

N° 7479⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI**portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et
abrogeant la loi 23 octobre 2011 relative à la concurrence**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(12.3.2020)

Le projet de loi sous avis a pour objet (i) de transposer la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres de moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (ci-après la « Directive (UE) 2019/1) et (ii) de procéder à une refonte de la législation actuelle en matière de concurrence.

En bref

La Chambre de Commerce :

- déplore l'absence d'un certain nombre de garanties procédurales indispensables au respect des droits fondamentaux des justiciables,
- accueille favorablement l'instauration d'un seuil de sensibilité conférant à l'Autorité la faculté de décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre une pratique anticoncurrentielle n'ayant qu'une influence limitée sur un marché déterminé ,
- s'interroge quant à la compatibilité de certaines nouvelles sanctions avec les exigences du principe de proportionnalité des peines, voire du principe *ne bis in idem*.

*

RESUME SYNTHETIQUE

La Directive (UE) 2019/1 a pour objectif de permettre aux autorités nationales de concurrence de disposer des garanties d'indépendance, de ressources ainsi que des pouvoirs de coercition et de fixation d'amendes nécessaires à l'application effective des articles 101 et 102 TFUE¹. Le but de cette directive est de garantir une concurrence non faussée au sein du marché intérieur et d'éviter les mesures nationales empêchant les autorités nationales de concurrence de mettre efficacement en œuvre les règles de concurrence.

Si le présent projet de loi procède dans l'ensemble à une transposition fidèle de la Directive (UE) 2019/1, il est à noter que celle-ci laisse une marge de manœuvre importante aux Etats membres quant aux choix des modalités de mise en application de certains pouvoirs conférés aux autorités nationales de concurrence.

La Chambre de Commerce relève ainsi que certains choix opérés par les auteurs suscitent des d'interrogations, voire quelques inquiétudes en ce qui concerne le respect des droits des entreprises concernées.

¹ TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

Ainsi, si la Chambre de Commerce approuve le changement de dénomination et le changement de statut du Conseil de la concurrence, de celui d'autorité administrative indépendante à celui d'établissement public indépendant, elle déplore cependant l'absence d'une fiche financière détaillée indiquant les prévisions en termes de recrutement ainsi que leur incidence en matière budgétaire pour l'Etat.

En matière de pouvoirs d'instruction de la nouvelle Autorité de la concurrence du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'Autorité »), la Chambre de Commerce relève l'omission de certaines garanties d'ordre procédural indispensables au respect des droits des entreprises concernées. **La Chambre de Commerce insiste par conséquent pour maintenir l'obligation pour les enquêteurs de présenter au dirigeant de l'entreprise, ou à l'occupant des lieux, ou à leur représentant, la décision du conseiller instructeur ordonnant l'inspection ou la décision du juge d'instruction autorisant les opérations d'inspection et de saisie.**

En outre, afin de préserver les droits des entreprises susceptibles d'être affectées par des opérations d'inspection et de saisies, la Chambre de Commerce insiste fermement pour que l'intervention du juge d'instruction dans le cadre de l'autorisation des mesures d'inspection ou de saisies ne soit pas purement formelle tel que prévu par le projet de loi, mais que celui-ci apprécie au contraire le bien fondé et le caractère proportionné de la demande émanant de l'Autorité sur base des éléments en sa possession. Aussi, à tout le moins, la demande émanant de l'Autorité devrait être motivée.

La Chambre de Commerce souhaite également qu'il soit précisé à l'article 26 du projet de loi que l'ordonnance du juge d'instruction autorisant les opérations d'inspection et de saisie est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction en matière pénale.

Dans cette même optique de sécurité juridique, la Chambre de Commerce insiste pour voir compléter le libellé de l'article 36 du projet de loi par l'introduction d'un recours en réformation à l'encontre d'une décision du conseiller instructeur refusant le caractère confidentiel d'un document ou d'une information.

La Chambre de Commerce s'inquiète également de l'introduction du principe d'opportunité des poursuites autorisant l'Autorité à rejeter une plainte au motif qu'elle ne constitue pas une priorité pour celle-ci. Si ce principe, prévu par la Directive (UE) 2019/1, doit bien entendu être transposé dans notre législation, il n'en demeure pas moins qu'il est possible pour les Etats membres d'essayer d'en atténuer les possibles effets négatifs en terme notamment d'insécurité juridique et d'accès à la justice.

Dans un souci de transparence et de sécurité juridique, la Chambre de Commerce est par conséquent d'avis qu'un pouvoir totalement discrétionnaire d'opportunité des poursuites n'est pas souhaitable et qu'il convient de fixer un certain cadre à l'exercice de ce pouvoir en s'inspirant des pratiques de certaines autorités de concurrence étrangère, et notamment la « Competition and Markets Authority » du Royaume-Uni. En tout état de cause, la Chambre de Commerce est d'avis que ce pouvoir de rejeter une plainte au motif qu'elle ne constituerait pas une priorité devrait être utilisé avec la plus grande précaution par la nouvelle Autorité.

Le présent projet de loi innove également en introduisant dans notre législation la pratique de la transaction. Si l'introduction de cette procédure ne relève pas de la transposition de la Directive (UE) 2019/1, la Chambre de Commerce partage l'avis des auteurs concernant les avantages potentiels de celle-ci tant pour les entreprises que pour l'Autorité. Toutefois, en raison des spécificités nationales et notamment de la faible jurisprudence nationale en matière de droit de la concurrence, la Chambre de Commerce est d'avis que cette procédure risque de ne présenter que peu d'attrait pour les entreprises concernées.

De plus, l'introduction de cette pratique soulève également un certain nombre d'interrogations dans l'hypothèse où plusieurs entreprises seraient concernées par une procédure et où seulement certaines d'entre elles désireraient transiger. **Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce aurait souhaité que cette question soit au moins évoquée dans les commentaires d'articles et propose que la transaction ne puisse s'appliquer que dans l'hypothèse où toutes les entreprises concernées par une instruction acceptent de transiger.**

Le présent projet de loi confère encore à l'Autorité la faculté de décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure après instruction lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépassera certains seuils. **Cette innovation instituant un seuil de sensibilité constitue une mesure d'appréciation louable accordée à l'Autorité, autori-**

sant celle-ci à ne pas poursuivre une pratique anticoncurrentielle n'ayant qu'une influence limitée sur un marché déterminé est saluée par la Chambre de Commerce.

De nouvelles sanctions en cas de non-respect d'une décision de l'Autorité sont également introduites par le présent projet de loi afin de garantir une meilleure application des décisions de l'Autorité.

Si la Chambre de Commerce approuve dans leur principe ces nouvelles mesures n'étant pas directement reprises de la Directive (UE) 2019/1 mais visant à assurer l'effectivité des décisions prises par l'Autorité, elle avoue cependant s'interroger sur la compatibilité de l'éventuel cumul des sanctions de liquidation de l'astreinte et d'amende en cas de non-respect des mesures correctrices ordonnées par l'Autorité, avec les exigences du principe de proportionnalité des peines, voire du principe *ne bis in idem*. En effet, en pareille hypothèse, le non-respect des mesures correctrices ordonnées par l'Autorité serait ainsi sanctionné une fois par la liquidation du montant de l'astreinte, laquelle n'est d'ailleurs pas plafonnée par le présent projet de loi, et une seconde fois par une amende supplémentaire.

Finalement, concernant les mesures transitoires, la Chambre de Commerce avoue s'interroger quant aux effets de la nouvelle loi sur les procédures qui seraient encore en cours auprès de l'actuel Conseil de la concurrence au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La Chambre de Commerce regrette que ni l'exposé des motifs ni les commentaires d'articles n'expliquent comment la transition a été envisagée par les auteurs pour les procédures en cours.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous avis que sous la réserve expresse de la prise en considération de ses observations.

Appréciation du projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	0
Impact financier sur les entreprises	n.a.
Transposition de la directive	0
Simplification administrative	n.a.
Impact sur les finances publiques	n.d. ²
Développement durable	+

Légende:

- ++ très favorable
- + favorable
- 0 neutre
- défavorable
- très défavorable
- n.a. non applicable
- n.d. non disponible

*

² En l'absence de fiche financière annexée au présent projet de loi, la Chambre de Commerce se voit dans l'impossibilité d'évaluer les incidences financières de celui-ci.

CONTEXTE ET CONSIDERATIONS GENERALES

La Directive (UE) 2019/1, qui doit être transposée pour le 4 février 2021, vise à consolider et à renforcer les autorités nationales de concurrence, en harmonisant leurs pouvoirs, moyens d'intervention et règles de fonctionnement, ceci afin d'améliorer le fonctionnement du marché unique.

La Directive (UE) 2019/1 oblige ainsi chaque État membre à s'assurer que son autorité nationale de concurrence dispose de garanties d'indépendance, de ressources et de pouvoirs de coercition et de fixation d'amendes nécessaires à l'application effective des articles 101³ et 102⁴ du TFUE réprimant les ententes et abus de position dominante.

Sur le plan statutaire et organique, ceci implique notamment des obligations d'indépendance et d'impartialité pesant sur les membres des autorités nationales de concurrence. Les autorités nationales auront désormais le pouvoir de fixer leurs priorités afin de s'acquitter de leurs missions, et pourront rejeter les plaintes dont elles sont saisies au motif qu'elles ne les considèrent pas comme une priorité⁵. Les États membres devront veiller à ce que les autorités disposent d'un nombre suffisant de personnels qualifiés ainsi que de ressources financières, techniques et technologiques suffisantes⁶.

Les autorités devront également être autorisées à mener des enquêtes, et pourront émettre des avis sur les lois et décrets et favoriser la sensibilisation du public à la concurrence.

Enfin, sans préjudice des règles budgétaires nationales, les autorités devront pouvoir utiliser leur budget en toute indépendance.

Sur le plan des pouvoirs d'enquête, la Directive (UE) 2019/1 affirme le droit des autorités nationales à procéder à toutes inspections inopinées et à obtenir des entreprises les documents et informations nécessaires à leurs enquêtes⁷.

3 Article 101 TFUE : « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
 - b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
 - c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
 - d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
 - e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
 - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :
 - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

4 Article 102 TFUE : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

5 Article 4 de la Directive (UE) 2019/1

6 Article 5 de la Directive (UE) 2019/1

7 Articles 6 à 9 de la Directive (UE) 2019/1

Sur le plan des pouvoirs de décision des autorités nationales de concurrence, la Directive (UE) 2019/1 opère un renforcement considérable, en élargissant leur palette des moyens d'action. Chaque autorité qui constate une infraction devra ainsi pouvoir obliger les entreprises à mettre fin à l'infraction, et lui imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale (par exemple une modification contractuelle)⁸.

Les autorités nationales de concurrence devront encore pouvoir imposer des mesures provisoires d'urgence pour prévenir un préjudice grave et irréparable à la concurrence et ce même d'office, sans attendre d'être saisies. Les autorités pourront également accepter des engagements de la part des entreprises pour remédier à des préoccupations de concurrence, avec des pouvoirs effectifs pour les contrôler⁹.

La Directive (UE) 2019/1 souhaite encore renforcer la dissuasion de la politique de concurrence en imposant aux autorités nationales de concurrence de pouvoir infliger des amendes « *effectives, proportionnées et dissuasives* » aux entreprises ou associations d'entreprises lorsqu'elles sont en infraction au droit de la concurrence, ou lorsqu'elles ont fait obstruction à une inspection ou une enquête¹⁰.

Finalement, la Directive (UE) 2019/1 harmonise à l'échelle européenne les programmes de clémence offerts aux entreprises pour bénéficier d'une immunité d'amende lorsqu'elles divulguent leur participation à des ententes secrètes et renforce les outils d'assistance mutuelle et de coopération entre les autorités nationales, afin d'assurer l'effectivité des enquêtes et décisions prises sur tout le territoire de l'Union européenne.

La Directive (UE) 2019/1 implique par conséquent un travail de transposition important au niveau national, ce qui explique pourquoi le présent projet de loi entend procéder à une refonte complète de notre législation en matière de concurrence en abrogeant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après la « Loi du 23 octobre 2011 »).

Parallèlement à la transposition de la Directive (UE) 2019/1, le projet de loi sous avis profite de la présente refonte pour procéder à certaines autres modifications.

Toutefois, il convient de constater que les principes mêmes de notre droit de la concurrence, à savoir la consécration du principe de la liberté des prix et une compétence de l'autorité nationale de concurrence limitée aux ententes et abus de position dominante, demeurent identiques, le projet de loi sous avis se limitant à opérer des modifications d'ordre structurel et organisationnel au niveau de l'autorité nationale de concurrence, ainsi que des modifications d'ordre procédural ou au niveau des pouvoirs conférés à celle-ci.

I) Le changement de statut de l'autorité nationale de concurrence

Le présent projet de loi entend modifier le statut de l'autorité nationale de concurrence afin de faire passer celle-ci de celui d'autorité administrative indépendante à celui d'établissement public indépendant doté de la personnalité juridique et jouissant de l'autonomie financière et administrative.

Ce changement de statut s'explique par les exigences importantes de la Directive (UE) 2019/1 en matière d'indépendance des autorités nationales de concurrence, ce que la Chambre de Commerce approuve.

Il est à noter que ce changement de statut va de pair avec un changement de dénomination puisque l'actuel Conseil de la concurrence deviendra ainsi « l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg ».

Cette nouvelle Autorité sera composée de membres permanents, à savoir un président, un vice-président et quatre conseillers effectifs, ainsi que de membres suppléants, au nombre minimum de six, dont au moins un relèvera de la magistrature. Les membres permanents seront nommés par le Grand-Duc pour un terme renouvelable de sept ans, tandis que les membres suppléants seront choisis par le président de l'Autorité.

Concernant les compétences de cette Autorité, celles-ci demeurent quasiment identiques aux compétences actuelles du Conseil de la concurrence à savoir :

⁸ Article 10 de la Directive (UE) 2019/1

⁹ Article 12 de la Directive (UE) 2019/1

¹⁰ Articles 13 à 15 de la Directive (UE) 2019/1

- la mise en œuvre des articles 4 et 5 de la loi, ainsi que des articles 101 et 102 du TFUE et notamment :
 - (i) la recherche et la sanction des violations des articles 4 et 5 de la loi et des articles 101 et 102 du TFUE,
 - (ii) la réalisation d'enquêtes sectorielles ou par type d'accord ;
 - (iii) la rédaction d'avis, sur tout projet de texte législatif ou réglementaire ou toute autre mesure touchant à des questions de concurrence ;
 - (iv) l'établissement d'un rapport annuel de ses activités,
- le retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie en application de l'article 29, paragraphe 2 du règlement (CE) n° 1/2003 ;
- l'exécution des devoirs dévolus aux autorités de concurrence nationales par le règlement (CE) n° 1/2003 et par le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ;
- la représentation du Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau européen de la concurrence ;
- la sensibilisation du public en matière de concurrence,
- la conclusion d'accords de coopération bilatéraux ou multilatéraux avec toute entité, dont les entités publiques relevant de l'administration de l'Etat, respectivement les autorités de régulation, en vue de garantir l'application effective des règles de concurrence nationales et européennes.

L'Autorité se voit également investie par le présent projet de loi d'un pouvoir réglementaire sur base de règlements pris par les membres permanents du Collège réunis au complet dans les cas prévus par la loi, ceci afin de lui permettre notamment de régler par le biais de son règlement intérieur certaines questions de procédure.

Enfin, la Chambre de Commerce relève qu'aux termes de l'exposé des motifs et des commentaires d'articles du projet de loi sous avis, le nouveau statut de l'Autorité ainsi que les pouvoirs supplémentaires qui en découlent, impliqueront un nécessaire renforcement des ressources humaines de l'Autorité. La Chambre de Commerce regrette dès lors de ne pas disposer d'une fiche financière indiquant les prévisions en matière de recrutement ainsi que leur incidence en matière budgétaire pour l'Etat, qui à défaut de ressources financières propres pour l'Autorité, devra financer intégralement le fonctionnement de ce nouvel établissement public.

II) Des pouvoirs d'instruction renforcés pour l'Autorité

La Directive (UE) 2019/1¹¹ prévoit que les autorités nationales de concurrence doivent être dotées d'un minimum de pouvoirs en matière d'inspection de locaux.

La Chambre de Commerce constate que ces pouvoirs d'inspection, d'ores et déjà présents dans la Loi du 23 octobre 2011, se trouvent élargis par le présent projet de loi au-delà des exigences de la Directive (UE) 2019/1.

Il résulte en effet de l'exposé des motifs que les articles 25 à 27 du projet de loi sont inspirés des pouvoirs conférés à l'autorité française de la concurrence en matière d'enquête.

Le projet de loi distingue ainsi clairement entre :

- (i) les pouvoirs d'enquête « simples » permettant un accès aux locaux des entreprises, le droit d'obtenir la communication de documents professionnels, le droit de prendre copie de ces documents et le droit d'obtenir sur convocation ou sur place tout renseignement ou document nécessaire au contrôle, et
- (ii) les pouvoirs d'enquête sur autorisation judiciaire du juge d'instruction permettant notamment la pose de scellés, la fouille de locaux, la saisie de documents, de supports d'information dans les locaux professionnels ou privés.

Ainsi, la Chambre de Commerce comprend que les pouvoirs des agents de l'Autorité dans le cadre des enquêtes « simples » seront limités à la possibilité de demander communication de documents et le cas échéant d'en obtenir copie, sans toutefois pouvoir procéder à des fouilles ou des saisies.

¹¹ Articles 6 et 7 de la Directive (UE) 2019/1

La Chambre de Commerce se doit de faire état ici de certaines inquiétudes quant au libellé des articles 25 à 27 du projet de loi sous avis.

S'il n'est pas dans l'intention de la Chambre de Commerce de revenir sur le débat ayant précédé le cumul par la Loi du 23 octobre 2011 des fonctions d'instruction et de jugement au sein d'une même autorité¹², elle estime néanmoins indispensable de garder ces discussions à l'esprit afin d'attacher une attention toute particulière aux principes de sécurité juridique et de respect des droits de la défense dans le cadre des procédures d'instruction menées par l'Autorité.

A) Concernant les enquêtes « simples »

L'article 25 du projet de loi définit le déroulement des opérations de « contrôle » ou « enquêtes simples ».

La Chambre de Commerce déplore que cet article fasse fi de certains garde-fous jusqu'alors présents dans la Loi du 23 octobre 2011.

Ainsi, alors que l'actuel article 16 paragraphe 2 de la Loi du 23 octobre 2011 précise que « *Ils (les enquêteurs) devront en tout état de cause présenter au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant la décision du conseiller désigné ordonnant l'inspection. Cette décision doit contenir, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but* », le présent projet de loi ne contient aucune disposition analogue.

La Chambre de Commerce regrette vivement que ces exigences (i) d'une décision préalable du conseiller instructeur et (ii) de la présentation de cette décision lors du contrôle, n'aient pas été reprises à l'article 25 du projet de loi.

La Chambre de Commerce estime en effet que l'exigence d'une décision formelle du conseiller instructeur ordonnant le contrôle est une garantie indispensable contre les contrôles arbitraires. En outre, cette exigence s'avère fondamentale afin de permettre à l'entité contrôlée de pouvoir contester ultérieurement le contrôle opéré.

De même, il convient de rappeler que dans un souci de respect des droits de la défense, et notamment du droit pour toute personne de connaître les motifs de son incrimination¹³, il est indispensable de faire connaître à l'entité contrôlée les raisons de son contrôle.

Il s'avère par conséquent essentiel pour la Chambre de Commerce de maintenir l'obligation pour les enquêteurs de présenter au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant la décision ordonnant l'inspection.

B) Concernant les enquêtes sur autorisation judiciaire

Les articles 26 et 27 du projet de loi règlent le déroulement des « opérations d'inspections » ou « enquêtes sur autorisation judiciaire ». Ces opérations seront réalisées sur autorisation délivrée au conseiller instructeur par une ordonnance du juge d'instruction.

Sur base de cette autorisation, le conseiller instructeur pourra :

- « *accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;*
- *contrôler les livres ainsi que service des impôts des entreprises (SIE) (sic) tout autre document liés à l'activité de l'entreprise, quel qu'en soit le support, et accéder à toutes les informations auxquelles a accès l'entité faisant l'objet de l'inspection ;*
- *prendre ou obtenir, sous quelque forme que ce soit, copie ou extrait de ces livres ou documents et, s'ils le jugent opportun, poursuivre ces recherches d'informations et la sélection des copies ou extraits dans les locaux de l'Autorité ou dans tous autres locaux désignés ;*

¹² Cf. avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers du 25 septembre 2008 relatif au projet de loi n°5816 portant réforme de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

¹³ Article 6 Convention européenne des droits de l'Homme : « *Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;* »

- *apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l’inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci,*
- *demander à tout représentant ou membre du personnel de l’entreprise ou association d’entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l’objet et le but de l’inspection et enregistrer ses réponses,*
- *obtenir l’assistance nécessaire de la force publique ou d’une autorité disposant d’un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d’exécuter leur mission. Cette assistance peut également être demandée à titre préventif. »*

Si la Directive (UE) 2019/1¹⁴ impose aux Etats membres de conférer les pouvoirs d’enquête énumérés ci-dessus à leur autorité nationale de concurrence, elle laisse cependant libre court quant à l’encadrement de ces pouvoirs au niveau national, notamment par le biais d’une autorisation judiciaire préalable nécessaire.

Si la Chambre de Commerce salue le fait que ces pouvoirs renforcés d’inspection et de saisie soient encadrés par le biais d’une autorisation judiciaire préalable, comme actuellement prévu à l’article 16 de la Loi du 23 octobre 2011, elle déplore à nouveau l’affaiblissement des garanties accordées aux entreprises objet de ces inspections et saisies par le présent projet de loi.

En effet, la Chambre de Commerce relève que dans le cadre de l’article 26 du projet de loi « *l’examen auquel procèdera le juge dans le cadre des inspections porte uniquement sur le caractère justifié et proportionné du recours à la force, au regard de la gravité des faits soupçonnés, à l’exclusion du caractère justifié ou proportionné de la mesure d’enquête elle-même* »¹⁵.

Ainsi, alors que l’article 16 de la Loi du 23 octobre 2011 prévoyait que la requête devait être « *motivée de façon circonstanciée par rapport aux indices permettant de soupçonner l’existence de pratiques prohibées, à la gravité de la pratique ou du dysfonctionnement soupçonnés et au rôle ou à l’implication éventuels des entreprises ou associations d’entreprises concernées, et que l’autorisation devait être refusée si la mesure n’était pas justifiée ou proportionnée par rapport au but recherché par l’inspection* », le présent projet de loi entend désormais exclure tout contrôle de fond quant aux mesures sollicitées par l’Autorité, ce que la Chambre de Commerce ne peut accepter.

La Chambre de Commerce relève d’ailleurs qu’il est regrettable que les auteurs, qui semblent s’être inspirés des dispositions du Code de commerce français pour la majorité des dispositions du présent projet de loi, n’aient pas jugé utile de reprendre la disposition de l’article L450-4 dudit code prévoyant que « *le juge doit vérifier que la demande d’autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d’information en possession du demandeur de nature à justifier la visite* ».

Afin de préserver les droits des entreprises susceptibles d’être affectées par des opérations d’inspection et de saisies intempestives et injustifiées, la Chambre de Commerce insiste par conséquent fermement pour que l’intervention du juge d’instruction dans le cadre de l’autorisation des mesures d’inspection ou de saisies ne soit pas purement formelle mais que celui-ci apprécie au contraire le bien fondé et le caractère proportionné de la demande émanant de l’Autorité sur base des éléments en sa possession. Aussi, la demande émanant de l’Autorité devrait être motivée.

De plus, la Chambre de Commerce regrette encore que le présent projet de loi ne prévoit pas l’obligation de notification de l’ordonnance du juge d’instruction à l’entreprise. Compte tenu du caractère coercitif des pouvoirs conférés au conseiller instructeur, il s’avère essentiel que cette ordonnance soit notifiée, tel que le prévoit d’ailleurs l’article L450-3 du Code de commerce français : « *L’ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l’occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. L’ordonnance comporte la mention de la faculté pour l’occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil de son choix.* »

De même, le présent projet de loi s’avère malheureusement muet quant à un possible recours à l’encontre de l’ordonnance du juge d’instruction. S’agissant d’une ordonnance d’un juge d’instruction,

¹⁴ Article 6 de la Directive (UE) 2019/1

¹⁵ Commentaires de l’article 26 du projet de loi sous avis

celle-ci doit pouvoir, selon la Chambre de Commerce, faire l'objet d'un appel devant la chambre du conseil de la Cour d'appel tel que prévu à l'article 133 du Code de procédure pénale.

Il y a lieu de relever que c'est cette approche qui a aussi été adoptée par le législateur français¹⁶ ainsi que celle qui avait été retenue à l'article 16 paragraphe 5 de la Loi du 23 octobre 2011¹⁷. Dans la mesure où une telle ordonnance est susceptible de porter atteinte aux droits des entreprises concernées, et notamment à leur droit de propriété en cas de saisie, la Chambre de Commerce ne peut imaginer que la volonté des auteurs du présent projet de loi ait été de ne pas permettre l'exercice d'un recours à l'encontre de l'ordonnance du juge d'instruction.

La Chambre de Commerce souhaite par conséquent qu'il soit précisé à l'article 26 du projet de loi que l'ordonnance du juge d'instruction autorisant les opérations d'inspection et de saisie est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction en matière pénale.

III) Introduction du principe d'opportunité des poursuites

Comme actuellement, le projet de loi sous avis prévoit que la saisine de l'Autorité pourra se faire de sa propre initiative ou suite à la plainte de toute personne physique ou morale de droit privé.

L'une des innovations du présent projet de loi consiste en l'introduction du principe d'opportunité des poursuites, selon lequel l'Autorité *pourra « rejeter une plainte au motif qu'elle ne la considère pas comme une priorité¹⁸ »*. Si cette mesure constitue une transposition de l'article 4 paragraphe 5 de la Directive (UE) 2019/1, la Chambre de Commerce avoue que l'introduction de ce principe suscite certaines interrogations dans son chef.

En effet, si le principe d'opportunité des poursuites est un principe bien connu en droit pénal, il convient ici de rappeler qu'afin de ne pas préjudicier trop grandement aux intérêts des victimes, ce principe est généralement contrebalancé en matière pénale par la faculté offerte aux victimes de contraindre le juge d'instruction à se saisir de l'affaire par le biais d'une plainte avec constitution de partie civile et par la faculté d'engager directement des poursuites par voie de citation directe en matière correctionnelle.

Or, une telle possibilité n'existant pas en matière d'infractions aux articles 4 et 5 de la nouvelle loi, la Chambre de Commerce redoute que cette prérogative ne soulève des questions d'accès à la justice pour les victimes d'infractions au droit de la concurrence.

Il convient en effet de relever qu'en l'absence de décision de l'Autorité constatant une entente ou un abus de position dominante, il sera très difficile, voire impossible, pour une victime d'une telle pratique souhaitant obtenir indemnisation de son préjudice, d'obtenir gain de cause devant les juridictions ordinaires. Une telle situation serait par conséquent contraire à la volonté de la Directive 2014/104/UE¹⁹ et de la loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence la transposant, de faciliter les actions en réparation résultant d'une pratique anticoncurrentielle.

Dans un souci de transparence et de sécurité juridique, la Chambre de Commerce est par conséquent d'avis qu'un pouvoir totalement discrétionnaire d'opportunité des poursuites n'est pas souhaitable et qu'il convient au contraire de fixer un certain cadre à l'exercice de ce pouvoir.

16 Article L450-3 du Code de commerce français : « L'ordonnance mentionnée au premier alinéa peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure, suivant les règles prévues par le code de procédure pénale. Le ministère public et la personne à l'encontre de laquelle a été ordonnée cette mesure peuvent interjeter appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe du tribunal de grande instance dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance. L'appel n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale ».

17 « 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 »

18 Article 23 paragraphe 5 du projet de loi

19 Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les violations aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne

Ainsi, elle estime que l'exemple du Royaume-Uni²⁰, où les critères de « priorisation » retenus par la « Competition and Markets Authority » font l'objet chaque année d'une large consultation publique avant d'être adoptés et publiés, permettant ainsi à l'Autorité de la concurrence de ne rejeter des saisines que lorsqu'il est clair qu'elles ne rentrent pas dans les priorités publiées, pourrait être une source d'inspiration utile. Il est d'ailleurs à noter que cette proposition permettant d'atténuer les effets négatifs de l'introduction du principe d'opportunité des poursuites figurait également dans le « Rapport pour une réforme du droit de la concurrence » publié par le Club des Juristes français en janvier 2018²¹.

Une telle disposition présenterait également aux yeux de la Chambre de Commerce l'avantage de simplifier les éventuels recours administratifs qui pourraient être introduits à l'encontre d'une décision de l'Autorité rejetant une plainte au motif que celle-ci ne constituerait pas une priorité.

En tout état de cause, la Chambre de Commerce est d'avis que ce pouvoir de rejeter une plainte au motif qu'elle ne constituerait pas une priorité devrait être utilisé avec la plus grande précaution par la nouvelle Autorité.

IV) Introduction de la pratique de la transaction

Le projet de loi sous avis innove également en introduisant la procédure de transaction auprès de l'Autorité. Il est à noter qu'il s'agit ici d'une disposition autonome par rapport à la Directive (UE) 2019/1 qui n'exige aucunement la mise en place d'une telle procédure.

Cette procédure de transaction, connue dans les pays voisins et au niveau de la Commission européenne, n'existait pas au Luxembourg. Le présent projet de loi entend ainsi instaurer la possibilité pour l'Autorité de proposer aux entreprises concernées par une instruction de transiger.

Concrètement, durant la phase d'instruction, le conseiller pourra fixer un délai aux entreprises concernées pour indiquer si elles sont disposées à mener des discussions en vue de parvenir à une transaction. Dans l'affirmative, le conseiller leur communiquera les griefs sur lesquels il croit pouvoir s'appuyer et des discussions en vue d'une transaction s'engageront.

En cas d'aboutissement des discussions, le conseiller rédigera une proposition de transaction et fixera un délai aux entreprises concernées pour déposer une déclaration de transaction auprès de l'Autorité. La déclaration de transaction devra contenir une reconnaissance de participation à la violation et la responsabilité qui en découle, ainsi que le montant de l'amende envisagée.

La formation collégiale à trois de l'Autorité prendra ensuite une décision de transaction prenant acte des déclarations de transaction et clôturera la procédure. Cette décision constatera la violation et l'amende et ne sera pas susceptible de recours. Il est à noter que dans le cadre du calcul du montant de l'amende, le projet de loi prévoit une réduction pouvant aller jusqu'à 30%.

La procédure de transaction ainsi mise en place sera applicable à toutes les pratiques anticoncurrentielles, et ce, contrairement à la procédure devant la Commission européenne qui n'est applicable qu'aux seules ententes horizontales. La Chambre de Commerce approuve cet élargissement du champ d'application de la procédure de transaction.

Il est indéniable que sur le papier, l'instauration d'une procédure de transaction présente certains avantages : le recours à la procédure de transaction permet à l'entreprise mise en cause de conclure la procédure plus rapidement, de réaliser des gains procéduraux, et lui apporte une prévisibilité renforcée sur la sanction encourue. Du point de vue de l'Autorité, le recours à la procédure de transaction présente également des avantages alors qu'il pourrait permettre d'obtenir un gain procédural au regard de l'utilisation de l'ensemble de ses ressources et de ses moyens. En outre, la transaction est de nature à faciliter l'adoption de décisions dans des délais réduits par rapport à ceux de la procédure de droit commun, et permet des gains sur les moyens consacrés aux éventuels recours contentieux.

Toutefois, malgré ces avantages, la Chambre de Commerce émet certaines réserves quant à l'attractivité de cette nouvelle procédure pour les entreprises eu égard aux particularités nationales. En effet, pour que la procédure de transaction se présente comme une alternative intéressante pour l'entreprise concernée par une procédure d'instruction il faut, et ce d'autant plus que la procédure de transaction

²⁰ Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, Schedule 4, paragraph 13(2)

²¹ « Rapport pour une réforme du droit de la concurrence », le Club des Juristes français en janvier 2018, Proposition n°42 : « Tout en maintenant pour l'Autorité l'obligation d'adopter une décision formelle sur toute saisine émanant d'une entreprise, élargir les motifs de rejet de plainte, adoptés et publiés après avoir fait l'objet d'une consultation publique. »

doit être engagée à un stade très précoce de la procédure, un certain degré de prévisibilité, ne pouvant être atteint que par des lignes directrices, respectivement par une jurisprudence en droit de la concurrence bien établie.

Pour l'entreprise qui envisage de s'engager dans une procédure de transaction, il est donc indispensable de pouvoir anticiper, avec un degré de certitude suffisant, (i) si le comportement qui lui est reproché est constitutif d'une violation des règles de concurrence, et (ii) le montant de la sanction auquel elle s'expose si elle se retrouve devant l'Autorité. Cela implique à la fois de pouvoir apprécier le montant de la réduction qui lui sera accordée en cas de transaction, mais surtout de pouvoir anticiper le montant de la sanction elle-même.

Considérant que pour l'année 2018, le Conseil de la concurrence a rendu 12 décisions, dont une retenant l'existence d'une infraction²², laquelle n'a pas donné lieu à la condamnation à une amende des entreprises concernées., le degré de prévisibilité des décisions de l'Autorité, indispensable pour assurer le succès d'une procédure de transaction apparaît, aux yeux de la Chambre de Commerce, à parfaire. **Elle s'attend ainsi à ce que l'Autorité développe à l'avenir des lignes directrices ou d'autres sources de guidance pouvant aider les entreprises dans ce sens, à défaut de quoi, la Chambre de Commerce est d'avis que cette nouvelle procédure de transaction ne présentera que peu d'attrait pour les entreprises concernées.**

La Chambre de Commerce avoue également s'interroger sur l'applicabilité de cette procédure en présence de plusieurs entreprises soupçonnées de pratique anticoncurrentielle dont certaines souhaiteraient transiger et d'autres non.

En effet se pose la question de savoir comment, en cas de reconnaissance de responsabilité de toutes les entreprises à une même infraction, les entreprises ayant transigé pourraient être condamnées pour les mêmes faits à une amende inférieure à celles n'ayant pas transigé.

De même, la question se pose de connaître l'influence éventuelle de la déclaration de responsabilité opérée par les entreprises acceptant de transiger sur l'issue de la procédure engagée à l'encontre des entreprises n'ayant pas transigé, ou bien encore de l'effet éventuel d'une décision de l'Autorité ne retenant pas d'infraction dans le chef des entreprises n'ayant pas transigé sur la reconnaissance de violation des entreprises ayant transigé...

La Chambre de Commerce relève à ce titre que l'Autorité française de la concurrence a dans un communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction expressément précisé que « *l'Autorité entend donc, de façon générale, privilégier la mise en œuvre de la procédure de transaction dans les affaires dans lesquelles l'ensemble des parties renoncent à contester les griefs et sollicitent le recours à une telle procédure*²³ ». **La Chambre de Commerce est d'avis que l'Autorité devrait également adopter cette ligne de conduite.**

Finalement, la Chambre de Commerce se demande également si la réduction de l'amende accordée dans le cadre de la transaction pourra éventuellement se cumuler avec les réductions accordées au titre du programme de clémence²⁴. Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce estime qu'il serait utile de préciser clairement dans le projet de loi si ce cumul de réductions sera possible.

V) Les décisions de classement après instruction

L'article 47 du projet de loi sous avis concerne l'hypothèse d'une décision de l'Autorité statuant en formation collégiale, de classer une l'affaire suite à une instruction.

Il s'agit de la légalisation d'une pratique mise en œuvre jusqu'à présent par le Conseil de la concurrence. Toutefois, la décision de classement n'étant pas expressément prévue par la législation actuelle, cette nouvelle disposition vient combler cette lacune, ce que la Chambre de Commerce approuve.

Il est également à noter que le paragraphe 2 de l'article 47 du projet de loi introduit la faculté pour l'Autorité de décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas certains seuils, fixés selon les développements de la Communication de la Commission européenne concernant les

²² Rapport annuel 2018 du Conseil de la concurrence

²³ Voir communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, Autorité française de la concurrence, paragraphe 19.

²⁴ Voir section 2 du projet de loi sous avis

accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE²⁵ (communication de minimis) 2014/C 291/01.

Ainsi, l'Autorité pourra également décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépassera pas soit :

- 10 pourcent sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;
- 15 pourcent sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause.

Cette innovation instituant un seuil de sensibilité, directement inspirée de l'article L.464-6-1 du Code de commerce français, constitue une mesure d'appréciation louable accordée à l'Autorité, autorisant celle-ci à ne pas poursuivre une pratique anticoncurrentielle n'ayant qu'une influence limitée sur un marché déterminé.

VI) De nouvelles sanctions en cas de non-respect d'une décision de l'Autorité

Afin de garantir une meilleure application des règles de concurrence, l'article 62 du projet de loi sous avis introduit deux sanctions supplémentaires liées à l'exécution des décisions de l'Autorité.

D'une part, une sanction en cas de non-respect d'une décision imposant des mesures correctrices est introduite. Sous l'empire de la législation actuelle, si l'entreprise concernée met en œuvre de manière tardive des mesures correctrices dont le non-respect est assorti d'une astreinte, le Conseil de la concurrence peut sanctionner pécuniairement ce retard en liquidant l'astreinte. Toutefois, la loi est silencieuse quant à la violation subséquente des mesures correctrices par l'entreprise. L'Autorité, après avoir constaté le non-respect de sa décision au fond imposant des mesures correctrices, pourra dorénavant non seulement statuer sur l'astreinte, dont le montant n'est par ailleurs pas plafonné par le projet de loi sous avis, mais également infliger une amende supplémentaire se chiffrant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires total réalisé au cours du dernier exercice social pour non-respect de la décision.

D'autre part, cet article prévoit également la possibilité pour l'Autorité d'infliger une amende en cas de non-respect d'engagements pris par l'entreprise concernée et rendus contraignants par une décision de l'Autorité sur base de l'article 60 du projet de loi.

Si la Chambre de Commerce approuve dans leur principe ces nouvelles mesures n'étant pas directement reprises de la Directive (UE) 2019/1 mais visant à assurer l'effectivité des décisions prises par l'Autorité, elle avoue cependant s'interroger sur la compatibilité de l'éventuel cumul des sanctions de liquidation de l'astreinte et d'amende en cas de non-respect des mesures correctrices ordonnées, avec les exigences du principe de proportionnalité des peines, voire du principe *ne bis in idem*.

VII) La question de l'effet de la nouvelle loi sur les procédures en cours

L'article 80 du projet de loi sous avis concerne les dispositions transitoires. Celui-ci se limite ainsi à prévoir que la durée du mandat des membres permanents et des membres suppléants, nommés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, sera calculée à partir de la date de nomination de leur mandat en cours lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ces mandats garderont leur validité et vaudront nomination à l'Autorité. De même, les agents de l'État affectés ou détachés auprès du Conseil de la concurrence au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont repris dans le cadre du personnel de l'Autorité.

²⁵ Communication 2014/C 291/01 de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

En outre l'article 81 du projet de loi abroge sans aucune autre précision la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, l'article 83 prévoyant quant à lui une entrée en vigueur de la nouvelle loi le premier jour du quatrième mois suivant sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

La Chambre de Commerce avoue s'interroger quant aux effets de la nouvelle loi sur les procédures qui seraient encore en cours auprès de l'actuel Conseil de la concurrence au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La Chambre de Commerce regrette que ni l'exposé des motifs ni les commentaires d'articles n'expliquent comment la transition a été envisagée par les auteurs pour les procédures en cours.

La Chambre de Commerce attire en effet l'attention des auteurs sur le fait que le présent projet de loi contient tant des nouvelles dispositions d'ordre procédural, que des dispositions prévoyant de nouvelles sanctions pouvant être prononcées par l'Autorité, telles que, par exemple, celles évoquées au point VI) du présent avis.

Or, s'il est de principe que les nouvelles lois de procédure et de compétence sont immédiatement applicables aux instances en cours et aux affaires traitées par l'administration ou les juridictions²⁶, il est également de principe que les textes représsifs ne peuvent avoir un effet rétroactif, sauf hypothèse de peine plus douce prévue dans la nouvelle législation²⁷.

Ainsi, dans la mesure où le présent projet de loi prévoit un certain nombre de nouvelles sanctions, la Chambre de Commerce aurait souhaité savoir comment les auteurs avaient envisagé cette période de transition et, dans un souci de sécurité juridique, aurait apprécié qu'il soit clairement indiqué dans le texte de loi même que les nouvelles sanctions prévues au projet de loi ne pourront s'appliquer qu'aux procédures débutant et aux infractions commises à compter de l'entrée en vigueur de la future loi.

*

COMMENTAIRES DES ARTICLES

Concernant l'article 26 du projet de loi

La Chambre de Commerce relève une erreur matérielle à l'article 26 du projet de loi. Elle attire en effet l'attention des auteurs sur le fait que le « service des impôts des entreprises » auquel il est fait référence n'existe pas au Grand-Duché de Luxembourg, et suggère par conséquent de modifier le libellé de l'article 26 comme suit : « (1) Sur autorisation délivrée au conseiller instructeur par ordonnance du juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, le conseiller peut procéder à des inspections inopinées envers les entreprises et associations d'entreprises et y exercer, assisté par un ou plusieurs enquêteurs, les pouvoirs suivants :

- « accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;
- contrôler les livres ainsi que ~~service des impôts des entreprises (SIE)~~ tout autre document liés à l'activité de l'entreprise, quel qu'en soit le support, et accéder à toutes les informations auxquelles a accès l'entité faisant l'objet de l'inspection ;
- prendre ou obtenir, sous quelque forme que ce soit, copie ou extrait de ces livres ou documents et, s'ils le jugent opportun, poursuivre ces recherches d'informations et la sélection des copies ou extraits dans les locaux de l'Autorité ou dans tous autres locaux désignés ;
- apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci,
- demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses,

²⁶ « En l'absence de dispositions transitoires, les nouvelles lois de procédure et de compétence sont immédiatement applicables aux instances en cours et aux affaires traitées par l'administration ou les juridictions. Par conséquent, les dispositions modifiant une procédure administrative et désignant les autorités compétentes sont applicables aux procédures pendantes », Marc Besch, "Normes et légistique en droit public luxembourgeois", n°785.

²⁷ Déduit par la jurisprudence du principe de la légalité des peines prévu à l'article 14 de la Constitution, Cour Constitutionnelle, Arrêt 12/02 du 22 mars 2002.

- *obtenir l'assistance nécessaire de la force publique ou d'une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d'exécuter leur mission. Cette assistance peut également être demandée à titre préventif.* »

Concernant l'article 32 du projet de loi

L'article 32 du projet de loi sous avis prévoit que dans le cadre des mesures d'enquête effectuées par les agents de l'Autorité, un procès-verbal sera dressé, faisant foi jusqu'à preuve du contraire.

Ce libellé diffère de l'actuel libellé de l'article 16 paragraphe 9 de la Loi du 23 octobre 2011 qui prévoit que « *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 laissé copie du procès-verbal* ».

La Chambre de Commerce se demande pourquoi le libellé de 16 paragraphe 9 de la Loi du 23 octobre 2011 n'a pas été repris à l'article 32 du projet de loi, lequel s'avère *in fine* imprécis, ne mentionnant plus ni la nécessité pour l'entreprise concernée de signer le procès-verbal, ni la nécessité de lui en communiquer une copie.

Dans un souci de sécurité juridique et de respect des droits de la défense, la Chambre de Commerce propose que le libellé de l'article 16 paragraphe 9 de la Loi du 23 octobre 2011 soit repris à l'article 32 du projet de loi.

Concernant l'article 36 du projet de loi

L'article 35 du projet de loi règle la question très importante du traitement confidentiel de certaines informations, de documents ou parties de documents.

Aux termes de cet article, l'entreprise ou toute personne concernée pourront revendiquer auprès du conseiller instructeur le caractère confidentiel d'une information ou d'un document. Cette demande devra être formulée par écrit et être spécialement motivée.

L'article 36 du projet de loi précise quant à lui que « *s'il refuse de faire droit à cette demande totalement ou partiellement, sa décision est notifiée au demandeur en traitement confidentiel par lettre recommandée avec accusé de réception* ».

La Chambre de Commerce s'interroge quant au respect des droits des parties alors que le projet de texte ne précise pas (i) si la décision du conseiller instructeur devra être motivée, et (ii) si cette décision sera susceptible de recours.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il est indispensable qu'un recours soit possible à l'encontre d'une décision de refus d'octroi du caractère confidentiel et que les informations relatives à ce recours figurent dans la décision notifiée.

Il convient d'ailleurs à cet effet de noter que l'actuel article 26 paragraphe 4 de la Loi du 23 octobre 2011 précise quant à lui que « *la décision du conseiller désigné refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises ou les personnes intéressées est notifiée à celles-ci par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant les délais et voies de recours ouverts contre la décision. Cette décision peut accorder des droits d'accès différents en fonction de la situation des personnes concernées.* »

Cette mesure avait notamment été ajoutée sur base des commentaires du Conseil d'Etat dans son avis du 19 août 2010 qui précisait qu' : « *Un amendement parlementaire propose d'accorder à l'endroit du paragraphe 3 au conseiller désigné compétence pour décider, sur demande de l'entreprise, de la confidentialité de certaines pièces. Ceci donne un sens à la diversification des rôles d'enquête et de jugement. Comme la décision du conseiller désigné peut causer préjudice à l'entreprise concernée, il ne suffit pas de notifier la décision à l'entreprise, il faut organiser aussi une procédure pour qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la légalité et la justification de la décision dans le cadre d'une procédure qui ne révèle pas le contenu de la pièce concernée. Le recours ordinaire devant le tribunal administratif ne semble pas suffisant au Conseil d'Etat, car la juridiction devra pouvoir contrôler le fond de l'affaire et réformer la décision, le cas échéant. Le Conseil d'Etat propose que ce soit le tribunal administratif siégeant en chambre du conseil comme juge de réformation qui soit chargé du recours avec la précision que seuls l'entreprise et le délégué du Gouvernement ainsi que l'avocat du Conseil, le cas échéant, peuvent avoir droit d'accès.* »

La Chambre de Commerce insiste par conséquent pour voir compléter le libellé de l'article 36 du projet de loi à cet effet par l'introduction d'un recours en réformation à l'encontre d'une décision refusant le caractère confidentiel d'un document ou d'une information.

Concernant l'article 44 du projet de loi

L'article 44 du projet de loi sous avis régit les conditions d'octroi de mesures provisoires.

L'Autorité se verra en effet également dotée aux termes du projet de loi de moyens renforcés en matière de mesures provisoires.

Ainsi, ce sera désormais la formation collégiale réunie à trois, et non plus le Président comme jusqu'alors, qui à la demande de toute partie concernée ou du conseiller instructeur, pourra ordonner les mesures provisoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures seront proportionnées à la situation constatée et ne pourront intervenir qu'en cas d'urgence due au risque de préjudice sérieux et irréparable à l'ordre public économique, à l'économie du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou en cas de plainte, au plaignant, sur la base d'une constatation *prima facie* d'une violation de l'article 4 ou 5 de la loi et de l'article 101 ou de l'article 102 du TFUE.

La Chambre de Commerce constate sur ce point que le présent projet de loi va au-delà des exigences de l'article 11 de la Directive (UE) 2019/1, qui ne prévoit le prononcé de mesures provisoires qu'en cas « *d'urgence justifiée par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence* ».

La Chambre de Commerce rappelle à cet égard qu'elle est attachée au principe « *toute la directive, rien que la directive* » en matière de transposition de directives afin d'assurer une cohérence et une harmonisation entre les législations des Etats membres, de sorte qu'il convient d'éviter pour le législateur national d'aller au-delà des exigences des directives.

Concernant l'article 58 du projet de loi

La Chambre de Commerce relève deux erreurs matérielles à l'article 58 paragraphe 3 du projet de loi. Elle suggère par conséquent que celui-ci soit modifié comme suit : « (3) *Lorsque l'Autorité reçoit une demande sommaire, elle vérifie si elle a déjà une reçu ~~une~~ demande sommaire ou complète provenant d'un autre demandeur concernant la même entente présumée au moment de la réception desdites demandes. Si l'Autorité n'a pas reçu une telle demande d'un autre demandeur et qu'elle estime que la demande sommaire répond aux exigences du paragraphe 2, elle en informe le demandeur en conséquence.* »

Concernant l'article 65 du projet de loi

L'article 65 du projet de loi dispose qu'« *un recours de pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions finales de l'Autorité prises en application de la loi* ».

La Chambre de Commerce relève que le terme de « décision finale de l'Autorité » n'est aucunement défini par le présent projet de loi. Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il conviendrait de remplacer le terme « décision finale » par le terme « décisions de l'Autorité prises en formation collégiale ».

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de loi sous avis que sous la réserve expresse de la prise en considération de ses observations.

