

Audience publique du 5 octobre 2011

Recours formé par ..., ...
contre une décision de l'Inspection de la concurrence
en matière de concurrence

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 27379 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 15 octobre 2010 par Maître Rita REICHLING, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de ..., ... de résidence à ..., dont ... est établie à L-..., tendant à l'annulation d'une décision du 22 juillet 2010 émanant du rapporteur général de l'Inspection de la concurrence, comportant notamment une demande de renseignements à fournir endéans un délai déterminé au sens de l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence;

Vu la constitution d'avocat à la Cour déposée au greffe du tribunal administratif en date du 14 janvier 2011 par Maître François PRÜM, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, au nom de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par le ministre d'Etat ;

Vu le mémoire en réponse de Maître François PRÜM au nom de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par le ministre d'Etat, déposé au greffe du tribunal administratif le 14 janvier 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif en date du 14 février 2011 par Maître Rita REICHLING au nom du demandeur ;

Vu le mémoire en duplique de Maître François PRÜM au nom de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, déposé au greffe du tribunal administratif le 11 mars 2011 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision attaquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Johanna MOZER, en remplacement de Maître Rita REICHLING, et Maître François PRÜM en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 26 septembre 2011.

..., ... de résidence à ..., se vit adresser un courrier daté du 22 juillet 2010 de l'Inspection de la concurrence, sous la signature de son rapporteur général, comportant, outre une demande de communication de son chiffre d'affaires pour les années 2007 à 2009 inclus, une demande de communication du bénéficiaire ou des bénéficiaires économiques d'une société anonyme déterminée pour la période de l'année 2007 à nos jours, et en particulier communication des date et lieu de naissance, nationalité et adresse postale ainsi que

communication d'une copie du certificat de blocage/déblocage relatif à la société en question tel qu'émis par le notaire.

Ladite demande de renseignements est motivée comme suit :

« ...,

1. *L'autorité de la concurrence hongroise, Gazdasági Versenyhivatal, mène actuellement une enquête sur l'existence éventuelle d'infractions à l'article 11 de la législation hongroise relative à la concurrence et/ou à l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne en matière d'ententes dans le cadre de marchés publics relatifs à l'attribution de lignes de bus en Hongrie.*

Dans ce contexte l'autorité de concurrence hongroise sollicite la coopération de l'Inspection de la concurrence au Luxembourg.

La coopération entre autorités de concurrence des Etats membres de l'Union européenne se fonde sur les articles 22 « Enquêtes par les autorités de concurrence des Etats membres » du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil et 27 « Coopération avec la Commission européenne et les autres autorités de concurrence des Etats membres » de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, ci-après la Loi.

2. *Dans ce cadre, l'Inspection de la concurrence peut adresser des demandes de renseignements sous forme de décision, en vertu de l'article 13, paragraphe 3 de la Loi. Elle est habilitée à y recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises, que celles-ci soient ou non soupçonnées d'avoir commis une infraction aux règles de concurrence.*

Elle a pour objectif de déceler les faits et le contexte économique dans lesquels s'inscrivent les comportements de l'entité sujet de l'enquête, afin de pouvoir évaluer leur compatibilité avec les règles hongroises et/ou communautaires de concurrence, en l'occurrence l'article 11 de la législation hongroise relative à la concurrence, respectivement l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

A ce sujet, nous vous demandons de bien vouloir nous fournir les renseignements requis dans les annexes, lesquels font partie intégrante de la présente lettre.

3. *Vos réponses à ce questionnaire seront couvertes par les dispositions de l'article 25 de la Loi relatif au secret professionnel des agents de l'Inspection de la concurrence, des membres du Conseil de la concurrence et d'éventuels experts ou autres personnes mandatées dans le cadre de la présente affaire.*

Mais en vertu de l'article 27 paragraphe 2 de la Loi l'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par l'Inspection des informations qu'elle détient ou recueille, à sa demande, à l'autorité de concurrence d'un autre Etat membre exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.

4. *Le délai dans lequel doivent être fournis les renseignements demandés dans le cadre de l'article 13, paragraphe 3 de la Loi ne peut pas être inférieur à 1 mois.*

Conformément à l'article 13, paragraphe 3 de la Loi, les renseignements requis dans le cadre du questionnaire ci-joint doivent être fournis pour le 13 septembre 2010 au plus tard. J'attire votre attention sur le fait qu'un dépassement du délai minimum légal s'y trouve déjà intégré.

5. Je vous invite à nous confirmer, par retour de courrier, la réception de la présente lettre, à l'aide de l'accusé de réception ci-joint, au numéro de fax suivant: [...].

6. Pour toute information complémentaire que vous souhaiteriez avoir quant à la présente décision, veuillez vous adresser à [...], par téléphone au numéro [...] ou par e-mail en utilisant l'adresse [...].

7. Veuillez noter qu'à la demande de l'Inspection de la concurrence, le Conseil de la concurrence peut, selon l'article 18, paragraphe 1, 2) de la Loi, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, lorsque, intentionnellement ou non, elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 13, paragraphe 3 de la Loi par l'Inspection de la concurrence.

8. Par ailleurs, à la demande de l'Inspection de la concurrence, le Conseil de la concurrence peut, aux termes de l'article 20, paragraphe 1, 3) de la Loi, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'il fixe dans sa décision, pour les contraindre à fournir de manière complète et exacte un renseignement qui a été demandé par voie de décision prise par l'Inspection de la concurrence en application de l'article 13, paragraphe (3), de la Loi.

9. Un recours en annulation peut être formé contre la présente décision auprès du tribunal administratif dans un délai de 3 mois à partir de la notification de la présente. (...) »

Après avoir opposé infructueusement un recours gracieux par courrier daté du 27 septembre 2010 à ladite demande de renseignement, ... a fait déposer en date du 15 octobre 2010 un recours tendant à l'annulation de la prédite demande de renseignement de l'Inspection.

Aux termes de l'article 13 paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, l'Inspection de la concurrence, dénommée ci-après « Inspection », peut, pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par cette même loi, demander par voie de décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

La loi ne prévoyant dans cette hypothèse pas de recours au fond, seul un recours en annulation a pu être déposé, ledit recours, ayant en l'espèce été déposé dans les formes et délai de la loi, étant recevable.

Quant au fond, le demandeur, à travers sa requête introductive d'instance et son mémoire en réplique, relève que l'article 13 paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 17 mai 2004

relative à la concurrence, tel qu'invoqué par l'Inspection dans la décision déférée, tout comme l'ensemble de cette même loi, ne saurait s'appliquer à un notaire, alors que seraient seules concernées par ces dispositions les entreprises et associations d'entreprises.

Il s'empare encore de l'article 18 de la même loi, cité dans la décision déférée, pour argumenter que cet article trouverait à s'appliquer aux « *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* », respectivement, en ce qui concerne les entreprises exploitées sous forme de société ou d'association, aux « *gérants, ou autres dirigeants effectifs de droit ou de fait.* » Or, étant donné que lui-même ne serait ni propriétaire ni représentant légal d'une entreprise, ni gérant ou dirigeant effectif de fait ou de droit d'une entreprise exploitée sous forme de société ou d'association, l'article 13, tout comme l'ensemble de la loi modifiée du 17 mai 2004 précitée, ne sauraient lui être appliqué, de sorte qu'il ne saurait être tenu et moins encore contraint de fournir les renseignements qui lui sont demandés sur base de cette loi.

S'il admet qu'un notaire pourrait effectivement être concerné par la phase d'enquête, ce ne serait cependant qu'au titre de l'article 14 de la susdite loi : dans ce contexte, il oppose l'article 13 à l'article 14 de la loi modifiée du 17 mai 2004 précitée, l'article 13 prévoyant des sanctions et s'appliquant aux entreprises et associations d'entreprises, tandis que l'article 14 n'en prévoirait pas et ne s'appliquerait selon lui qu'aux seules personnes physiques ou morales.

Le ...relève encore que si l'article 20 de la loi modifiée du 17 mai 2004 préciserait que le montant des astreintes infligées peut s'élever jusqu'à concurrence de 5 pour cent du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date fixée dans la décision, cette disposition constituerait la preuve que la législation en question ne serait pas applicable à un notaire, lequel ne réaliserait aucun chiffre d'affaires puisqu'il percevrait des honoraires et qu'il ne serait par ailleurs pas concerné par la notion d'exercice social. Aussi, l'impossibilité d'appliquer l'astreinte à un notaire sur base de cet article 20 démontrerait que la loi modifiée du 17 mai 2004 ne saurait lui être appliquée.

Le demandeur réitère cette conclusion en ce qui concerne l'article 22 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, également invoqué par la décision déférée, en ce sens que ce règlement concernerait les entreprises et les associations d'entreprises mais en aucun cas les notaires.

Il s'empare ensuite de diverses dispositions de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat pour exposer que la fonction notariale exclurait toute idée d'entreprise. C'est ainsi notamment que l'article 2 de cette loi, qui prévoit que les fonctions de notaire prennent fin de plein droit à l'âge de 72 ans, démontrerait l'incompatibilité entre les fonctions et les devoirs des notaires tels que définis par la loi organique et la notion d'entreprise, alors que l'on n'aurait jamais vu un chef d'entreprise dont les fonctions prennent fin de plein de droit au-delà d'un certain âge.

Dans le même ordre d'idées, le demandeur cite encore les propos d'un notaire luxembourgeois tenus dans le cadre de la journée européenne de la concurrence organisée par l'Inspection en date du 3 mai 2006, lequel exclut que les notaires soient soumis aux règles de la concurrence.

Enfin, il relève qu'il a recueilli l'information sollicitée à l'occasion de sa mission d'officier public. Or, l'exercice de fonctions d'officier public exclurait que l'activité du notaire puisse être assimilée à celle d'une entreprise.

La partie étatique, pour sa part, estime au contraire que l'Inspection pourrait adresser des demandes de renseignements et des décisions de demandes de renseignements sur base de l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004 à des entreprises autres que celles qui sont soupçonnées d'avoir violé le droit de la concurrence ; elle expose en effet qu'il n'existerait pas de lien entre la phase d'enquête et la phase de décision, en ce sens que les entreprises sollicitées dans le cadre de la phase d'enquête pour fournir des renseignements ne seraient pas *ipso facto* soupçonnées d'avoir commis une violation du droit de la concurrence, ni ne seraient nécessairement incluses par la suite dans la phase de décision en tant qu'entreprises poursuivies.

L'Etat considère à ce sujet que ces entreprises pourraient tout simplement être contactées en tant qu'opérateurs économiques actifs sur un marché pour fournir des renseignements utiles pour en appréhender la structure et le fonctionnement. Il en résulterait que le champ d'application des personnes et entités visées par les procédures d'enquête ne couvrirait pas nécessairement le champ d'application des personnes et entités visées par les procédures de décision, et que si ces dernières seraient limitées aux entreprises, il n'en irait pas de même en ce qui concerne les mesures d'enquête qui engloberaient également des personnes privées individuelles, tel que cela ressortirait de l'article 14 de la loi modifiée du 17 mai 2004.

Ainsi, les articles 13 et 14 de ladite loi auraient des champs d'application personnels différents, l'article 13 s'appliquant à toutes les entités qui peuvent recevoir la qualification d'« entreprise » et l'article 14 s'appliquant à toute personne physique ou morale, qu'elle soit « entreprise » ou non, et des régimes juridiques différents, l'article 13 prévoyant la possibilité d'user de moyens de contrainte tandis que l'article 14 ne comporte pas de tels moyens de contrainte.

L'Etat fait ensuite plaider qu'un cabinet de notaire serait à considérer comme étant une entreprise, un notaire étant en effet un prestataire de services oeuvrant en échange d'une rémunération. Or, la notion d'« entreprise » serait une notion économique qui ne connaîtrait pas de définition juridique, mais qui ne se confondrait pas avec celle de société commerciale, la notion d'« entreprise » se définissant à partir d'une activité, et non pas à partir d'une structure ou d'un cadre institutionnel. Aussi, la notion d'« entreprise » viserait l'ensemble des moyens humains et matériels concourant sous une même direction économique à la réalisation d'un objectif économique, la partie étatique s'emparant pour soutenir cette thèse notamment d'un « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », du 17 février 2004 de la Commission européenne ainsi que de certaines références au droit national, telles que notamment l'article 7 de la loi sur le tarif des notaires du 9 décembre 1862 ou encore la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.

Dès lors, le notaire, même si son cabinet ne serait pas une entreprise au sens des dispositions juridiques traitant du fond du droit de la concurrence, serait couvert par les dispositions légales relatives aux enquêtes de concurrence, étant donné qu'il y aurait lieu de donner à la notion d'« entreprises » une signification plus large que celle applicable au stade

de la phase de décision, la partie étatique se basant à ce sujet à nouveau sur certains arguments de texte, tirés de dispositions légales strictement limitées à la phase de collecte des informations, qui soutiendraient une définition plus vaste des entités susceptibles d'être les destinataires des mesures prises dans ce cadre.

Aux termes de l'article 1^{er}, intitulé « *Champ d'application* », de la loi modifiée du 17 mai 2004 « *La présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires* », les travaux parlementaires afférents¹ ayant retenu à ce sujet ce qui suit : « *Le champ d'application de la loi est très vaste et entend appréhender l'ensemble des activités économiques. L'expression „activité de production, de distribution et de service“, inspirée de l'article 53 de l'ordonnance française No 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été préférée à la rédaction de l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1983 qui, pour définir le domaine d'application des prix réglementés, énumère exhaustivement et par conséquent limitativement les activités concernées. Une telle énumération a pour principal défaut d'enfermer le domaine d'application de la loi dans un carcan qui lui retire toute souplesse et empêche toute adaptation ultérieure à de nouveaux secteurs d'activité. Comme le prévoit expressément l'article 1^{er}, les interventions économiques des personnes publiques doivent respecter, au même titre que les personnes privées, les règles qui gouvernent la concurrence sur le marché. Ce principe est affirmé tant par le droit communautaire que par de nombreux droits nationaux parmi lesquels les textes français et belges* ».

Plus particulièrement, quant à la notion d'« *entreprise* », laquelle apparaît dans la loi modifiée du 17 mai 2004 notamment dans l'article 3, le législateur² a tenu à préciser par référence à la jurisprudence communautaire que « *On entend par entreprise toute entité exerçant une activité économique sur un marché, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance et autres, c/Ministre de l'agriculture, Rec. I, 4013). Elle englobe aussi bien les grandes entreprises industrielles ou commerciales que les sociétés coopératives, les fondations, les entreprises artisanales ou encore les simples particuliers. Ainsi, une activité qualifiée de profession libérale doit être considérée comme constituant une entreprise au sens de cet article. Sont également visées les personnes privées exerçant une mission de service public ainsi que les personnes publiques à condition cependant qu'elles agissent dans le cadre d'une activité économique* ».

Il convient dès lors, compte tenu de la volonté manifeste affichée du législateur, premièrement de conférer à la notion d'« *entreprise* » une interprétation large et, deuxièmement, de retenir qu'une profession libérale peut également être considérée comme « *entreprise* » au sens de la loi, s'agissant d'une entité exerçant une activité économique sur un marché.

Or, constitue une activité économique, toute « *activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »³, les seules activités y échappant étant - notamment -

¹ Projet de loi n° 5229 relatif à la concurrence, session ordinaire 2003-2004, commentaire des articles, p.14.

² Projet de loi n° 5229 relatif à la concurrence, session ordinaire 2003-2004, commentaire des articles, p.16.

³ CJCE, affaire C-35/-6, *Commission / Italie (CNSD)*, paragraphe 36, cité dans : Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, : Communication de la Commission du 17 février 2004, p.19.

l'exercice de la puissance publique⁴, encore qu'une entité puisse exercer d'une part une activité économique et d'autre part la puissance publique, de sorte à être seulement soumise aux règles de concurrence dans la mesure où elle exerce une activité économique.

L'activité notariale telle qu'elle est définie en l'état actuel de l'ordre juridique luxembourgeois, caractérisée par la prestation de services contre rémunération exercée dans des conditions de concurrence⁵, doit dès lors être considérée comme activité économique et partant comme « *entreprise* » au sens de la loi modifiée du 17 mai 2004, étant relevé que la qualité d'« *officier public* » mise en avant par le demandeur dans son mémoire en réplique ne fait pas obstacle à cette conclusion, la Cour de justice des Communautés européennes ayant explicitement⁶ dénié à l'activité notariale luxembourgeoise toute participation à l'autorité publique, participation qui aurait été le cas échéant de nature à disqualifier l'activité notariale en tant qu'entreprise.

La conclusion ci-avant n'est pas éternuée par les autres arguments que le demandeur entend tirer de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, et en particulier de la disposition limitant l'âge maximal auquel les notaires doivent cesser leurs fonctions ou encore de dispositions régissant l'exercice de leurs fonctions, la notion d'« *entreprise* » comme retenue ci-avant en application de la jurisprudence communautaire, étant une notion économique, indépendamment du statut juridique de l'entité exerçant une activité économique. Quant à l'argument tiré par le demandeur de la notion de « *chiffre d'affaires* », c'est à juste titre que le litismandataire de l'Etat relève que cette notion est une notion comptable, dépourvue de signification juridique particulière, mais qui désigne, d'une façon générale, le total des recettes réalisé par une entreprise, que ce soit dans le cadre de la vente de biens ou de la prestation de services.

Au-delà de cette conclusion à portée générale, il échet encore d'analyser les moyens échangés de part et d'autre par les parties quant aux champs d'application respectifs des articles 13 et 14 de la loi modifiée du 17 mai 2004.

L'article 13 est libellé comme suit :

« *Art. 13. Demandes de renseignements*

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

(2) *Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, l'Inspection indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article 18 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.*

(3) *Lorsque l'Inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique, sous peine de nullité, la base*

⁴ CJCE, affaire C-364/92, *Eurocontrol*, paragraphe 30, et C-343/95, *Cali e Figli*, paragraphes 22-23, op.cit.

⁵ CJCE (grande chambre), affaire C-51/08, *Commission/Luxembourg*, du 24 mai 2011, paragraphe 116.

⁶ Op. cit., paragraphe 125.

juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 18 et indique les sanctions prévues à l'article 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif ».

L'article 14, intitulé « *Pouvoirs de recueillir des déclarations* », est pour sa part rédigé en les termes suivants : « *Pour l'accomplissement des mesures d'enquête, l'Inspection peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. La présence d'un avocat pendant l'entretien est autorisée* ».

Or, l'argumentation du demandeur, consistant à opposer les « *entreprises et associations d'entreprises* » telles que visées par l'article 13, aux personnes physiques ou morales de l'article 14, est dénuée de pertinence, une personne physique ou morale pouvant évidemment également constituer une entreprise, ces différentes notions n'étant pas exclusives l'une de l'autre. Dès lors, outre que le tribunal vient de retenir ci-avant qu'un notaire est à considérer comme une entreprise au sens de la loi, le fait que l'article 14 vise les personnes physiques ou morales n'exclut pas qu'un notaire, personne physique, puisse en sa qualité d'entreprise faire l'objet d'une demande basée sur l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004.

A titre superfétatoire, il convient de relever que les dispositions de l'article 14 de la loi modifiée du 17 mai 2004, prévoyant la possibilité pour l'Inspection d'interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête s'adresse, de manière générale, à « *toute personne susceptible de disposer d'informations utiles* »⁷, visant de la sorte également des personnes, physiques ou morales, qui ne constituent pas des entreprises au sens de la loi, tels que par exemple des salariés ou clients des entreprises, susceptibles de détenir des informations.

Le demandeur oppose ensuite à la demande de renseignement lui adressée le fait qu'il serait tenu, en sa qualité de notaire, au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal.

Il considère à ce effet qu'en faisant droit à la demande de renseignements concernant les bénéficiaires économiques, le notaire devrait violer le secret professionnel auquel il serait tenu et auquel il ne pourrait déroger que dans le cadre d'une enquête sur le blanchiment ou sur le financement du terrorisme conformément aux articles 3(6) et 5 de la loi modifiée du 12 novembre 2004.

En effet, l'article 458 du Code pénal ne prévoirait que deux cas d'exception dans lesquels les notaires, en tant que personnes soumises au secret professionnel, ne seraient pas susceptibles de poursuites, à savoir lorsque ils sont appelés à rendre témoignage en justice et lorsque la loi les oblige à faire connaître ces secrets.

Or, la loi modifiée du 17 mai 2004, à défaut de disposition dérogatoire expresse, ne permettrait pas à un notaire de passer outre l'obligation qui lui serait faite de ne pas révéler les informations secrètes qui lui ont été confiées. Aussi, en l'absence d'une loi formelle

⁷ Ibidem.

autorisant le notaire à violer le secret professionnel auquel il serait soumis, et les organes de la concurrence n'étant par ailleurs pas des juridictions devant lesquelles, le cas échéant, le notaire pourrait être autorisé dans le cadre d'un témoignage, à révéler des secrets qui lui ont été confiés, mais il ne pourrait en aucun cas révéler l'identité du bénéficiaire économique de la société dont il a authentifié le contrat.

A titre subsidiaire, il affirme que la demande de renseignements quant à l'identité du bénéficiaire économique pour la période de l'année 2007 à nos jours serait impossible à satisfaire dans la mesure où la société en question n'aurait été constituée qu'en date du 19 mai 2009.

Enfin, en ce qui concerne l'invocation par l'Etat de l'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, le demandeur estime que cette disposition ne prouverait pas qu'un notaire puisse faire l'objet d'une demande de renseignements sur base de l'article 13 de la loi sur la concurrence, ni qu'il lui soit permis de passer outre l'obligation du secret professionnel auquel il est tenu.

L'Etat, s'il relève que les notaires ne seraient pas désignés ni dans l'article 458 du Code pénal, ni dans aucune autre disposition légale, comme étant tenu ou bénéficiant du secret professionnel, reconnaît cependant que les notaires relèvent en principe de cette disposition légale.

La partie étatique estime toutefois qu'il n'en résulterait pas pour autant que les notaires en bénéficieraient automatiquement pour toute information quelconque et à l'égard de toute autorité. A ce propos, elle relève que la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme n'inclurait pas l'identité du bénéficiaire économique dans les informations couvertes par le secret professionnel du notaire ; par ailleurs, l'identité du bénéficiaire économique ne serait pas fournie au notaire dans le cadre d'une relation de confiance, mais uniquement en exécution de la législation relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, laquelle aurait érigé en obligation légale à charge des notaires la maîtrise de l'information concernant l'identité du bénéficiaire économique des sociétés qu'ils constituent, et, par voie de conséquence, l'obligation à charge des constituants de révéler cette identité aux notaires sous peine de se voir refuser ses services.

L'Etat en conclut que ce ne serait donc pas en raison d'une relation de confiance que les constituants révéleraient volontairement aux notaires l'identité du bénéficiaire économique, mais de façon contrainte et forcée, de sorte que l'identité du bénéficiaire économique ne serait pas couverte par le secret professionnel du notaire en vertu de l'article 458 du Code pénal, lequel ne couvrirait que les secrets confiés au notaire.

Par ailleurs, même à admettre que le notaire soit tenu au secret professionnel et que celui-ci couvre l'information relative à l'identité du bénéficiaire économique, l'Etat estime que ce secret professionnel devrait néanmoins céder dans certains cas de figure, et notamment face aux dispositions du droit de la concurrence, lequel serait un droit d'ordre public, qui viserait à assurer le but d'intérêt général du bon fonctionnement des marchés et dont la mise en œuvre et le respect seraient assurés par d'importants pouvoirs d'enquête et de sanction. Dès lors, le droit individuel du bénéficiaire économique à ne pas voir révélée son identité serait primé par le droit de la société et de la collectivité toute entière de voir concrètement aboutir l'enquête dans le domaine du droit de la concurrence à l'effet d'assurer

la pleine application et efficacité de ce dernier, la partie étatique tirant à ce sujet argument de l'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, ledit article érigeant en effet certaines garanties et restrictions d'utilisation aux informations recueillies, qui n'auraient de sens que si les autorités de concurrence pouvaient entrer en possession de ces informations, ce qui par hypothèse ne serait possible que si le secret professionnel ne leur serait pas opposable.

Dès lors, et pour autant que de besoin, si le tribunal devait estimer qu'un notaire serait soumis au secret professionnel, que l'identité du bénéficiaire économique fournie au notaire dans le cadre d'un acte de constitution de société constituerait une information couverte par le secret professionnel et que le secret professionnel ne pourrait être levé qu'en vertu d'une disposition légale, la partie étatique fait valoir que le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, et notamment ses articles 22 et 28, norme de droit supérieure au droit national, constitueraient une dérogation aux dispositions légales nationales sur le secret professionnel.

En ce qui concerne la condition de réciprocité de l'article 27, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 17 mai 2004, dont le respect est dénié par le demandeur, l'Etat, outre d'affirmer la régularité formelle de la décision du 22 juillet 2010 au regard des dispositions de cet article, insiste sur le respect de la condition de réciprocité, et ce sur base de deux corps de normes juridiques.

Il met ainsi en avant le respect du secret professionnel fondé sur l'application directe de normes communautaires et notamment du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, lequel, en imposant le secret professionnel, serait à respecter de manière uniforme, en raison de la même norme, par les autorités de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg et les autorités hongroises, et ce abstraction faite de l'existence ou du contenu de dispositions nationales, de sorte que le principe de réciprocité lié au secret professionnel est respecté à suffisance de droit.

Il met encore en exergue les dispositions de droit hongrois, et notamment l'article 91/A de la loi hongroise relative à la concurrence, lequel prévoirait, tout comme le droit luxembourgeois, le secret professionnel, en vertu tant du droit administratif général que du droit spécial de la concurrence.

Enfin, l'Etat expose que toute autorité nationale serait par ailleurs soumise à l'obligation découlant des traités constitutifs d'assurer l'effectivité de l'application du droit de l'Union européenne. Or, dans le cadre des règles de l'article 22 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, cette application effective du droit de l'Union risquerait d'être compromise si l'autorité de concurrence luxembourgeoise se trouvait empêchée en raison d'une conception trop étroite de la notion d'entreprise, en décalage par rapport au standard communautaire, de s'adresser aux notaires en vue de recueillir des informations, respectivement en raison de l'application d'une règle de droit purement nationale tenant au secret professionnel, de recueillir les informations qui lui sont demandées par une autorité étrangère et de les transmettre à cette dernière.

La partie étatique estime dès lors qu'il importerait de poser les questions

préjudicielles suivantes à la Cour de Justice de l'Union Européenne :

- 1) est-ce que la notion de « entreprise » au sens des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des dispositions du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, et notamment de ses articles 17, 18, 20, 21 et 22, doit être interprétée comme excluant les personnes physiques revêtant la qualité d'officiers ministériels investis de certaines prérogatives de puissance publique, exerçant une profession dite libérale, dès lors qu'elles fournissent à d'autres entreprises des services ne relevant pas de prérogatives de puissance publique et auxquelles ces entreprises doivent avoir recours pour l'exercice de leur propre activité ?
- 2) en cas de réponse négative à la 1^e question, est-ce que la fonction et les activités de notaire dans la conception du notariat latin impliquent que ces notaires revêtent la qualité de « entreprise » ?
- 3) est-ce que les dispositions des articles 17, 18, 20, 21 ou 22 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, respectivement les dispositions de droit national pertinentes instituées pour doter une autorité de concurrence nationale de pouvoirs similaires aux articles 17, 18, 20, 21 et 22 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et destinées notamment à assurer l'exécution des devoirs de collaboration découlant de l'article 22 précité doivent être interprétées comme s'opposant à l'application d'une disposition de droit national traitant du secret professionnel qui permettrait à une entreprise de refuser de communiquer des informations à une autorité de concurrence dont celle-ci a demandé la communication en vertu et sur base de ces dispositions ?

Il convient de prime abord de constater que l'Etat ne conteste en l'espèce explicitement pas le fait que les notaires soient soumis au secret professionnel tel que découlant de l'article 458 du Code pénal, lequel définit le secret professionnel dans les termes suivants : « *Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5.000 euros* » ; aussi, c'est à titre surabondant que le tribunal retient, en application notamment d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation belge⁸, que les notaires sont tenus au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal, le notaire étant tenu au secret professionnel, non seulement pour les actes de son propre ministère, mais pour un ensemble d'actes et de documents susceptibles de contenir des informations confidentielles, qu'il n'a lui-même ni établis, ni reçus, mais dont il est le dépositaire⁹.

⁸ Cass.b., 22 mars 1888, Pas.b., 1888, I, p. 129, avec les concl. conf. du 1^{er} avocat général Mélot, JT, 1888, col. 481 et Belg.jud., 1888, col. 465, Cass.b., 1^{er} juillet 1912, Pas.b., 1912, I, p. 367 ; Rev. Dr. Pén., 1913, p. 49 et Rev. Not., 1913, p. 142, décision implicite, cités par Pierre Lambert, Le secret professionnel, Bruylant, 2005, p.235.

⁹ Pierre Lambert, op.cit. p.235

Aux termes d'une jurisprudence constante, il ne suffit toutefois pas, afin de se retrancher derrière le secret professionnel, que la personne soit devenue confidente d'un secret dans n'importe quel but et de n'importe quelle manière, mais il faut que, par son état ou par sa profession, elle soit dépositaire de secrets et que la personne qui lui a fait la confiance ait dû recourir à son ministère. Lorsque ces conditions se trouvent remplies, l'obligation au secret professionnel ne se limite pas aux seuls faits qui ont été littéralement confiés au confident, mais elle s'étend à tout fait qui est parvenu à sa connaissance¹⁰.

Or, en l'espèce, il est constant en cause que les renseignements réclamés, que la partie étatique entend voir échapper au secret professionnel, ont été confiés par le confident au notaire, dans le cadre de la constitution de sociétés, pour lesquelles le ministère d'un notaire est obligatoire. Quant aux renseignements réclamés, l'Etat admet que ceux-ci ont été confiés au notaire « *de façon contrainte et forcée* », de sorte que les conditions énumérées ci-avant se trouvent remplies.

Il en résulte que lesdites informations sont couvertes par le secret professionnel du notaire.

Si la partie étatique donne cependant à considérer à titre subsidiaire que ledit secret professionnel devrait céder face à l'article 28 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, lequel constituerait une dérogation au principe du secret professionnel, respectivement devrait céder face aux dispositions d'ordre public du droit de la concurrence, il résulte cependant de l'article 458 du Code pénal que le secret professionnel ne saurait être levé que lorsque le confident est appelé à témoigner en justice – hypothèse non pertinente en l'espèce – ou lorsque la loi l'y oblige, hypothèse qui ne constitue qu'un rappel de la cause de justification générale prévue par l'article 70 du Code pénal (« *il n'y a pas d'infraction, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité* »).

Or, si diverses dispositions légales prévoient certes en d'autres matières une dérogation explicite au secret professionnel, tel que notamment l'article 41 (3) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (« *L'obligation au secret n'existe pas à l'égard des autorités nationales et étrangères chargées de la surveillance prudentielle du secteur financier si elles agissent dans le cadre de leurs compétences légales aux fins de cette surveillance et si les renseignements communiqués sont couverts par le secret professionnel de l'autorité de surveillance qui les reçoit. La transmission des renseignements nécessaires à une autorité étrangère en vue de la surveillance prudentielle doit se faire par l'intermédiaire de la maison-mère ou de l'actionnaire ou associé compris dans cette même surveillance* »), ou, par exemple et plus pertinemment, l'article 18 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, lequel, par renvoi à l'article 5, impose explicitement aux notaires – nommément désignés – de coopérer avec les autorités de surveillance prudentielles du secteur financier, sans qu'une divulgation d'information effectuée de bonne foi « *ne constitue (...) une violation d'une quelconque restriction à la divulgation d'informations imposée par un contrat ou par un secret professionnel et n'entraîne pour le professionnel ou la personne concernée aucune*

¹⁰ Jurisprudence constante depuis CSJ (cass.) 20 janvier 1893, Pas. 3 p. 20 ; plus récemment CSJ (appel civil) 3 novembre 1976, Pas. 23, p.469, cité dans : Alain Steichen, Le secret bancaire face aux autorités publiques nationales et étrangères, Bulletin droit et banque, 1997, p.27.

responsabilité d'aucune sorte », aucune disposition expresse du droit de la concurrence – communautaire ou national – ne prévoit pareille dérogation explicite au secret professionnel des notaires, le libellé de l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004 en particulier ne permettant pas d'y déceler l'intention explicite du législateur de déroger au secret professionnel des notaires.

Il en résulte, *a fortiori* et à défaut de dispositions expresses, que le seul caractère d'ordre public du droit de la concurrence ne saurait déroger au principe du secret professionnel des notaires.

La même conclusion s'impose encore par rapport aux dispositions de l'article 27, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 17 mai 2004 (« (1) *Le Conseil et l'Inspection peuvent, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, communiquer les informations ou les documents qu'ils détiennent ou qu'ils recueillent, à leur demande, à la Commission européenne ou aux autorités de concurrence des autres Etats membres exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité nationale compétente de l'autre Etat membre concerné soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'au Grand-Duché de Luxembourg* ») et aux développements de l'Etat relatifs aux dispositions de droit hongrois ayant trait au secret professionnel des autorités de concurrence, la condition de réciprocité ne constituant pas une dérogation explicite au secret professionnel des notaires, mais ne constitue qu'une garantie pour le traitement confidentiel d'informations ou de documents légalement recueillis, le cas échéant sur base d'une dérogation explicite, inexistante en matière de notariat, alors que d'une manière générale, le fait que la personne demandant des renseignements soit soumise, en raison de sa fonction, à un secret professionnel identique à celui du confident, n'influence en rien le principe de l'opposabilité du secret à son encontre¹¹.

En ce qui concerne les différentes questions préjudicielles que l'Etat entend voir soumises à la Cour de justice de l'Union Européenne, force est de prime abord de constater que les deux premières questions, compte tenu de la définition de la notion d'« *entreprise* » - s'appliquant notamment aux notaires - apportée ci-avant par le tribunal, sont devenues superflues.

Quant à la question préjudicielle figurant ci-avant sub. 3), force est de constater que cette question ne porte pas principalement, en dépit de son libellé, sur une question d'interprétation de dispositions de droit communautaire, mais avant tout sur une question d'interprétation et d'application de la notion de secret professionnel tel que défini par l'article 458 du Code pénal luxembourgeois, question ci-avant tranchée par le tribunal

Or, dans le cadre de la procédure préjudicielle, le rôle de la Cour de justice de l'Union Européenne est de fournir une interprétation du droit de l'Union ou de statuer sur sa validité, et non d'appliquer ce droit à la situation de fait sous-tendant la procédure au principal, rôle qui revient à la juridiction nationale. Il n'appartient à la Cour de justice de l'Union Européenne ni de se prononcer sur des questions de fait soulevées dans le cadre du litige au principal ni de trancher les divergences d'opinion sur l'interprétation ou l'application des règles de droit national, de sorte qu'il n'y a pas lieu de soumettre ladite questions à la Cour de justice de l'Union Européenne.

¹¹ Voir Toinon Hoss, L'avocat et le réviseur d'entreprises : confidentiels nécessaires en droit luxembourgeois et en droit communautaire ? Annales du droit luxembourgeois, Vol.7, 1997, p.175.

Il résulte dès lors des développements qui précèdent que la décision déferée, imposant au notaire la communication de certaines informations en violation de son secret professionnel, encourt l'annulation.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

déclare le recours en annulation recevable en la forme ;

au fond le dit justifié ;

partant annule la décision de l'Inspection de la concurrence du 22 juillet 2010 comportant notamment une demande de renseignements à fournir endéans un délai déterminé au sens de l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

condamne l'Etat aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 5 octobre 2011 par :

Marc Sünnen, vice-président,
Thessy Kuborn, juge,
Paul Nourissier, juge,

en présence du greffier Michèle Hoffmann

s. Michèle Hoffmann

s. Marc Sünnen

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 5 octobre 2011
Le Greffier du Tribunal administratif