



---

CHAMBRE DES DÉPUTÉS  
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

# Dossier consolidé

Projet de loi 5229

Projet de loi relative à la concurrence

Date de dépôt : 31-10-2003

Date de l'avis du Conseil d'État : 20-04-2004

## Liste des documents

<b>Date</b>	<b>Description</b>	<b>Nom du document</b>	<b>Page</b>
31-10-2003	Déposé	5229/00	<u>3</u>
31-12-2003	Amendements gouvernementaux (31.12.2003)	5229/01	<u>55</u>
22-01-2004	Avis de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs (22.1.2004)	5229/04	<u>58</u>
29-01-2004	Avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers (29.1.2004)	5229/02	<u>65</u>
12-02-2004	Amendement gouvernemental	5229/03	<u>76</u>
16-03-2004	Avis du Conseil d'Etat (16.3.2004)	5229/05	<u>79</u>
23-03-2004	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports	5229/06	<u>102</u>
20-04-2004	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (20.4.2004)	5229/07	<u>130</u>
27-04-2004	Rapport de commission(s) : Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports Rapporteur(s) :	5229/08	<u>138</u>
11-05-2004	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (11-05-2004) Evacué par dispense du second vote (11-05-2004)	5229/09	<u>163</u>
31-12-2004	Publié au Mémorial A n°76 en page 1112	5229	<u>166</u>

5229/00

N° 5229

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

*(Dépôt: le 31.10.2003)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (23.10.2003) .....	1
2) Texte du projet de loi .....	2
3) Commentaire des articles .....	14
4) Exposé des motifs.....	26

\*

**ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT**

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de l'Economie et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

*Article unique.*— Notre Ministre de l'Economie est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relative à la concurrence.

Palais de Luxembourg, le 23 octobre 2003

*Le Ministre de l'Economie,*  
Henri GRETHEN

HENRI

\*

## TEXTE DU PROJET DE LOI

### **Art. 1. *Champ d'application***

A défaut de dispositions législatives contraires, la présente loi est applicable à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestation de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

### **Chapitre I – *De la concurrence sur le marché***

#### **Art. 2. *Liberté des prix***

Les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure de l'offre ou de la demande, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions législatives ou réglementaires impératives, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits ou services concernés.

Dans le cas d'un dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs d'activités déterminés consécutif à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles ou à une situation anormale du marché, des règlements grand-ducaux peuvent arrêter des mesures temporaires contre les hausses ou les baisses de prix excessives. Ces règlements grand-ducaux précisent la durée de validité des mesures prises qui ne peut excéder six mois.

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut, dans le secteur des produits pétroliers, conclure des contrats de programme avec des entreprises du secteur comportant des engagements relatifs au niveau des prix maxima. Les contrats sont conclus pour une durée indéterminée. A défaut de conclusion de contrats de programme, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut fixer des prix maxima. Les entreprises ne peuvent pas dépasser les prix maxima.

Les infractions aux règlements pris en application des alinéas 2 ou 3 du présent article sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

#### **Art. 3. *Interdiction des ententes***

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à :

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- 4) 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;
- 5) 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.

#### **Art. 4. *Nullité de plein droit des ententes et exemptions***

(1) Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de l'article 3 sont nuls de plein droit.

(2) Toutefois, les dispositions de l'article 3 et du paragraphe 1er du présent article ne s'appliquent pas aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées qui :

- 1) résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;
- 2) 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.

**Art. 5. Interdiction des abus de position dominante**

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- 3) 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;
- 4) 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.

**Chapitre II – Du Conseil indépendant de la concurrence  
et de l'Inspection de la concurrence**

**Art. 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil**

(1) Il est créé un Conseil indépendant de la concurrence (ci-après dénommé: „Conseil“), autorité administrative indépendante, chargée de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi.

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

(3) Le Conseil est l'autorité compétente pour retirer le bénéfice du Règlement (CE) No 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées conformément à l'article 7 dudit Règlement.

(4) Le Conseil représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.<sup>1</sup>

(5) Le Conseil bénéficie, pour l'instruction des affaires, de l'assistance de l'Inspection de la concurrence créée au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie (ci-après dénommée: „Inspection“).

(6) Le Conseil et l'Inspection exercent leurs fonctions en toute indépendance vis-à-vis du Gouvernement.

**Art. 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil**

(1) Le Conseil est un organe collégial composé d'un Président, de deux conseillers et de trois conseillers suppléants nommés et révoqués par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement en Conseil. Le Président est désigné par le Grand-Duc. Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants sont nommés pour un terme de sept ans renouvelable.

Un conseiller et un conseiller suppléant relèvent de la magistrature. Les autres conseillers et conseillers suppléants sont choisis en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de droit de la concurrence.

<sup>1</sup> Publié au Journal officiel des Communautés européennes L 1 du 4 janvier 2003, pages 1 et suivantes.

Le Président et les membres du Conseil doivent être détenteurs d'un diplôme d'études universitaires sanctionnant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès en droit ou en sciences économiques.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants ne peuvent être membre du Gouvernement, de la Chambre des Députés, du Conseil d'Etat ou du Parlement européen ni exercer une activité incompatible avec leur fonction.

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

Avant d'entrer en fonction, les membres du Conseil prêtent entre les mains du Président du Conseil indépendant de la concurrence le serment suivant: „Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité.“

En cas d'empêchement du Président, ses fonctions sont déléguées au conseiller ayant la plus grande ancienneté au sein du Conseil, et, en cas d'égalité d'ancienneté, au plus âgé.

Si, en cours de mandat, un membre du Conseil cesse d'exercer ses fonctions, le mandat de son successeur est limité à la période restant à courir.

La démission d'un membre du Conseil intervient de plein droit par l'atteinte de la limite d'âge de 65 ans.

(2) Lorsque le Président du Conseil est issu du secteur public, il obtient un congé spécial pour la durée de son mandat avec maintien de tous les avantages et droits découlant de son statut respectif. Il continue notamment à jouir de son traitement, indemnité ou salaire suivant le cas, ainsi que du régime de sécurité sociale correspondant à son statut.

En cas de cessation du mandat, il est réintégré à sa demande dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme Président du Conseil jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade.

A défaut de vacance de poste, il peut être créé un emploi hors cadre correspondant à ce traitement; cet emploi est supprimé de plein droit à la première vacance qui se produit dans une fonction appropriée du cadre normal.

Lorsque le Président du Conseil est issu du secteur privé, il est engagé sous le régime de l'employé de l'Etat et touche une rémunération calculée par référence à la réglementation fixant le régime des indemnités des employés occupés dans les administrations et services de l'Etat qui est applicable en la matière, sur base d'une décision individuelle prise en vertu de l'article 23 du règlement grand-ducal du 28 juillet 2000 fixant le régime des indemnités des employés occupés dans les administrations et services de l'Etat.

Il pourra acquérir le statut de fonctionnaire en vertu de l'article 2 paragraphe 4 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

En cas de cessation du mandat, il est intégré dans le cadre de l'administration gouvernementale avec maintien de son statut et de son niveau de rémunération de base, à l'exception de l'indemnité spéciale fixée par le Gouvernement en Conseil en vertu du paragraphe ci-après.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par le Gouvernement en Conseil.

(3) Sous peine de nullité des décisions du Conseil, les membres du Conseil ne peuvent intervenir dans une affaire lorsque celle-ci touche des intérêts directs ou indirects qu'ils détiennent dans une activité économique. Ils ne peuvent pas non plus intervenir dans une affaire dont ils avaient à connaître dans le cadre de fonctions exercées antérieurement à leur activité auprès du Conseil.

(4) Les décisions du Conseil sont publiées dans un Recueil spécial. Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités. Le rapport est remis au ministre ayant dans ses attributions l'Economie et à la Chambre des Députés et sera remis à toute personne intéressée.

**Art. 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence**

(1) L'Inspection est dirigée par le Président du Conseil. Lorsque le Conseil est saisi, son Président, ou son délégué, désigne sans délai un rapporteur.

Par arrêté du ministre ayant dans ses attributions l'Economie, des fonctionnaires de la carrière supérieure et de la carrière moyenne de l'Etat sont affectés ou détachés à temps plein et pour une durée de sept ans renouvelable à l'Inspection.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'Etat affectés à l'Inspection exercent la mission de rapporteur du Conseil.

(2) Les rapporteurs et les fonctionnaires de la carrière moyenne à partir du grade d'inspecteur ci-après dénommés les agents de l'Inspection, peuvent conduire toutes les investigations nécessaires pour l'application de la présente loi.

(3) Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents de l'Inspection ainsi désignés ont la qualité d'officiers de police judiciaire. Leur compétence s'étend à tout le territoire du Grand-Duché. Leurs procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire.

Avant d'entrer en fonction ils prêtent, devant le tribunal d'arrondissement de leur domicile, le serment suivant: „Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité et de garder le secret des faits qui sont venus à ma connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de mes fonctions.“

(4) Le Conseil établira son règlement intérieur qui doit être approuvé par le Gouvernement en Conseil et publié au Mémorial.

**Art. 9. Saisine du Conseil**

Le Conseil peut être saisi par toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime ainsi que par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie.

Il est saisi par lettre recommandée avec accusé de réception ou par déclaration au Conseil. Le Conseil peut aussi s'autosaisir.

*Section I – Des décisions du Conseil*

**Art. 10. Constatation et cessation d'une infraction**

Si le Conseil, agissant d'office ou saisi d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure corrective qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.

**Art. 11. Mesures conservatoires**

(1) Le Président du Conseil, ou son délégué, peut, après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou qu'il juge nécessaires.

Ces mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante.

Le Président du Conseil, ou son délégué, peut enjoindre aux parties de suspendre l'application des pratiques concernées ou de revenir à l'état antérieur. Les mesures conservatoires ordonnées par le Président du Conseil ou son délégué doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

(2) La décision du Président du Conseil ou de son délégué peut faire l'objet d'un recours en annulation par les parties en cause devant le Président du Tribunal Administratif au maximum un mois à partir de sa notification. Le Président du Tribunal Administratif statue dans les quinze jours suivant le dépôt du recours.



Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le Président du Tribunal Administratif peut ordonner, dès qu'il est saisi, qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires.

(3) Une décision prise en application du paragraphe 1 est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.

## *Section II – Pouvoirs d'enquête*

### **Art. 12. Demandes de renseignements**

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, le Conseil peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

(2) Lorsqu'il envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, le Conseil indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Il indique aussi les sanctions prévues à l'article 17 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

(3) Lorsque le Conseil demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, il indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Il indique également les sanctions prévues à l'article 17 et indique ou inflige les sanctions prévues à l'article 19.

(4) Sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants.

### **Art. 13. Pouvoirs de recueillir des déclarations**

Pour l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées par la présente loi, le Conseil et l'Inspection peuvent interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée.

### **Art. 14. Pouvoirs en matière d'inspection**

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

(2) Les agents de l'Inspection et les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants:

- 1) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises;
- 2) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support;
- 3) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents;
- 4) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'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.

(3) Les agents de l'Inspection et les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 17 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexacts ou dénaturés.

(4) Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que le Président du Conseil a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues à l'article 17 et à l'article 19. La présence d'un avocat est autorisée.

(5) Lorsque les agents de l'Inspection ou les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article, ils peuvent recourir à la force publique pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection sans pouvoir saisir des documents.

(6) Sous peine de nullité de l'inspection, il est remis, contre récépissé au représentant de l'entreprise un document écrit rappelant les conditions visées ci-avant. La vérification commence nonobstant l'absence de l'avocat et ne peut, sous peine de nullité, être commencée avant six heures trente ni après vingt heures.

#### **Art. 15. Inspection d'autres locaux**

(1) S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave aux articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, le Conseil peut ordonner par voie de décision qu'il soit procédé à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

(2) La décision indique, sous peine de nullité, l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et signale que la décision est susceptible de recours. Elle expose notamment les motifs qui ont conduit le Conseil à conclure qu'il existe un soupçon au sens du paragraphe 1.

(3) Une décision prise conformément au paragraphe 1 ne peut être exécutée sans autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement ou de son délégué. Le Président du Tribunal Arrondissement ou son délégué vérifie l'objet et l'opportunité de la demande d'autorisation.

La requête comporte tous les éléments d'information de nature à justifier une demande de perquisition ou de saisie.

L'ordonnance du juge est susceptible de recours.

(4) Les perquisitions et saisies effectuées par l'Inspection ne peuvent se dérouler en l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Elles ne peuvent, sous peine de nullité, être commencées avant six heures trente minutes ni après vingt heures.

L'assistance de la force publique peut être requise.

Le déroulement de la perquisition et de la saisie est consigné dans un procès-verbal.

Une copie de l'ordonnance autorisant la perquisition ou la saisie est annexée au procès-verbal sous peine de nullité.

Les pièces ou documents saisis sont confiés à un gardien de saisie.

L'Inspection peut être désignée gardienne de la saisie.

(5) Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué contrôle si la décision du Conseil est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut demander au Conseil des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut remettre en cause la nécessité d'une inspection et exiger la communication des informations figurant dans le dossier du Conseil.

**Art. 16. Expertises**

Le Conseil peut dans le cadre de l'application de la présente loi désigner des experts, dont il détermine précisément la mission.

*Section III – Sanctions***Art. 17. Amendes**

(1) Est puni d'une amende de 251 à 50.000 euros, le fait par une entreprise ou une association d'entreprises, de propos délibéré ou par négligence:

- 1) de fournir un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 12, paragraphe 2;
- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 12, paragraphe 3, de fournir un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou de ne pas fournir un renseignement dans le délai prescrit;
- 3) de présenter de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 14 les livres ou autres documents professionnels requis, ou de ne pas se soumettre aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 4;
- 4) en réponse à une question posée conformément à l'article 14, paragraphe 2, point 4),
  - a) de fournir une réponse incorrecte ou dénaturée, ou
  - b) d'omettre de rectifier dans un délai fixé par le Conseil une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel, ou
  - c) d'omettre ou de refuser de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ordonnée par une décision adoptée conformément à l'article 14, paragraphe 4.

(2) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence:

- 1) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité; ou
- 2) qu'elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures conservatoires prise au titre de l'article 11.

(3) Le Conseil peut infliger une amende proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base du paragraphe 2 est de 10 p. 100 du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

Le Conseil peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise.

(4) Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

(5) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

**Art. 18. Immunité et réduction des amendes**

(1) Le Conseil exempte une entreprise de toute amende lorsque celle-ci est la première à dénoncer une entente sur l'existence de laquelle le Conseil ne dispose pas d'informations.

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

(3) Une entreprise peut bénéficier de l'immunité ou d'une réduction de l'amende si:

- elle fournit au Conseil la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente présumée et lui apporte une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil;
- elle met fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle dénonce celle-ci au Conseil;
- le Conseil ne dispose pas d'éléments qui prouvent que l'entreprise a contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale.

(4) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil, à la demande d'un rapporteur, adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié.

#### **Art. 19. Astreintes**

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 p. 100 du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

- 1) à mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 ou des articles 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 10;
- 2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11;
- 3) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 12, paragraphe 3;
- 4) à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée par voie de décision en application de l'article 14, paragraphe 4.

(2) Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, le Conseil peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

(3) Le recouvrement de l'astreinte est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

#### *Section IV – Prescriptions*

#### **Art. 20. Prescription en matière d'imposition de sanctions**

(1) Le pouvoir conféré au Conseil en vertu des articles 17 à 19 est soumis aux délais de prescription suivants:

- a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ou à l'exécution d'inspections;
- b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

(2) La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

(3) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte du Conseil ou de l'Inspection. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription:

- 1) les demandes de renseignements écrites du Conseil ou de l'Inspection;
- 2) les mandats écrits d'inspection délivrés aux agents de l'Inspection par le Président du Conseil;

3) la communication des griefs retenus par le Conseil.

(4) L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

(5) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que le Conseil ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

(6) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision du Conseil fait l'objet d'une procédure pendante devant le Tribunal Administratif.

**Art. 21. Prescription en matière d'exécution des sanctions**

(1) Le pouvoir du Conseil d'exécuter les décisions prises en application des articles 17 à 19 est soumis à un délai de prescription de cinq ans.

(2) La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

(3) La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue:

- a) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification;
- b) par tout acte de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

(4) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

(5) La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue:

- 1) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé;
- 2) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision juridictionnelle.

*Section V – Communication des griefs, accès au dossier,  
audition et secret professionnel*

**Art. 22. Communication des griefs**

Lorsqu'il relève des faits susceptibles d'entrer dans son domaine de compétence et avant de prendre des décisions prévues aux articles 10, 11 et 17, paragraphe 3, le Conseil communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les griefs formulés contre elles et précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre.

Si le Conseil constate au cours de la procédure que sont apparus des faits nouveaux éventuellement répréhensibles, ou au contraire que certains griefs méritent d'être abandonnés, il adresse aux entreprises concernées une nouvelle communication des griefs ou une communication des griefs modifiée.

Le délai de réponse accordé au destinataire de la communication des griefs et de la communication des griefs nouvelle ou modifiée est adressée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception. Le délai de réponse ne saurait être inférieur à un mois.

**Art. 23. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties**

(1) Les parties doivent être en mesure de prendre connaissance des pièces à la base de la communication des griefs qui leur est adressée, à l'exception de celles qui sont de nature à révéler des secrets d'affaires ou des informations confidentielles.

Les documents accessibles sont mis à la disposition des parties ou de leurs représentants à l'Inspection, à compter de l'envoi de la communication des griefs.

Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent librement prendre copie des documents mis à leur disposition selon des modalités déterminées par le règlement intérieur du Conseil.

Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises au cours de l'enquête et dont elles ont sollicité la non-divulgaration par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée.

De même, les documents ou partie de documents permettant d'identifier certaines personnes ne sont pas communicables lorsqu'il apparaît que la révélation de leur identité serait de nature à leur causer un préjudice d'une particulière gravité. Les personnes entendues désirant garder l'anonymat doivent présenter une demande écrite et spécialement motivée.

Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de l'autorité de concurrence, des autorités de concurrence des États membres ou de la Commission européenne. En particulier, le droit d'accès ne s'étend pas à la correspondance entre l'autorité de concurrence et les autorités de concurrence des États membres ou la Commission européenne ou entre ces dernières. Aucune disposition de la présente loi n'empêche le Conseil de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.

(2) Il appartient aux entreprises ou aux personnes intéressées de revendiquer auprès du rapporteur le caractère secret ou confidentiel des informations qu'elles ont communiquées.

Lorsqu'il estime que la divulgation de tout ou partie des documents risquerait de leur causer un préjudice, le rapporteur demande aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées de préciser la nature des informations qu'elles estiment couvertes par le secret des affaires ou la confidentialité.

(3) Le Président du Conseil ou son délégué statue sur les demandes qui lui sont faites et détermine le degré de confidentialité de chaque pièce figurant au dossier. Il peut décider de faire droit à la demande de l'entreprise concernée ou de la personne intéressée, ou de supprimer les seules informations véritablement secrètes ou confidentielles des documents incriminés.

(4) La décision du Président du Conseil ou son délégué est notifiée aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

(5) Les décisions du Président du Conseil ou de son délégué refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises ou les personnes intéressées peuvent être déférées devant le Président du Tribunal Administratif dans les 15 jours suivant la réception de la notification de la décision.

Les parties peuvent contester, dans les 15 jours suivant la réception de la communication des griefs, devant le Président du Tribunal Administratif, les décisions du Président du Conseil ou de son délégué leur refusant l'accès à certaines pièces ou éléments du dossier.

(6) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 17, paragraphe 3, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui a lieu dans le mois qui suit la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le rapporteur, les parties plaignantes, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies.

Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.

Le Conseil prend sa décision dans les deux mois à compter de la clôture des débats.

#### **Art. 24. Secret professionnel**

(1) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection ainsi que les experts désignés en vertu de l'article 16 ou toute autre personne dûment mandatée par le Conseil sont soumis au respect du secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, même après la fin de leurs fonctions.

(2) Le Conseil et les agents de l'Inspection agissant dans le cadre de l'accomplissement de leurs missions ne peuvent se voir opposer le secret professionnel.

*Section VI – Voies de recours*

**Art. 25. Recours contre les décisions du Conseil**

Un recours en annulation devant le Tribunal Administratif est ouvert contre les décisions du Conseil. Toutefois, un recours en réformation devant le Tribunal Administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu de l'article 17, paragraphe 3 et de l'article 18. Il doit être intenté dans un délai de deux mois qui court à partir de la notification de la décision par lettre recommandée.

*Section VII – Coopération et assistance*

**Art. 26. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres**

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

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

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

**Art. 27. Assistance à la Commission européenne**

(1) Le Conseil est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne, à partir du grade d'inspecteur, de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du règlement (CEE) No 4064/89 susdit.

Aux effets ci-dessus, le Président du Conseil délivre à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus un mandat écrit qui indique l'objet et le but des enquêtes et vérifications.

Les fonctionnaires mandatés conformément à l'alinéa qui précède sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 1er, du règlement (CEE) No 4064/89 susdit.

L'assistance de la force publique peut être requise.

(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement ou de son délégué est nécessaire pour exécuter la décision de la Commission européenne.

L'assistance de la force publique peut être requise.

Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué contrôle que si la décision de la Commission est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire du Conseil, des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées.

Cependant, le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué ne peut remettre en cause la nécessité d'une inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission.

#### **Art. 28. Coopération avec les juges**

Pour l'application de la présente loi, le Conseil peut, devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, déposer des conclusions. Avec l'autorisation de la juridiction en question, le Conseil peut aussi présenter des observations orales. Il peut également produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête.

#### **Art. 29. Coopération avec les régulateurs sectoriels**

Le Conseil est autorisé à demander aux régulateurs sectoriels des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires dans le cadre de l'application de la présente loi.

### **Chapitre III – Dispositions spécifiques, transitoires, abrogatoires et finales**

#### **Art. 30. Dispositions spécifiques**

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assurer les devoirs visés à l'article 22, paragraphe 6 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne à partir du grade d'inspecteurs du Ministère de l'Economie peuvent prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 22 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. A cet effet, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie délivre un mandat écrit à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

#### **Art. 31. Dispositions abrogatoires**

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée.

La loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
2. du règlement No 17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome
3. du règlement (CEE) No 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
4. du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, est abrogée.

La loi du 7 juillet 1983, modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix, est abrogée.

Toutefois, le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués, le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi ainsi que le règlement grand-ducal du 7 septembre 2001 relatif à l'indication des prix des produits et services restent en vigueur. Les infractions à ces règlements sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.



**Art. 32. Dispositions transitoires**

(1) Les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité.

(2) Jusqu'au 1er mai 2004, les obligations découlant des articles 10, 11, 13 et 14 du règlement No 17 du Conseil de la Communauté économique européenne du 6 février 1962 et des articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises sont assumées par les agents de l'Inspection. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

**Art. 33. Entrée en vigueur**

La présente loi entrera en vigueur trois jours après sa publication au Mémorial.

\*

**COMMENTAIRE DES ARTICLES***Article 1. Champ d'application*

Ce premier article définit le champ d'application de la loi et sa place dans l'ordre juridique interne.

Les dispositions édictées par la présente loi n'ont vocation à s'appliquer qu'en l'absence de dispositions législatives spéciales incompatibles.

En effet, en vertu du principe selon lequel une loi peut déroger à une autre loi, les dispositions légales incompatibles avec le régime général que la présente loi entend instaurer et que cette dernière n'aura pas expressément abrogées ne seront pas remises en cause et continueront donc à s'appliquer.

Pendant, il faut garder à l'esprit que ces textes dérogatoires aux principes généraux définis dans le cadre du nouveau régime doivent être considérés comme des textes d'exception qui, à ce titre, seront d'interprétation stricte. Il conviendra également d'éviter à l'avenir une multiplication de ces textes qui aurait pour effet de vider les principes définis dans la présente loi de leur substance.

Le champ d'application de la loi est très vaste et entend appréhender l'ensemble des activités économiques. L'expression „activité de production, de distribution et de service“, inspirée de l'article 53 de l'ordonnance française No 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été préférée à la rédaction de l'article 1er de la loi du 7 juillet 1983 qui, pour définir le domaine d'application des prix réglementés, énumère exhaustivement et par conséquent limitativement les activités concernées. Une telle énumération a pour principal défaut d'enfermer le domaine d'application de la loi dans un carcan qui lui retire toute souplesse et empêche toute adaptation ultérieure à de nouveaux secteurs d'activité.

Comme le prévoit expressément l'article 1er, les interventions économiques des personnes publiques doivent respecter, au même titre que les personnes privées, les règles qui gouvernent la concurrence sur le marché. Ce principe est affirmé tant par le droit communautaire que par de nombreux droits nationaux parmi lesquels les textes français et belges.

*Article 2. Liberté des prix*

L'alinéa 1er de l'article 2 affirme solennellement le principe de la liberté des prix. Désormais, la liberté devient la règle, l'encadrement l'exception.

L'affirmation de ce principe de liberté a pour corollaire l'abandon définitif de tout système de contrôle général des prix, ce qui rend impératif l'abrogation de la loi précitée du 7 juillet 1983 et, par voie de conséquence, l'abrogation, sauf disposition contraire au chapitre des mesures spécifiques, transitoires, abrogatoires et finales, de tous les règlements grand-ducaux pris en vertu de cette loi.

Tout d'abord, l'affirmation du principe de liberté dans les secteurs auparavant réglementés ne remet pas en cause l'encadrement des prix exercé sur le fondement d'autres dispositions législatives existantes

ou à venir. Rien n'empêche le législateur de revenir sur ce principe et de soustraire, de manière générale ou limitée, en raison d'impératifs sectoriels, tel ou tel secteur du champ d'application de la présente loi.

Ensuite, même dans le cadre des activités relevant du domaine d'application de la loi, le pouvoir exécutif peut déroger au principe de liberté des prix dans les cas de figure et les strictes limites prévues aux alinéas 2 et 3.

L'exception à la liberté des prix prévue par l'alinéa 2 permet aux pouvoirs publics d'intervenir de manière durable dans des secteurs où des obstacles d'ordre structurel ou légal empêchent la concurrence de jouer son rôle de régulateur des prix. La défaillance de la concurrence à laquelle il convient de remédier résulte soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour l'acheteur ou l'utilisateur d'un service de faire jouer la concurrence, soit encore de contraintes législatives.

L'intervention réglementaire dans cette hypothèse suppose tout d'abord que soit réalisée une analyse de l'effectivité de la concurrence dans le secteur d'activité concerné. A cet effet, il sera nécessaire de définir dans chaque cas d'espèce le marché en cause par référence, notamment, à la communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372, du 9 décembre 1997).

Mais le constat de l'insuffisance de la concurrence n'est pas suffisant. Il faut corrélativement s'assurer qu'elle trouve son origine dans l'une des causes alternatives décrites à l'alinéa 2.

Aux termes de cet alinéa, l'intervention réglementaire est possible si la concurrence est insuffisante en raison:

- soit de la structure de l'offre ou de la demande: il s'agit dans ce cas de lutter contre la fixation arbitraire des prix susceptible d'être pratiquée dans une situation de monopole ou de duopole sur le marché ou en cas de difficulté d'approvisionnement sur un marché,
- soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché: dans cette hypothèse, la concurrence par les prix ne peut jouer en raison d'une impossibilité pratique pour la clientèle de comparer utilement les offres qui lui sont faites. Le client qui ne bénéficie d'aucune solution alternative est contraint de conclure avec un partenaire qu'il ne choisit pas et à des conditions non négociées. On parle alors de clientèle captive (par exemple dans le secteur des taxis). A ce titre, est justifié le maintien de la fixation de prix maxima pour les courses en taxis et la réglementation des prix des transports sanitaires, des dépannages remorquages sur la route, des cantines scolaires ou encore des taxes téléphoniques perçues par des établissements mettant leurs installations à la disposition d'un public captif,
- soit enfin en raison de l'application d'une disposition légale impérative.

Si l'alinéa 2 permet une intervention réglementaire durable en raison d'un dysfonctionnement structurel du marché, l'alinéa 3 prévoit, pour sa part, une intervention ponctuelle en cas de dysfonctionnement conjoncturel du marché, pouvant affecter n'importe quel type d'activité économique, afin de remédier à des hausses ou des baisses de prix manifestement excessives, sans que la concurrence soit nécessairement faussée. Ces mesures doivent cependant être motivées, soit par une situation de crise, soit par des circonstances exceptionnelles, soit enfin par une situation manifestement anormale sur le marché.

Les mesures réglementaires destinées à lutter contre ces variations excessives sont limitées dans le temps afin de concilier l'urgence de l'intervention et l'atteinte au principe de la liberté des prix qu'elles constituent.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 2 détermine le maximum de la peine encourue en cas d'infraction aux dispositions des différents règlements qui pourraient être adoptés en vertu des alinéas précédents.

L'alinéa 3 donne le pouvoir au ministre ayant dans ses attributions l'Economie, de conclure des contrats de programme dans le secteur des produits pétroliers. Cette mesure se justifie en raison du fait que, dans le contexte actuel, les opérateurs sur le marché des carburants s'orienteraient en cas de libéralisation complète des prix vers les prix au public pratiqués dans les pays voisins (frontières, autoroutes), ce qui entraînerait une flambée des prix avec des conséquences économiques et fiscales non prévisibles. En ce qui concerne le marché des combustibles, l'avantage des grands consommateurs qui s'approvisionnent le plus souvent moyennant contrats de soumissions se creuserait encore davantage au détriment du consommateur final ne disposant ni du poids ni de connaissances d'un des marchés les plus volatiles.

Lorsqu'il n'est pas possible de conclure des contrats de programme, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut fixer des prix maxima.

La loi définit, conformément au principe de la légalité des peines, la peine encourue pour toute infraction aux règlements grand-ducaux. Il s'agit ici d'un délit qui expose l'auteur de l'infraction à une amende de 251 à 50.000 euros.

### *Article 3. Interdiction des ententes*

L'article 3 pose le principe de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles. Sa rédaction est directement inspirée de l'article 81 du Traité CE.

L'entente prohibée au sens de l'article 3 suppose la réunion de trois éléments: un concours de volontés, entre entreprises, et qui porte atteinte à la concurrence.

On entend par entreprise toute entité exerçant une activité économique sur un marché, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance et autres, C/Ministre de l'agriculture, Rec. I, 4013). Elle englobe aussi bien les grandes entreprises industrielles ou commerciales que les sociétés coopératives, les fondations, les entreprises artisanales ou encore les simples particuliers. Ainsi, une activité qualifiée de profession libérale doit être considérée comme constituant une entreprise au sens de cet article. Sont également visées les personnes privées exerçant une mission de service public ainsi que les personnes publiques à condition cependant qu'elles agissent dans le cadre d'une activité économique.

Le concours de volonté nécessaire à la qualification d'entente suppose l'intervention d'entreprises indépendantes juridiquement et économiquement. Cette condition fait défaut entre entreprises appartenant à un même groupe en tant que sociétés mères et filiales, lorsqu'elles forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et si ces accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises.

L'entente doit traduire l'existence d'une volonté commune. L'article 3 énumère trois catégories d'ententes. Elle peut tout d'abord prendre la forme d'un accord entre entreprises, qu'il crée ou non un lien d'association entre les parties. Cet accord n'a pas à être formalisé, il peut s'agir de conventions écrites, verbales, voire tacites (barème interprofessionnel) ou encore d'un „gentlemen's agreement“. L'entente peut également résulter d'une association d'entreprises regroupant plusieurs personnes physiques, morales ou organismes, chacun en principe propriétaire ou exploitant d'une entreprise, et qui prennent dans le cadre de ce groupement des décisions collectives. Il peut s'agir d'associations sans but lucratif, de syndicats professionnels, de groupements d'intérêts économiques ou même de sociétés si les entreprises participantes ne se fondent pas en une entreprise unique. Les décisions d'association d'entreprises, à la différence des accords qui sont des actes résultants d'un concours de volontés individuelles, sont des actes de volonté collective, l'association agissant en qualité de mandataire de ses membres.

L'entente peut également résulter de pratiques concertées. Cette notion permet d'appréhender une forme de coordination entre entreprises, qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. Il convient cependant de garder à l'esprit que le parallélisme de comportement n'est pas à lui seul une pratique concertée bien qu'il puisse en fournir un indice sérieux. Les opérateurs économiques doivent en effet avoir le droit de s'adapter intelligemment aux comportements constatés ou escomptés de leurs concurrents.

Enfin, l'article 3 n'interdit les ententes entre entreprises que si elles ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. En d'autres termes, les ententes ne sont prohibées que si le but recherché ou le résultat obtenu est de faire obstacle à la concurrence ou de modifier les conditions des échanges telles qu'ils résulteraient de la structure du marché ou de la conjoncture.

L'article 3 énumère ensuite cinq séries d'exemples d'ententes prohibées. Cette liste est indicative. De plus, un même comportement prohibé peut parfaitement tomber sous le coup de deux qualifications différentes ou encore se trouver à la frontière entre plusieurs catégories visées.

- a) Entente sur la fixation des prix ou des conditions de transaction: le prix étant un élément essentiel de la concurrence, les opérateurs économiques peuvent être tentés de s'entendre pour confisquer la liberté des prix et utiliser à leur seul profit l'abandon du système d'encadrement des prix. La fixation des prix peut être directe ou indirecte. Le contrôle des prix par les opérateurs peut encore résulter des

conditions pratiquées en matière de délais de paiement ou de toute autre contrainte dont les effets se répercutent sur les prix. Les clauses relatives à la fixation des prix peuvent figurer dans des accords horizontaux, conclus entre entreprises situées au même stade de la production ou de la distribution, ou dans des accords verticaux conclus entre producteurs et distributeurs. Sont spécialement visées toutes les formes d'ententes horizontales sur les prix et certaines ententes tarifaires verticales quand elles ont pour objet ou pour effet d'imposer un prix de revente ou une marge minimale. Les prix conseillés ou les prix maxima demeurent licites à condition de ne pas être utilisés pour masquer en réalité un prix minimum de revente.

- b) Ententes dont les participants restreignent leur liberté de développement industriel, commercial ou financier: ces ententes limitent ou mettent en oeuvre un contrôle de la production, des débouchés, des investissements ou encore du progrès technique. Elles empêchent les entreprises d'intervenir sur le marché dans les conditions optimales qu'elles pourraient atteindre et dont les consommateurs pourraient bénéficier. Elles conduisent à limiter artificiellement l'offre disponible, créant de ce fait une sorte de pénurie par rapport au volume de la demande.
- c) Répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement: ces ententes sont particulièrement nocives parce qu'elles aboutissent à un cloisonnement du marché.
- d) Ententes discriminatoires: la concurrence entre les acheteurs de biens ou les destinataires de services, qui les utilisent eux-mêmes pour les besoins d'une activité industrielle ou commerciale, est faussée lorsque certains d'entre eux se voient systématiquement imposer des prix ou autres conditions contractuelles moins favorables que l'ensemble ou une grande partie d'entre eux.
- e) Contrats couplés résultant d'une entente: l'article 3 ne condamne pas les contrats couplés imposés par une entreprise mais ceux qui interviennent avec les contractants des parties à une entente. Les parties à l'entente s'accordent pour qu'un producteur ou un distributeur subordonne la vente d'un bien nécessaire à un utilisateur, à l'acceptation de quantités sans commune mesure avec les besoins normaux de l'acquéreur, ou à la vente d'un autre bien sans rapport avec le précédent. La restriction de concurrence résulte de la limitation apportée à la liberté d'action des parties et à la liberté de choix des tiers.

#### *Article 4. Nullité de plein droit des ententes et exemptions*

Contrairement à ce qui était prévu par la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, l'article 4 édicte une nullité de plein droit des ententes non justifiées, qui vaut pour l'avenir et rétroactivement pour le passé et qui peut être invoquée par une partie ou prononcée d'office par toute juridiction qui, à l'occasion d'une affaire dont elle est saisie, constaterait l'existence d'une entente injustifiée. Les juridictions constatent cette nullité sans préjudice des autres sanctions susceptibles d'être prononcées par le Conseil indépendant de la concurrence. La nullité absolue est un instrument essentiel pour développer une politique de prévention des ententes par l'instauration d'un régime de sanction dissuasif, efficace et adapté.

Cet article retient les causes d'exemption formulées à l'article 81, paragraphe 3, du Traité.

Le Conseil indépendant de la concurrence ou la juridiction qui sont amenés à connaître d'une pratique anticoncurrentielle peuvent en analyser les aspects négatifs et positifs à la suite d'un bilan économique pour éventuellement l'exempter, sans subordonner cette faculté à une notification préalable de la part des entreprises. Les accords exemptés sont considérés comme licites *ab initio* conformément au principe de l'exception légale instauré par le nouveau Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

A l'instar du principe de l'exception légale applicable pour les articles 81 et 82 du Traité à partir du 1er mai 2004, il a été jugé opportun de reprendre ce même principe dans la législation nationale pour des raisons de cohérence et dans l'intérêt d'une application uniformisée des règles de concurrence dans la Communauté.

Les entreprises sont amenées à effectuer une autoévaluation de leurs accords. Pour être exemptée, l'entente doit remplir deux conditions positives: elle doit contribuer 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:

1. amélioration de la production ou de la distribution ou promotion du progrès technique ou économique: nombreuses sont les entreprises de petite ou moyenne dimension qui ont besoin de conjuguer

leurs efforts. La nécessité de procéder à des investissements importants pour faire face à la concurrence internationale justifie une coopération entre entreprises. En outre, malgré une rédaction qui en apparence se limite aux effets d'ordre économique, l'article 4 pourrait également permettre, comme la Cour de Justice des Communautés européennes l'a reconnu à propos de l'article 81, paragraphe 3, de prendre en considération la portée sociale d'une entente. Ainsi a-t-elle jugé que: „*la conclusion de programmes de livraisons pour une durée raisonnable constitue, pour ce qui concerne le maintien de l'emploi, un élément de stabilisation dont la recherche rentre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans le cadre d'une conjoncture économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article 85 § 3 (81 § 3 nouveau) permet de viser (CJCE 25 octobre 1977, Metro/Saba).*“

Pour une illustration des accords remplissant cette condition, on peut utilement se référer *mutatis mutandis* à la jurisprudence communautaire concernant par exemple certains accords de spécialisation, de recherche en commun et surtout de distribution exclusive.

Cette première condition n'est cependant pas suffisante; la dérogation ne sera accordée que si ses effets techniques ou économiques favorables profitent également aux utilisateurs.

2. partie équitable du profit réservée aux utilisateurs: cette condition se confond souvent avec la première. Le fait que les utilisateurs puissent se procurer plus facilement certains produits ou services et disposer alors d'une large possibilité de choix constitue en principe une amélioration de la distribution et un avantage réservé aux utilisateurs. Elle s'en distingue pourtant. Un accord de spécialisation peut permettre des gains de productivité, qui traduisent une amélioration technique ou économique, sans que les entreprises répercutent la baisse du prix de revient à l'unité produite sur le prix de vente. Dans ce cas, les utilisateurs ne profitent pas de l'amélioration et l'entente ne peut être exemptée. Le profit réservé aux utilisateurs n'a pas nécessairement un aspect monétaire, il peut résulter d'une amélioration de la qualité d'un produit ou service, de ses conditions de vente (garantie d'un service après-vente, diversification des produits, meilleure sécurité d'un système de paiement, etc.). Enfin, le terme d'utilisateur désigne toute personne intervenant au stade de la production ou de la distribution, consommateurs finals ou intermédiaires.

Pour être exemptée, l'entente doit encore remplir deux conditions négatives. Tout d'abord, elle ne doit pas imposer de restrictions négatives qui ne soient indispensables pour atteindre les effets favorables de l'entente. S'il est dérogé au principe de l'interdiction des atteintes à la concurrence, c'est strictement dans la mesure où ces effets ne pourraient être obtenus sans les atteintes à la concurrence convenues entre les participants. C'est donc non seulement un lien de causalité qui est exigé entre l'entente et ses effets bénéfiques constatés, mais un rapport de proportionnalité qui doit être respecté.

Ensuite, dernière condition, l'entente ne doit pas supprimer la concurrence pour la totalité, ni même pour une partie substantielle des produits en cause.

#### *Article 5. Interdiction des abus de position dominante*

Cet article reprend la formulation de l'article 82 du Traité. Il ne condamne pas la position dominante mais l'exploitation abusive qui peut en être faite. Il faut par conséquent établir l'existence d'une position dominante sur un marché déterminé avant d'en caractériser l'exploitation abusive. Pour déterminer si une entreprise est en situation de dominance sur un marché, il est primordial de déterminer au préalable le marché en cause, encore appelé marché pertinent ou marché de référence. La délimitation du marché doit se faire tant du point de vue du produit que du point de vue géographique. La délimitation du marché en cause est un exercice difficile, nécessitant l'appréciation d'éléments complexes. Pour y parvenir, et compte tenu de la similitude entre les textes luxembourgeois et les dispositions communautaires relatives aux abus de position dominante, on peut utilement se référer à la „*Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*“ (précitée).

La Cour de Justice des Communautés européennes définit la position dominante comme étant „*une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs*“ (CJCE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, Michelin c/Commission, Rec., p. 3503).

La possession d'une part de marché importante en comparaison avec ses concurrents, pendant une période d'une certaine durée, est généralement un indice important pour caractériser cette puissance économique. D'autres critères peuvent corroborer une position dominante comme l'existence de barrières à l'entrée, la puissance financière et la taille de l'entreprise, ou encore l'existence d'avantages concurrentiels résultant des ressources techniques ou de la possession de droits de propriété industrielle.

La liste des comportements abusifs est indicative. Il n'est pas nécessaire de revenir plus précisément sur chaque cas envisagé, la définition de chacun d'eux étant très proche de ceux pouvant également être prohibés par le droit des ententes. D'ailleurs, certains comportements sont prohibés lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché en cause et qu'ils sont soit le fruit d'une entente, soit le fait d'une entreprise en position dominante.

Sans préjudice des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil indépendant de la concurrence, les engagements de toute nature, imposés par une entreprise abusant de sa position dominante sur le marché sont nuls de plein droit. Cette nullité absolue s'impose pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment au sujet des ententes et produit des effets identiques.

#### *Article 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil*

Cet article désigne les organes étatiques qui interviennent dans l'application des règles de concurrence. Il opère une distinction entre la phase d'instruction des affaires anticoncurrentielles placée entre les mains de l'Inspection de la concurrence et la phase de décision dans laquelle intervient le Conseil indépendant de la concurrence. Alors que ce dernier doit être un collège indépendant, découplé du Ministère de l'économie, l'Inspection de la concurrence est en revanche intégrée administrativement au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie. Il est important que l'accent soit mis sur l'indépendance de l'autorité qui prend les décisions alors que le pouvoir exécutif est fortement engagé dans la vie économique. Il aurait été contestable de ne pas prévoir d'indépendance pour l'Inspection de la concurrence qui aura un rôle fondamental à jouer dans l'instruction des affaires. Notons au passage que la construction administrative proposée n'est pas innovatrice puisque d'autres organes de l'Etat, détachés du pouvoir exécutif, se sont par le passé vu attribuer des pouvoirs de décision comme par exemple la Commission Indépendante de la Radiodiffusion dont la composition présente des analogies avec le Conseil indépendant de la concurrence. Bien qu'il faille admettre que la Commission Indépendante de la Radiodiffusion n'a pas de pouvoir d'édicter des sanctions aussi graves, il n'en demeure pas moins vrai que ses décisions sont importantes dans le cadre de ses compétences puisqu'elle est habilitée à trancher des litiges et à accorder ou à refuser des autorisations.

La compétence du Conseil s'étend sur l'application du droit de la concurrence.

Alors que le premier paragraphe donne au Conseil compétence d'appliquer le droit national de la concurrence, le deuxième paragraphe précise que le Conseil peut appliquer les articles 81 et 82 du Traité. Il est précisé que le Conseil doit exclusivement appliquer les articles 81 et 82 du Traité lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par l'affaire lui soumise. Cette précision répond à un souci de cohérence et évitera que des procédures soient engagées sur une double base légale. L'article 3 du Règlement No 1/2003 fait obligation aux autorités de concurrence d'appliquer les articles 81 et 82 en parallèle de l'application de la législation nationale lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par la pratique en cause. La proposition initiale du nouveau règlement de la Commission prévoyait une application exclusive des articles 81 et 82 du Traité en cas d'affectation du commerce intracommunautaire, mais le texte final de l'article 3, fortement critiqué en doctrine, prévoit seulement une application parallèlement du droit communautaire et du droit national. Etant donné que la législation luxembourgeoise relative à la concurrence est actuellement peu développée, il a paru préférable dans l'intérêt de la sécurité juridique d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité exclusivement en cas d'affectation du commerce intracommunautaire. La future autorité de concurrence pourra se référer à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en ce qui concerne la notion de l'affectation du commerce intracommunautaire ainsi qu'à la communication spécifique de la Commission relative à ce sujet<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Celle-ci sera adoptée par la Commission avant le 1er mai 2004.

*Article 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil*

*Paragraphe 1er:*

Il est apparu utile que l'autorité de concurrence, face aux lourdes responsabilités, prenne ses décisions sur une base collégiale et que sa composition soit équilibrée. L'exigence de voir un magistrat siéger au Conseil est une garantie supplémentaire d'indépendance de l'organe et de respect des droits procéduraux pour les entreprises en cause. En même temps, et du fait que les décisions doivent s'appuyer sur des analyses économiques très poussées (notamment pour déterminer le marché géographique et des produits sur lesquels il y a lieu de retenir ou non une position dominante d'une entreprise), les autres membres du collège doivent obligatoirement avoir un bagage académique dans le domaine de l'économie ou du droit de la concurrence, droit économique par excellence.

Le Président est nommé comme les autres membres du collège pour une durée de sept ans. La limitation du mandat à 7 ans permet plus facilement de faire évoluer la pratique décisionnelle et les méthodes de travail en fonction de l'environnement économique en mutation permanente.

Une série d'actes et de décisions du présent projet sont posés par le Président du Conseil (articles 11, 14, 23 (3), 27 (1)). Pour empêcher la paralysie du Conseil en cas d'empêchement du Président, il importe que ses fonctions puissent être déléguées à un autre membre du Conseil, quelles que soient les causes d'empêchement du Président.

*Paragraphe 2:*

Ce paragraphe détermine le statut du Président du Conseil qui est le seul membre du collège à exercer un mandat à plein temps. Cela se justifie du fait qu'il est également le chef de l'Inspection de la concurrence (article 8 (1)).

Il est suggéré de rétribuer le travail des président et conseillers du conseil d'après les règles fixées par le Gouvernement en Conseil, par analogie à l'indemnisation d'autres hautes missions étatiques, comme par exemple l'exercice d'un mandat au sein du Conseil d'Administration de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

*Paragraphe 3:*

Cette disposition renforce les garanties en faveur des entreprises en cause en ce qu'elle défend explicitement au membre du Conseil de siéger si une affaire touche le moindre intérêt, même indirect, de ce membre. Il en est de même pour le président ou le conseiller qui est intervenu dans une affaire avant qu'il ne soit nommé membre du Conseil.

*Paragraphe 4:*

Contrairement aux décisions du ministre de l'Economie prises sur base de l'actuelle loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives qui n'étaient pas publiées, celles de la future autorité de concurrence devraient être largement diffusées. La publication dans un Recueil spécial est un gage de transparence et permet aux entreprises d'adapter leurs comportements à la pratique décisionnelle du Conseil; elle offre donc une sécurité juridique accrue au monde des affaires.

*Article 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence*

Il semble plus prudent de ne pas créer une organisation lourde et administrativement indépendante chargée de l'instruction des affaires de concurrence, étant donné qu'il est, à l'heure actuelle, difficile de mesurer le nombre d'affaires susceptibles de tomber dans le champ d'application de la future loi. L'article 8 concilie la souplesse de l'organisation de l'Inspection de la concurrence, laquelle fait partie des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie, avec la nécessaire indépendance qui doit présider à l'instruction des affaires de concurrence (précisée à l'article 6 (6)), instruction dans laquelle le ministre ne peut s'immiscer. L'Inspection de la concurrence est placée sous l'autorité du Président du Conseil.

Pour chaque affaire, le Président désigne un rapporteur chargé d'instruire à charge et à décharge.

Les agents de l'Inspection de la concurrence ont des pouvoirs d'investigation très étendus. C'est la raison pour laquelle ces pouvoirs ne sauraient être confiés qu'à des fonctionnaires d'un rang élevé dans la hiérarchie de la fonction publique.

#### *Article 9. Saisine du Conseil*

La saisine du Conseil est délibérément large. L'article reprend l'article 7 (2) du Règlement No 1/2003 pour des raisons de cohérence et pour éviter du forum shopping. Le texte luxembourgeois précise que le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, en tant que régulateur politique des marchés, se voit confier la compétence de saisir le Conseil. A l'instar de la Commission, le Conseil peut aussi s'autosaisir.

#### *Article 10. Constatation et cessation d'une infraction*

L'article 10 reprend en partie l'article 7 du Règlement No 1/2003.

#### *Article 11. Mesures conservatoires*

Les mesures conservatoires sont destinées à prévenir un trouble concurrentiel imminent d'une particulière gravité. Il s'agit de ne pas se laisser perpétuer une pratique anticoncurrentielle lorsqu'il apparaît que sa sanction ultérieure serait sans effet sur l'atteinte portée au marché.

S'agissant d'une mesure d'urgence, les conditions de l'action et les délais de recours sont nécessairement simplifiés et plus brefs, de manière à permettre une prise de décision rapide.

La décision statuant sur des mesures conservatoires ne préjuge pas de l'examen au fond de l'affaire. Le système envisagé est directement calqué sur les dispositions de l'ordonnance française de 1986, et, d'autre part, sur le texte de l'article 8 du Règlement No 1/2003 (mesures transitoires). Afin d'être en mesure de réagir rapidement et efficacement, il a paru justifié de donner ce pouvoir au Président du Conseil ou à son délégué.

#### *Article 12. Demandes de renseignements*

L'article 12 reprend l'article 18 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la structure luxembourgeoise. A l'instar de la Commission, l'autorité de la concurrence luxembourgeoise doit disposer du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par les articles 3 à 5 et les articles 81 et 82 du Traité. Les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction (voir considérant (23) du Règlement No 1/2003).

#### *Article 13. Pouvoir de recueillir des déclarations*

L'article 13 reprend l'article 19 du Règlement No 1/2003.

A l'instar de la Commission, l'autorité de concurrence luxembourgeoise doit pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations. L'autorité doit aussi pouvoir demander toutes les informations ayant un lien avec l'objet et le but de l'inspection.

#### *Article 14. Pouvoirs en matière d'inspection*

L'article 14 précise les pouvoirs d'investigation de l'autorité de concurrence et reprend l'article 20 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise. Cependant, il n'a pas été jugé nécessaire de reprendre le deuxième paragraphe, point d), de cet article qui investit la Commission du pouvoir d'apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection.

La vérification est opérée dans les seuls locaux visés à l'article sous examen, c'est-à-dire dans les locaux à usage exclusivement professionnel (article 14 (2) (a)). Ce texte est inapplicable s'il est nécessaire de procéder à des constatations dans un lieu privé. Dans ce cas, les agents doivent recourir à la procédure prévue à l'article 15.

Les agents intervenant en vertu de ce texte ne doivent pas faire usage de la contrainte. Ils ne peuvent exercer les pouvoirs que ce texte leur confère que s'il leur est possible d'accéder librement aux locaux concernés.

La personne contrôlée est cependant tenue de faciliter dans la mesure de ses possibilités le déroulement du contrôle.

Les agents peuvent recueillir oralement des explications.



Le présent article soumet le déroulement de la vérification au respect de certaines règles de procédure.

Les précisions données oralement dès l'arrivée des agents figurent également dans un document écrit remis immédiatement à la personne présente sur les lieux contre récépissé. Pour éviter toute contestation éventuelle, le récépissé devrait mentionner l'heure de la remise du document ainsi que celle de l'arrivée des agents.

La présence de l'avocat de l'entreprise contrôlée pendant la vérification est autorisée. Loin d'entraver l'action des agents, cette faculté est au contraire destinée à éviter les contestations ultérieures.

Bien que cette possibilité ne soit pas généralisée par tous les autres droits nationaux, les autorités de contrôle reconnaissent généralement que la reconnaissance concrète de ce droit contribue à la sérénité de la vérification entreprise.

Cependant, l'absence de l'avocat ne fait pas obstacle au déroulement de la vérification. Cette disposition est d'autant plus importante que la plupart des contrôles ont vocation à être effectués à l'improviste. Dans ce cas, la non-disponibilité immédiate de l'avocat ne doit pas être de nature à paralyser le contrôle.

#### *Article 15. Inspection d'autres locaux*

L'article 15 investit l'autorité de la concurrence des mêmes pouvoirs que l'article 21 du Règlement No 1/2003 confère à la Commission. Comme le précise le considérant (26) du Règlement No 1/2003, l'expérience de la Commission a montré qu'il arrive que des documents professionnels soient conservés au domicile des dirigeants et des collaborateurs des entreprises. Afin de préserver l'efficacité des inspections, il convient donc de permettre aux agents et aux autres personnes mandatées par le Conseil d'accéder à tous les locaux où des documents professionnels sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés. L'exercice de ce dernier pouvoir doit néanmoins être subordonné à l'autorisation de l'autorité judiciaire.

A la différence de la situation visée à l'article 14, il peut être procédé à une perquisition ou à une saisie de pièces et documents en tous lieux indépendamment de la fonction professionnelle ou privée du local concerné.

Dans le même esprit, ce pouvoir d'enquête est exercé en faisant usage de la contrainte. C'est la raison pour laquelle la perquisition et la saisie de pièces et documents ne peuvent avoir lieu que sur autorisation préalable délivrée par le Président du Tribunal d'Arrondissement.

Il est opportun pour simplifier le travail des agents de donner ce pouvoir à un juge unique, en l'occurrence au Président du Tribunal d'Arrondissement ou à son délégué, de manière à alléger la procédure et à faciliter l'accomplissement rapide de ces formalités substantielles.

Le régime de la perquisition et de la saisie s'apparente à celui prévu par les articles 63 et suivants du code d'instruction criminelle, mais il est évident que ces articles ne sont pas applicables en l'espèce dans la mesure où la matière sous examen relève de la procédure administrative et non pénale. Les concepts de perquisition et de saisie recouvrent donc dans ce texte une définition autonome.

#### *Article 16. Expertises*

L'expertise en droit de la concurrence joue un rôle fondamental. Ce droit se situe en effet au confluent de la règle juridique et de l'économie. Dès lors, il est souvent nécessaire de recourir aux services d'experts pour appréhender chaque élément d'une situation par nature complexe.

#### *Article 17. Amendes*

L'article 17 reprend presque intégralement l'article 23 du Règlement No 1/2003. Les sanctions pécuniaires que le Conseil peut prononcer doivent être suffisamment dissuasives. Introduire des dispositions luxembourgeoises divergentes par rapport au texte communautaire pourrait avoir comme effet de favoriser le forum shopping. L'absence de sanctions efficaces dans l'actuelle loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives explique en grande partie l'application relativement rare de ce texte. D'un point de vue droit public luxembourgeois, les sanctions prévues aux paragraphes 2 à 3 n'ont pas de caractère pénal étant donné qu'elles sont prononcées par un organe de l'ordre administratif.

Les amendes prévues au premier paragraphe sont de nature pénale et relèvent de la compétence des Tribunaux répressifs.

Le paragraphe 3 s'inspire de l'article L 464-2 du Code de commerce français, notamment en ce qui concerne le chiffre d'affaires à prendre en compte. Le législateur français a récemment introduit ce texte pour éviter que des sociétés échappent aux sanctions en ayant recours à des structures ingénieuses.

*Article 18. Immunité et réduction des amendes*

L'une des difficultés de la lutte contre des ententes injustifiables est de lever la chape de silence qui les recouvre. Pour encourager un membre d'une entente à avouer son activité illégale et mettre en cause des complices en apportant des témoignages directs sur les réunions et communications clandestines, l'expérience a montré que des programmes de clémence conduisent à un dénouement rapide et efficace des affaires.

L'expérience de la Commission européenne en matière de programme de clémence a démontré que la collaboration d'une entreprise à la découverte de l'existence d'une entente a une valeur intrinsèque. L'incitation résulte de la possibilité d'accorder aux entreprises dénonciatrices une immunité ou une réduction d'amendes. La Commission européenne incite toutes les autorités nationales de la concurrence à introduire de tels programmes de clémence.

Les auteurs du projet estiment que la nouvelle législation relative à la concurrence doit donner à la future autorité de concurrence des moyens pour inciter les entreprises parties à un accord prohibé à le dénoncer.

A l'instar de nombreux Etats membres (notamment: Autriche, France, Pays-Bas, Irlande, Angleterre) et de la Commission européenne qui ont adopté des programmes de clémence, le projet de loi introduit un programme de clémence qui s'inspire de la politique de la Commission européenne en la matière (cf: Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes du 19 février 2002 – JOCE, C 45, p. 3).

Les modalités pratiques pour l'obtention d'une immunité ou d'une réduction d'une amende sont précisées au paragraphe 3.

*Article 19. Astreintes*

L'article 19 reprend l'article 24 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise.

*Article 20. Prescriptions en matière d'imposition des amendes*

L'article 20 reprend l'article 25 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise.

*Article 21. Prescriptions en matière d'exécution des sanctions*

L'article 21 reprend l'article 26 du Règlement No 1/2003 en l'adaptant à la situation luxembourgeoise.

*Article 22. Communication des griefs*

La communication des griefs est un acte par lequel le Conseil communique par écrit aux entreprises ou associations d'entreprises concernées les griefs retenus contre elles. Elle constitue le premier acte contradictoire après l'engagement de la procédure et doit permettre aux entreprises en cause de préparer utilement leur défense.

Inconnue en droit luxembourgeois, la communication des griefs constitue pourtant la pierre angulaire de toutes les procédures de concurrence dans la mesure où elle circonscrit les termes du litige.

*Article 23. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties*

L'article 23 reprend en grande partie les dispositions de l'article 27 du Règlement No 1/2003 et de la communication de la Commission relative aux règles de procédure interne pour le traitement des demandes d'accès au dossier (...), JOCE C 23 du 23/01/1997. Ces dispositions pourront être interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative à ce sujet.

A la suite de la procédure écrite (communication des griefs et réponses fournies par les entreprises), les entreprises en cause ainsi que les autres parties (plaignants, Ministre de l'économie ...) auront l'occasion, lors d'une audition, de plaider leur dossier devant le Conseil. La procédure orale est nécessaire pour garantir le caractère contradictoire des débats et est reconnue dans tous les droits nationaux. L'entreprise en cause peut bien évidemment se faire représenter par son avocat.

Finalement, cet article précise les règles relatives à la confidentialité et prévoit un recours devant le Président du Tribunal administratif contre les décisions du Président du Conseil ou de son délégué (paragraphe 5).

*Article 24. Secret professionnel*

Cet article s'inspire de l'article 24 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Le paragraphe 2 s'inspire de l'article L 450-7 du Code de commerce français.

*Article 25. Recours contre les décisions du Conseil*

Le recours devant le Tribunal administratif est le recours de droit commun, c'est-à-dire d'annulation, excepté celui contre les décisions relatives aux sanctions pécuniaires pour lesquelles est ouvert un recours en réformation. Ce dernier recours ressemble à celui qui est reconnu aux entreprises pour attaquer les décisions „antitrust“ de la Commission européenne devant le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, lequel tribunal peut se substituer à la Commission européenne pour annuler ou refixer les amendes.

*Article 26. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres*

L'article 11 du Règlement No 1/2003 prévoit les règles de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. L'article 12 du Règlement No 1/2003 constitue la base légale pour l'échange d'informations, y compris les informations confidentielles. Etant donné que les modalités pratiques de cette coopération ne sont pas déterminées par le Règlement No 1/2003, il a paru nécessaire, dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la transparence, de préciser les règles de cette coopération. Les auteurs du projet se sont inspirés de l'article L 462-9 du Code de commerce français qui prévoit un certain nombre de garanties (secret professionnel) concernant l'échange d'informations avec d'autres autorités nationales de concurrence de la Communauté.

*Article 27. Assistance à la Commission européenne*

Les articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement No 1/2003, ainsi que le Règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises instaurent un certain nombre d'obligations précises à l'égard des autorités nationales de concurrence qui nécessitent des mesures de transposition nationales. Il a été jugé opportun de préciser les modalités pratiques de cette coopération.

Le paragraphe 2 de l'article 27 prévoit les modalités concernant l'assistance à prêter à la Commission dans le cadre de l'application de l'article 21 du Règlement No 1/2003. Lorsque la Commission demande l'assistance pour exécuter une telle inspection, une autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement est nécessaire.

La portée du contrôle que le juge national peut effectuer lorsqu'il autorise, en vertu du droit national et à titre de mesure préventive, le recours aux forces de l'ordre afin de passer outre une opposition éventuelle de l'entreprise ou d'exécuter une décision de procéder à des inspections dans des locaux non professionnels, a été précisée par la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>2</sup>. Il résulte de cette jurisprudence que l'autorité judiciaire nationale peut notamment demander à la Commission les informations complémentaires dont elle a besoin pour effectuer son contrôle et en l'absence desquelles elle pourrait refuser l'autorisation. La jurisprudence confirme également la compétence des juridictions nationales pour contrôler l'application des règles nationales concernant la mise en œuvre de mesures coercitives.<sup>3</sup>

Il convient de préciser que l'étendue du contrôle du juge national est plus restreinte pour les inspections sollicitées par la Commission que celles décidées par l'autorité luxembourgeoise de la concurrence en vertu de l'article 15 du présent projet. Comme le précise l'article 21 (3) du Règlement No 1/2003, le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de Justice des Communautés européennes.

<sup>2</sup> Voir Arrêt de la Cour du 22 octobre 2002 dans l'affaire C-94/00, Roquette frères.

<sup>3</sup> Voir Considérant (27) du Règlement No 1/2003.

*Article 28. Coopération avec les juges*

A l'instar de l'article 15, § 1 du Règlement No 1/2003 qui prévoit les règles de coopération entre la Commission et les juridictions nationales, il est utile de préciser les règles de coopération pour permettre une coopération efficace entre l'autorité de concurrence nationale et les juges.

L'article 28 est inspiré de l'article L 470-5 du Code de commerce français. En France, cet instrument de collaboration s'est avéré très utile pour assurer une bonne collaboration entre le juge et l'autorité de concurrence. Le juge qui sera amené à prononcer des dommages et intérêts sur base de décisions prononcées par le Conseil pourra ainsi solliciter, à l'instar de la Commission européenne, des informations concernant une affaire qui lui est soumise.

*Article 29. Coopération avec les régulateurs sectoriels*

Il a été jugé utile de préciser que le Conseil peut demander aux régulateurs sectoriels (par exemple l'Institut luxembourgeois de Régulation) des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires à l'application de la loi.

*Article 30. Dispositions spécifiques*

Cet article reproduit *mutatis mutandis* la loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application:

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives,
2. du règlement No 17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome,
3. du règlement (CEE) No 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises,
4. du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du Traité CE.

*Article 31. Dispositions abrogatoires*

Cette disposition abrogatoire se passe de commentaires sauf qu'il y a lieu de relever que le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués, le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi ainsi que le récent règlement grand-ducal relatif à l'indication des prix des produits et services, règlements pris sur base de la loi du 7 juillet 1983 restent expressément en vigueur et que les infractions à ces règlements sont punies d'amendes de 251 à 50.000 euros.

*Article 32. Dispositions transitoires*

Le premier paragraphe de l'article 32 précise que les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives et non encore clôturées avant l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil qui appliquera les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives. Le Conseil aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité, pouvoir qui ne lui appartient pas selon la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives.

\*

## EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet de loi engage une des réformes les plus radicales du droit public économique du pays. Avec son vote disparaîtra d'un trait de plume l'ancienne politique de prix caractérisée par la tutelle étatique sur la formation des prix. Cette tutelle repose sur un édifice législatif et réglementaire patiemment bâti sur les fondations de l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix.

L'origine de l'office des prix remonte à l'époque de l'immédiate après-guerre, dans un contexte de pénurie générale dans lequel les pouvoirs publics ont dû imaginer des parades à la flambée des prix qui pouvait résulter de la spéculation sur les biens rares. Dans l'esprit de ses créateurs, l'office des prix ne devait avoir qu'une durée limitée et les milieux commerciaux exigèrent dès 1947 sa suppression.

L'office des prix poursuivait cependant ses activités et, parallèlement aux mutations économiques que le Luxembourg subissait, son rôle évoluait pour devenir un instrument de politique économique censé maîtriser l'inflation. On verra dans la première partie du présent exposé des motifs que dans le contexte économique actuel, l'office des prix n'est plus en mesure de jouer ce rôle.

La suppression du contrôle général des prix s'accompagne d'un renforcement des règles de concurrence. Si les prix se forment librement – et sans l'intervention des pouvoirs publics – par le jeu de l'offre et de la demande, il importe de veiller à ce que les marchés soient soumis à la concurrence. Les pouvoirs publics, plutôt que d'intervenir directement sur les prix, devront désormais rétablir les conditions de concurrence sur le marché toutes les fois que le jeu de la concurrence est faussé ou risque d'être faussé. Toutes ententes et tous abus de position dominante devront dès lors être sévèrement sanctionnés. La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, qui constitue notre actuel régime antitrust, est trop imparfaite pour régler le fonctionnement concurrentiel des marchés. Elle sera abrogée au profit de règles de concurrence mieux adaptées, plus efficaces, plus sévères et appliquées dans le respect de procédures administratives qui garantissent les droits des administrés. C'est dans la deuxième partie de l'exposé des motifs que sera tiré le bilan de l'application de la loi du 17 juin 1970 et que seront exposées les nouvelles règles de concurrence avec la création d'une autorité de concurrence appelée à veiller à leur application.

La réforme préconisée a été préparée de longue date. Depuis le début des années quatre-vingt, peu à peu, des secteurs économiques entiers ont été libéralisés. Durant la présente législature, des modifications du régime actuel de fixation des prix préfigurent et annoncent déjà dans une série de secteurs spécifiques la réforme globale du cadre légal et réglementaire. Ainsi ont été successivement abandonnées les fixations officielles de prix pour certains articles, notamment les produits de boulangerie. Ont également été abrogés le règlement grand-ducal du 16 octobre 1970 fixant les marges maxima pour le matériel de chauffage central, celui déterminant les prix de vente des vins indigènes ainsi que le règlement grand-ducal du 15 février 1964 concernant le prix normal des produits et articles de marques importés. Il est temps maintenant d'emboîter le pas pour traduire dans les textes un changement qui a déjà été engagé dans la pratique.

La réforme de la réglementation fait d'ailleurs partie du programme gouvernemental, consigné dans l'accord de coalition:

„Le Gouvernement veillera (...) à adapter les règles en matière de concurrence“ et, plus loin: „(...) Il entend mettre en œuvre une série d'adaptations qualitatives du cadre légal et réglementaire en ce qui concerne le fonctionnement des marchés.

Il en est ainsi de l'adaptation de la législation sur la concurrence (...).“

De même, et depuis plusieurs années déjà, la Commission européenne ne cesse de recommander aux autorités luxembourgeoises d'abandonner la législation sur les prix et d'instaurer une nouvelle politique de concurrence. Ainsi, dans les „grandes orientations de politique économique“, elle écrit en 2001: „Plusieurs facteurs, dont la réglementation des prix, continuent de limiter la concurrence sur les marchés de produits. Compte tenu de ce qui précède, le Luxembourg devrait privilégier l'objectif suivant: abolir, comme il l'avait annoncé, les prix fixes et administrés.“

En 2002, la Commission se montre encore plus insistante: „Certains éléments du cadre législatif, tels que les dispositions obsolètes sur les prix, risquent de limiter la concurrence sur les marchés de produits. De plus, le manque de pouvoir dévolu à l'autorité de la concurrence rend difficile la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union. (...) Compte tenu de ce qui précède, le Luxembourg devrait privilégier les objectifs suivants: mettre en œuvre la réforme annoncée du droit de la concurrence, ce qui

suppose de supprimer les prix fixes et les prix administrés, d'habiliter l'autorité de concurrence à faire appliquer le droit communautaire de la concurrence et de réformer les dispositions relatives à la passation des marchés publics."

Pour engager une réflexion d'ensemble, le Ministère de l'Economie a fait appel au Laboratoire de Droit Economique du Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann du Centre Universitaire pour faire une étude sur le droit actuel et pour proposer une réforme du droit positif. Les auteurs du présent projet saluent le travail accompli par le Laboratoire. En effet, une grande partie de ses propositions a été intégrée dans le présent projet comme elles l'ont été dans des réglementations périphériques à la matière, notamment dans le projet de loi relatif à la vente à distance.

\*

## I. LA POLITIQUE DES PRIX

Aux termes de l'article premier de la loi du 7 juillet 1983, „modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944, portant création d'un office des prix“, les prix peuvent être „surveillés, contrôlés et fixés“.

Le système actuel permet aux autorités soit d'encadrer strictement et de façon impérative les prix de certains produits ou ceux pratiqués par certains revendeurs, en imposant à chaque stade de commercialisation le respect d'une marge commerciale ou d'un prix maximum ou encore en fixant d'une manière autoritaire et individuelle des prix de vente, soit d'apprécier le caractère „normal“ du prix des marchandises et des services.

La régulation et la détermination des prix reposent donc sur deux techniques complémentaires. Des mécanismes autoritaires de fixation de prix *a priori* coexistent avec un système d'appréciation du prix. En d'autres termes, les tarifs des produits et des prestations de services sont tantôt fixés autoritairement (fixation de prix maxima, voire établissement d'un prix fixe dans le cadre d'une fixation individuelle), tantôt appréciés *a posteriori*, les prix pratiqués ne devant jamais dépasser le „prix normal“.

Le respect de marges maximales est toujours imposé par voie réglementaire:

- pour „la vente d'accumulateurs pour autos, camions et autres véhicules automoteurs“<sup>1</sup>,
- en ce qui concerne le „barème de commissions maxima pouvant être facturées par les agents immobiliers“<sup>2</sup>,
- pour la „vente de fruits et légumes“<sup>3</sup>,
- pour la vente de jouets au consommateur<sup>4</sup>,
- concernant la vente au consommateur de „meubles meublants“<sup>5</sup>,
- pour la vente des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués<sup>6</sup>.

Des prix maxima sont encore établis s'agissant

- „des courses en taxis“<sup>7</sup>.

D'autres dispositions maintiennent un régime de prix imposé dérogatoire à l'interdiction générale des fixations verticales de prix et du refus de vente<sup>8</sup>.

Ce régime particulier s'applique notamment „aux livres, journaux et autres produits de presse“<sup>9</sup>, ainsi qu'à la vente de tabacs dont les produits ne portent pas la mention „prix illimité“<sup>10</sup>, sans préjudice des

1 Règlement grand-ducal du 19 février 1970, Mém. A 11 p. 289

2 Règlement grand-ducal du 20 janvier 1972, Mém. A 4 p. 129

3 Règlement grand-ducal du 20 mai 1965, Mém. A 29 p. 579

4 Avis de l'office des prix du 17 octobre 1953, Mém. A 66, p.1304

5 Règlement grand-ducal du 22 octobre 1975, Mém. A 68, p. 139

6 Règlement grand-ducal du 13 décembre 1988, Mém. A 66 p. 1243

7 Règlement grand-ducal du 25 novembre 1994, Mém. A 99, p. 1947

8 Règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente, Mém. A 71 p. 1332

9 Article 2 du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965, Mém. A 71 p. 1332

10 Règlement ministériel du 25 juillet 1996 concernant le prix imposé pour la vente de tabacs manufacturés, Mém. A 54 p. 1676

autres dérogations susceptibles d'être accordées par le Ministère de l'Economie sur le fondement de l'article 2, alinéa 2, du règlement grand-ducal du 9 décembre 1965, „portant réglementation des prix imposés et du refus de vente“.

D'autres réglementations existent. Elles ne sont certes plus appliquées et sont mêmes tombées dans l'oubli, mais aucune d'entre elles n'ayant été formellement abrogées, il convient de les rappeler pour mémoire.

- Avis de l'office des prix concernant la vente du saucisson importé,<sup>11</sup>
- Avis de l'office des prix du 10 septembre 1952 concernant les prix maxima de la laine à tricoter,<sup>12</sup>
- Avis de l'office des prix du 9 janvier 1956 rendant obligatoire l'approbation des tarifs d'entrée des spectacles organisés dans un but lucratif ou commercial,<sup>13</sup>
- Avis de l'office des prix du 19 février 1958 modifié concernant les tarifs maxima concernant la location des films<sup>14</sup> et les tarifs d'entrée des cinémas,<sup>15</sup>
- Règlement grand-ducal du 30 mai 1967 concernant la vente des pains,<sup>16</sup>
- Règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant les prix normaux des papiers peints,<sup>17</sup>
- Règlement grand-ducal du 18 mars 1976 fixant un prix maximum pour les pommes de terre.<sup>18</sup>

Au-delà de la possibilité conférée aux pouvoirs publics d'encadrer plus ou moins largement par voie réglementaire la fixation des prix, la loi du 7 juin 1983 précitée reconnaît également au ministre ayant dans ses attributions l'Economie la possibilité de procéder à des fixations individuelles de prix.

Lorsque les prix ne font l'objet d'aucune réglementation spéciale, leur fixation demeure soumise à l'obligation impérieuse de ne pas dépasser „le prix normal“.

Le contrôle des prix est assuré par l'office des prix, lequel dispose de pouvoirs d'investigation et de coercition très étendus. Ses pouvoirs de contrôle, d'injonction et de sanction lui permettent véritablement de s'immiscer dans la stratégie commerciale des entreprises.

Afin d'apprécier la validité, les incidences juridiques et la portée économique et pratique de la réglementation des prix actuellement en vigueur, il convient de procéder au préalable à un bref rappel du contexte international. Il sera possible d'appréhender, à la lumière des contraintes et des évolutions dégagées, les problèmes juridiques et économiques inhérents au maintien du contrôle des prix exercé au Grand-Duché de Luxembourg.

## **A. Les contraintes communautaires et l'environnement international**

### **a) *Un environnement international marqué par la liberté des prix***

La liberté des prix est la règle dans la quasi-totalité des économies occidentales. Longtemps envisagés comme un remède à la pénurie de l'après-guerre, les mécanismes étatiques contraignants de contrôle des prix, voire de fixation autoritaire des prix et des marges commerciales sont peu à peu abandonnés. Cependant, la restauration de cette liberté économique n'est presque jamais complète, les pouvoirs publics se gardant toujours la possibilité de réguler le marché et de sanctionner les abus ou les excès éventuellement commis.

#### *Le système belge*

Pendant longtemps, la Belgique a mis en oeuvre un mécanisme d'encadrement et de contrôle strict des prix comparable à celui qui subsiste au Luxembourg, mais elle abandonne aujourd'hui peu à peu son système de contrôle des prix, sans pour autant l'abroger définitivement, au point que la liberté des prix, considérée pendant longtemps comme une exception, tend progressivement à devenir la règle.

11 Mémorial 1950, p. 166

12 Mémorial 1952, p. 1073

13 Mémorial 1956, p. 244

14 Mémorial 1971, p. 256

15 Mémorial 1958, p. 241; 1962, p. 276; 1965, p. 1727

16 Mémorial 1967, p. 521

17 Mémorial 1971, p. 256

18 Mémorial 1976, p. 130

Tout en se ralliant progressivement au principe de liberté des prix alors que son organisation économique et juridique était auparavant comparable à celle qui existe actuellement au Luxembourg, la Belgique n'a pas choisi de renoncer explicitement au système de contrôle et d'encadrement des prix en vigueur depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Dès lors, les dispositions actuelles, résultant de l'application d'un arrêté royal du 20 avril 1993, s'éloignent sensiblement de la philosophie des textes précédents, sans pour autant les abroger définitivement.

On peut cependant affirmer que la liberté des prix devient le principe général. Le Conseil indépendant de la concurrence, institué par la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique n'a d'ailleurs pas hésité à prendre position en ce sens, dans son premier rapport d'activité.

„(...) La réforme importante intervenue en Belgique par l'adoption de la loi du 5 août 1991 reflète par ailleurs la volonté d'assurer à la concurrence une place éminente dans le fonctionnement de nos marchés.

Cette volonté s'est traduite également dans la refonte de la réglementation des prix, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 1991. La liberté des prix constitue désormais le principe général, le régime d'autorisation préalable de hausse de prix n'étant applicable qu'à certains secteurs en raison de leurs caractéristiques spécifiques (...).<sup>19</sup>

L'article 3 de l'arrêté royal du 20 avril 1993 fixe la liste limitative des secteurs qui demeurent soumis à un système d'encadrement strict des prix et à une procédure de demande de hausse de prix.

#### *Le système français*

En France, le principe de la liberté des prix a été solennellement proclamé par l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Toutefois, après avoir rallié avec force le camp des partisans de la liberté des prix, les autorités françaises ont conservé la possibilité de réguler le marché, afin de tenir compte de circonstances particulières de nature à affecter le fonctionnement normal du marché.

Force est de constater que de nombreux secteurs d'activités restent soumis à des réglementations tarifaires très contraignantes.

Sont visés en vertu d'une disposition législative ou réglementaire spéciale dérogeant à l'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986:

- les prix des produits pharmaceutiques remboursés par la sécurité sociale,
- les honoraires médicaux et paramédicaux,
- le montant des loyers des baux d'habitation et mixte, des baux à construction, des baux commerciaux et des baux ruraux,
- les tarifs de consignation des emballages,
- les honoraires des officiers ministériels,
- le prix de certains services bancaires,
- le prix des prestations de la poste,
- le prix des tabacs,
- le prix des livres et celui du papier de presse.

Restent toujours soumis à un régime transitoire dérogeant à l'ordonnance de 1986:

- le prix de l'électricité et du gaz,
- le prix de certaines prestations portuaires.

Sont réglementés sur le fondement de l'article 1er alinéa 2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986:

- le prix des courses de taxis,
- le prix des transports urbains,
- le prix des télécommunications (réglementation en voie de suppression),
- le prix des péages et des dépannages autoroutiers.

<sup>19</sup> Conseil indépendant de la concurrence, Rapport 1993-1994, p. 3



Certains transports routiers sont régis par des dispositions particulières de l'ordonnance de 1986.

Enfin, il est important de noter que les produits agricoles répondent à des conditions tarifaires d'origine communautaire.

Cette énumération suffit à démontrer que la liberté des prix demeure une liberté encadrée. On peut raisonnablement affirmer qu'il est possible, même en présence d'une liberté des prix clairement proclamée, de maintenir un système de régulation puissant et efficace, respectueux des intérêts de tous, favorable au développement de l'économie en général et de l'ensemble des opérateurs présents sur le marché mais conforme aux exigences communautaires.

#### *La liberté des prix: un nouvel objectif politique de l'Union européenne*

Il est significatif de constater que la libre concurrence et son corollaire, la liberté des prix, sont requis pour l'adhésion d'un nouvel Etat à l'Union européenne. On rappellera à cet effet utilement un certain nombre de critères économiques exigés pour devenir membre de l'Union, lesquels ont encore été réaffirmés dans le cadre du programme „Agenda 2000“. Le Conseil européen de Copenhague avait indiqué que, dans le domaine économique, l'adhésion nécessitait „l'existence d'une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union“. Tirant argument de ce double constat, la Commission a précisé que les pays candidats devront notamment respecter ces principes économiques fondamentaux. Elle a rappelé notamment le principe selon lequel „l'équilibre entre la demande et l'offre naît du libre jeu des forces du marché; les prix ainsi que les échanges sont libérés“ avant de souligner qu'il convient d'évaluer dans chaque cas d'espèce dans quelle mesure „l'action des pouvoirs publics et la législation influent sur la compétitivité à travers la politique commerciale, la politique de concurrence, les aides publiques, le soutien aux PME, etc. ...“<sup>20</sup>.

D'un point de vue plus général, on relèvera que de nombreux pays de l'ancien bloc de l'Est se convertissent progressivement à l'économie de marché et à la liberté de la concurrence et des prix<sup>21</sup>.

Parmi les pays membres de l'Union européenne, seul le Luxembourg a conservé un système de régulation étatique des prix.

#### **b) *Rappel élémentaire des principes de droit communautaire liés à la réalisation du marché intérieur***

Le droit communautaire laisse aux Etats membres „la faculté de maintenir une réglementation des prix“<sup>22</sup>. Cette dernière doit cependant respecter les principes fondamentaux dégagés en matière de libre circulation des marchandises et des services.

#### *La libre circulation des marchandises*

Les principes énoncés par la jurisprudence relative notamment à l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions de concurrence doivent être intégralement respectés. Sans procéder ici à un rappel historique et exhaustif de la totalité des décisions rendues par les juridictions communautaires à ce sujet, il est impérieux de cerner la teneur de certaines exigences communautaires constantes, auxquelles les Etats membres ne sauraient déroger. Certes, le champ d'application du concept de mesure d'effet équivalent dépasse largement celui de la seule réglementation des prix, mais il influe cependant indiscutablement sur ce mode de régulation économique.

Aux termes des articles 28 et suivants du traité CE, sont traditionnellement interdites les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent dans le commerce entre Etats membres. Ces dernières peuvent néanmoins faire l'objet de dérogations, fondées tantôt sur l'article 30 du traité CE, tantôt sur l'article 28 du même texte.

20 V. le texte du programme „Agenda 2000“, <http://europa.eu.int>

21 Sur ce point, V. not., Politique de la concurrence dans les pays de l'OCDE 1994-1995, Rapport OCDE, 1997

22 V. not. F. SABIANI, L'incidence du droit de la communauté économique européenne sur la réglementation française des prix, RTD eur 1975, p. 471s; A. DEMAZIERES de SEYCHELLES, Droit communautaire et réglementations nationales des prix, GP 1981 II 517; J. BUHART, Le blocage des prix est-il compatible avec le traité de la CEE? GP 1983 II, doct. p. 350:

Selon une jurisprudence ancienne et désormais constante<sup>23</sup>, toute mesure nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Tel est le cas notamment d'une réglementation nationale qui règle différemment la situation des produits nationaux et celle des produits importés ou qui défavorise, de quelque façon que ce soit, l'écoulement sur le marché de produits importés par rapport aux produits nationaux<sup>24</sup>.

Cette règle, précisément rappelée à l'occasion de l'examen de la compatibilité d'une réglementation nationale des prix avec le droit communautaire, s'applique non seulement aux dispositions établissant un régime de prix minima<sup>25</sup>, mais aussi à celles qui instaurent un système de prix maxima<sup>26</sup>.

Si les normes en cause visent indistinctement les produits nationaux et les produits importés, il y a lieu de relever que les mesures adoptées peuvent néanmoins produire un effet équivalent à une mesure restrictive de concurrence „lorsque les prix se situent à un niveau tel que les produits importés seraient défavorisés par rapport aux produits nationaux identiques, soit parce qu'ils ne pourraient pas être écoulés profitablement dans les conditions fixées, soit parce que l'avantage concurrentiel résultant de prix de revient inférieurs serait neutralisé“<sup>27</sup>.

La solution retenue au sujet de l'instauration de prix minima est transposable sans réserve à un système imposant le respect de prix maxima différents selon la provenance du produit.

Les principes prohibent donc toute forme de discrimination tarifaire fondée notamment sur la provenance des produits. Ces derniers s'appliquent à l'ensemble des réglementations nationales de prix, peu importe qu'elles imposent un régime de prix minima ou un système de prix maxima<sup>28</sup>.

Souhaitant restreindre l'ampleur du contentieux soumis à son arbitrage sur le fondement des articles 28 et suivants du traité CE, la Cour de Justice a certes considéré que „contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre Etats membres au sens de la jurisprudence Dassonville<sup>29</sup> l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres, des dispositions qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance d'autres Etats membres“<sup>30</sup>.

Cependant, cette nouvelle orientation jurisprudentielle ne modifie aucunement l'approche ancienne définissant la compatibilité des réglementations nationales de prix avec la nécessité d'assurer la libre circulation des marchandises sur le marché. En effet, si les contours de l'opposition entre conditions et modalités de vente restent incertains et sujets à polémique<sup>31</sup>, il n'est pas douteux que les dispositions d'encadrement des prix demeurent soumises à l'article 28 et donc à l'appréciation éventuelle de la Cour.

23 V. not. CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, Cassis de Dijon; V. aussi, B. Goldman, A. Lyon Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, 1994; C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec 1995

24 CJCE, 29 janvier 1985, aff. 231/83, Rec. P. 305s, spéc. Att. 23

25 V. not. CJCE, 26 nov. 1976, aff. 65/76, Tasca, rec. p. 291; 24 janv. 1978, van Tiggele, aff. 82/77, Rec. p. 25; 6 nov. 1979, Danis aff. 16/20/79, Rec. p. 3327; 29 nov. 1983, Roussel, aff. 181/82, Rec. p. 3849; 10 janv. 1985, au blé vert, aff. 229/83, Rec. p. 1, 29 janv. 1985 préc. V. également L. Foscanéau, *Le contrôle français des prix sous contrôle communautaire*, JCP (E) 1985 II 14498

26 Arrêt Roussel préc.

27 Arrêt du 29 janv. 1985 préc., att. 23

28 V. not. L. Foscanéau, *op cit.*

29 CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, Rec. p. 837

30 CJCE, 24 nov. 1993 „Keck et Mithouard“ Rec I, p. 6097, spéc. att. 16; AJDA du 20 janv. 1994, p. 57s, note Le Mire; RJDA, No 2/94, No 243 première espèce; D 1994, p. 185s, note Voinot; PA, No 59, 18 mai 1994, obs. Cartou; JCP (E) 1994, note Vogel; GP, 6 juillet 1994, note D'Ormesson et Waachsmann; Cah. dr. eur. No 3/94, p. 431s, note Stuyck; B de Massiac, *Les réglementations commerciales à l'épreuve du droit communautaire*, RJDA No 2/94; E Coulon, un revirement jurisprudentiel d'ampleur: l'arrêt Keck et Mithouard, RAE No 1/94; F. Weill, l'article 30 du traité de Rome et la revente à perte, *Rev. Conc. Cons.* No 78, Mars/avril 1994; A. Mattera, De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck: l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions, *Rev. Marché Unique*, No 1/1994; M. Van Huffel, *Le champ d'application de l'article 30 du traité de Rome (...)*, REDC No 2/1994

31 V. not E Morgan de Rivery et G. Le Breton, *Le retraitement de l'article 30 du traité CE par la CJCE trois ans après l'arrêt Keck et Mithouard*, D Affaires, ri. 1/97, p. 5

La jurisprudence antérieure, concernant spécialement l'encadrement étatique des prix conserve donc toute sa pertinence et son intérêt<sup>32</sup>.

Bien plus, l'arrêt „Keck et Mithouard“ réaffirme avec force des principes anciens à savoir l'interdiction de toute forme de discrimination fondée,

- soit sur la provenance des produits
- soit sur la qualité des opérateurs concernés.

Pour échapper à toute sanction, la réglementation en cause doit donc être indistinctement applicable à tous les produits concurrents présents sur le marché – nationaux ou importés – et à l'ensemble des opérateurs économiques, en s'abstenant de procéder à la moindre distinction, fondée notamment sur la nature du commerce pratiqué ou la taille des opérateurs. L'existence de discriminations éventuelles est appréciée non seulement au regard des normes juridiques applicables, mais aussi en fait.

\*

Des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives peuvent toujours être justifiées, aux termes de l'article 30 du traité CE, „par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique historique ou archéologique, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale“. Ce texte restreint ensuite le champ d'application de ces dérogations en précisant *in fine*:

„Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres.“

Les dérogations énoncées par ce texte sont d'interprétation stricte<sup>33</sup>. De plus, leur mise en oeuvre est subordonnée à un contrôle de proportionnalité de la mesure avec l'objectif poursuivi. Il en résulte que les Etats membres doivent être placés dans l'incapacité de parvenir à un résultat identique par une autre voie.

Consciente que la liste limitative de l'article 30 pouvait se révéler trop restrictive, la Cour de Justice a admis, en se fondant directement sur l'article 28 que:

„les obstacles à la libre circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire des exigences impératives tenant notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs.“<sup>34</sup>

Les justifications susceptibles d'être avancées en se fondant sur les articles 28 et 30 du traité CE pour légitimer une entrave à la libre circulation des marchandises provoquée par l'existence de réglementations nationales établissant, juridiquement ou de fait, des régimes de prix discriminatoires ne seront d'aucun secours pour les Etats membres concernés. Ce faisant, la Cour de Justice a d'ailleurs constaté „qu'une réglementation nationale obligeant les commerçants à respecter certains prix pour la vente au détail qui défavorise l'écoulement de produits importés sur le marché ne peut être justifiée que pour les motifs prévus à l'article 36 du traité“<sup>35</sup>, avant de rappeler qu'„en tant que dérogation à une règle fondamentale du traité, l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés“<sup>36</sup>.

### *La libre circulation des services*

Cet objectif a été plus lent à être réalisé que celui de la libre circulation des marchandises. La jurisprudence s'est forgée assez récemment. Les principes applicables et l'étendue des dérogations admises

<sup>32</sup> Dans le même sens, V. G. Parléani, in Colloque de Pau du 7 mars 1996 relatif aux exigences en matière de prix, Cah. Dr. Ent. No 5/97, p. 34s

<sup>33</sup> V. not. la jurisprudence citée in Lamy dr. éco, 1997, No 1748

<sup>34</sup> Ibid No 1761

<sup>35</sup> V. not. CJCE, 10 janv. 1985, aff. 229/83, préc., att. 29

<sup>36</sup> Ibid., att. 30 (extraits)

sont bien résumés dans une communication interprétative de la Commission: „(...) La jurisprudence a confirmé que l'article 49 exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité mais également:

- la suppression de toute restriction à la libre prestation des services imposée au motif que le prestataire est établi dans un Etat membre différent de celui où la prestation est fournie, et
- la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre et où il fournit légalement des services analogues.

En principe, les termes „de nature à prohiber ou à gêner autrement“ couvrent toute mesure susceptible d'entraver les échanges de services entre les Etats membres. Figurent parmi ces mesures notamment celles qui affectent la capacité du prestataire à fournir la prestation, qui rendent la prestation plus onéreuse ou qui la découragent, ainsi que celles qui empêchent les clients potentiels de recourir aux prestations selon leur choix. A cet égard, il faut souligner que la liberté de prestation de services, protège non seulement les prestataires mais aussi les destinataires des services (...).“

En ce qui concerne les dérogations susceptibles d'être accordées, la Cour établit également un parallélisme de raisonnement évident avec les arguments avancés en matière de libre circulation des marchandises, et applique délibérément un régime beaucoup plus sévère aux mesures discriminatoires.

„Des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations des services, quelle qu'en soit l'origine, ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 46 du traité, visant l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique.“<sup>37</sup>

Comme en matière de libre circulation des marchandises, les restrictions même indirectement discriminatoires à la libre prestation de services ne sont tolérables que pour autant qu'elles reposent sur des raisons impérieuses d'intérêt général, et de surcroît qu'elles ne fassent pas double emploi avec une disposition déjà appliquée au prestataire dans l'Etat où il est établi, et restent proportionnées à l'objectif poursuivi. Tel pourrait être le cas en particulier pour certaines mesures tendant à protéger les consommateurs.

C'est à la lumière de ces principes généraux que doit être examinée la compatibilité du droit positif luxembourgeois avec le droit communautaire.

## **B. L'incompatibilité du système actuel avec les principes acceptés par les Etats membres**

Il y a lieu d'envisager successivement les impacts juridiques, économiques et pratiques des modes de détermination des prix et des instruments du contrôle exercé sur le fonctionnement du marché luxembourgeois.

### **a) La détermination des prix**

La régulation et la détermination des prix reposent sur deux techniques complémentaires. Des mécanismes autoritaires de fixation de prix *a priori* coexistent avec un système d'appréciation du prix. En d'autres termes, les tarifs des produits et des prestations de service sont tantôt fixés autoritairement, tantôt appréciés *a posteriori*.

#### *1) Les mécanismes de fixation du prix a priori*

Les règlements en vigueur comportent fréquemment des dispositions discriminatoires contraires aux principes de droit communautaire précédemment énoncés. En outre, certains d'entre eux n'ont pas été révisés depuis longtemps et sont, de ce fait, devenus obsolètes.

<sup>37</sup> Arrêt du 25 juillet 1991, aff. 180/89, citée par la Communication précitée

### Des discriminations réglementaires

Ces discriminations sont fondées soit sur la provenance des prestations ou des produits concernés, soit sur la taille des opérateurs économiques ou le mode de commercialisation utilisé.

Dans certains cas, le droit positif réserve indiscutablement un traitement différent aux produits nationaux, d'une part, et aux articles importés, d'autre part, en établissant des régimes particuliers de fixation ou d'encadrement des prix.

L'application de systèmes tarifaires discriminatoires est particulièrement significative en ce qui concerne:

- les jouets,
- les papiers peints,
- les meubles meublants.

S'agissant du „règlement grand-ducal du 22 octobre 1975 concernant la fixation des prix de vente maxima dans le commerce des meubles meublants“, il convient de rappeler ses dispositions essentielles pour comprendre que ces dernières ne sauraient subsister en l'état.

„**Art. 1er:** Le prix de vente maximum au consommateur hors taxes des meubles meublants est déterminé par l'application d'un coefficient de 1,67 au prix de base du producteur, converti le cas échéant en francs luxembourgeois au cours officiel de change, augmenté des droits et frais en douane, des frais de transport et d'assurance, déduction faite toutefois des taxes et droits dus par la consommation interne dans le pays d'origine et faisant l'objet d'une ristourne ou d'une exonération à l'exportation.

Par prix de base du producteur, il faut entendre le prix départ fabrique, diminué de tous rabais et remises en espèces et en nature.

Le prix maximum de vente au consommateur ainsi établi comprend les charges d'un service éventuel de garantie.“

Le régime ainsi défini, est susceptible d'introduire des barrières au commerce entre Etats membres et doit à ce titre être considéré comme contraire au principe de libre circulation des marchandises.

S'agissant de l'avis de l'Office des prix du 17 octobre 1953 „concernant les marges bénéficiaires sur les jouets“, il prévoit un régime différent selon le lieu de fabrication des jouets:

„(...) 1. Il est défendu aux détaillants de vendre ou d'offrir en vente des jouets avec une marge bénéficiaire qui dépasse:

- a) 60% pour tous les jouets mécaniques à ressort ou à moteur,
- b) 50% sur tous les autres jouets.

2. (...)

3. Sans préjudice des §§ 1 et 2 ci-dessus, si le fabricant étranger a fixé un prix normal ou un prix imposé pour la vente en détail dans le pays d'origine, le prix au Grand-Duché ne pourra dépasser ce prix que d'un montant de 30% destiné à couvrir les frais de douane et d'importation.“

Il résulte de ce texte que les produits importés peuvent se trouver pénalisés par rapport aux produits nationaux lorsque les marges pratiquées par les distributeurs étrangers sont inférieures à celles en vigueur au Luxembourg. En effet, la limitation de la marge applicable à certains jouets importés peut réduire l'intérêt des revendeurs luxembourgeois à commercialiser ces articles. Ces dispositions peuvent donc être assimilées à des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives de concurrence incompatibles avec le traité CE.

De plus, on conçoit difficilement aujourd'hui les circonstances dans lesquelles ce texte aurait vocation à s'appliquer, puisque les prix de revente imposés sont très largement prohibés sauf à supposer la commercialisation de jouets au travers d'un réseau de distribution intégré répondant à des critères de sélection qualitatifs objectifs et non discriminatoires.

Les discriminations en vigueur sont essentiellement d'origine juridique et exposent le Luxembourg à un risque de condamnation devant la Cour de Justice.

\*

Il est parfois proposé, en ce qui concerne la vente des fruits et légumes et plus spécialement de la pomme de terre, d'accorder des marges supérieures aux épiceries fines, en arguant du fait que les produits proposés seraient de meilleure qualité. On ne peut évidemment pas souscrire à une telle argumentation, étant précisé que ce procédé officialise des discriminations injustifiées entre détaillants, selon la taille des entreprises en cause.

Au-delà de la censure inévitable que la Cour de Justice ne manquerait pas de prononcer si des dispositions discriminatoires lui étaient déférées, il y a lieu de relever qu'en vertu des principes de primauté et d'uniformité d'application du droit communautaire, la jurisprudence luxembourgeoise rappelle qu'elle est tenue d'assurer le respect des règles de ce droit, en particulier de celles relatives aux libertés de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale<sup>38</sup>.

#### Des dispositions souvent obsolètes

Les règlements existants contiennent des dispositions souvent obsolètes et inadaptées aux nouvelles réalités du marché. Ces textes anciens n'ont pas été remaniés depuis longtemps, tant et si bien que les marges ou les prix maxima imposés demeurent inchangés et sont appliqués d'une manière très imparfaite.

L'office des prix reconnaît en effet volontiers que certains textes toujours en vigueur ne peuvent plus être mis en œuvre en l'état et des dispositions qu'ils contiennent ne sont notoirement plus respectées.

On relèvera, par exemple, que les catégories prévues par le règlement „Jouets“ précité ne sont plus adaptées aux caractéristiques du marché, puisqu'elles ne réservent en effet aucune place aux jouets électroniques.

En outre, les marges en vigueur ne reposent plus sur des constatations économiques avérées.

#### 2) L'appréciation du prix: la notion de prix normal

La méthode consistant à apprécier la normalité des tarifs pratiqués peut être qualifiée de régime de droit commun du contrôle des prix. En effet, „à défaut de fixation d'un prix, il est interdit de demander un prix supérieur au prix normal“<sup>39</sup>.

La référence au prix normal constitue donc une limite supérieure, voire un prix maximum que le vendeur ne saurait dépasser.

Les critères de normalité utilisés, pour apprécier un prix maximum sont incertains et discriminatoires. Pourtant, l'inobservation du prix normal peut être lourdement sanctionnée.

Aucun texte législatif ou réglementaire ne précise les critères aptes à déterminer „le prix normal“. En fait, son mode de calcul répond soit à une analyse empirique, soit à l'application des directives de prix et schémas de calcul élaborés par la Chambre des métiers, sous l'égide de la Fédération des artisans, approuvé ensuite par l'office des prix pour servir de référence dans l'appréciation du „prix normal“.

Ces directives s'appliquent essentiellement dans le domaine des prestations de services, mais elles peuvent aussi avoir vocation à régir le prix de produits artisanaux.

Les directives proposées pour la plupart des secteurs mentionnent d'une part des coefficients de majoration destinés à couvrir les frais généraux (frais sur salaires et sur matériaux) et, d'autre part, un pourcentage de bénéfice à réaliser.

Pour les prestations courantes ou standardisées, les différentes organisations professionnelles proposent de véritables schémas de calcul chiffrés, lesquels sont également approuvés par l'office des prix pouvant même donner lieu à une déclaration collective de hausse des prix faite par le syndicat représentatif au nom de ses adhérents.

On constate donc que les organisations professionnelles sont appelées, en l'absence de texte, à suppléer la carence de critères fiables d'appréciation des prix. Ces schémas sont susceptibles d'être opposés à des prestataires étrangers alors que de telles pratiques sont interdites dans leur Etat d'origine au titre des pratiques anticoncurrentielles.

<sup>38</sup> CA, 2 juillet 1997, Pas. 1/1997, p. 212

<sup>39</sup> Loi du 7 juillet 1983, art. 3

La légalité de ce procédé doit être envisagée au regard des dispositions interdisant les ententes horizontales entre entreprises. En outre, il apparaît aujourd'hui que les particuliers peuvent invoquer les articles 81 et 82, en combinaison avec les articles 3 et 5 du Traité, à l'encontre d'un Etat membre qui imposerait, favoriserait ou renforcerait les effets d'un comportement anticoncurrentiel<sup>40</sup>.

De plus, l'office des prix abandonne de fait une grande partie de son pouvoir d'appréciation en offrant parallèlement aux organisations la faculté de procéder à des déclarations collectives de hausses de prix.

Les schémas élaborés par la Fédération des artisans pour déterminer „le prix normal“ permettent ensuite en pratique aux organisations d'aligner leurs prix sur les tarifs autorisés et d'éliminer la concurrence sur les prix. On voit donc que ces instruments de prix ont un effet contraire à leur objectif et, au lieu d'exercer une pression sur la baisse, ils maintiennent le niveau général des prix dans certains secteurs au prix maximum autorisé.

### **b) Les instruments de contrôle**

L'actuel contrôle des prix est assuré principalement en faisant obligation aux acteurs économiques de procéder à une déclaration préalable des hausses de prix et en conférant à l'office des prix des pouvoirs d'investigation et de coercition très étendus.

#### *1) La déclaration de hausse de prix*

Le champ des dispositions prescrivant une déclaration obligatoire des hausses de prix<sup>41</sup> est très vaste. En effet, les dispenses accordées par l'article 2 du règlement du 8 janvier 1971 sont fort peu nombreuses. Dans ces conditions, les producteurs, prestataires de services et importateurs sont tenus de faire connaître à l'office des prix toute hausse de prix, en respectant, sous peine de sanctions pénales, un préavis de 60 jours avant son application, à moins que l'augmentation projetée soit exclusivement liée à une majoration des taxes fiscales indirectes, ou qu'elle porte sur certains produits périssables ou négociés sur des marchés internationaux limitativement énumérés.

En fait, et contrairement à l'intitulé de la réglementation examinée, les textes précités confèrent à l'office des prix le pouvoir de s'opposer à une hausse sollicitée, après étude des documents annexés à la demande.

L'article 4 du règlement modifié dispose en effet:

„A défaut de décision ou d'opposition de l'office des prix dans les 60 jours à partir de la date de remise des renseignements demandés (...), la hausse de prix déclarée est admise tacitement.“

De même, ces règlements donnent à l'office des prix un très large pouvoir d'appréciation compte tenu de l'importance et de la diversité des justificatifs exigés pour l'analyse du dossier. L'article 2 précise que la notification de hausse, faite par lettre recommandée, doit contenir les renseignements suivants:

- „1) nom, prénom, profession ou raison sociale du déclarant,
- 2) spécification exacte des biens ou prestations,
- 3) motivation de la hausse par des éléments chiffrés de prix de revient et de données comptables,
- 4) origine et provenance s'il s'agit de biens ou prestations importés,
- 5) structure de prix à partir du producteur au consommateur du prix de vente appliqué au moment de la déclaration, ainsi que du nouveau prix envisagé,
- 6) spécifications des conditions de vente, telles que prix de départ producteur, prix franco frontière, franco domicile, taxes comprises ou non etc.,
- 7) dates de mise en vigueur du prix actuel et du prix envisagé,
- 8) s'il s'agit d'un bien ou prestation importé, ancien et nouveau prix de livraison et prix à la consommation dans le pays d'origine ainsi que la spécification des conditions de vente dans le pays d'origine. Date d'entrée en vigueur de ces prix.“

40 CJCE, 1er oct. 1987, VVR, aff. 311/85, Rec. p. 3801

41 Règlement grand-ducal du 8 janvier 1971 prescrivant la déclaration obligatoire des hausses de prix, modifié par règlement grand-ducal du 21 juin 1973

En outre, l'office des prix est autorisé à solliciter „tout autre renseignement utile“.

L'application du système de déclaration préalable et obligatoire des hausses de prix devient une source de rigidités face aux évolutions économiques.

En pratique, on estime à un millier environ le nombre de déclarations de hausse de prix enregistrées annuellement par l'office des prix. En partant de ce chiffre, de nombreux acteurs économiques ne se soumettent plus à cette obligation de déclaration, en dépit des sanctions pénales qui restent attachées à son inobservation.

Seuls les partenaires de la grande distribution demeurent tenus, en pratique, de s'y conformer pour satisfaire les exigences des distributeurs et assurer ainsi l'écoulement de leurs produits sur le marché.

L'accomplissement de ces formalités par les fournisseurs favorise financièrement la grande distribution en retardant de 60 jours toutes les hausses tarifaires des fabricants.

On peut estimer que de telles exigences formalistes applicables aux prestations de services sont contraires au principe même de libre prestation lequel doit permettre à un opérateur étranger de proposer, dans un autre Etat membre, les prestations qu'il assure légalement sur son lieu d'établissement.

## 2) Une double intervention de l'office des prix

L'office des prix bénéficie d'un droit d'accès aux informations concernant la stratégie économique et financière des entreprises et peut s'immiscer *a posteriori* dans les relations contractuelles nouées entre les parties.

### Un droit de regard dans la stratégie financière des entreprises

La loi du 7 juillet 1983, et spécialement son article 5, confère à l'office des prix „le droit d'investigation le plus large“. En réalité, ses agents sont habilités à analyser et à apprécier tous les paramètres de la stratégie commerciale et financière des entreprises et peuvent, de fait, substituer leurs décisions à celles des dirigeants des sociétés en cause.

### Une immixtion *a posteriori* dans les relations contractuelles

Après avoir établi dans un cas concret le prix maximum autorisé ou le prix normal, l'office des prix, saisi généralement sur plainte d'un consommateur, conseille à ce dernier de ne pas régler la facture présentée en totalité et considère que l'acheteur ou le bénéficiaire d'une prestation de services s'est libéré de l'intégralité de sa dette dès lors qu'il s'est acquitté de la somme calculée par l'office des prix.

Dans ces conditions, l'office des prix opère une vérification complète et approfondie des factures et substitue sa décision relative à la détermination du prix à l'accord tarifaire intervenu antérieurement entre les parties.

La généralisation d'une telle démarche remet en cause les fondements de la vente, laquelle est caractérisée théoriquement par un accord des parties sur la chose et le prix. L'immixtion *a posteriori* de l'office des prix peut en effet contraindre l'un des contractants à accepter des conditions qu'il aurait refusées s'il en avait eu connaissance avant la signature du contrat.

En outre, ces interventions répétées dans les relations contractuelles, à la demande de l'une des parties, seront de plus en plus difficiles à maintenir en pratique, dans le cadre notamment du développement de la libre prestation de services. Dans ce cas, l'office des prix reconnaît, en effet, qu'il ne dispose d'aucun moyen coercitif efficace contre un artisan non résident, dès lors que la facture a été intégralement réglée. En revanche, en cas de paiement partiel, l'office des prix conserve la possibilité de dispenser le consommateur mécontent du paiement du solde, puisque les contestations ultérieures éventuelles ressortiront de la compétence des juridictions luxembourgeoises, lieu d'exécution du contrat.

### Des sanctions pénales

Aux termes de l'article 8 de la loi du 7 juillet 1983 „modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix“, les infractions et les tentatives d'infractions à l'ensemble des dispositions précitées relatives à l'encadrement des prix au Grand-Duché du Luxembourg, „sont punies d'un emprisonnement



de 8 jours à trois ans et d'une amende de deux mille cinq cent un à un million de francs. Le refus de fournir des renseignements (...) (à l'office des prix), le fait de ne pas les fournir dans le délai prescrit, ou de fournir sciemment des renseignements inexacts sont passibles des mêmes peines (...).

La sévérité des peines encourues est inversement proportionnelle à la souplesse des critères de sanction, et à la non-application croissante de bon nombre de dispositions pourtant réprimées pénalement.

En d'autres termes, la gravité des sanctions tranche avec l'absence de précision sur les éléments constitutifs des infractions. Pour illustrer ce propos, on relèvera pour mémoire que le dépassement du „prix normal“ est sanctionné par ces mêmes peines, alors que ses modalités de calcul restent fluctuantes et contestables. Dans ces conditions, on peut estimer que ce texte est susceptible de heurter le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

De même, on peut douter de l'opportunité de maintenir de telles sanctions dans la mesure où certaines dispositions qu'elles sont censées garantir sont de moins en moins respectées.

Au-delà de ce débat général, il convient de se pencher sur les conditions d'application de l'amende transactionnelle également prévue par le texte, et sur la pratique répressive des juridictions judiciaires en ce domaine.

### La pratique judiciaire

Les juridictions répressives ont connaissance des infractions particulièrement graves à la réglementation des prix, ou de celles pour lesquelles le contrevenant a refusé une convention transactionnelle. L'analyse de certains jugements intervenus ne permet pas de dégager les critères jurisprudentiels d'application de la réglementation actuelle, les décisions judiciaires comportant le plus souvent une motivation succincte.

En tout état de cause, on constatera que les condamnations judiciaires prononcées à la suite d'un refus d'un contrevenant d'accepter une transaction, sont toujours largement supérieures au montant transactionnel et peuvent même parfois atteindre 6 fois l'amende initialement proposée, sans préjudice des frais de procédure.

Face à l'ensemble des incompatibilités une redéfinition complète du système de régulation des prix est indispensable.

\*

## II. LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Après avoir décrété la libéralisation des prix, les pouvoirs publics doivent redoubler de vigilance pour empêcher les ententes sur les prix ou sur la répartition géographique du marché. Ils doivent sévir contre les entreprises en situation de dominance tentées de maintenir de façon artificielle les prix à un niveau élevé ou d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché.

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives n'est plus aujourd'hui un instrument utile pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. On ne doit pas s'en étonner, alors que cette loi menait une existence paisible et discrète, à l'ombre de la réglementation des prix.

Les lourdes sanctions infligées par la Commission européenne à d'éminentes entreprises dans les secteurs économiques les plus divers impressionnent. Les praticiens sont censés connaître le droit communautaire de la concurrence.

Le droit de la concurrence national est en revanche méconnu, ou alors il est, à tort, confondu avec les règles sanctionnant la concurrence déloyale qui sont appliquées par les tribunaux. La loi modifiée du 27 novembre 1986 et sanctionnant la concurrence déloyale règle des rapports de droit privé. Celle du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives a, en revanche, un caractère public. Elle fait partie du droit public économique avec une vocation d'intérêt général qui est celui du fonctionnement sans entraves des marchés selon le principe de la libre concurrence et de l'optimisation de l'allocation des ressources.

La loi du 17 juin 1970, pour peu qu'elle ait été appliquée, n'a pas fait jurisprudence. Les pouvoirs publics ont hésité à enclencher les procédures prévues et les entreprises victimes d'abus de position dominante ne pouvaient s'attendre à des remèdes efficaces contre les forfaits anticoncurrentiels. Ces remèdes, s'ils étaient prévus, n'ont que très rarement été appliqués. A la lecture des articles 7 et 8 de

cette loi, on comprend mieux pourquoi les sanctions de la loi, au demeurant insuffisantes et sans effet dissuasif, n'ont que très rarement été appliquées.

„**Art. 7.** *Après avoir pris obligatoirement l'avis préalable de la commission, contenant des propositions relatives aux mesures à prendre à l'égard des personnes dont l'activité a fait l'objet d'une instruction, le ministre de l'économie nationale a la faculté:*

- 1) *de classer les affaires qui ne tombent pas sous les dispositions de l'article 1er;*
- 2) *d'adresser aux parties intéressées des avertissements ou recommandations;*
- 3) *d'interdire totalement ou partiellement des mesures ou pratiques reconnues contraires à l'article 1er et aux avertissements et recommandations donnés en vertu du numéro 2 ci-dessus.*“

„**Art. 8.** *En cas d'infraction à une décision d'interdiction (...), le procureur d'Etat (...) est saisi du dossier pour entamer des poursuites judiciaires.*“

La sanction de l'article 7 n'est pas immédiate. Toute entente et tout abus de position dominante, aussi graves qu'ils soient, ne font dans un premier temps, après une longue procédure d'instruction, l'objet que d'une recommandation ministérielle, au pire d'un avertissement par l'autorité.

L'entreprise récalcitrante se voit opposer, mais dans un deuxième temps seulement (après une seconde instruction administrative), l'interdiction de la pratique anticoncurrentielle. Ce n'est qu'au moment où l'entreprise persiste à violer les règles de concurrence qu'elle peut craindre de se voir appliquer la rigueur des sanctions pénales.

Jamais, dans la longue histoire de la loi du 17 juin 1970, les sanctions pénales n'ont frappé une entreprise. On peut s'en réjouir, certes, mais on peut aussi se poser des questions sur l'efficacité de l'instrument pour réguler les marchés. L'analyse détaillée de l'actuelle législation aboutit à ce constat d'inefficacité.

## **A. Les éléments constitutifs de l'entente et de l'abus de position dominante**

### **a) L'entente restrictive de concurrence**

#### *Principe d'interdiction*

Le droit luxembourgeois sanctionne de manière générale les ententes, définies conformément au droit communautaire, comme des accords, décisions d'entreprises ou pratiques concertées. Une conception relativement large semble donc prévaloir quant à la notion de concertation.

Traditionnellement, on admet – et cette démarche ne semble pas remise en cause en droit luxembourgeois – que la notion générique d'entente recouvre un concours de volontés, quelle que soit sa forme, entre personnes physiques ou morales.

Si la forme de l'entente, définie de manière extensive, semble capable de prendre en compte des comportements extrêmement divers, la loi luxembourgeoise s'abstient de préciser davantage la typologie des comportements visés. Cette définition générale est satisfaisante dans la mesure où elle permet d'appréhender un très grand nombre de situations et fait face à l'imagination créatrice des acteurs économiques. Cependant, ce texte manque sans doute sa vocation pédagogique en ce qu'il ne fournit pas la moindre illustration des actes susceptibles d'être réprimés.

A titre de comparaison, on relèvera que les droits communautaire, belge et français ont élaboré une liste indicative et non exhaustive fournissant indiscutablement aux opérateurs économiques les lignes directrices de leur politique de coopération éventuelle et les limites à ne pas dépasser. Cette liste poursuit certainement un but répressif, mais sa finalité première demeure essentiellement préventive et pédagogique.

L'article 81 paragraphe 1er, du traité CE déclare en effet „incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats 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 commun, 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."

Cette méthode doit être retenue par le législateur luxembourgeois, la clarification de la loi actuelle s'imposant d'autant plus que l'abandon inévitable de la réglementation étatique des prix devra nécessairement s'accompagner d'un renforcement de la lutte contre toutes les formes d'ententes horizontales et verticales. Des explications complémentaires contenues dans la loi faciliteraient sans doute l'évolution des mentalités indispensable à la réussite de la nouvelle politique.

\*

D'après le droit luxembourgeois actuel, une entente ne sera sanctionnée sur le fondement de l'article 1er de la loi du 17 juin 1970 que si elle remplit 3 conditions cumulatives:

- elle doit avoir pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché,
- elle doit avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché,
- elle doit porter atteinte à l'intérêt général.

Cette approche bienveillante à l'égard des ententes restreint considérablement l'efficacité du droit actuel de la concurrence en réduisant sa portée et en érigeant en condition d'application des concepts qui lui sont manifestement étrangers.

A cet égard, la démarche qui prévaut tant en droit communautaire que dans les autres droits nationaux des Etats membres est assurément plus pragmatique et réaliste.

En premier lieu, les critères tenant à l'objet et à l'effet anticoncurrentiels d'une entente restrictive de concurrence doivent être alternatifs et non cumulatifs. Cette solution semble communément admise aujourd'hui, sauf en droit luxembourgeois.

En deuxième lieu, la rédaction actuelle de l'article 1er, paragraphe 1er, de la loi du 17 juin 1970 ne sanctionne que les atteintes actuelles à la concurrence et se désintéresse totalement de la lutte contre les restrictions potentielles.

Avant d'envisager toute sanction, la loi luxembourgeoise exige en troisième lieu que les ententes ayant un objet et un effet anticoncurrentiels soient également de nature à porter atteinte à l'intérêt général. Il en résulte qu'un comportement totalement anticoncurrentiel peut n'encourir aucune critique s'il est démontré qu'il est réalisé dans un but d'intérêt général. Ce critère, nécessairement subjectif et vecteur d'arbitraire, n'est même pas pris en compte pour justifier une éventuelle exemption, mais il est requis au contraire pour caractériser l'existence même d'une entente et rejeter éventuellement l'application du droit des ententes au cas où un comportement répréhensible par nature serait jugé conforme à l'intérêt général.

Cette approche n'est assurément plus opportune et méconnaît les principes fondamentaux appliqués en droit communautaire et par les autorités nationales des autres Etats membres.

Si l'intérêt général est susceptible de justifier certains aménagements dans le cadre de la libéralisation des marchés et l'émergence de nouveaux secteurs concurrentiels, on ne saurait dissocier d'une manière aussi systématique et radicale concurrence et intérêt général.

Cependant, en dehors de ces hypothèses de déréglementations qui par définition ne relèvent pas des règles de concurrence applicables aux entreprises, on ne saurait faire prévaloir un intérêt général sur une entente dont l'objet et les effets anticoncurrentiels sont avérés. La préservation de la concurrence ne relèverait-elle pas de l'intérêt général?

Enfin, il convient de souligner que le droit belge, fondé antérieurement sur des principes identiques a désormais abandonné toute référence à l'intérêt général et s'est de surcroît rallié à des conceptions calquées sur celles qui prévalent en droit communautaire.

*Les dérogations admises: portée et limites des exemptions*

Les politiques nationales et communautaires de lutte contre les ententes sont généralement fondées sur un principe d'interdiction assorti de la possibilité de bénéficier d'un certain nombre d'exemptions obtenues après avoir constaté l'existence d'un bilan économique favorable. Parmi les conditions requises pour obtenir une exemption, les autorités nationales et communautaires prennent notamment en considération, outre les intérêts des entreprises en cause, ceux des consommateurs, et d'une manière plus récente, des préoccupations liées à l'adaptation des PME et aux interactions pouvant exister entre concurrence et environnement.

La loi du 17 juin 1970 prévoit un système d'exemption des ententes nationales, mais sa mise en oeuvre diffère dans ses modalités de celles retenues tant par le traité CE que par les réglementations nationales des autres Etats membres.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 17 juin 1970, les ententes susceptibles d'exemption sont celles:

- „1) qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire,
- 2) dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en respectant les intérêts des utilisateurs.“

La première cause de justification résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Cette justification, classique dans les droits nationaux, ne doit pas pour autant conférer aux Etats la faculté d'encourager ou de légitimer des pratiques manifestement anticoncurrentielles.

Les préoccupations inhérentes à la protection de l'environnement sont apparues assez récemment parmi les objectifs de la politique communautaire de concurrence<sup>42</sup>, même si ce problème figure depuis l'origine de la Communauté au nombre des missions assignées par l'article 2 du traité CE.

En fait, cette préoccupation qui ne figure explicitement ni dans la loi sur les pratiques commerciales restrictives, ni dans les règles de concurrence du traité CE, est déjà très présente au Luxembourg, dont la législation spéciale sur l'environnement est très développée. Dès lors, on peut affirmer que les ententes nécessaires pour appliquer un texte législatif ou réglementaire sur l'environnement sont d'ores et déjà justifiables sur le fondement de l'article 2, 1) de la loi actuelle.

Quant aux caractéristiques des conditions positives du bilan économique susceptibles de justifier une exemption, elles sont comparables à celles retenues en droit communautaire et dans les autres droits nationaux. Cependant, le droit luxembourgeois ignore les conditions négatives (proportionnalité et absence de cloisonnement), ce qui enlève toute crédibilité au concept de bilan économique, cette notion supposant, en effet, d'apprécier non seulement les avantages, mais aussi les inconvénients d'une entente.

En droit communautaire et dans les droits nationaux des autres Etats membres, le bilan économique est réalisé par un cumul de plusieurs conditions positives, mais aussi négatives.

- Conditions positives:
  - contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou à la promotion du progrès technique ou économique;
  - réserver aux utilisateurs une partie du profit qui résulte de l'entente.
- Conditions négatives:
  - adéquation et proportionnalité des restrictions imposées avec les avantages procurés;
  - absence de possibilité pour les entreprises d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (négarion de tout cloisonnement des marchés).

S'agissant de ces conditions négatives, on relèvera que l'exigence de proportionnalité appliquée aux comportements des entreprises est également imposée aux Etats dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des services. Il s'agit donc d'un principe identique qui s'impose à tous les acteurs, qu'ils soient publics ou privés.

<sup>42</sup> V. not. L. IDOT, Environnement et droit communautaire de la concurrence, JCP 1995, I 3852. A noter également que le sujet des interactions entre environnement et concurrence a été abordé par l'OCDE.

De même, l'exemption de toute pratique de cloisonnement est rendue presque impossible. Cette approche s'inscrit également dans le cadre de la politique menée en faveur de la promotion et de la réalisation du marché intérieur.

La loi luxembourgeoise doit ainsi être impérativement modifiée, afin de préciser également les exigences négatives de l'exemption.

### **b) *L'abus de position dominante***

A la différence des ententes, les abus de position dominante ne sont pas susceptibles de rachat.

A titre liminaire, il convient de rappeler que la possession d'un pouvoir économique n'est pas intrinsèquement condamnable. Seule est sanctionnée l'exploitation abusive d'une position dominante. Il est donc nécessaire de définir la notion de position dominante avant d'examiner les circonstances pouvant être de nature à rendre abusive l'utilisation de ce pouvoir de marché.

#### *La position dominante*

Le droit luxembourgeois rend passibles des mêmes sanctions que celles applicables aux ententes „les activités d'une ou plusieurs entreprises qui exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché et qui portent atteinte à l'intérêt général“.

La CJCE définit la position dominante comme une „position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs<sup>43</sup>“.

Il y a donc lieu de prendre en compte deux éléments d'empêcher une concurrence effective et la capacité de se comporter de façon indépendante à l'égard de trois groupes d'acteurs sur le marché<sup>44</sup>.

Pour caractériser une position dominante, il est ainsi nécessaire de définir préalablement le marché pertinent, la part détenue par l'entreprise en cause et l'existence de barrières à l'entrée. Ces critères sont presque universellement reconnus, même si des différences de méthodes apparaissent dans l'appréciation effective d'une position dominante. Deux conceptions existent et peuvent être schématiquement résumées comme suit:

- la première consiste à établir des seuils quantitatifs de parts de marché au-delà desquels l'entreprise ou le groupe d'entreprises est présumé détenir une position dominante. La présomption peut être simple ou irréfragable selon le cas. Ce système prévaut notamment en droit allemand.
- une seconde méthode consiste à adopter une définition purement empirique de la position dominante en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, le critère de la part de marché n'étant pas considéré à lui seul comme suffisant. Cette solution semble notamment retenue par le traité CE et la loi française.

En réalité, ces deux techniques ne sont pas si éloignées l'une de l'autre, et les jurisprudences nationales et communautaire paraissent dégager peu à peu une synthèse de ces différents axes<sup>45</sup>.

#### *La notion d'abus*

Il faut ensuite s'attacher à définir l'existence d'un abus dans l'utilisation de la position dominante. Or, si l'abus par une entreprise du pouvoir qu'elle exerce sur le marché est une préoccupation que l'on retrouve dans toutes les législations sur la concurrence, l'éventail des pratiques qu'il convient de condamner diffère sensiblement d'un pays à l'autre<sup>46</sup>. Il ne s'agit pas d'examiner ici le détail des comportements considérés comme abusifs. Il convient néanmoins de relever que l'appréciation du caractère abusif d'un comportement dépend des objectifs de la loi, c'est-à-dire en réalité des ambitions

43 V. not, CJCE, 14 fév. 1978, United Brands, Rec. p. 207.

44 En ce sens V. Note de référence OCDE par S. VAN SICLEN, 1 oct. 1996 1 17 V. D. Brault, Droit de la concurrence comparée, Economica, 1995, pp. 35 et suiv.

45 V. D. Brault, Droit de la concurrence comparée, Economica, 1995, pp. 35 et suiv.

46 V. M. E. JANOW, L'abus de position dominante dans une optique internationale, OCDE, 1 oct. 1996

de chaque politique de concurrence. En d'autres termes, „si l'efficience économique est le principal objectif, les actions tendant à réduire le bien-être devraient être considérées comme abusives. Si la loyauté dans les relations commerciales est le principal objectif, on peut, par exemple, considérer comme abusif le fait de tirer parti d'une meilleure position de négociation. Pour les autres objectifs possibles – pluralisme, promotion des petites entreprises ... – on peut envisager pour chacun une série d'actions qui font obstacle à leur réalisation, et pourraient par conséquent être considérées comme abusives“<sup>47</sup>.

L'approche de l'abus suivie par le droit luxembourgeois actuel est sensiblement différente de celle retenue ailleurs.

La loi est imprécise et ne comporte aucune liste indicative des comportements constitutifs d'abus. A cet égard, il serait judicieux de suivre la même démarche que celle déjà préconisée en matière d'ententes, cette méthode étant déjà retenue aussi bien par le droit communautaire que par les autres droits nationaux.

La réglementation actuelle ne sanctionne que les abus de position dominante qui portent atteinte à l'intérêt général. Nous ne reviendrons pas sur les problèmes inhérents à une telle disposition, référence d'autant plus inacceptable en matière d'abus de position dominante que la notion d'intérêt général paraît inconciliable avec l'existence d'un abus. Dès lors, cette exigence supplémentaire de l'atteinte à l'intérêt général est inutile et dangereuse.

Sur un plan formel, la loi nouvelle distinguera davantage le régime de l'interdiction des ententes, susceptibles d'exemptions et celui de la prohibition absolue des abus de position dominante. Sur ce point, la structure de l'article 2 de la loi du 17 juin 1970 ne semble pas offrir toute la clarté voulue. S'il est vrai que le système d'exemption s'applique en fait exclusivement aux ententes, une lecture rapide du texte peut laisser penser que les abus de position dominante peuvent être rachetés. Il serait donc judicieux de clarifier les choses en séparant nettement les deux types d'infractions et en établissant deux régimes de prohibition clairs: le premier applicable aux ententes sous réserve d'exemption, le second concernant les abus de position dominante.

## **B. Décisions et sanctions relatives aux pratiques commerciales restrictives de concurrence**

### **a) *Un renforcement inévitable des sanctions***

Alors que les ententes et les abus de position dominante sont frappés d'interdiction et nuls de plein droit, tant en application des articles 81, paragraphe 2, et 82 du traité CE que des dispositions nationales en vigueur dans les autres Etats membres, la loi luxembourgeoise ne prévoit qu'un système d'interdiction à double détente, inutilisé de surcroît en pratique.

Après avoir décrit le régime des sanctions théoriquement applicables et ses limites, nous nous attacherons à démontrer qu'aucune sanction n'est effectivement mise en oeuvre, ce qui empêche toute approche préventive du phénomène des ententes et enlève tout caractère dissuasif à la réglementation en vigueur.

### **b) *Des sanctions théoriques imprécises et inappliquées***

Après avoir obligatoirement pris l'avis de la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives (CPCR), le ministre a la faculté:

- „1) de classer les affaires qui ne tombent pas sous les dispositions de l'article 1er,
- 2) d'adresser aux parties intéressées des avertissements ou recommandations,
- 3) d'interdire totalement ou partiellement des mesures ou des pratiques reconnues contraires à l'article 1er et aux avertissements et recommandations donnés en vertu du numéro 2 ci-dessus. (...).“<sup>48</sup>

<sup>47</sup> En ce sens V. Note de référence OCDE par S. VAN SICLEN, op cit.

<sup>48</sup> Loi du 17 juin 1970, art. 7

Il résulte de ce texte que les ententes ne sont pas interdites par principe en droit luxembourgeois, mais que l'opportunité d'une telle interdiction est examinée au cas par cas, décision qui relève de la compétence du ministre.

La loi du 17 juin 1970 prévoit également la possibilité de sanctionner pénalement des comportements répréhensibles même si les contours des incriminations éventuelles paraissent fort mal définis, voire même contradictoires.

L'article 8 dispose, en effet, notamment:

„En cas d'infraction à une décision d'interdiction ou d'injonction devenue définitive ou coulée en force de chose jugée, le Procureur d'Etat de l'arrondissement où se trouve le siège de l'entreprise défaillante, est saisi du dossier pour entamer des poursuites judiciaires.

Les propriétaires, gérants, administrateurs ou dirigeants d'entreprises qui ont été reconnus coupables d'une infraction à l'article 1er, par application de l'article 7 numéro 3 sont punis d'une peine d'emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 10.000 à un million de francs ou d'une de ces deux peines seulement, sans préjudice d'autres peines prévues par le code pénal ou par d'autres dispositions législatives ou réglementaires (...).“

Le premier alinéa de ce texte pourrait laisser penser que la sanction pénale ne serait encourue qu'en cas d'inobservation d'une décision ministérielle. Toutefois, l'alinéa 2 confère la possibilité de réprimer une entente dès lors que le ministre a prononcé son interdiction totale ou partielle ou qu'il a constaté que les avertissements et recommandations qu'il a donnés préalablement n'ont pas été suivis d'effet.

Cette démarche, assurément peu claire, n'est pas satisfaisante. Elle ne précise pas les conditions dans lesquelles des ententes révélées *a posteriori* peuvent être condamnées. Cette situation est d'autant plus regrettable que la jurisprudence n'est pas susceptible de fournir le moindre éclaircissement.

Il en résulte que les acteurs économiques peuvent en pratique s'entendre impunément et que les interdictions éventuellement prononcées par le ministre n'ont d'effet que pour l'avenir.

En l'absence de sanctions pécuniaires réelles et dissuasives, on peut affirmer que la loi actuelle ne dispose en réalité d'aucune condamnation de principe des ententes et fait abstraction de la dimension préventive et pédagogique du droit de la concurrence.

On constate que la loi luxembourgeoise n'édicte aucune interdiction de principe des ententes et des abus de position dominante, et ne prévoit pas non plus la nullité de tels accords. Or, seule l'affirmation claire de la nullité rétroactive des pratiques anticoncurrentielles conjuguée à l'application effective de sanctions pécuniaires réellement dissuasives pour sanctionner des comportements passés est susceptible de donner à la réglementation sa force contraignante et son efficacité.

\*

### III. L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

Afin de mieux comprendre la nécessité de la mise en place d'une autorité luxembourgeoise, il paraît important de retracer brièvement les défis posés par le nouveau règlement communautaire.

#### **A. Le nouveau règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité<sup>49</sup> et l'impact pour le Luxembourg**

En 1962, le Conseil a arrêté le règlement No 17, premier règlement d'application des articles 81 et 82. Ce règlement a établi le système de contrôle et les procédures de mise en application que la Commission européenne a appliqués pendant 40 ans, sans qu'une modification substantielle y ait été apportée.

Le règlement 17 a créé un système fondé sur l'applicabilité directe du principe d'interdiction énoncé à l'article 81, paragraphe 1, et la notification préalable des accords en vue de l'octroi de l'exemption

<sup>49</sup> Publié au Journal Officiel des Communautés européennes du 4 janvier 2003, No L1, pages 1 et suivantes.

prévue à l'article 81, paragraphe 3. Les juridictions et autorités nationales de la concurrence étaient habilitées à appliquer l'article 81, paragraphe 1, mais seule la Commission était habilitée à appliquer l'article 81, paragraphe 3, c'est-à-dire à accorder des exemptions aux entreprises. Le règlement No 17 a donc établi un système d'autorisation centralisé pour tous les accords nécessitant une exemption.

Une véritable culture de la concurrence a pu s'établir en Europe grâce à ce système d'autorisation centralisé. A une époque où l'interprétation de l'article 81, paragraphe 3 était encore incertaine et où la Commission avait pour principal objectif l'intégration des marchés nationaux, la mise en application centralisée des règles de concurrence par la Commission était le seul système approprié.

Au fil des années, les Etats membres ont mis en place des autorités de concurrence (plus ou moins indépendantes des gouvernements) pour appliquer les législations nationales et le droit communautaire de la concurrence. Le Luxembourg est actuellement le seul Etat membre à ne pas avoir d'autorité de concurrence.

Le nouveau règlement a été adopté formellement le 16 décembre 2002 par le Conseil et la date d'application est fixée au 1er mai 2004.

L'abrogation de l'obligation de notification et le passage au système de l'exception légale permettra à la Commission de concentrer davantage son action sur la répression des infractions les plus graves. Ensuite, la réforme instituera un contrôle plus efficace et effectif des règles de la concurrence à l'intérieur de la Communauté. Finalement, la cohérence de l'application des règles de la concurrence et la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence se feront dans le cadre d'un réseau européen des autorités de concurrence. Ce réseau constitue le cœur du nouveau système. Les autorités nationales de concurrence devront pouvoir appliquer directement les articles 81 et 82 du Traité et devront, à l'instar de la Commission, se doter d'un pouvoir de sanction réel et efficace, faute de quoi la Commission ne manquera pas de retirer des affaires aux autorités nationales.

Le nouveau Règlement doit permettre d'assurer, d'une part, une surveillance efficace des règles de concurrence et, d'autre part, de simplifier dans la mesure du possible le contrôle administratif.

#### *1. La suppression du régime d'autorisation et des notifications et le passage au système d'exception légale*

Alors que le règlement No 17 obligeait les entreprises à notifier les accords susceptibles d'enfreindre l'article 81 du Traité, l'article 1er du nouveau règlement pose les principes de l'interdiction automatique des accords, décisions et pratiques concertées ne remplissant pas les conditions d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, et de la validité automatique des accords, décisions et pratiques concertées remplissant les conditions d'exemption de l'article 81, paragraphe 3, sans que des décisions préalables soient nécessaires à cet effet.

L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du Traité est également interdite sans qu'une décision préalable soit nécessaire.

Dans le cadre du système des notifications obligatoires, les notifications devaient légalement donner lieu à une décision de la Commission. Toutefois, faute de moyens, elles ont en pratique le plus souvent débouché sur des lettres de confort („comfort letters“). Le système des notifications obligatoires présentait l'avantage de donner une sécurité juridique aux entreprises quant à la validité des accords. La suppression de la notification obligatoire aura comme conséquence que les entreprises, ou plutôt leurs conseils, devront déterminer eux-mêmes si l'accord envisagé est conforme aux articles 81 et 82 du Traité. Le nouveau régime réduira certes la bureaucratie, mais il a été déploré tout au long des discussions, que ce système manque de la nécessaire sécurité juridique et que seules les grandes entreprises puissent se permettre de faire évaluer leurs accords.

Le projet de loi reprend expressément le système d'exception légale.

#### *2. Une application cohérente et uniforme des articles 81 et 82 du Traité et l'abolition du monopole de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité*

L'article 3 du nouveau règlement précise les rapports entre les articles 81 et 82 du Traité et les droits nationaux de la concurrence et constitue la pierre angulaire du nouveau règlement.

Lorsque les autorités de concurrence des Etats membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pra-



tiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1er, du Traité susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, elles doivent appliquer également l'article 81 du Traité.

L'article 3 oblige les autorités nationales à appliquer l'article 81 dès que le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté. Ce nouveau principe devra permettre une application uniforme de l'article 81 à l'intérieur de la Communauté. Cependant, le nouveau règlement ne donne pas de précisions quant à la notion de l'affectation du commerce intracommunautaire, concept-déclencheur pour l'application du droit communautaire et qui sera précisé dans une communication de la Commission.

Lorsque les autorités de concurrence ou les juridictions des Etats membres appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du Traité, elles doivent appliquer également l'article 82 du Traité.

L'article 3, paragraphe 2, du nouveau règlement précise, d'une part, que l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'association d'entreprises ou de pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1er du Traité, qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du Traité, ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité et, d'autre part, que le nouveau règlement n'empêche pas les Etats membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

L'article 3, paragraphe 3, du nouveau règlement précise que les règles prévues aux paragraphes 1er et 2 du règlement ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des Etats membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations et que ces deux paragraphes n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du Traité.

L'article 5 du nouveau règlement habilite les autorités de concurrence des Etats membres à appliquer les articles 81 et 82 du Traité dans des cas individuels.

L'article 29 du nouveau règlement maintient le monopole de la Commission en ce qui concerne le retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption si elle considère dans un cas déterminé qu'un accord, décision ou pratique concertée visé par ce règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du Traité. Ce monopole de retrait individuel réservé à la Commission ne s'applique que pour les règlements du Conseil suivants: le règlement No 1534/91 du 31 mai 1991 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, dans le secteur des assurances, le règlement No 3976/87 du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, dans le secteur du transport aérien et le règlement No 479/92 du 25 février 1992 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, dans le domaine des compagnies maritimes de ligne.

Les nouvelles règles de concurrence sont directement calquées sur les règles de concurrence européennes précisées aux articles 81 et 82 du Traité et du nouveau Règlement. Il aurait été peu prudent et inopportun d'essayer de créer des règles spécifiques luxembourgeoises en cette matière.

Après quarante ans d'application du droit de la concurrence européen, la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence du Tribunal de 1ère instance ainsi que de la Cour de Justice des Communautés Européennes fournissent des réponses aux entreprises qui s'interrogent sur la légalité de leur comportement sur le marché. Elles sont encore de nature à guider la future autorité de concurrence appliquant une matière nouvelle pour le Luxembourg.

\*

Répondant aux critiques exposées précédemment, les auteurs du projet estiment qu'il n'est plus indiqué de confier l'application du droit de la concurrence au ministre ayant dans ses attributions l'Economie, mais à une autorité nouvelle, indépendante dans l'exercice de sa mission.

## **B. Les missions de l'autorité de la concurrence**

Il convient d'abord d'exposer les missions qui lui seront dévolues. Le nouveau Règlement No 1/2003 oblige le Luxembourg à désigner une autorité de concurrence capable d'assumer les obligations nouvelles imposées par le règlement.

### **a) Application des règles nationales de la concurrence**

L'autorité de la concurrence doit garantir l'ordre public économique en matière de concurrence et assumer le rôle d'un régulateur du marché en intervenant, à l'instar de la Commission européenne, notamment de sa propre initiative.

En vertu du droit national de la concurrence, elle devra examiner si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ d'application de la loi et, le cas échéant, imposer des amendes. La future autorité de la concurrence n'aura pas le droit de statuer sur des contestations ayant pour objet des droits civils. Les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour tirer les conséquences civiles de la constatation d'une pratique anticoncurrentielle et ainsi prononcer la nullité d'un contrat et condamner à des dommages et intérêts. Le rôle de la future autorité de la concurrence est limité à la constatation, l'interdiction et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles. L'application du droit national de la concurrence sera probablement très limitée étant donné que le critère de l'affectation du commerce intracommunautaire, élément-déclencheur pour l'application exclusive des articles 81 et 82 du Traité, est susceptible d'être rempli dans beaucoup de cas.

### **b) Application du droit communautaire de la concurrence**

Suite au Règlement No 1/2003, la nouvelle autorité devra être investie du pouvoir d'appliquer les règles de concurrence communautaires qui ont été établies par le traité de 1957 instituant la Communauté européenne.

L'article 81 du Traité énonce les règles applicables aux accords restrictifs, décisions et pratiques concertées, tandis que l'article 82 traite des abus de position dominante.

En 1962, le Conseil a adopté le règlement No 17 qui définit les règles de procédure relatives à l'application des articles 81 et 82 du Traité.

Dans le système actuel, la Commission européenne a une compétence exclusive pour appliquer l'article 81, paragraphe 3, du Traité, tandis que l'article 81, paragraphe 1er, peut également être appliqué par les juridictions nationales et les autorités de concurrence des Etats membres.

Dans le nouveau régime, l'autorité nationale de la concurrence aura un rôle beaucoup plus important à jouer que dans le système actuel. Les autorités nationales devront disposer de moyens pour prêter main-forte à la Commission européenne et pour conduire des investigations pour le compte de la Commission ou pour d'autres autorités de la concurrence faisant partie du futur réseau d'autorités de concurrence. Beaucoup d'affaires actuellement soumises à la Commission ne concernent que quelques Etats membres ou seulement un seul Etat membre. Il est envisagé que la Commission européenne ne traitera plus des affaires qui concernent moins de 4 Etats membres à moins qu'une telle affaire ne soit d'une importance capitale pour définir la politique de concurrence auquel cas la Commission se déclarerait compétente. Pour des affaires n'affectant pas plus de 3 Etats membres, l'autorité la mieux placée doit en principe traiter l'affaire et une coopération entre plusieurs autorités doit alors être possible.

En outre, le nouveau Règlement impose aux autorités nationales un certain nombre d'obligations supplémentaires par rapport à l'ancien règlement (article 11 du Règlement No 1/2003).

Devant le contexte de la libéralisation favorisée par la Commission européenne, le Luxembourg doit être à même d'assumer les nouvelles obligations et au moins pouvoir suivre les développements en droit de la concurrence lors des réunions avec la Commission.

Etant donné que la Commission se réserve un certain droit de regard sur les autorités nationales de la concurrence et qu'elle envisage même de pouvoir retirer des affaires à une autorité nationale, les auteurs du projet considèrent que le fait de confier l'application aux juridictions de droit commun ou à une juridiction spécialisée heurterait le principe constitutionnel de l'indépendance du juge.

## **C. Les caractéristiques d'une autorité de la concurrence**

### **a) L'indépendance**

La loi actuelle confère au ministre de l'Economie la possibilité de saisir la Commission des Pratiques Commerciales Restrictives (CPCR) dont il nomme les membres et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Le Luxembourg est le seul pays de l'Union européenne qui réunit ces pouvoirs entre les mains de l'exécutif.

Ce système était parfaitement concevable en 1970, à une époque où à peu près partout en Europe, la politique de concurrence faisait son apparition timide. Depuis, le droit de la concurrence, sous l'impulsion de la Commission européenne, a fondamentalement évolué et les législations européennes ont instauré la séparation des pouvoirs entre les organes chargés d'enquêter et ceux à qui revient la compétence de décision.

Cette séparation a été introduite à des degrés divers dans les autres Etats membres de l'Union européenne: une séparation absolue des autorités de cartel et du pouvoir politique par la création d'une autorité indépendante à l'image du Bundeskartellamt en Allemagne, d'une part, une simple division des fonctions d'enquête et de décision dévolues à des organes différents, d'autre part. En tout cas, le pouvoir de décision et de sanction est entre les mains d'une autorité de concurrence indépendante du pouvoir exécutif.

Cette indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif s'avère indispensable pour diverses raisons.

L'exécutif ne saurait que difficilement à la fois gérer ou contrôler des entreprises publiques soumises aux règles de concurrence et se faire juge de l'application de ces mêmes dispositions.

L'indépendance renforce par ailleurs la légitimité des décisions et des sanctions. Plus concrètement encore, il n'est pas concevable que les autorités publiques qui interviennent, à des titres divers dans le fonctionnement des entreprises, puissent en même temps s'ériger en gardien de la libre concurrence.

L'Etat doit fixer les orientations de la politique de concurrence, mais il revient à des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels de veiller au respect des dispositions relatives à la concurrence.

Le doute sur la neutralité de l'exécutif dans les affaires de concurrence se précise encore à la lumière des instruments de politique économique dont le ministre use pour intervenir dans l'économie.

L'actuel pouvoir décisionnel du ministre est plus théorique que réel. L'instruction des affaires et les enquêtes sont actuellement abandonnées à la CPCRC. Cette dernière soumet au ministre un avis circonstancié et longuement motivé, fruit de recherches économiques et juridiques poussées et de débats contradictoires. On voit mal comment le ministre pourrait s'écarter de cet avis sans risquer de voir sa décision invalidée par le juge administratif. Dans toutes les affaires soumises jusqu'ici à la CPCRC, le ministre n'a jamais fait autre chose que d'avaliser l'avis de la CPCRC dans sa décision qui n'est plus que formelle.

Les auteurs du présent projet se sont donc largement inspirés des solutions retenues en droit belge et français, ci-après brièvement exposées.

La Belgique s'est dotée depuis le 1er avril 1999, date d'entrée en vigueur de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999, d'une législation nouvelle en matière de concurrence.

La loi belge a confié la surveillance de la concurrence à quatre organes:

- le Service de la concurrence;
  - le Corps de rapporteurs;
  - le Conseil de la concurrence;
  - la Commission de la concurrence.
- Le Service de la concurrence, institué au sein du Ministère des Affaires économiques, a pour mission de rechercher et de constater l'existence de pratiques de commerce prohibées. Il instruit toutes les affaires pour lesquelles une procédure doit être engagée et veille à l'exécution des décisions intervenues.
  - Un corps de rapporteurs est institué auprès du Service de la concurrence. Les rapporteurs sont chargés notamment:
    1. de diriger et d'organiser l'instruction,
    2. de donner aux agents du service les ordres de mission,
    3. d'établir et de présenter le rapport d'instruction au Conseil indépendant de la concurrence.
  - Le Conseil de la concurrence, institué auprès du Ministère des Affaires économiques est une juridiction administrative qui a des compétences de décision, de proposition et d'avis.

Le Conseil de la concurrence est composé de 20 membres.

En France, le contentieux de la concurrence est également confié à un Conseil de la concurrence, une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la

concurrence sur les marchés et pour sauvegarder l'ordre public économique. Le système français est très particulier dans la mesure où l'instruction des affaires peut être effectuée par un service de la concurrence du Ministère de l'Economie et des Finances et par les rapporteurs du Conseil de la concurrence.

La composition, l'organisation et les modalités de la saisine du Conseil indépendant de la concurrence garantissent son indépendance.

#### **b) *Un pouvoir de sanction et d'enquête sous le contrôle du juge***

L'efficacité d'une autorité de la concurrence s'apprécie entre autres en fonction des pouvoirs de sanction et d'enquête dont elle est investie.

Une des raisons pour lesquelles la loi actuelle et la CPCR n'ont pas pu fonctionner efficacement réside de l'absence d'un pouvoir de sanction pécuniaire accordé au ministre qui prend une décision sur base d'un avis délivré par la CPCR.

Le projet de loi reprend les dispositions du Règlement No 1/2003 en les adaptant à la situation luxembourgeoise (amendes et astreintes).

Les auteurs du projet sont conscients du pouvoir important accordé à l'autorité de concurrence et ils ont prévu toutes les garanties nécessaires pour échapper aux critiques émises par le Conseil d'Etat à de multiples reprises dans d'autres matières. Les auteurs du projet se sont référés à l'avis du Conseil d'Etat du 29 janvier 2002 relatif au projet de loi portant

1. abrogation de l'article IV de la loi du 31 juillet 1995 relative à l'emploi et la formation professionnelle et complétant la transposition de la Directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services;
2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail.

Ce projet de loi prévoyait à l'article 12 une amende d'ordre susceptible d'être prononcée par le Directeur de l'Inspection du travail et des mines. Le Conseil d'Etat qualifie les sanctions comme étant de nature administrative et rappelle que les sanctions administratives doivent remplir certaines exigences reprises de la matière pénale, à savoir notamment:

- une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination pour exclure tout arbitraire;
- une décision motivée;
- impossibilité de sanctionner une personne sans que celle-ci ait été mise à même de connaître les charges qui existent contre elle et sans qu'elle ait pu faire valoir ses moyens de défense;
- possibilité d'un recours de pleine juridiction.

Les auteurs du présent projet de loi ont estimé qu'il fallait préciser les règles de procédure et en particulier les droits de la défense. Il aurait été difficile et incohérent de vouloir créer de nouvelles règles. La solution retenue consiste à reprendre les dispositions du Règlement tout en donnant encore des garanties supplémentaires aux entreprises par rapport au règlement communautaire.

#### **D. Les options concernant la structure de l'autorité de la concurrence**

Connaissant les missions et les caractéristiques d'une autorité de concurrence, les auteurs du projet ont été confrontés au choix difficile de l'organe auquel sera confié le contentieux de la concurrence.

Etant donné que l'indépendance est une des caractéristiques fondamentales d'une autorité de la concurrence, il serait de prime abord naturel de confier l'application de la loi concernant la concurrence à un juge.

Le fait de confier tout simplement le pouvoir décisionnel relatif à une affaire de concurrence au juge (judiciaire, administratif ou spécialisé) pose cependant deux types de problèmes:

- 1) le droit d'intervention de la Commission européenne dans le cadre du futur règlement 17 et du réseau d'autorités de concurrence rend cette option inenvisageable à moins de toucher au principe constitutionnel de l'indépendance du juge;
- 2) la compétence requise en matière économique, compétence indispensable pour une autorité de la concurrence, exige des compétences économiques hautement spécialisées de sorte qu'il y a lieu de prévoir un organe de décision qui ne soit pas exclusivement composé de magistrats.

Certains Etats membres (Allemagne, France, Italie) ont confié l'application du droit de la concurrence à une autorité administrative indépendante.

Les auteurs du projet ont écarté le choix de la création d'un établissement public ou d'une administration nouvelle pour deux raisons:

- La charge de travail potentielle de la future autorité est difficilement prévisible surtout face au contexte de la décentralisation et des tâches nouvelles attribuées aux autorités nationales de concurrence. Avant de créer une nouvelle structure lourde à gérer, les auteurs du projet estiment qu'une autorité de la concurrence puisse fonctionner, dans un premier temps, avec un personnel relativement réduit.
- Il s'y ajoute que la prolifération d'établissements publics est souvent critiquée (voir notamment l'avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 1998 concernant le projet de loi relatif à l'accréditation, la certification, la normalisation et la promotion de la qualité).

La solution proposée dans le présent projet, c'est-à-dire la création d'un Conseil de la concurrence indépendant est basée sur des modèles existants (voir notamment la Commission indépendante de la radiodiffusion instituée par la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques).

Le paragraphe 2 de l'article 30 de la loi précitée dispose comme suit:

*„La Commission indépendante décide notamment de l'attribution et du retrait des autorisations (...), en agissant en toute indépendance vis-à-vis du Gouvernement et dans le respect des objectifs définis à l'article 1er, alinéa (2) (...).“*

A l'instar de cette Commission, qui est formée d'un collège de cinq membres, dont un magistrat qui la préside, les auteurs du projet proposent de confier le pouvoir de décision à un collège composé de trois membres effectifs, dont un magistrat.

Cette Commission indépendante de la radiodiffusion „bénéficie de l'assistance du Service des médias et de l'audiovisuel et du concours technique de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, et elle peut s'adjoindre des experts pour la conseiller dans l'exercice de sa mission“ (paragraphe 6 de l'article 30 de la loi).

La principale différence entre cette Commission et le Conseil indépendant de la concurrence se situe au niveau des pouvoirs de sanctions attribués au Conseil indépendant de la concurrence. Alors que la Commission indépendante de la radiodiffusion ne dispose pas de pouvoirs de sanction pécuniaire, le Conseil indépendant de la concurrence peut en infliger.

Le Conseil d'Etat a précisé, dans un avis du 29 janvier 2002 (No 45.237), au sujet d'une amende administrative avec un maximum de 1.000.000 de francs (double du maximum en cas de récidive), qu'une telle amende administrative prend le caractère d'une peine pénale qui, au regard des critères rappelés par la Cour européenne des droits de l'homme dans nombre d'arrêts, doit obéir à des règles de fond et de procédure exigeantes.

Les auteurs du projet de loi ont veillé à ce que tous les principes de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) soient respectés par le Conseil indépendant de la concurrence.

Les garanties accordées aux parties ainsi que la procédure sont fixées par la loi et la décision du Conseil indépendant de la concurrence peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction (recours en réformation) devant le Tribunal administratif en ce qui concerne le montant de l'amende.

Le projet de loi prévoit des garanties procédurales fondamentales pour les parties, notamment l'envoi d'une communication de griefs à laquelle les parties peuvent répondre, la possibilité de demander des auditions, l'accès au dossier encadré de règles précises sur le caractère confidentiel des informations communiquées à l'autorité de la concurrence.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5229/01

N° 5229<sup>1</sup>

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

---

---

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AMENDEMENTS GOUVERNEMENTAUX**

(31.12.2003)

**Amendement No 1**

La deuxième phrase de l'article 7, premier paragraphe, alinéa 1er est biffée.

L'article 7, premier paragraphe, alinéa 1er est complété comme suit:

*„Le cadre du Conseil comprend dans la carrière supérieure de l'administration:*

*– un Président du Conseil indépendant de la concurrence“.*

**Amendement No 2**

L'article 7, deuxième paragraphe est remplacé par les dispositions suivantes:

*„(2) Le Président du Conseil a, pendant l'exercice de ses fonctions, la qualité de fonctionnaire de l'Etat.*

*En cas de cessation du mandat, le titulaire issu du secteur public est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme Président du Conseil jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade.*

*Pour la cas où le Président du Conseil est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation.*

*En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.*

*Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par le Gouvernement en Conseil.“*

**Amendement No 3**

L'intitulé du Chapitre III est remplacé par l'intitulé suivant:

*„Chapitre III – Dispositions spécifiques, modificatives, abrogatoires et finales“*

**Amendement No 4**

L'intitulé de l'article 31 est remplacé par l'intitulé suivant:

*„Art. 31. Dispositions modificatives et abrogatoires“*



### Amendement No 5

L'article 31 est complété par les dispositions suivantes:

*„La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat est modifiée comme suit:*

- 1) *A l'article 22, section IV, numéro 9 est ajoutée la mention suivante: „Président du Conseil indépendant de la concurrence“*
- 2) *A l'annexe A – classification des fonctions – la rubrique I „Administration générale“, est modifiée et complétée comme suit:  
„Au grade 17 est ajoutée la mention suivante: „Conseil indépendant de la concurrence – Président“*
- 3) *A l'annexe D – Détermination – la rubrique I, „Administration générale“, est modifiée et complétée comme suit:  
„A la carrière supérieure de l'administration, au grade 12 de la computation de la bonification d'ancienneté, est ajoutée au grade 17 la mention suivante: „Président du Conseil indépendant de la concurrence.“ “*

### Motif

Il s'avère nécessaire de créer la fonction de Président du Conseil indépendant de la concurrence par la loi. Le classement du Président au grade 17 de la Fonction publique, rubrique „Administration Générale“ se justifie en raison des hautes responsabilités qu'exerce le Président du Conseil indépendant de la concurrence. L'exercice des fonctions quasi juridictionnelles du Président justifie au moins le classement dans le grade 17. Les responsables d'autres autorités de concurrence en Europe sont classés dans des grades beaucoup plus élevés que le grade proposé et normalement classés au moins au même niveau hiérarchique que les responsables des autorités de régulation sectorielles comme par exemple l'Institut luxembourgeois de régulation.

Afin d'échapper à une éventuelle opposition formelle du Conseil d'Etat, le Président du Conseil de la concurrence, lorsqu'il est issu du secteur privé, n'aura pas droit à un poste dans l'administration gouvernementale, en cas de cessation de son mandat, mais il pourra prétendre à une indemnité d'attente analogue à celle prévue par la loi sur le médiateur.

5229/04

N° 5229<sup>4</sup>

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE DES CONSOMMATEURS**

(22.1.2004)

En décembre dernier, la Commission Européenne a rempli un poste nouvellement créé de chargé des relations avec les consommateurs au sein de la direction générale de la Concurrence „afin de pouvoir instaurer un dialogue permanent avec les consommateurs européens, dont le bien-être est l'un des principaux objectifs de toute politique de concurrence, mais dont la voix n'est pas suffisamment entendue lors du traitement des différentes affaires ou lors des discussions sur des questions de politique de concurrence"<sup>1</sup>. Cette intention communautaire étant connue depuis décembre 2002, l'ULC regrette vivement qu'elle n'ait pas été consultée sur le projet de loi luxembourgeois et, surtout, qu'aucun mécanisme ne soit prévu pour que le nouveau Conseil indépendant de la Concurrence (Conseil), assisté de l'Inspection de la concurrence pour l'instruction des affaires, entende et assiste l'ULC comme association représentative des consommateurs.

Dans la mesure où les nouvelles règles de concurrence luxembourgeoises sont directement calquées sur les règles de concurrence européennes, il paraît opportun d'associer activement les consommateurs à la bonne exécution de la nouvelle politique dans le même sens que la Commission Européenne compte le faire:

- „le chargé des relations avec les consommateurs signalera aux organisations de consommateurs les affaires de concurrence dans lesquelles leur avis pourrait être utile et les conseillera sur la façon dont elles pourront apporter des informations et faire connaître leur avis“
- „il collaborera avec les autorités nationales de la concurrence sur les questions liées à la protection des consommateurs.“

L'ULC sollicite que cette mission d'information, de conseil et de recueil d'avis vis-à-vis de l'association représentative des consommateurs soit inscrite parmi les missions du Conseil.

Seules les plaintes répétées des associations de consommateurs en Europe ont permis à des secteurs-phare comme l'automobile et le transport aérien de s'ouvrir à une concurrence réelle. La vigilance des associations de consommateurs reste de mise pour que la libéralisation de plus en plus poussée en matière de biens et de services profite aux consommateurs en termes de variété, de prix et de qualité de l'offre ainsi que de *services d'intérêt général* accessibles à tous (télécommunications, poste, énergie/eau, transport, ...). Face à de nouvelles règles de protection des consommateurs ou d'une plus grande concurrence, les secteurs professionnels menacent habituellement d'augmenter leurs prix. L'ULC cite l'impact annoncé de la future loi relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles<sup>2</sup>, la remise en question des coefficients obligatoires de bonus/malus en matière d'assurance automobile<sup>3</sup>, le nouveau Règlement CE en matière de distribution et de services après-vente d'automobiles<sup>4</sup>, le Règlement CE sur les paiements transfrontaliers en euro (frais bancaires)<sup>5</sup>, les tarifs téléphoniques<sup>6</sup>, ... Il incombera au Conseil d'éviter que des ententes anticoncurren-

1 Communiqué de presse IP/03/1679 du 9 décembre 2003

2 Projet de loi, document parlementaire No 5193

3 Recours de la Commission contre le système obligatoire luxembourgeois devant la Cour de Justice des CE

4 Règlement (CE) No 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002

5 Règlement (CE) No 2560/2001 du 19.12.2001 (JO L 344 du 28.12.2001)

6 voir „de Konsument“ Nr. 12 de décembre 2002

tielles mettent à exécution ces menaces sous le prétexte d'une protection des consommateurs plus coûteuse. L'avis des consommateurs et usagers sera primordial à cet égard.

*Vu la taille réduite du marché luxembourgeois, des problèmes particuliers se poseront en matière d'application de la nouvelle loi:*

### 1. Tissu socio-économique et infrastructure

Le commentaire du projet souligne que les „*entreprises de petite ou moyenne dimension ont besoin de conjuguer leurs efforts*“ et que „*la nécessité de procéder à des investissements importants pour faire face à la concurrence internationale justifie une coopération entre entreprises*“. Des ententes pourraient être acceptées compte tenu de leur „*portée sociale*“. L'ULC partage le souci de maintenir l'emploi au Luxembourg face aux concentrations et fermetures internationales d'entreprises. Beaucoup d'entreprises présentes au Luxembourg sont, en effet, contrôlées par des sociétés étrangères. De ce fait, les modifications de la structure du marché luxembourgeois pourraient provenir des répercussions d'opérations de concentration internationale. Face à ces enjeux internationaux, l'opportunité de certains regroupements d'entreprises luxembourgeoises devrait être examinée, afin que les synergies opérées deviennent un instrument de dynamique économique.

Mais, l'ULC met en garde contre une politique *entravant l'accès au marché luxembourgeois* de nouveaux fournisseurs de biens et services. L'ULC réclame ainsi la levée du moratoire d'établissement des grandes surfaces commerciales: „*En effet, la politique européenne et luxembourgeoise préconise l'économie de marché c'est-à-dire le régime concurrentiel et son corollaire, le droit d'établissement. L'ULC insiste dans l'intérêt du consommateur que la formation des prix par les forces du marché soit régulée dans de bonnes conditions. Autrement dit, qu'il y ait un nombre suffisant de distributeurs, vendeurs et prestataires de services.*“<sup>7</sup> Les travaux préparatoires du Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann<sup>7bis</sup> précédant le présent projet de loi se demandaient déjà si le marché unique peut être considéré comme une réalité au Luxembourg en ce qui concerne le secteur commercial et dénonçaient de nombreuses autres entraves à l'accès au marché des biens et services.

L'ULC rappelle que les petites et moyennes entreprises ne peuvent impunément invoquer que leurs ententes ne seraient que des *accords d'importance mineure* et échapperaient à l'application du droit de la concurrence.<sup>8</sup> Les principales brasseries luxembourgeoises ont infructueusement invoqué cet argument face à la Commission Européenne pour éviter que la répartition entre eux du marché „*horeca*“ (hôtels, restaurants, cafés) et son cloisonnement vis-à-vis des bières importées ne soient sanctionnés. Dans sa décision de condamnation<sup>9</sup>, la Commission rappelle que *même les petites et moyennes entreprises ne peuvent pratiquer des restrictions de concurrence flagrantes* comme la fixation des prix de vente, la limitation de la production ou des ventes ou encore la répartition des marchés ou des clients.

Un autre problème dû à la taille réduite du pays se pose chaque fois qu'*un nouveau concurrent dépend de l'accès aux réseaux au Luxembourg*. Cette question surgit lors de l'ouverture à la concurrence de services publics comme les télécommunications, l'énergie, etc. La Commission Européenne est ainsi arrivée à la conclusion que le marché luxembourgeois est trop restreint pour que de nouveaux opérateurs de télécommunications investissent dans leur propre infrastructure. Plus que dans d'autres pays, ils restent tributaires de l'accès à l'infrastructure de l'ancien monopoliste à des conditions non discriminatoires et non excessives. L'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) est saisi de ce dossier comme régulateur sectoriel. Les mêmes questions risquent de se poser lors de l'ouverture à la concurrence d'autres secteurs comme l'électricité. Le projet précise que le Conseil coopérera avec les régulateurs sectoriels (art. 29) et devra garantir que la nouvelle loi relative à la concurrence (d'application générale) ne soit pas mise en échec par des dispositions et pratiques sectorielles contraires.

### 2. Ententes résultant de textes législatifs ou réglementaires

L'art. 4 stipule que des ententes, en principe anticoncurrentielles et frappées de nullité de plein droit, ne le sont pas si elles „*résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire*“. Une telle

<sup>7</sup> Communiqué de presse de l'ULC du 12 décembre 2003

<sup>7bis</sup> Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann „Pour une réforme du droit de la concurrence“, février 1999

<sup>8</sup> Communication 2001/C 368/07 de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (JO C 368 du 22.12.2001)

<sup>9</sup> Cas COMP/37.800/F3 dans JO L 253 du 21.9.2002

exception n'est pas prévue par l'art. 81 du Traité. L'exposé des motifs rappelle, d'ailleurs, que „*les particuliers peuvent invoquer les articles 81 et 82, en combinaison avec les articles 3 et 5 du Traité, à l'encontre d'un Etat membre qui imposerait, favoriserait ou renforcerait les effets d'un comportement anticoncurrentiel*“. (p. 36). Il est de jurisprudence constante que toute disposition législative, réglementaire ou administrative qui impose ou favorise des accords anticoncurrentiels entre entreprises constitue elle-même une infraction au droit communautaire de la concurrence. En fait, le projet reprend une possibilité d'exemption de la loi du 17 juin 1970 sans en préciser la raison ni les limites. Ceci étonne d'autant plus que l'exposé des motifs rappelle au sujet de l'ancienne loi que „*cette justification ne doit pas conférer aux Etats la faculté d'encourager ou de légitimer des pratiques manifestement anticoncurrentielles*“. (p. 41)

Pour l'ULC, un texte législatif ou réglementaire ne peut légitimer des ententes entre entreprises que pour *éviter de porter atteinte à l'intérêt général*, notamment la disparition de services universels ou d'intérêt général<sup>9bis</sup> ou des conditions inaccessibles à toutes les couches de la population. Les textes *protégeant l'environnement* dans l'intérêt collectif peuvent aussi justifier certaines ententes, mais les débats actuels dans certains pays (notamment l'Allemagne) et au niveau de la Commission Européenne montrent que le droit de l'environnement ne doit pas mettre de côté l'application efficace du droit de la concurrence au risque de créer de nouveaux monopoles et distorsions de concurrence.

L'ULC doute, d'ailleurs, que le Conseil (bien qu'indépendant) puisse agir contre un texte officiel contraire aux règles de concurrence. Dans le commentaire des articles, il est précisé que le champ d'application est très vaste pour appréhender toute „*activité de production, de distribution et de service*“, y compris „*les interventions économiques des personnes publiques*“ (p. 14). Il n'est pas fait mention des activités *réglementaires* des personnes publiques. Faudra-t-il attendre une procédure d'infraction de la Commission Européenne à l'égard de l'Etat luxembourgeois, comme le recours actuel concernant la réglementation obligatoire en matière de bonus/malus de l'assurance automobile? Vu les difficultés et lenteurs de telles procédures, une telle solution est insuffisante et inacceptable. L'ULC demande donc que le Conseil soit aussi compétent pour agir en toute indépendance contre tout acte réglementaire ou administratif contraire aux règles de la concurrence.

### 3. Marché pertinent

Avant d'examiner s'il existe une entente restrictive ou un abus de position dominante, il faut définir le *marché de produit* et le *marché géographique pertinents* („marché en cause“). L'étude préparatoire du Centre de Recherche Public Gabriel-Lippmann (1999) signalait qu'„aucune étude ne semble avoir été réalisée tant sur l'offre de produits et services au Luxembourg, qu'en ce qui concerne la connaissance des attentes et des besoins du consommateur, ce qui exclut pour l'instant toute définition pertinente des marchés en cause“. Le commentaire des articles du projet précise simplement qu'il s'agit d'un „*exercice difficile, nécessitant l'appréciation d'éléments complexes*“ et renvoie sans autre analyse à la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.<sup>10</sup>

Compte tenu des limites du marché luxembourgeois et des habitudes d'achats transfrontaliers de notre population<sup>11</sup>, la définition du marché géographique ne se limite pas nécessairement aux frontières de notre pays. Pour définir correctement le „marché en cause“, la Communication de la Commission exige „*une analyse des caractéristiques de la demande (importance des préférences nationales ou locales, habitude d'achat des clients, différenciation des produits, marques, etc.) afin de déterminer si des sociétés implantées dans d'autres zones constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs*“. Il faudra aussi un „*examen des conditions requises pour pouvoir s'implanter sur place, des conditions d'accès aux canaux de distribution, du coût d'implantation d'un réseau de distribution et de l'existence de barrières réglementaires*“. En bref, il faut „*repérer les obstacles et barrières éventuels isolant des sociétés implantées dans une zone donnée de la pression concurrentielle de sociétés situées en dehors de cette zone, de façon à déterminer le degré*

<sup>9bis</sup> voir Livre Vert de la Commission Européenne COM (2003) 270 final du 21.5.2003

<sup>10</sup> Communication 97/C/ 372/03 dans JO C 372 du 9.12.1997

<sup>11</sup> Le dernier Eurobaromètre „Consumer Protection in the EU“ publié en novembre 2003 précise „Just 12,4% of Europeans have bought goods or services from shops or sellers located in other European countries in the past year, with Luxembourgers having done so at the highest rate, at 48,5% and Spain the lowest, at 2,6%.“

*d'interpénétration des marchés au niveau national, européen ou global.* „... la langue, la culture, le style de vie et la nécessité d'une présence sur place sont tout à fait susceptibles de limiter l'étendue de la zone dans laquelle la concurrence peut s'exercer“.

Vu la complexité, la Commission s'est engagée à obtenir l'opinion des clients et des concurrents sur les limites du marché géographique. Il est clair que les autorités chargées de la concurrence au Luxembourg devront à leur tour associer étroitement toutes les parties concernées à l'instruction des affaires, surtout pour déterminer si le marché national, ou celui de la Grande Région Transfrontalière ou même un espace géographique plus large est pertinent pour l'examen de restrictions à la concurrence. Le mécanisme de consultation et d'assistance sollicité par l'ULC (supra) devrait montrer son utilité à cet égard. Les enquêtes transfrontalières de produits et de services et les analyses de marché effectuées par les associations de consommateurs („*European Testing Group*“) devraient être promues afin de couvrir plus régulièrement le marché luxembourgeois à côté des pays voisins. Des sources de financement adéquates devraient être mises à disposition conformément à la politique communautaire de protection des consommateurs qui compte mieux soutenir les enquêtes de marché des organisations de consommateurs. Ceci contribuerait à la mise en oeuvre de la recommandation du Centre Gabriel-Lippmann: „La réalisation de cette démarche (délimitation des marchés de référence) rend indispensable la mise en place de systèmes de mesure fiables et performants capables de connaître, en temps réel, l'évolution de la structure de l'offre, et les attentes des consommateurs.“

#### 4. Politique des prix

Désormais, la liberté des prix devient la règle, l'encadrement l'exception. L'ULC s'en félicite de même qu'elle a salué la nouvelle loi sur la concurrence déloyale et les pratiques du commerce. Mais, l'ULC „*plaide pour le maintien d'un instrument législatif permettant au pouvoir public de déterminer le cas échéant un prix normal dans les cas où manifestement le vendeur s'octroie une marge bénéficiaire nette surfaité. L'existence d'un tel instrument est incontournable en raison précisément du fait qu'à l'avis de l'ULC une réelle concurrence n'est pas garantie dans tous les secteurs*“. <sup>12</sup> L'ULC insiste aussi que tout dérapage des prix des services d'intérêt général (suite à l'ouverture à la concurrence) doit être évité par les pouvoirs publics. Le principe du prix coûtant ne peut être appliqué aveuglément aux services universels au risque de les rendre inaccessibles à toutes les couches de la population. L'article 2 du projet fournit une base d'adoption de règlements grand-ducaux fixant les prix ou les marges applicables, „*lorsque la concurrence par les prix est insuffisante*“. L'ULC s'en félicite et note que, selon le commentaire, le maintien de prix maxima reste justifié pour les courses en taxis, les transports sanitaires, les dépannages-remorquages sur la route, les cantines scolaires, les taxes téléphoniques perçues par des établissements mettant leurs installations à la disposition d'un public captif (secteurs avec une clientèle captive) (p. 15). L'ULC demande qu'il soit précisé qu'il ne s'agit que d'une liste illustrative (et non exhaustive) ne préjugant en rien les décisions relatives à d'autres produits et services. L'ULC se félicite que le projet considère comme anticoncurrentiels les *schémas de calcul des prix des organisations professionnelles* qu'il ne peut accepter comme base d'un „prix normal“. Les schémas élaborés par la *Fédération des artisans* sont expressément visés. L'ULC regrette que les *professions libérales* ne soient pas dénoncées aussi clairement d'autant plus que la tendance générale est une hausse conséquente des prix ces dernières années. A cet égard, la Commission Européenne annonce<sup>13</sup> pour début 2004 la publication d'un rapport complet visant plus particulièrement les avocats, notaires, ingénieurs, architectes et pharmaciens. Pour le Commissaire en charge de la concurrence, M. M. Monti, le moment est venu d'ouvrir ces professions en incitant à la concurrence sur les tarifs, à la promotion (publicité) pour les propres services et à l'existence d'associations professionnelles moins rigides. A ce stade, la Commission ne proposera pas de mesures, mais laissera le soin aux autorités nationales et professions concernées d'en tirer les conclusions qui s'imposent. L'ULC invite dès à présent les autorités luxembourgeoises, notamment le Conseil, de profiter de cette occasion en consultant toutes les parties, y compris les consommateurs.

Le projet de loi note encore qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne précise les critères aptes à déterminer le „prix normal“ et renvoie à une „*analyse empirique*“ (p. 35). A cet égard, les tests compa-

<sup>12</sup> Mémoire de l'ULC du 14.11.2003 en vue des élections législatives 2004

<sup>13</sup> „Il consumatore, operatore e beneficiario della politica comunitaria di concorrenza“, Giornata della Concorrenza, Roma, 9.12.2003 (Speech/03/603)

ratifs des associations de consommateurs devraient être particulièrement utiles et promus, compte tenu de leur indépendance. Ces tests ne se limitent pas aux prix, mais examinent la qualité et d'une manière grandissante les services associés. Leur utilité en devient d'autant plus évidente, car le droit de la concurrence ne se préoccupe pas seulement des aspects monétaires, mais aussi de „*l'amélioration de la qualité d'un produit ou service, de ses conditions de vente (garantie d'un service après-vente, diversification des produits, meilleure sécurité d'un système de paiement, etc.)*“. (p. 18)

## 5. Cadre institutionnel

Le Luxembourg est actuellement le seul Etat membre à ne pas avoir d'autorité de concurrence et n'a guère de culture en la matière. Or, à partir du 1er mai 2004, le rôle des autorités nationales (administratives et judiciaires) dans l'application pleine et effective des articles 81 (accords anticoncurrentiels) et 82 (abus de position dominante) du Traité est renforcé considérablement, la Commission Européenne limitant ses interventions à des cas de principe et des affaires impliquant plus de trois pays. Malgré tout, le projet de loi ne souhaite mettre en place à ce stade qu'une structure légère comprenant un Conseil collégial de trois membres effectifs et de trois membres suppléants. Aux termes du projet un des conseillers et un des conseillers suppléants seront des magistrats. Les autres membres proviendront du secteur public ou privé. L'exposé des motifs souligne opportunément qu'il „*n'est pas concevable que les autorités publiques qui interviennent, à des titres divers, dans le fonctionnement des entreprises, puissent en même temps s'ériger en gardien de la libre concurrence*“. Pour l'ULC, la même remarque vaut assurément pour des conseillers provenant du secteur privé. Le rôle du Conseil étant comparable à celui d'un organe juridictionnel ou quasi juridictionnel, il faudra s'assurer que les conseillers nommés par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement soient *pleinement indépendants* ce qui semble difficile voire impossible si leurs autres carrières ne sont que mises entre parenthèses.

D'autre part, et précisément en raison du fait que le Conseil aura pouvoir juridictionnel, l'ULC revendique que *tous* les membres, effectifs et suppléants, soient des magistrats. Une telle composition seule garantira que le Conseil sera en mesure de prendre ses décisions de façon indépendante, compétente et efficace.

Etant donné que l'élaboration et la mise en oeuvre d'une véritable politique de concurrence constituent un terrain vierge dans notre pays, et que l'exiguïté de notre territoire soulève de nombreuses questions épineuses tant pour les entreprises (fournisseurs/acheteurs) que pour les consommateurs et usagers (voir supra), l'ULC demande formellement *qu'une instance consultative d'accompagnement soit mise en place composée de représentants de toutes les catégories concernées, y compris de l'ULC en tant qu'organisation représentative des consommateurs du Grand-Duché de Luxembourg. Or, une telle instance va exister sous peu: il s'agit du Conseil de la consommation dont la création est prévue par l'article 12 du projet de loi relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels.*

*La mission aussi bien que la composition du Conseil de la consommation telles que prévues par le projet de loi précité sont tout à fait compatibles avec le rôle qu'un organe d'accompagnement du Conseil de la concurrence est censé jouer.*

*C'est pour cette raison que l'ULC demande d'investir le futur Conseil de la consommation de la mission de conseiller le Conseil indépendant de la concurrence, du moins dans le cadre des dossiers importants relativement auxquels l'avis du Conseil de la consommation devrait être demandé obligatoirement.*

Howald, le 22.1.2004

Service Central des Imprimés de l'Etat



5229/02

N° 5229<sup>2</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

---

---

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AVIS COMMUN DE LA CHAMBRE DE COMMERCE  
ET DE LA CHAMBRE DES METIERS**

(29.1.2004)

Par sa lettre du 14 octobre 2003, Monsieur le Ministre de l'Economie a bien voulu saisir la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers pour avis du projet de loi sous rubrique.

L'objet du présent projet de loi est une réforme radicale de la législation luxembourgeoise en matière de politique des prix et de concurrence. Pratiquement toute la législation relative à la fixation et au contrôle général des prix disparaîtra. Parallèlement, il y aura genèse d'une nouvelle branche du droit, à savoir du droit interne de la concurrence. Cette réforme est largement due aux recommandations de la Commission européenne, ainsi que dictée par l'adoption du Règlement communautaire No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (JOCE 2003 L1 p.1). Les deux chambres soussignées aimeraient par ailleurs souligner les constats du Conseil Economique et Social (CES) dans son deuxième avis en date du 23 mai 2003 sur „Les grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté“ (GOPE 2003-2005). Le CES reprend une recommandation de la Commission européenne (orientation générale 9 de la première partie des GOPE) énonçant „*de mettre intégralement en œuvre la réforme du droit de la concurrence et de veiller à ce que les autorités de concurrence et de réglementation disposent d'assez d'indépendance, de ressources et de pouvoir pour s'acquitter de leurs tâches*“.

Au regard des implications que le présent projet de loi aura pour leurs ressortissants, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ont décidé de prendre position à l'égard de ce projet de loi dans un avis commun.

\*

**REMARQUES GENERALES**

La finalité du présent projet de loi est l'intérêt général et non pas la protection d'intérêts particuliers qui ne sont protégés qu'au nom du maintien de la libre concurrence. Le projet de loi se démarque ainsi de la loi sur la concurrence déloyale dont l'objectif primaire est la protection des intérêts particuliers contre des abus de concurrence et qui ne vise à établir un environnement de saine concurrence que de façon accessoire.

Le droit interne de la concurrence est dépendant du droit de la concurrence communautaire à un double degré. Premièrement, en ce qui concerne le champ d'application: le droit national de la concurrence pourra uniquement s'appliquer à des situations qui échappent au droit de la concurrence communautaire. Deuxièmement, quant à son pouvoir, le droit de la concurrence interne est également soumis au droit de la concurrence européen, alors qu'il ne saurait tolérer ce qui est prohibé par le droit européen, ni prohiber ce que ce dernier autorise.

Etant donné que le présent projet de loi est destiné à mettre en place le pendant luxembourgeois afin de pouvoir répondre aux sollicitations de la part des autorités nationales des autres Etats membres de l'Union européenne et des autorités européennes dans l'application, entre autres, du droit de la concurrence européen, l'on peut considérer que la jurisprudence telle qu'établie par la Cour de Justice des Communautés européennes est pertinente au regard de l'interprétation de certaines notions. Les deux

chambres professionnelles sont d'avis que le cadre légal à mettre en place par le projet de loi devra s'inspirer de très près des dispositions impératives en la matière au niveau communautaire et tenir compte au maximum des règles de fond et de forme communautaires.

De façon générale, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers aimeraient souligner qu'elles sont favorables aux dispositions de fond telles qu'introduites par le chapitre premier du projet de loi sous rubrique, à savoir la libéralisation de la fixation des prix, la prohibition des ententes et accords entre acteurs économiques et l'interdiction d'une exploitation abusive d'une position dominante sur un marché. Les chambres soussignées voudraient néanmoins soulever le fait que le projet de loi sous examen ne contient, en ce qui concerne les concentrations d'entreprises, que les dispositions de l'article 32(2).

Par ailleurs, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers aimeraient formuler un certain nombre de critiques en ce qui concerne le deuxième chapitre du projet de loi sous analyse concernant le Conseil indépendant de la concurrence et l'Inspection de la concurrence. A cet égard, les chambres voudraient notamment faire part de leur doute quant à l'indépendance de ce Conseil de la concurrence du fait que le projet de loi examiné ne contient pas de disposition prévoyant que ce Conseil bénéficie de la personnalité juridique, qualité pourtant indispensable pour ester en justice. Il s'en suit qu'une action en justice au nom du Conseil ne pourra être introduite que par l'Etat. En plus, ce défaut risque d'entraîner des problèmes au niveau de la prise de décision en ce qui concerne des recours en justice. Le projet de loi est par ailleurs muet en ce qui concerne les modalités d'une autonomie financière et administrative de cette institution. Le Conseil indépendant de la concurrence semble, aux yeux des deux chambres professionnelles, trop imbriqué dans les services du ministre ayant l'économie dans ses attributions pour pouvoir être réellement indépendant, alors que le président du Conseil indépendant de la concurrence dirigera également l'Inspection de la concurrence (article 8 du projet de loi) qui sera „*créée au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie*“ et qui prêtera assistance au Conseil indépendant de la concurrence (article 6(5) du projet de loi).

Les chambres soussignées sont également d'avis que le futur Conseil de la concurrence devrait avoir parmi ses attributions une fonction consultative en matière de concurrence, à l'instar du Conseil de la concurrence français. Une telle fonction consultative permettrait de parer à l'insécurité juridique existant, tout au moins au début de la nouvelle législation, du fait de la délégation par la Commission européenne d'un certain nombre de ses attributions aux autorités de concurrence nationales, insécurité juridique par ailleurs aggravée par l'existence de sanctions pénales en cas d'infraction aux nouvelles dispositions.

Compte tenu des conséquences et implications considérables qu'un futur droit de la concurrence aura sur la vie économique et les entreprises, une telle approche peut difficilement être suivie par la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers. C'est la raison pour laquelle elles recommandent fortement de s'inspirer, dans le cadre de l'élaboration d'un projet de loi en la matière, des sources existant dans des pays limitrophes ayant une culture juridique comparable. En effet, en prenant en considération l'ampleur des conséquences d'une matière, somme toute, inconnue jusqu'à présent dans notre pays – du moins dans cette envergure – il importe de fixer un cadre clair et précis permettant aux entreprises de se référer à des décisions et à des situations connues auprès de nos voisins. A défaut, le futur droit de la concurrence risquera de devenir un champ d'insécurité juridique. Le présent avis soulignera certaines des faiblesses du projet sans toutefois entrer trop dans les détails et sans avoir la prétention d'être exhaustif à cet égard. Les deux chambres soussignées se permettent d'insister sur l'ampleur de la réforme mise en place par le présent projet de loi et de mettre l'accent sur les difficultés d'interprétation de certaines notions contenues dans le projet, telles que la notion de marché en cause ou encore d'entente, difficultés que rencontreront non seulement les entreprises mais aussi les professionnels, y compris le pouvoir judiciaire, appelés à intervenir en cette matière nouvelle.

D'une façon générale, les deux chambres professionnelles soussignées aimeraient mettre en garde contre les abus susceptibles de se produire au niveau législatif et qui trouvent leur origine dans des exigences communautaires. Les deux chambres entendent par là les dangers incidents d'une mise en place de textes et de règles qui défient et annihilent toute logique juridique et mettent en cause des principes de droit établis et reconnus depuis longtemps. Ces dangers consistent à se laisser séduire à instaurer des mécanismes élaborés dans le seul dessein d'arriver à un résultat déterminé et à se laisser guider par la seule finalité à atteindre, sans par ailleurs se préoccuper des principes de droit existants et ayant fait leur preuve depuis des siècles. Le présent projet de loi en constitue un nouvel exemple, au vu des pouvoirs exorbitants des agents de l'Inspection et du Conseil (voir notamment commentaire de l'article 14 du projet de loi).

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### *Concernant l'article 1er*

L'article 1er du projet de loi n'emploie pas le terme „entreprise“ mais se réfère à l'activité économique: „la présente loi est applicable à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestation de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques“. Le champ d'application du présent projet de loi est dès lors plus vaste que d'aucuns ne pourraient le croire à première vue en ce qu'il ne concerne pas uniquement les entreprises du secteur privé, au sens traditionnel du terme, mais également les entreprises publiques ou les professions indépendantes, voire même des associations sans but lucratif le cas échéant.

### *Concernant l'article 2*

L'article 2 du projet de loi sous analyse proclame le principe de la détermination des prix par le libre jeu de la concurrence. En même temps, cet article prévoit un certain nombre d'exceptions d'ordre structurel et d'ordre conjoncturel à ce principe. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article 2 permet des interventions réglementaires durables pour cause de dysfonctionnements structurels d'un marché. Le troisième alinéa de l'article 2 prévoit des interventions ponctuelles pour dysfonctionnements conjoncturels afin de limiter des hausses ou baisses de prix manifestement excessives, mais sans que la concurrence sur le marché en cause serait affectée. Tel serait par exemple le cas en cas de crise ou autres circonstances exceptionnelles. Enfin, le quatrième alinéa prévoit que le Ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut conclure des contrats de programme avec des entreprises du secteur des produits pétroliers pour une durée indéterminée ou fixer des prix maxima.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont globalement favorables au principe de la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. Toutefois, la consultation opérée par la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers auprès de leurs ressortissants a fait apparaître les situations spécifiques suivantes.

Le marché des libraires estime que parmi les exceptions figurant au deuxième alinéa de l'article sous examen, il y aurait lieu d'inclure la fixation d'un prix fixe (unique) pour les livres („Buchpreisbindung“). L'application d'un „prix fixe“ existe dans de nombreux pays de l'Union européenne (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, France, Pays-Bas). La Chambre de Commerce voudrait souligner à cet égard que ce débat est toujours en cours et n'est pas encore clôturé au niveau communautaire.

En ce qui concerne l'importation et la diffusion de produits de la presse internationale, la Chambre de Commerce voudrait faire les remarques suivantes: Les articles 3 et 5 interdisent de fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions et d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat.

Or, les fournisseurs des produits de la presse internationale sont obligés de respecter les prix de vente donnés par les éditeurs-fournisseurs de ses produits. A défaut d'harmonisation au niveau européen de la fixation du prix des produits de la presse, on constate que les Pays-Bas n'appliquent pas le système du respect du prix imposé pour les articles de presse, alors que dans d'autres pays de l'Union Européenne, l'éditeur peut en toute légalité fixer les prix et imposer le respect de ces prix aux distributeurs et revendeurs.

Les produits de presse étrangère sont en général distribués moyennant le système juridique du „dépositaire-commissionnaire“. Cela signifie que l'éditeur reste propriétaire de ses produits jusqu'au moment de la vente aux clients. En tant que propriétaire des produits en question, il lui est évidemment loisible de fixer son prix de vente qui doit alors être respecté par ses intermédiaires de vente. Il se pose dès lors un problème de respect des articles précités.

Enfin, en ce qui concerne les prix des produits pétroliers, actuellement, les marges brutes maximales pour les différents intervenants sur ce marché sont fixées par le Ministre ayant dans ses attributions l'Economie. La Chambre de Commerce, sur intervention des ressortissants du secteur en question, peut approuver les dispositions de l'article 2 visant à maintenir le régime des prix réglementés sur ce marché, pour les raisons suivantes:

- garantir la sérénité en matière de prix pratiqués et par les fournisseurs établis sur le territoire national et par leurs revendeurs,

- garantir ainsi la survie des commerçants-revendeurs, qui pour la plupart constituent des petites entreprises familiales,
- et permettre ainsi un ravitaillement constant et un dépannage flexible des ménages et surtout des personnes dites du „troisième âge“ (vivant dans de vieilles maisons chauffées au gasoil) ou encore des personnes disposant de revenus modiques (et ne pouvant passer commande de quantités importantes),
- maintenir un équilibre sain entre producteurs et revendeurs et garantir un prix maximum pour le consommateur.

La Chambre de Commerce voudrait néanmoins rendre attentif au fait qu'un tel maintien des prix réglementés risquera de mettre les importateurs de produits pétroliers dans une situation inconfortable qui se verra alors confrontés en aval à un système de fixation des prix et en amont à un marché régi par le jeu de la libre concurrence et qui, au pire des cas, pourront même se retrouver en situation de vente à perte. C'est pour cette raison que les sociétés pétrolières importatrices plaident en faveur d'une libéralisation des prix. Au cas où les prix devraient rester réglementés, la Chambre de Commerce approuve l'idée de faire la fixation de ces prix par le mécanisme d'un contrat programme tel que prévu à l'article 2 du projet de loi sous analyse.

Compte tenu du fait que le projet de loi prévoit que le Ministre de l'Economie peut fixer des prix maxima pour les produits pétroliers, il serait aux yeux de la Chambre des Métiers par voie de conséquence logique et souhaitable de lui accorder la possibilité de continuer à fixer les marges bénéficiaires brutes des exploitants de station service sur les carburants qui sont étroitement liées au prix de vente.

La Chambre des Métiers demande formellement la libéralisation des prix des taxis et donc l'abrogation du règlement grand-ducal fixant les prix maxima des courses en taxis. Les entreprises de taxis pourront alors effectuer une politique des prix en considération des évolutions économiques et sociales sur le terrain et ne seront plus tributaires des décisions du pouvoir politique en la matière.

La Chambre des Métiers plaide enfin pour le maintien de la fixation des tarifs des auto-écoles. Une libéralisation des prix serait en effet susceptible d'entraîner une concurrence acharnée entre les auto-écoles, avec à la clé le risque d'une détérioration de la qualité de la formation des candidats aux permis de conduire au détriment de la sécurité routière.

Par contre, en ce qui concerne les mesures d'intervention ponctuelles, les deux chambres professionnelles recommandent aux autorités étatiques susceptibles de prendre de telles mesures d'user de cette faculté avec prudence et retenue.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers suggèrent de prévoir qu'un règlement grand-ducal instaurant des interventions durables ou ponctuelles ne pourra être pris qu'après avoir demandé l'avis consultatif du Conseil indépendant de la concurrence.

Dans ce contexte, les deux chambres soussignées se permettent de citer une nouvelle fois l'avis prémentionné du CES qui n'aurait „*pas d'objection à ce que la liberté des prix soit consacrée formellement en tant que principe général avec une disposition d'exception prévoyant la possibilité, en cas de dysfonctionnement ou de risque de dysfonctionnements exceptionnels et structurels, d'un contrôle temporaire et proportionné des prix et taxes*“.

Finalement, les deux chambres s'interrogent s'il n'y aurait pas lieu de modifier le dernier alinéa comme suit: „*Les infractions aux règlements pris en application des alinéas 2 ou 3 du présent article, respectivement le non-respect des prix maxima fixés en application de l'alinéa 4 du présent article, sont punis d'une amende de 251 à 50.000 euros.*“

### Concernant l'article 3

L'article 3 du projet de loi sous analyse interdit tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui aurait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Les deux chambres professionnelles réitèrent leur recommandation de s'inspirer des dispositions françaises, en l'occurrence l'article L.420-1 du Code de commerce français qui ne prévoit pas les cas de figure énumérés aux points 4) („*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*“) et 5) („*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*“) de l’article 3 du projet de loi. En effet, les points 4) et 5) de l’article 3 du projet de loi constituent des incisions considérables dans la liberté contractuelle des partenaires commerciaux. Il ne faut pas oublier que les techniques d’interprétation téléologique des textes légaux de la Cour de Justice des Communautés Européennes diffèrent de celles des juges nationaux qui, en présence d’un texte clair et précis sont tenus d’appliquer celui-ci.

Il s’y ajoutent les difficultés d’interprétation déjà évoquées, à savoir ce qu’il y a lieu de comprendre sous la notion d’„entente“ ou de „marché“ par exemple, respectivement de „pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence“. Citons à titre d’exemple un groupement professionnel qui met à la disposition de ses membres des conditions générales standardisées. S’agit-il d’une pratique concertée, d’une entente ou d’une décision d’association d’entreprises interdite aux termes de l’article 3 du projet de loi?

#### *Concernant l’article 4*

Cet article prévoit la nullité de plein droit des accords entre entreprises ou des décisions d’associations d’entreprises qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Le deuxième alinéa de cet article introduit certaines dérogations à l’interdiction de principe telle que formulée à l’article 3 du présent projet de loi.

#### *Concernant l’article 5*

L’article 5 prohibe l’exploitation abusive d’une position dominante sur un marché et énumère un certain nombre de pratiques qui risquent d’être qualifiées d’abusives.

#### *Concernant l’article 6*

Les deux chambres professionnelles suggèrent de prévoir que le Conseil indépendant de la concurrence bénéficiera de la personnalité juridique, qu’il jouira de l’autonomie financière et administrative, sous la tutelle du Ministre de l’Economie et qu’il exercera en toute indépendance les missions dont il est investi en vertu de la loi en cause. Il y aurait également lieu de prévoir que le Conseil indépendant de la concurrence a le droit d’ester en justice dans l’intérêt de la loi en question et de ses règlements d’exécution.

Il se pose encore la question de la surveillance du respect des dispositions contenues dans les règlements grand-ducaux à prendre le cas échéant sur base de l’article 2 du présent projet de loi. En effet, l’article 6 du projet de loi sous analyse prévoit uniquement que le Conseil indépendant de la concurrence sera chargé de veiller au respect des articles 3 à 5 du projet de loi sous examen.

Par ailleurs, les chambres soussignées proposent d’insérer un article reprenant de façon précise les missions et compétences de ce conseil, en y ajoutant notamment la fonction consultative en matière de propositions et projets de loi ou de règlements grand-ducaux touchant au domaine de la concurrence, et notamment en ce qui concerne les exceptions prévues à l’article 2 du projet de loi sous avis.

La deuxième phrase de cet article prévoit que le „Conseil bénéficie de l’assistance de l’Inspection de la concurrence créée au sein des services du ministre ayant l’économie dans ses attributions“. La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne sont pas convaincues de la nécessité d’une distinction formelle entre le Conseil indépendant de la concurrence lui-même et les agents qui effectueront les démarches et contrôles sur le terrain.

#### *Concernant l’article 7*

Les deux chambres professionnelles suggèrent de fusionner les alinéas 5 et 6 du paragraphe (1) de l’article 7 du projet de loi, traitant de la prestation de serment par le Président et les membres du Conseil, en un seul alinéa.

#### *Concernant l’article 8*

Aux yeux des deux chambres soussignées, le paragraphe (4) prévoyant que „le Conseil établira son règlement intérieur qui doit être approuvé par le Gouvernement en Conseil et publié au Mémorial“ n’a pas sa place dans cet article, mais devrait plutôt être inséré dans l’article 7 sous forme d’un paragraphe (5), alors que l’article 8 traite de l’Inspection de la concurrence et l’article 7 du Conseil.

### Concernant l'article 10

Conformément à ce qui a été dit au commentaire de l'article 6 du projet de loi, les deux chambres s'interrogent s'il n'y aurait pas lieu d'étendre les compétences du Conseil aux infractions commises à l'encontre des articles 2 à 5 du projet de loi.

### Concernant l'article 11

Le paragraphe (3) de l'article 11 du projet de loi sous examen prévoit que les décisions concernant des mesures conservatoires prises en application du paragraphe (1) du même article sont applicables pour une durée déterminée et qu'elles sont renouvelables dans la mesure où cela est nécessaire et opportun. Les deux chambres professionnelles suggèrent de prévoir que ces décisions de renouvellement puissent, elles aussi, faire l'objet d'un recours en annulation, ainsi qu'un délai endéans lequel ce recours serait à introduire.

### Concernant l'article 14

Les deux chambres professionnelles sont d'avis qu'il y a lieu d'ajouter le terme „concernées“ à la fin du paragraphe (1).

Les deux chambres professionnelles s'opposent énergiquement à ce qu'il puisse être procédé aux opérations de vérification aux termes du paragraphe (6) de cet article nonobstant l'absence d'un avocat. Aux yeux des deux chambres, la présence d'un avocat est en effet indispensable afin de permettre à l'entreprise de conserver ses droits et d'assurer en bonne et due forme sa défense.

Les deux chambres professionnelles requièrent que les investigations à mener par les agents de l'Inspection sur mandat du Conseil soient étayées par un mandat émanant du pouvoir judiciaire, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 15 du projet de loi sous examen pour une extension des investigations au domicile du chef d'entreprise. A cet égard, elles rappellent la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, dans une affaire dont les faits étaient très proches de la situation telle qu'adressée par l'article 14 du projet de loi, à savoir l'affaire Sociétés Colas Est et al. c/ France (16 avril 2002), dans laquelle cette Cour était venue à la conclusion que „dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, (...) qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels (voir mutatis mutandis arrêt Niemietz c. Allemagne précité, p. 34 § 30)“ (Point 41 de l'arrêt).

La Cour avait ensuite à examiner si une ingérence de la part d'une autorité publique était admise aux termes du deuxième paragraphe de l'article 8 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, c'est-à-dire si une telle ingérence était prévue par une loi, si elle poursuivait un but légitime et si elle constituait une mesure „nécessaire dans une société démocratique“. Si la réponse de la Cour aux deux premières questions était affirmative, ce n'était pas le cas pour la troisième condition. En effet, la Cour estima (Point 47 de l'arrêt) que „les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite (arrêt Klass et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978, Série A No 28, p. 21 § 42) et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante (arrêts Funke, Crémieux et Mialhe c. France, précités, respectivement p. 24 § 55, p. 62 § 39 et p. 89 § 36)“.

Elle continua (Point 48 de l'arrêt) en considérant que „si l'ampleur des opérations menées afin, comme le souligne le Gouvernement, d'éviter la disparition ou la dissimulation des éléments de preuves de pratiques anticoncurrentielles, justifia les ingérences litigieuses dans le domicile des requérantes, encore aurait-il fallu que la législation et la pratique en la matière offrissent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir ibidem mutatis mutandis respectivement p. 24 § 56, p. 62 § 39 et p. 90 § 37)“. En l'occurrence, et il y a là toutes les similitudes avec les situations envisagées par l'article 14 du projet de loi, la Cour constata que „l'administration compétente disposa de pouvoirs très larges qui (...) lui permirent d'apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations litigieuses. De surcroît, les opérations litigieuses s'effectuèrent sans mandat préalable du juge judiciaire et hors la présence d'un officier de police judiciaire“ et elle conclut que „eu égard aux modalités décrites plus haut, les opérations litigieuses menées dans le domaine de la concurrence ne sauraient passer comme étroitement proportionnées aux buts légitimes recherchés (arrêts Funke p. 25 § 57, Crémieux p. 63 § 40 et Mialhe p. 90 § 38)“.

En conséquence, aux yeux des deux chambres il ne peut être question de prévoir un tel droit d'investigation au sein des domiciles même professionnels, sans que celui-ci n'ait été ordonné par le pouvoir judiciaire. Or, tel n'est pas le cas ici, alors que le Conseil, dans l'état actuel du texte du projet de loi est une instance intégrée au sein des services du Ministre ayant dans ses attributions l'Economie et, en tant que telle, fait partie du pouvoir exécutif. On est ici dans l'hypothèse visée justement en son temps par les rédacteurs de la Constitution et de laquelle celle-ci entendait protéger les citoyens, afin de ne pas livrer ceux-ci à l'arbitraire d'un pouvoir exécutif.

#### *Concernant l'article 15*

Les deux chambres soussignées s'opposent à ce que les investigations relatives à d'éventuelles infractions de l'entreprise puissent être continuées au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants ou des autres membres du personnel, alors qu'une telle disposition n'est pas compatible avec le principe constitutionnel de l'inviolabilité du domicile.

En ce qui concerne le cinquième paragraphe, les deux chambres se demandent à quelles décisions ce paragraphe s'applique exactement: s'agit-il des décisions prises en vertu du paragraphe premier? Dans ce cas, les deux chambres suggèrent d'insérer le paragraphe (5) dans le paragraphe (3) qui traite de la nécessité d'une décision judiciaire préalable à toute inspection de locaux privés. Il y aurait encore lieu de prévoir qu'il s'agit du Président du Tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel l'entreprise concernée a son siège social. Par ailleurs, les deux chambres se posent la question endéans quel délai le recours contre la décision du Président du Tribunal devra être introduite.

#### *Concernant l'article 17*

Les deux chambres professionnelles s'opposent à ce que des entreprises soient punissables du simple fait d'une négligence. En conséquence elles proposent de retirer au premier et au deuxième paragraphe les mots „ou par négligence“, ceci d'autant plus qu'au vu de la hauteur des amendes il s'agit de sanctions correctionnelles et qu'un élément intentionnel est exigé.

Par ailleurs, en comparant l'article 14 projeté à l'article correspondant français (article L464-2 C.com.fr.), l'on remarque qu'il n'y a pas de distinction qui est faite entre un contrevenant qui est une entreprise et un contrevenant qui n'est pas une entreprise (pour lequel existe un montant maximal prévu à titre de sanction).

Au point 3) du premier paragraphe il y a lieu d'enlever le mot „pas“ qui est redondant.

Les deux chambres professionnelles s'interrogent sur la signification exacte de la locution „l'importance du dommage causé à l'économie“ et de quelle façon, respectivement suivant quels critères ce dommage sera le cas échéant évalué.

#### *Concernant l'article 18*

Les deux chambres professionnelles accueillent favorablement la possibilité d'une exemption en cas de dénonciation par une entreprise d'une entente à laquelle celle-ci a participé.

#### *Concernant l'article 23*

Les deux chambres soussignées estiment qu'il y a lieu de prévoir au paragraphe (5) alinéa 1er un recours en réformation contre les décisions du Président du Conseil ou de son délégué refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises.

Le projet de loi sous rubrique manque de dispositions prévoyant un secret des délibérations au sein du Conseil indépendant de la concurrence.

#### *Concernant l'article 24*

Les deux chambres professionnelles s'opposent énergiquement à voir introduire par le présent projet de loi une entorse supplémentaire au secret professionnel en général et au secret bancaire en particulier.

#### *Concernant l'article 25*

Le projet de loi sous examen prévoit un recours en annulation général devant le Tribunal administratif. Ce recours serait dès lors le seul recours recevable à l'encontre d'une décision du Conseil indépendant de la concurrence concluant à la prohibition d'une entente ou d'un accord entre entreprises,



respectivement n'admettant pas cet accord au titre des exceptions prévues par l'article 4 du projet de loi sous avis. Cette décision constatera la nullité de plein droit de cet accord, respectivement sa validité. La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers se posent dès lors la question si l'objet d'un tel litige n'est pas plutôt un droit civil et, en tant que tel, justiciable des tribunaux de l'ordre judiciaire plutôt que des tribunaux administratifs.

Par ailleurs, les deux chambres professionnelles sont d'avis que le recours en réformation devrait, de façon élargie, également être admis contre les décisions du Conseil prises en vertu des articles 17 à 19.

#### *Concernant l'article 26*

Cet article prévoit que le Conseil indépendant de la concurrence fonctionnera en tant qu'interlocuteur des autorités de concurrence étrangères et de la Commission (des Communautés européennes). En effet, le règlement CE No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (le „Règlement“) prévoit une telle coopération (article 11 du Règlement), ainsi qu'un échange d'informations (article 12 du Règlement), entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres, voire même la possibilité (article 22 du Règlement) pour l'autorité de concurrence d'un Etat membre de procéder à des enquêtes au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre.

Les deux chambres professionnelles voudraient mettre en garde contre un pouvoir d'investigation trop élargi de la part d'autorités étrangères, eu égard notamment à l'existence du secret bancaire au Luxembourg et elles s'opposent à ce que le secret professionnel et le secret bancaire ne soient sacrifiés sur l'autel de la libre concurrence.

#### *Concernant l'article 27*

Les deux chambres soussignées suggèrent une meilleure articulation du quatrième alinéa du premier paragraphe de l'article 27 avec l'article 14 du projet de loi, eu égard notamment aux remarques formulées par les deux chambres dans le cadre de cet article en ce qui concerne les pouvoirs d'investigation.

Les deux chambres professionnelles notent avec satisfaction que les auteurs du projet de loi ont prévu les garanties judiciaires nécessaires permettant d'éviter de possibles abus ou excès de zèle de la part de la Commission européenne en prévoyant une autorisation préalable du Président du Tribunal d'arrondissement. Il y aurait lieu de prévoir qu'il s'agit du Président du Tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel l'entreprise concernée a son siège social. Les deux chambres sont d'avis qu'il faudrait prévoir qu'un recours contre la décision du Président du Tribunal d'arrondissement est possible et endéans quel délai le recours contre la décision du Président du Tribunal devra être introduite.

Au troisième alinéa du paragraphe (2) il y a lieu d'enlever le mot „que“ dans „*Le Président du Tribunal d'arrondissement ou son délégué contrôle si (...)*“.

#### *Concernant l'article 31*

Les deux chambres professionnelles constatent que le projet de loi n'abroge pas les nombreux règlements grand-ducaux en matière de fixation de prix.

Etant donné que la loi du 7 juillet 1983, modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet, entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix, qui constitue la base légale pour les règlements grand-ducaux de fixation des prix, l'on peut cependant se demander s'ils ne sont pas abrogés en même temps. Le fait que le présent article prend la peine de préciser que le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués, le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi et le règlement grand-ducal du 7 septembre 2001 relatif à l'indication des prix des produits et services restent en vigueur, semble en tout cas le confirmer.

En ce qui concerne les modifications à apporter au règlement grand-ducal du 7 septembre 2001, les deux chambres professionnelles voudraient faire remarquer que sous l'empire du règlement grand-ducal du 8 avril 1986, précédant celui du 7 septembre 2001 en matière d'indication des prix des produits, les bijoutiers étaient dispensés de l'obligation de l'indication apparente de prix dans les vitrines pour les objets et articles de joaillerie, de bijouterie, d'horlogerie et d'orfèvrerie d'une valeur dépassant soixante-quinze mille francs. Les deux chambres professionnelles soussignées demandent à réintroduire une disposition similaire dans le règlement grand-ducal du 7 septembre 2001.

Il se pose par ailleurs la question sur l'organisme compétent pour assurer la surveillance en matière d'affichage des prix, suite à la disparition de l'Office des prix actuel. Les deux chambres professionnelles soussignées suggèrent de prévoir que le Conseil indépendant de la concurrence sera également compétent afin d'assurer cette mission, la transparence des prix étant un préalable à une libre concurrence.

\*

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers approuvent l'objectif général du projet de loi qui est celui de la réalisation d'un régime moderne du droit de la concurrence et de l'abrogation du dispositif légal de contrôle et de fixation des prix. En conséquence, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers, après consultation de leurs ressortissants, peuvent approuver le projet de loi sous rubrique sous réserve de la prise en compte de leurs commentaires.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5229/03

N° 5229<sup>3</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AMENDEMENT GOUVERNEMENTAL**

L'article 27 est amendé comme suit:

**„Art. 27.– Assistance à la Commission européenne**

*(1) Le Conseil est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises<sup>1</sup>.*

*Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne, à partir du grade d'inspecteur, de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.*

*Aux effets ci-dessus, le Président du Conseil délivre à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus un mandat écrit qui indique l'objet et le but des enquêtes et vérifications.*

*Les fonctionnaires mandatés conformément à l'alinéa qui précède sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.*

*Lorsque les fonctionnaires sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit, une autorisation préalable du juge d'instruction territorialement compétent doit être sollicitée.*

*L'assistance de la force publique peut être requise.*

*(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation préalable du juge d'instruction territorialement compétent doit être sollicitée pour exécuter la décision de la Commission européenne.*

*L'assistance de la force publique peut être requise. “*

**Motif:**

Suite à l'adoption du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises remplaçant l'actuel Règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises et dont la date d'application est fixée au 1er mai 2004, il convient d'adapter les dispositions de l'article 27 du projet de loi prévoyant les règles d'assistance à prêter à la Commission européenne par l'autorité de concurrence luxembourgeoise dans le cadre d'inspections de la Commission au titre du Règlement (CE) No 139/2004. Les pouvoirs des agents de la Commission européenne prévus à l'article 13, paragraphe 2 du Règlement (CE) No 139/2004 ont été renforcés par rapport à ceux prévus à l'article 13, paragraphe 1er de l'actuel Règlement (CEE) No 4064/89.

<sup>1</sup> Publié au Journal officiel de l'Union européenne du 29 janvier 2004, L24, pages 1 et suivantes.

Puisque le nouveau Règlement accorde la possibilité aux Etats membres (article 13, paragraphe 7) de prévoir une autorisation d'une autorité judiciaire en cas d'opposition de l'entreprise à une inspection, il a été jugé opportun d'instaurer un tel contrôle judiciaire par le droit national et d'en donner compétence au juge d'instruction. Pour des raisons de cohérence, le juge d'instruction sera aussi compétent pour autoriser une inspection au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003.

Finalement, les deux derniers alinéas du paragraphe 2 de l'ancien article 27 ont été supprimés puisque jugés superfétatoires.

5229/05

**N° 5229<sup>5</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2003-2004

---

---

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(16.3.2004)

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

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

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

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

A cette nouvelle version étaient annexés:

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

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

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

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

\*



## CONSIDERATIONS GENERALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg<sup>1</sup> et des juridictions nationales notamment en France<sup>2</sup>, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et notamment son article 6 s'appliquent aussi à la procédure de sanction des organes administratifs de régulation.

La jurisprudence des juridictions administratives luxembourgeoises<sup>3</sup> va dans le même sens.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tant le domicile que les bureaux de l'entreprise que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg assimile au domicile<sup>4</sup> sont protégés tant par l'article 15 de notre Constitution que par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

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

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

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

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

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

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

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

\*

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

## EXAMEN DES ARTICLES

### Article 1er

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

**„Art. 1er. Champ d'application**

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

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

### Article 2

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

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

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

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

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

Le deuxième alinéa se lira dès lors comme suit:

*„Toutefois, lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions législatives, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits et services concernés.“*

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

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

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

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

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

Cette phrase est à rédiger de la façon suivante:

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

### Article 3

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

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

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

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

#### Article 4

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

*„Exceptions à l'interdiction des ententes“.*

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

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

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

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

La numérotation qui suit est partant à adapter.

#### Article 5

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

#### Article 6

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il ne donne pas lieu à observation.

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

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

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

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

Il propose par conséquent de supprimer le paragraphe 6.

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

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

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

#### Article 7

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Article 8

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

Le Conseil d'Etat propose le libellé suivant:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Article 9

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

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

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

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

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

#### Article 10

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

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

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

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

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

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

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

#### Article 11

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Article 12

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

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

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

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

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

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

Ce paragraphe pourrait se lire de la façon suivante:

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

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

#### Article 13

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

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

#### Article 14

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

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

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

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

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

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

En plus, au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels.<sup>5</sup>

Les dispositions du Règlement reconnaissent d'ailleurs implicitement aux Etats membres le droit de prévoir une procédure plus stricte, alors que son article 20, paragraphe 7 dispose que si, en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée.

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

**„Art. 14. Pouvoirs en matière d'inspection**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *Article 15*

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

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

Les dispositions de l'article 14 devront être respectées.

#### *Article 16*

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

### Article 17

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *Article 18*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Article 19

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

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

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

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

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

#### Article 20

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

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

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

#### Article 21

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

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

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

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

#### Article 22

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

Le texte est à redresser en conséquence.



### Article 23

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le texte est à compléter en conséquence.

#### *Article 24*

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

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

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

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

Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

#### *Article 25*

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

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

L'article serait à lire de la façon suivante:

**„Art. 25. Recours contre les décisions du Conseil**

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

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

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

#### *Article 26*

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

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

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

**„Art. 26. Assistance à la Commission européenne**

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

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

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

*Article 27*

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

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

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

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

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

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

Le texte sous avis devra par conséquent être remanié.

*Article 28*

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

*Article 29*

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

*Article 30*

Sans observation.

*Article 31*

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

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

*Articles 32 et 33*

Sans observation.

\*

**OBSERVATION FINALE**

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

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

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

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 mars 2004.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES

Service Central des Imprimés de l'Etat

5229/06

N° 5229<sup>6</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AMENDEMENTS ADOPTES PAR LA COMMISSION DE L'ECONOMIE,  
DE L'ENERGIE, DES POSTES ET DES TRANSPORTS****DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES  
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(23.3.2004)

Monsieur le Président,

Conformément à l'article 19(2) de la loi portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous soumettre des amendements au projet de loi sous rubrique adoptés par la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports dans sa réunion du 18 mars 2004.

**Amendement No 1: nouvel article 12: Engagements**

Il est introduit un nouvel article libellé comme suit:

**„Art. 12.– Engagements**

(1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le Conseil les a informées dans son évaluation préliminaire, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

(2) Le Conseil peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative:

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements; ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.“

Par conséquent, les articles suivants et les références à ces articles sont renumérotés.

*Motivation*

Suite à l'observation finale du Conseil d'Etat exprimée dans son avis du 16 mars 2004, il est proposé d'introduire en droit national les mêmes dispositions que celles prévues à l'article 9 du Règlement (CE) No 1/2003.

**Amendement No 2: article 15, nouvel article 16: Inspections dans d'autres locaux**

L'article 16 est amendé comme suit:

**„Art. 16.– Inspection d'autres locaux**

(1) S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation

grave des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, l'Inspection peut procéder à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

(2) Les enquêteurs peuvent prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



*Motivation*

Compte tenu du fait que le Conseil d'Etat n'a pas proposé de texte concernant cet article, il est proposé, plutôt que de simplement renvoyer à l'article précédent, de reproduire les dispositions (alinéas 2 à 13) proposées par le Conseil d'Etat pour l'article 14 (nouvel article 15).

**Amendement No 3: article 17, nouvel article 18: Amendes**

L'article 18 est amendé comme suit:

**„Art. 18.– Amendes**

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

- 1) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 13, paragraphe 2;
- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit;
- 3) elles présentent de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 15, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 15, paragraphes 2 et 4;
- 4) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité; ou
- 5) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 11 ou à une décision prise au titre de l'article 12.

(2) Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base des paragraphes précédents est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

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

(4) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.“

*Motivation*

Compte tenu du fait que le nouvel alinéa 2 du nouvel article 18 précise que les amendes sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits, la référence à ces deux critères d'appréciation des amendes prévue à l'alinéa 4 devient superflue. Le point 4 du premier paragraphe est supprimé puisque les propositions faites par le Conseil d'Etat relatives à l'article 14 (nouvel article 15) ont été retenues par la Commission parlementaire.

**Amendement No 4: article 23, nouvel article 24: Accès au dossier,  
audition des parties, des plaignants et des autres parties**

L'article 24 est amendé comme suit:

**„Art. 24.– Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties**

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

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

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

(2) Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises au cours de l'enquête et dont elles ont sollicité la non-divulgaration par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée.

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

(4) Les décisions du rapporteur général ou de son délégué refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises ou les personnes intéressées sont notifiées aux entreprises par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant les délais et voies de recours ouverts contre la décision.

(5) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 18, premier paragraphe, 5) et paragraphe 2, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui a lieu dans les deux mois qui suivent la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le rapporteur, les parties plaignantes, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies.

Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.“

*Motivation*

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement aux dispositions contenues à l'article 23 du projet de loi déposé en argumentant que l'introduction de règles relatives à la protection de la confidentialité violerait la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier l'article 6.

Suivre le raisonnement du Conseil d'Etat et ne pas introduire de telles dispositions en droit national aurait probablement comme conséquence pratique qu'aucune entreprise ne saisirait le Conseil de la concurrence.

La protection des secrets d'affaires ou d'industrie est expressément visée à l'article 287 du Traité et reconnue depuis longtemps par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (notamment Arrêt AKZO du 24.6.1986 – affaire 53/85, Rec. 1986, p. 1965), le règlement No 17 impose à la Commission l'obligation de tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Comme l'a souligné le Conseil d'Etat, le règlement (CE) No 1/2003 ne prévoit pas de règles précises à cet égard. Mais, l'article 28 de ce règlement permet à la Commission de tenir compte de la confidentialité. Des règles précises concernant l'accès au dossier ont été fixées dans une communication

de la Commission relative aux règles de procédure interne pour le traitement des demandes d'accès au dossier dans les cas d'application des articles 85 et 86 du traité CE, des articles 65 et 66 du traité CECA et du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil. Cette communication s'applique aussi au règlement No 17. Il convient encore de préciser que la Commission détaillera ces règles dans le nouveau règlement de procédure qui sera adopté par la Commission avant le 1er mai 2004.

Tout en comprenant les craintes du Conseil d'Etat, la Commission parlementaire ne saurait suivre le raisonnement du Conseil d'Etat consistant à dire que l'introduction de règles relatives à la protection de la confidentialité violerait l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne faut pas oublier que le Conseil de la concurrence et l'Inspection ne sont pas des juridictions, mais des autorités administratives. L'on ne saurait appliquer les règles relatives à l'accès au dossier telles que prévues pour les autorités judiciaires aux entités en question.

Il convient de remarquer que les chambres professionnelles, dans leur avis commun du 29 janvier 2004, n'ont pas formulé de critiques relatives à l'existence de telles dispositions.

Enfin, la Commission parlementaire tient à préciser que la pratique administrative actuelle (Commission des pratiques commerciales restrictives) ainsi que la jurisprudence administrative luxembourgeoise reconnaissent déjà le droit à la protection des secrets d'affaires et d'industrie.

En raison des explications développées ci-avant, la Commission parlementaire propose de maintenir les règles relatives à la confidentialité. Le texte proposé est légèrement allégé par rapport au projet de loi déposé.

#### **Amendement No 5: article 24, nouvel article 25: Secret professionnel**

L'article 25 est complété par deux nouveaux paragraphes libellés comme suit:

**„Art. 25.– Secret professionnel**

(1) ...

(2) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection sont tenus de garder le secret des délibérations et des informations qui leur auraient été fournies dans l'accomplissement de leurs fonctions.

(3) Les informations recueillies en application de la présente loi ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies.“

#### *Motivation*

Suite aux remarques du Conseil d'Etat, il est proposé d'introduire des dispositions relatives au secret des délibérations et des informations (reprises de l'article 10 de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives) et d'introduire en droit national le même principe que celui prévu à l'article 28, premier point du règlement (CE) No 1/2003.

#### **Amendement No 6: article 27, nouvel article 28: Assistance à la Commission européenne**

L'article 28 est amendé comme suit:

**„Art. 28.– Assistance à la Commission européenne**

(1) Le Conseil et l'Inspection sont les autorités compétentes à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.

Aux effets ci-dessus, le rapporteur général ou le rapporteur délégué délivre à celui ou ceux des fonctionnaires ci-dessus un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but des

enquêtes et vérifications. Les fonctionnaires sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.

(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue aux alinéas 3 à 13 de l'article 15 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.

(3) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue aux alinéas 3 à 13 de l'article 16 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée."

#### *Motivation*

Suite aux remarques du Conseil d'Etat, le texte doit être remanié dans un souci de cohérence avec les dispositions précédentes.

#### **Amendement No 7: article 31, nouvel article 32: dispositions modificatives et abrogatoires**

Le quatrième alinéa de l'article 32 est amendé comme suit:

„Toutefois, le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués et le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi, pris sur base de l'article 2, alinéa 2 de la présente loi ainsi que le règlement grand-ducal du 7 septembre 2001 relatif à l'indication des prix des produits et services restent en vigueur. Les infractions à ces règlements sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.“

#### *Motivation*

La Commission parlementaire estime que les conditions prévues à l'article 2, alinéa 2 du projet de loi sont remplies afin de justifier le maintien des deux règlements grand-ducaux en question (taxis et spécialités pharmaceutiques).

Concernant le secteur des taxis, compte tenu du fait que l'on est en présence d'une clientèle captive, il y a lieu de maintenir le règlement grand-ducal en question.

Concernant le secteur des spécialités pharmaceutiques, il y a lieu de préciser qu'une abolition pure et simple de ce règlement grand-ducal sans réforme simultanée du système de remboursement opéré par les caisses de maladie n'est pas envisageable à l'heure actuelle.

#### **Amendement No 8: article 30, nouvel article 31: Dispositions spécifiques**

La référence „à partir du grade d'inspecteur“ mentionnée à l'alinéa 2 de l'article 31 est supprimée.

#### *Motivation*

Afin de ne pas courir le risque d'être en manque de ressources face à une demande d'assistance de la Commission européenne, il est proposé de ne pas exiger le grade d'inspecteur pour les fonctionnaires relevant de la carrière moyenne, fonctionnaires susceptibles de prêter assistance à la Commission européenne. Il convient de préciser qu'une telle exigence n'est pas prévue dans le domaine de l'assistance à prêter à la Commission au titre du règlement (CE) No 1/2003 et au titre du règlement (CE) No 139/2004 et ceci conformément aux remarques du Conseil d'Etat.

\*

Tenant compte du fait que le règlement (CE) No 1/2003 et le règlement (CE) No 139/2004 sont directement applicables à partir du 1er mai 2004 et que le Luxembourg doit pouvoir disposer d'une autorité compétente pour appliquer dès le 1er mai 2004 directement les articles 81 et 82 du Traité, ce projet de loi revêt incontestablement un caractère urgent et je vous saurai gré d'émettre votre avis complémentaire dans les plus brefs délais.

Une nouvelle version coordonnée du projet de loi est annexée à la présente, à titre indicatif.

Copie de la présente est envoyée pour information au Ministre aux Relations avec le Parlement et au Ministre de l'Economie.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Jean SPAUTZ

*Président de la Chambre des Députés*

\*

## NOUVELLE VERSION COORDONNEE DU PROJET DE LOI

### **Art. 1. *Champ d'application***

~~A défaut de dispositions législatives contraires, la présente loi est applicable à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestation de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.~~

La présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires.<sup>1</sup>

### **Chapitre I – *De la concurrence sur le marché***

#### **Art. 2. *Liberté des prix***

Les prix des biens, produits et services<sup>2</sup> sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure ~~de l'offre ou de la demande~~ du marché<sup>3</sup>, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions législatives ou ~~réglementaires impératives<sup>4</sup>~~, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits ou services concernés.

Dans le cas d'un dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs d'activités déterminés consécutif à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles ou à une situation manifestement<sup>5</sup> anormale du marché, des règlements grand-ducaux peuvent arrêter des mesures temporaires contre les hausses ou les baisses de prix excessives. Ces règlements grand-ducaux précisent la durée de validité des mesures prises qui ne peut excéder six mois.

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, ci-après dénommé le ministre<sup>6</sup>, peut, dans le secteur des produits pétroliers, conclure des contrats de programme avec des entreprises du secteur comportant des engagements relatifs au niveau des prix maxima. Les contrats sont conclus pour une durée indéterminée. A défaut de conclusion de contrats de programme, des prix maxima peuvent être fixés par règlement grand-ducal.<sup>7</sup> ~~le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut fixer des prix maxima.~~ Les entreprises ne peuvent pas dépasser les prix maxima.

1 Page 6, avis du Conseil d'Etat.

2 Page 6, avis du Conseil d'Etat.

3 Page 6, avis du Conseil d'Etat.

4 Page 6, avis du Conseil d'Etat.

5 Page 7, avis du Conseil d'Etat.

6 Page 7, avis du Conseil d'Etat.

7 Page 7, avis du Conseil d'Etat.

Les infractions aux règlements pris en application des alinéas 2 ou 3 du présent article sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

**Art. 3. Interdiction des ententes**

Les accords, décisions ou pratiques concertés interdits en vertu de dispositions du présent article sont nuls de plein droit.<sup>8</sup>

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à :

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- 4) 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;
- 5) 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.

**Art. 4. Nullité de plein droit des ententes et exemptions** Exceptions à l'interdiction des ententes<sup>9</sup>

Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas :

- aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises,
- aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- aux pratiques concertées ou catégorie de pratiques concertées

(1) ~~Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de l'article 3 sont nuls de plein droit.~~

(2) ~~Toutefois, les dispositions de l'article 3 et du paragraphe 1er du présent article ne s'appliquent pas aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées qui :~~

- 1) ~~résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire;~~
- 2) ~~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.~~<sup>10</sup>

**Art. 5. Interdiction des abus de position dominante**

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;

<sup>8</sup> Page 7, avis du Conseil d'Etat.

<sup>9</sup> Page 8, avis du Conseil d'Etat.

<sup>10</sup> Page 8, avis du Conseil d'Etat, conforme à l'article 81, § 3 du Traité.

- 3) 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;
- 4) 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.

## **Chapitre II – Du Conseil indépendant<sup>11</sup> de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence**

### **Art. 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil**

(1) Il est créé un Conseil indépendant de la concurrence (ci-après dénommé: „Conseil“), autorité administrative indépendante, chargée de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi.<sup>12</sup>

(2) Le Conseil a la compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne, CE (ci-après dénommé: „le Traité“).<sup>13</sup> Il les applique, à titre exclusif,<sup>14</sup> lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise.

(3) Le Conseil est l'autorité compétente pour retirer le bénéfice du Règlement (CE) No 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées conformément à l'article 7 dudit Règlement.

(4) Le Conseil représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.<sup>15</sup>

(5) Le Conseil organise ses travaux et établit son règlement intérieur.<sup>16</sup>

~~(5) Le Conseil bénéficie, pour l'instruction des affaires, de l'assistance de l'Inspection de la concurrence créée au sein des services du ministre ayant dans ses attributions l'Economie (ci-après dénommée: „Inspection“).~~<sup>17</sup>

~~(6) Le Conseil et l'Inspection exercent leurs fonctions en toute indépendance vis-à-vis du Gouvernement.~~<sup>18</sup>

### **Art. 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil**

(1) Le Conseil est un organe collégial composé de trois conseillers dont un président, et de cinq conseillers suppléants. d'un Président, de deux conseillers et de trois conseillers suppléants nommés et révoqués par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement en Conseil. Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants sont nommés par le Grand-Duc<sup>19</sup> pour un terme de sept ans renouvelable. Le cadre du Conseil comprend dans la carrière supérieure de l'administration:

- un Président du Conseil indépendant de la concurrence.

Un conseiller et un conseiller suppléant relèvent de la magistrature. Les autres conseillers et conseillers suppléants sont choisis en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de droit de la concurrence.

<sup>11</sup> Page 8, avis du Conseil d'Etat.

<sup>12</sup> Page 8, avis du Conseil d'Etat.

<sup>13</sup> Page 8, avis du Conseil d'Etat.

<sup>14</sup> Page 9, avis du Conseil d'Etat.

<sup>15</sup> Publié au Journal officiel des Communautés européennes L 1 du 4 janvier 2003, page 1 et suivantes.

<sup>16</sup> Page 9, avis du Conseil d'Etat.

<sup>17</sup> Page 9, avis du Conseil d'Etat.

<sup>18</sup> Page 9, avis du Conseil d'Etat.

<sup>19</sup> Page 10, avis du Conseil d'Etat.

Le Président et les membres du Conseil doivent être détenteurs d'un diplôme d'études universitaires sanctionnant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès en droit ou en sciences économiques.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants ne peuvent être membre du Gouvernement, de la Chambre des Députés, du Conseil d'Etat ou du Parlement européen ni exercer une activité incompatible avec leur fonction.

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

Avant d'entrer en fonction, les membres du Conseil prêtent entre les mains du Président du Conseil indépendant de la concurrence le serment suivant: „Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité.“

Avant d'entrer en fonction, le président du Conseil prête entre les mains du Grand-Duc ou de son représentant et les conseillers et conseillers suppléants entre les mains du président du Conseil le serment suivant: „Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir ma fonction avec intégrité, exactitude et impartialité.“<sup>20</sup>

En cas d'empêchement du Président, ses fonctions sont déléguées au conseiller ayant la plus grande ancienneté au sein du Conseil, et, en cas d'égalité d'ancienneté, au plus âgé.

Si, en cours de mandat, un membre du Conseil cesse d'exercer ses fonctions, le mandat de son successeur est limité à la période restant à courir.

La démission d'un membre du Conseil intervient de plein droit par l'atteinte de la limite d'âge de 65 ans.

Sa fonction cesse par l'atteinte de la limite d'âge fixée à 65 ans accomplis.<sup>21</sup>

(2) Le Président du Conseil a, pendant l'exercice de ses fonctions, la qualité de fonctionnaire de l'Etat.

En cas de cessation du mandat, le titulaire issu du secteur public est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme Président du Conseil jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade.

Pour le cas où le Président est issu de secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation.

En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par le Gouvernement en Conseil.

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

Pour le cas où le président du Conseil est issu de la fonction publique, il est mis en congé pendant la durée de son mandat de son administration d'origine. Il continue à relever du régime de sécurité sociale correspondant à son statut. En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traite-

<sup>20</sup> Page 10, avis du Conseil d'Etat.

<sup>21</sup> Page 11, avis du Conseil d'Etat.



ment qu'il a touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme président du Conseil jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade. A défaut de vacance de poste, il peut être créé un emploi hors cadre, correspondant à ce traitement. Cet emploi sera supprimé de plein droit à la première vacance qui se produira dans une fonction appropriée du cadre normal.

Pour le cas où le Président est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation. En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par règlement grand-ducal.<sup>22</sup>

(3) Sous peine de nullité des décisions du Conseil, les membres du Conseil ne peuvent intervenir dans une affaire lorsque celle-ci touche des intérêts directs ou indirects qu'ils détiennent dans une activité économique. Ils ne peuvent pas non plus intervenir dans une affaire dont ils avaient à connaître dans le cadre de fonctions exercées antérieurement à leur activité auprès du Conseil.

(4) ~~Les décisions du Conseil sont publiées dans un Recueil spécial. Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités. Le rapport est remis au ministre ayant dans ses attributions l'Economie et à la Chambre des Députés et sera remis à toute personne intéressée.~~

(4) Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités qui reprend les décisions importantes prises par lui en prenant soin de préciser si ces décisions sont coulées en force de chose jugée. Le rapport est remis au ministre et à la Chambre des députés. Il sera tenu à la disposition de toute personne intéressée.<sup>23</sup>

(5) Le secrétariat du Conseil est assuré par les services du ministre.<sup>24</sup>

#### **Art. 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence**

~~(1) L'Inspection est dirigée par le Président du Conseil. Lorsque le Conseil est saisi, son Président, ou son délégué, désigne sans délai un rapporteur.~~

~~Par arrêté du ministre ayant dans ses attributions l'Economie, des fonctionnaires de la carrière supérieure et de la carrière moyenne de l'Etat sont affectés ou détachés à temps plein et pour une durée de sept ans renouvelable à l'Inspection.~~

~~Les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'Etat affectés à l'Inspection exercent la mission de rapporteur du Conseil.~~

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

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

Elle en rassemble les preuves et en saisit le Conseil.<sup>25</sup>

~~(2) Les rapporteurs et les fonctionnaires de la carrière moyenne à partir du grade d'inspecteur ci-après dénommés les agents de l'Inspection, peuvent conduire toutes les investigations nécessaires pour l'application de la présente loi.~~

<sup>22</sup> Page 11, avis du Conseil d'Etat.

<sup>23</sup> Page 12, avis du Conseil d'Etat.

<sup>24</sup> Page 12, avis du Conseil d'Etat.

<sup>25</sup> Page 12, avis du Conseil d'Etat.

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

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

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

(3) Le secrétariat de l'Inspection est assuré par les services du ministre.<sup>26</sup>

~~(3) Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents de l'Inspection ainsi désignés ont la qualité d'officiers de police judiciaire. Leur compétence s'étend à tout le territoire du Grand-Duché. Leurs procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire.~~

~~Avant d'entrer en fonction ils prêtent, devant le tribunal d'arrondissement de leur domicile, le serment suivant: „Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité et de garder le secret des faits qui sont venus à ma connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de mes fonctions“.~~

~~(4) Le Conseil établira son règlement intérieur qui doit être approuvé par le Gouvernement en Conseil et publié au Mémorial.<sup>27</sup>~~

#### **Art. 9. Saisine du Conseil**

Le Conseil peut être saisi par toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime ainsi que par le ministre ayant dans ses attributions l'Economie.

Il est saisi par lettre recommandée avec accusé de réception ou par déclaration au Conseil. La lettre de saisine devra contenir non seulement la description détaillée du fait dénoncé et son incrimination, mais également tous les éléments de son existence présumée.<sup>28</sup> Le Conseil peut aussi s'autosaisir.<sup>29</sup>

### *Section I – Des décisions du Conseil*

#### **Art. 10. Constatation et cessation d'une infraction**

Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 9<sup>30</sup> ~~agissant d'office ou saisi d'une plainte~~, constate l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure corrective coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise<sup>31</sup> commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.

#### **Art. 11. Mesures conservatoires**

(1) Le Président du Conseil, ou son délégué, peut, après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ~~ou qu'il juge nécessaires.<sup>32</sup>~~

Ces mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante.

Le Président du Conseil, ou son délégué, peut enjoindre aux parties de suspendre l'application des pratiques concernées ou de revenir à l'état antérieur. Les mesures conservatoires ordonnées par le Prési-

<sup>26</sup> Page 14, avis du Conseil d'Etat.

<sup>27</sup> Page 14, avis du Conseil d'Etat.

<sup>28</sup> Pages 14 et 15, avis du Conseil d'Etat.

<sup>29</sup> Page 15, avis du Conseil d'Etat.

<sup>30</sup> Page 15, avis du Conseil d'Etat.

<sup>31</sup> Page 15, avis du Conseil d'Etat.

<sup>32</sup> Page 15, avis du Conseil d'Etat.

dent du Conseil ou son délégué doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

(2) La décision du Président du Conseil ou de son délégué peut faire l'objet d'un recours en annulation par les parties en cause devant le Président du Tribunal Administratif au maximum un mois à partir de sa notification. Le Président du Tribunal Administratif statue dans les quinze jours suivant le dépôt du recours.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le Président du Tribunal Administratif peut ordonner, dès qu'il est saisi, qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires.<sup>33</sup>

(32) Une décision prise en application du paragraphe 1 est applicable pour une durée déterminée nécessaire pour prendre une décision exécutoire au fond et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.<sup>34</sup>

### **Nouvel Art. 12. Engagements**<sup>35</sup>

(1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le Conseil les a informées dans son évaluation préliminaire, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

(2) Le Conseil peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative:

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements; ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

## *Section II – Pouvoirs d'enquête*

### **Art. ~~12~~ 13. Demandes de renseignements**

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, ~~le Conseil~~ l'Inspection peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

(2) ~~Lorsqu'il~~ Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, ~~le Conseil~~ l'Inspection indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. ~~Il~~ Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article ~~17~~ 18 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

(3) Lorsque ~~le Conseil~~ l'Inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, ~~il~~ elle indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. ~~Elle~~ Elle indique également les sanctions prévues à l'article ~~17~~ 18 et indique ~~ou inflige~~<sup>36</sup> les sanctions prévues à l'article ~~19~~ 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Page 16, avis du Conseil d'Etat.

<sup>34</sup> Page 16, avis du Conseil d'Etat.

<sup>35</sup> Page 30, proposition du Conseil d'Etat. Suite à l'insertion d'un article supplémentaire, les articles suivant l'article 12 sont renumérotés et les références aux articles aussi.

<sup>36</sup> Doit être supprimé puisque l'Inspection ne peut pas infliger des amendes.

<sup>37</sup> Page 17, avis du Conseil d'Etat.

(4) Sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants.<sup>38</sup>

**Art. 13 14. Pouvoirs de recueillir des déclarations**

Pour l'accomplissement des tâches mesures d'enquête<sup>39</sup> qui leurs sont assignées par la présente loi, le Conseil et<sup>40</sup> l'Inspection peuvent interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée.

**Art. 14 15. Pouvoirs en matière d'inspection**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>38</sup> Pages 17 et 18, avis du Conseil d'Etat.

<sup>39</sup> Page 18, avis du Conseil d'Etat.

<sup>40</sup> Page 18, avis du Conseil d'Etat.

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

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

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

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

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

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

(13) Les intéressés peuvent obtenir, à leurs frais, copie ou photocopie des documents saisis.<sup>41</sup>

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

~~(2) Les agents de l'Inspection et les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants:~~

- ~~1) accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises;~~
- ~~2) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support;~~
- ~~3) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents;~~
- ~~4) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'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.~~

~~(3) Les agents de l'Inspection et les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 17 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexactes ou dénaturées.~~

~~(4) Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que le Président du Conseil a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues à l'article 17 et à l'article 19. La présence d'un avocat est autorisée.~~

~~(5) Lorsque les agents de l'Inspection ou les autres personnes les accompagnant dûment mandatés par le Président du Conseil constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article, ils peuvent recourir à la force publique pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection sans pouvoir saisir des documents.~~

~~(6) Sous peine de nullité de l'inspection, il est remis, contre récépissé au représentant de l'entreprise un document écrit rappelant les conditions visées ci-avant. La vérification commence nonobstant~~

<sup>41</sup> Pages 19 et 20, avis du Conseil d'Etat.

L'absence de l'avocat et ne peut, sous peine de nullité, être commencée avant six heures trente ni après vingt heures.

**Art. 15 16. Inspection d'autres locaux**

(1) S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave ~~aux~~ des articles 3 à 5 de la présente loi ou ~~aux~~ des articles 81 ou 82 du Traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, le ~~Conseil peut~~ l'Inspection peut procéder ordonner par voie de décision qu'il soit procédé à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.<sup>42</sup>

(2) Les enquêteurs peuvent prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>42</sup> Amendement parlementaire.

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

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

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

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

~~(2) La décision indique, sous peine de nullité, l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et signale que la décision est susceptible de recours. Elle expose notamment les motifs qui ont conduit le Conseil à conclure qu'il existe un soupçon au sens du paragraphe 1.~~

~~(3) Une décision prise conformément au paragraphe 1 ne peut être exécutée sans autorisation préalable du Président du Tribunal d'Arrondissement ou de son délégué. Le Président du Tribunal Arrondissement ou son délégué vérifie l'objet et l'opportunité de la demande d'autorisation.~~

~~La requête comporte tous les éléments d'information de nature à justifier une demande de perquisition ou de saisie.~~

~~L'ordonnance du juge est susceptible de recours.~~

~~(4) Les perquisitions et saisies effectuées par l'Inspection ne peuvent se dérouler en l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Elles ne peuvent, sous peine de nullité, être commencées avant six heures trente minutes ni après vingt heures.~~

~~L'assistance de la force publique peut être requise.~~

~~Le déroulement de la perquisition et de la saisie est consigné dans un procès-verbal.~~

~~Une copie de l'ordonnance autorisant la perquisition ou la saisie est annexée au procès-verbal sous peine de nullité.~~

~~Les pièces ou documents saisis sont confiés à un gardien de saisie.~~

~~L'Inspection peut être désignée gardienne de la saisie.~~

~~(5) Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué contrôle si la décision du Conseil est authentique et si les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut demander au Conseil des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées. Le Président du Tribunal d'Arrondissement ou son délégué peut remettre en cause la nécessité d'une inspection et exiger la communication des informations figurant dans le dossier du Conseil.~~

#### **Art. 16 17. Expertises**

~~Le Conseil L'Inspection<sup>43</sup> peut dans le cadre de l'application de la présente loi désigner des experts, dont elle détermine précisément la mission.~~

### *Section III – Sanctions*

#### **Art. 17 18. Amendes**

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

1) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 13, paragraphe 2;

<sup>43</sup> Page 21, avis du Conseil d'Etat.

- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit;
- 3) elles présentent de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 15, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 15, paragraphes 2 et 4;
- 4) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles<sup>44</sup> 81 ou 82 du Traité; ou
- 5) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 11 ou à une décision prise au titre de l'article 12.<sup>45</sup>

(1) ~~Est puni d'une amende de 251 à 50.000 euros, le fait par une entreprise ou une association d'entreprises, de propos délibéré ou par négligence:~~

- 1) ~~de fournir un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 12, paragraphe 2;~~
- 2) ~~en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 12, paragraphe 3, de fournir un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou de ne pas fournir un renseignement dans le délai prescrit;~~
- 3) ~~de présenter de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 14 les livres ou autres documents professionnels requis, ou de ne pas se soumettre pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 4;~~
- 4) ~~en réponse à une question posée conformément à l'article 14, paragraphe 2, point 4);~~
  - a) ~~de fournir une réponse incorrecte ou dénaturée, ou~~
  - b) ~~d'omettre de rectifier dans un délai fixé par le Conseil une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel, ou~~
  - e) ~~d'omettre ou de refuser de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ordonnée par une décision adoptée conformément à l'article 14, paragraphe 4.~~

(2) ~~Le Conseil peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence:~~

- 1) ~~elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité; ou~~
- 2) ~~qu'elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures conservatoires prise au titre de l'article 11.~~

(3) (2) Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits<sup>46</sup> Le Conseil peut infliger une amende proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base ~~du paragraphe 2~~ des paragraphes précédents est de 10 ~~p. 100~~ pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

44 Proposition de la Commission parlementaire, oubli du Conseil d'Etat.

45 Pages 22 et 23, avis du Conseil d'Etat. Références aux articles changés suite à l'insertion d'un nouvel article 12 (Engagements) et suppression du point 4) du premier paragraphe.

46 Page 23, avis du Conseil d'Etat.



Le Conseil peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise.<sup>47</sup>

(4) Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

(3) Sont tenus de fournir les renseignements demandés les propriétaires des entreprises exploitées par des personnes physiques ou leurs représentants légaux détenteurs de l'autorisation d'établissement, inscrits ou non au Registre de commerce et des sociétés. Pour les entreprises exploitées sous forme de société ou d'association, il s'agit des gérants, administrateurs délégués ou, en cas de défaut, des présidents du conseil d'administration ou administrateurs, ou autres dirigeants effectifs de droit ou de fait. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants. Ces derniers restent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.<sup>48</sup>

(5) (4) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

#### **Art. 18 19. Immunité et réduction des amendes**

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

(2) Le Conseil peut réduire l'amende infligée à une entreprise lorsque celle-ci dénonce une entente avant l'envoi d'une communication des griefs.<sup>49</sup>

(1) Le Conseil exempte une entreprise de toute amende lorsque celle-ci est la première à dénoncer une entente sur l'existence de laquelle le Conseil ne dispose pas d'informations.

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

- (3) Une entreprise peut bénéficier de l'immunité ou d'une réduction de l'amende si:
- elle fournit au Conseil ou à l'Inspection<sup>50</sup> la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente présumée et lui apporte une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil;
  - elle met fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle dénonce celle-ci au Conseil ou à l'Inspection<sup>51</sup>;
  - le Conseil ou l'Inspection<sup>52</sup> ne disposent pas d'éléments qui prouvent que l'entreprise a contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale.

(4) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil, à la demande ~~d'un~~ du rapporteur général ou de son délégué<sup>53</sup>, adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié.

<sup>47</sup> Page 23, avis du Conseil d'Etat.

<sup>48</sup> Page 17, avis du Conseil d'Etat.

<sup>49</sup> Page 24, avis du Conseil d'Etat.

<sup>50</sup> Page 24, avis du Conseil d'Etat.

<sup>51</sup> Page 24, avis du Conseil d'Etat.

<sup>52</sup> Proposition de la Commission parlementaire, oubli du Conseil d'Etat.

<sup>53</sup> Page 24, avis du Conseil d'Etat.

**Art. 19 20. Astreintes**

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de ~~5 p. 100~~ pour cent<sup>54</sup> du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

- 1) à mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 ou des articles 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 10;
- 2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application ~~de de l'article l'article~~ 11 ou une décision relative à des engagements prise en application de l'article 12,<sup>55</sup>
- 3) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article ~~12~~ 13, paragraphe 3 ~~;~~ .
- 4) à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée par voie de décision en application de l'article 14, paragraphe 4.<sup>56</sup>

(2) Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, le Conseil peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

(3) Le recouvrement de l'astreinte est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

*Section IV – Prescriptions***Art. 20 21. Prescription en matière d'imposition de sanctions**

(1) Le pouvoir conféré au Conseil en vertu des articles ~~17~~ 18 à ~~19~~ 20 est soumis aux délais de prescription suivants:

- a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ~~ou à l'exécution d'inspections~~<sup>57</sup>;
- b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

(2) La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

(3) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte du Conseil ou de l'Inspection. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription:

- 1) les demandes de renseignements écrites du Conseil ou de l'Inspection;
- 2) les mandats écrits d'inspection délivrés aux agents de l'Inspection par ~~le Président du Conseil le rapporteur général ou son délégué~~<sup>58</sup>;
- 3) la communication des griefs retenus par ~~le Conseil~~ l'Inspection<sup>59</sup>.

(4) L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

(5) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans

<sup>54</sup> Page 24, avis du Conseil d'Etat.

<sup>55</sup> Proposition de la Commission parlementaire, suite à l'insertion d'un nouvel article 12 relatif aux engagements.

<sup>56</sup> Page 24, avis du Conseil d'Etat.

<sup>57</sup> Page 25, avis du Conseil d'Etat.

<sup>58</sup> Page 25, avis du Conseil d'Etat.

<sup>59</sup> Proposition de la Commission parlementaire, oubli du Conseil d'Etat.

que le Conseil ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

(6) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision du Conseil fait l'objet d'une procédure pendante devant le Tribunal Administratif.

**Art. ~~21~~ 22. Prescription en matière d'exécution des sanctions**

(1) Les amendes et les astreintes prononcées en application des articles 18 à 20 se prescrivent par 5 années révolues.<sup>60</sup>

~~(1) Le pouvoir du Conseil d'exécuter les décisions prises en application des articles 17 à 19 est soumis à un délai de prescription de cinq ans.~~

(2) La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

(3) La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue:

- a 1) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification;
- b 2) par tout acte de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

(4) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

(5) La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue:

- 1) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé;
- 2) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision juridictionnelle.

*Section V – Communication des griefs, accès au dossier, audition et secret professionnel*

**Art. ~~22~~ 23. Communication des griefs**

Lorsqu'il relève des faits susceptibles d'entrer dans son domaine de compétence et avant de prendre des décisions prévues aux articles 10, 11 et ~~17~~ 18, premier paragraphe, 5) et, paragraphe 3 2, le Conseil l'Inspection<sup>61</sup> communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les griefs formulés contre elles et précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre.

Si ~~le Conseil l'Inspection~~ constate au cours de la procédure que sont apparus des faits nouveaux éventuellement répréhensibles, ou au contraire que certains griefs méritent d'être abandonnés, ~~il~~ elle adresse aux entreprises concernées une nouvelle communication des griefs ou une communication des griefs modifiée.

Le délai de réponse accordé au destinataire de la communication des griefs et de la communication des griefs nouvelle ou modifiée est adressée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception. Le délai de réponse ne saurait être inférieur à un mois.

**Art. ~~23~~ 24. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties**

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

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

<sup>60</sup> Page 25, avis du Conseil d'Etat.

<sup>61</sup> Page 25, avis du Conseil d'Etat.

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

~~(1) Les parties doivent être en mesure de prendre connaissance des pièces à la base de la communication des griefs qui leur est adressée, à l'exception de celles qui sont de nature à révéler des secrets d'affaires ou des informations confidentielles.~~

~~Les documents accessibles sont mis à la disposition des parties ou de leurs représentants à l'Inspection, à compter de l'envoi de la communication des griefs.~~

~~Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent librement prendre copie des documents mis à leur disposition selon des modalités déterminées par le règlement intérieur du Conseil.~~

(2) Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises au cours de l'enquête et dont elles ont sollicité la non-divulgence par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée.<sup>62</sup>

~~De même, les documents ou partie de documents permettant d'identifier certaines personnes ne sont pas communicables lorsqu'il apparaît que la révélation de leur identité serait de nature à leur causer un préjudice d'une particulière gravité. Les personnes entendues désirant garder l'anonymat doivent présenter une demande écrite et spécialement motivée.~~

~~Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de l'autorité de concurrence, des autorités de concurrence des États membres ou de la Commission européenne. En particulier, le droit d'accès ne s'étend pas à la correspondance entre l'autorité de concurrence et les autorités de concurrence des États membres ou la Commission européenne ou entre ces dernières. Aucune disposition de la présente loi n'empêche le Conseil de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.~~

(2 3) Il appartient aux entreprises ou aux personnes intéressées de revendiquer auprès du rapporteur général ou de son délégué le caractère secret ou confidentiel des informations qu'elles ont communiquées.

~~Lorsqu'il estime que la divulgation de tout ou partie des documents risquerait de leur causer un préjudice, le rapporteur général ou son délégué demande aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées de préciser la nature des informations qu'elles estiment couvertes par le secret des affaires ou la confidentialité.~~<sup>63</sup>

(3) Le Président du Conseil ou son délégué statue sur les demandes qui lui sont faites et détermine le degré de confidentialité de chaque pièce figurant au dossier. Il peut décider de faire droit à la demande de l'entreprise concernée ou de la personne intéressée, ou de supprimer les seules informations véritablement secrètes ou confidentielles des documents incriminés.

(4) La décision du Président du Conseil ou son délégué est notifiée aux entreprises concernées ou aux personnes intéressées par lettre recommandée avec accusé de réception.

(5) (4) Les décisions du Président du Conseil rapporteur général ou de son délégué refusant totalement ou partiellement de faire droit aux demandes de confidentialité présentées par les entreprises ou les personnes intéressées sont notifiées aux entreprises par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant les délais et voies de recours ouverts contre la décision.<sup>64</sup> peuvent être déférées devant le Président du Tribunal Administratif dans les 15 jours suivant la réception de la notification de la décision.

~~Les parties peuvent contester, dans les 15 jours suivant la réception de la communication des griefs, devant le Président du Tribunal Administratif, les décisions du Président du Conseil ou de son délégué leur refusant l'accès à certaines pièces ou éléments du dossier.~~

<sup>62</sup> Amendement parlementaire.

<sup>63</sup> Amendement parlementaire.

<sup>64</sup> Amendement parlementaire.

(6) (5) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 17 18, premier paragraphe, 5) et paragraphe 3 2, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui a lieu dans le deux<sup>65</sup> mois qui ~~suit~~ suivent la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le rapporteur, les parties plaignantes, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies.

Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.

~~Le Conseil prend sa décision dans les deux mois à compter de la clôture des débats.~~<sup>66</sup>

#### **Art. 24 25. Secret professionnel**

(1) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection ainsi que les experts désignés en vertu de l'article 16 17 ou toute autre personne dûment mandatée par le Conseil sont soumis au respect du secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, même après la fin de leurs fonctions.

(2) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection sont tenus de garder le secret des délibérations et des informations qui leur auraient été fournies dans l'accomplissement de leurs fonctions.

(3) Les informations recueillies en application de la présente loi ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies.<sup>67</sup>

~~(2) Le Conseil et les agents de l'Inspection agissant dans le cadre de l'accomplissement de leurs missions ne peuvent se voir opposer le secret professionnel.~~

### *Section VI – Voies de recours*

#### **Art. 25 26. Recours contre les décisions du Conseil**

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

(2) Toutefois, un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu des articles 18 et 19. Il doit être intenté dans un délai de deux mois.

~~Un recours en annulation devant le Tribunal Administratif est ouvert contre les décisions du Conseil. Toutefois, un recours en réformation devant le Tribunal Administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu de l'article 17, paragraphe 3 et de l'article 18. Il doit être intenté dans un délai de deux mois qui court à partir de la notification de la décision par lettre recommandée.~~

### *Section VII – Coopération et assistance*

#### **Art. 26 27. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres**

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

<sup>65</sup> Proposition du Conseil d'Etat de prolonger le délai.

<sup>66</sup> Amendement parlementaire.

<sup>67</sup> Pages 27 et 28, avis du Conseil d'Etat.

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

(3) L'assistance demandée par une autorité de concurrence d'un autre Etat membre, indiquée au paragraphe 1er, en vue de la conduite d'enquêtes ou de la transmission d'informations détenues ou recueillies est refusée lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public luxembourgeois ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée au Grand-Duché de Luxembourg sur base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.<sup>68</sup>

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

~~(2) L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par l'autorité de concurrence des informations ou documents qu'elle détient ou qu'elle recueille, à leur demande, à la Commission européenne et aux autorités des autres Etats exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.~~

~~(3) L'assistance demandée par une autorité nationale de concurrence étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations détenues ou recueillies par l'autorité de concurrence est refusée par celle-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public luxembourgeois ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée au Grand-Duché de Luxembourg sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.~~

#### **Art. 27 28. Assistance à la Commission européenne**

(1) Le Conseil et l'Inspection est sont l'autorité les autorités compétentes<sup>69</sup> à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises<sup>70</sup>.

~~Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne, à partir du grade d'inspecteur, de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.~~

~~Aux effets ci-dessus, le Président du Conseil délivre à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus un mandat écrit qui indique l'objet et le but des enquêtes et vérifications:~~

Aux effets ci-dessus, le rapporteur général ou le rapporteur délégué délivre à celui ou ceux des fonctionnaires ci-dessus un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but des enquêtes et vérifications. Les fonctionnaires sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règle-

<sup>68</sup> Pages 28 et 29, avis du Conseil d'Etat.

<sup>69</sup> Page 29, avis du Conseil d'Etat.

<sup>70</sup> Publié au Journal officiel de l'Union européenne du 29 janvier 2004, L24, page 1 et suivantes.

ment (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.<sup>71</sup>

Les fonctionnaires mandatés conformément à l'alinéa qui précède sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.

Lorsque les fonctionnaires sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit, une autorisation préalable du juge d'instruction territorialement compétent doit être sollicitée.

L'assistance de la force publique peut être requise.

(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue aux alinéas 3 à 13 de l'article 15 de la présente loi.

une autorisation préalable du juge d'instruction territorialement compétent doit être sollicitée pour exécuter la décision de la Commission européenne.

L'assistance de la force publique peut être requise réquisitionnée.

(3) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue aux alinéas 3 à 13 de l'article 16 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.<sup>72</sup>

#### **Art. 28 29. *Coopération avec les juges***

Pour l'application de la présente loi, ~~le Conseil l'Inspection~~ peut, devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, déposer des conclusions. Avec l'autorisation de la juridiction en question, ~~le Conseil l'Inspection~~ peut aussi présenter des observations orales. ~~H Elle~~ peut également produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête.<sup>73</sup>

#### **Art. 29 30. *Coopération avec les régulateurs sectoriels***

Le Conseil et l'Inspection sont ~~est~~ autorisés à demander aux régulateurs sectoriels des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires dans le cadre de l'application de la présente loi.<sup>74</sup>

### **Chapitre III – Dispositions spécifiques, modificatives, abrogatoires et finales**

#### **Art. 30 31. *Dispositions spécifiques***

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assurer les devoirs visés à l'article 22, paragraphe 6 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne ~~à partir du grade d'inspecteurs~~<sup>75</sup> du Ministère de l'Economie peuvent prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 22 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. A cet effet, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie délivre un mandat écrit à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

<sup>71</sup> Amendement parlementaire.

<sup>72</sup> Amendement parlementaire.

<sup>73</sup> Page 30, avis du Conseil d'Etat.

<sup>74</sup> Page 30, avis du Conseil d'Etat.

<sup>75</sup> Amendement parlementaire.

**Art. 31 32. Dispositions modificatives et abrogatoires**

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée.

La loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
2. du règlement No 17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome
3. du règlement (CEE) No 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
4. du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, est abrogée.

La loi du 7 juillet 1983, modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix, est abrogée.

Toutefois, le règlement grand-ducal du 13 décembre 1988 concernant les prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments préfabriqués; et le règlement grand-ducal du 14 mai 2001 fixant des prix maxima pour courses de taxi, pris sur base de l'article 2, alinéa 2 de la présente loi<sup>76</sup> ainsi que le règlement grand-ducal du 7 septembre 2001 relatif à l'indication des prix des produits et services restent en vigueur. Les infractions à ces règlements sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat est modifiée comme suit:

- 1) A l'article 22, section IV, numéro 9 est ajoutée la mention suivante: „Président du Conseil ~~indépendant~~ de la concurrence“.
- 2) A l'annexe A – classification des fonctions – la rubrique I, „Administration générale“, est modifiée et complétée comme suit:
 

„Au grade 17 est ajoutée la mention suivante: „Conseil ~~indépendant~~ de la concurrence – Président“.“
- 3) A l'annexe D – Détermination – la rubrique I, „Administration générale“, est modifiée et complétée comme suit:
 

„A la carrière supérieure de l'administration, au grade 12 de la computation de la bonification d'ancienneté, est ajoutée au grade 17 la mention suivante: „Président du Conseil ~~indépendant~~ de la concurrence“.“

**Art. 32 33. Dispositions transitoires**

(1) Les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité.

(2) Jusqu'au 1er mai 2004, les obligations découlant des articles 10, 11, 13 et 14 du règlement No 17 du Conseil de la Communauté économique européenne du 6 février 1962 et des articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises sont assumées par les agents de l'Inspection. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

**Art. 33 34. Entrée en vigueur**

La présente loi entrera en vigueur trois jours après sa publication au Mémorial.

<sup>76</sup> Amendement parlementaire.



Service Central des Imprimés de l'Etat

5229/07

N° 5229<sup>7</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

---

---

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT**

(20.4.2004)

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

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

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

*Articles 1er à 6*

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

*Article 7*

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

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

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

*Article 8*

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

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

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

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

L'actuel paragraphe 3 deviendra ainsi le paragraphe 4.

#### Article 9

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

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

**„Art. 9. Saisine du Conseil**

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

#### Article 10

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

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

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

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

#### Article 11

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

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

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

Ce paragraphe devrait donc se lire de la façon suivante:

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

#### Article 12 nouveau (Amendement 1)

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

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

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

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

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

#### Nouveaux articles 13 à 15

Sans observation.

#### Nouvel article 16 (Amendement 2)

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

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

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

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

#### Article 17

Sans observation.

#### Article 18 (Amendement 3)

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

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

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

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

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

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

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

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

#### Articles 19 à 23

Sans observation.

#### Article 24 (Amendement 4)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Articles 25 à 27 (Amendement 5 et 6)

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

*Articles 28 à 30*

Sans observation.

*Article 31*

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

*Article 32 (Amendement 7)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Article 33 (Amendement 8)*

Sans observation.

*Article 34*

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

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 avril 2004.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES



Service Central des Imprimés de l'Etat

5229/08

**N° 5229<sup>8</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2003-2004

---

---

**PROJET DE LOI**

relative à la concurrence

\* \* \*

**RAPPORT DE LA COMMISSION DE L'ECONOMIE, DE L'ENERGIE,  
DES POSTES ET DES TRANSPORTS**

(27.4.2004)

La Commission se compose de: M. John SCHUMMER, Président; Mme Agny DURDU, Rapportrice; M. François BAUSCH, M. Lucien CLEMENT, Mme Mady DELVAUX-STEHRÉS, M. Marcel GLESENER, M. Gusty GRAAS, M. Fernand GREISEN, M. Norbert HAUPERT, M. Marcel SAUBER et M. Marc ZANUSSI, Membres.

\*

**ANTECEDENTS**

Le projet de loi sous rubrique a été déposé en date du 31.10.2003.

L'Union luxembourgeoise des Consommateurs a émis son avis le 22.1.2004. L'avis commun de la Chambre des Métiers et de la Chambre de Commerce date du 29.1.2004.

Le Gouvernement a amendé son propre projet de loi les 2.3.2004 et 15.1.2004.

Le Conseil d'Etat a émis son avis le 16.3.2004.

La Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports a analysé le projet en date du 18.3.2004. Elle a adopté huit amendements qui ont été envoyés au Conseil d'Etat par lettre d'amendement du 23.3.2004. L'avis complémentaire du Conseil d'Etat a été émis le 20.4.2004.

La Commission a réexaminé le texte dans sa séance du 27.4.2004. Le présent projet de rapport a été adopté dans la même réunion.

\*

**OBJET DU PROJET DE LOI**

Au Luxembourg le droit de la concurrence est marqué par l'existence d'un Office des Prix, par l'existence de la loi du 17.6.1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et par l'existence de la législation sur la concurrence déloyale. Si la création de l'Office des Prix était justifiable voire nécessaire dans les années de pénurie générale de l'après-guerre, il est un fait que le recours à cette institution de régulation des prix a été de plus en plus réduit au fil du temps pour s'estomper entièrement dans les dernières années.

La législation sur la concurrence déloyale, souvent confondue avec les règles de concurrence visant à sanctionner des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante, vise moins l'établissement d'un environnement sain de la concurrence. Elle vise la protection des intérêts particuliers en permettant à un commerçant de se protéger contre les agissements abusifs d'un concurrent.

L'Union Européenne a dès sa création par le Traité de Rome du 25 mars 1957 misé sur l'établissement d'une concurrence saine entre les Etats membres. Pour ce faire la Communauté Européenne se base essentiellement sur deux articles à savoir l'art. 81 prohibant les accords anticoncurrentiels et

l'art. 82 prohibant les abus de position dominante. Ainsi le règlement (CE) No 1/2003 au Conseil du 16 décembre 2002 (ci-après: Règlement No 1/2003) relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du Traité oblige-t-il les Etats membres à désigner des autorités nationales de concurrence et à les doter des compétences nécessaires pour le 1er mai 2004. Ce règlement veut un renforcement du rôle des Etats membres dans le contrôle du respect des art. 81 et 82 du Traité.

Le Luxembourg est le seul pays européen à ne pas disposer d'une autorité de concurrence. Le gouvernement a partant élaboré le présent projet de loi, affirmant le principe de la libre concurrence et introduisant un Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante.

Parallèlement à l'adoption de cette loi, il sera procédé à l'abrogation de la loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives, de la loi du 2 septembre 1993 créant les conditions d'application de la loi précitée, des règlements No 17, No 4064/89 et 659/1999 du Conseil et de la loi du 7 juillet 1983 modifiant la loi du 30 juin 1961 concernant l'office des prix.

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

Pour les besoins de la présentation des travaux de la Commission parlementaire, le rapport se référera expressément à la subdivision choisie dans le projet de loi.

### *Article 1: Champ d'application*

L'art. 1er du projet de loi stipule que la loi s'appliquera à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestation de services. Sont visés le secteur public et le secteur privé.

Le Conseil d'Etat rappelle à juste titre que le Conseil de la concurrence s'occupera de tous les secteurs de l'économie même du secteur financier si son domaine de compétence est visé, et s'imposera par voie de conséquence aux autorités sectorielles.

La modification rédactionnelle proposée par le Conseil d'Etat est acceptée par la Commission.

### **I) De la concurrence sur le marché**

Les articles 2 à 5 reprennent la philosophie européenne en matière de concurrence, à savoir l'affirmation du principe de la libre concurrence (art. 2), l'interdiction des ententes et les exceptions à cette interdiction (art. 3 et 4), et l'interdiction des abus de position dominante (art. 5).

### *Article 2: Liberté des prix*

L'alinéa 1er stipule qu'en principe les prix des biens et services résultent du libre jeu de la concurrence sur le marché. L'alinéa 2 prévoit la possibilité de fixer par voie de règlements grand-ducaux les prix ou marges applicables aux biens, produits et services dans certaines conditions particulières que sont une situation concurrentielle insuffisante ou l'existence de textes législatifs.

L'alinéa 3 prévoit que des règlements grand-ducaux peuvent pendant une durée maximale de 6 mois prévoir des mesures pour parer à des hausses ou baisses de prix excessives dues à un dysfonctionnement conjoncturel dans un ou plusieurs domaines d'activités économiques.

Concernant les prix des produits pétroliers l'alinéa 4 stipule que le Ministre de l'Economie peut conclure avec des entreprises du secteur des contrats de programme prévoyant des prix maxima et ce pour une durée indéterminée. Au cas où de tels accords ne seraient pas conclus, un règlement grand-ducal fixe les prix maxima.

Le non-respect des règlements pris en exécution des alinéas 2 et 3 est sanctionné par des amendes allant de 251 à 50.000 €.

Dans leur avis commun du 29.1.2004, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers marquent leur accord avec le principe du jeu de la libre concurrence. Elles attirent l'attention sur certaines situations spécifiques telles que le marché des libraires et l'importation et la diffusion de produits de la presse internationale. Les Chambres professionnelles auraient préféré qu'un prix unique pour les livres soit expressément prévu comme exception à l'alinéa 2.

La Commission parlementaire préfère maintenir la rédaction de l'alinéa 2 ne se référant à aucun secteur particulier. Le recours à cet alinéa peut être fait tant pour le secteur des livres que pour celui des produits de presse internationale, si les conditions de l'alinéa sont remplies.

Les Chambres approuvent l'alinéa 4 concernant les produits pétroliers et demandent expressément le maintien des prix fixes des auto-écoles.

La Chambre des Métiers demande expressément la libéralisation des prix des taxis.

La Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Transports a discuté les problèmes évoqués. Elle a constaté qu'il existe deux règlements fixant des prix dans le secteur des produits pharmaceutiques et dans le domaine des courses de taxi. Concernant les premiers, les membres de la Commission n'entendent pas renoncer à la fixation des prix. Concernant les courses de taxi, la Commission n'a pas estimé opportun à l'heure actuelle d'agir. Ainsi dans sa séance du 18.3.2004, la Commission a-t-elle soumis un amendement au Conseil d'Etat stipulant expressément que les prix fixes pour taxis et médicaments, institués par règlement grand-ducal, trouvent leur base légale dans l'article 2 alinéa 2 du présent projet de loi. Dans son avis complémentaire du 20.4.2004, le Conseil d'Etat a à juste titre relevé que le renvoi à un alinéa d'un article réglant une situation particulière n'est pas une base légale adéquate pour un règlement.

En conséquence la Haute Corporation estime nécessaire d'insérer un nouvel alinéa 5 à l'art. 2 du texte de loi prévoyant un régime d'exception pour les produits pharmaceutiques et les courses de taxi.

Le Conseil d'Etat a ensuite attiré l'attention de la Commission parlementaire sur la problématique de l'indication des prix des produits et des services et a suggéré d'insérer un alinéa 6 stipulant que des règlements grand-ducaux peuvent indiquer ces prix.

La Commission a décidé de suivre le Conseil d'Etat.

Les Chambres professionnelles avaient critiqué dans leur avis que les sanctions pénales de l'al. 7 (anciennement 5) ne s'appliquaient pas à l'al. 4. Le Conseil d'Etat n'avait pas réagi à cette critique et la Commission parlementaire estime que le renvoi à l'alinéa deux de l'art. 2 prévu à l'al. 7 doit suffire pour appréhender des infractions sanctionnables en vertu de l'art. 2 al. 7.

La Commission, au vu de l'ajoute des alinéas 5 et 6, constate que l'alinéa 7 ne renvoie pas à ces alinéas.

Pour la réglementation des prix des taxis et produits pharmaceutiques la Commission estime que s'impose ici le même raisonnement que pour l'alinéa 4. Le renvoi à l'art. 2 alinéa 2 suffit pour établir infractions et sanctions.

Concernant la réglementation de l'indication des prix, une ajoute à l'al. 7 est nécessaire. Comme le Conseil d'Etat a inséré lui-même les deux alinéas 5 et 6, la Commission estime que le renvoi de l'al. 7 à l'al. 6 est une modification non substantielle mais s'inscrivant dans la logique même du Conseil d'Etat.

L'art. 2 comportera donc désormais 7 alinéas, conformes aux vœux et au raisonnement du Conseil d'Etat.

La Commission parlementaire constate avec satisfaction que l'ULC, dans son avis, approuve le principe de l'article 2. L'ULC est d'avis que l'Etat doit maintenir un instrument lui permettant d'agir contre des marges bénéficiaires excessives.

Comme l'ULC approuve expressément l'alinéa 2 de l'art. 2, la Commission parlementaire estime que cet alinéa est l'instrument adéquat pour les autorités nationales en cas d'abus.

L'ULC attire l'attention de la Commission parlementaire sur l'intention de la Commission européenne de faire ouvrir les professions libérales (ex. avocat, notaire, architecte, ingénieur) au libre jeu de la concurrence et regrette que le présent projet de loi ne dénonce pas les professions libérales. Comme l'Union européenne publiera un rapport sur les tarifs pratiqués dans l'Union et laissera dans un premier temps le soin aux autorités nationales d'en tirer les conclusions adéquates, la Commission parlementaire juge qu'il serait inopportun car prématuré d'agir dans le secteur libéral.

#### *Articles 3 et 4: Les ententes: nullité de plein droit, interdiction et exemption*

Les art. 3 et 4 du projet de loi interdisent tout accord entre entreprises ou toute décision d'association d'entreprises qui aurait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. De tels accords sont nuls de plein droit. Des ententes peuvent être admises

si elles contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique.

Les Chambres professionnelles suggèrent que la rédaction de l'art. 3 s'aligne plus sur la rédaction du texte français. En effet elles préfèrent que les juges nationaux aient à leur disposition un texte clair et précis. Elles craignent aussi l'interprétation jurisprudentielle qui sera donnée aux termes „entente“ et „marché“.

L'ULC partage la volonté des auteurs du projet de loi d'accepter des ententes compte tenu de leur „portée sociale“. Cependant elle rappelle aux auteurs du projet de loi la décision de condamnation de la Commission européenne à l'encontre des brasseries luxembourgeoises en arguant que même les petites et moyennes entreprises ne peuvent pratiquer des restrictions de concurrence flagrantes. L'ULC profite de l'occasion pour plaider pour la levée du moratoire d'établissement des grandes surfaces commerciales.

L'ULC critique l'art. 4 en ce qu'il admet des ententes qui trouvent leur origine dans un texte réglementaire et administratif. Tout comme les Chambres professionnelles, elle attire l'attention sur les difficultés d'interprétation qui pourraient naître dans l'interprétation de la notion de „marché“.

La Commission, sur base des avis sub décrits et de l'avis du Conseil d'Etat, a décidé de modifier les textes des articles 3 et 4 conformément à l'approche du Conseil d'Etat.

Cependant la Commission a opté pour une rédaction quasi identique des art. 3 et 4 à l'article 81 du Traité de l'Union européenne, partant elle n'opte pas pour la version française.

Un des arguments ayant déterminé la Commission dans sa décision sont précisément les craintes exprimées par les Chambres professionnelles et l'ULC au niveau de l'interprétation des termes „entente“ et „marché“. La rédaction „européenne“ des articles incitera les juges et les acteurs du secteur à s'inspirer d'office de la jurisprudence européenne et non pas de se cantonner à des textes plus restrictifs voire différents des textes européens. Le Conseil d'Etat a à juste titre soulevé la bonne démarche des auteurs de se référer à „un“ marché concerné. Ainsi pour un secteur déterminé le marché pourra-t-il se limiter au marché géographique luxembourgeois alors que pour un autre secteur il faudra se référer au marché dans la grande région.

#### *Article 5: Interdiction des abus de position dominante*

Les abus de position dominante sont interdits purement et simplement, aucune dérogation ne sera admissible. L'art. 5 énumère de façon non limitative des situations d'abus p.ex. imposer des prix d'achat ou de vente, limiter la production ou les débouchés.

Ni les Chambres professionnelles, ni l'ULC ni le Conseil d'Etat n'ont émis des remarques particulières à l'égard de cet article. Partant la Commission a retenu la version originale de cet article.

## **II) Du Conseil de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence**

Le Règlement No 1/2003 exige la mise en place d'une autorité nationale de concurrence. En conséquence le présent projet de loi instaure un Conseil de la concurrence et une Inspection de la concurrence. Le principe même de l'instauration de ces deux organes n'a pas été critiqué. Cependant tous les avis expriment le souci d'obtenir un Conseil et une Inspection indépendante. La Commission parlementaire partage entièrement ce souci et a en conséquence adopté certaines modifications, surtout sous l'égide du Conseil d'Etat qui a insisté à séparer de façon claire les missions et pouvoirs du Conseil de concurrence dans sa mission de preneur de décision de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence dans sa fonction de recherche et d'instruction des infractions.

### **1. Du Conseil de la concurrence**

L'art. 6 prévoit tout d'abord la création d'un Conseil de la concurrence. Il s'agira d'une autorité administrative indépendante appelée à veiller à l'application des articles 3 à 5 du présent projet de loi. Aux termes de l'art. 7 ce Conseil sera un organe collégial composé d'un Président et de deux conseillers. Cinq conseillers suppléants seront nommés pour tenir compte d'éventuels risques de partialité en raison de relations personnelles ou professionnelles. L'art. 7 précise pour le surplus les exigences au niveau de la formation ou de l'expérience professionnelle des conseillers, la durée de leur mandat, leur indemnisation et leur affiliation à la Sécurité Sociale. Toutes les suggestions de texte du Conseil d'Etat

ont été reprises par la Commission parlementaire. L'art. 6 détermine les missions confiées au nouvel organe. Elles sont au nombre de cinq :

- veiller à l'application des articles 3 à 5 du présent projet de loi
- appliquer les art. 81 et 82 du Traité et ce à titre exclusif lorsqu'il y va du commerce intracommunautaire
- retirer le bénéfice de l'exemption accordée sur base du Règlement (CE) No 2790/1999 de la Commission (accords verticaux et pratiques concertées exemptés)
- représenter le pays dans le réseau des autorités européennes de la concurrence mis en place par le Règlement No 1/2003
- organiser ses travaux et établir son règlement intérieur

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat a insisté sur l'utilisation du terme „assumées“ en lieu et place du mot „désignées“. La Commission a repris cette modification.

Les Chambres professionnelles ont insisté dans leurs avis respectifs à ce que le Conseil de la concurrence se voit attribuer „une fonction consultative en matière de proposition de loi ou de règlements grand-ducaux touchant au domaine de la concurrence, et notamment en ce qui concerne les exceptions prévues à l'art. 2 du projet de loi sous avis“. (avis des Chambres p. 5). L'ULC demande de son côté à ce que „le Conseil de la consommation soit investi de la mission de conseiller le Conseil de la concurrence (avis ULC p.6).

A noter aussi que les Chambres „ne sont pas convaincues de la nécessité d'une distinction formelle entre le Conseil indépendant de la concurrence lui-même et les agents qui effectueront les démarches et contrôles sur le terrain“.

La Commission a décidé d'opter pour une autorité de concurrence nationale indépendante et elle a décidé de ne pas maintenir le texte initial du projet de loi selon lequel le Président du Conseil présidait l'Inspection de la concurrence. Il serait ainsi juge et partie à la fois. Le rapporteur tient à rappeler ici la condamnation que le Luxembourg a encourue dans l'arrêt Procola. A l'époque le Conseil d'Etat donna ses avis sur des projets et/ou propositions de loi et en même temps siégeait comme juge administratif. La Commission parlementaire estime que l'approche des Chambres exposerait le Luxembourg au risque d'une condamnation analogue à celle de l'affaire Procola.

## ***2. De l'Inspection de la concurrence (art. 8)***

Concernant l'art. 8 du projet de loi, la Commission a fait sienne l'approche du Conseil d'Etat. La Haute Corporation a tenu à ce que l'Inspection de la concurrence ne soit pas dirigée par le Président du Conseil mais par un rapporteur général. Ce faisant l'Inspection devient indépendante du Conseil.

L'Inspection est un service instauré auprès du Ministère de l'Economie. Seuls des fonctionnaires de la carrière supérieure seront nommés aux fonctions de rapporteur général et de rapporteur. Des cadres de la carrière supérieure ou moyenne pourront être nommés inspecteur.

Les missions de l'inspection sont au nombre de quatre:

- recevoir les plaintes de non-respect au présent projet de loi, et aux art. 81 et 82 du Traité
- constater les infractions au présent projet de loi
- rechercher les infractions en instruisant à charge et à décharge le dossier soumis
- saisir le Conseil de la concurrence

Le Conseil d'Etat a suggéré de faire appliquer l'art. 7 aux membres de l'Inspection. La Commission n'a pas suivi l'approche du Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat a fait remarquer à juste titre que les agents de l'Inspection doivent prêter serment. La Commission parlementaire a décidé d'introduire le nouveau paragraphe 3 dans la forme et teneur suggérées par le Conseil d'Etat.

## ***3. La saisine du Conseil (art. 9)***

La saisine du Conseil est large. Ainsi, le Conseil peut être saisi par

- l'Inspection de la concurrence
- une personne morale

- une personne physique
- le Ministre de l'Economie

La forme de la saisine sera soit une lettre motivée soit une déclaration au Conseil de la concurrence.

Les modifications rédactionnelles proposées par le Conseil d'Etat ont été reprises. L'autosaisine du Conseil a été supprimée suite à la crainte exprimée par le Conseil d'Etat que cette possibilité serait une atteinte à la neutralité du Conseil de concurrence. Par contre, comme la Commission a procédé à une séparation des missions du Conseil et de l'Inspection de la concurrence, il est devenu nécessaire de prévoir expressément la saisine du Conseil de la concurrence par l'Inspection. La Commission a ainsi repris l'argumentation contenue dans l'avis complémentaire du Conseil d'Etat.

#### **4. Des décisions du Conseil**

##### *a) Constatation et cessation de l'infraction (art. 10)*

En cas d'infraction constatée, le Conseil peut obliger par voie de décision les entreprises concernées à cesser l'infraction.

A cette fin il peut imposer toute mesure coercitive.

Le Conseil d'Etat a insisté à ce que les mesures coercitives soient proportionnées à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire à faire cesser l'infraction.

La Commission parlementaire a retenu les exigences rédactionnelles du Conseil d'Etat.

##### *b) Mesures conservatoires (art. 11)*

Le Conseil peut prendre des mesures conservatoires à condition que la pratique dénoncée porte une atteinte grave, immédiate et irréparable au monde économique ou au plaignant et à condition qu'une telle mesure soit demandée par le plaignant. La durée de cette mesure est limitée à la durée nécessaire à faire trancher l'affaire au fond. Le Conseil d'Etat a estimé qu'il est inutile de stipuler de façon expresse que la décision du Conseil soit passible d'un recours devant le Président du Tribunal administratif conformément à l'art. 11(2) du règlement de procédure devant les juridictions administratives. La Commission parlementaire a suivi le Conseil d'Etat et a repris les modifications proposées par la Haute Corporation, notamment les propositions rédactionnelles de l'avis complémentaire.

##### *c) Engagements (nouvel art. 12)*

Suite aux remarques formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 16 mars 2004, la Commission parlementaire a décidé d'introduire un art. 12 nouveau où sont reprises les dispositions de l'art. 9 du Règlement. Sur base de ce texte une entreprise en infraction peut offrir au Conseil des engagements de nature à répondre aux préoccupations du Conseil. Le Conseil peut rendre ces engagements obligatoires.

L'alinéa 2 précise les conditions de réouverture de la procédure.

Dans son avis complémentaire du 20.4.2004, le Conseil d'Etat a rappelé que la suppression de l'autosaisine du Conseil de l'art. 9 nécessite logiquement la suppression des termes „ou de sa propre initiative“, à l'art. 12 paragraphe 2. Ce raisonnement est repris par la Commission parlementaire.

#### **5. Des pouvoirs d'enquête**

##### *a) Demandes de renseignements (nouvel art. 13)*

La Commission parlementaire a amendé le texte initial en le conformant à l'avis du Conseil d'Etat. En effet, les pouvoirs d'enquête et de sanction sont séparés. L'Inspection est autorisée à demander sur simple demande ou sur décision des renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises. A peine de nullité l'Inspection devra

- indiquer la base juridique et le but de la demande
- préciser les renseignements demandés
- fixer le délai pour la fourniture des renseignements



- indiquer les sanctions de l'art. 18
- dans l'hypothèse d'une décision de demande de renseignement, indiquer les voies de recours  
Le paragraphe (4) sera déplacé sous le nouvel art. 18.

b) *Pouvoir de recueillir des renseignements (nouvel art. 14)*

Le Conseil d'Etat a tenu à ce que ce pouvoir soit réservé à l'Inspection de la concurrence. La Commission parlementaire, ayant fait sienne l'approche du Conseil d'Etat, a repris la modification textuelle proposée.

c) *Pouvoirs en matière d'inspection (nouvel art. 15)*

Le Conseil d'Etat a proposé une nouvelle rédaction de cet article qui a été entièrement reprise par la Commission parlementaire.

L'Inspection pourra, sur base d'une ordonnance du juge d'instruction, procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises concernées. L'article précise que les enquêteurs pourront accéder à tous les locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel. Les perquisitions devront toujours se faire en présence du dirigeant de l'entreprise ou de l'occupant des lieux ou de leur représentant.

Les modifications proposées par le Conseil d'Etat garantissent, à l'avis de la Commission parlementaire, tant les possibilités des enquêteurs que les droits de la défense. Elles ont donc été retenues.

d) *Inspection d'autres locaux (nouvel art. 16)*

Le projet de loi permet à l'Inspection de procéder à des enquêtes spéciales pour les opérations de recherche devant avoir lieu en dehors du site de l'entreprise. Est compris dans ces sites le domicile privé du dirigeant de l'entreprise. Afin de garantir au maximum tous les droits des parties en cause le Conseil d'Etat a insisté à ce que toutes les dispositions de l'article précédent soient respectées. Ainsi la Commission a-t-elle décidé de reprendre le texte du nouvel art. 15. Cet amendement a été soumis au Conseil d'Etat. Dans son avis complémentaire du 20.4.2004, la Haute Corporation a estimé que cette rédaction était trop lourde. Elle a fait une proposition de modification du paragraphe 3 que la Commission parlementaire a reprise.

e) *Expertises (nouvel art. 17)*

Comme pour le nouvel art. 14, le Conseil d'Etat demande à ce que la possibilité de recourir à des experts soit réservée à l'Inspection de la concurrence. La Commission parlementaire se rallie à cette proposition.

## **6. Des sanctions**

a) *Les amendes (nouvel art. 18)*

L'art. 23 du Règlement communautaire autorise la Commission à infliger des amendes à l'entreprise en infraction. Au niveau national les auteurs du projet de loi avaient proposé que certaines infractions soient à émettre par le juge judiciaire et d'autres par le Conseil de la concurrence.

Le Conseil d'Etat se soucie de ce que les deux ordres judiciaires pourraient interpréter différemment les textes leur soumis.

Comme les amendes peuvent être très élevées (1-5 % du chiffre d'affaires annuel) les deux Chambres professionnelles insistent à ce que les amendes soient exclusivement à infliger si des renseignements faux ou incomplets sont fournis intentionnellement. La Commission parlementaire constate que le Règlement communautaire prévoit lui-même la sanction des renseignements erronés ou incomplets sans distinction qu'il y ait intention ou non. En conséquence, la Commission parlementaire reprend l'idée du Règlement, même si elle peut comprendre les craintes exprimées.

Au vu des soucis et réticences du Conseil d'Etat, la Commission parlementaire a proposé une nouvelle rédaction de l'art. 18 tout en restant proche du texte du Règlement communautaire, en se référant au principe d'amendes proportionnées à la gravité et à la durée des faits.

Dans son avis complémentaire le Conseil d'Etat maintient son opposition formelle du texte proposé par la Commission parlementaire. Il craint une pression inacceptable sur l'entreprise concernée, qui serait encore accentuée par la sévérité des peines prévues.

La Haute Corporation rappelle la jurisprudence de la Cour de Justice que „lors d'une demande de renseignements, la Commission ne saurait imposer à une entreprise l'obligation de fournir des réponses pour lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve“. (affaire Aalborg Portland / Com du 7.01.2004 et arrêt Orkem / Com 374/87 Rec p. 3283 pr.35).

La Commission parlementaire, dans sa séance du 27.4.2004, a décidé de se rallier au Conseil d'Etat.

Le terme „retenu“ dans le paragraphe 2 est repris.

#### *b) Immunité et réduction des amendes (nouvel art. 19)*

Cet article fait bénéficier d'une exemption ou d'une réduction de l'amende l'entreprise qui dénonce une entente non connue aux autorités ou collabore avec les autorités. L'article est accueilli favorablement par les Chambres professionnelles.

Le Conseil d'Etat a formulé des modifications rédactionnelles à l'égard de cet article. La Commission parlementaire a repris intégralement la position du Conseil d'Etat.

#### *c) Astreintes (nouvel art. 20)*

Afin d'obliger les entreprises à fournir les renseignements demandés, le Conseil peut infliger des astreintes aux entreprises concernées. Il en fixera le taux. Le Conseil d'Etat estime que 3 hypothèses peuvent conduire à l'établissement des astreintes :

1. pour mettre fin à une infraction aux dispositions des art. 3 à 5 ou des art. 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'art. 10
2. pour faire respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'art. 11
3. pour faire fournir de manière complète et exacte un renseignement demandé par voie de décision sur base de l'article 13 paragraphe 3

La Commission a repris les modifications suggérées par le Conseil d'Etat.

#### *d) Prescription en matière d'imposition de sanctions (nouvel art. 21)*

Les pouvoirs du Conseil lui déferés sur base des art. 18-20 sont soumis à des délais de prescription de 3 à 5 ans en fonction de la catégorie des infractions.

Le Conseil d'Etat a marqué son accord avec l'article sous rubrique.

Les modifications textuelles ont été reprises par la Commission parlementaire.

#### *e) Prescription en matière d'exécution des sanctions (nouvel art. 22)*

Un délai de prescription de 5 ans court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

Le Conseil d'Etat a proposé une modification rédactionnelle sans émettre une autre critique. La Commission parlementaire a repris la modification suggérée par le Conseil d'Etat.

### **7. Communication des griefs, accès au dossier, audition et secret professionnel**

#### *a) Communication des griefs (nouvel art. 23)*

Si l'Inspection est d'avis qu'une enquête doit être ouverte, elle doit

- communiquer aux entreprises concernées les griefs formulés à leur égard
- préciser de façon claire la nature et l'appréciation juridique des faits

- prévoir un délai de réponse qui ne saurait être inférieur à deux mois.

Ce rôle initialement prévu pour le Conseil est transféré à l'Inspection. La Commission parlementaire a suivi l'approche du Conseil d'Etat.

b) *Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties (nouvel art. 24)*

Le texte de cet article prévoit dans sa version originale que

- les parties ont en principe libre accès à toutes les pièces produites au dossier
- les pièces seront à disposition des parties incriminées dès la communication des griefs
- ne seront pas communiqués les documents relevant du secret d'affaires ou contenant des informations confidentielles. La confidentialité doit être sollicitée par une demande motivée
- de même, la confidentialité peut aussi être demandée lorsque les documents révèlent l'identité d'une personne à laquelle la divulgation causerait un préjudice certain
- le Président du Conseil décide de la confidentialité totale ou partielle des documents ou de l'anonymat d'une personne
- la décision de la non-confidentialité est notifiée par le Président du Conseil aux parties concernées. Elle est susceptible d'un recours dans un délai de 15 jours devant le Tribunal administratif
- dans le délai d'un mois, le Conseil entend les entreprises au sujet des griefs communiqués
- le Conseil prend sa décision dans les 2 mois de l'audition des parties. Les Chambres professionnelles n'ont émis aucune critique à l'égard de cet article. Le Conseil d'Etat a sévèrement critiqué le texte initial en raison de la confidentialité de certains documents et de l'anonymat alors qu'il serait contraire au principe d'un procès équitable et aux droits de la défense
- un délai d'un mois pour la partie incriminée pour répondre aux griefs formulés. Ce délai serait trop court
- un délai de deux mois imposé au Conseil pour prendre sa décision. Ce délai serait une exigence inutile car non sanctionnable.

La Commission parlementaire a partant décidé d'amender le texte initial. Cependant elle a signalé au Conseil d'Etat que la confidentialité est expressément prévue dans le texte du Règlement en son art. 28, contrairement à ce que le Conseil d'Etat mentionne dans son avis. Elle a fait observer que si la possibilité de l'invocation de la confidentialité n'est pas retenue, le présent projet de loi restera lettre morte dans de nombreux cas d'infractions alors qu'il n'y aura pas de saisine du Conseil de la concurrence. Pour le surplus la confidentialité est expressément prévue à l'art. 287 du Traité (protection des secrets d'affaires ou d'industrie) et l'accès au dossier est expressément réglementé dans la Communication de la Commission relative aux règles de procédure interne pour le traitement des dossiers relatifs aux articles 85 et 86 du Traité.

De même la Commission parlementaire a rappelé que même si elle a procédé à une séparation claire entre Conseil de la concurrence et Inspection de la concurrence, le Conseil ne devient pas pour autant une juridiction. Il s'agit d'une autorité administrative. La Commission parlementaire a suivi le Conseil d'Etat en ce qu'elle augmente le délai de réponse accordé aux entreprises incriminées de un mois à deux mois. Le Conseil n'est pas astreint à prendre sa décision dans un délai prescrit.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat est revenu sur la problématique des secrets d'affaires et d'industrie en maintenant aussi son opposition formelle.

Le Conseil d'Etat fait longuement état de la jurisprudence européenne dans l'affaire Aalborg Portland subcité. Au vu de la proposition de texte faite par le Conseil d'Etat, la Commission parlementaire ne peut que se rallier à ce texte qui tient compte des soucis de la Commission parlementaire de rédiger un texte conforme aux exigences européennes et protecteur des droits des entreprises.

Concernant le paragraphe 5 le Conseil d'Etat propose une nouvelle rédaction du texte, modification que la Commission parlementaire a retenue.

c) *Secret professionnel (nouvel art. 25)*

L'article 24 initial impose le secret professionnel aux membres du Conseil, à l'Inspection et aux experts. L'alinéa 2 prévoyait l'abolition du secret professionnel pouvant être opposé au Conseil et à

l'Inspection. Les Chambres professionnelles ont critiqué cet article en ce qu'il n'impose pas au Conseil le secret des délibérations. Pour le surplus elles s'opposent avec véhémence à une nouvelle atteinte au secret professionnel.

Le Conseil d'Etat a repris les critiques des Chambres professionnelles et a même émis une opposition formelle à l'encontre de l'alinéa 2.

La Commission parlementaire a fait sienne l'argumentation des aviseurs et a remanié l'art. 25.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat a accepté la proposition de texte.

### **8. Voies de recours (nouvel art. 26)**

Le tribunal administratif est la juridiction auprès de laquelle les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence sont à introduire. Le Conseil d'Etat, tout comme les Chambres professionnelles, a suggéré dans son avis de faire expressément référence au recours en réformation et en annulation.

La Commission parlementaire a décidé de reprendre les modifications rédactionnelles proposées par la Haute Corporation.

### **9. Coopération et assistance**

#### *a) Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres (nouvel art. 27)*

L'art. 11 du Règlement No 1/2003 prévoit les règles de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. L'art. 12 du même règlement constitue la base légale pour l'échange d'informations. Soucieux de garantir la sécurité juridique, les auteurs du projet de loi ont tenté de prévoir dans cet article des modalités de cette coopération.

Les Chambres professionnelles estiment qu'il faudra être très prudent avec la transposition du texte européen pour qu'il ne devienne pas un moyen d'investigation des autorités étrangères.

Le Conseil d'Etat et la Commission parlementaire partagent ces craintes.

Ainsi le texte a-t-il été remanié en veillant à ce que

- des informations puissent être communiquées par le Conseil et l'Inspection à la Commission européenne et aux autorités nationales sous réserve de réciprocité et à condition que l'autorité nationale étrangère soit soumise aux mêmes règles concernant le secret professionnel et aient des compétences analogues
- des informations ne soient pas transmises lorsqu'il y va de la souveraineté, de la sécurité, des intérêts économiques ou de l'ordre public luxembourgeois, lorsqu'une procédure pénale est engagée au Luxembourg pour les mêmes faits ou lorsqu'il y a déjà eu une sanction définitive pour les mêmes faits.

#### *b) Assistance à la Commission européenne (nouvel art. 28)*

Les art. 11, 12, 14, 15, 18-21 et 29 du Règlement No 1/2003 et le Règlement No 4064/89 instaurent des obligations précises à l'égard des autorités nationales. Ainsi s'agissait-il de préciser les modalités d'après lesquelles assistance doit être accordée à la Commission européenne en cas de perquisitions et de recours à la force publique notamment.

Les Chambres professionnelles ont félicité les auteurs du projet de loi pour la conservation des garanties judiciaires nécessaires à endiguer un intérêt excessif de la Commission européenne.

Le Conseil d'Etat a proposé de remanier le texte. Ces propositions ont été reprises par la Commission parlementaire et soumises à l'avis complémentaire du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat n'a pas critiqué ce texte.

#### *c) Coopération avec les juges (nouvel art. 29)*

Les auteurs du projet de loi ont l'intention de garantir une coopération entre l'autorité nationale de concurrence et les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif par la voie des conclusions écrites ou/et orales. Le Conseil d'Etat entend réserver cette collaboration à l'Inspection de la concurrence. La Commission a retenu cette suggestion.

d) *Coopération avec les régulateurs sectoriels (nouvel art. 30)*

Selon le Conseil d'Etat, la coopération entre les régulateurs sectoriels et le Conseil et l'Inspection de la concurrence doit être prévue. La Commission a suivi l'argumentation du Conseil d'Etat.

**Dispositions spécifiques, transitoires, abrogatoires finales  
(nouveaux art. 31-33)**

Dans sa séance du 18.3.2004, la Commission parlementaire a décidé de supprimer dans le nouvel art. 31 les termes „à partir du grade d'inspecteur“ afin de ne pas courir le risque d'être en manque de ressources humaines face à une demande d'assistance de la Commission européenne.

Dans son avis complémentaire du 20.4.2004, le Conseil d'Etat a suggéré la suppression des termes „ayant dans ses attributions l'Economie“, suggestion qui a été reprise par la Commission parlementaire.

\*

Dans sa séance du 27.4.2004 la Commission parlementaire a adopté le présent rapport et propose au vote le texte du projet de loi dont la teneur est la suivante:

\*

**TEXTE DU PROJET DE LOI**

**PROJET DE LOI  
relative à la concurrence**

**Art. 1. *Champ d'application***

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

**Chapitre I – *De la concurrence sur le marché***

**Art. 2. *Liberté des prix***

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

Toutefois, lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions législatives, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits ou services concernés.

Dans le cas d'un dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs d'activités déterminés consécutif à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles ou à une situation manifestement anormale du marché, des règlements grand-ducaux peuvent arrêter des mesures temporaires contre les hausses ou les baisses de prix excessives. Ces règlements grand-ducaux précisent la durée de validité des mesures prises qui ne peut excéder six mois.

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, ci-après dénommé le ministre, peut, dans le secteur des produits pétroliers, conclure des contrats de programme avec des entreprises du secteur comportant des engagements relatifs au niveau des prix maxima. Les contrats sont conclus pour une durée indéterminée. A défaut de conclusion de contrats de programme, des prix maxima peuvent être fixés par règlement grand-ducal. Les entreprises ne peuvent pas dépasser les prix maxima.

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

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

Les infractions aux règlements pris en application des alinéas 2, 3 ou 6 du présent article sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

**Art. 3. Interdiction des ententes**

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

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à:

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- 4) 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;
- 5) 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.

**Art. 4. Exceptions à l'interdiction des ententes**

Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas:

- aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises,
- aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- aux pratiques concertées 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.

**Art. 5. Interdiction des abus de position dominante**

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- 3) 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;
- 4) 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.

**Chapitre II – Du Conseil de la concurrence et  
de l'Inspection de la concurrence**

**Art. 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil**

(1) Il est créé un Conseil de la concurrence ci-après dénommé: „Conseil“, autorité administrative indépendante, chargée de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi.

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

(3) Le Conseil est l'autorité compétente pour retirer le bénéfice du Règlement (CE) No 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées conformément à l'article 7 dudit Règlement.

(4) Le Conseil représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

(5) Le Conseil organise ses travaux et établit son règlement intérieur.

#### **Art. 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil**

(1) Le Conseil est un organe collégial composé de trois conseillers dont un président, et de cinq conseillers suppléants. Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants sont nommés par le Grand-Duc pour un terme de sept ans renouvelable. Le cadre du Conseil comprend dans la carrière supérieure de l'administration:

– un Président du Conseil de la concurrence.

Un conseiller et un conseiller suppléant relèvent de la magistrature. Les autres conseillers et conseillers suppléants sont choisis en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de droit de la concurrence.

Le Président et les membres du Conseil doivent être détenteurs d'un diplôme d'études universitaires sanctionnant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès en droit ou en sciences économiques.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants ne peuvent être membre du Gouvernement, de la Chambre des Députés, du Conseil d'Etat ou du Parlement européen ni exercer une activité incompatible avec leur fonction.

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

En cas d'empêchement du Président, ses fonctions sont assumées par le conseiller ayant la plus grande ancienneté au sein du Conseil, et, en cas d'égalité d'ancienneté, par le plus âgé.

Si, en cours de mandat, un membre du Conseil cesse d'exercer ses fonctions, le mandat de son successeur est limité à la période restant à courir.

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

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

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

Pour le cas où le Président est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation. En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par règlement grand-ducal.

(3) Sous peine de nullité des décisions du Conseil, les membres du Conseil ne peuvent intervenir dans une affaire lorsque celle-ci touche des intérêts directs ou indirects qu'ils détiennent dans une activité économique. Ils ne peuvent pas non plus intervenir dans une affaire dont ils avaient à connaître dans le cadre de fonctions exercées antérieurement à leur activité auprès du Conseil.

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

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

**Art. 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence**

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

Sa mission consiste à recevoir les plaintes, à constater et à rechercher les infractions aux articles 3 à 5 de la présente loi et aux articles 81 et 82 du Traité.

Elle en rassemble les preuves et en saisit le Conseil.

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

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

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

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

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

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

**Art. 9. Saisine du Conseil**

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

Il est saisi par lettre recommandée avec accusé de réception ou par déclaration au Conseil. La lettre de saisine devra contenir non seulement la description détaillée du fait dénoncé et son incrimination, mais également tous les éléments de son existence présumée.

*Section I – Des décisions du Conseil*

**Art. 10. Constatation et cessation d'une infraction**

Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 9, constate dans le cadre d'une procédure contradictoire l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.

**Art. 11. Mesures conservatoires**

(1) Le Président du Conseil, ou son délégué, peut, après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées.



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

Le Président du Conseil, ou son délégué, peut enjoindre aux parties de suspendre l'application des pratiques concernées ou de revenir à l'état antérieur. Les mesures conservatoires ordonnées par le Président du Conseil ou son délégué doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

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

#### **Art. 12. Engagements**

(1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le Conseil les a informées dans son évaluation préliminaire, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

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

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements; ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

### *Section II – Pouvoirs d'enquête*

#### **Art. 13. Demandes de renseignements**

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, l'Inspection peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

(2) Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, l'Inspection indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article 18 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

(3) Lorsque l'Inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 18 et indique les sanctions prévues à l'article 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif.

#### **Art. 14. Pouvoirs de recueillir des déclarations**

Pour l'accomplissement des mesures d'enquête, l'Inspection peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée.

#### **Art. 15. Pouvoirs en matière d'inspection**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Art. 16. Inspection d'autres locaux**

(1) S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave

des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, l'Inspection peut procéder à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

(2) Les enquêteurs peuvent prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

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

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

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

#### **Art. 17. Expertises**

L'Inspection peut dans le cadre de l'application de la présente loi désigner des experts, dont elle détermine précisément la mission.

### *Section III – Sanctions*

#### **Art. 18. Amendes**

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

- 1) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 13, paragraphe 2;
- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit;
- 3) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité.

(2) Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcée sur base des paragraphes précédents est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

(3) Sont tenus de fournir les renseignements demandés les propriétaires des entreprises exploitées par des personnes physiques ou leurs représentants légaux détenteurs de l'autorisation d'établissement, inscrits ou non au Registre de commerce et des sociétés. Pour les entreprises exploitées sous forme de société ou d'association, il s'agit des gérants, administrateurs délégués ou, en cas de défaut, des présidents du conseil d'administration ou administrateurs, ou autres dirigeants effectifs de droit ou de fait.

Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants. Ces derniers restent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.

(4) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

**Art. 19. Immunité et réduction des amendes**

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

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

(3) Une entreprise peut bénéficier de l'immunité ou d'une réduction de l'amende si:

- elle fournit au Conseil ou à l'Inspection la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente présumée et lui apporte une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil;
- elle met fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle dénonce celle-ci au Conseil ou à l'Inspection;
- le Conseil ou l'Inspection ne disposent pas d'éléments qui prouvent que l'entreprise a contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale.

(4) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil, à la demande du rapporteur général ou de son délégué, adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié.

**Art. 20. Astreintes**

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 pour cent du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

- 1) à mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 ou des articles 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 10;
- 2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11 ou une décision relative à des engagements prise en application de l'article 12;
- 3) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3.

(2) Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, le Conseil peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

(3) Le recouvrement de l'astreinte est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

*Section IV – Prescriptions*

**Art. 21. Prescription en matière d'imposition de sanctions**

(1) Le pouvoir conféré au Conseil en vertu des articles 18 à 20 est soumis aux délais de prescription suivants:

- a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements;
- b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

(2) La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

(3) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte du Conseil ou de l'Inspection. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription:

- 1) les demandes de renseignements écrites du Conseil ou de l'Inspection;
- 2) les mandats écrits d'inspection délivrés aux agents de l'Inspection par le rapporteur général ou son délégué;
- 3) la communication des griefs retenus par l'Inspection.

(4) L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

(5) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que le Conseil ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

(6) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision du Conseil fait l'objet d'une procédure pendante devant le Tribunal Administratif.

#### **Art. 22. Prescription en matière d'exécution des sanctions**

(1) Les amendes et les astreintes prononcées en application des articles 18 à 20 se prescriront par 5 années révolues.

(2) La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

(3) La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue:

- 1) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification;
- 2) par tout acte de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

(4) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

(5) La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue:

- 1) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé;
- 2) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision juridictionnelle.

#### *Section V – Communication des griefs, accès au dossier, audition et secret professionnel*

#### **Art. 23. Communication des griefs**

Lorsqu'il relève des faits susceptibles d'entrer dans son domaine de compétence et avant de prendre des décisions prévues aux articles 10, 11 et 18, paragraphe 1er, point 3) et paragraphe 2, l'Inspection communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les griefs formulés contre elles et précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre.

Si l'Inspection constate au cours de la procédure que sont apparus des faits nouveaux éventuellement répréhensibles, ou au contraire que certains griefs méritent d'être abandonnés, elle adresse aux entreprises concernées une nouvelle communication des griefs ou une communication des griefs modifiée.

Le délai de réponse accordé au destinataire de la communication des griefs et de la communication des griefs nouvelle ou modifiée est adressé aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception. Le délai de réponse ne saurait être inférieur à un mois.

**Art. 24. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties**

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

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

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

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

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

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

(5) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 18, paragraphe 1er, point 3) et paragraphe 2, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui ne peut avoir lieu qu'après un délai qui ne peut être inférieur à deux mois qui suit la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le rapporteur, les parties plaignantes, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies.

Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.

**Art. 25. Secret professionnel**

(1) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection ainsi que les experts désignés en vertu de l'article 17 ou toute autre personne dûment mandatée par le Conseil sont soumis au respect du secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, même après la fin de leurs fonctions.

(2) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection sont tenus de garder le secret des délibérations et des informations qui leur auraient été fournies dans l'accomplissement de leurs fonctions.

(3) Les informations recueillies en application de la présente loi ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies.

*Section VI – Voies de recours***Art. 26. Recours contre les décisions du Conseil**

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

(2) Toutefois, un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu des articles 18 et 19. Il doit être intenté dans un délai de deux mois.

*Section VII – Coopération et assistance***Art. 27. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres**

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

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

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

**Art. 28. Assistance à la Commission européenne**

(1) Le Conseil et l'Inspection sont les autorités compétentes à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.

Aux effets ci-dessus, le rapporteur général ou le rapporteur délégué délivre à celui ou ceux des fonctionnaires ci-dessus un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but des enquêtes et vérifications. Les fonctionnaires sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 2, du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.

(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 13 du Règlement (CE) No 139/2004 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue aux alinéas 3 à 13 de l'article 15 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.

(3) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue à l'alinéa 3 de l'article 16 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.

**Art. 29. *Coopération avec les juges***

Pour l'application de la présente loi, l'Inspection peut, devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, déposer des conclusions. Avec l'autorisation de la juridiction en question, l'Inspection peut aussi présenter des observations orales. Elle peut également produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête.

**Art. 30. *Coopération avec les régulateurs sectoriels***

Le Conseil et l'Inspection sont autorisés à demander aux régulateurs sectoriels des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires dans le cadre de l'application de la présente loi.

**Chapitre III – *Dispositions spécifiques, modificatives, abrogatoires et finales***

**Art. 31. *Dispositions spécifiques***

Le ministre est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assurer les devoirs visés à l'article 22, paragraphe 6 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne du Ministère de l'Economie peuvent prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 22 du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. A cet effet, le ministre délivre un mandat écrit à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

**Art. 32. *Dispositions modificatives et abrogatoires***

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée.

La loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
2. du règlement No 17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome
3. du règlement (CEE) No 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
4. du règlement (CE) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, est abrogée.

La loi du 7 juillet 1983, modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix, est abrogée.

La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat est modifiée comme suit:

- 1) A l'article 22, section IV, numéro 9 est ajoutée la mention suivante: „Président du Conseil de la concurrence“
- 2) A l'annexe A – classification des fonctions – la rubrique I, „Administration générale“, est modifiée et complétée comme suit:
 

„Au grade 17 est ajoutée la mention suivante: „Conseil de la concurrence – Président“.
- 3) A l'annexe D – Détermination – la rubrique I, „Administration générale“, est modifiée et complétée comme suit:

„A la carrière supérieure de l'administration, au grade 12 de la computation de la bonification d'ancienneté, est ajoutée au grade 17 la mention suivante: „Président du Conseil de la concurrence“.



**Art. 33. Dispositions transitoires**

(1) Les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité.

(2) Jusqu'au 1er mai 2004, les obligations découlant des articles 10, 11, 13 et 14 du règlement No 17 du Conseil de la Communauté économique européenne du 6 février 1962 et des articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) No 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises sont assumées par les agents de l'Inspection. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

Luxembourg, le 27 avril 2004

*La Rapportrice,*  
Agy DURDU

*Le Président,*  
John SCHUMMER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5229/09

N° 5229<sup>9</sup>

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

---

## PROJET DE LOI

relative à la concurrence

\* \* \*

### DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL PAR LE CONSEIL D'ETAT

(11.5.2004)

*Le Conseil d'Etat,*

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 5 mai 2004 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

### PROJET DE LOI relative à la concurrence

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 4 mai 2004 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 16 mars 2004 et 20 avril 2004;

*se déclare d'accord*

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 11 mai 2004.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES

Service Central des Imprimés de l'Etat

5229

# MEMORIAL

Journal Officiel  
du Grand-Duché de  
Luxembourg



# MEMORIAL

Amtsblatt  
des Großherzogtums  
Luxemburg

---

## RECUEIL DE LEGISLATION

---

A — N° 76

26 mai 2004

---

### Sommaire

#### CONCURRENCE

Loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence..... page 1112

## Loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 4 mai 2004 et celle du Conseil d'Etat du 11 mai 2004 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

### **Art. 1<sup>er</sup>. Champ d'application**

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

## **Chapitre I - De la concurrence sur le marché**

### **Art. 2. Liberté des prix**

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

Toutefois, lorsque la concurrence par les prix est insuffisante dans des secteurs déterminés en raison, soit de la structure du marché, soit d'une impossibilité pour la clientèle de bénéficier des avantages du marché, soit de dispositions législatives, des règlements grand-ducaux peuvent fixer les prix ou les marges applicables aux biens, produits ou services concernés.

Dans le cas d'un dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs d'activités déterminés consécutif à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles ou à une situation manifestement anormale du marché, des règlements grand-ducaux peuvent arrêter des mesures temporaires contre les hausses ou les baisses de prix excessives. Ces règlements grand-ducaux précisent la durée de validité des mesures prises qui ne peut excéder six mois.

Le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, ci-après dénommé le ministre, peut, dans le secteur des produits pétroliers, conclure des contrats de programme avec des entreprises du secteur comportant des engagements relatifs au niveau des prix maxima. Les contrats sont conclus pour une durée indéterminée. A défaut de conclusion de contrats de programme, des prix maxima peuvent être fixés par règlement grand-ducal. Les entreprises ne peuvent pas dépasser les prix maxima.

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

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

Les infractions aux règlements pris en application des alinéas 2, 3 ou 6 du présent article sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros.

### **Art. 3. Interdiction des ententes**

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

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à:

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- 3) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- 4) 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;
- 5) 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.

### **Art. 4. Exceptions à l'interdiction des ententes**

Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas:

- aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises,
- aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- aux pratiques concertées 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.

#### **Art. 5. Interdiction des abus de position dominante**

Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- 1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- 2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- 3) 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;
- 4) 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.

### **Chapitre II - Du Conseil de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence**

#### **Art. 6. Missions, compétences et pouvoirs du Conseil**

(1) Il est créé un Conseil de la concurrence ci-après dénommé: «Conseil», autorité administrative indépendante, chargée de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi.

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

(3) Le Conseil est l'autorité compétente pour retirer le bénéfice du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées conformément à l'article 7 dudit Règlement.

(4) Le Conseil représente le Grand-Duché de Luxembourg dans le réseau des autorités européennes de la concurrence tel qu'institué par le Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

(5) Le Conseil organise ses travaux et établit son règlement intérieur.

#### **Art. 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil**

(1) Le Conseil est un organe collégial composé de trois conseillers dont un président, et de cinq conseillers suppléants. Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants sont nommés par le Grand-Duc pour un terme de sept ans renouvelable. Le cadre du Conseil comprend dans la carrière supérieure de l'administration:

- un Président du Conseil de la concurrence.

Un conseiller et un conseiller suppléant relèvent de la magistrature. Les autres conseillers et conseillers suppléants sont choisis en raison de leurs compétences en matière économique ou en matière de droit de la concurrence.

Le Président et les membres du Conseil doivent être détenteurs d'un diplôme d'études universitaires sanctionnant un cycle complet de quatre années d'études accomplies avec succès en droit ou en sciences économiques.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants ne peuvent être membres du Gouvernement, de la Chambre des Députés, du Conseil d'Etat ou du Parlement européen ni exercer une activité incompatible avec leur fonction.

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

En cas d'empêchement du Président, ses fonctions sont assumées par le conseiller ayant la plus grande ancienneté au sein du Conseil, et, en cas d'égalité d'ancienneté, par le plus âgé.

Si, en cours de mandat, un membre du Conseil cesse d'exercer ses fonctions, le mandat de son successeur est limité à la période restant à courir.

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

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

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

Pour le cas où le Président est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation. En cas de cessation de son mandat avant l'âge légal de retraite, le titulaire touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.

Le Président, les conseillers et les conseillers suppléants du Conseil bénéficient d'une indemnité spéciale tenant compte de l'engagement requis par les fonctions, à fixer par règlement grand-ducal.

(3) Sous peine de nullité des décisions du Conseil, les membres du Conseil ne peuvent intervenir dans une affaire lorsque celle-ci touche des intérêts directs ou indirects qu'ils détiennent dans une activité économique. Ils ne peuvent pas non plus intervenir dans une affaire dont ils avaient à connaître dans le cadre de fonctions exercées antérieurement à leur activité auprès du Conseil.

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

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

#### **Art. 8. Composition, nomination, compétences et fonctionnement de l'Inspection de la concurrence**

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

Sa mission consiste à recevoir les plaintes, à constater et à rechercher les infractions aux articles 3 à 5 de la présente loi et aux articles 81 et 82 du Traité.

Elle en rassemble les preuves et en saisit le Conseil.

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

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

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

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

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

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

#### **Art. 9. Saisine du Conseil**

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

Il est saisi par lettre recommandée avec accusé de réception ou par déclaration au Conseil. La lettre de saisine devra contenir non seulement la description détaillée du fait dénoncé et son incrimination, mais également tous les éléments de son existence présumée.

### **Section I - Des décisions du Conseil**

#### **Art. 10. Constatation et cessation d'une infraction**

Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 9, constate dans le cadre d'une procédure contradictoire l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.

### **Art. 11. Mesures conservatoires**

(1) Le Président du Conseil, ou son délégué, peut, après avoir entendu les parties en cause, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées.

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

Le Président du Conseil, ou son délégué, peut enjoindre aux parties de suspendre l'application des pratiques concernées ou de revenir à l'état antérieur. Les mesures conservatoires ordonnées par le Président du Conseil ou son délégué doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

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

### **Art. 12. Engagements**

(1) Lorsque le Conseil envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont le Conseil les a informées dans son évaluation préliminaire, le Conseil peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse.

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

- a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements; ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

## **Section II - Pouvoirs d'enquête**

### **Art. 13. Demandes de renseignements**

(1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, l'Inspection peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

(2) Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, l'Inspection indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article 18 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

(3) Lorsque l'Inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 18 et indique les sanctions prévues à l'article 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif.

### **Art. 14. Pouvoirs de recueillir des déclarations**

Pour l'accomplissement des mesures d'enquête, l'Inspection peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée.

### **Art. 15. Pouvoirs en matière d'inspection**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Art. 16. Inspection d'autres locaux**

(1) S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 ou 82 du Traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, l'Inspection peut procéder à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

(2) Les enquêteurs peuvent prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

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

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

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

#### **Art. 17. Expertises**

L'Inspection peut dans le cadre de l'application de la présente loi désigner des experts, dont elle détermine précisément la mission.

### Section III - Sanctions

#### Art. 18. Amendes

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

- 1) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 13, paragraphe 2;
- 2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit;
- 3) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité.

(2) Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base des paragraphes précédents est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

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

(4) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

#### Art. 19. Immunité et réduction des amendes

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

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

(3) Une entreprise peut bénéficier de l'immunité ou d'une réduction de l'amende si:

- elle fournit au Conseil ou à l'Inspection la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente présumée et lui apporte une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil;
- elle met fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle dénonce celle-ci au Conseil ou à l'Inspection;
- le Conseil ou l'Inspection ne disposent pas d'éléments qui prouvent que l'entreprise a contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale.

(4) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil, à la demande du rapporteur général ou de son délégué, adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié.

#### Art. 20. Astreintes

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 pour cent du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

- 1) à mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 ou des articles 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 10;

- 2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11 ou une décision relative à des engagements prise en application de l'article 12;
- 3) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3.

(2) Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, le Conseil peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

(3) Le recouvrement de l'astreinte est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

#### **Section IV - Prescriptions**

##### **Art. 21. Prescription en matière d'imposition de sanctions**

(1) Le pouvoir conféré au Conseil en vertu des articles 18 à 20 est soumis aux délais de prescription suivants:

- a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements;
- b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

(2) La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

(3) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte du Conseil ou de l'Inspection. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription:

- 1) les demandes de renseignements écrites du Conseil ou de l'Inspection;
- 2) les mandats écrits d'inspection délivrés aux agents de l'Inspection par le rapporteur général ou son délégué;
- 3) la communication des griefs retenus par l'Inspection.

(4) L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

(5) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que le Conseil ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

(6) La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision du Conseil fait l'objet d'une procédure pendante devant le Tribunal Administratif.

##### **Art. 22. Prescription en matière d'exécution des sanctions**

(1) Les amendes et les astreintes prononcées en application des articles 18 à 20 se prescrivent par 5 années révolues.

(2) La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

(3) La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue:

- 1) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification;
- 2) par tout acte de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

(4) La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

(5) La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue:

- 1) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé;
- 2) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision juridictionnelle.

#### **Section V - Communication des griefs, accès au dossier, audition et secret professionnel**

##### **Art. 23. Communication des griefs**

Lorsqu'il relève des faits susceptibles d'entrer dans son domaine de compétence et avant de prendre des décisions prévues aux articles 10, 11 et 18, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3) et paragraphe 2, l'Inspection communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les griefs formulés contre elles et précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre.

Si l'Inspection constate au cours de la procédure que sont apparus des faits nouveaux éventuellement répréhensibles, ou au contraire que certains griefs méritent d'être abandonnés, elle adresse aux entreprises concernées une nouvelle communication des griefs ou une communication des griefs modifiée.

Le délai de réponse accordé au destinataire de la communication des griefs et de la communication des griefs nouvelle ou modifiée est adressée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception. Le délai de réponse ne saurait être inférieur à un mois.

#### **Art. 24. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties**

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

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

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

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

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

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

(5) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 10, 11 et 18, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3) et paragraphe 2, le Conseil donne aux entreprises et associations d'entreprises, lors d'une audition qui ne peut avoir lieu qu'après un délai qui ne peut être inférieur à deux mois qui suit la notification de la communication des griefs, l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus.

Lors de l'audition, le Conseil entend successivement le rapporteur, les parties plaignantes, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie ou son représentant, muni d'un pouvoir spécial, et les parties poursuivies.

Si le Conseil le juge nécessaire, il peut également, lors d'une audition, entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande.

#### **Art. 25. Secret professionnel**

(1) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection ainsi que les experts désignés en vertu de l'article 17 ou toute autre personne dûment mandatée par le Conseil sont soumis au respect du secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, même après la fin de leurs fonctions.

(2) Les membres du Conseil et les agents de l'Inspection sont tenus de garder le secret des délibérations et des informations qui leur auraient été fournies dans l'accomplissement de leurs fonctions.

(3) Les informations recueillies en application de la présente loi ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies.

## Section VI - Voies de recours

### Art. 26. Recours contre les décisions du Conseil

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

(2) Toutefois, un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du Conseil prises en vertu des articles 18 et 19. Il doit être intenté dans un délai de deux mois.

## Section VII - Coopération et assistance

### Art. 27. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres

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

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

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

### Art. 28. Assistance à la Commission européenne

(1) Le Conseil et l'Inspection sont les autorités compétentes à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs respectivement visés aux articles 11, 12, 14, 15, 18 à 21 et 29 du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et aux articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne de l'Inspection sont habilités à procéder aux vérifications prescrites par la Commission des communautés européennes sur la base du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ainsi qu'à celles visées aux articles 9, 12 et 13 du Règlement (CE) N° 139/2004 susdit.

Aux effets ci-dessus, le rapporteur général ou le rapporteur délégué délivre à celui ou ceux des fonctionnaires ci-dessus un mandat écrit qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but des enquêtes et vérifications. Les fonctionnaires sont investis des pouvoirs prévus à l'article 20, paragraphe 2, du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit ou à l'article 13, paragraphe 2, du Règlement (CE) N° 139/2004 susdit.

(2) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 13 du Règlement (CE) N° 139/2004 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue aux alinéas 3 à 13 de l'article 15 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.

(3) Lorsque les fonctionnaires mandatés sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 21 du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 susdit, une autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent est requise. La procédure applicable est celle prévue à l'alinéa 3 de l'article 16 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.

### Art. 29. Coopération avec les juges

Pour l'application de la présente loi, l'Inspection peut, devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, déposer des conclusions. Avec l'autorisation de la juridiction en question, l'Inspection peut aussi présenter des observations orales. Elle peut également produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête.



**Art. 30. Coopération avec les régulateurs sectoriels**

Le Conseil et l'Inspection sont autorisés à demander aux régulateurs sectoriels des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires dans le cadre de l'application de la présente loi.

**Chapitre III - Dispositions spécifiques, modificatives, abrogatoires et finales****Art. 31. Dispositions spécifiques**

Le ministre est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assurer les devoirs visés à l'article 22, paragraphe 6 du règlement (CE) n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne du Ministère de l'Economie peuvent prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 22 du règlement (CE) n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. A cet effet, le ministre délivre un mandat écrit à celui ou ceux des fonctionnaires visés ci-dessus. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

**Art. 32. Dispositions modificatives et abrogatoires**

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives est abrogée.

La loi modifiée du 2 septembre 1993 créant les conditions requises pour l'application

1. de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives
2. du règlement n°17 du Conseil de la Communauté européenne du 6 février 1962, pris en exécution des articles 85 et 86 du Traité de Rome
3. du règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
4. du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, est abrogée.

La loi du 7 juillet 1983, modifiant la loi du 30 juin 1961 ayant pour objet entre autres d'abroger et de remplacer l'arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944 portant création d'un office des prix, est abrogée.

La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat est modifiée comme suit:

- 1) A l'article 22, section IV, numéro 9 est ajoutée la mention suivante: «Président du Conseil de la concurrence»
- 2) A l'annexe A – classification des fonctions – la rubrique I, «Administration générale», est modifiée et complétée comme suit:  
«Au grade 17 est ajoutée la mention suivante: «Conseil de la concurrence – Président.»
- 3) A l'annexe D – Détermination – la rubrique I, «Administration générale, est modifiée et complétée comme suit:  
«A la carrière supérieure de l'administration, au grade 12 de la computation de la bonification d'ancienneté, est ajoutée au grade 17 la mention suivante: «Président du Conseil de la concurrence».

**Art. 33. Dispositions transitoires**

(1) Les affaires pendantes devant la Commission des Pratiques commerciales restrictives en vertu de loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et non encore clôturées après l'entrée en vigueur de la présente loi seront traitées par le Conseil. Le Conseil appliquera aux affaires pendantes les règles de fond de la loi modifiée du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives et aura le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité.

(2) Jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2004, les obligations découlant des articles 10, 11, 13 et 14 du règlement n°17 du Conseil de la Communauté économique européenne du 6 février 1962 et des articles 6, 9, 11, 12, 13, 19 et 24 du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises sont assumées par les agents de l'Inspection. Ils exercent les pouvoirs prévus par l'article 22 du règlement susdit concurremment avec les agents de la Commission européenne.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

*Le Ministre de l'Economie,*  
**Henri Grethen**

Palais de Luxembourg, le 17 mai 2004.  
**Henri**

Doc. parl. 5229 sess. ord. 2003-2004