

N° 5229⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI**relative à la concurrence**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(16.3.2004)

Par dépêche en date du 21 octobre 2002, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat d'une première version du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Economie.

Ce projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Sur demande du Conseil d'Etat en date du 10 février 2003, l'étude réalisée par le Laboratoire de Droit économique lui fut transmise en date du 2 avril 2003.

Par dépêche en date du 21 octobre 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a transmis au Conseil d'Etat la demande du ministre de l'Economie de retirer le projet de loi du 21 octobre 2002 et il lui a fait parvenir en son remplacement une nouvelle version du projet de loi ayant le même intitulé. Ce projet avait aussi été élaboré par le ministre de l'Economie.

A cette nouvelle version étaient annexés:

- un exposé des motifs;
- un commentaire des articles;
- le Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE;
- l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers relatif au projet de loi retiré;
- une première version d'un avant-projet de loi envoyé à la Commission européenne et l'avis de la Direction générale „Concurrence“ du 24 septembre 2003.

Le Conseil d'Etat fut également saisi de l'avis de la DG Concurrence de la Commission européenne sur la conformité de l'avant-projet de loi luxembourgeoise relative à la concurrence (version du 25 juillet 2003) avec les règles de la concurrence communautaire, et particulièrement avec le Règlement (CE) précité No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, transmis au ministre de l'Economie par lettre du 24 septembre 2003.

Par dépêches des 31 décembre 2003 et 12 février 2004, le Gouvernement fit parvenir encore des amendements au projet.

L'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers sur la nouvelle version du projet de loi fut communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 11 février 2004.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Un des principaux objectifs que les six pays fondateurs de la Communauté économique européenne se sont fixés dans le Traité de Rome était de „promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit“.

Pour atteindre ce but, il fallait procéder à l'ouverture des frontières nationales, établir une politique commerciale commune envers les pays tiers, abolir entre les Etats membres les obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, établir un régime assurant que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché commun, appliquer des procédures permettant de coordonner les politiques économiques des Etats membres et de parer aux déséquilibres dans leurs balances de paiements ainsi que rapprocher les législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun.

Suite à l'Acte Unique adopté en 1986 et au Traité de Maastricht qui a notamment permis l'établissement d'une Union économique et monétaire, le Traité, en son article 4, prévoit que „l'action des Etats membres et de la Communauté comporte ... l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre“.

Les articles 81 et 82 (85 et 86 anciens) du Traité sur l'Union européenne constituent la base à partir de laquelle a été développée une politique communautaire de la concurrence qui vise, conformément à l'article 3 du Traité à établir „un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur“.

Si, dans ce contexte, les organes de la Communauté occupent une place centrale, les Etats membres ont un rôle plus important à jouer quant à l'application des règles communautaires de concurrence. Il est donc essentiel que le Luxembourg se dote des instruments et des organes nationaux pour participer à la mise en œuvre de cette politique. C'est ainsi que le règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 10 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité oblige les Etats à désigner les autorités de concurrence et à doter ces autorités du pouvoir d'appliquer ces articles du Traité avant le 1er mai 2009.

Au Luxembourg, le législateur avait été obligé dans la pénurie générale de l'après-guerre de prendre certaines mesures contraignantes dans le secteur de l'économie pour éviter la flambée des prix qui pouvait résulter de la spéculation sur les biens rares. Ainsi est né l'Office des prix et toute la législation qui permettait de réglementer et de contrôler bon nombre de prix de marchandises et de services.

Bien que les raisons économiques de ces lois contraignantes aient disparu depuis longtemps, cette législation n'a jamais été abrogée ou modifiée.

Le législateur a bien introduit des règles en matière de concurrence déloyale entre commerçants et une législation concernant les pratiques commerciales restrictives, mais rien n'a été modifié à la réglementation des prix. Cette dernière a cependant été appliquée de moins en moins.

Il est vrai que la réglementation en matière de concurrence déloyale protégeait avant tout les relations entre commerçants et la législation concernant les pratiques commerciales restrictives était peu efficace, si elle devait trouver application.

Les auteurs du projet de loi déplorent non seulement le peu d'efficacité de cette loi, mais aussi le fait qu'elle n'a été que très peu appliquée, pour terminer par la constatation que les sanctions prévues n'auraient jamais frappé une entreprise.

Le Conseil d'Etat est à se demander, au vu du peu de renseignements qui sont donnés à ce sujet dans le cadre du projet de loi, si ce fait est dû à un défaut de cas de pratiques commerciales restrictives à sanctionner ou si c'est le peu de rigueur du texte qui a conduit à un certain laxisme.

Cette question devient importante au vu du projet d'introduire une autorité nationale indépendante de la concurrence. En effet, le nombre de cas où des violations des règles de la concurrence sont à constater ou à redouter conditionnera les structures et l'effectif en personnel de l'autorité prévue par le Règlement.

Les auteurs du projet de loi, de leur côté, ne semblent pas disposer de plus de renseignements, car ils motivent le choix de la structure de l'autorité à créer surtout par la constatation que „la charge de travail potentielle de la future autorité est difficilement prévisible“.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur le degré d'indépendance de l'autorité à créer, ainsi que sur sa structure. Si le Conseil indépendant de la concurrence proprement dit semble jouir d'une indépendance totale, il reste que l'Inspection de la concurrence est créée au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Ce sont donc des fonctionnaires du ministère de l'Economie placés sous le pouvoir hiérarchique du ministre compétent qui forment cette inspection. Leur indépendance n'est donc pas donnée. Le fait que ces fonctionnaires sont affectés ou détachés à plein temps et pour une durée déterminée ne contribue pas davantage à leur indépendance.

Ensuite, les attributions du Conseil et de son président ne constituent pas seulement celles d'un organe quasi juridictionnel ayant le pouvoir entre autres d'infliger une amende maximum de deux pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Elles dépassent celles d'un juge judiciaire.

Dans l'optique des auteurs du projet de loi, le Conseil et son président cumulent les attributions d'un procureur, d'un juge d'instruction et d'un juge juridictionnel, car le Conseil peut s'autosaisir d'un cas de violation présumée, ensuite son président ordonne les mesures au cours de la procédure d'investigation et peut sanctionner par des amendes les refus, omissions et inexactitudes dans l'accomplissement de ces mesures imposées par les entreprises.

En outre, c'est le président du Conseil, en tant qu'instance de décision, qui contrôle par après ensemble avec les conseillers si les faits du dossier qui lui sont soumis, et pour l'établissement desquels du moins un de ses membres a pris une part active, constituent une violation à la loi et, le cas échéant, il infligera une amende à l'entreprise, qui peut être fort importante.

C'est une raison pour laquelle le Conseil d'Etat se pose des questions quant à l'adéquation d'une structure où une même personne participe à la fois à l'instruction d'une affaire et à la prise de décision finale.

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg¹ et des juridictions nationales notamment en France², la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et notamment son article 6 s'appliquent aussi à la procédure de sanction des organes administratifs de régulation.

La jurisprudence des juridictions administratives luxembourgeoises³ va dans le même sens.

Les conditions du procès équitable du paragraphe 1er de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme devront par conséquent être respectées tout comme la présomption d'innocence du paragraphe 2 et les garanties de la défense du paragraphe 3.

Il faudra donc bien séparer les fonctions de jugement de celles de recherche et d'instruction des infractions.

Le Conseil et son président qui sont appelés à sanctionner des agissements contraires à la loi devront par conséquent, dans un souci d'impartialité et afin de garantir un procès équitable, s'abstenir de toute intervention au niveau de la saisine et de l'instruction de l'affaire avant d'en être saisi aux fins de jugement par l'autorité compétente.

L'autorité d'instruction, c'est-à-dire l'Inspection de la concurrence, devra être un organe indépendant du Conseil et tant les rapporteurs que les inspecteurs ne devront recevoir d'instruction de la part du Conseil et de son président. Ils ne pourront non plus participer d'une façon quelconque à la phase juridictionnelle.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent deux organes bien distincts.

1 voir notamment CEDH, *Oztürk c/ RFA* 21 février 1984; CEDH, 1989, *Stenuit c/ France*; CEDH, *Imbroscia*, 24 novembre 1993; L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme au droit de la concurrence par M. Guy CANNIVET, premier président de la Cour de cassation, Cahiers du CREDHO No 6; La Convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence par M. S.E. HELALI, RTDE 1991, p. 335.

2 Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation: les voies d'une juridictionnalisation par M. J.-F. BRISSON, AJDA 1999, p. 847; C.A. Paris, 1re ch., 7 mars 2000, D Droit des Affaires 2000, Actualité jurisprudentielle, p. 213.

3 Trib. adm. 1er juillet 1999, rôle No 10 936 Geiben c/ Etat du G.D. Luxembourg.

D'un côté, il y aura le Conseil de la concurrence comme organe ayant des compétences quasi juridictionnelles et faisant partie du réseau des autorités européennes de la concurrence.

D'un autre côté, il y aura l'Inspection de la concurrence comme organe d'instruction et d'investigation pouvant saisir le conseil en cas d'infraction présumée à la loi.

Ici se pose la question de l'autorité qui peut délivrer des mandats de perquisitions et ordonner des saisies de documents. Cette question a fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires au plus haut niveau.

Tant le domicile que les bureaux de l'entreprise que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg assimile au domicile⁴ sont protégés tant par l'article 15 de notre Constitution que par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

S'il est vrai que l'inviolabilité du domicile n'est pas un droit absolu et que la loi peut prévoir les cas où il peut être passé outre, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales cadre cependant très étroitement ces cas.

Il est inconcevable qu'une autorité non indépendante puisse décider et autoriser des mesures aussi incisives qu'une perquisition de domicile avec saisie de documents.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent de faire intervenir à ce stade un juge de l'ordre judiciaire, à l'instar de la législation afférente française. Ce juge jouit de l'indépendance nécessaire. Comme les enquêteurs en matière pénale, les inspecteurs devront s'adresser par l'intermédiaire du rapporteur au président du tribunal d'arrondissement qui se prononcera par voie d'ordonnance exécutoire par provision.

Le juge judiciaire devra vérifier la demande du rapporteur au vu des éléments qui lui sont soumis par lui. Ainsi toutes les garanties d'impartialité sont données.

La compétence du juge judiciaire devra cependant se limiter à la seule procédure de perquisition et de saisie de documents qu'il pourra même contrôler sur place. Le fond de l'affaire devra lui échapper, afin de ne pas courir le risque que les juridictions des deux ordres soient appelées à se prononcer sur le même problème.

Les deux organes à créer, à savoir le Conseil de la concurrence et l'Inspection de la concurrence, constituant pour leur part des entités prenant des décisions de nature administrative, il découle de l'article 95*bis* de la Constitution que ses décisions sont soumises au seul contrôle des juridictions administratives. Cette compétence est encore donnée alors que le Conseil n'a à se prononcer qu'en matière de droit de la concurrence et que les décisions à prendre sont plus de nature à préserver l'ordre public économique que les intérêts particuliers des entreprises.

Le Conseil d'Etat constate que dans un avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers en date du 16 juin 2003, la création d'un établissement public est proposée. Il s'étonne de cette proposition, car outre les arguments développés ci-avant, un tel établissement n'est pas de nature à constituer la forme qui sied à l'organe quasi juridictionnel à créer. Il devra en plus être nécessairement doté d'un certain nombre de personnes, qui, à défaut d'être saisies d'affaires de concurrence par les acteurs économiques, auront naturellement tendance à se mettre à la recherche d'affaires. Ceci risquera de provoquer des instructions dans des affaires qui n'en valent pas la peine et qui risqueront de handicaper la libre concurrence plutôt que de la favoriser.

*

4 CEDH 25 février 1993 Aff. Crémieux c/ France; CEDH 16 décembre 1992 Aff. Niemietz c/ Allemagne; CEDH 16 avril 2002 Aff. Stés Colas et autres c/ France.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Le Conseil d'Etat propose d'agencer cet article de la façon suivante en faisant précéder le principe à l'exception:

„Art. 1er. Champ d'application

La présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires.“

Le Conseil d'Etat tient à souligner que le Conseil de la concurrence a des compétences générales, donc beaucoup plus larges que les autres autorités de régulation. Alors que ces dernières ont toutes des compétences seulement sectorielles, le Conseil de la concurrence est appelé à s'occuper de tous les secteurs de l'économie, y compris le secteur financier, si son domaine de compétences est concerné. Le Conseil d'Etat tient à souligner que son autorité s'impose par conséquent à celle des autorités sectorielles en ce qui concerne son domaine de compétences.

Article 2

Le Conseil d'Etat propose les précisions suivantes au *premier alinéa*:

„Les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.“

Dans le *deuxième alinéa*, il propose de remplacer les mots „de l'offre et de la demande“ par ceux de „du marché“, alors que ce sont l'offre et la demande qui constituent la structure du marché.

Il propose ensuite de supprimer les mots „ou réglementaires impératives“, car dans ce domaine de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11 de la Constitution, le pouvoir de restriction de cette liberté est réservé à la loi.

L'alinéa ainsi remanié pourrait constituer la base légale à de futurs règlements grand-ducaux pour fixer les prix dans les hypothèses prévues par le texte.

Le deuxième alinéa se lira dès lors comme suit:

„Toutefois, lorsque 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 législatives, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits et services concernés.“

Dans le *troisième alinéa*, le Conseil d'Etat propose d'ajouter l'adverbe „manifestement“ entre les mots „situation“ et „anormale“, afin de souligner encore l'intention des auteurs que la liberté du marché est la règle et la réglementation l'exception:

„Dans le cas d'un dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs d'activités déterminés consécutif à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles ou à une situation manifestement anormale du marché, des règlements grand-ducaux ...“

Dans le *quatrième alinéa*, il est proposé d'ajouter après la désignation du ministre compétent les mots „ci-après dénommé le ministre“, afin d'éviter des répétitions lourdes et d'alléger ainsi le texte par la suite:

„Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, ci-après dénommé le ministre, peut ...“

La troisième phrase de cet alinéa est à modifier, alors que suivant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le ministre n'a pas de compétence pour une réglementation générale des prix. Une telle réglementation relève du Grand-Duc, suivant l'article 36 de la Constitution.

Cette phrase est à rédiger de la façon suivante:

„A défaut de conclusion de contrats de programme, des prix maxima peuvent être fixés par règlement grand-ducal.“

Article 3

Le texte de cet article est largement inspiré par l'article 81-1 du Traité.

Le Conseil d'Etat souligne le choix de l'adjectif numéral cardinal „un“ devant le mot marché dans la troisième ligne du premier alinéa, alors que les ententes ne sont pas seulement interdites quand elles restreignent ou faussent le jeu de la concurrence sur le marché en général, mais bien sur un marché, lire secteur du marché général sur lequel les entreprises sont actives. Il approuve ce choix, car les ententes sont le plus souvent seulement sectorielles.

Le premier paragraphe de l'article 4 devra être ajouté ici comme deuxième alinéa de l'article sous examen, alors qu'il concerne directement ce dernier. Il devra dès lors être rédigé de la façon suivante:

„Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de dispositions du présent article sont nuls de plein droit.“

Article 4

En raison du transfert du premier paragraphe dans l'article 3, l'intitulé de l'article est à modifier en:

„Exceptions à l'interdiction des ententes“.

Comme le premier paragraphe de cet article sera transféré dans l'article 3, il y a lieu de supprimer le numéro 2 du deuxième paragraphe et le mot „toutefois“ au début de ce même paragraphe. Il deviendra ainsi l'unique paragraphe et ne portera pas de numérotation.

Ici, il s'agit de nouveau d'un texte largement inspiré par l'article 81-2 du Traité.

Les auteurs ont repris cependant seulement le mot „accord“ dans le deuxième paragraphe de l'article en abandonnant ceux de „catégorie d'accords, de pratique concertée et de catégorie de pratiques concertées“. Le Conseil d'Etat en ignore la raison et il propose de reprendre tous les termes du Traité afin de faire bénéficier les entreprises des mêmes avantages sur le plan national que sur le plan européen.

Ensuite, les auteurs ont rajouté un point 1 qui ne se trouve pas dans le Traité. Comme il s'agit ici d'une adaptation incorrecte, elle est à supprimer.

La numérotation qui suit est partant à adapter.

Article 5

Cet article s'inspire largement de l'article 82 du Traité. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Article 6

Le Conseil d'Etat propose de supprimer l'adjectif „indépendant“ dans la dénomination du Conseil. Une autorité n'est pas indépendante par le qualificatif qu'on ajoute à son nom, mais par son statut légal et par la pratique de ses membres. Son appellation dans la vie courante en devient d'ailleurs plus aisée.

Le Conseil d'Etat ne veut pas pour autant faire abstraction du statut d'indépendance du Conseil.

Il est encore proposé de supprimer les parenthèses et de rédiger le *paragraphe 1er* de la façon suivante:

„(1) Il est créé un Conseil de la concurrence, ci-après dénommé „le Conseil“, autorité administrative indépendante ...“

Ce paragraphe énumère les missions, compétences et pouvoirs du Conseil.

Tant le considérant (8) que l'article 3 du Règlement communautaire obligent les Etats membres à faire application des articles 81 et 82 du Traité uniquement „lorsqu'elles appliquent les règles nationales de concurrence aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres“. Le *paragraphe 2* obtient par conséquent l'approbation du Conseil d'Etat, qui propose cependant pour en faciliter la lecture et la compréhension de mettre les mots „à titre exclusif“ entre deux virgules.

Le Conseil d'Etat propose encore de supprimer les parenthèses et de rédiger de la façon suivante:

„(2) Le Conseil a la compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne, ci-après dénommé „le Traité“. Il les applique, à titre exclusif, lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise.“

Le *paragraphe 3* s'inspire de l'article 7 du Règlement (CE) No 2790/1959 de la Commission du 22 décembre 1999. La compétence nationale est soumise à la condition que les effets incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3 du Traité se produisent sur l'ensemble ou une partie du territoire national, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct.

Il ne donne pas lieu à observation.

Quant au *paragraphe 4*, le Conseil d'Etat voudrait faire observer que si la collaboration dépassait le simple échange d'informations, il y aurait confusion des fonctions consultatives et des fonctions juridictionnelles, qui a mené dans l'affaire *Procola* (CEDH, 28 septembre 1995) à la constatation d'une violation de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le *paragraphe 5* qui décrit l'activité de l'Inspection de la concurrence est à déplacer dans l'article 8 qui traite de cette Inspection.

Le *paragraphe 6* souligne l'indépendance du Conseil et de l'Inspection. Celle du Conseil se trouve déjà instituée et soulignée dans le paragraphe 1er de façon que le présent paragraphe qui la précise dans son opposabilité au seul Gouvernement constitue en fait une limitation.

En ce qui concerne l'indépendance de l'Inspection, le Conseil d'Etat souligne qu'il s'agit ici plutôt d'une question de statut que de nom. Il propose donc d'y revenir lors de l'examen de l'article 8.

Il propose par conséquent de supprimer le paragraphe 6.

Le paragraphe 4 de l'article 8 traite du règlement intérieur du Conseil. Sa place est par conséquent dans cet article. Il pourra prendre la place du paragraphe 6 qui vient d'être supprimé.

Quant à sa formulation, le Conseil d'Etat se pose des questions quant au contenu d'un tel règlement intérieur. Il ne pourra s'agir en aucune façon d'un règlement de procédure, car celle-ci relève de la loi. L'approbation par le Gouvernement en conseil n'est pas une source ayant autorité législative. Il est proposé de la supprimer. Le Conseil d'Etat propose de rédiger ce texte de la façon suivante:

„(6) *Le Conseil organise ses travaux et établit son règlement intérieur.*“

Article 7

Cet article, qui a été amendé, fixe la composition, la nomination et le fonctionnement du Conseil.

Selon le *paragraphe 1er*, le Conseil qui est un organe collégial est composé à l'instar des juridictions de trois conseillers.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, sauf qu'il suffit de dire que ce Conseil est composé de trois conseillers, parmi lesquels est *nommé* le président, et de trois conseillers suppléants.

Il y a lieu d'augmenter le nombre des conseillers suppléants pour tenir compte d'éventuels risques de partialité en raison de relations personnelles, professionnelles ou économiques, mais une telle augmentation trouve aussi sa nécessité dans les compétences professionnelles nécessaires en raison des différentes branches de l'économie qui tombent toutes dans le domaine de compétences du Conseil.

S'il était envisagé de recruter, le cas échéant, des personnes à la retraite ou proches de la retraite, ce qui aurait l'avantage de disposer de personnes ayant non seulement une grande expérience et une compétence professionnelle étendue mais aussi une indépendance très grande du fait qu'elles ne sont plus dans la vie économique active, il y aurait lieu de fixer une limite d'âge supérieure à celle de la retraite.

Les auteurs du projet de loi proposent de recruter les conseillers et suppléants dans la magistrature et parmi d'autres personnes en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de droit de la concurrence en excluant les membres du Gouvernement, de la Chambre des députés, du Conseil d'Etat et du Parlement européen ainsi que les personnes qui ont une activité incompatible avec la fonction de membre du Conseil.

Les alinéas 5 et 6 sont à fusionner pour éviter les répétitions. L'alinéa 5 serait à lire:

„*Avant d'entrer en fonction, le président du Conseil prête entre les mains du Grand-Duc ou de son représentant et les conseillers et conseillers suppléants entre les mains du président du Conseil le serment suivant: „Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir ma fonction avec intégrité, exactitude et impartialité.*“ “

Dans le septième alinéa (sixième selon le Conseil d'Etat), il y a lieu de remplacer le mot „déléguées“ par „assumées“ pour éviter une vacance de pouvoir en cas d'omission de délégation.

Afin de garantir le statut d'indépendance des membres du Conseil, la possibilité de prolongation de la nomination devra être supprimée, à l'instar de ce que le Conseil d'Etat a proposé dans le cadre du projet de loi sur la prolongation de la fonction de magistrat de l'ordre judiciaire au-delà de l'âge de 65 ans.

Le dernier alinéa de ce paragraphe est à formuler de la façon suivante:

„Sa fonction cesse par l'atteinte de la limite d'âge fixée à 65 ans accomplis.“

Si les conseillers étaient éventuellement recrutés parmi des personnes à la retraite ou proches de la retraite ou encore parmi les membres de la magistrature, l'âge limite serait à reconsidérer.

Le *paragraphe 2* amendé de l'article 7 du projet assimile le président du Conseil à la qualité de fonctionnaire de l'Etat. En renvoyant aux observations critiques formulées dans son avis du 11 février 2003 sur le projet de loi relative à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg (*doc. parl. No 4832*), le Conseil d'Etat émet de nettes réserves à l'égard du texte du premier alinéa du paragraphe sous examen qui vise à conférer, sans autre précision quant à la législation applicable, la qualité de fonctionnaire de l'Etat au président du Conseil.

Le Conseil d'Etat insiste d'ailleurs à ce que le texte proposé soit modifié dans le sens à se recouper avec celui retenu en la matière pour la fonction du médiateur et à ne pas recourir à une formulation qui constitue une nouvelle variante par rapport aux précédents en la matière. Aussi les deux premiers alinéas du paragraphe 2 seraient-ils par analogie à la législation sur le médiateur à remplacer par le texte suivant:

„Le président du Conseil touche une indemnité correspondant au traitement d'un fonctionnaire de l'Etat dont la fonction est classée au grade 17 de la rubrique I „Administration générale“ de l'annexe A „Classification des fonctions“ de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat. Pendant l'exercice de sa fonction, les dispositions légales et réglementaires sur les traitements et pensions des fonctionnaires de l'Etat lui sont applicables.“

Pour le cas où le président du Conseil est issu de la fonction publique, il est mis en congé pendant la durée de son mandat de son administration d'origine. Il continue à relever du régime de sécurité sociale correspondant à son statut. En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme président du Conseil jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade. A défaut de vacance de poste, il peut être créé un emploi hors cadre, correspondant à ce traitement. Cet emploi sera supprimé de plein droit à la première vacance qui se produira dans une fonction appropriée du cadre normal.“

Par analogie au texte proposé ci-dessus, et qui traite du président du Conseil issu du secteur public, il faudrait réunir en un seul alinéa les alinéas 3 et 4 du paragraphe 2 amendé alors qu'ils concernent tous les deux le cas du président du Conseil issu du secteur privé.

En ce qui concerne le dernier alinéa du paragraphe 2 amendé, le Conseil d'Etat propose de remplacer le bout de phrase „à fixer par le Gouvernement en Conseil“ par la formule „à fixer par règlement grand-ducal“, afin de respecter les prescriptions de l'article 36 de la Constitution et la jurisprudence y relative de la Cour constitutionnelle.

Quant au *paragraphe 4*, le Conseil d'Etat se demande de quel *Recueil spécial* il pourrait s'agir. Si la transparence en la matière est souhaitable, il faut cependant voir à quel moment ces décisions sont publiées. Comme les décisions du Conseil de la concurrence sont susceptibles de recours devant les juridictions administratives et comme la publication d'une décision qui ne serait pas coulée en force de chose jugée peut créer un grand dommage commercial à l'entreprise sanctionnée, la prudence s'impose. Le Conseil d'Etat donne encore à considérer si la remise de rapports d'envergure à toute personne intéressée sur un support matériel n'est actuellement pas un peu dépassée, notamment si l'on considère les efforts faits dans le cadre du projet *eLuxembourg*. Il propose par conséquent de supprimer la première phrase du paragraphe et de modifier la dernière phrase. Tant le rapport que les décisions pourraient être publiés sur le site Internet du ministère de l'Economie. Tout intéressé peut y avoir accès. Ceci

n'empêche toutefois pas qu'un certain nombre de rapports sur support papier soient distribués aux autorités et aux institutions. Le paragraphe 4 se lira dès lors comme suit:

„(4) Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités qui reprend les décisions importantes prises par lui en prenant soin de préciser si ces décisions sont coulées en force de chose jugée. Le rapport est remis au ministre et à la Chambre des députés. Il sera tenu à la disposition de toute personne intéressée.“

Afin que le Conseil puisse fonctionner normalement, le Conseil d'Etat propose d'ajouter le paragraphe 5 suivant:

„(5) Le secrétariat du Conseil est assuré par les services du ministre.“

Article 8

Comme suggéré à l'endroit de l'article 6, la création de l'Inspection de la concurrence est à insérer comme *premier paragraphe* de cet article. Sa mission devra aussi être précisée, alors qu'il s'agira de l'organe d'instruction et d'investigation des infractions à la loi tout comme celui qui saisit le Conseil, si une telle infraction lui semble établie.

Le Conseil d'Etat propose le libellé suivant:

„(1) Il est créé un service auprès du ministre, sous la dénomination Inspection de la concurrence, dénommée ci-après „Inspection“.

Sa mission consiste à recevoir les plaintes, à constater et à rechercher les infractions aux articles 3 à 5 de la présente loi.

Elle en rassemble les preuves et en saisit le Conseil.“

Les numéros des paragraphes suivants sont à décaler d'une unité.

Quant au *paragraphe 1er* (2 et 3 selon le Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat propose de supprimer le président du Conseil comme autorité de cette Inspection et de le remplacer par un rapporteur général faisant office d'autorité comparable à celle de procureur et de juge d'instruction. Il pourra s'occuper lui-même de l'instruction des affaires dont il est saisi par le biais d'une plainte ou qu'il constate directement ou charger un autre rapporteur. Les inspecteurs travailleront sous l'autorité du rapporteur général ou du rapporteur en charge du dossier. Les mandats éventuels seront établis par le rapporteur général et en cas d'empêchement par le rapporteur que celui-ci aura délégué.

La deuxième phrase de ce paragraphe prévoit la nomination obligatoire d'un rapporteur. Le texte du projet ne décrit ni son rôle ni son origine. Du commentaire des articles, il ressort que ce rapporteur est choisi parmi les fonctionnaires de l'Inspection et que son rôle est d'instruire à charge et à décharge de l'entreprise qui fait l'objet d'une instruction pour violation des règles de la concurrence. Il exerce en fait une fonction comparable à celle d'un juge d'instruction près des tribunaux d'arrondissement. Il est encore précisé que seuls des fonctionnaires de la carrière supérieure peuvent exercer cette mission.

Le texte du projet sous avis devrait préciser le rôle du rapporteur et ajouter qu'il est choisi parmi le personnel de l'Inspection de la concurrence.

Ensuite, le Conseil d'Etat a des difficultés pour suivre le raisonnement des auteurs du projet. D'un côté, ils veulent attribuer à ce rapporteur un rôle comparable à celui d'un juge d'instruction et ils lui assurent toute indépendance, d'un autre côté, ils font dépendre ses actes d'instruction du président du Conseil de la concurrence qui le dirige. De ce fait, il y a un risque de divergences de vues entre le président du Conseil de la concurrence et le rapporteur indépendant de l'Inspection de la concurrence. Le président ayant le pouvoir de direction l'emportera et de ce fait l'indépendance du rapporteur est esquincée.

Le deuxième alinéa prévoit que le ministre ayant dans ses attributions l'Economie affecte ou détache des fonctionnaires de la carrière supérieure et de la carrière moyenne de l'Etat à l'Inspection. Ce détachement ou cette affectation a lieu à temps plein et pour une durée de sept ans renouvelable.

Il y a tout d'abord lieu de rappeler l'intention des auteurs de rattacher l'Inspection de la concurrence au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Ensuite, il est encore dans leur intention de lui attribuer un statut d'indépendance.

Le Conseil d'Etat se pose des questions quant à la possibilité de réaliser ces objectifs.

En effet, il faut constater que les fonctionnaires d'un service d'un ministère sont toujours sous le pouvoir hiérarchique du ministre.

Ensuite, le détachement d'un fonctionnaire est une notion légale qui est l'assignation au fonctionnaire d'un autre emploi correspondant à sa carrière et à son grade, mais dans une autre administration ou auprès d'une organisation internationale tout en restant intégré dans le cadre de son administration d'origine. Telle n'étant pas l'intention des auteurs, il y a lieu de supprimer ce terme impropre.

Le statut d'indépendance des membres de l'Inspection n'a aux yeux du Conseil d'Etat pas l'importance qu'on semble vouloir lui attribuer. Il ne voit donc pas de problème à ce que des fonctionnaires du ministère de l'Economie ou d'un autre département ou d'une autre administration exercent ces fonctions tout en restant intégrés dans leur administration d'origine. Il suffirait, à son avis, d'ajouter que le fonctionnaire dépend, en ce qui concerne l'accomplissement de ses devoirs au sein de l'Inspection, directement et uniquement respectivement du rapporteur général.

L'affectation par arrêté ministériel pour une durée déterminée à une telle fonction constitue une garantie pour le fonctionnaire et pour le „justiciable“ de cette „indépendance“. Elle est d'ailleurs aussi nécessaire pour se voir attribuer les pouvoirs qui lui seront dévolus par le présent texte.

Au vu des considérations générales, il faut cependant se poser la question si cette affectation doit être à temps plein. Il suffirait d'ajouter, d'après le Conseil d'Etat, que la fonction de rapporteur général, de rapporteur et d'inspecteur prime celle exercée normalement afin que les fonctionnaires puissent avoir la disponibilité nécessaire pour accomplir leur mission sans possibilité de les freiner par leur travail normal.

Compte tenu des développements aux considérations générales et de ce qui précède, ce paragraphe deviendra les paragraphes 2 et 3, qui seraient à libeller comme suit:

„(2) L'Inspection est dirigée par un rapporteur général qui instruit le fait ou délègue à cette fin un rapporteur.

Par arrêté du ministre, des fonctionnaires de la carrière supérieure et de la carrière moyenne de l'Etat sont désignés aux fonctions de rapporteur général, de rapporteur et d'inspecteur pour une durée de sept ans renouvelable.

Seuls les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'Etat peuvent exercer la mission de rapporteur général et de rapporteur.

(3) Le secrétariat de l'Inspection est assuré par les services du ministre.“

En ce qui concerne le *paragraphe 3*, première phrase du projet sous revue, le Conseil d'Etat n'est pas d'avis qu'il y a lieu d'attribuer la qualité d'officier de police judiciaire aux agents de l'Inspection. Ils auront les attributions nécessaires par le texte de la loi et y puiseront leur autorité. L'attribution de la qualité d'OPJ les soumettra aux dispositions du Code d'instruction criminelle sans qu'ils aient la formation correspondante.

Le *paragraphe 4* a trouvé sa place dans l'article 6 ci-avant.

Compte tenu des propositions du Conseil d'Etat, il se pose la question si les amendements portés à l'article 7 ne devraient pas être repris dans cet article.

Article 9

Le Conseil pourra être saisi par l'Inspection, par le ministre et par toute personne physique ou morale intéressée.

Le Conseil sera certainement saisi en général par l'Inspection et notamment par le rapporteur général ou un rapporteur délégué, car ils sont le plus souvent les seuls qui puissent rassembler tous les éléments nécessaires à constituer un dossier solide. Comme le Conseil ne pourra instruire sur le terrain les affaires dont il est saisi, le dossier devra contenir lors de la saisine tous les éléments de l'infraction présumée à la loi. Ceci semble cependant impossible pour un plaignant qui n'a, en règle générale, pas accès à tous les éléments qui constituent ou établissent l'infraction dénoncée.

Le Conseil d'Etat n'a cependant pas d'objection à ce que le Conseil puisse être saisi directement par toute personne physique ou morale ayant un intérêt légitime, ainsi que par le ministre de l'Economie.

Les dispositions concernant la forme de la saisine devront cependant être plus élaborées, alors qu'à défaut de pouvoirs propres pour instruire une affaire, le document de saisine devra contenir non seulement la description détaillée du fait dénoncé et son incrimination, mais également tous les éléments de son existence présumée.

Le Conseil d'Etat s'oppose en tout cas au pouvoir d'autosaisine du Conseil, ce qui constituerait une violation des dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, car il suppose un préjugé de la part du Conseil. Si une plainte parvenait directement au Conseil, son intervention devrait se limiter à la continuer pour attribution à l'Inspection conformément aux règles de la procédure administrative non contentieuse.

Article 10

Cet article permet au Conseil d'obliger les entreprises et associations d'entreprises de mettre fin à l'infraction aux articles 3 à 5 du projet sous avis et aux articles 81 ou 82 du Traité.

Le Conseil d'Etat propose tout d'abord de remplacer le premier bout de phrase et de lire le début de cet article de la façon suivante en conformité avec ce qu'il a exposé à l'endroit de l'article 9:

„Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 9, constate ...“

En ce qui concerne la deuxième phrase, le Conseil d'Etat ne peut sous peine d'opposition formelle suivre les auteurs du projet, alors que le texte proposé viole la règle de la légalité des peines (article 14 de la Constitution). Il est inadmissible qu'une institution quasi juridictionnelle puisse prononcer des mesures qui ne sont pas précisées. Même si les auteurs affirment dans leur commentaire concernant cet article qu'ils auraient repris en partie l'article 7 du Règlement, force est de constater que la partie du texte qu'ils n'ont pas reprise constitue une précision importante des mesures à envisager. Il s'y ajoute qu'en raison du principe constitutionnel de la légalité des peines, le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord avec une énonciation aussi vague de mesures coercitives à prendre.

En ce qui concerne le texte, le Conseil d'Etat propose de rédiger la fin de l'article de la façon suivante:

„... mesure coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.“

En outre, il y a lieu de prescrire en toutes matières le respect du principe du contradictoire. Il serait en effet inadmissible de prendre une décision sans entendre préalablement l'entreprise ou les entreprises en question.

Article 11

Par les dispositions de cet article, le président du Conseil sera habilité à prendre des mesures conservatoires.

Les dispositions du *paragraphe 1er* de cet article pèchent de nouveau par leur imprécision.

Il est en effet inadmissible que le président du Conseil puisse prendre „les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou qu'il juge nécessaires“. Même s'il s'agit de mesures qui sont seulement provisoires, elles devront être légales et proportionnées à la violation constatée. D'après le Conseil d'Etat, le président devrait pouvoir uniquement prendre des mesures destinées à suspendre les pratiques critiquées. Il ne pourra d'ailleurs prendre d'autres mesures que celles qui lui sont demandées, sous peine de statuer *ultra petita*. Il faudra donc supprimer le bout de phrase „ou qu'il juge nécessaires“.

Le texte est par conséquent à revoir en tenant compte des observations ci-avant.

Le *paragraphe 2* modifie implicitement la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. En effet, d'une part, il attribue compétence au président du Tribunal administratif statuant comme juge unique pour annuler une décision. D'autre part, il raccourcit le délai de recours prévu par la loi et impose au président de statuer endéans un délai de quinze jours.

Le Conseil d'Etat s'oppose à cette modification implicite du règlement de procédure, qui est d'ailleurs inutile.

Le juge naturel des recours administratifs est le juge administratif et il devra le rester en toutes matières.

Si les auteurs du projet veulent permettre à l'entreprise sanctionnée de former un recours urgent, l'article 11(2) prévoit la procédure du sursis à l'exécution. Cette procédure est amplement suffisante pour le but recherché. La procédure d'annulation peut alors se dérouler d'après les règles procédurales normales.

Le Conseil d'Etat constate que le texte du *paragraphe 3* est repris de l'article 8 du Règlement.

Si la mesure conservatoire est limitée aux mesures strictement nécessaires pour suspendre les mesures critiquées, sa durée devra être celle qui est nécessaire à l'instruction de l'affaire et à la décision définitive du Conseil. Comme une mesure provisoire ne peut pas être prise en dehors d'une action préalable ou concomitante au fond, sa durée devrait par conséquent être liée à celle nécessaire pour prendre une décision exécutoire au fond.

Article 12

D'après les développements du Conseil d'Etat quant à la compétence des organes à créer, il y a lieu de remplacer le „Conseil“ par l'„Inspection de la concurrence“ pour toute la procédure d'enquête.

Au *paragraphe 3*, il y a confusion entre pouvoir d'enquête et pouvoir de sanction, alors que l'organe qui procède à la demande de renseignements peut fixer en même temps le taux de l'astreinte ou sanctionner des renseignements qu'il considère comme incomplets et inexacts.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, le pouvoir de sanction ne devrait pas appartenir au même organe. Il marque son accord à voir soumettre la question de l'astreinte au Conseil de la concurrence.

Le Conseil d'Etat propose que tant le principe que le taux de l'astreinte soient fixés par le président du Conseil sur requête présentée par le rapporteur général ou le rapporteur délégué. Cette requête sera motivée et justifiée par des documents à l'appui. L'entreprise pourra faire un recours non suspensif devant les juridictions administratives qui statueront comme juge du fond.

Le Conseil d'Etat insiste à ce que les voies de recours soient indiquées sur la décision notifiée, conformément à ce qui est prévu à l'article 18,3. *in fine* du Règlement. Il recommande de compléter le texte en conséquence.

Le *paragraphe 4* devra être remanié, alors que s'il n'y a pas de difficulté à imposer aux propriétaires d'entreprises, personnes physiques, l'obligation de fournir les renseignements demandés, tel n'est pas le cas s'il s'agit de personnes morales. Il faudra préciser ici qu'il s'agit des dirigeants effectifs de ces sociétés et associations, tels les gérants, les administrateurs délégués et, en cas de défaut, les administrateurs, ainsi que les présidents.

Ce paragraphe pourrait se lire de la façon suivante:

„(4) Sont tenus de fournir les renseignements demandés les propriétaires des entreprises exploitées par des personnes physiques ou leurs représentants légaux détenteurs de l'autorisation d'établissement, inscrits ou non au Registre de commerce et des sociétés. Pour les entreprises exploitées sous forme de société ou d'association, il s'agit des gérants, administrateurs délégués ou, en cas de défaut, des présidents du conseil d'administration ou administrateurs, ou autres dirigeants effectifs de droit ou de fait. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants. Ces derniers restent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.“

Le Conseil d'Etat se pose cependant des questions concernant la portée de ce paragraphe. Il est évident que les chefs d'entreprises exploitées par une personne physique sont pleinement responsables de leurs actes et négligences. En ce qui concerne les entreprises exploitées par des personnes morales, les dirigeants ne sont responsables en principe que devant les associés dans le cadre de l'*actio mandati*. Si ces dispositions doivent servir à désigner les personnes dont la responsabilité pourra être mise en cause dans le cadre de l'article 17 *infra*, il est proposé de reporter cet alinéa sous cet article.

Article 13

Le Conseil d'Etat n'a d'autre observation à faire que celle qu'il faut charger la seule Inspection de ces mesures d'enquête et il propose de rédiger l'article comme suit:

„Pour l'accomplissement des mesures d'enquête, l'Inspection peut interroger ...“

Article 14

Cet article donne à l'Inspection le pouvoir d'investigation et de recherche sur le site de l'entreprise.

Le Conseil d'Etat appuie la suggestion de l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers pour voir ajouter à la fin du *paragraphe 1er* le mot „concernées“.

Dans le cadre du *paragraphe 2*, le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations générales et à l'avis commun précité. Il estime effectivement que si les inspecteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport, demander la communication des livres, factures et autres documents professionnels et en prendre copie ainsi que recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications, ces moyens d'investigation ne pourront être mis en œuvre que de l'accord du chef d'entreprise.

En cas d'opposition de sa part, la procédure pourra dégénérer en violation de domicile et le personnel chargé de l'enquête devra se retirer et se munir, le cas échéant, d'un mandat établi par le juge judiciaire, qui pourra assister, et qui chargera un ou plusieurs officiers de police judiciaire pour assister aux opérations.

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 physique 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.⁵

Les dispositions du Règlement 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 au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée.

Le Conseil d'Etat propose de rédiger cet article de la façon suivante:

„Art. 14. Pouvoirs en matière d'inspection

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, l'Inspection peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises concernées.

(2) Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

Ils devront en tout état de cause présenter au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant le mandat délivré par le rapporteur général ou le rapporteur délégué.

Ce mandat doit contenir, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but.

(3) Les enquêteurs ne peuvent procéder aux perquisitions en tous lieux professionnels, ainsi qu'à la saisie de documents, que sur autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent ratione loci ou le magistrat qui le remplace. Si l'enquête doit se faire dans les deux arrondissements, une ordonnance unique délivrée par l'un des présidents compétents est suffisante.

⁵ CEDH, 16/07/2002, Aff. Stés Colas Est et autres c/ France; CEDH 16 décembre 1992 Aff. Niemietz c/ Allemagne.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise par le rapporteur général ou le rapporteur délégué de l'Inspection de la concurrence est justifiée et proportionnée au but recherché; cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la perquisition.

L'autorisation du juge doit indiquer, sous peine de nullité, l'objet de la perquisition et son but.

(4) La perquisition et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Si les nécessités de l'enquête l'exigent, le juge peut, après en avoir donné avis au procureur d'Etat de son tribunal, se transporter avec son greffier dans toute l'étendue du territoire national pour assister aux perquisitions.

Le juge assisté de son greffier peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la perquisition.

(5) L'ordonnance visée au premier alinéa du paragraphe 3 est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction. Les voies de recours ne sont pas suspensives.

(6) La perquisition ne peut commencer avant six heures trente minutes ni après vingt heures.

(7) La perquisition doit être effectuée en présence du dirigeant de l'entreprise ou de l'occupant des lieux ou de leur représentant.

Les enquêteurs, le dirigeant ou l'occupant ou leur représentant ainsi que les officiers de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

(8) Les objets et documents et autres choses saisis sont inventoriés dans le procès-verbal. Si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés jusqu'au moment de leur inventaire, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition.

(9) Le procès-verbal des perquisitions et des saisies est signé par le dirigeant de l'entreprise ou l'occupant des lieux ou leur représentant et par les personnes qui y ont assisté; en cas de refus de signer, le procès-verbal en fait mention. Il leur est laissée copie du procès-verbal.

(10) La présence de l'avocat est autorisée pendant toute la procédure de perquisition et de saisie.

(11) Les objets et documents et autres choses saisis sont déposés à l'Inspection de la concurrence ou confiés à un gardien de la saisie.

(12) Le rapporteur général ou le rapporteur délégué peuvent ordonner d'office et à tout moment la mainlevée totale ou partielle des saisies effectuées.

(13) Les intéressés peuvent obtenir, à leurs frais, copie ou photocopie des documents saisis. "

Article 15

Cet article prévoit des mesures d'enquête spéciales pour les opérations de recherche qui doivent avoir lieu en dehors du site de l'entreprise.

Dans le souci de l'inviolabilité du domicile et afin de souligner le caractère grave et exceptionnel de la mesure à effectuer en dehors des locaux de l'entreprise, le Conseil d'Etat propose une autorisation spéciale afin de pouvoir perquisitionner et saisir des documents aux domiciles privés.

Les dispositions de l'article 14 devront être respectées.

Article 16

Toujours dans le souci de ne pas faire intervenir le Conseil dans la phase d'instruction du dossier, il y a lieu de remplacer le „Conseil“ par l'„Inspection“.

Article 17

L'article 23 du Règlement autorise la Commission à infliger des amendes à l'entreprise pour les cas d'infraction aux dispositions concernant les enquêtes. Le taux des amendes est fixé à un maximum de 1 pour cent du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent.

Dans le cadre de la mise en vigueur des règles nationales, les auteurs ont fait une distinction entre les infractions prévues par le paragraphe 1er de l'article 23 et les autres.

Ils proposent d'incriminer les premières en tant qu'infractions pénales à sanctionner par le juge judiciaire, alors que les autres sont soumises à l'appréciation de l'organe quasi juridictionnel à créer.

Le Conseil d'Etat voudrait souligner à cet endroit que l'application et l'interprétation du texte sous avis seront soumises ainsi à deux ordres de juridiction avec le risque d'interprétations divergentes. Comme les décisions du juge correctionnel s'imposent *erga omnes*, le Conseil et les juridictions administratives, le cas échéant, devront suivre les motivations et décisions de ces juridictions.

Bien qu'en droit administratif, il soit possible de fixer des amendes et astreintes de nature administrative, il sera cependant difficile au vu des incriminations de laisser l'appréciation de ces faits à une autorité de régulation, notamment du fait que des tiers, membres du personnel des entreprises, peuvent être sanctionnés.

La question concernant les personnes responsables pour les informations à fournir sur demande de l'Inspection soulevée *sub* article 12, paragraphe 4, devient donc très importante, car les amendes prévues sont importantes.

Le Conseil d'Etat tient encore à souligner un risque de difficulté d'application du texte national et du Règlement. Pour les infractions du *paragraphe 1er*, la fourchette des amendes est fixée par des montants déterminés, alors que pour les autres, la fourchette prévoit seulement un maximum. Le Règlement prévoit seulement la deuxième solution. Comme le Règlement est d'application directe et comme il y a risque de voir appliquer les deux textes simultanément en cas de saisine directe de la Commission, une discussion sur la peine à appliquer pourra mener à un problème inextricable.

En ce qui concerne la première phrase du paragraphe 1er, le Conseil d'Etat pourrait faire sienne la remarque de l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 29 janvier 2004 qui lui est parvenu par dépêche du 11 février 2004, mais il se pose évidemment la question de la mise en œuvre exacte du Règlement.

Le Conseil d'Etat propose en tout cas de changer les mots „de propos délibéré ou par négligence“ en „intentionnellement ou non“, qui sont les termes usuellement employés en matière pénale.

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.

Le troisième point du paragraphe 1er est cependant à revoir en raison des développements *sub* article 14. Si la jurisprudence accorde déjà à l'entreprise le droit à l'inviolabilité du domicile, le fait de ne pas accepter une quasi-perquisition sur le site ne peut être érigé en infraction. Si le juge a autorisé la perquisition et la saisie, l'entreprise peut être obligée à collaborer, sous réserve de ce qui a été dit ci-avant.

Le Conseil d'Etat recommande, en raison de toutes les difficultés qu'il vient d'énumérer, de rester plus près du texte du Règlement et de ne pas changer la nature de l'amende pour les infractions énumérées *sub* paragraphe 1er.

L'avantage sera de pouvoir sanctionner l'entreprise, ce qui ne sera pas possible dans le texte sous avis, alors que l'entreprise en tant que personne morale n'est pas un sujet „pénal“. En plus, c'est sur l'entreprise que reposent les obligations prescrites et c'est elle qui tirerait avantage des réticences et négligences de ses dirigeants et de son personnel.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent de reprendre le texte de l'article 23 du Règlement et de fusionner les deux premiers paragraphes en les rédigeant de la façon suivante:

„(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes, lorsque, intentionnellement ou non,

- 1) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 12, paragraphe 2;*
- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 12, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit;*
- 3) elles présentent de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 14, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 4;*
- 4) en réponse à une question posée conformément à l'article 14, paragraphe 2, point 4,*
 - a) elles fournissent une réponse incorrecte ou dénaturée, ou*
 - b) elles omettent de rectifier dans un délai fixé par l'Inspection une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel, ou*
 - c) elles omettent ou refusent de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ordonnée par une décision prise conformément à l'article 14, paragraphe 4;*
- 5) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du Traité; ou*
- 6) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 11.“*

Quant au *paragraphe 3*, le Conseil d'Etat propose de rédiger le début du premier alinéa comme suit:

„L'amende prévue au paragraphe précédent est proportionnée à la gravité et à la durée des faits retenus ...“

Comme l'importance de l'amende dépend d'un certain nombre de critères repris dans le texte, son taux devra évidemment être motivé en détail, afin que sa justification puisse être contrôlée.

Quant à la légalité de la peine, le Conseil d'Etat se pose des questions, alors que la période de référence peut être très longue. Le texte se réduit d'un côté à dire „2% du montant du chiffre d'affaires au niveau mondial, hors taxes, le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre“. D'un autre côté, il doit s'agir d'un exercice clos. Le texte risque ainsi de faire dépendre le taux de l'amende de la diligence de l'entreprise à clore ses comptes. Quant à la période de référence, elle peut être plus ou moins longue suivant l'instruction de l'affaire, alors que la durée de la prescription est de 5 ans et que la mise en œuvre de l'instruction interrompt le cours de la prescription.

Le Conseil est encore autorisé à publier sa décision. Comme ce qui a été dit lors de l'examen du paragraphe 4 de l'article 7, la publication d'une décision qui n'est pas exécutoire peut être très préjudiciable pour une entreprise et la prudence s'impose par conséquent.

En ce qui concerne le *paragraphe 4*, le Conseil d'Etat propose d'ajouter la durée de l'infraction parmi les critères retenus dans le premier alinéa du paragraphe 3 ci-dessus.

Article 18

L'entreprise qui dénonce une entente non connue par les autorités ou qui collabore activement à l'enquête bénéficie d'une exemption ou d'une réduction de l'amende suivant les conditions fixées dans le texte.

Le Conseil d'Etat est d'avis que la formulation des *paragraphes 1er et 2* fait au Conseil une obligation de respectivement exempter ou réduire l'amende. Ceci peut conduire, suivant les circonstances, à des solutions non justifiées par rapport aux autres entreprises concernées. Il propose donc de changer cette obligation en possibilité pour le Conseil d'accorder des mesures de clémence.

Il y a d'ailleurs une contradiction entre les paragraphes 1er et 2 avec le paragraphe 3, les deux premiers rendant les mesures obligatoires, alors que le troisième la rend facultative.

Le Conseil d'Etat propose pour les raisons ci-avant et celles relatives à l'organisation de l'enquête et du jugement de rédiger les paragraphes 1er et 2 de la façon suivante:

„(1) Le Conseil peut exempter une entreprise de toute amende lorsque celle-ci est la première à dénoncer une entente sur l'existence de laquelle ni le Conseil ni l'Inspection ne disposent d'information.

(2) Le Conseil peut réduire l'amende infligée à une entreprise lorsque celle-ci dénonce une entente avant l'envoi d'une communication des griefs.“

Au paragraphe 3, premier tiret, l'indication de l'Inspection est à ajouter à celle du Conseil en début de phrase.

Au deuxième tiret, l'indication de l'Inspection est à ajouter à celle du Conseil.

Au paragraphe 4, il y a lieu de préciser „à la demande du rapporteur général ou de son délégué“.

Article 19

Afin d'obliger les entreprises à fournir les renseignements demandés, des astreintes peuvent être infligées. Il appartient au Conseil saisi par l'Inspection de se prononcer tant sur le principe que sur le taux de l'astreinte.

Les auteurs prévoient quatre hypothèses où des astreintes peuvent être infligées.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire en ce qui concerne les trois premières.

En ce qui concerne la quatrième, le Conseil d'Etat n'en voit pas l'utilité, alors que la perquisition peut être menée d'autorité et ne nécessite pas la collaboration de l'entreprise. Il propose donc sa suppression.

En ce qui concerne le texte proprement dit, le Conseil d'Etat propose d'écrire dans le 1er paragraphe „5 pour cent“.

Article 20

En ce qui concerne les prescriptions, le Conseil d'Etat est d'accord sur le principe et le texte, mais il propose de supprimer dans le paragraphe 1er *sub a*) le dernier bout de phrase „ou à l'exécution des inspections“, alors que celles-ci sont menées d'autorité sur autorisation du juge. Il appartient donc à la seule Inspection de les effectuer ou non.

Le Conseil d'Etat propose de modifier le point 2 du paragraphe 3 en bout de phrase par „le rapporteur général ou son délégué“.

Au paragraphe 3, deuxième point, la désignation du président du Conseil est à remplacer par celle du rapporteur général ou de son délégué.

Article 21

Les décisions à prendre par le Conseil sur base des articles 17 à 19 sont la condamnation à des amendes et à des astreintes.

Les paragraphes respectivement 5 et 3 de ces articles chargent l'Administration de l'enregistrement et des domaines du recouvrement des amendes et des astreintes. Il n'appartient par conséquent pas au Conseil d'exécuter ses décisions.

Le paragraphe 1er de cet article devra par conséquent être remanié et pourra se lire ainsi:

„(1) Les amendes et les astreintes prononcées en application des articles 17 à 19 se prescriront par 5 années révolues.“

Article 22

Compte tenu des développements des considérations générales, il n'appartient pas au Conseil, mais à l'Inspection, de procéder à la communication des griefs.

Le texte est à redresser en conséquence.

Article 23

Comme dans toute procédure contradictoire, les parties doivent avoir accès au dossier.

En reprenant les dispositions du Règlement, les auteurs réservent aux parties la possibilité de solliciter la non-divulgateion de documents, lorsque la confidentialité de tout ou partie du document s'est avérée.

De même, il est prévu que certains témoins puissent garder l'anonymat et que des informations confidentielles et des documents internes de l'autorité de concurrence ne soient pas accessibles.

Dans la même lancée, il est prescrit qu'aucune disposition de la loi n'empêche le Conseil de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.

Le Conseil d'Etat se doit de rappeler les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et notamment l'article 6.

Il estime que toutes les pièces et tous les témoignages qui constituent le dossier tant de l'Inspection que du Conseil devront par la suite être accessibles à toutes les parties et notamment à celle contre laquelle la procédure est lancée.

Tant le Règlement que le texte sous examen prétendent que les droits de la défense doivent être respectés, et notamment le caractère contradictoire tant de la phase de l'instruction que de celle du jugement. Il est par conséquent inadmissible qu'au nom d'une prétendue confidentialité des preuves soient utilisées contre une partie qui ne sera pas à même de les discuter du fait qu'elle ignore jusqu'à leur existence.

Cela est contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et une procédure utilisant de tels moyens devra être radicalement nulle.

Le Conseil d'Etat s'oppose par conséquent formellement à de telles dispositions, qui dépassent les dispositions du Règlement, et qui, par ailleurs, portent une atteinte inadmissible aux droits de la défense et violent de façon irrémédiable les principes du procès équitable qui doit être mené à armes égales par les autorités de la concurrence et les justiciables.

Il propose de remanier le texte en profondeur afin de le rendre en tous points conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, surtout que le Considérant 37 du Règlement y fait référence expressément.

Le Conseil d'Etat demande par conséquent la suppression de l'exception du paragraphe 1er, qui devra se lire ainsi:

„(1) Les parties ont accès au dossier à la base de la communication des griefs qui leur est adressée et peuvent prendre librement connaissance de toutes les pièces qui seront ajoutées par la suite.

Tous les documents sont mis à la disposition des parties ou de leurs mandataires dans les bureaux de l'Inspection, à compter du jour de l'envoi de la communication des griefs ainsi que huit jours avant toute mesure d'instruction.

Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent librement prendre copie des documents mis à leur disposition.“

Les trois derniers alinéas sont à supprimer, de même que les paragraphes 2 à 5.

Le paragraphe 6 prévoit une procédure orale avant que le Conseil ne prenne une décision.

Il y a tout d'abord lieu d'ajouter à l'article 17 l'indication des paragraphes 2 et 3, alors que le paragraphe 2 fixe les incriminations et que le paragraphe 3 fixe le taux de l'amende.

Ensuite, le Conseil d'Etat est d'avis que les délais fixes prescrits sont trop courts pour des affaires qui sont souvent très complexes. Un délai d'un mois pour consulter un dossier, répondre aux griefs et fournir, le cas échéant, une prise de position, semble irréaliste pour que tant l'Inspection que la défense puissent constituer ou compléter un dossier et faire les recherches nécessaires.

D'après l'article 22, le délai pour répondre à la communication des griefs ne peut pas être inférieur à un mois. La procédure orale devra se situer nécessairement au maximum un mois après le délai de réponse.

L'audience où seront entendues les parties devra être sinon publique du moins accessible à toutes les parties concernées. Le Conseil d'Etat n'a pas d'objection en ce qui concerne l'ordre des plaidoiries,

alors qu'il appartient d'abord à l'accusation de soutenir ses reproches et en dernier lieu à l'accusé de se défendre.

Il semble évident que le Conseil puisse faire une instruction à l'audience. Cette instruction devra évidemment respecter le caractère contradictoire des débats et l'audition de témoins ne devra pas être utilisée à titre de surprise. Tout élément nouveau devra pouvoir être instruit par la défense, au besoin par la convocation de témoins de sa part pour une audience ultérieure.

La fixation d'un délai pour le prononcé de la décision est à supprimer, car faute de sanction elle ne sert qu'à mettre la pression sur les membres du Conseil qui ont souvent affaire à des dossiers très complexes.

Le Conseil d'Etat propose que les décisions du Conseil doivent indiquer les voies de recours ouvertes, le délai dans lequel le recours doit être introduit, l'autorité à laquelle il doit être adressé ainsi que la manière dans laquelle il doit être présenté, conformément à l'article 14 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes. Elles devront être envoyées aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le texte est à compléter en conséquence.

Article 24

Le paragraphe 1er soumet au secret professionnel les membres du Conseil, ceux de l'Inspection et les experts.

Le Conseil d'Etat marque son accord et il propose de reprendre ici la suggestion de l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 29 janvier 2004 qui lui est parvenu par dépêche du 11 février 2004 relatif à l'article 23 en ajoutant à cet endroit le secret des délibérations des membres du Conseil.

Le Conseil d'Etat propose d'ajouter encore le contenu du premier point de l'article 28 du Règlement en ce qui concerne l'interdiction d'utiliser les informations recueillies à d'autres fins que celles pour lesquelles elles l'ont été. Ainsi, ni les membres du Conseil ni ceux de l'Inspection ne devront les utiliser pour faire, le cas échéant, des dénonciations auprès d'autres autorités.

Le paragraphe 2 dépasse largement le cadre du Règlement. Il a pour but de balayer tout secret professionnel, c'est-à-dire aussi bien celui du confident nécessaire que celui du commerçant. Devant un tel texte, il n'y a pas que le secret bancaire qui ne résiste pas, le secret de la défense y serait supprimé dans la foulée.

Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

Article 25

Le Conseil d'Etat a déjà rappelé ci-avant que le juge, d'après la Constitution, est le juge administratif. Il marque par conséquent son accord avec le principe de cet article.

Il propose par conséquent d'adapter le texte et de le diviser en deux paragraphes, le premier concernant le recours normal en annulation et le second concernant le recours en réformation.

L'article serait à lire de la façon suivante:

„Art. 25. Recours contre les décisions du Conseil

(1) Un recours en annulation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du Conseil.

(2) Toutefois, un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu des articles 17 et 18. Il doit être intenté dans un délai de deux mois.“

Le Conseil d'Etat renvoie pour la procédure à la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et, quant au départ du délai, il renvoie à son article 38.

Article 26

Le Conseil d'Etat n'a d'autre observation à faire que d'associer aussi l'Inspection à cette coopération avec la Commission et les autres autorités de concurrence des Etats membres. En effet, comme le Conseil n'est saisi du dossier que lors de sa saisine par un réquisitoire, l'Inspection est mieux placée pour communiquer des informations et des documents sur des affaires au stade de l'instruction.

Le Conseil d'Etat voudrait souligner encore une fois le grand soin que les autorités nationales devront prendre avant de communiquer des informations et des documents aux autorités de concurrence des autres Etats membres afin que le secret prescrit soit respecté par l'autorité de destination.

Afin de préciser les autorités visées par cet article, le Conseil d'Etat propose la rédaction suivante:

„Art. 26. Assistance à la Commission européenne

(1) Le Conseil et l'Inspection peuvent, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, communiquer les informations ou les documents qu'ils détiennent ou qu'ils recueillent, à leur demande, à la Commission européenne ou aux autorités de concurrence des autres Etats membres exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité nationale compétente de l'autre Etat membre concerné soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'au Grand-Duché de Luxembourg.

(2) L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par le Conseil et l'Inspection des informations ou documents qu'elle détient ou qu'elle recueille, à leur demande, à la Commission européenne et aux autorités de concurrence des autres Etats membres exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel, en conformité avec le paragraphe 1er.

(3) L'assistance demandée par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre, indiquée au paragraphe 1er, en vue de la conduite d'enquêtes ou de la transmission d'informations détenues ou recueillies est refusée lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public luxembourgeois ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée au Grand-Duché de Luxembourg sur base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.“

Article 27

Cet article a fait l'objet d'un amendement gouvernemental.

Dans cet article, il y a lieu également d'associer l'Inspection, qui détient avant le Conseil les informations demandées et qui a pour fonction non seulement de mener les enquêtes nationales, mais d'assister la Commission européenne dans ses enquêtes sur le territoire national.

Pour les enquêtes où le droit national prévoit une procédure différente de celle du Règlement, la procédure nationale devra être appliquée notamment si elle mène au même résultat.

Les auteurs proposent de demander une autorisation au juge d'instruction avant d'effectuer les inspections ordonnées par la Commission européenne.

Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à ses développements à l'endroit des articles 23 et 24. Il propose de charger le président du tribunal d'arrondissement ou son délégué pour délivrer l'autorisation. Il appartiendra à l'autorité judiciaire de faire la répartition des charges.

Aux derniers alinéas des paragraphes 1er et 2, le mot „requis“ est à remplacer par „réquisitionnée“, qui constitue le terme technique.

Le texte sous avis devra par conséquent être remanié.

Article 28

Comme le Conseil n'a en fait que des attributions quasi juridictionnelles, l'Inspection devra remplir le rôle que cet article attribue au Conseil.

Article 29

Toujours dans l'optique du Conseil d'Etat, le Conseil et l'Inspection devront être autorisés à obtenir les renseignements décrits.

Article 30

Sans observation.

Article 31

Sans observation pour ce qui est des alinéas 1 à 3.

Les deux premiers règlements grand-ducaux énumérés à l'alinéa 4 ont pour base légale la seule loi abrogée du 7 juillet 1983. Ils perdent donc leur base légale à partir de l'entrée en vigueur du présent projet de loi. Ils devront par conséquent être pris sur base de l'article 2 du texte sous avis. Afin que ces règlements soient conformes à la loi et n'encourent pas le risque de la sanction prévue par l'article 95 de la Constitution, il faudra cependant les justifier par rapport aux hypothèses prévues dans l'alinéa 2 de cet article.

Articles 32 et 33

Sans observation.

*

OBSERVATION FINALE

Le Conseil d'Etat se demande pourquoi les dispositions de l'article 9 du Règlement n'ont pas été reprises dans le cadre du projet de loi sous avis.

Le fait de pouvoir rendre obligatoires des engagements des entreprises peut éviter des sanctions préjudiciables pour la bonne renommée d'une entreprise et constitue par conséquent une mesure en leur faveur.

Le Conseil d'Etat propose d'intégrer l'article 9 du Règlement dans le texte national. Les dispositions de l'article 17 du texte sous revue seraient à adapter en ce sens.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 mars 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

