauf qu'il confère compétence au président du Conseil à partir de la saisine du Conseil. Comme celle-ci intervient soit par autosaisine soit par un tiers, le président est saisi *ab initio* suite à la suppression de l'Inspection. Le président a par conséquent connaissance de l'affaire avant sa saisine dans le cadre des mesures conservatoires à prendre. Le président se met ainsi dangereusement dans l'ombre d'un reproche de partialité.

Quant au texte, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Les auteurs proposent d'ajouter un nouveau paragraphe 3 qui autorise le président du Conseil à assortir les mesures conservatoires adoptées par lui d'une astreinte. Même si l'ancien article 20 autorisait le Conseil à assortir les mesures conservatoires d'une astreinte, il faut constater qu'il s'agissait du Conseil statuant dans sa formation collégiale, dont les assesseurs ne doivent pas avoir déjà eu connaissance de l'affaire. Le nouveau texte transfère ce droit au président dans un souci de rationalisation.

Le Conseil d'Etat ne peut pas y marquer son accord, car le principe de l'impartialité ne peut être sacrifié sur l'autel de la rationalisation et de l'efficacité.

Quant au texte proprement dit, le Conseil d'Etat constate que les auteurs ont omis d'indiquer qu'il s'agit du chiffre d'affaires hors taxes. Le Conseil d'Etat propose d'insérer les mots "hors taxes" entre les "mots chiffre d'affaires" et "journalier".

D'un point de vue forme, le symbole % est à écrire en toutes lettres "pour cent".

Article 13

Les auteurs proposent dans le premier paragraphe de fixer la possibilité pour les entreprises concernées de proposer des engagements de nature à répondre aux préoccupations du Conseil à partir de la communication des griefs.

Dans le paragraphe 2, ils proposent d'ajouter la réouverture de la procédure aussi par autosaisine.

Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord pour les raisons expliquées ci-avant au sujet de l'autosaisine par le Conseil.

Article 14

Suite à la proposition d'abolir l'Inspection de la concurrence, les auteurs entendent charger le Conseil de la concurrence du premier stade de l'enquête qui est la demande de renseignements.

En adressant à une entreprise une telle demande avec indication de la base juridique et de son but, le Conseil est obligé de révéler qu'il soupçonne cette entreprise d'une violation des règles de la concurrence. Il quitte par là le terrain de l'impartialité surtout s'il indique aussi les sanctions prévues par les articles 20 ou, s'il y a lieu, 22 du projet sous avis.

Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses observations *sub* article 20 ci-après concernant l'obligation des entreprises à s'auto-incriminer.

Il est encore proposé d'ajouter comme paragraphe 3 les dispositions du paragraphe 3 de l'article 18 de la loi indiquant les personnes obligées de fournir les renseignements demandés.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer les deux dernières phrases, car il est évident qu'un mandataire, notamment quand il est avocat, pourra transmettre les renseignements demandés sans qu'il y ait un transfert de responsabilité concernant les renseignements fournis.

Article 15

Le Conseil d'Etat formule la même observation que pour l'article précédent, notamment à la suite de la suppression du verbe "faire", car ainsi l'accomplissement des tâches est transféré directement au Conseil qui ne peut plus déléguer celles-ci.

Article 16

A l'endroit du premier paragraphe qui traite des pouvoirs en matière d'inspection, les auteurs proposent de nouveau le transfert des pouvoirs de l'Inspection au Conseil.

L'amendement parlementaire propose ici aussi la suppression du verbe "faire" qui empêche une délégation par le Conseil.

La suite du texte comporte une contradiction avec la disposition amendée du paragraphe 1^{er}, car il en résulte que ce sont les enquêteurs qui procèdent en fait à l'inspection et non pas le Conseil ou le conseiller désigné.

Le texte est à revoir.

Un amendement parlementaire supprime la deuxième phrase du dernier alinéa du paragraphe 2, ramenant ainsi cette décision sur le terrain du droit commun.

Les auteurs proposent de remanier notamment le paragraphe 3 qui fait intervenir le juge judiciaire pour autoriser la perquisition.

La première phrase du 2^e alinéa reprend l'ancien texte, mais les auteurs proposent d'ajouter qu'en cas de violations soupçonnées des articles 3 à 5 de la loi ou des articles 101 et 102 du Traité des indices faisant présumer l'existence des pratiques recherchées seraient suffisants.

Le Conseil d'Etat pourrait s'accommoder de cette formulation, si les auteurs ne proposaient pas en contradiction avec l'alinéa précédent dans un 3^e alinéa d'enlever au juge judiciaire tout pouvoir d'appréciation de la légalité et de la justification de la mesure d'enquête.

C'est à se demander à quoi sert alors l'intervention du juge judiciaire. Le Conseil d'Etat rappelle que c'était à son initiative que la loi de 2004 a introduit l'intervention du juge judiciaire.

Il avait écrit dans son avis du 16 mars 2004 qu'

« en cas d'opposition de sa part (= de la part du chef d'entreprise), la procédure pourra dégénérer en violation de domicile

...

Le juge chargé de se prononcer sur la requête présentée devra contrôler si les mesures demandées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'enquête sont conservés dans les locaux désignés dans la requête.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'en raison du fait qu'il n'y a dans les hypothèses prévues pas de danger ni pour l'intégrité de l'homme ni pour sa santé, comme par exemple en matière de protection des salariés, il ne doit toujours s'agir que d'une mesure exceptionnelle. Les mesures doivent donc être contrôlées préalablement avec une grande rigueur, d'autant plus qu'elles ont pour objet non seulement l'accès au site de l'entreprise aux fins de constatations, mais l'accès aux bureaux où se trouvent tous les documents, en partie même confidentiels, aux fins de les perquisitionner et les saisir.

En plus, au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels.

Les dispositions du Règlement (Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévue aux articles 81 et 82 du traité CE) reconnaissent d'ailleurs implicitement aux Etats membres le droit de prévoir une procédure plus stricte, alors que son article 20, paragraphe 7 dispose que si, en vertu du droit national, l'assistance prévue à l'article 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. »

En plus, les auteurs en reprenant le texte de l'ancien article 15, paragraphe 3, alinéa 2 qui oblige le juge à vérifier que la mesure de

perquisition et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché tout en obligeant la partie requérante à lui fournir les éléments d'information requis à cet égard sont en contradiction avec l'alinéa suivant.

Le Conseil d'Etat, prenant en considération les motifs de l'arrêt du 22 octobre 2002 de la Cour de Justice des Communautés européennes (actuellement de l'Union européenne) dans l'affaire *Roquette Frère* (CJCE affaire n° C-04/00), propose de reprendre le texte des points 36, 37, 47, 48, 54, 61, 74, 75,79 et de rédiger le 2^e alinéa du paragraphe 3 de la façon suivante:

« Le Conseil doit présenter une requête du Président du tribunal d'arrondissement fournissant les explications qui font ressortir de manière circonstanciée que le Conseil dispose dans son dossier d'éléments d'indices sérieux permettant de soupçonner des infractions aux règles de la concurrence par l'entreprise concernée et leur degré de gravité ainsi que, pour le cas où la perquisition et la saisie sont demandées à titre préventif, les éléments de nature à justifier cette mesure.

Il doit aussi préciser l'objet de la recherche et les éléments sur lesquels porte la vérification.

Le juge doit vérifier que la mesure de perquisition et de saisie est justifiée, non arbitraire, non excessive et proportionnée au but recherché. La requête doit comporter tous les éléments nécessaires pour lui permettre de s'acquitter de ce contrôle et de veiller au respect des règles de droit national dans le déroulement des mesures de contrainte. Lorsque la mesure vise à permettre la constatation de violations aux articles 3 à 5 ou aux articles 101 et 102 du Traité, la requête peut ne comporter que des indices suffisamment sérieux permettant de suspecter l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée. »

Contrairement à ce qui est développé par les auteurs, le juge doit examiner si la demande est proportionnée au but recherché et si elle n'est pas arbitraire. Il ne peut admettre une perquisition à titre préventif que s'il existe des raisons de craindre une opposition à la vérification ainsi que des tentatives de dissimulation et de soustraction de preuves au cas où une vérification sur le fondement de l'article 14 serait notifiée à l'entreprise. Ce volet de la demande est donc aussi du ressort du juge.

Quant à l'alinéa 3, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il est contraire non seulement à l'alinéa précédent du projet de loi, mais aussi au droit communautaire tel qu'il résulte notamment de l'arrêt *Roquette* précité.

Le texte tel que proposé dépasse cette jurisprudence. Le Conseil d'Etat s'y oppose donc formellement.

Les auteurs reprennent les dispositions du paragraphe 4 de l'ancien article 15. Celui-ci prévoit que le juge désigne un ou plusieurs officiers de la police judiciaire chargés d'assister à ces opérations.

Le Conseil d'Etat ne voit par conséquent pas l'utilité de conférer à tous les fonctionnaires désignés à l'article 9 la qualité d'officier de police judiciaire tel que cela est prévu par le paragraphe 3 de cet article. Il ne sert à rien que des officiers de police judiciaire assistent d'autres fonctionnaires qui ont la même qualité, le Conseil d'Etat ne supposant pas que le verbe "assister" soit à prendre au premier sens seulement (être présent).

Le paragraphe 7, qui est partiellement repris de l'ancien texte, se voit complété par des dispositions reprises de l'article 34 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Les paragraphes 8 et 9 ne donnent pas lieu à observation.

Comme le paragraphe 7 prévoit que l'enquêteur pourra désigner un témoin, le Conseil d'Etat propose d'ajouter au paragraphe 10 que l'avocat ne pourra pas être désigné comme témoin, car il n'appartient pas à un avocat de prendre une part active autre que la défense des droits de son mandant dans une perquisition.

Il propose l'ajout de la phrase suivante:

« Celui-ci ne pourra pas être désigné témoin dans le cadre des dispositions prévues par le paragraphe 7, alinéa 2. »

Quant à la disposition du paragraphe 11 relative au lieu de dépôt des objets, documents et autres choses saisis au Conseil de la concurrence, le Conseil d'Etat fait remarquer que cet endroit n'est pas un lieu neutre.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation spéciale à faire quant aux deux derniers alinéas qui sont repris après adaptation de la loi à abroger.

Article 17

Les dispositions du paragraphe 1^{er} sont reprises de la loi à abroger. Le texte prévoit qu'il s'agit de prouver une violation grave des articles 3 à 5 de la loi et des articles 101 et 102 du Traité. Comme il est prévu de remplacer l'Inspection par le Conseil, ce dernier perd toute impartialité par ce changement d'attribution.

Les deux autres paragraphes ne donnent pas lieu à observation spéciale.

Article 18

Sans observation.

Article 19

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à cet article complété et amendé par la commission parlementaire qui supprime la proposition des auteurs originaires de décharger les régulateurs, les administrations et établissements publics de leur secret professionnel.

Article 20

Les auteurs et la commission parlementaire proposent de modifier l'ancien texte de l'article 17.

Le Conseil d'Etat voudrait d'abord rappeler ses observations quant à l'article 17 de l'ancien projet de loi n° 5229 qui a donné lieu à la loi du 17 mai 2004 quant au paragraphe 1^{er} sous examen:

« Ici se pose avec une très grande acuité le problème de l'obligation légale de collaborer activement avec les enquêteurs en vue de la découverte d'une infraction éventuelle. S'il est vrai que le Considérant 23 du Règlement tout comme le Règlement lui-même prévoient cette obligation, le Conseil d'Etat se pose quand même des questions sérieuses quant à la compatibilité de ces dispositions avec celles de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et notamment son article 6, paragraphe 2.

Comme il y a la possibilité de perquisition et de saisie en cas de non-collaboration avec les enquêteurs, le Conseil d'Etat est d'avis que cette menace sera suffisante.

Etant donné que le texte du Règlement existe et comme en vertu des textes fondamentaux il est d'application directe, le législateur est obligé de s'y plier. L'avenir montrera si sa mise en œuvre, qui pourra être soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, résistera à son contrôle. »

L'article 20 ne fait que reprendre l'ancien article 18. Il ne donne pas lieu à observation.

Le point 1 du paragraphe 1^{er} est supprimé, car la sanction des faits se trouve avancée à l'article 12.

Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord avec la proposition de la commission parlementaire de supprimer la référence à l'importance du dommage causé à l'économie. Même si ce critère peut donner lieu à des problèmes d'application pratique, il a son importance dans la fixation du taux de l'amende. Le Conseil d'Etat n'est pas de l'avis de céder à la facilité et de supprimer tout ce qui pourrait poser problème; il insiste donc sur le maintien de ce critère.

Le Conseil d'Etat n'est pas par principe opposé au paragraphe 3 proposé par la commission parlementaire. Il faudra cependant que la demande du Conseil de la concurrence soit bien précise et que la communication ne dépasse pas ce qui est strictement nécessaire à la fixation du taux de l'amende. Le renseignement utile ne devrait concerner en principe que le chiffre d'affaires.

Quant au paragraphe 4, le Conseil d'Etat propose la suppression de l'ajout concernant le mode de recouvrement. Il appartient à l'administration concernée de fixer celui-ci.

Les auteurs ne font d'ailleurs pas une telle proposition à l'endroit de l'article 12.

L'article 197 du Code d'instruction criminelle, qui charge également cette administration du recouvrement des amendes pénales, ne fait pas non plus une telle prescription.

Article 21

Les auteurs proposent de réaménager et de compléter cet article pour le rendre conforme à un programme modèle élaboré au sein du Réseau européen de la concurrence, de façon que ces mesures d'immunité et de clémence soient identiques dans l'Union.

Le Conseil d'Etat se déclare d'accord avec cette unification dans une matière qui base de toute façon sur des textes communautaires.

Comme le Conseil d'Etat part de l'idée que toutes les dispositions proviennent et sont conformes au programme modèle, il ne critique pas le texte projeté, même si le point a) du paragraphe 5 lui donne du fil à retordre dans la mesure où il oblige l'entreprise dénonciatrice à mettre fin à sa participation seulement après le dépôt de sa demande et même encore plus tard de l'accord du Conseil de la concurrence. L'entreprise peut ainsi faire des bénéfices illégaux encore après qu'elle a été mise au courant des intentions d'intervenir du Conseil.

Au paragraphe 6, le Conseil d'Etat propose d'ajouter le mot "peut" avant "adopter" de façon à ce que l'avis de clémence ne devienne pas une obligation.

Le bout de phrase se lira:

« ..., le Conseil peut adopter... »

D'un point de vue formel, le Conseil d'Etat propose d'ajouter le mot "pas" au deuxième paragraphe après les mots "...n'a...".

Article 22

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au 1^{er} alinéa.

Quant au 2^e alinéa, il renvoie à ses observations *sub* Article 20, dernier alinéa.

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'Etat propose la suppression de l'ajout concernant le mode de recouvrement. Il appartient à l'administration concernée de fixer celui-ci.

Les auteurs ne font d'ailleurs pas une telle proposition à l'endroit de l'article 12.

L'article 197 du Code d'instruction criminelle, qui charge également cette administration du recouvrement des amendes pénales, ne fait pas non plus une telle prescription.

Articles 23 et 24

Sans observation.

Article 25

Le Conseil d'Etat, tout en maintenant son avis que la communication des griefs relève de la compétence de l'autorité de poursuite indépendante de l'autorité de juridiction n'a pas d'autre observation à faire quant au paragraphe 1^{er} que celle que le dossier, qui sera enregistré sur support électronique, suivant les explications des auteurs à l'endroit de l'article 26, devra accompagner la communication des griefs.

En effet, les auteurs expliquent que le dossier sera enregistré sur support électronique pour faciliter aux parties l'accès au dossier qui pourrait ainsi se faire sans déplacement et qui éviterait par là même tout risque de voir dénaturer le dossier consulté en original. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a fait la proposition ci-avant.

Il propose par conséquent d'ajouter à la fin de la première phrase du 1^{er} paragraphe:

« ... et du dossier à la base de cette communication sur support électronique. »

Quant au paragraphe 2, il s'y oppose formellement, car il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de régler la procédure par la voie de son règlement interne. Il s'agit ici d'une matière normative destinée à des tiers, car les droits des parties devront être garantis. Une administration ne peut pas se voir conférer un pouvoir réglementaire.

Article 26

Les auteurs proposent que la mise à disposition du dossier à partir de la communication des griefs puisse être faite sur support électronique et qu'il appartiendra à l'appréciation du Conseil s'il le fournira sur un tel support uniquement sur demande ou d'office en même temps qu'il enverra la communication des griefs. Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord avec une telle appréciation. Il relève de la loi de préciser si la communication des griefs doit être accompagnée du dossier sur support électronique ou non. Le Conseil n'a pas à apprécier cela, car il s'agit des droits de la défense.

Aussi le Conseil d'Etat renvoie-t-il à sa proposition de texte à l'endroit de l'article 25, destinée à assurer que le dossier sur support électronique soit envoyé d'office aux entreprises notifiées avec la communication des griefs.

La consultation du dossier dans les locaux du Conseil de la concurrence deviendra ainsi d'une pratique réduite.

Cela comporte cependant que si le contenu du dossier doit évoluer par l'ajout de nouvelles pièces, celles-ci devront être communiquées aux entreprises concernées et aux parties qui ont consulté le dossier.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent l'ajout d'un nouvel alinéa avec le texte suivant:

« Si depuis l'envoi du dossier sur support électronique ou la consultation du dossier et avant l'audition prévue au paragraphe 5 de nouvelles pièces sont ajoutées, les entreprises concernées et les parties qui ont consulté le dossier reçoivent respectivement copie ou information de ces nouvelles pièces. »

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire concernant les dispositions de ce paragraphe.

Le dossier sur support papier devra aussi pouvoir être consulté par toutes les parties concernées qui pourront prendre copie des pièces à leurs frais au prix coûtant.

Un amendement parlementaire propose d'accorder à l'endroit du paragraphe 3 au conseiller désigné compétence pour décider, sur demande de l'entreprise, de la confidentialité de certaines pièces. Ceci donne un sens à la diversification des rôles d'enquête et de jugement. Comme la décision du conseiller désigné peut causer préjudice à l'entreprise concernée, il ne suffit pas de notifier la décision à l'entreprise, il faut organiser aussi une procédure pour qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la légalité et la justification de la décision dans le cadre d'une procédure qui ne révèle pas le contenu de la pièce concernée. Le recours ordinaire devant le tribunal administratif ne semble pas suffisant au Conseil d'Etat, car la juridiction devra pouvoir contrôler le fond de l'affaire et réformer la décision, le cas échéant.

Le Conseil d'Etat propose que ce soit le tribunal administratif siégeant en chambre du conseil comme juge de réformation qui soit chargé du recours avec la précision que seuls l'entreprise et le délégué du Gouvernement ainsi que l'avocat du Conseil, le cas échéant, peuvent avoir droit d'accès.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à voir régler la procédure en matière d'accès au dossier contenant des pièces classées secrètes par un règlement interne. Cette matière normative est en effet destinée à des tiers. Une administration ne peut pas se voir conférer un pouvoir réglementaire.

Les dispositions du paragraphe 5 ne donnent pas lieu à observation.

Article 27

Les modifications proposées par les auteurs ne donnent pas lieu à observation.

Article 28

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations dans les considérations générales ci-avant et il propose de modifier le premier paragraphe de la façon suivante:

« Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le tribunal administratif à l'encontre des décisions tant du Conseil que de son président et du conseiller désigné. »

Les auteurs proposent de donner pleine juridiction aux juridictions administratives concernant les décisions du Conseil de la concurrence pour des raisons de procédure.

Un autre but, qui n'est cependant pas indiqué par les auteurs, est celui de suffire ainsi aux conditions minima de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le Conseil d'Etat renvoie à ses développements ci-avant au sujet de ce point.

Le paragraphe 2 constitue une modification de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et notamment de son article 4, paragraphe 3 qui dispose que le dépôt vaut signification à l'Etat. Comme le Conseil de la concurrence est une administration, le Conseil d'Etat ne voit pas pourquoi il serait traité différemment au niveau de la procédure. Les explications données par les auteurs relèvent plus du statut souhaité que du statut réel. Le droit n'est pas un terrain pour états d'âme, mais celui de la réalité. L'application du droit commun n'enlève d'ailleurs pas la possibilité au Conseil comme à toute autre administration de se défendre directement par un avocat à la Cour au besoin, même si la représentation devant le tribunal n'est pas faite en son nom propre.

Le Conseil d'Etat, dans un souci de sécurité juridique, s'oppose formellement à cette proposition de texte, qui constitue une exception à la loi générale sans être justifiée objectivement.

Article 29

Le Conseil d'Etat propose de modifier l'intitulé de cet article. Le Conseil de la concurrence ne se voit pas attribuer des pouvoirs consultatifs, qui est d'ailleurs un terme impropre, mais seulement une mission consultative.

L'intitulé est donc à lire: « *Missions consultatives* ».

Les auteurs entendent donner par cet article un nouveau champ d'activités au Conseil de la concurrence qui est celui de la consultation en matière de concurrence.

L'article sous revue énumère ces activités.

Par le 1^{er} alinéa, les auteurs autorisent le Conseil de la concurrence à émettre d'abord de sa propre initiative et ensuite seulement à la demande du ministre un avis sur toute question de concurrence.

Le Conseil d'Etat s'y oppose, car le terme "consulter" n'est pas assez circonscrit. Le Conseil de la concurrence pourrait ainsi freiner le processus législatif, ce qui constituerait une incongruité pour une administration de l'Etat.

Le 2^e alinéa énumère une liste de consultations obligatoires dont certaines sont symptomatiques.

Il s'agit d'abord de la consultation obligatoire pour tout projet de loi ou de règlement portant modification ou application de la présente loi.

En France, dont la législation a inspiré les auteurs, cette consultation est facultative.

Ensuite, la consultation obligatoire sur les matières du 2^e point est reprise telle quelle dans la législation du pays d'inspiration.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Article 30

Les auteurs se sont basés sur le Règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 pour reproduire le texte après les adaptations qui s'imposaient.

Le paragraphe 2 qui est repris de la même source donne au Conseil les mêmes pouvoirs pour mener une telle enquête que pour constater les violations de la libre concurrence.

Ainsi, ce n'est pas sans raison que les milieux concernés ne sont pas d'accord avec ce nouveau pouvoir du Conseil de la concurrence qui peut puiser dans les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sectorielle ou par type d'accord, au départ anodine et peut-être même salubre pour l'économie nationale à première vue, pour en faire une enquête concernant la violation des règles de la concurrence.

Le Conseil d'Etat partage les appréhensions des milieux concernés alors qu'il voit le danger que la collecte visée de renseignements puisse être détournée de son but réel.

Il est d'avis qu'il faudrait rassurer les milieux concernés en prohibant l'utilisation de ces renseignements dans le cadre d'une enquête pour violation des règles de la concurrence.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Article 31

Les auteurs proposent de reformuler les règles de coopération et d'assistance avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant aux paragraphes 1^{er} et 2, 1^{er} alinéa.

Il se demande si le 2^e alinéa du paragraphe 2 n'est pas superfétatoire, car les perquisition et saisie nécessitent une autorisation délivrée par le président du tribunal d'arrondissement qui désigne d'après les dispositions du paragraphe 4 de l'article 16 un ou plusieurs officiers de la police judiciaire chargés d'assister à ces opérations. Cette phrase est par conséquent à supprimer, d'autant plus qu'elle n'indique pas qui pourrait réquisitionner la force publique.

Les mêmes observations concernent le paragraphe 3.

Article 33

Comme il s'agit du texte adapté de l'ancien article 29, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Articles 34 et 35

Sans observation.

Article 36

Le Conseil d'Etat ne comprend pas pourquoi les mandats des président, conseillers et conseillers suppléants cesseraient de plein droit au jour de l'entrée en vigueur de la loi, car le Conseil de la concurrence ne cesse pas par l'abrogation de la loi de 2004.

Qu'en est-il du rapporteur général qui vient seulement d'être nommé à ce poste et dont la situation n'est pas réglée pour le moment. En attendant de plus amples explications sur ce point, le Conseil d'Etat doit réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire pour les autres propositions.

Articles 37 et 38

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 juillet 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder