

**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 27389 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 19 octobre 2010 par Maître Jean WELTER, avocat à la Cour, inscrit 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 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 18 janvier 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif en date du 18 février 2011 par Maître Jean WELTER 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 Jean WELTER 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 demande de communication de son chiffre d'affaires pour les années 2007 à 2009 inclus, demande de communication du bénéficiaire ou des bénéficiaires économiques de deux sociétés anonymes 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 des certificats de blocage/déblocage relatifs aux deux sociétés tels 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. *Veillez 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. (...) »*

Par requête du 19 octobre 2010, ... a fait déposer au greffe du tribunal administratif un recours tendant à l'annulation de la prédite demande de renseignements de l'Inspection.

Aux termes de l'article 13 paragraphe 1<sup>er</sup> 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.

Le demandeur, s'emparant de l'article 101 du Traité de Lisbonne ainsi que des dispositions afférentes de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, fait en premier lieu plaider que des personnes physiques et morales relèveraient des dispositions anti-concurrentielles dans la seule mesure où elles concluent des accords, prennent des décisions, ou se livrent à des pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres dans un sens réprouvé par ledit Traité.

De la sorte, la définition des notions d'« entreprise » et d'« association d'entreprises » serait indifférente, puisque, à son sens, les dispositions anti-concurrentielles n'entreraient en jeu que lorsque ces entités s'adonneraient à des activités concertées ayant pour but ou pour

effet de dérégler le marché commun ; le demandeur en conclut que les organes luxembourgeois créés par la loi modifiée du 17 mai 2004 précitée n'auraient vocation à agir à l'égard des « *entreprises* » et « *associations d'entreprises* » qu'en tant qu'elles seraient suspectées de se livrer à des opérations contraires aux règles sur la liberté du commerce entre Etats membres, la loi modifiée du 17 mai 2004 précitée autorisant au travers de son article 13 dans une telle hypothèse l'Inspection à « *demande* » des renseignements aux entreprises, en assortissant ces demandes de menaces de sanctions.

En revanche, il estime que lorsqu'il n'y aurait pas de suspicion d'agissements anti-concurrentiels, l'Inspection ne serait habilitée qu'à interroger des personnes physiques et morales qui acceptent d'être interrogées, sans assortir une telle interrogation de la menace de sanction.

Il en déduit que les entreprises et les associations d'entreprises seraient ainsi traitées comme des suspects, voire des accusés, tandis que les simples personnes ne seraient que témoins. Aussi, la demande de renseignement formulée en tant que décision au sens de l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004 précitée méconnaîtrait la distinction entre entreprises et personnes, puisque l'Inspection y affirmerait erronément être habilitée à 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* ».

Or une telle attitude, confondant « *demande* » et « *interrogation* », serait entachée d'erreur de droit, devant entraîner son annulation ; qui plus est, en soupçonnant le demandeur d'avoir méconnu les règles édictées en matière de concurrence, voire en l'accusant de l'avoir fait, la décision déferée, outre de bafouer la présomption d'innocence, serait encore entachée d'une erreur de motif.

Au cas où l'Inspection reconnaîtrait cependant n'avoir aucun grief à l'encontre du demandeur, celui-ci estime encore que la décision serait entachée surabondamment d'illégalité par méconnaissance du champ d'application de la loi, laquelle ne trouverait à s'appliquer qu'aux entreprises et aux associations d'entreprises ayant adopté des mesures contraires à la liberté du marché, mais non à un notaire, dès lors qu'il ne lui est pas reproché d'avoir empêché, restreint ou faussé le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur.

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'« entreprise » 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<sup>er</sup>, 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 afférents<sup>1</sup> 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 1er de la loi du 7 juillet 1983 qui, pour définir le domaine d'application des prix réglementés, énumère exhaustivement et par conséquent limitativement les activités concernées. Une telle énumération a pour principal défaut d'enfermer le domaine d'application de la loi dans un carcan qui lui retire toute souplesse et empêche toute adaptation ultérieure à de nouveaux secteurs d'activité. Comme le prévoit*

---

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

*expressément l'article 1<sup>er</sup>, 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 législateur<sup>2</sup> 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* »<sup>3</sup>, les seules activités y échappant étant - notamment - l'exercice de la puissance publique<sup>4</sup>, 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 concurrence<sup>5</sup>, 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 ne fait pas obstacle à cette conclusion, la Cour de justice des Communautés européennes ayant explicitement<sup>6</sup> 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.

Au-delà de cette conclusion à portée générale, il échet encore d'analyser le moyen du demandeur consistant, en substance, à restreindre le champ d'application particulier de l'article 13 de la loi modifiée du 17 mai 2004 aux seules entreprises soupçonnées d'avoir porté atteinte aux règles de libre concurrence, ledit article étant libellé comme suit :

### **« Art. 13. Demandes de renseignements »**

---

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

<sup>3</sup> 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.

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

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

<sup>6</sup> Op. cit., paragraphe 125.

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

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

*(3) Lorsque l'Inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 18 et indique les sanctions prévues à l'article 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif ».*

Il convient de prime abord de retenir que la généralité des termes employés par cette disposition ne permet pas *a priori* de la restreindre aux seules entreprises ou associations d'entreprises suspectes, le juge administratif n'étant en effet pas autorisé à restreindre un texte au-delà de son contenu précis, cette prérogative étant réservée au pouvoir législatif<sup>7</sup>.

Force est ensuite de constater qu'il résulte en sus de la volonté explicite du législateur de ne pas limiter la possibilité de demander des renseignements par voie de décision aux seules entreprises ou associations d'entreprises suspectées de se livrer à des opérations contraires aux règles de concurrence, le but de la disposition légale sous analyse n'étant pas seulement de déceler des accords, décisions et pratiques concertées interdits dans le chef des entreprises destinataires de telles demandes de renseignements, mais également d'établir le cas échéant « à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction »<sup>8</sup>.

Le moyen afférent du demandeur est dès lors à rejeter comme non fondé, tant en son volet relatif à une confusion entre les entreprises non suspectes, prétendument uniquement susceptibles de faire l'objet d'une « *interrogation* » au sens de l'article 14, et les entreprises suspectes, tant qu'en son volet, simplement suggéré, d'une violation de la présomption d'innocence, voire d'une incrimination par l'Inspection.

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, ne visent pas, contrairement à l'analyse du demandeur, les entreprises non suspectes - par opposition aux entreprises suspectes qui selon lui seraient seules visées par l'article 13 - mais s'adressent, de manière générale, à « *toute personne susceptible de disposer d'informations utiles* »<sup>9</sup>, 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

---

<sup>7</sup> Voir en ce sens notamment trib. adm. 9 février 2004, n° 16995, Pas. adm. 2010, V° Lois et règlements, n° 84.

<sup>8</sup> Projet de loi n° 5229 relatif à la concurrence, session ordinaire 2003-2004, commentaire des articles, p.21.

<sup>9</sup> Ibidem.

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 s'empare encore des dispositions de la loi relative à l'organisation du notariat du 9 décembre 1976 pour sous-tendre cette argumentation.

Le demandeur reproche par ailleurs à la demande de renseignements déferée de se contenter d'impliquer que l'autorité hongroise pour compte de laquelle la demande de renseignements est faite, serait elle-même tenue au secret professionnel, sans cependant l'affirmer expressément, ni surtout d'en apporter la preuve. Or, d'après l'article 27 (1) de la loi modifiée du 17 mai 2004 précitée, le Conseil et l'Inspection ne pourraient communiquer des informations ou des documents qu'ils détiennent ou qu'ils recueillent, à leur demande, qu' « *aux autorités de concurrence des autres Etats membres soumises au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'au Grand-Duché* ».

L'Etat, s'il relève que les notaires ne seraient 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 bénéficieraient automatiquement du secret professionnel 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, constituerait une dérogation aux dispositions légales nationales sur le secret professionnel.

En ce qui concerne la condition de réciprocité de l'article 27, paragraphe 1<sup>er</sup> 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 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<sup>e</sup> 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 ?
- 4) est-ce que 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 doit être interprété comme faisant obstacle à l'application d'une disposition de droit national qui soumet la réalisation de la condition de réciprocité à la condition que la violation du secret professionnel soit soumise par le droit des autres Etats membres à des sanctions, pénales ou autres, identiques à celles comminées par le droit national en question ?

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 belge<sup>10</sup>, que les notaires sont tenus au secret professionnel au sens de

---

<sup>10</sup> Cass.b., 22 mars 1888, Pas.b., 1888, I, p. 129, avec les concl. conf. du 1<sup>er</sup> avocat général Mélot, JT, 1888, col.

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 dépositaire<sup>11</sup>.

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 connaissance<sup>12</sup>.

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 auraient 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 titre subsidiaire à considérer 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 toutefois 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* »),

---

481 et Belg.jud., 1888, col. 465, Cass.b., 1<sup>er</sup> 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.

<sup>11</sup> Pierre Lambert, op.cit. p.235

<sup>12</sup> 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.

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 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 disposition expresse, 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<sup>er</sup> 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 relatives 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 encontre<sup>13</sup>.

En ce qui concerne les différentes questions préjudicielles que l'Etat entendrait voir soumises à la Cour de justice de l'Union Européenne, force est de prime abord de constater que les deux premières questions sont, 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 aux questions préjudicielles figurant ci-avant sub. 3) et 4), force est de constater que ces questions ne portent pas principalement, en dépit de leur 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 telle que définie 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,

---

<sup>13</sup> 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.

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 lesdites questions à la Cour de justice de l'Union Européenne.

Il résulte dès lors des développements qui précèdent que la décision déférée, 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