

N° 5699¹¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI**déterminant les organes compétents
et les sanctions nécessaires à l'application**

- 1) du Règlement (CE) No 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs et du Règlement (CE) No 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le Règlement (CEE) No 295/91**
- 2) des mesures de transposition et d'application des directives et du règlement de l'annexe du règlement (CE) No 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs**

et portant modification

- 1. de la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments**
- 2. de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection des consommateurs**
- 3. de la loi modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commande**
- 4. de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques**
- 5. de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat**
- 6. de la loi modifiée du 9 août 1993 réglementant le crédit à la consommation**
- 7. de la loi modifiée du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours**
- 8. de la loi modifiée du 18 décembre 1998 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers**
- 9. de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique**

10. de la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité
11. de la loi modifiée du 16 avril 2003 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance
12. de la loi du 19 décembre 2003 fixant les conditions d'agrément des organisations habilitées à intenter des actions en cessation
13. de la loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels portant transposition de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et modifiant la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur
14. de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence
15. de la loi du 18 décembre 2006 portant transposition de la directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et portant modification de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique et de l'article 63 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche du Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur au Président de la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Sports (17.3.2008).....	3
2) Commentaires relatifs à l'avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg.....	3
3) Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg (27.2.2008).....	8

*

**DEPECHE DU MINISTRE DE L'ECONOMIE ET DU COMMERCE
EXTERIEUR AU PRESIDENT DE LA COMMISSION DE L'ECONOMIE,
DE L'ENERGIE, DES POSTES ET DES SPORTS**
(17.3.2008)

Monsieur le Président,

Suite à l'avis de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg et aux discussions à la Commission de l'Economie, de l'Energie, des Postes et des Sports du 13 février, veuillez trouver ci-joints les commentaires de mon département que je vous prie de bien vouloir publier aux documents parlementaires ensemble avec l'avis du Conseil de l'Ordre.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma parfaite considération.

Jeannot KRECKE

*

**COMMENTAIRES RELATIFS A L'AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS
DU BARREAU DE LUXEMBOURG**

Le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur est très surpris que l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg réagisse si tardivement au projet de loi No 5699. Même si le courrier du Conseil de l'Ordre n'est pas daté, il est entré à la Chambre des Députés le 29 février 2008, soit après la discussion et l'adoption du rapport à la commission parlementaire compétente.

Tardive, la réaction de l'Ordre des avocats paraît également, à certains endroits, imprécise. Ainsi, les auteurs de l'avis n'ont par exemple pas pris le soin d'identifier correctement le projet de loi¹, lequel projet propose pourtant à l'article 11 une forme abrégée du titre du projet de loi („projet de loi relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs“).

L'erreur des auteurs de l'avis n'est pas anodine et il y a lieu de rappeler que le projet de loi doit préciser le cadre organique et procédural nécessaire pour la recherche et la sanction des violations du droit de la consommation, alors que le règlement (CE) 2006/2004, de son côté, s'applique directement pour la partie qui définit, de façon précise, la coopération entre Etats membres. Parlant de recherches et de sanctions d'infractions, l'intitulé du projet de loi a donc été choisi à dessein, la coopération ne faisant pas l'objet de l'intervention du législateur.

La réaction du Conseil de l'Ordre est d'autant plus étonnante que le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur a organisé de très larges consultations pour accompagner ses travaux de rédaction du Code de la consommation, dont le projet No 5699 constitue une partie importante. Un comité d'experts s'est réuni à plusieurs reprises, et des réunions bilatérales ont été organisées avec chacun des membres du Comité. Un des membres actuels du Conseil de l'Ordre a siégé dans ce comité.

Enfin, le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur a, par lettre du 5 juillet 2007, demandé l'avis du Conseil de l'Ordre en le rendant spécialement attentif à la proposition d'amender la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat². Et pourtant, jusqu'à aujourd'hui, aucun avis ne lui est parvenu du Conseil de l'Ordre.

*

Avant d'aborder les réflexions qui concernent plus directement l'avocat et le secret professionnel, l'Ordre des avocats prépare le terrain en critiquant en termes peu amènes les options prises par le projet de loi.

*

¹ L'avis parle d'un projet de loi No 5699 relative à la coopération en matière de protection des consommateurs

² Voir annexe

I. LES CONSIDERATIONS GENERALES RELATIVES AU PROJET DE LOI No 5699

1. Prérogatives des autorités compétentes

Après avoir cité l'article 4(4) du règlement CE 2006/2004, l'avis constate que le règlement laisse des options au pouvoir législatif. Le choix qui a été retenu par les auteurs du projet est mûrement réfléchi, ce dont on peut se rendre compte à la lecture de l'exposé des motifs

„La raison d'être du règlement CE 2006/2004, telle qu'évoquée notamment par ses considérants, est la cessation des actes contraires au droit communautaire. Pour y arriver, le règlement CE 2006/2004 prévoit en son article 4, 4e et 5e paragraphes, deux options ouvertes aux législateurs nationaux.

Ou bien l'autorité compétente prend elle-même la décision enjoignant au professionnel de cesser l'infraction intracommunautaire, auquel cas il s'agirait donc d'une décision administrative attaquable devant les tribunaux de l'ordre administratif, ou bien les autorités administratives s'adressent aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour que ces derniers ordonnent la cessation de l'infraction intracommunautaire. Cette deuxième option a été le fruit d'après discussions au Conseil de l'Union européenne pour permettre aux Etats membres ayant un système judiciaire de résolution des litiges en matière de consommation de ne pas modifier de façon trop radicale leurs régimes actuels. Le Luxembourg faisant partie de cette catégorie d'Etats membres, il est donc logique que les auteurs du présent projet ont choisi cette seconde option.“

Force est de constater que la solution „absolutiste“ qui aurait consisté à faire exercer tous les pouvoirs par une autorité administrative (option a) de l'article 4, 4e paragraphe) n'a pas été retenue. C'est l'option b) de l'article 4, 4e paragraphe qui a été choisie, laquelle option permet aux autorités compétentes de demander aux juridictions „de rendre la décision nécessaire“. Le projet de loi prévoit donc que le législateur attribue certains pouvoirs de l'article 6, 6e paragraphe au juge, conformément à nos traditions en la matière.

Quels sont ces pouvoirs qui peuvent être attribués dans le cadre de l'option b)?

Pour répondre à cette question, il y a lieu de se référer aux pouvoirs définis au paragraphe 6 de l'article 4:

„Les pouvoirs visés au paragraphe 3 ne sont exercés que lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner une infraction intracommunautaire et ils comprennent au moins le droit:

- a) d'avoir accès à tout document pertinent, sous quelque forme que ce soit, ayant trait à l'infraction intracommunautaire;
- b) d'exiger de toute personne qu'elle communique des informations utiles relatives à l'infraction intracommunautaire;
- c) de mener les inspections nécessaires sur place;
- d) de demander par écrit que le vendeur ou le fournisseur concerné mette fin à l'infraction intracommunautaire;
- e) d'obtenir du vendeur ou du fournisseur responsable de l'infraction intracommunautaire l'engagement de mettre fin à l'infraction et, le cas échéant, de rendre public cet engagement;
- f) d'exiger la cessation ou l'interdiction de toute infraction intracommunautaire et, le cas échéant, de rendre publiques les décisions qui en découlent;
- g) d'exiger de la partie perdante qu'elle dédommage l'Etat ou le bénéficiaire désigné ou prévu par la législation nationale, en cas de non-exécution de la décision.“

Décrits en termes très généraux, ces pouvoirs peuvent être regroupés en pouvoirs d'instruction et en pouvoirs de décision, ou, pour employer les notions du règlement, en pouvoirs d'enquête et d'exécution³.

L'article 4, 4e paragraphe, qui permet d'attribuer certains pouvoirs au judiciaire ne vise que les pouvoirs de décision (voir la rédaction de l'article 4, 4e paragraphe point b)), c'est-à-dire ceux repris

³ Article 4, 3e paragraphe: „chaque autorité dispose (...) des pouvoirs d'enquête et d'exécution nécessaires à l'application du présent règlement (...)“

aux points f) et g) du paragraphe 6, les autres étant des pouvoirs qui relèvent naturellement des missions d'une autorité d'instruction.

Les auteurs ont donc épuisé toutes les possibilités pour préserver au mieux le caractère judiciaire de la résolution des litiges de consommation.

Il est regrettable que l'avis du Conseil de l'Ordre ne soit pas allé au bout de son raisonnement, qu'il n'ait pas tracé de piste plus explicite et qu'il n'ait finalement qu'affirmé péremptoirement que „la mise en oeuvre du règlement aurait pu être faite simplement en faisant appel à des procédures judiciaires“.

2. Les pouvoirs d'enquête

Le Conseil de l'Ordre regrette qu'il y ait disproportion entre les pouvoirs des agents et la gravité des faits (page 5 de l'avis). Le Ministère s'abstient de commenter cette remarque du Conseil de l'Ordre puisque cette critique doit s'adresser au législateur communautaire qui instaure ces pouvoirs que l'on peut en effet qualifier de particulièrement intrusifs. Afin de donner les garanties nécessaires à la défense, ces pouvoirs sont encadrés de façon très précise et sous le contrôle du juge (cf. article 8).

Le 1er paragraphe de l'article 8 critiqué par le Conseil de l'Ordre, n'est qu'une disposition générale pour la mise en oeuvre de laquelle il y a lieu de se référer aux alinéas suivants qui précisent la portée des inspections. Cet alinéa 1er est utile pour rendre intelligible que les auteurs ont voulu à l'endroit de cet article 8 transposer l'article 4, 6e paragraphe, point c) qui prévoit justement que les autorités compétentes puissent „mener les inspections nécessaire sur place“.

L'article 4 du règlement CE 2006/2004 porte le titre „Autorités compétentes“ et son paragraphe 6 vise également ces autorités. Il est donc normal que le 1er paragraphe de l'article 8 vise les autorités et que les paragraphes suivants déclinent plus précisément ces pouvoirs dans le chef des agents habilités.

On doit supposer qu'il a échappé à l'attention de l'Ordre que les auteurs du projet ont ici repris la même structure que l'article 15 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence que le Conseil de l'Ordre cite volontiers comme exemple à suivre. Citons l'article 15 titré „Pouvoirs en matière d'inspection“:

„(1) Pour l'accomplissement des tâches (...), l'Inspection peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises (...) (2) Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux (...).“
Mutatis mutandis, l'Inspection a été remplacée dans le projet de loi No 5699 par „autorité compétente et les enquêteurs par „agents habilités“.

Le Ministère ne partage pas l'avis du Conseil de l'Ordre que le texte de l'article 8 „pêche par une utilisation mal maîtrisée d'un copier-coller“. Il paraît, à ses yeux, suffisamment clair. En tout cas, il est plus soucieux des droits de la défense que l'article 15 correspondant de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Il est étonnant que le Conseil de l'Ordre ne relève pas ce dernier point qui a dû lui donner satisfaction.

Le paragraphe (2) de l'article 15 de la loi de 2004 oblige les enquêteurs de l'Inspection d'exhiber seulement un mandat de leur supérieur hiérarchique. L'article 8 du projet va plus loin en exigeant une ordonnance du juge.

L'agencement des paragraphes (2) et (3) est logique sans qu'il y ait lieu de procéder à une analyse de texte ou à un exercice d'interprétation poussés.

Le premier alinéa du paragraphe (2) concerne l'accès aux locaux, la communication de documents etc. Le second alinéa précise que ce type d'enquête nécessite l'ordonnance du juge, la même que celle qui est requise pour les inspections plus poussées telles que la saisie de documents, visés à l'alinéa 3.

Les réflexions du Conseil de l'Ordre relatives à l'article 95bis de la Constitution paraissent obscures alors que cet article concerne la compétence des juridictions administratives et non pas, comme le laisse penser l'avis du Conseil de l'Ordre, la compétence des juridictions judiciaires.

Le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur ne comprend pas davantage les considérations du Conseil de l'Ordre au point c.) du titre C de son avis (page 8) – absence de distinction entre les utilisateurs „la personne visée par l'enquête et les visites chez les tiers“).

A cet endroit, le Conseil de l'Ordre invoque les articles 15 et 16 de la loi du 17 mai relative à la concurrence qui établiraient une distinction entre des visites chez la personne visée par l'enquête et

des visites chez les tiers. Le Conseil de l'Ordre verse cependant dans une grave erreur d'interprétation relative à ces articles.

En effet, la distinction établie par la loi de 2004 se situe à un autre niveau et concerne un traitement procédural très légèrement différent pour les perquisitions, suivant qu'il s'agit d'inspections dans un lieu professionnel (article 15) ou dans un autre local, „y compris [le] domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées (...)“.

Il est évident que le projet de loi No 5699 n'a pas voulu aller aussi loin et n'envisage pas d'inspections dans les lieux autres que professionnels.

3. Application directe du règlement CE 2006/2004 et procédure administrative non contentieuse

Le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur estime qu'un mode de fonctionnement interne précis figé dans une loi n'est pas nécessaire et le règlement ne l'exige pas, nonobstant l'avis contraire du Conseil de l'Ordre. En effet, il est évident que les autorités compétentes, pour ne pas s'exposer à une action en responsabilité, vont devoir appliquer le règlement CE 2006/2004.

Il en est ainsi notamment en ce qui concerne l'article 15.3 cité par le Conseil de l'Ordre. Il en est également ainsi en ce qui concerne les règles établies par la Décision de la Commission du 22 décembre 2006, que l'autorité luxembourgeoise soit l'autorité requise ou l'autorité requérante.

De même, pour ne pas encourir le risque de voir annulés leurs actes, les autorités compétentes doivent respecter les procédures internes et les droits des parties.

Le Conseil de l'Ordre pose ensuite la question du moment à partir duquel l'autorité compétente doit transmettre des informations et des documents saisis à une autorité étrangère. Il semble évident qu'ils ne puissent être transmis qu'après l'expiration du délai de recours, recours qui est prévu par la procédure administrative non contentieuse et les lois modifiées du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions administratives et du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Ces textes s'appliquent à l'évidence aux autorités compétentes désignées. Afin de dissiper tout doute à ce propos, le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur propose que ces précisions fassent partie du commentaire des articles, étant entendu que la charte des droits fondamentaux, également citée par le Conseil de l'Ordre, s'applique elle aussi dans ce domaine.

Finalement, c'est à tort que le Conseil de l'Ordre insinue que le Ministère n'aurait pas envisagé l'hypothèse d'une autorité luxembourgeoise dans le rôle d'autorité requérante. Cela serait absurde étant donné que l'Etat grand-ducal devra protéger ses propres résidents et prendre des initiatives de ce type chaque fois que les intérêts de ceux-ci paraissent être lésés.

C'est cette idée de protection qui est d'ailleurs à la base du choix des auteurs du projet d'élargir le champ d'application de la loi aux infractions purement nationales, non visées par le règlement CE 2006/2004. Le Conseil de l'Ordre ne semble pas approuver ce choix, à en croire ses commentaires préliminaires.

*

II. LA SITUATION PARTICULIERE DE L'AVOCAT ET LE SECRET PROFESSIONNEL

1. L'avocat visé directement par une enquête

Lorsque l'avocat est directement visé par une enquête, le Conseil de l'Ordre propose que l'autorité compétente soit le Conseil de l'Ordre lui-même. Le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur rejette fermement cette option. Elle conduirait à nommer également des autorités compétentes pour toutes les autres professions réglementées: l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs, la Chambre des Notaires, le Conseil de l'Ordre des médecins, des autorités spéciales pour les pharmaciens, les vétérinaires, les comptables, les réviseurs d'entreprises ...

Comment ces autorités conduiraient-elles leurs enquêtes dans l'intérêt de la protection des consommateurs? Avec quels agents habilités? Comment collaboreraient-elles avec les autorités des autres Etats membres dans le cadre de la coopération administrative transfrontalière?

Si l'on comprend bien, le Conseil de l'Ordre propose une solution très simple pour le secteur des avocats, mais des solutions très complexes pour tous les autres secteurs économiques. L'idée avancée par le Conseil de l'Ordre devient encore plus difficile à admettre si l'on considère que le Conseil de l'Ordre propose, plus loin dans son avis, que le Bâtonnier puisse s'opposer à la saisie de documents. L'Ordre mènerait une enquête dans l'intérêt de la défense des consommateurs et le Bâtonnier s'opposerait à la saisie. La séparation des missions et fonctions dans l'intérêt d'une application efficace du droit ne semble pas assurée avec les propositions du Conseil de l'Ordre.

2. La protection du secret professionnel

Le présent projet ne fait rien d'autre qu'aligner la procédure d'inspection prévue par le projet de loi relative à la recherche et à la violation aux droits des consommateurs à une règle générale posée par l'alinéa 1er de l'article 35 (3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. Les propositions de cette partie de l'avis du Conseil de l'Ordre vont en revanche extrêmement loin et le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur ne peut se priver de remarquer qu'on peut avoir l'impression que le projet de loi sous examen sert de prétexte pour modifier de fond en comble une règle générale concernant non seulement la procédure administrative non contentieuse, mais toutes les procédures, notamment pénales.

Les développements du Conseil de l'Ordre dépassent donc, et de beaucoup, les discussions relatives aux inspections en matière de consommation. Elles concernent notamment aussi la procédure en matière de concurrence et c'est d'ailleurs à propos de cette procédure que le Conseil de l'Ordre cite de très larges extraits de l'arrêt Akzo Nobel.

Clarifions une fois de plus le débat: le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur estime que le projet de loi n'est pas en porte à faux par rapport à cette jurisprudence qui trouve sa plus complète approbation.

Cette jurisprudence est à respecter dans le moindre détail par les autorités administratives et la Commission européenne en tient désormais compte lorsqu'elle diligente ses enquêtes, tout comme d'ailleurs l'Inspection de la concurrence.

Nul besoin de fixer cette règle dans un texte de loi. Nous irions même jusqu'à dire qu'une telle règle figerait la jurisprudence sur ce point et devrait être adaptée au fur et à mesure que la jurisprudence évolue.

Pour conclure, il y a lieu de noter que l'approche développée par le Conseil de l'Ordre procède d'une bien profonde méfiance vis-à-vis de l'action administrative. Si celle-ci doit être améliorée, elle le serait par des moyens bien moins excessifs comme la formation des agents, des règles de fonctionnement internes ou encore la fixation de règles de conduite.

Le Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur est ouvert à ce débat qui ne doit cependant pas faire traîner en longueur l'adoption du projet de loi No 5699.

AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG

(27.2.2008)

A. PRESENTATION DU REGLEMENT (CE) 2006/2004

Le règlement (CE) 2006/2004 organise la coopération administrative entre „*les autorités compétentes des Etats membres, désignées comme responsables de l'application des lois protégeant les consommateurs*“.⁴

Sa mise en oeuvre confronte le Luxembourg à la difficulté que, jusqu'à présent, il n'existe guère d'autorités administratives qui sont spécifiquement chargées d'assurer la défense des intérêts des consommateurs. Notre pays a en effet plutôt suivi la voie consistant à assurer la défense des intérêts collectifs en confiant un droit d'action en justice aux associations qui les représentent.

Afin de répondre aux exigences découlant du règlement (CE) 2006/2004, le projet de loi

- désigne les autorités administratives qui répondront aux demandes d'assistance émanant des autorités d'autres Etats membres de l'Union européenne et pour prendre des mesures aptes à faire cesser les infractions constatées, et
- détermine les pouvoirs et prérogatives de ces autorités et de leurs agents.

Si ce projet de loi est adopté, l'activité des autorités désignées ne se limitera cependant pas à répondre aux sollicitations des autorités des autres Etats membres.

La loi doit en effet aussi s'appliquer à des situations purement nationales.

*„La présente loi s'applique à tout acte ou omission contraire aux lois protégeant les consommateurs lorsque l'acte ou l'omission porte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs résidant au Luxembourg ou lorsque le vendeur ou le fournisseur responsable de l'acte ou de l'omission est établi sur le territoire du Luxembourg ou lorsque des preuves ou des actifs en rapport avec l'acte ou l'omission se trouvent sur le territoire du Luxembourg.“*⁵

Il s'agit donc d'un véritable bouleversement de notre droit de la consommation. Alors que celui-ci relevait jusqu'à présent essentiellement du droit privé, le projet de loi sous examen ajoute un volet administratif à cette matière.

Si la loi est adoptée, les autorités administratives désignées (le ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions, la Commission de Surveillance du Secteur Financier, le Commissariat aux Assurances et le ministre de la Santé) pourront, par l'entremise de leurs agents, procéder à des inspections, requérir des informations et saisir des documents et objets.⁶ Ils pourront aussi tenter des actions en cessation dans le contexte des différentes législations organisant la protection des consommateurs.⁷

*

B. LES PREROGATIVES DES AUTORITES HABILITEES ET DE LEURS AGENTS

D'après le règlement les autorités compétentes doivent disposer „*des pouvoirs d'enquête et d'exécution nécessaires à l'application du présent règlement*“ (Article 4(3) du règlement).

L'article 4(6) du règlement définit plus précisément les „pouvoirs“ dont les autorités nationales doivent disposer:

- „a) *d'avoir accès à tout document pertinent, sous quelque forme que ce soit, ayant trait à l'infraction intracommunautaire;*
- b) *d'exiger de toute personne qu'elle communique des informations utiles relatives à l'infraction intracommunautaire;*

⁴ Règlement (CE) 2006/2004, article 1er.

⁵ Projet de loi No 5699, Version amendée du 12.11.2007, article 1er.

⁶ Projet de loi No 5699, Version amendée du 12.11.2007, article 4.

⁷ Projet de loi No 5699, Version amendée du 12.11.2007, articles 10 et 11.

- c) de mener les inspections nécessaires sur place;
- d) de demander par écrit que le vendeur ou le fournisseur concerné mette fin à l'infraction intracommunautaire;
- e) d'obtenir du vendeur ou du fournisseur responsable de l'infraction intracommunautaire l'engagement de mettre fin à l'infraction et, le cas échéant, de rendre public cet engagement;
- f) d'exiger la cessation ou l'interdiction de toute infraction intracommunautaire et, le cas échéant, de rendre publiques les décisions qui en découlent;
- g) d'exiger de la partie perdante qu'elle dédommage l'Etat ou le bénéficiaire désigné ou prévu par la législation nationale, en cas de non-exécution de la décision.“

Afin de répondre à cette exigence, les auteurs du projet luxembourgeois proposent un système où les quatre autorités administratives désignées aux articles 3 à 5 du projet se voient investies de pouvoirs d'investigation étendus⁸ exercées par l'entremise des agents désignés à l'article 6.

L'Ordre des Avocats n'approuve pas cette orientation, qui lui paraît contraire aux traditions et aux principes juridiques de notre pays.

Il y a lieu de signaler que le règlement 2006/2004 n'impose nullement cette solution. Au contraire, l'article 4(4) admet que l'action de l'autorité compétente puisse consister en l'introduction d'une procédure judiciaire.

„Les autorités compétentes peuvent exercer les pouvoirs visés au paragraphe 3 conformément à la législation nationale soit:

- a) directement sous leur propre autorité ou sous le contrôle des autorités judiciaires, soit
- b) en demandant aux juridictions compétentes de rendre la décision nécessaire, y compris, le cas échéant, en formant un recours si cette demande n'aboutit pas.“

Le règlement laisse clairement une large liberté aux législations nationales sur la manière dont les pouvoirs d'enquête seront organisés.

L'Ordre des Avocats estime qu'au lieu d'attribuer à certaines administrations des pouvoirs d'enquête et des prérogatives qui apparaissent sans précédent dans la tradition juridique luxembourgeoise, la mise en oeuvre du règlement aurait pu être faite simplement en faisant appel à des procédures judiciaires.

*

C. LES POUVOIRS D'ENQUETE, DE PERQUISITION ET DE SAISIE

L'article 8 du projet de loi attribue des pouvoirs d'enquête étendus aux „agents habilités“ au sens de la loi.

Ces pouvoirs résultent principalement des trois premiers points de l'article 8:

„Art. 8. Pouvoirs des agents habilités en matière d'inspection

(1) *Pour l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées par la présente loi, les autorités compétentes désignées peuvent procéder à toutes les inspections nécessaires.*

(2) *Les agents habilités 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 vendeur ou fournisseur, ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant l'ordonnance autorisant l'inspection telle que prévue au paragraphe suivant.

(3) *Les agents habilités ne peuvent procéder aux inspections 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'inspection doit se faire dans les deux arrondissements, une ordonnance unique délivrée par l'un des présidents compétents*

⁸ Projet de loi No 5699, Version amendée du 12.11.2007, article 8.

est suffisante. Le juge doit vérifier que la mesure d'inspection et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché; la requête doit comporter les éléments d'information requis à cet égard. L'autorisation du juge doit indiquer, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but."

De manière générale, l'Ordre des Avocats se demande s'il n'y a pas une certaine disproportion entre les pouvoirs dont le projet de loi investit les agents administratifs en charge de la protection des consommateurs et la gravité réelle des faits dont ils sont saisis. L'Ordre observe qu'en droit pénal, des perquisitions et saisies ne peuvent avoir lieu que lorsqu'on est en présence d'une infraction grave (crime ou délit), puisqu'elles doivent être ordonnées par un juge d'instruction. Est-il réellement justifié d'aligner les méthodes de recherche des „acte(s) ou omission(s) contraire(s) aux lois protégeant les intérêts des consommateurs“ sur celles qui sont d'application pour les enquêtes sur des crimes et délits?

De l'avis de l'Ordre des Avocats le texte du projet de loi pêche en outre par une imprécision inadmissible, alors que l'on est en présence de dispositions qui entravent des droits fondamentaux de l'Homme.

a. La confusion entre „autorités“ et „agents“

L'article 8 se trouve dans le Chapitre 3 du projet de loi, qui traite des „agents habilités“ et, d'après son intitulé, l'article 8 doit préciser les „pouvoirs des agents habilités“.

L'Ordre constate cependant que l'article 8(1) n'est pas consacré aux prérogatives des „agents“ mais qu'il règle les pouvoirs d'inspection des „autorités compétentes“, c'est-à-dire des ministres et autorités administratives citées plus haut dans le chapitre 2.

L'on pourrait considérer qu'il s'agit simplement d'un manque de soin de la part des auteurs du projet, qui – faute de chapitre approprié dans la structure du texte – ont placé une disposition concernant les „autorités“ dans un article consacré aux „agents“. C'est cependant une explication qui n'est guère satisfaisante.

Tel qu'il est présenté, l'article 8(1) accorde les pleins pouvoirs aux „autorités habilités“, qui peuvent, sans restriction aucune:

„... procéder à toutes les inspections nécessaires“

Ce pouvoir n'est soumis à aucune restriction: les règles figurant aux articles 8(3) à 8(13) du projet de loi ne visent en effet expressément que les inspections effectuées par des agents habilités. L'on ne saurait accepter une situation où la protection des droits et libertés fondamentaux du citoyen ne repose que sur une interprétation extensive du texte de la loi.

L'Ordre des Avocats demande que ce texte absolutiste soit modifié et que les pouvoirs d'inspection des „autorités compétentes“ soient clairement délimités et soumis à un contrôle modérateur du juge.

L'Ordre des Avocats propose de compléter ce texte en ajoutant:

Pour l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées par la présente loi, les autorités compétentes désignées peuvent procéder à toutes les inspections nécessaires. Les inspections sont effectuées par les agents habilités à cette fin et dans les formes et aux conditions prévues à la présente loi.

b. L'imprécision en ce qui concerne les opérations nécessitant un accord préalable du juge

L'article 8(3) du projet de loi énonce la règle qu'il ne peut pas y avoir de visite dans les lieux professionnels, et a fortiori qu'il ne peut pas y avoir de saisie, sans autorisation préalable d'un juge.

Cette règle étant posée, l'Ordre ne comprend pas la raison d'être de l'article 8(2), qui – en apparence du moins – permet aux agents habilités de procéder à certaines mesures d'enquête („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.“) sans autorisation du juge.

Il semble y avoir une contradiction entre le point (2) („Les agents habilités peuvent ...“) et le point (3) („Les agents habilités ne peuvent“). L'on ne voit en effet pas exactement où est la limite entre „entrer dans des locaux“ (2) et „procéder à des inspections“ (3)?

L'article 8(2), al. 2 prévoit que les agents devront „en tout état de cause présenter aux vendeur ou fournisseur, ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant l'ordonnance autorisant l'inspection telle

que prévue au paragraphe suivant“. Que veut dire cette formule? Signifie-t-elle que les agents ont besoin de l’ordonnance prévue à l’article 8(3) également pour les mesures prévues à l’article 8(2), al. 1er? Ou bien s’agit-il d’une disposition qui concerne uniquement les mesures prévues à l’article 8(3)?

La confusion provient clairement d’un *copier-coller* mal maîtrisé. Le texte de l’article 8 du projet de loi est en effet pratiquement identique à l’article 15 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Dans sa version originale, il s’agit d’un texte parfaitement intelligible. Le point 15(2) traite des enquêtes qui ont lieu sur la base d’un mandat du Rapporteur général qui dirige l’Inspection de la concurrence et prévoit que ce mandat doit être présenté. Le point 15(3) parle des perquisitions et saisies qui ne peuvent avoir lieu qu’avec l’autorisation d’un juge. L’adaptation de ce texte à une situation où l’institution du Rapporteur général n’existe pas n’a manifestement pas réussi.

Par ailleurs, dans le texte original les deux situations sont clairement différentes. L’article 15(2) envisage le cas où les enquêteurs accèdent aux lieux professionnels avec l’accord des personnes qui s’y trouvent tandis que l’article 15(3) règle l’hypothèse d’une „*perquisition*“ réalisée contre le gré de la personne visée. En remplaçant le terme „*perquisition*“ par celui, beaucoup plus vague, d’ „*inspection*“, les auteurs du projet créent la confusion.

De l’avis de l’Ordre des Avocats, le texte devrait être clarifié.

- (1) Il semble opportun d’insérer une disposition prévoyant expressément que les agents habilités ne peuvent agir qu’après avoir été mandatés à cette fin par l’autorité compétente.

De l’avis de l’Ordre, une telle décision de l’ „autorité“ est indispensable avant que l’ „agent“ passe à l’exécution.

L’Ordre estime aussi qu’une telle décision doit être motivée. La décision de procéder à une inspection devrait aussi désigner nommément la personne auprès de laquelle l’inspection doit avoir lieu ainsi que son objet et son but. Elle désignera nommément le ou les agents chargés d’exécuter l’inspection selon les modalités de la présente loi. Si l’inspection a lieu à la demande d’une autorité d’un autre Etat membre, la décision indiquera l’identité de cette autorité.

- (2) Il convient de faire une distinction plus claire entre les actes que les agents habilités peuvent poser sur le fondement de la seule décision de l’autorité compétente et ceux qui nécessitent l’autorisation d’un juge.

De l’avis de l’Ordre, aucune mesure qui s’assimile à une perquisition ne peut être exécutée sans l’autorisation du juge.

L’Ordre donne encore à considérer que le choix du juge judiciaire pour autoriser les mesures d’instruction est éventuellement problématique étant donné qu’il s’agit ici d’enquêtes de nature administrative et que les actes posés relèvent, aux termes de l’article 95*bis* de la Constitution, de la compétence des juridictions judiciaires.

Pour les mêmes motifs, l’Ordre estime que les voies de recours ouvertes contre l’ordonnance du juge autorisant une inspection devraient être énoncées plus clairement. La technique de législation par référence de l’article 8(5), qui énonce que cette ordonnance est „susceptible des voies de recours comme en matière d’ordonnances du juge d’instruction“, ne paraît pas satisfaisante.

Le texte actuellement proposé risque de mener vers une situation où le contentieux relève partiellement du juge administratif (décision de l’autorité ou de l’agent de procéder à l’enquête) et partiellement du juge judiciaire (autorisation de la mesure), ce qui paraît problématique.

c. L’absence de distinction entre les visites chez la personne visée par l’enquête et les visites chez les tiers

L’article 8 du projet de loi ne fait aucune distinction selon que les locaux à „*accéder*“ (article 8(2)), respectivement „*inspecter*“ (article 8(3)) sont des locaux du „*vendeur ou fournisseur*“ auquel l’infraction intracommunautaire est reprochée ou des locaux d’un tiers.

De même, la saisie entre les mains de la personne visée et la saisie entre les mains d’un tiers sont régies par les mêmes dispositions.

Le règlement ne l’exige pas. L’article 4(6) du règlement prévoit seulement que les autorités nationales doivent avoir la possibilité „*d’exiger de toute personne qu’elle communique des informations utiles relatives à l’infraction intracommunautaire*“.

De l'avis de l'Ordre des Avocats, le texte devrait être remanié de telle manière à restreindre les mesures intrusives aux seuls locaux et véhicules des personnes visées.

S'il s'agit de documents détenus par des tierces personnes, il ne se justifie pas que les agents habilités aient le droit d'accéder aux lieux professionnels par la force.

Il y a lieu de signaler encore que les articles 15 et 16 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, qui ont servi de modèle aux auteurs du projet de loi, établissent clairement des distinctions de ce type. L'on ne comprend pas pourquoi cette distinction n'a pas été faite par les auteurs du projet.

*

D. UN CADRE LEGAL INCOMPLET

Il a été rappelé plus haut que le règlement (CE) 2006/2004 vise à organiser la coopération entre les autorités administratives qui sont en charge de la protection des consommateurs dans les différents Etats membres de l'Union européenne.

Le projet de loi sous examen désigne les autorités nationales qui sont en charge de répondre aux demandes provenant des autorités des autres Etats membres. Il attribue également aux autorités administratives ainsi désignées des compétences d'enquête, de saisie et d'action judiciaire dans des situations purement nationales.

Dans les faits, cette loi met en place des services administratifs de la protection des consommateurs, qui n'existaient pas jusqu'ici. Comme l'a observé le Conseil d'Etat dans son avis

„Si à l'heure actuelle la protection du consommateur relevait essentiellement du domaine du droit privé, le Règlement 2006/2004 oblige dorénavant les autorités étatiques à intervenir activement dans la surveillance du marché.“

Le projet de loi ne règle cependant en rien le mode de fonctionnement interne de ces nouveaux services.

De telles règles doivent pourtant exister, et elles sont d'ailleurs exigées par le règlement 2006/2004 lui-même. L'article 4(6) de ce règlement prévoit en effet que

„Les pouvoirs visés au paragraphe 3 ne sont exercés que lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner une infraction intracommunautaire.“

Il faut donc que l'autorité luxembourgeoise qui reçoit une demande d'assistance en vérifie l'admissibilité. En effet, l'article 15.3 du Règlement dispose que

L'autorité requise peut refuser de donner suite à une demande d'informations présentée en application de l'article 6 si:

- a) à son avis, à la suite d'une consultation avec l'autorité requérante, il s'avère que cette dernière n'a pas besoin des informations demandées pour établir si une infraction intracommunautaire s'est produite ou s'il y a de bonnes raisons de soupçonner qu'une telle infraction est susceptible de se produire;*
- b) l'autorité requérante estime que les informations ne sont pas soumises aux dispositions concernant la confidentialité et le secret professionnel énoncées à l'article 13, paragraphe 3,*
ou
- c) une enquête criminelle ou une procédure judiciaire a déjà été engagée ou un jugement définitif a déjà été rendu à l'égard des mêmes infractions intracommunautaires et à l'encontre des mêmes vendeurs ou fournisseurs par les autorités judiciaires de l'Etat membre de l'autorité requise ou de l'autorité requérante.*

Il est étonnant de voir que le législateur luxembourgeois n'ait pas repris cette exigence de qualité dans le texte du projet de loi destiné à adapter le droit luxembourgeois pour le mettre en conformité avec les exigences du règlement.

Le règlement (CE) 2006/2004 prévoit que l'autorité luxembourgeoise peut refuser de répondre à une demande d'assistance si „une enquête criminelle ou une procédure judiciaire est déjà engagée“ mais le législateur luxembourgeois ne prévoit aucun mécanisme qui permettrait à ces autorités de vérifier si tel est le cas.

L'absence de toute procédure administrative interne organisant le fonctionnement du système de coopération est une lacune frappante du texte de loi. Il n'y a en effet pas la moindre règle sur ce qui

se passe entre la réception de la demande d'information en provenance d'une autorité d'un autre Etat membre et le moment où l'agent habilité intervient pour procéder à l'enquête.

L'absence de règles internes est d'autant plus étonnant que dans le mécanisme mis en place par le règlement 2006/2004 ce n'est pas l'Etat requérant qui détermine les mesures d'enquête qui doivent être prises dans l'Etat requis.

D'après la Décision de la Commission du 22 décembre 2006, qui établit les règles sur l'assistance mutuelle dans le cadre de l'assistance prévue par le règlement 2006/2004

1.2.1. En formulant une demande d'assistance mutuelle ou une alerte, l'autorité compétente fournit toutes les informations dont elle dispose qui sont susceptibles d'être utiles aux autres autorités compétentes pour répondre efficacement à la demande ou garantir à l'alerte un suivi adéquat, et précise si certaines informations fournies doivent recevoir un traitement confidentiel.

1.2.2. En demandant les informations en vertu de l'article 6 du règlement (CE) No 2006/2004, l'autorité requérante doit au moins:

- a) informer l'autorité requise de la nature de l'infraction intracommunautaire suspectée et de sa base juridique;*
- b) fournir des éléments suffisants pour identifier la conduite ou la pratique faisant l'objet de l'enquête;*
- c) préciser quelle est l'information demandée.*

C'est ensuite à l'autorité de l'Etat requis de faire les démarches qu'elle jugera utiles pour répondre à la demande d'information. L'administration luxembourgeoise devra donc prendre des décisions sur les démarches qu'elle entreprend.

Il n'y a pas non plus de règles claires sur la transmission des informations obtenues et des documents saisis. L'Ordre des Avocats s'inquiète de savoir si cette transmission se fera immédiatement. Il est d'avis que le législateur devrait ménager un délai pendant lequel celui auprès de qui la saisie a été opérée pourrait introduire un recours en justice, s'il estime que l'enquête a eu lieu à tort.

S'agissant d'une procédure de type administratif, la personne visée par une mesure prévue à l'article 8 du projet de loi devrait pouvoir exercer les recours prévus par la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions administratives et la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Pour que la possibilité, prévue par ces textes, de saisir le Président du tribunal administratif d'une requête visant à obtenir une mesure de sauvegarde soit effective, il est indispensable que le projet de loi sous examen soit complété par une disposition prévoyant expressément que les informations obtenues et les documents saisis ne seront transmis à l'autorité requérante qu'après écoulement d'un délai pendant lequel un recours pourra être introduit.

La conformité de cette mesure au règlement (CE) 2006/2004 ne saurait être discutée. Il est en effet exposé au préambule de ce règlement que

„Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes consacrés notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par conséquent, il convient de l'interpréter et de l'appliquer conformément à ces droits et principes.“⁹

La dite Charte garantit en son article 47 le „droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial“:

„Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.“

Il est clair que le recours ne sera *effectif* que si les informations et documents n'ont pas déjà été transmis au moment où le juge est saisi.

L'Ordre des Avocats donne aussi à considérer que toutes les décisions prises dans ce contexte sont, selon toute probabilité, des décisions administratives et que la législation sur la procédure administra-

⁹ Règlement (CE) 2006/2004, Considérant No 17.

tive non contentieuse devra donc être respectée, ce qui impliquera notamment une obligation d'entendre la personne visée et les tiers dont les intérêts sont affectés et aussi une obligation de motivation.¹⁰

L'Ordre des Avocats se doit encore de signaler que le texte du projet loi sous examen ne règle finalement que l'hypothèse où les autorités luxembourgeoises se voient saisies d'une demande en provenance de l'étranger.

L'hypothèse inverse d'une initiative provenant du Grand-Duché ne semble pas avoir été envisagée.

On pourrait penser que de telles dispositions sont superflues, dans la mesure où les autorités luxembourgeoises qui souhaitent adresser une demande d'information aux autorités d'un autre Etat membre peuvent le faire directement sur le fondement du règlement.

Aux termes du règlement, de telles demandes peuvent être formulées par

„toute autorité publique établie au niveau national, régional ou local et dotée de compétences spécifiques pour assurer le respect des lois protégeant les intérêts des consommateurs.“

L'article 13 du règlement 2006/2004 contient cependant des règles spécifiques sur la manière dont l'autorité luxembourgeoise pourra utiliser l'information qu'elle obtient de cette manière:

„1. Les informations fournies peuvent uniquement être utilisées pour assurer le respect des lois protégeant les intérêts des consommateurs.

2. Les autorités compétentes peuvent invoquer comme moyen de preuve des informations, des documents, des constatations, des déclarations, des copies certifiées conformes ou des renseignements transmis, au même titre que des documents analogues obtenus dans leur propre pays.

3. Les informations communiquées, sous quelque forme que ce soit, à des personnes travaillant pour les autorités compétentes, les juridictions, d'autres autorités publiques et la Commission, y compris des informations notifiées à la Commission et enregistrées dans la base de données visée à l'article 10, dont la divulgation porterait atteinte:

- à la protection de la vie privée et de l'intégrité de l'individu, notamment en conformité avec la législation communautaire relative à la protection des données à caractère personnel,*
- aux intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale, y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle,*
- aux procédures juridictionnelles et aux avis juridiques, ou*
- aux objectifs des activités d'inspection ou d'enquête,*

sont confidentielles et soumises à l'obligation du secret professionnel, sauf si leur divulgation est nécessaire pour faire cesser ou interdire une infraction intracommunautaire et si l'autorité qui communique les informations consent à les divulguer.“

De l'avis du Conseil de l'Ordre, ces garanties ne sont offertes que partiellement par le droit commun en vigueur. Il y a dès lors lieu d'amender le texte du projet de loi et d'y insérer une disposition générale reprenant les restrictions de l'article 13 du règlement.

Si le législateur poursuit dans la voie tracée par les auteurs du projet de loi et décide de mettre en place des services administratifs en charge de la protection des consommateurs, il est indispensable d'organiser le mode de fonctionnement de ces services. Il suffit à ce titre de comparer le texte sous examen avec la loi du 17 mai 2004 concernant la concurrence pour voir de quel type de mesures il s'agit.

*

E. LA SITUATION PARTICULIERE DE L'AVOCAT

Les dispositions du projet de loi sont susceptibles de concerner l'avocat d'une double manière.

(1) D'abord, on ne peut pas exclure qu'il soit un jour reproché à un avocat établi à Luxembourg d'être l'auteur d'une infraction intracommunautaire au sens du règlement. Les texte s'applique en effet

¹⁰ Pour autant que de besoin, l'Ordre signale que les mêmes droits sont garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 41.

à „toute personne physique ou morale qui, eu égard aux lois protégeant les intérêts des consommateurs, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, libérale, artisanale ou professionnelle“, définition qui englobe l’avocat.

L’Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg déplore que les auteurs du projet de loi sous examen aient choisi de confier les enquêtes concernant d’éventuelles infractions intracommunautaires commises par un avocat à une autorité administrative. L’Ordre demande que le projet de loi soit amendé pour désigner comme autorité compétente celui des Ordres dont dépend l’avocat.

(2) L’avocat luxembourgeois risque surtout d’être concerné par des enquêtes menées contre ses clients. L’Ordre renvoie à ce titre aux critiques qu’il élève au sujet de l’absence de différenciation entre la personne visée par l’enquête et les tiers.

La profession d’avocat est une profession réglementée et son exercice est soumis à des règles arrêtées par l’Ordre des Avocats qui en surveille le respect. Il semble hautement problématique d’attribuer des autorités administratives – générales ou spécialisées dans d’autres secteurs – un droit d’inspection de lieux professionnels déjà réglementés.

Le présent avis, élaboré par l’Ordre des Avocats, met naturellement en avant la situation de cette profession. Ce qui est dit ici à propos des avocats est cependant susceptible de s’appliquer *mutatis mutandis* à d’autres professionnels détenteurs d’informations confidentielles.

*

F. LES DROITS DE LA DEFENSE ET LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL

Le projet de loi sous examen ne place pas les cabinets d’avocats sur un pied d’égalité avec les autres lieux. Il prévoit en effet d’amender l’article 35(3) de la loi sur la profession d’avocat pour y insérer une disposition aux termes de laquelle les visites auprès d’un avocat ne peuvent se faire qu’en présence du Bâtonnier.

„Le lieu de travail de l’avocat et le secret des communications, par quelque moyen que ce soit, entre l’avocat et son client, sont inviolables. Lorsqu’une mesure de procédure civile ou d’instruction criminelle ou d’inspection prévue par la loi relative à la recherche et à la violation aux droits des consommateurs du XXX est effectuée auprès ou à l’égard d’un avocat dans les cas prévus par la loi, il ne peut y être procédé qu’en présence du Bâtonnier ou de son représentant, ou ceux-ci dûment appelés.“

Le Conseil de l’Ordre ne se satisfait cependant pas de cette solution.

Il estime que le texte ne satisfait pas à l’exigence de l’article 4(7) du règlement 2006/2004, déjà cité:

„Les Etats membres veillent à ce que les autorités compétentes disposent des ressources nécessaires à l’application du présent règlement. Les agents habilités satisfont à des normes professionnelles et sont soumis à des procédures ou à des règles de conduite internes appropriées, garantissant notamment la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel, l’équité des procédures et le respect voulu des dispositions prévues à l’article 13 en matière de confidentialité et de secret professionnel.“

Un texte de loi qui prévoit simplement que le Bâtonnier doit être „présent“ lorsque des saisies ou perquisitions qui ont lieu dans un cabinet d’avocats n’organise pas de manière adéquate la protection du secret professionnel de l’avocat.

La simple présence passive du Bâtonnier n’apporte aucun avantage tangible.

Le texte de loi n’est pas satisfaisant car il ne donne au Bâtonnier, qui assiste à une enquête dans un cabinet d’avocats, aucun moyen efficace de préserver le secret professionnel et la confidentialité.

Le texte prévoit uniquement que le Bâtonnier peut faire acter des remarques, ce qui ne saurait être considéré comme une protection effective du secret professionnel.

„Le Bâtonnier ou son représentant peut adresser aux autorités ayant ordonné ces mesures toutes observations concernant la sauvegarde du secret professionnel. Les actes de saisie et les procès-verbaux de perquisition mentionnent à peine de nullité la présence du Bâtonnier ou de son repré-

sentant ou qu'ils ont été dûment appelés, ainsi que les observations que le cas échéant le Bâtonnier ou son représentant ont estimé devoir faire."

Si dans la pratique le texte ne suscite que rarement des difficultés, c'est que jusqu'à présent les perquisitions avaient toujours lieu en présence ou au moins sous le contrôle d'un juge qui était, de par sa formation, sensible au problème du secret professionnel.

L'Ordre des Avocats redoute qu'il pourrait être plus difficile d'expliquer l'importance des principes qui sont ici en cause aux fonctionnaires qui disposeront à l'avenir d'un droit d'inspection à l'égard des cabinets d'avocats.

Il est urgent de compléter les dispositions de l'article 35(5) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat par des dispositions énonçant expressément que le Bâtonnier peut s'opposer à ce que ceux qui procèdent à une visite, perquisition ou enquête prennent connaissance de documents qu'il estime protégés par le secret professionnel, et indiquant aussi que le Bâtonnier peut empêcher la saisie de documents qu'il considère comme couverts par ce secret.

Bien entendu une telle opposition du Bâtonnier ne peut toujours avoir qu'un caractère temporaire. Il appartient donc au législateur d'organiser une procédure rapide aux termes de laquelle un juge décidera si l'opposition formée par le Bâtonnier est ou non valable.

L'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg rappelle que le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes a récemment rappelé l'importance de la protection de la confidentialité des documents, dans l'affaire Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission des Communautés européennes:

„En effet, eu égard à la nature particulière du principe de protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients, dont l'objet consiste tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat (voir point 77 ci-dessus), il y a lieu de considérer que la prise de connaissance par la Commission du contenu d'un document confidentiel constitue en elle-même une violation de ce principe. Contrairement à ce que la Commission semble soutenir, la protection de la confidentialité dépasse donc l'exigence que les informations confiées par l'entreprise à son avocat ou le contenu de l'avis de ce dernier ne soient pas utilisés contre celle-ci dans une décision de sanction aux règles de concurrence.

Cette protection, premièrement, vise à garantir l'intérêt public d'une bonne administration de la justice consistant à assurer que tout client a la liberté de s'adresser à son avocat sans craindre que les confidences dont il ferait état puissent être ultérieurement divulguées. Deuxièmement, elle a pour objectif d'éviter les préjudices que la prise de connaissance par la Commission du contenu d'un document confidentiel et l'incorporation irrégulière de celui-ci au dossier de l'enquête peuvent causer aux droits de la défense de l'entreprise concernée. Ainsi, même si ce document n'est pas utilisé comme moyen de preuve dans une décision de sanction aux règles de concurrence, l'entreprise peut subir des préjudices qui ne seront pas susceptibles de faire l'objet d'une réparation ou ne le seront que très difficilement. D'une part, l'information protégée par la confidentialité des communications entre avocats et clients pourrait être utilisée par la Commission, directement ou indirectement, pour l'obtention d'informations nouvelles ou de moyens de preuve nouveaux, sans que l'entreprise concernée soit toujours en mesure de les identifier et d'éviter qu'ils ne soient utilisés contre elle. D'autre part, ne serait pas réparable le préjudice que supporterait l'entreprise concernée du fait de la divulgation à des tiers d'informations protégées par la confidentialité, par exemple si cette information était utilisée dans une communication des griefs au cours de la procédure administrative auprès de la Commission. Le seul fait pour la Commission de ne pas pouvoir utiliser les documents protégés comme éléments de preuve dans une décision de sanction ne suffit, dès lors, pas à réparer ou éliminer les préjudices qui résulteraient de sa prise de connaissance du contenu desdits documents.

La protection au titre de la confidentialité des communications entre avocats et clients implique également que, une fois que la Commission a adopté sa décision rejetant une demande à ce titre, elle ne doit prendre connaissance du contenu des documents en cause qu'après avoir donné à l'entreprise concernée la possibilité de saisir utilement le Tribunal. A cet égard, la Commission est tenue d'attendre que le délai pour introduire un recours à l'encontre de sa décision de rejet se soit écoulé avant de prendre connaissance du contenu de ces documents. En tout état de cause, dans la mesure où un tel recours n'a pas d'effet suspensif, il appartient à l'entreprise concernée d'introduire

une demande en référé visant au sursis à l'exécution de la décision de rejet de la demande de cette protection (voir, en ce sens, arrêt AM&S, point 32).“ (Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission des Communautés européennes, Aff. jointes T-125/03 et T-253/03)

Le Tribunal de Première Instance confirme la position adoptée en 1982 par la Cour européenne dans l'affaire AM&S Europe Ltd. c. Commission des Communautés européennes:

„Les droits internes des Etats membres protègent, dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocat et client, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi.

Placé dans un tel contexte, le règlement No 17/62 doit être interprété comme protégeant lui aussi la confidentialité de la correspondance entre avocat et client dans les limites de ces deux conditions en reprenant ainsi les éléments constitutifs de cette protection communs aux droits des Etats membres.

Cette protection doit s'entendre, pour être efficace, comme couvrant de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative, en vertu du règlement No 17/62, susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 85 et 86 du Traité ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire.

Elle doit pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure.

La protection ainsi accordée doit s'appliquer indistinctement à tous les avocats inscrits au barreau de l'un des Etats membres, quel que soit l'Etat membre où réside le client.

Le principe de confidentialité ne saurait cependant faire obstacle à ce que le client d'un avocat révèle la correspondance échangée entre eux, s'il estime avoir intérêt à le faire“. (Cour de Justice des Communautés européennes, 18 mai 1982, AM&S Europe Ltd. c. Commission des Communautés européennes, Aff. 55/79)

L'arrêt Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission des Communautés européennes est riche d'enseignements pratiques, dont le législateur luxembourgeois pourrait utilement s'inspirer:

„Dans un nombre important de cas, seul un examen sommaire, par les agents de la Commission, de la présentation générale du document ou de l'en-tête, du titre ou d'autres caractéristiques superficielles du document permettra à ceux-ci de vérifier l'exactitude des justifications invoquées par l'entreprise et de s'assurer du caractère confidentiel du document en cause, afin de le laisser de côté. Il n'en reste pas moins que, en certaines occasions, même un examen sommaire du document constitue un risque de ce que, en dépit de son caractère superficiel, les agents de la Commission prennent connaissance d'informations couvertes par la confidentialité des communications entre avocats et clients. Tel pourrait être le cas, en particulier, si la présentation formelle du document en cause ne mettait pas clairement en évidence le caractère confidentiel de celui-ci.

Or, ainsi qu'il a été indiqué au point 79 ci-dessus, il ressort de l'arrêt AM&S que c'est sans devoir dévoiler le contenu des documents en cause que l'entreprise est tenue de présenter aux agents de la Commission les éléments utiles de nature à prouver la réalité de leur caractère confidentiel justifiant leur protection (point 29 de l'arrêt). Dès lors, il y a lieu de conclure que l'entreprise faisant l'objet d'une vérification fondée sur l'article 14, paragraphe 3, du règlement No 17 est en droit de refuser aux agents de la Commission la possibilité de consulter, même d'une façon sommaire, un ou plusieurs documents concrets dont elle soutient qu'ils sont protégés par la confidentialité, pourvu qu'elle considère qu'un tel examen sommaire est impossible sans dévoiler le contenu desdits documents et qu'elle l'explique, de façon motivée, aux agents de la Commission.

Dans les cas où, au cours d'une vérification fondée sur l'article 14, paragraphe 3, du règlement No 17, la Commission estime que les éléments présentés par l'entreprise ne sont pas de nature à prouver le caractère confidentiel des documents en question, particulièrement lorsque celle-ci refuse aux agents de la Commission la consultation sommaire d'un document, les agents de la Commission peuvent placer une copie du document ou des documents concernés dans une enveloppe scellée et l'emporter ensuite avec eux en vue d'une résolution ultérieure du différend. Cette procédure permet, en effet, d'écartier les risques de violation de la confidentialité, tout en laissant à la Commission la

possibilité de conserver un certain contrôle sur les documents faisant l'objet de la vérification et en évitant le risque de disparition ou de manipulation ultérieures de ces documents.

Le recours à cette procédure de l'enveloppe scellée, par ailleurs, ne saurait être considéré en contradiction avec l'exigence, établie au point 31 de l'arrêt AM&S, que la Commission, dans le cas d'un différend avec l'entreprise concernée sur le caractère confidentiel d'un document, adopte une décision ordonnant la production de ce document. En effet, une telle exigence s'expliquait par le contexte particulier de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt AM&S, notamment par le fait que la décision initiale ordonnant une vérification dans les locaux de l'entreprise en cause n'était pas une décision formelle au titre de l'article 14, paragraphe 3, du règlement No 17 (conclusions de l'avocat général M. Warner sous l'arrêt AM&S, précitées, Rec. p. 1624), et, dès lors, l'entreprise en cause était en droit de refuser, tel qu'elle l'a effectivement fait, de produire les documents demandés par la Commission.

En tout état de cause, il convient de relever que, dans l'hypothèse où la Commission ne se satisfait pas des éléments et des explications apportés par les représentants de l'entreprise contrôlée aux fins de prouver que le document concerné est protégé par la confidentialité, la Commission n'est pas en droit de prendre connaissance du contenu du document avant d'avoir adopté une décision permettant à l'entreprise concernée de saisir utilement le Tribunal et, le cas échéant, le juge des référés (voir, en ce sens, arrêt AM&S, point 32).

L'Ordre propose de compléter l'article 35(3) par les dispositions suivantes:

„Le Bâtonnier ou son représentant peut s'opposer à la saisie d'un document trouvé au cabinet de l'avocat, et même à la simple prise de connaissance de ce document par les agents ou enquêteurs qui exécutent la mesure.

Dans ce cas, l'opposition du Bâtonnier est actée au procès-verbal et le document est placé dans une enveloppe scellée.

L'incident est tranché en matière pénale par la Chambre du Conseil du tribunal d'arrondissement territorialement compétent et en toutes autres matières par le Président du tribunal d'arrondissement, les parties entendues en Chambre du Conseil.

La juridiction est saisie par l'autorité compétente qui joindra à sa demande toutes les pièces de nature à éclairer le juge. L'autorité compétente comparaitra par un agent habilité dûment mandaté à cette fin ou par le ministère d'un avocat.

Toute partie intéressée peut adresser des explications à la juridiction. Le Bâtonnier et les parties intéressées seront entendus en Chambre du Conseil en personne ou par le ministère d'un avocat.

L'autorité qui poursuit la mesure et ses agents et enquêteurs ne peuvent en aucun cas prendre connaissance du document durant la procédure et jusqu'à la fin du délai d'appel. En cas d'appel, le document reste scellé jusqu'à la décision du juge d'appel.

La décision de première instance est notifiée aux parties par le greffe de la juridiction saisie.

La décision est susceptible d'appel devant la Chambre du Conseil de la Cour d'appel en matière pénale et devant la Cour d'appel siégeant en matière civile dans les autres matières.

Le délai d'appel est de dix jours, sans qu'il y ait lieu d'appliquer des délais de distance. L'appel est formé par une déclaration au greffe, qui en fait mention dans un registre spécialement tenu à cet effet.

Il est procédé en appel comme en première instance.“

L'Ordre est également d'avis que l'amendement proposé est, en tant que tel, trop restrictif, dans la mesure où il vise spécifiquement la loi en projet au lieu de s'appliquer, de manière générale, à toutes les enquêtes que pourrait mener une administration, quelle que soit la matière.

L'Ordre donne à considérer que le principe protégé par la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat que „le lieu de travail de l'avocat et le secret des communications ... entre l'avocat et son client sont inviolables“ est d'application générale et qu'il convient d'organiser la protection de ce secret dans des termes d'application générale.

Le lieu de travail de l'avocat et le secret des communications, par quelque moyen que ce soit, entre l'avocat et son client, sont inviolables. Lorsqu'une mesure de procédure civile ou d'instruction criminelle ou une enquête ou mesure d'instruction administrative est effectuée auprès ou à l'égard

d'un avocat dans les cas prévus par la loi, il ne peut y être procédé qu'en présence du Bâtonnier ou de son représentant, ou ceux-ci dûment appelés.

Le présent avis a été adopté par le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg lors de sa réunion du 27 février 2008.

Jean KAUFFMAN
Bâtonnier

