

Annexe technique II

Commentaires des articles

Les propositions de modifications au Projet de loi de l'Association sont marquées *en italiques et soulignées*.

Articles 1 à 5 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

L'Association tient à faire remarquer que le règlement grand-ducal actuellement en vigueur fixant les prix des produits pharmaceutiques ainsi que celui relatif au prix des courses de taxi doivent être réformés. Dans ces secteurs, une situation juridique incertaine persiste depuis plusieurs années et il serait opportun de clarifier cette situation.

TEXTE DU PROJET DE LOI

Chapitre II – Du Conseil 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. *Le Conseil adopte le statut d'établissement public.*

(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 d'un règlement d'exemption par catégorie en application de l'article 29, paragraphe 2 du Règlement (CE) No 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

(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 oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

(5) Pour l'exécution de ses missions, le Conseil exerce notamment les pouvoirs suivants:

- la recherche et la sanction, d'office ou sur plainte, des violations aux articles 3 à 5 de la présente loi et aux articles 81 et 82 du Traité
- la rédaction d'avis, d'office ou sur demande du ministre, sur tout projet de texte législatif ou réglementaire ou toute autre mesure touchant à des questions de concurrence
- la réalisation d'études de marché
- l'exécution des devoirs dévolus aux autorités de concurrence nationales par le Règlement (CE) No 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et

par le Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

(6) Les attributions confiées au Conseil sont exercées par un collège composé de la manière prévue à l'article 7 de la présente loi.

(7) Le conseil dispose d'un service d'instruction dirigé par un rapporteur général nommé par arrêté grand-ducal.

Ce service procède aux investigations nécessaires à l'application des articles 15 à 17 de la présente loi.

(8) Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes est nommé par arrêté grand-ducal après avis du collège. Il recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs. Il transmet au président du Conseil un rapport évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

Sur base du rapport du conseiller auditeur, le Conseil vérifie la régularité de la procédure suivie lors de l'instruction du dossier et statue sur les éventuelles contestations à ce propos.

Dans un souci de simplification administrative, d'efficacité et de meilleure allocation des ressources humaines et financières, il est proposé de supprimer l'Inspection de la Concurrence afin de concentrer toutes les compétences au sein d'une seule et même autorité, le Conseil de la concurrence (le « Conseil »), assumant à elle seule les fonctions d'instruction et de prise de décision.

Ce cumul des fonctions au sein d'une même entité soulève a priori des objections au regard des exigences d'indépendance et d'impartialité prescrites par l'article 6 de la CEDH. C'est pourquoi, l'Association estime qu'une séparation strictement fonctionnelle au sein du Conseil doit à tout le moins être maintenue afin de garantir la séparation des pouvoirs d'instruction et de décision et par là, l'indépendance des différents organes. Cette solution a été adoptée par la France, mais ne semble, selon l'Association ne pas constituer le modèle à suivre par la législature luxembourgeoise. L'Association renvoie à ce sujet aux développements contenus dans son avis principal (en particulier au point 14).

L'Association suggère également que l'autorité de la concurrence adopte le statut d'établissement public afin d'assurer son indépendance, son autonomie financière et administrative et de lui permettre d'ester en justice.

Art. 7. Composition, nomination et fonctionnement du Conseil

(1) Le Conseil est un organe collégial composé de cing Conseillers effectifs, à savoir un Président, deux Conseillers-rapporteurs et deux Conseillers-asseesseurs, et de cinq Conseillers suppléants. Un greffier assiste les travaux du Conseil.

Le Président assure la direction du Conseil. Il convoque et préside les réunions du collège, assure le bon déroulement des débats, veille à l'exécution des décisions du Conseil et assure la bonne marche du service. Il représente le Conseil dans tous les actes judiciaires et extra-judiciaires.

Le Conseiller-rapporteur assiste le Président dans l'exécution des tâches de gestion courante. Il surveille et dirige l'exécution des enquêtes individuelles et sectorielles incombant au Conseil.

Les Conseillers-asseesseurs sont pleinement associés aux travaux du Conseil. Ils participent avec voie délibérative aux décisions collégiales relevant de la compétence du Conseil.

Les Conseillers suppléants sont appelés à suppléer à l'absence ou à l'empêchement de siéger des Conseillers effectifs pour l'adoption des décisions collégiales relevant de la compétence du Conseil.

(2) Les Conseillers effectifs et les Conseillers suppléants sont nommés par le Grand-Duc 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.

Les Conseillers doivent être détenteurs d'un diplôme d'études universitaires sanctionnant un cycle complet d'études accompli avec succès en droit ou en sciences économiques.

Les Conseillers 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 autres Conseillers et les Conseillers suppléants prêtent 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."

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.

(3) Le Conseil organise ses travaux et établit son règlement intérieur.

Le Conseil se réunit en formation délibérative de quatre membres aussi souvent que l'exécution de ses missions le requiert.

En cas d'empêchement du Président, ses fonctions sont assumées par le Conseiller-rapporteur, sinon par le Conseiller ayant la plus grande ancienneté au sein du Conseil, et, en cas d'égalité d'ancienneté, par le plus âgé. En cas d'empêchement du Conseiller-rapporteur, ses fonctions sont assumées par un membre du Conseil désigné par le Président.

Les décisions du Conseil sont acquises à la majorité des voix. La voix du Président est prépondérante en cas de partage des voix.

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) Les crédits attribués au Conseil de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'économie.

Le personnel proposé de 4 personnes n'est pas suffisant pour permettre au Conseil d'assurer sa mission. Ce chiffre pose également problème au niveau de la prise de décision.

L'exigence de séparation fonctionnelle entre la phase d'instruction et celle de décision requiert au moins que le responsable de l'instruction (dans l'état actuel du Projet le Conseiller-rapporteur) ne prenne pas part au collège prenant la décision.

Ce collègue ne pourrait donner d'injonctions au responsable de l'instruction quant à la teneur de sa prise de position sur le dossier.

Le principe de séparation fonctionnelle devra amener le législateur à organiser avec plus de soin la répartition des fonctions entre le Président, le collège investi de la mission de décider et le Conseiller-rapporteur ou toute autre personne responsable de l'instruction. L'Association estime qu'une séparation organique donnera davantage de garanties quant au respect de l'impartialité.

Dans le même ordre d'idées, la loi devra préciser les grandes lignes à observer par le règlement intérieur du Conseil, sous peine d'encourir le risque d'un fonctionnement incompatible avec certains principes fondamentaux.

Le collège qui doit prendre la décision devrait avoir une composition impaire. Cela permettrait de faire l'économie de la disposition - difficilement justifiable - de la voix prépondérante du Président en cas de partage des votes.

De plus, l'institution d'un greffier, même à temps partiel, serait à envisager afin de donner à l'autorité de concurrence les moyens nécessaires à la bonne exécution de sa mission.

Art. 8. Cadre du Conseil

(1) Le Président et le Conseiller-rapporteur exercent leurs fonctions à plein temps. Leur statut est fixé comme suit:

- Le Président 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 ses fonctions, les dispositions légales et réglementaires sur les traitements et pensions des fonctionnaires de l'Etat lui sont applicables.

- Le Conseiller-rapporteur 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 ses fonctions, les dispositions légales et réglementaires sur les traitements et pensions des fonctionnaires de l'Etat lui sont applicables.

Pour le cas où le Président ou le Conseiller-rapporteur sont issus de la fonction publique, ils sont mis en congé pendant la durée de leur mandat de leur administration d'origine. Ils continuent à relever du régime de sécurité sociale correspondant à leur statut.

En cas de cessation de leur mandat avant l'âge légal de retraite, les titulaires sont, sur leur demande, réintégrés dans leur administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'ils ont touché précédemment, augmenté des échelons et majorations de l'indice se rapportant aux années de service passées comme Président ou Conseiller-rapporteur 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 ou le Conseiller-rapporteur sont issus du secteur privé, ils restent affiliés au régime de sécurité sociale auquel ils étaient soumis pendant l'exercice de leur dernière occupation. En cas de cessation de leur mandat avant l'âge légal de retraite, les titulaires touchent, 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 les intéressés touchent un revenu professionnel ou bénéficient d'une pension personnelle.

(2) Le Président, le Conseiller-rapporteur, les Conseillers-asseesseurs 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) Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres du Conseil de la concurrence sont assistés par des agents qui ont la qualité de fonctionnaire, employé ou ouvrier de l'Etat. Le cadre du personnel du Conseil comprend dans l'ordre hiérarchique, les fonctions et emplois suivants:

a) dans la carrière supérieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté: grade 12:

- des conseillers de direction première classe
- des conseillers de direction
- des conseillers de direction adjoints
- des attachés de gouvernement liers en rang
- des attachés de gouvernement

b) dans la carrière moyenne de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté: grade 7: carrière du rédacteur

- des inspecteurs principaux liers en rang
- des inspecteurs principaux
- des inspecteurs
- des chefs de bureau

- des chefs de bureau adjoints
- des rédacteurs principaux
- des rédacteurs

La promotion aux fonctions supérieures à celle de rédacteur principal est subordonnée à la réussite d'un examen de promotion.

Lorsqu'un emploi d'une fonction de promotion n'est pas occupé, le nombre des emplois d'une fonction inférieure au grade de la même carrière pourra être temporairement augmenté en conséquence.

c) dans la carrière inférieure de l'administration, grade de computation de la bonification d'ancienneté: grade 4:

- des premiers commis principaux
- des commis principaux
- des commis
- des commis adjoints
- des expéditionnaires

La promotion aux fonctions supérieures à celle de commis adjoint est subordonnée à la réussite d'un examen de promotion.

Lorsqu'un emploi d'une fonction de promotion n'est pas occupé, le nombre des emplois d'une fonction inférieure au grade de la même carrière pourra être temporairement augmenté en conséquence.

Le cadre du personnel peut être complété par des stagiaires, des employés et des ouvriers dans la limite des crédits budgétaires disponibles.

(4) Avant d'entrer en fonctions, les personnes visées au paragraphe 3 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."

Compte tenu du fait que le travail effectué par les personnes responsables de l'instruction est tout aussi important que celui du Président du Conseil et qu'il faut veiller à ne pas créer de lien de subordination entre le Président et le service d'instruction, l'Association pense qu'il est serait opportun de donner le même grade (17) aux Présidents et aux responsables en charge de l'instruction.

Art. 9. Enquêteurs

(1) Le service *d'instruction est composé d'* enquêteurs pourvus des pouvoirs institués par les articles 15 à 17 de la présente loi.

(2) Les enquêteurs ont la qualité d'officier de police judiciaire pour les besoins de l'application de la présente loi. Avant d'entrer en fonctions, ils prêtent devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le serment suivant: "Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité."

Leur compétence s'étend à tout le territoire du Grand-Duché. Ils justifient de leur qualité par le port d'un titre de légitimation émis par le Président du Conseil.

Au vu du manque de moyens humains alloués au Conseil, le Projet de loi propose que le Conseil puisse désigner parmi ses membres des enquêteurs dotés des pouvoirs d'investigations prévus aux articles 15 à 17 de la loi. Selon l'exposé des motifs du Projet de loi, cette disposition ne devra s'appliquer que de façon exceptionnelle. L'Association considère que cela n'est pas satisfaisant au regard de l'article 6 CEDH (exigence d'impartialité et d'indépendance). C'est pourquoi, elle suggère l'augmentation des moyens humains (comme vu précédemment) et l'instauration d'un organe collégial de décision et d'un corps de rapporteurs dirigés par un rapporteur général afin de respecter la séparation fonctionnelle au sein du Conseil.

Art. 10. Saisine du Conseil

En toutes matières, le *service d'instruction* peut intervenir de sa propre initiative ou à la demande de toute personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime, *organisation de consommateurs*, *groupements professionnels* ou à la demande du ministre.

En matière de violations des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 81 et 82 du Traité, il est saisi sans formes.

Toutefois, l'acte de saisine devra contenir une description détaillée du fait dénoncé et tous les éléments de son existence présumée qui sont à la disposition de l'auteur de la saisine. Le Conseil accuse en tout état de cause réception des plaintes qui lui sont adressées.

Art. 10bis. Classement sans suite

Le rapporteur général peut décider de classer une plainte sans suite si suite à l'enquête aucun élément ne vient corroborer les affirmations du demandeur.

L'autosaisine par le Conseil soulève également certaines objections. En effet, l'autosaisine permettrait à l'autorité de concurrence de cumuler les fonctions de procureur, juge d'instruction et juge et risquerait de violer les garanties du procès équitable posées par l'article 6 de la CEDH, et plus particulièrement l'exigence d'impartialité. A nouveau, une séparation fonctionnelle des fonctions d'instruction et de décision ou, à tout le moins l'abstention des membres du Conseil ayant connu de l'affaire en une autre qualité remédierait au problème.

Par ailleurs, la saisine devrait également être ouverte aux associations et/ou groupements de consommateurs comme c'est déjà le cas en France. Le dommage subis par le consommateur individuel est souvent de trop faible valeur pour que celui-ci saisisse l'autorité de concurrence (ou même les tribunaux civils d'une demande en dommages et intérêts). Ainsi, de nombreuses pratiques anticoncurrentielles échappent aux autorités de concurrence. L'autosaisine au bénéfice du Conseil, à condition qu'elle respecte les garanties prévues par l'article

6 CEDH, solutionne partiellement le problème puisque le Conseil ne devra pas attendre qu'une plainte ait été déposée pour agir. Cependant, les associations de consommateurs ont souvent plus de moyens financiers et humains pour détecter (et poursuivre) des pratiques anticoncurrentielles et sont souvent plus accessibles et connu(e)s du consommateur individuel. Ainsi le consommateur pourra dénoncer des pratiques anticoncurrentielles à une association et/ou groupement de consommateurs, qui pourra par la suite, si elle/il l'estime nécessaire, introduire une plainte auprès du Conseil, sans que le consommateur individuel ait à se préoccuper des tracasseries administratives qu'une plainte officielle auprès de l'autorité de concurrence engendre nécessairement.

L'Association suggère également que la loi prévoit expressément la possibilité pour le Conseil de classer les plaintes sans suite ou de prononcer un non lieu. En effet, une plainte circonstanciée et reprenant les points suggérés dans le modèle de dépôt d'une plainte avant toute décision finale. Le classement d'un dossier ne requiert pas toujours une enquête engendre certains droits procéduraux pour le plaignant, et notamment la garantie de voir examiner le dossier et de se voir adresser ensuite une décision motivée de la part du Conseil, ainsi que le droit d'être informé et consulté approfondie auprès de tierces parties. Dans certains cas, par exemple lorsque les informations pertinentes sont dans le domaine public ou lorsque les problèmes soulevés par le plaignant ne relèvent pas du droit de la concurrence, le rapport d'investigation et la décision du Conseil peuvent intervenir sur base de ces seuls éléments. La consultation préalable du plaignant permet alors de s'assurer qu'aucune donnée pertinente n'a été omise. Cette approche a été adoptée par le Conseil dans une décision récente du 2 juillet 2009 (décision N°2009-FO-01).

Chapitre III – Des violations des articles 3 à 5 de la loi et des articles 81 et 82 du Traité

Section I – Des décisions du Conseil

Art. 11. Constatation et cessation d'une infraction

Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 10, 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.

Cet article trouve l'approbation de l'Association.

Art. 12. Mesures conservatoires

(1) A partir du jour de la saisine du Conseil, le Président peut, à la demande de toute partie concernée, après avoir entendu les parties en cause, prendre des mesures conservatoires.

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

Le Président du Conseil 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 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.

(3) Le Président peut assortir les mesures conservatoires adoptées par lui d'une astreinte se chiffrant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent, respectivement au cours du dernier exercice social clos, soit par jour de retard à compter de la date qu'il fixe, soit par constatation de violation des mesures conservatoires adoptées.

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

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

La terminologie employée par le Règlement N°1 donne à penser que lesdites mesures pourraient avoir une portée plus large que des mesures simplement conservatoires.

L'Association souligne que l'applicabilité de certaines règles procédurales à la procédure pouvant mener à l'adoption de mesures conservatoires fait actuellement débat dans un contentieux. Sans préjuger de l'issue de ce contentieux, l'Association relève que la divergence d'approche entre le Président du Conseil de la concurrence et le Tribunal administratif donne à penser que les rapports entre les actuels articles 11, paragraphe 1, et 24, paragraphe 5, de la loi du 17 mai 2004 gagneraient à être précisés.

Si, en vertu même du Règlement n° 1, les mesures provisoires que la Commission peut adopter, doivent pouvoir être prises à bref délai et militent pour cela en général pour l'attribution de cette mission à un membre unique, l'Association laisse apprécier si la décision de prononcer des mesures provisoires ne devrait pas être prise collégialement ou, à tout le moins, pouvoir l'être dans certaines circonstances.

Tout d'abord, l'adoption de mesures provisoires peut constituer une entrave grave au fonctionnement d'une entreprise. Confier un tel pouvoir à une seule personne risquerait de produire des décisions mal fondées et qui risqueraient d'être annulées par la suite devant les juridictions administratives.

Ensuite, confier un tel pouvoir à l'organe collégial de décision qui doit trancher le fonds de l'affaire est doublement bénéfique: d'une part, une telle décision aura plus de légitimité, d'autre part, la prise de décision finale sera forcément plus aisée à prendre puisque le collège entier aura déjà eu la possibilité de se pencher sur l'affaire.

Par conséquent, l'Association pense qu'il serait plus opportun de doter le Conseil de ce pouvoir et non le seul Président et de reformuler le libellé de cet article.

Art. 13. 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 sa communication des griefs, 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 d'office ou sur demande 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 inexactes, incomplètes ou dénaturées fournies par les parties.

Cet article devrait bien entendu être adapté en fonction de la solution institutionnelle retenue.

Section II – Pouvoirs d'enquête

Art. 14. Demandes de renseignements

- (1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, le Conseil peut demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.
- (2) Lorsque le Conseil demande 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 20 et à l'article 22 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif.
- (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 exact, complet et non dénaturé des renseignements fournis.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 15. Pouvoirs de recueillir des déclarations

Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, le Conseil peut faire interroger toute personne physique ou morale. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 16. Pouvoirs en matière d'inspection

- (1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, le Conseil peut faire 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 la décision du Conseiller-rapporteur ordonnant l'inspection.
- Cette décision doit contenir, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but. Elle ne peut être attaquée qu'ensemble avec la décision ultérieure sur le fond.
- (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 mesure de perquisition et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché; la requête doit comporter les éléments d'information requis à cet égard. Lorsque la mesure vise à permettre la constatation de violations aux articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité, la requête peut ne comporter que les indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

Le juge judiciaire ne vérifie pas la légalité et la justification de la mesure d'enquête.

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. En cas d'impossibilité, l'enquêteur invite la personne concernée à désigner un représentant de son choix; à défaut, l'enquêteur choisit deux témoins requis à cet effet par lui en dehors des personnes relevant de son autorité administrative.

Les enquêteurs ainsi que 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 au Conseil de la concurrence ou confiés à un gardien de la saisie.

(12) Le Conseiller-rapporteur peut 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.

Le Projet de loi maintient deux types d'inspections:

L'article 16 (1) et (2) prévoit une inspection "simple". Dans ce cas de figure, les enquêteurs ne peuvent pas perquisitionner des documents, ni enlever des documents et ils n'ont pas besoin de solliciter une autorisation du juge.

Lorsque les enquêteurs souhaitent par contre procéder à une véritable perquisition et saisir des documents (article 16 (3) et suivants), ils sont obligés de solliciter une autorisation du juge.

En pratique, les autorités luxembourgeoises ont toujours sollicité, dans le passé, une telle autorisation, sans l'avoir montré aux entreprises dans tous les cas.

L'Association préconise l'instauration d'un seul régime obligeant les enquêteurs à se munir d'une autorisation du juge dans tous les cas. Ce contrôle juridictionnel et la possibilité d'intervention du juge rassurerait les entreprises.

L'Association tient à préciser que le législateur n'est pas obligé en vertu du Règlement N°1/2003 d'introduire deux types d'inspections. Les modalités procédurales pour appliquer d'une façon efficace les articles 81 et 82 Traité CE sont laissées au législateur national.

A l'instar du nouveau régime français en matière d'inspections, l'association estime qu'il pourrait s'avérer utile, en cas de maintien de deux types d'inspections, de prévoir la possibilité d'un recours devant le tribunal administratif contre la décision du Conseiller-rapporteur (ou du rapporteur général du service d'instruction) et ceci avant la prise de décision finale par le Conseil.

L'Association tient à faire remarquer que la loi du 29 avril 2008 sur la protection des consommateurs prévoit une autorisation judiciaire pour toute inspection.

Art. 17. 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'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, le Conseil peut faire 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 la décision adoptée par le Conseiller-rapporteur ordonnant l'inspection dans ces lieux.

Cette décision doit contenir, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but. Elle ne peut être attaquée qu'ensemble avec la décision ultérieure sur le fond.

(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 16. 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.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 18. Expertises

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

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 19. Pouvoir de recueillir des informations

Le Conseil est autorisé à demander aux régulateurs sectoriels, ainsi qu'à toutes autres administrations et établissements publics, des informations, y compris des informations confidentielles, nécessaires dans le cadre de l'application de la présente loi, sans se voir opposer le secret professionnel.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Section III – Sanctions

Art. 20. Amendes

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes se chiffrant jusqu'à 5 pour cent du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent, respectivement au cours du dernier exercice social clos, lorsque, intentionnellement ou non,

1) elles omettent de se conformer à une mesure conservatoire ordonnée par le Président du Conseil sur base de l'article 12 de la présente loi

2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe

2, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit.

(2) Le Conseil peut, en adoptant une décision sur base de l'article 11 de la présente loi, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes lorsque, intentionnellement ou non, elles ont commis une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité.

Ces amendes 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.

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

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base du présent paragraphe 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 oeuvre. 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) Pour les besoins de l'application des deux paragraphes qui précèdent, les agents de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines sont tenus de communiquer au Conseil de la concurrence tous renseignements qu'ils détiennent et qui sont nécessaires à la fixation des amendes.

(4) Le recouvrement des amendes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines. Il se fait comme en matière d'enregistrement.

Le Projet de loi distingue deux cas où le Conseil peut infliger des amendes.

Le premier cas de figure vise l'entreprise ou l'association d'entreprises qui ne se conforme pas aux mesures conservatoires prises par le Président du Conseil ou qui ne répond pas à la demande de renseignements ou fournit un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé.

Le deuxième cas de figure concerne l'amende que le Conseil peut infliger à l'entreprise ou à l'association d'entreprises lorsqu'il est établi qu'il y a eu infraction aux dispositions de la loi ou aux articles 81 et 82 du Traité.

Cette clarification, conforme au nouveau système communautaire, sans innover par rapport aux dispositions de la loi du 17 mai 2004, est approuvée par l'Association.

Sous l'empire de la loi du 17 mai 2004 le montant maximum de l'amende était uniformément fixé à 10% 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 avaient été mises en oeuvre.

Le Projet de loi précise que dans le cadre du premier cas de figure (mesures conservatoires et transmission de renseignements) l'exercice de référence devient l'exercice précédant celui de l'adoption de la décision, alors que dans ce cas l'exercice ne se trouve pas encore défini.

Cette modification, qui remédie à un problème d'application de la loi du 17 mai 2004 rencontre l'accord de l'Association.

Il en est autrement du montant des amendes que le Conseil sera amené à prononcer.

Dans le premier cas de figure le montant maximum de l'amende est de 5% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent, respectivement au cours du dernier exercice social clos.

La réglementation communautaire prévoit un montant maximum de 1%.

Compte tenu de l'envergure du marché national luxembourgeois l'association est d'avis que la solution communautaire devrait être retenue et que le montant maximum de l'amende devrait être fixé à 1% du montant du chiffre d'affaires en question.

Dans le deuxième cas de figure (décisions sur le fond rendues par le Conseil) le montant maximum de l'amende est de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre.

Ce montant maximum reste inchangé par rapport aux dispositions de la loi du 17 mai 2004 et est conforme par ailleurs aux dispositions du nouveau régime communautaire, mais nécessiterait d'être clarifié concernant la notion de chiffre d'affaires mondial.

Conformément à l'article 20 (2), deuxième alinéa, le Conseil tiendra compte de la gravité et de la durée des faits retenus.

Le Conseil pourra dès lors s'appuyer sur les Lignes directrices de la Commission CEE de janvier 1998 (JOCE , No. C 9 du 14 janvier 1998) dont le contenu a été validé par le Tribunal de première instance des CE.

La loi du 17 mai 2004 prévoyait dans son article 18 (3) que les propriétaires ou les représentants légaux des entreprises et associations d'entreprises étaient tenues de fournir les renseignements au Conseil.

Le Projet de loi ne reprend pas cette disposition qui avait pour but de déterminer les personnes responsables pour fournir les renseignements.

L'Association le regrette et suggère de réinsérer cette disposition dans le Projet de loi.

Elle permettra le cas échéant au Conseil de ne pas recourir aux renseignements à fournir par les agents de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines. (Article 20 (3) du projet de loi)

En ce qui concerne l'intervention de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines l'Association renvoie à l'avis de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers du 31 juillet 2008 (Doc. parl. No. 5816 4 , page 12)

L'Association partage les appréhensions des chambres professionnelles qui s'opposent à juste titre à la dilution du secret professionnel en général et du secret fiscal en particulier.

Art. 21. Immunité et réduction des amendes

(1) Le Conseil peut exempter une entreprise de toute amende à imposer en vertu de l'article 20, paragraphe 2 lorsque:

- a) cette entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui permettent d'effectuer des inspections ciblées au sujet d'une entente présumée au sens de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 81 du Traité et
- b) que le Conseil ne disposait pas, au moment du dépôt de la demande, de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection.

(2) Lorsqu'aucune exemption n'a été accordée en vertu du paragraphe précédent, le Conseil peut encore exempter de toute amende une entreprise qui dépose une demande afférente après que le Conseil ait disposé de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection lorsque:

- a) cette entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui permettent d'établir une violation de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 81 du Traité en rapport avec l'entente présumée et
- b) que le Conseil ne disposait pas, au moment de la communication de ces éléments, de preuves suffisantes pour conclure à une violation de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 81 du Traité en rapport avec l'entente présumée.

(3) Le Conseil peut consentir une réduction d'amende à une entreprise qui fournit avant la notification de la communication des griefs des preuves de l'entente présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil au moment du dépôt de la demande.

(4) Le bénéfice de l'immunité totale est exclu à l'égard de l'entreprise qui a contraint une ou plusieurs autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'entente présumée.

(5) Afin de pouvoir bénéficier de l'immunité ou de la réduction de l'amende, l'entreprise doit:

- a) mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande.

Toutefois, le Conseil peut dispenser l'entreprise de cette obligation pour la durée qu'il détermine si la poursuite de la participation de l'entreprise est raisonnablement nécessaire pour préserver l'intégrité des inspections

- b) apporter au Conseil une coopération véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande jusqu'à la décision finale.

(6) A la suite de la démarche de l'entreprise *effectuée auprès du service d'instruction*, le Conseil 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. Il ne peut faire l'objet d'un recours qu'ensemble avec la décision sur le fond.

L'Association approuve le principe des règles relatives à la clémence qui doivent toutefois respecter les règles de sécurité juridique et éviter l'arbitraire ou le discrétionnaire.

Le Projet de loi innove en ce qu'il permettra au Conseil d'exempter de toute amende une entreprise qui lui fournit des preuves réelles sur l'existence ou l'ampleur d'une entente, alors même que l'autorité disposait déjà d'informations utiles.

L'Association approuve cette innovation reprise dans l'article 21 (2) du projet de loi.

Il en est de même des paragraphes 3 et 4 de l'article 21 du projet de loi. (Réduction de l'amende et exclusion du bénéfice de l'immunité)

En ce qui concerne le paragraphe 4, le bénéfice de l'immunité est exclu à l'égard de l'entreprise qui a contraint une ou plusieurs entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'entente présumée. De l'avis de l'Association la notion « de toute autre manière » est trop vague et risque d'être appliquée de manière discriminatoire.

Le paragraphe 5 du projet de loi reprend dans ses grandes lignes l'article 19 (3) premier et deuxième tirets de la loi du 17 mai 2004.

Le point a) ne soulève pas d'observations de la part de l'Association.

Le point b) qui concerne l'obligation de coopération à charge de l'entreprise ne précise pas en quoi consistera cette coopération qui doit être « véritable, totale et permanente »

L'exposé des motifs du Projet de loi (Doc. parl. No. 5816, page 25) précise qu'il n'a pas paru utile au législateur de reprendre dans le texte de loi le contenu concret de cette obligation.

Force est de constater que le programme modèle du Réseau européen de la concurrence a prévu cinq obligations à charge de l'entreprise.

Ce programme modèle n'a aucune force de loi et l'association est d'avis que pour des raisons de sécurité juridique il serait judicieux de reprendre dans le projet de loi les obligations telles que précisées par le Réseau européen de la concurrence.

Dans le commentaire des articles le gouvernement précise que cette obligation de collaboration s'étend par ailleurs à la période précédant la présentation de la demande de clémence et implique que l'entreprise doit s'abstenir, en envisageant d'adresser une demande au Conseil,

- a) de détruire des preuves intéressant la demande et
- b) de divulguer, directement ou indirectement, son intention de présenter une demande ou la teneur de celle-ci.

L'Association se doit de constater que cette obligation de collaboration ne se trouve pas inscrite dans le projet de loi. Pour des raisons juridiques évidentes il y a lieu de reprendre cette obligation, pas autrement critiquée quant au fond par l'association, dans le Projet de loi.

L'article 21 (6) du Projet de loi, qui reprend dans les grandes lignes l'article 19 (4) de la loi du 17 mai 2004, règle la procédure ayant trait à l'immunité et à la réduction de l'amende et ne soulève pas d'observations de la part de l'Association, sauf qu'il serait, selon l'Association, opportun à ce que les demandes de clémence soient adressées au service d'instruction pour les raisons expliquées précédemment.

Art. 22. 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, respectivement au cours du dernier exercice social clos, par jour de retard à compter de la date qu'il 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 11;
- 2) à respecter une décision relative à des engagements prise en application de l'article 13;
- 3) à fournir de manière exacte, complète, non dénaturée et endéans le délai imposé un renseignement qu'il a demandé par voie de décision prise en application de l'article 14, paragraphe 2.

Pour les besoins de l'application du présent paragraphe, les agents de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines sont tenus de communiquer au Conseil de la concurrence tous renseignements qu'ils détiennent et qui sont nécessaires à la fixation des astreintes.

(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. Il se fait comme en matière d'enregistrement.

L'article 22 du Projet de loi reprend les dispositions de l'article 20 de la loi du 17 mai 2004.

Les modifications apportées au texte de loi trouvent l'assentiment de l'association sauf le dernier alinéa du paragraphe 1 du projet de loi prévoyant que les agents de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines sont tenus de communiquer au Conseil tous les renseignements qu'ils détiennent en vue de la fixation des astreintes.

L'Association renvoie à ses observations relatives à l'article 20 (Amendes) du Projet de loi.

Section IV – Prescriptions

Art. 23. Prescription en matière d'imposition de sanctions

(1) Le pouvoir conféré au Conseil en vertu des articles 20 à 22 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. 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;

2) les décisions du Conseiller-rapporteur ordonnant une inspection;

3) la communication des griefs.

(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.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 24. Prescription en matière d'exécution des sanctions

(1) Les amendes et les astreintes prononcées en application des articles 12 et 20 à 22 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.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Chapitre III – Des violations des articles 3 à 5 de la loi et des articles 81 et 82 du Traité

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

Art. 25. 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 11, 12 et 20, paragraphe 2, le Conseil communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées, par lettre recommandée avec accusé de réception, les griefs formulés contre elles. Cette communication des griefs 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, qui ne saurait être inférieur à un mois. Toutefois, le Conseil n'est pas lié par la qualification proposée dans la communication des griefs et il peut se prononcer dans sa décision finale sur tous les comportements qui s'attachent par leur objet ou leur effet aux faits dénoncés dans la communication des griefs.

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

Le Projet de loi propose de supprimer l'obligation de notifier une communication des griefs en cas de mesures provisoires au motif que la longueur de la procédure afférente à la communication des griefs rend souvent inefficace les mesures conservatoires. L'Association estime cependant que la procédure actuelle doit être maintenue, celle-ci étant plus respectueuse des droits de la défense. En tout les cas, une suppression totale de tout droit de réponse n'est pas souhaitable. Afin de répondre au besoin de célérité des mesures provisoires, des délais raccourcis de réponse pourraient être envisagés. De même, concernant la proposition de suppression des communications des griefs nouvelles ou modifiées, l'efficacité ne doit pas prendre le pas sur le respect des droits de la défense. La simple audition des parties n'offre en effet pas de garanties comparables à l'échange d'écrits suivi d'une audition. De plus, si l'autorité poursuivante venait à modifier ses griefs lors de l'audition, sans en avoir informé l'entreprise concernée au préalable, cette dernière pourrait ne pas avoir le temps nécessaire pour préparer sa défense correctement et se voir dans l'impossibilité de se défendre au mieux de ses intérêts, et l'audition devrait donc être reportée à peine de violer de façon flagrante les droits de la défense de l'entreprise concernée. La procédure ne serait donc pas nécessairement rendue plus efficace du fait de la suppression des échanges d'écrits.

Art. 26. Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties

(1) Les *personnes concernées* 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 du Conseil ou sur support électronique à fournir par le Conseil, à compter du jour de l'envoi de la communication des griefs.

Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent à leurs frais prendre copie sur papier 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.

Dans leur demande, les entreprises ou personnes intéressées doivent préciser la nature des informations qu'elles estiment couvertes par le secret des affaires ou la confidentialité, ainsi que le préjudice que la révélation de ces informations risquerait de leur causer.

(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. Cette décision peut accorder des droits d'accès différents en fonction de la situation des personnes concernées.

(5) Avant de prendre les décisions prévues aux articles 11 et 20, 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 Conseiller-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 (1) de l'article 26 prévoit que les « parties » ont accès au dossier. Le (4) de l'article 26, quant à lui, prévoit que des droits d'accès différents peuvent être accordés en fonction de la situation des « personnes concernées ». L'exposé des motifs du Projet de loi considère que les tiers intéressés rentrent dans la catégorie des « personnes concernées ». Cette formulation est donc plus large que celle du (1). Il convient de mieux préciser qui sont les personnes ayant accès au dossier, les parties ou toute personne concernée.

L'Association estime qu'il serait plus opportun de confier le pouvoir concernant la confidentialité au responsable du service d'instruction (solution adoptée par le législateur belge). Cependant, contrairement à la solution adoptée par le législateur belge qui prévoit un recours de telles décisions devant le Président du Conseil de la concurrence, l'Association estime qu'il serait plus opportun qu'un tel recours soit porté devant le tribunal administratif.

Art. 27. Secret professionnel

- (1) Sans préjudice de l'article 23 du Code d'instruction criminelle, les membres, agents et enquêteurs du Conseil ainsi que les experts désignés en vertu de l'article 18 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, agents et enquêteurs du Conseil 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 de l'application de la présente loi.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Section VI – Voies de recours

Art. 28. Recours contre les décisions du Conseil

- (1) Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions du Conseil en formation collégiale prises en application de la présente loi.
- (2) Sous peine d'irrecevabilité, les recours dirigés contre toutes les décisions prises en application de la présente loi doivent être signifiés dans les trois mois de la notification de la décision au Conseil de la concurrence en la personne de son Président.

Article 28bis. Rapports du Conseil avec les juridictions civiles

- (1) Les juridictions civiles sont liées par les décisions du Conseil coulées en force de chose jugée.
- (2) Les juridictions civiles surseoient à statuer lorsque le Conseil est saisi d'une plainte reposant sur les mêmes faits.

L'Association a des doutes que l'introduction d'un recours en réformation soit la solution adéquate pour garantir un bon processus décisionnel. En effet, dans un souci de réduire le contentieux et parce que les juges manquent aussi d'expérience en la matière, il est préférable d'avoir un bon processus décisionnel respectueux du principe du contradictoire et des droits de la défense, et ce d'autant plus qu'en matière de concurrence le dommage pouvant résulter pour une entreprise d'une mauvaise décision risque d'être irréparable. Le principe du

contradictoire et les droits de la défense doivent être davantage respectés et la procédure davantage précisée notamment en ce qui concerne les parties ayant accès au dossier.

Afin d'améliorer la procédure devant le Conseil, une solution serait d'instaurer un « Hearing Officer ». Ce dernier serait le garant du bon déroulement de la procédure et jouerait le rôle d'interlocuteur entre le Conseil et l'entreprise concernée par une enquête. Cette institution existe déjà au niveau européen et a récemment été introduite en France. Ce « Hearing Officer » doit veiller au respect des garanties des droits de la défense durant la procédure. Afin d'être pleinement indépendant, le « Hearing Officer » devrait ne pas être membre du Conseil. Il ferait rapport au Conseil quant au déroulement de la procédure et au respect des droits de la défense (voir article 6). Le Conseil vérifierait ensuite la régularité de la procédure suivie lors de l'instruction du dossier statuerait sur les éventuelles contestations à ce propos. Cette compétence du Conseil du devrait être prévue de façon expresse par la loi. L'Association donne cependant à réfléchir que l'instauration d'un tel « Hearing Officer » ne semble pas être une bonne solution d'un point vue optimisation et allocation des ressources. L'Association a du mal à imaginer qu'une personne en charge des droits de la défense puisse pouvoir être occupée à plein temps. Par conséquent, l'instauration d'une séparation strictement fonctionnelle sans instauration d'un « Hearing Officer » ne saurait trouver l'approbation de l'Association.

Finalement, afin d'éviter le risque de décisions contradictoires entre les juridictions civiles statuant sur les dommages et intérêts ou sur l'annulation d'un contrat ou d'une clause contractuelle pour violation du droit de la concurrence et l'autorité de concurrence, l'Association suggère que les juridictions civiles soient liées par les décisions du Conseil et qu'elles sursoient à statuer lorsque le Conseil a été saisi des mêmes faits. En effet, le Conseil est, en termes d'expertise, plus à même à traiter ce type de contentieux. Une disposition de ce type existe déjà en Allemagne.

Chapitre IV – Des fonctions d'analyse

Art. 29. Pouvoir consultatif

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence. Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

- 1) portant modification ou application de la présente loi;
- 2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:
 - a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;
 - b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements.

L'Association renvoie quant à l'opportunité de cette mission à confier au Conseil à ses considérations générales introductives. En ce qui concerne pouvoir consultatif visé à l'article 29, accorder à l'autorité de concurrence un tel pouvoir risque de compromettre sa neutralité de garant de la concurrence.

Art. 30. Enquêtes sectorielles ou par type d'accords

(1) Lorsque l'évolution des échanges, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée, le Conseil peut mener une enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, le Conseil peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 81 et 82 du Traité instituant les Communautés européennes ou des articles 3 à 5 de la présente loi et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

Le Conseil peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

Le Conseil peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations. Sur base des résultats de l'enquête, le Conseil peut également mettre en oeuvre l'article 10 de la présente loi.

(2) Les articles 14 à 19, 20, 22 et 31 à 32 s'appliquent mutatis mutandis.

L'Association renvoie quant à l'opportunité de cette mission à confier au Conseil à ses considérations générales introductives. L'article 30 du Projet de loi prévoit la possibilité d'effectuer des enquêtes sectorielles. Même si la rédaction de cet article est empruntée à l'article 17 du règlement 1/2003, la publication de résultats d'une enquête sectorielle limitée au Grand-Duché peut être dangereuse tant du point de vue de confidentialité que du point de vue pertinence des informations.

Chapitre V – De la coopération et de l'assistance

Art. 31. Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence

des Etats membres

(1) Le Conseil peut communiquer les informations ou les documents qu'ils détiennent ou qu'il recueille, 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.

Lorsque des investigations sont menées au nom ou pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre Etat membre en application de l'article 22, paragraphe 1er du règlement No 1/2003 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, le

Président du Conseil de la concurrence peut autoriser des agents de cette autorité de concurrence à assister les enquêteurs du Conseil de la concurrence dans leurs investigations.

(2) L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par le Conseil des informations ou documents qu'il détient ou qu'il 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.

Dans le cadre de la coopération avec la Commission européenne et des autorités de concurrence des Etats membres, le Projet de loi prévoit qu'une coopération est possible, sous réserve de réciprocité et à condition que ces autorités des autres états membres sont soumises au secret professionnel avec des mêmes garanties qu'au Grand-Duché de Luxembourg. En pratique il est très difficile pour une administration luxembourgeoise de pouvoir juger les dispositions qui règlent le secret professionnel appliqué dans un autre État membre. Dès lors, en cas de doute l'autorité de concurrence serait amenée à renoncer à collaborer.

Art. 32. Assistance à la Commission européenne

(1) Le Conseil est l'autorité compétente à l'effet de recueillir les communications et d'assumer les devoirs visés au 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 au Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Les personnes visées à l'article 9 sont habilitées 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 que du Règlement (CE) No 139/2004 susdit.

Aux effets ci-dessus, le Conseil adopte une décision qui indique, sous peine de nullité, l'objet et le but des enquêtes et vérifications. Les enquêteurs 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 enquêteurs sont appelés à prêter assistance à la Commission européenne au titre de l'article 20 du règlement No 1/2003 susdit ou 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 pour pouvoir procéder aux perquisitions et saisies. 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.

(3) Lorsque les enquêteurs 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 au paragraphe 3 de l'article 17 de la présente loi.

L'assistance de la force publique peut être réquisitionnée.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 33. 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.

L'Association estime qu'il serait opportun de préciser que les juridictions ne sont pas autorisées à dévoiler l'identité de demandeurs de clémence.

Chapitre VI – Dispositions spécifiques, modificatives, abrogatoires et finales

Art. 34. 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.

Les fonctionnaires de la carrière supérieure et ceux de la carrière moyenne des services du ministre ayant dans ses attributions l'économie 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. 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.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.

Art. 35. Dispositions modificatives et abrogatoires

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 8 après la mention „conseiller de la Cour des comptes“ est ajoutée la mention „Conseiller-rapporteur du Conseil de la concurrence“.
- 2) A l'annexe A – classification des fonctions – la rubrique I, „Administration générale“, est modifiée et complétée en ajoutant la mention „Conseiller-rapporteur du Conseil de la concurrence“ au grade 16.
- 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 16 la mention „Conseiller-rapporteur du Conseil de la concurrence“.

Art. 36. 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 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) Les fonctionnaires et employés du ministère chargé de l'économie, en service ou en congé sans traitement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi auprès du Conseil et/ou de l'Inspection, peuvent opter auprès du Conseil de la concurrence pour une nomination dans leur carrière au niveau de grade et de traitement atteint en formulant une demande écrite au Ministre ayant dans ses attributions l'économie endéans un délai de six mois.

Art. II: Les dispositions introduites par la présente loi sont immédiatement applicables à tous les dossiers en cours au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi.

L'Association n'a pas d'observations à formuler concernant cet article.
