

N° 5229⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

relative à la concurrence

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(20.4.2004)

Par dépêche en date du 23 mars 2004, le président de la Chambre des députés a fait parvenir au Conseil d'Etat des amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports, ci-après dénommée la Commission, dans sa réunion du 18 mars 2004.

Le Conseil d'Etat constate avec satisfaction que la plupart des suggestions contenues dans son avis du 16 mars 2004 ont été retenues.

Pour plus de facilité, le Conseil d'Etat propose de prendre comme base de son avis complémentaire la nouvelle version coordonnée du projet de loi, qui était annexée à la dépêche du président de la Chambre des députés.

Articles 1er à 6

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, alors qu'il a été suivi dans ses propositions.

Article 7

Le Conseil d'Etat approuve la proposition de la Commission de faire nommer à côté des trois conseillers à temps plein *cinq* conseillers suppléants.

En ce qui concerne l'alinéa 6 du paragraphe 1er, le Conseil d'Etat rappelle qu'il avait proposé de remplacer le mot „déléguées“ par „assumées“ pour éviter une vacance de pouvoir en cas d'omission de délégation. La Commission n'a pas repris cette proposition, mais elle n'a pas non plus motivé le maintien de l'ancien texte, de façon que ce maintien pourrait résulter d'une simple omission. Le Conseil d'Etat insiste sur sa proposition.

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

Article 8

Le Conseil d'Etat constate qu'à l'alinéa 2 du paragraphe 1er il a été omis de donner compétence à l'Inspection de la concurrence concernant les articles 81 et 82 du Traité. Ceux-ci sont par conséquent à ajouter à l'énumération contenue dans cet alinéa.

Le Conseil d'Etat constate encore qu'il a été omis de mentionner que le rapporteur général, les rapporteurs et les inspecteurs doivent prêter serment. Il est par conséquent proposé le texte suivant en tant que paragraphe 3:

„(3) Avant d'entrer en fonctions, ils prêtent entre les mains du président du Conseil le serment suivant:

„Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité et de garder le secret des faits qui sont venus à ma connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de mes fonctions.“ “

L'actuel paragraphe 3 deviendra ainsi le paragraphe 4.

Article 9

La saisine du Conseil par l'Inspection n'a pas été indiquée.

Le texte devrait par conséquent se lire de la façon suivante, compte tenu du fait que le ministre compétent est indiqué à l'article 2, alinéa 4:

„Art. 9. Saisine du Conseil

Le Conseil peut être saisi par l'Inspection et par toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime ainsi que par le ministre.“

Article 10

Le Conseil d'Etat rappelle que dans son avis du 16 mars 2004, il avait insisté sur le respect du caractère contradictoire des procédures.

Il propose par conséquent de libeller cet article de la façon suivante:

„Art. 10. Constatacion et cessation d'une infraction

Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 9, constate dans le cadre d'une procédure contradictoire l'existence d'une infraction aux dispositions ...“

Article 11

Le Conseil d'Etat rappelle qu'il avait souligné que les mesures conservatoires que le président était éventuellement amené à prendre devraient être légales et proportionnées à la violation constatée. Le Conseil d'Etat constate que la Commission n'a pas tenu compte de son souci et il propose par conséquent de modifier l'alinéa 2 du paragraphe 1er, qui devrait se lire de la façon suivante:

„Ces mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public et économique ou à l'entreprise plaigante, et elles doivent être proportionnées à la violation constatée.“

Quant au paragraphe 2, le Conseil d'Etat propose de supprimer la dernière partie de la phrase, alors qu'un renouvellement d'une décision ne lui semble pas nécessaire étant donné que la décision prise l'a été pour la durée requise pour prendre une décision exécutoire au fond. Cette décision une fois prise et devenue définitive remplace de toute façon la décision provisoire du président du Conseil.

Ce paragraphe devrait donc se lire de la façon suivante:

„(2) Une décision prise en application du paragraphe 1er est applicable pour la durée nécessaire pour prendre une décision exécutoire au fond.“

Article 12 nouveau (Amendement 1)

Ce nouvel article 12 est introduit par l'amendement No 1 de la Commission suite à la proposition contenue dans l'observation finale de l'avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, sauf en ce qui concerne la première phrase du paragraphe 2 où il propose de supprimer le bout de phrase „ou de sa propre initiative“.

Conformément à ce qui a été dit à l'endroit de l'article 9, le Conseil d'Etat s'était opposé dans son avis du 16 mars 2004 au pouvoir d'autosaisine du Conseil pour constituer une violation des dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Commission l'a suivi sur ce point.

Il faudra par conséquent supprimer également cette autosaisine dans ce paragraphe, qui pourrait se lire de la façon suivante:

„(2) Le Conseil peut rouvrir la procédure, sur demande de l'Inspection, d'une partie intéressée au litige ou du ministre: ...“

Nouveaux articles 13 à 15

Sans observation.

Nouvel article 16 (Amendement 2)

Cet article fait l'objet de l'amendement No 2 de la Commission.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant aux deux premiers paragraphes.

Il propose cependant de ne pas répéter dans les paragraphes 3 à 13 l'article précédent et il suggère d'y faire un renvoi et de rédiger le paragraphe 3 de la façon suivante:

„(3) Pour les perquisitions et saisies de documents dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, il sera procédé conformément à l'article 15. L'autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent ratione loci ou du magistrat qui le remplace doit être spéciale et désigner les lieux où la perquisition et les saisies peuvent avoir lieu. Elle devra être spécialement motivée quant aux conditions du paragraphe 1er ci-avant.“

Article 17

Sans observation.

Article 18 (Amendement 3)

Bien que le Conseil d'Etat ait été suivi dans sa démarche de principe en ce qui concerne la nature des amendes du paragraphe 1er, la Commission introduit dans le point 3 du paragraphe 1er une incrimination du défaut de collaboration lorsque les enquêteurs travaillent dans le cadre d'une enquête sur base d'un mandat délivré par le rapporteur général ou le rapporteur délégué.

Le Conseil d'Etat tient, d'une part, à relever qu'il avait déjà marqué son opposition à une telle incrimination en raison des droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

D'autre part, incriminer cette omission ou ce refus de collaboration constituerait un moyen de pression inacceptable et pourrait dégénérer en une quasi-perquisition. Elle pourrait être utilisée, même dans les cas où le juge judiciaire refuserait la délivrance d'une ordonnance d'autorisation de perquisition et de saisie de documents. Une telle disposition violerait non seulement la convention précitée, mais également le droit communautaire, alors que la Cour de Justice des Communautés européennes a retenu dans son arrêt *Aalborg Portland c/ Commission* du 7 janvier 2004 (point 65) que „lors d'une demande de renseignements, la Commission ne saurait imposer à une entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve (voir arrêt *Orkem c/ Commission*, 374/87, Rec. page 3283, point 35)“.

Le Conseil d'Etat doit par conséquent s'opposer formellement à l'ajout de ce paragraphe au vu de la jurisprudence citée ci-avant.

En ce qui concerne le point 5, le Conseil d'Etat donne à considérer que la Commission propose que le Conseil peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre à respecter une décision prise dans le cadre de l'article 11 ou dans le cadre de l'article 12.

Incriminer maintenant en plus la contravention à de telles décisions constitue une double peine qui est inadmissible en droit en vertu de l'adage *non bis in idem*. Le Conseil d'Etat doit par conséquent s'opposer formellement à cette disposition. L'astreinte constitue de toute façon, dans les cas visés, une mesure plus immédiate, plus rigoureuse et donc plus efficace que l'amende.

La Commission a maintenu dans le paragraphe 2 que les amendes seront proportionnées à la gravité et à la durée des faits reprochés à l'importance du dommage causé, alors que le Conseil d'Etat avait proposé d'utiliser le terme „retenus“. En effet, le Conseil ne peut sanctionner que les faits établis judiciairement et non pas ceux reprochés simplement. Le Conseil d'Etat insiste par conséquent sur sa proposition.

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

Articles 19 à 23

Sans observation.

Article 24 (Amendement 4)

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire en ce qui concerne le paragraphe 1er.

La Commission insiste cependant pour maintenir la protection des secrets d'affaires ou d'industrie. Elle motive sa position par le raisonnement que le cas contraire aurait probablement comme consé-

quence pratique qu'aucune entreprise ne saisisait le Conseil de la concurrence. Le Conseil d'Etat a des difficultés pour suivre ce raisonnement, alors qu'il n'appartient pas à l'entreprise plaignante saisissant les autorités de concurrence de produire une quelconque documentation concernant ses secrets d'affaires ou d'industrie, de tels documents devant tout au plus être produits, le cas échéant, par l'entreprise qui est soupçonnée d'avoir violé les règles de la concurrence.

Le raisonnement de la Commission est d'autant plus curieux que les autorités communautaires motivent la protection justement par le souci de protéger les droits de l'entreprise contre laquelle l'enquête est en cours.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes reprend avec constance l'argumentation suivante: „Il convient de constater que l'accès aux dossiers dans les affaires de concurrence a notamment pour objet de permettre aux destinataires d'une communication de griefs de prendre connaissance des éléments de preuve figurant dans le dossier de la Commission, afin qu'ils puissent se prononcer utilement, sur la base de ces éléments, sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue dans sa communication des griefs. Ainsi, les principes généraux de droit communautaire régissant le droit d'accès aux dossiers de la Commission vise à garantir un exercice effectif des droits de la défense, dont celui d'être entendu, prévu à l'article 19, paragraphe 1, du règlement No 17 et aux articles 3 et 7 à 9 du règlement No 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatifs aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2 du règlement No 17.“ Elle ajoute que „la violation de ces principes généraux de droit communautaire au cours de la procédure préalable à l'adoption de la décision est susceptible, en principe, d'entraîner l'annulation de cette décision lorsqu'il a été porté atteinte aux droits de la défense de l'entreprise concernée.“ (cf. CJCE *Hercules Chemicals NV c/ Commission* du 8.7.1999, points 75 à 77; *LVM c/ Commission* du 15.10.2002, points 315 à 317; *Chorus UK Ltd c/ Commission* du 2.10.2003, points 126 à 128 et *Aalborg Portland c/ Commission* du 7.1.2004, points 68 à 76)

Il faut donc bien constater que les droits de la défense doivent être respectés scrupuleusement.

La Commission a motivé la protection du secret d'affaires et d'industrie encore par le fait que des entreprises peu scrupuleuses pourraient porter plainte contre les entreprises concurrentes pour violation des règles de la concurrence dans le seul but d'obtenir via les dossiers constitués par la Commission ou produits par l'entreprise concernée accès aux secrets d'affaires et d'industrie des entreprises concurrentes.

Le Conseil d'Etat comprend ce souci et le saisit pleinement. Il constate que notamment la législation française était également confrontée à ce dilemme du respect des droits de la défense et de la protection du secret d'affaires et d'industrie. Le législateur français a résolu le problème par l'introduction de l'article L 463-4 du Code de commerce, qui dispose: „Le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans le cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines de leurs mentions sont occultées.“

La Cour de Justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Aalborg Portland* précité, a retenu notamment quant au droit d'accès aux dossiers:

„(68) Corollaire du principe du respect des droits de la défense, le droit d'accès aux dossiers implique que la Commission doit donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense. Ceux-ci comprennent tant les pièces à conviction que celles à décharge, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles (*références jurisprudentielles*).

(71) L'absence de communication d'un document ne constitue une violation des droits de la défense que si l'entreprise concernée démontre, d'une part, que la Commission s'est fondée sur ce document pour étayer son grief relatif à l'existence d'une infraction et, d'autre part, que ce grief ne pourrait être prouvé que par référence audit document (*réf.*).

...

(72) S'il existait d'autres preuves documentaires dont les parties ont eu connaissance au cours de la procédure administrative qui appuie spécifiquement les conclusions de la Commission, l'élimination en tant que moyen de preuve du document à conviction non communiqué n'infirmerait pas le bien-fondé des griefs retenus dans la décision contestée (*réf.*).

(73) Il incombe ainsi à l'entreprise concernée de démontrer que le résultat auquel la Commission est parvenue dans sa décision aurait été différent s'il devait être écarté comme moyen de preuve à charge un document non communiqué sur lequel la Commission s'est fondée pour incriminer cette entreprise.

(74) En revanche, s'agissant de l'absence de communication d'un document à décharge, l'entreprise concernée doit seulement établir que sa non-divulgence a pu influencer, au détriment de cette dernière, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision de la Commission (*réf.*).

(75) Il suffit que l'entreprise démontre qu'elle aurait pu utiliser lesdits documents à décharge pour sa défense, en ce sens que, si elle avait pu s'en prévaloir lors de la procédure administrative, elle aurait pu invoquer des éléments qui ne concorderaient pas avec les déductions opérées à ce stade par la Commission et aurait donc pu influencer, de quelque manière que ce soit, les appréciations portées par cette dernière dans la décision éventuelle, au moins en ce qui concerne la gravité et la durée du comportement qui lui était reproché, et, partant, le niveau de l'amende (*réf.*).

(76) La possibilité qu'un document non divulgué ait pu avoir une influence sur le déroulement de la procédure et le contenu de la décision de la Commission ne peut être établie qu'après un examen provisoire de certains moyens de preuve faisant apparaître que les documents non divulgués ont pu avoir – au regard de ces moyens de preuve – une importance qui n'aurait pas dû être négligée (*réf.*).“

Le Conseil d'Etat rappelle que les juridictions administratives appelées à contrôler la procédure de constatation d'une infraction n'a qu'une compétence d'annulation. La constatation d'une violation des droits de la défense aurait par conséquent comme conséquence l'annulation de la décision et de la procédure d'enquête qui y a mené et entraînerait en toute probabilité l'impunité de l'entreprise concernée, même si elle a pu violer les règles de la concurrence.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec un texte qui se lirait de la façon suivante:

„(2) Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises ou saisies au cours de l'enquête et dont les entreprises ont sollicité la non-divulgence par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines mentions sont occultées.

(3) Il appartient aux entreprises ou aux personnes intéressées de revendiquer auprès du président du Conseil de la concurrence le caractère secret ou confidentiel des informations qu'elles ont communiquées ou qui ont été saisies. Lorsqu'il considère que la divulgation de tout ou partie des documents risquerait de leur causer un préjudice, le président du Conseil demande aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées de préciser la nature des informations qu'elles estiment couvertes par le secret des affaires ou la confidentialité.

(4) La décision du président du Conseil de la concurrence refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises ou les personnes intéressées est notifiée à celles-ci par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant les délais et voies de recours ouverts contre la décision.“

Pour ce qui est du paragraphe 5, la Commission a fait droit à la suggestion faite par le Conseil d'Etat dans son avis du 16 mars 2004 et a prolongé le délai de un à deux mois. Si le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec cette prolongation, le texte devrait cependant exprimer que ce délai de deux mois constitue une durée minimale, alors que la rédaction telle qu'elle se lit maintenant oblige le Conseil à convoquer endéans un délai de deux mois. Le Conseil d'Etat propose le texte suivant:

„(5) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 18, paragraphe 1er, point 5 et paragraphe 2, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui ne peut avoir lieu qu'après un délai qui ne peut être inférieur à deux mois qui suit la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.“

Articles 25 à 27 (Amendement 5 et 6)

Comme le Conseil d'Etat a été suivi dans ses propositions de texte, il n'a pas d'observation à faire.

Articles 28 à 30

Sans observation.

Article 31

Le Conseil d'Etat propose de supprimer dans les deux alinéas chaque fois les mots „ayant dans ses attributions l'Economie“, alors que l'article 2, alinéa 4 précise quel est le ministre compétent.

Article 32 (Amendement 7)

Tout d'abord, le Conseil d'Etat constate que la Commission parlementaire n'a pas compétence pour s'exprimer sur la régularité de règlements grand-ducaux qui sont de la compétence exclusive du Grand-Duc.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat maintient son point de vue.

Après adoption du projet de loi, son article 2 s'appliquera pleinement et les prix seront désormais librement déterminés par le jeu de la concurrence. Des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits ou services concernés que dans les cas exceptionnels où la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions légales. Comme, en outre, l'article 95 de la Constitution dispose que les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux (et locaux) qu'autant qu'ils sont conformes à la loi, il appartient aux juridictions de contrôler la légalité des règlements grand-ducaux. Il faut par conséquent que ces règlements contiennent tous les éléments qui justifient leur légalité et un simple renvoi à un alinéa d'un article qui prévoit une exception dans des cas bien déterminés n'est certainement pas suffisant pour établir une telle légalité.

D'autre part, si la Commission parlementaire estime effectivement qu'il est difficile de maintenir les conditions de la concurrence dans les secteurs des spécialités pharmaceutiques et des courses de taxi, il serait plus opportun et plus utile d'insérer à l'article 2 une exception au principe général de la loi, comme il est déjà prévu de le faire pour les produits pétroliers.

Le maintien des règlements grand-ducaux visés suscite de toute façon le problème de la nature réelle des règlements grand-ducaux repris par le pouvoir législatif, notamment au moment de leurs abrogations et modifications.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent d'insérer à l'article 2 du projet de loi un nouvel alinéa 5 qui se lirait de la façon suivante:

„Il en est de même des produits pharmaceutiques et des courses de taxi.“

Le Conseil d'Etat ne voit pas en quoi le projet de loi sous avis pourrait constituer une base légale pour l'indication des prix des produits et services. Afin de fournir une base légale adéquate au règlement grand-ducal du 7 septembre 2001 relatif à l'indication des prix des produits et services qui a transposé la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article 2 par l'ajout suivant, à faire figurer avant le dernier alinéa relatif aux sanctions pénales:

„Les modalités d'indication des prix des produits et des services peuvent être fixées par règlement grand-ducal.“

Article 33 (Amendement 8)

Sans observation.

Article 34

Le Conseil d'Etat propose de supprimer cet article comme reflétant le droit commun.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 avril 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

