

N° 58167

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROJET DE LOI**relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée
du 17 mai 2004 relative à la concurrence**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Prise de position du Gouvernement sur l'avis du Conseil d'Etat</i>	
1) Dépêche du Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur au Président de la Chambre des Députés (13.10.2010).....	1
2) Commentaires du Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur sur l'avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.....	2

*

**DEPECHE DU MINISTRE DE L'ECONOMIE
ET DU COMMERCE EXTERIEUR AU PRESIDENT
DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(13.10.2010)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous transmettre en annexe les commentaires du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur par rapport à l'avis du Conseil d'Etat relatif au projet de réforme de la législation en matière de concurrence.

Dans la mesure où les documents parlementaires constituent une source d'interprétation du droit pour les plaideurs et les magistrats, je vous prie de bien vouloir publier cette prise de position dans les documents parlementaires. Je suis en effet d'avis que les thèses développées par la Haute Corporation appellent une réplique publique de la part de mes services.

Veillez croire, Monsieur le Président, à l'expression de ma haute considération.

Jeannot KRECKE

*

**COMMENTAIRES DU MINISTERE DE L'ECONOMIE
ET DU COMMERCE EXTERIEUR**
sur l'avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010

L'avis de la Haute Corporation sur le projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004, dans la mesure où il jette un regard très critique sur le projet et où il énonce pas moins de dix oppositions formelles, mérite une série d'explications par les services du département de l'Economie.

La volonté politique qui sous-tend le projet de loi sous avis vise à assurer la mise en place d'une autorité de contrôle des activités de marché efficace et indépendante, une autorité qui soit soustraite au contrôle et à l'emprise de tous les acteurs de marché, y compris celle de l'Etat. Le statut souhaité politiquement est celui d'une instance forte, active et libre, qui puisse intervenir pour faire cesser et le cas échéant sanctionner les comportements qui perturbent le fonctionnement normal et concurrentiel des marchés. Le Ministère ne saura partager l'idée que le Conseil d'Etat a exprimé à la page 3, dernier alinéa de son avis, selon laquelle le Conseil de la concurrence resterait „toujours une administration sous l'autorité du ministre de l'Economie et du Commerce extérieur“. Ce prétendu constat heurte à la fois la lettre même de l'article 6, 1er paragraphe et les intentions du Gouvernement. La volonté du Gouvernement pour conférer un statut d'indépendance réelle au Conseil de la concurrence se traduira au niveau des principes et au niveau des dispositions concrètes.

Au niveau des principes, une solution aurait pu consister à ériger le Conseil de la concurrence en juridiction spéciale. Les auteurs du projet ont cependant préféré la voie de la procédure administrative. Dans ce cadre, le projet de loi a pris le parti de s'affranchir des catégories traditionnelles du droit administratif en conférant au Conseil le statut d'autorité administrative indépendante, en lieu et place de celui d'un établissement public. Si la notion d'autorité administrative indépendante est encore largement inconnue du droit luxembourgeois, elle fait néanmoins l'objet d'importants développements en droit français qui commencent à irradier jusque dans le droit communautaire (voir par exemple F. Kauff-Gazin, Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation, Revue Europe, juillet 2010, page 12). Notre culture juridique ne devrait pas se couper de ce mouvement.

Avant d'aborder les points ponctuels soulevés par le Conseil d'Etat, il y a lieu de s'attarder aux considérations générales exprimées dans l'avis.

Le Conseil d'Etat revient sur la séparation des fonctions d'enquête et de décision, pour affirmer vouloir maintenir la position développée en 2004 lors des travaux qui avaient mené à l'adoption de la loi du 17 mai 2004. Ces développements appellent plusieurs observations.

Le Conseil d'Etat ne mentionne pas clairement s'il formule une opposition formelle contre la fusion des deux fonctions au sein d'un même organe. Toujours est-il qu'en l'absence de toute argumentation juridique étayée par la Haute Corporation, l'étude juridique fouillée qui était jointe sur ce point au projet de loi No 5816, garde toute sa valeur, notamment en ce qui concerne l'interprétation à donner à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et à l'existence de nombreuses autres administrations luxembourgeoises jouissant cumulativement d'un pouvoir d'enquête et de sanction.

Sur l'incidence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, le Conseil d'Etat invoque bien l'arrêt Dubus, mais en occultant que cet arrêt concerne les activités juridictionnelles de la Commission bancaire française, par opposition aux fonctions administratives dont se trouve investi le Conseil de la concurrence. L'avis du Conseil d'Etat nourrit malheureusement la confusion à cet égard, en plaçant le Conseil à plusieurs reprises dans le giron des organes juridictionnels (par exemple à la page 3, alinéa 2 „le président de l'organe de juridiction“, page 4, alinéa 6 „l'instance quasi juridictionnelle“, page 6, alinéa 4 „un organe investi de fonctions quasi juridictionnelles“, page 123, alinéa 7 „l'autorité de juridiction“).

Sur l'existence d'autres administrations luxembourgeoises se trouvant dans une situation similaire à celle du Conseil de la concurrence, il faut relever, au-delà de la liste fournie ensemble avec le projet de loi sous avis, l'adoption récente de la loi du 26 juillet 2010 modifiant la législation sur les abus de marché. Le Conseil d'Etat n'a pas retardé la procédure législative aboutissant à cette loi (dépôt du projet de loi le 29 octobre 2009, avis et avis complémentaire du Conseil d'Etat les 4 mai 2010 et 6 juillet 2010). Il semble utile de mentionner que par cette loi, la Commission de Surveillance du Secteur Financier se voit confier des pouvoirs de sanction étendus (jusqu'à 1,5 millions d'euros dans

certains cas, l'interdiction d'exercice jusqu'à cinq ans) sur base des investigations qu'elle exécute elle-même, sans que ce cumul des fonctions ait donné lieu au moindre commentaire, à la désapprobation ou à opposition de la part du Conseil d'Etat.

Certains développements du Conseil d'Etat dénotent une profonde méconnaissance des mécanismes d'ouverture d'une enquête en matière de concurrence, sinon de sorte qu'il m'importe de redresser certains points.

Il résulte de l'argumentaire développé par le Conseil d'Etat que dans son optique, le fait d'ouvrir une enquête et d'adresser des mesures d'investigation à des entreprises signifie que le Conseil s'est déjà forgé une opinion et suspecte concrètement la ou les entreprises contactées d'avoir violé le droit de la concurrence. Il en déduit notamment son opposition à la faculté pour le Conseil de s'autosaisir, l'impossibilité pour le Président de procéder à la désignation du Conseiller chargé de mener l'enquête, la partialité du Président lorsqu'il est saisi d'une demande de mesures conservatoires et, d'une façon générale le reproche de partialité qui planerait sur toute la procédure. Il n'en est cependant rien.

Une enquête individuelle en droit de la concurrence débute certes sur base d'éléments d'appréciation concrets (il ne saurait d'ailleurs en être autrement, pour éviter des enquêtes dans le vague avec le seul espoir de dénicher une infraction). Mais il s'agit en règle générale d'éléments d'appréciation qui tendent à démontrer ou à indiquer un dysfonctionnement concurrentiel du marché. L'enquête tend alors à rechercher les causes de ce dysfonctionnement, qui peut être le fait d'une ou de plusieurs entreprises, mais qui peut aussi provenir de problèmes structurels inhérents au marché ou de mesures législatives ou réglementaires. L'enquête peut aussi révéler qu'il existe des causes justificatives à un comportement particulier. Le fait d'ouvrir une enquête individuelle n'est donc pas le signe que la ou les entreprises contactées soient concrètement soupçonnées d'un agissement anticoncurrentiel illégal.

Une appréciation correcte des dysfonctionnements suspectés exige encore que le marché soit examiné en son intégralité, en rassemblant toutes les données économiques et commerciales pertinentes. Cette recherche requiert que des entreprises autres que celles qui pourraient être impliquées dans une activité illégale, notamment les concurrents de ces dernières ou même les victimes des dysfonctionnements, soient contactées dans le cadre de la collecte des informations. Il ne peut donc être affirmé de façon globale que toute entreprise sollicitée dans le cadre de demandes de renseignements doive d'office être considérée comme faisant l'objet d'un soupçon, d'un reproche ou d'une accusation.

En termes plus ou moins clairs, le Conseil d'Etat s'interroge sur les effectifs en personnel affectés au Conseil de la concurrence. Les points de compréhension sont abordés plus loin dans une partie plus technique. A ce stade, l'on s'en tiendra à deux considérations générales.

Le Conseil d'Etat met en doute les besoins en personnel supplémentaire au vu de l'envergure du nombre d'affaires traitées jusqu'à ce jour. S'il est exact que ce nombre n'est pas très important, il convient néanmoins de le situer dans son contexte, en mettant en avant que la loi de 2004 est parti de rien et qu'il a fallu passer par une phase de démarrage (recrutement et formation du personnel, définition de l'approche dans des dossiers d'un type largement inconnu). Il ne faut pas pour autant en déduire que les problèmes et dysfonctionnements concurrentiels seraient inexistantes au Luxembourg.

Dès lors, l'option prise par le projet de loi, et développée par les amendements parlementaires auxquels le Ministère souscrit pleinement, consiste à doter le Conseil d'une structure de direction forte et de la faculté de recruter le personnel de support nécessaire au fur et à mesure que les besoins le requièrent (et que les finances publiques le permettent), tout en prévoyant un mécanisme de détachement temporaire de fonctionnaires d'autres services pour combler des besoins ponctuels.

D'un point de vue formel, il est intéressant de noter que certaines objections du Conseil d'Etat concernent des points qui figurent tels quels, ou de façon analogue, dans la loi du 17 mai 2004, sans avoir fait l'objet de contestations à cette époque:

1) Article 7: le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce que le Conseil de la concurrence puisse adopter un règlement intérieur. Celui-ci est actuellement prévu par l'article 6, paragraphe 5, en termes identiques.

Il est vrai que cette opposition formelle est conditionnelle et limitée à la situation où „ce règlement établit ou restreint des droits des personnes concernées par la présente loi“. Mais comment apprécier cette condition par rapport à un texte inexistant?

2) Article 14: le Conseil d'Etat propose la suppression d'une disposition relative aux avocats. Celle-ci est reprise telle quelle de la loi actuellement en vigueur (article 18, 3e paragraphe).

- 3) Article 16: le Conseil d'Etat relève que l'endroit auquel les pièces saisies sont déposées (i.e. au Conseil de la concurrence) ne constitue pas un lieu neutre.
Actuellement, ils sont déposés auprès de l'Inspection de la concurrence, sans que cette modalité n'ait donné lieu à remarques antérieurement.
- 4) Article 21, paragraphe 6: le Conseil d'Etat suggère de faire de l'adoption de l'avis de clémence une faculté par l'insertion du verbe „peut“. La proposition de texte soumise à avis est sur ce point identique au texte adopté en 2004.
- 5) Article 26: le Conseil d'Etat propose d'introduire quelques nouveautés dans les dispositions relatives à l'accès au dossier (obligation de joindre une copie électronique du dossier à la communication des griefs, consultation des nouvelles pièces) (article 24). Cette disposition avait fait l'objet de longs débats en 2004.
- 6) Article 28: le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'existence de deux catégories de recours différents contre des décisions différentes (réformation pour les décisions prises par l'organe collégial, annulation pour les décisions prises par un membre agissant seul), alors que sous le régime actuel, deux catégories de recours existent tant pour des décisions différentes que pour des aspects différents d'une même décision (réformation pour ce qui touche les amendes, annulation pour tous les autres aspects) (article 26).
- 7) Article 32: le Conseil d'Etat propose la suppression de la référence à la réquisition de la force publique. Cette phrase se trouve à l'identique dans le texte en vigueur à l'heure actuelle (article 28, paragraphes 2 et 3).

S'il est vrai qu'il n'est jamais trop tard pour mieux faire, l'approche adoptée sur ces points dans l'avis du Conseil d'Etat peut cependant prêter à discussion, surtout pour les points qui font maintenant l'objet d'une objection formelle.

Pour conclure ces remarques générales, il est opportun de relever quelques passages de l'avis du Conseil d'Etat qui peuvent prêter à confusion.

- 1) Page 3, dernier alinéa: „le Conseil ... qui, d'un côté, disposera de fonctionnaires suppléants et qui, d'un autre côté, pourra avoir recours à des fonctionnaires du ministère (i.e. l'Economie et du Commerce extérieur) pour effectuer certains travaux en cas de surcharge temporaire“.
La notion de „fonctionnaire suppléant“ ne reflète aucune réalité dans notre fonction publique. Le Conseil d'Etat a-t-il entendu se référer aux membres suppléants du Conseil? Ces membres ne sont cependant pas nécessairement fonctionnaires.
Le mécanisme de détachement permet au Conseil d'avoir recours à des fonctionnaires dudit ministère, mais pas exclusivement. Ce procédé est destiné à pouvoir s'appliquer aux fonctionnaires de tout ministère, respectivement service, en fonction des besoins et des disponibilités. La formulation qui se réfère à un seul ministère est donc trop restrictive.
- 2) Sub Article 7, paragraphe 2: Traitant du nombre de membres du Conseil, le Conseil d'Etat note que „Même si le président est déchargé de toute mission d'enquête, trois conseillers assumant à la fois et alternativement l'instruction et la décision devront pouvoir accomplir tout le travail en respectant la nette séparation des pouvoirs d'instruction et de décision au sein du même Conseil.“
Ici, de trois choses l'une: ou bien le Conseil d'Etat se méprend sur la portée du texte proposé, et considère qu'il propose de nommer 5 personnes (un président et 4 conseillers), auquel cas il suffit de relever que tel n'est pas le cas, mais qu'il s'agit bien de nommer 4 personnes (un président et 3 conseillers); ou bien le Conseil d'Etat a bien compris le sens de la proposition et suggère d'en venir à la nomination de 3 personnes (un président et 2 conseillers), auquel cas il faut relever qu'une telle composition ne permet plus de maintenir une séparation entre instruction (confiée à un conseiller) et décision (confiée aux autres membres du Conseil qui ne se retrouvent plus qu'à 2); ou bien le Conseil d'Etat a bien compris le sens de la proposition et suggère d'en venir à un système mêlant conseillers permanents et conseillers non permanents, en confiant également à ces derniers la direction des enquêtes, auquel cas il faut relever que l'ampleur et le degré de complexité de l'instruction et de l'analyse d'un dossier et les exigences de qualité et de rapidité sont inconciliables avec l'intervention à ce titre d'un personnel non permanent.
- 3) Sub articles 15 et 16: le Conseil d'Etat voit un problème du fait de la suppression du verbe „faire“, qui empêcherait que les enquêtes puissent être déléguées par le Conseil aux enquêteurs.

L'avis de la Haute Corporation opère ici une regrettable confusion entre le Conseil en tant qu'institution regroupant différents services et qui en tant que telle assume les différentes compétences qui lui sont dévolues et l'organe collégial dirigeant le Conseil, dont un membre dirige les enquêtes et les trois autres adoptent les décisions.

- 4) Sub article 20: „Les auteurs et la commission parlementaire proposent de modifier l'ancien texte de l'article 17. ... L'article 20 ne fait que reprendre l'ancien article 18. Il ne donne pas lieu à observation.“

L'article 20 est l'ancien article 18. Admettons donc que la première phrase contient une erreur de frappe et qu'il faut lire „l'ancien texte de l'article 18“. Toutefois la première phrase de l'avis reproduite est en contradiction avec la deuxième phrase ici reproduite. La deuxième phrase ne correspond pas à la réalité des textes puisque l'article 20 est modifié par rapport à l'ancien article 18.

- 5) Sub article 31: dans ses observations relatives à l'article 31, le Conseil d'Etat propose de supprimer les phrases relatives à la réquisition de la force publique. Dans la mesure où ces règles se trouvent à l'article 32, il faut admettre qu'il s'agit ici d'une erreur matérielle.

Les remarques générales étant faites, il y a lieu d'aborder point pour point les oppositions formelles.

- 1) Compétence ministérielle pour fixer les prix des médicaments (article 2, paragraphe 5)

Le Conseil d'Etat relève que la réglementation des prix est de la compétence du règlement grand-ducal.

Or, le texte proposé par la Commission parlementaire consiste à prévoir une procédure à deux étages: un règlement grand-ducal fixe le cadre, les règles générales et le mode de calcul du prix des médicaments; sur base de ces principes, des décisions au cas par cas prises par le ministre fixent les prix des différents médicaments. La décision ministérielle ne fait donc qu'appliquer aux cas individuels les principes fixés par règlement grand-ducal, de sorte que le principe invoqué par le Conseil d'Etat ne se trouve pas mis en cause.

La flexibilité introduite par le système à deux étages s'impose en raison du nombre important de prix à fixer: plusieurs milliers par an. Il est inconcevable, pratiquement impossible et trop long de faire passer la fixation du prix pour chaque médicament par la procédure du règlement grand-ducal.

- 2) Adoption d'un règlement intérieur par le Conseil de la concurrence (article 7, paragraphe 3)

Le Conseil d'Etat déclare ne pas pouvoir se déclarer d'accord avec un règlement intérieur à adopter par le Conseil de la concurrence, ce règlement étant susceptible de toucher la procédure devant le Conseil, l'enquête et les droits de la défense. Il formule une opposition formelle si ce règlement établit ou restreint des droits des personnes concernées par la loi, en expliquant qu'un tel règlement, s'il est vraiment nécessaire, doit trouver la base dans la loi et doit être sanctionné par un règlement grand-ducal dans les formes prévues par la Constitution.

L'affirmation du Conseil d'Etat, selon laquelle le règlement intérieur que se donne le cas échéant le Conseil de la concurrence ne peut restreindre des droits reconnus par la loi ou d'autres textes, est certainement exacte, et si le règlement intérieur du Conseil de la concurrence devait contenir des dispositions en ce sens, il serait certainement illégal et encourrait l'annulation.

Toutefois, il faut constater que cette opposition formelle est hypothétique, puisque formulée pour l'hypothèse où le règlement intérieur restreindrait des droits reconnus par ailleurs, ce dont personne ne peut préjuger à l'heure actuelle.

En tout état de cause, cette éventualité ne doit pas empêcher le Conseil de se doter d'un règlement interne qui explique de façon transparente vers l'extérieur son processus de travail. Ce règlement interne, qui lie le Conseil de la concurrence, est à considérer comme à la fois une facilité et une garantie pour les entreprises qui sont informées des aspects pratiques de la procédure administrative.

- 3) Désignation des fonctionnaires du Conseil susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de l'administration de laquelle ils relèvent et justification d'une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale (article 9, paragraphe 2)

Dans la mesure où le législateur devait maintenir les compétences de police judiciaire au bénéfice d'agents de l'Etat ne relevant pas de la Police grand-ducale, le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'op-

position formelle, que les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire soient désignés par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de l'administration de laquelle ils relèvent et qu'ils justifient d'une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche, qualification qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale. Le Conseil d'Etat explique par référence à l'article 23 de la Constitution que si le principe de cette formation doit être prévu dans la loi, les modalités d'organisation de cette formation peuvent être reléguées à un règlement grand-ducal, et formule une proposition de texte.

Le Conseil d'Etat semble ainsi poser deux conditions pour que l'attribution de la qualité d'OPJ à des agents du Conseil de la concurrence puisse recevoir son aval.

La première tient à la désignation de ces agents par référence à leurs fonctions et grades. Or, cette désignation résulte d'ores et déjà de l'article 9, paragraphe 1, qui précise que les fonctionnaires de la carrière supérieure et de la carrière moyenne peuvent être nommés aux fonctions d'enquêteurs. L'objection n'a donc pas lieu d'être.

La seconde tient à la formation spécifique dont devraient bénéficier ces agents. Or, une telle exigence de formation ne semble pas s'imposer pour des fonctionnaires des carrières supérieure et moyenne, qui bénéficient d'un degré certain de formation de par leur grade. Une telle exigence n'est par ailleurs pas prévue dans d'autres lois qui accordent le statut d'OPJ dans le cadre de lois spécifiques. Il ne serait pas logique de créer au sein des services de l'Etat deux catégories d'OPJ, les uns ayant suivi une formation spécifique, les autres n'en ayant pas suivi.

4) Désignation des fonctionnaires d'autres administrations susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire par référence à leurs fonctions et grades (article 9, paragraphe 2)

Le Conseil d'Etat soumet son accord à voir conférer le statut d'OPJ à des fonctionnaires issus d'autres services étatiques ou engagés auprès d'autres administrations ministérielles à la condition qu'ils soient désignés par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de leurs services et administrations respectives.

Cette exigence est d'ores et déjà rencontrée par le paragraphe 2 de cet article qui désigne les fonctionnaires concernés comme étant les „fonctionnaires de la carrière supérieure ou moyenne issus d'autres services étatiques ou administrations ministérielles“.

A noter que le Conseil d'Etat ne revient pas à cet endroit sur la condition, formulée précédemment au regard des agents propres du Conseil de la concurrence, de la formation adéquate. S'il fallait admettre qu'elle est implicitement reprise ici *mutatis mutandis*, les mêmes observations que celles formulées à cet égard au point précédent trouveraient à s'appliquer.

5) Le pouvoir d'autosaisine du Conseil de la concurrence (article 10, alinéa 1)

Le Conseil d'Etat dit à cet égard rappeler son opposition à l'autosaisine par le Conseil, sans que ce point ait été développé précédemment dans son avis. On relit cependant dans l'avis du Conseil adopté en 2004 relativement au projet de loi No 5229 que „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“.

Il faut admettre que malgré l'absence d'utilisation de l'adjectif „formel“, l'opposition du Conseil d'Etat doit être considérée comme telle du fait de l'invocation des droits de l'homme.

Cette opposition repose toutefois sur la prémisse erronée que le lancement d'une enquête en matière de droit de la concurrence comporte un préjugé défavorable à l'encontre de la ou des entreprises contactées, alors que tel n'est pas le cas comme cela a été expliqué plus haut dans les considérations générales du présent document.

6) Interdiction faite au juge judiciaire de vérifier la légalité et la justification de la mesure d'enquête (article 16, paragraphe 3)

Le Conseil d'Etat estime que le paragraphe 3, alinéa 3 du projet, selon lequel „le juge judiciaire ne vérifie pas la légalité et la justification de la mesure d'enquête“, serait contraire à l'alinéa qui le précède, selon lequel „le juge doit vérifier que la mesure de perquisition et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché“, de même qu'il serait contraire au droit communautaire.

Ce faisant, le Conseil d'Etat omet toutefois de considérer que les deux alinéas en question traitent de deux choses différentes:

- l'alinéa 3 concerne la mesure d'enquête elle-même et la décision de faire une investigation dans les locaux de l'entreprise. Ces mesures sont décidées par le conseiller désigné, et constituent de ce fait des décisions administratives soustraites au contrôle du juge judiciaire. Seul le juge administratif peut contrôler cet acte de l'administration
- l'alinéa 2 concerne la mesure de perquisition et de saisie, c'est-à-dire le recours à la force. L'autorisation afférente est demandée au juge judiciaire, gardien des libertés individuelles. Dans le cadre de cette demande, ce juge vérifie la justification et la proportionnalité du recours à la force. Cette vérification se fait naturellement par rapport aux éléments qui sont fournis sur l'étendue et la gravité du problème concurrentiel.

Ces textes ne disent pas autre chose que ce qu'avait souligné le Conseil d'Etat en 2004 dans son avis sur le projet de loi No 5229 (page 4, alinéas 8 et 9): „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“. La proposition de texte actuellement soumise à avis ne tend qu'à exprimer clairement cette idée.

Il n'y a ni contradiction, ni contrariété avec le droit communautaire (jurisprudence Roquette), qui opère aussi une répartition de compétence juridictionnelle, et ce entre d'une part les juridictions communautaires, seules habilitées à vérifier la décision de la Commission à entamer une enquête et/ou à mener une descente dans les locaux de telle entreprise, et d'autre part les juridictions nationales qui doivent le cas échéant autoriser le recours à la force.

7) Adoption d'un règlement interne par le Conseil de la concurrence réglant les questions de confidentialité dans le cadre de la communication des griefs et de l'accès au dossier (articles 25 et 26)

Le Conseil d'Etat s'oppose à ce que le Conseil de la concurrence soit doté de la possibilité de se pourvoir d'un règlement interne destiné à régler la procédure à suivre dans le cadre des demandes de confidentialité. S'agissant d'une matière normative touchant des tiers, un tel pouvoir ne saurait être attribué au Conseil.

Il importe là encore de souligner que l'avis du Conseil d'Etat est exact dans la mesure où le Conseil ne saurait disposer d'un pouvoir réglant par voie normative les droits des tiers, et s'il devait agir en ce sens, ses actes seraient annulables. Mais tel n'est pas et ne peut être l'objectif de la disposition proposée. Elle vise uniquement à donner une assise à un règlement régissant, dans un souci de transparence et de sécurité juridique, les procédures internes que le Conseil entend suivre en vue d'assurer la mise en oeuvre efficace et effective du droit au secret des affaires et à la confidentialité dans le cadre de la communication des griefs et de l'accès au dossier. Toute demande de classement ou de déclasserement au titre de la confidentialité et des secrets d'affaire doit faire l'objet d'une décision individuelle dans le respect des normes supérieures.

8) Existence de deux recours différents (article 28)

Le Conseil d'Etat s'oppose à voir instituer deux types de recours dans le cadre de la loi sous avis au triple motif que

- la proportionnalité des mesures adoptées doit pouvoir être contrôlée dans tous les cas de figure
- toutes les décisions à caractère de sanction ou de dissuasion doivent être soumises à un contrôle de pleine juridiction.

Le Conseil d'Etat renvoie ici à un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (*Silvester's Horeca Services c. Belgique*) dont la lecture révèle que le contrôle de pleine juridiction englobe un contrôle sur le droit, sur le fait et sur la proportionnalité. Ce 2e motif couvre ainsi en fin de compte le 1er motif avancé par le Conseil d'Etat.

- la sécurité juridique requiert que tous les recours reposant sur une même loi doivent relever du même régime juridique.

Le mécanisme proposé par le projet sous avis prévoit un recours de pleine juridiction à l'encontre de toutes les décisions prises par la formation collégiale du Conseil de la concurrence, partant pour les

décisions qui se prononcent sur l'existence d'une infraction à la loi, qui imposent des remèdes, qui prononcent une amende, qui prononcent une astreinte, qui acceptent des engagements ou qui contiennent un avis de clémence. Seules les décisions prises par un membre du Conseil agissant individuellement (i.e. le Président adoptant des mesures conservatoires ou le Conseiller désigné prenant des décisions dans le cadre de l'enquête ou prononçant sur une demande de confidentialité) restent soumises au recours de droit commun en annulation.

Il peut être contesté que ces dernières décisions comportent un élément de sanction ou de dissuasion qui emporterait application des principes dégagés par l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme cité par le Conseil d'Etat. Cette discussion s'avère toutefois superflue au regard des caractéristiques propres des deux sortes de recours connus en droit administratif luxembourgeois. Les arguments qui peuvent conduire au succès de l'un ou de l'autre recours comportent en effet toujours un contrôle du droit et du fait, ainsi que de la proportionnalité, et ce dans le cadre du recours en annulation à travers le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (Feyereisen, Procédure administrative contentieuse, Nos 103 et suivants). La différence entre recours en annulation et recours en réformation se situe en droit luxembourgeois essentiellement au stade des conséquences que le tribunal peut tirer du constat d'illégalité de la décision administrative: simple annulation ou substitution de décision.

Pour ce qui est du motif tiré de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat n'explique pas en quoi l'existence de deux sortes de recours contre des décisions émanant de deux organes différents clairement identifiés puisse nuire à la sécurité juridique.

9) Représentation directe du Conseil de la concurrence devant le tribunal administratif (article 28, paragraphe 2)

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement dans un souci de sécurité juridique à la proposition consistant à exiger que les recours contre les décisions soient signifiées directement au Conseil de la concurrence en la personne de son Prédésent. Il estime qu'il s'agirait d'une exception à la loi générale non justifiée objectivement.

Cette proposition constitue en effet une exception à la loi générale, mais elle est amplement justifiée par des considérations objectives tirées du nécessaire statut d'indépendance du Conseil de la concurrence à l'égard de tout opérateur économique actuel ou potentiel, dont l'Etat agissant à travers son Gouvernement. Ces raisons objectives sont amplement exposées dans le commentaire des articles accompagnant le projet de loi, auquel il est renvoyé (page 29).

10) Situation du rapporteur général (article 36)

Le Conseil d'Etat mentionne qu'il réserve sa décision quant à la dispense du second vote en attendant des explications sur la situation du rapporteur général actuel de l'Inspection de la concurrence.

L'Inspection de la concurrence étant actuellement un service du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur, cette personne fait partie des effectifs de ce Ministère (au rang de conseiller de Gouvernement adjoint). Si après modification de la loi elle entend poursuivre sa carrière au sein du Conseil de la concurrence, elle pourra postuler pour y être nommée, soit en tant que membre du Conseil, soit en tant que fonctionnaire. Dans le cas contraire, elle intégrera un autre service du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur.