

Projet de loi

relative au contrôle des concentrations entre entreprises et portant modification de :

- 1° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ;**
- 2° la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ;**
- 3° la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances ;**
- 4° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence**

Avis du Conseil d'État

(3 juin 2025)

En vertu de l'arrêté du 23 août 2023 du Premier ministre, ministre d'État, le Conseil d'État a été saisi pour avis du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Économie.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche financière et d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une étude intitulée « Setting merger control thresholds in Luxembourg », d'un « check de durabilité – Nohaltegkeetscheck » ainsi que des textes coordonnés, par extraits, des lois qu'il s'agit de modifier.

Les avis de l'Union luxembourgeoise des consommateurs, de la Cour supérieure de justice, de la Chambre des salariés, de la Chambre des métiers, de la Chambre de commerce et de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg ont été communiqués au Conseil d'État en date, respectivement, des 19 octobre 2023, 15 novembre 2023, 23 novembre 2023, 24 novembre 2023, 27 mars 2024 et 19 septembre 2024.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen entend introduire au Grand-Duché de Luxembourg un contrôle national des opérations de concentration entre entreprises.

Il est proposé de confier le contrôle des concentrations à l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg instituée par la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence.

Ce contrôle doit intervenir sur des opérations de concentration dont l'importance se situe en dessous des seuils d'application du mécanisme européen de contrôle des concentrations, tel qu'il résulte du règlement (CE)

n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, mais qui dépassent des seuils nationaux déterminés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du projet de loi. Le Conseil d'État note d'emblée que le projet de loi ne comporte aucun autre critère de rattachement territorial que ceux du « chiffre total hors taxes réalisé au Luxembourg ». La future loi pourrait donc s'appliquer de façon extraterritoriale à une opération de concentration réalisée à l'étranger, mais qui concerne des entreprises réalisant, individuellement et collectivement, un chiffre d'affaires sur le territoire luxembourgeois dépassant les seuils visés. Le Conseil d'État doute que ceci soit l'intention des auteurs du texte et demande qu'il soit retravaillé sur ce point.

Le contrôle est normalement déclenché par une notification que doivent effectuer, selon les cas, les personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou « toutes les parties concernées ». À titre complémentaire, l'article 6 du projet de loi prévoit une possibilité d'étendre le contrôle même à des opérations de contrôle de moindre envergure lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir un effet restrictif sur la concurrence. Il ne semble en revanche pas prévu que l'Autorité de concurrence puisse s'autosaisir d'une opération de concentration dépassant les seuils nationaux déterminés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du projet de loi, mais que les entreprises auraient omis de notifier. L'article 38, paragraphe 2, semble certes envisager « l'hypothèse où l'Autorité décide d'engager un examen approfondi au sens de l'article 27, paragraphe 1^{er}, point 3^o, d'une opération qui a déjà été réalisée », mais il résulte du commentaire que les auteurs envisagent l'hypothèse d'une auto-saisine selon l'article 6 (« Ce paragraphe est notamment nécessaire du fait de la possibilité d'auto-saisine donnée à l'Autorité qui lui permet d'intervenir, même lorsque l'opération ne faisait pas l'objet d'une obligation de notifier »). Le Conseil d'État se demande s'il ne faudrait pas compléter le dispositif par un mécanisme permettant à l'Autorité de s'auto-saisir de concentrations qui auraient dû être notifiées, mais ne l'ont pas été. À l'heure actuelle, face à des situations de ce type, le texte prévoit uniquement la possibilité de prononcer une sanction (article 18, paragraphe 2) ou celle de prendre des mesures provisoires (article 38, paragraphe 1^{er}, point 1^o).

Le Conseil d'État se doit de relever à cet endroit qu'il a rencontré des difficultés de lecture et de compréhension majeures en raison du fait que les auteurs emploient, au fil des articles, une multitude de notions qui apparaissent très proches les unes des autres, mais qui ne sont pas identiques. Ainsi, le dispositif enchaîne des références aux « parties concernées », « entreprises concernées », « parties intéressées » ou « personnes intéressées » sans qu'il soit possible de déterminer s'il s'agit, dans l'esprit des auteurs, de synonymes ou si des groupes de personnes distincts sont visés. Il en découle une difficulté réelle de compréhension du dispositif, renforcée encore par le fait que les auteurs visent parfois de manière plus globale les « entreprises » ou les « parties » sans qu'il soit clair s'il s'agit d'un des groupes visés précédemment ou si les auteurs entendent viser un ensemble de personnes plus large. Le groupe des « personnes intéressées » est, quant à lui, réduit par endroits lorsque les auteurs visent spécifiquement les « parties *directement* intéressées » (article 21, paragraphe 3) ou les « parties intéressées *qui ont été informées des objections retenues* » (article 22) sans qu'il soit au demeurant clair comment s'apprécie l'intérêt *direct* ou comment se décide

l'information sur les objections retenues de certaines parties intéressées. Les définitions figurant à l'article 21, paragraphe 5, du projet de loi ne sont que d'un secours limité alors que, d'une part, il n'est pas acquis qu'elles doivent s'appliquer à l'ensemble du dispositif et, d'autre part, elles n'apparaissent pas exhaustives. Le Conseil d'État invite les auteurs à revoir l'ensemble du dispositif pour le rendre cohérent.

Il se pose une problématique du même ordre du fait que les auteurs évoquent le plus souvent l'existence d'« objections » à l'opération de concentration, mais se réfèrent aussi parfois à des « griefs ». La cause de cette divergence semble résider dans le fait que les auteurs se sont parfois inspirés de sources européennes, qui parlent d'« objections », et parfois de sources françaises, qui préfèrent « griefs ». La difficulté pointée devrait être aisée à résoudre. Il en va de même de celle relative à la répétition de dispositifs pratiquement identiques résultant, semble-t-il, de la reprise successive d'une formulation du règlement européen, puis d'une formulation du Code de commerce français, lui-même étroitement inspiré du régime européen.

La loi en projet confère également des attributions au « ministre » sans cependant définir de quel ministre il s'agit. Il est nécessaire, ici, de définir le ministre compétent lors de la première occurrence du terme – actuellement à l'article 1^{er}, paragraphe 7.

À l'examen du dispositif en projet, le Conseil d'État a encore été frappé par le fait que quasiment tous les articles du projet de loi à compter de l'article 8 prévoient l'intervention d'un « conseiller instructeur » alors qu'à l'article 7, la désignation d'un tel conseiller n'est prévue que dans trois hypothèses *a priori* assez circonscrites. Le Conseil d'État a l'impression, sans pouvoir le vérifier de manière exhaustive, qu'il sera difficile d'insérer les multiples interventions d'un conseiller instructeur prévues dans le texte de loi à la suite d'une des circonstances déclenchant sa nomination. Par exemple, l'article 7 prévoit en son point 3^o la désignation d'un conseiller instructeur « en phase I, en cas d'éléments indiquant que l'entreprise ou l'association d'entreprises ne se soumet pas à une demande de renseignements faite en application de l'article 11 » alors qu'il résulte de la lecture dudit article 11 que les demandes de renseignements auxquelles il est fait référence sont formulées à l'initiative du conseiller instructeur, ce qui donne à penser que le conseiller instructeur doit être en place pour formuler une demande de renseignements avant que puisse apparaître une interrogation sur la volonté de l'entreprise de s'y soumettre. La référence à « la phase I » n'apporte pas de clarification, car selon les points 1^o et 2^o de l'article 7, la désignation d'un conseiller instructeur ne peut intervenir qu'à la fin de la phase I, si le président ou le vice-président décide d'engager un examen approfondi, également appelé « phase II » (article 27, paragraphe 1^{er}, point 3^o) ou si une formation collégiale de trois conseillers décide de révoquer une autorisation précédemment accordée (article 29). Le Conseil d'État invite les auteurs à revoir en profondeur le texte en projet à cet égard.

Le Conseil d'État a également constaté que le dispositif qui lui est soumis prévoit aux articles 8 à 12, 14, 17 et 24 l'intervention d'« enquêteurs » sans qu'il soit prévu de qui il s'agit et comment ces personnes sont désignées. Dans la mesure où la loi en projet institue une compétence et des procédures distinctes de celles que l'Autorité de concurrence tire de la loi précitée du

30 novembre 2022, il est nécessaire, pour que les enquêteurs puissent être opérationnels, d'introduire dans le présent dispositif un texte inspiré de l'article 19 de ladite loi.

Le Conseil d'État constate, d'une part, qu'aux articles 7, 16, 19, 20 et 26, paragraphes 1^{er} et 3, les auteurs ont placé le président et le vice-président sur un pied d'égalité en prévoyant que l'un ou l'autre (« le président ou le vice-président ») peut adopter les décisions y prévues. D'autre part, aux articles 24, paragraphe 2, et 26, paragraphe 2, il est prévu que les enquêteurs ou les parties en cause peuvent s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre (« au président ou vice-président »). Dans ce contexte, le Conseil d'État se doit de relever que ces approches sont source d'insécurité juridique, de sorte qu'il sera amené à formuler des oppositions formelles à l'encontre des dispositions concernées à l'endroit de l'examen des articles. Afin de remédier à ces problématiques, la loi en projet est à compléter par une disposition générale énonçant dans quelles circonstances le vice-président remplace le président, à l'instar de l'article 14 de la loi précitée du 30 novembre 2022. Aux articles 24, paragraphe 2, et 26, paragraphe 2, il y aura lieu d'indiquer que les documents sont à adresser au président. En effet, les parties, et peut-être même les enquêteurs, ne peuvent pas savoir quand le président est empêché et s'adresser alors au vice-président.

Le Conseil d'État constate encore que le projet de loi juxtapose aux articles 27 et 35 des « décisions » et aux articles 37, 38 et 39 des « mesures provisoires » sans prévoir une articulation claire des unes avec les autres. Le Conseil d'État y reviendra aux articles 37 et 38.

Il est d'ores et déjà flagrant, au vu des considérations qui précèdent, que le texte sous examen ne satisfait globalement pas à l'exigence de sécurité juridique, principe auquel le juge constitutionnel attribue valeur constitutionnelle depuis son arrêt du 22 janvier 2021¹, de sorte que le Conseil d'État doit s'opposer formellement à l'ensemble du dispositif en projet. Le Conseil d'État n'effectuera dès lors l'examen du texte qui lui est soumis que sous la réserve que l'ensemble du dispositif devra être revu au regard des considérations qui précèdent. Il avertit d'ores et déjà qu'il pourrait être amené à s'opposer ultérieurement à des dispositions déjà présentes dans le texte actuel, mais dont le caractère problématique n'est à l'heure actuelle pas apparent en raison des difficultés de compréhension qui ont été relevées plus haut.

Examen des articles

Chapitre 1^{er} - Champ d'application et définition

Article 1^{er}

Paragraphe 1^{er}

¹ Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 00152 du 22 janvier 2021 (Mém. A - n° 72 du 28 janvier 2021).

À l'instar du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, le Conseil d'État estime qu'il serait indiqué de compléter le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} en y énonçant le ou les objectifs que poursuit le contrôle des concentrations que le projet de loi entend mettre en place.

Par conséquent, le Conseil d'État propose de reformuler la disposition sous examen comme suit :

« L'autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg instituée par la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, ci-après « Autorité », opère un contrôle des concentrations entre les entreprises conformément aux dispositions de la présente loi qui vise à éviter qu'une concentration entre deux entreprises affecte négativement la concurrence sur le marché. »

Paragraphe 2

La rédaction du paragraphe sous examen pourrait être simplifiée comme suit :

« (2) Sont soumises aux dispositions de la présente loi les opérations de concentration n'entrant pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pour lesquelles :

a) le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé au Luxembourg par l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 60 millions d'euros ; et

b) le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement au Luxembourg par au moins deux des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros. »

Il n'est en effet pas nécessaire d'annoncer, déjà à l'article sous avis, la possibilité dérogatoire que l'article 6 confère à l'Autorité de concurrence de se saisir d'opérations de concentration n'atteignant pas les seuils lorsqu'elle estime que l'opération de concentration peut avoir un effet restrictif sur la concurrence sur un marché de biens ou de services au Luxembourg, ou une partie de celui-ci.

Pour le surplus, le Conseil d'État rappelle son observation formulée dans les considérations générales du présent avis signalant que le dispositif sous examen ne comporte aucun critère de rattachement territorial autre que le chiffre d'affaires réalisé sur le territoire luxembourgeois.

Paragraphe 3

La disposition sous examen ne constitue pas une dérogation au champ d'application ordinaire de la loi, mais une extension de ce champ d'application aux opérations de concentration que la Commission européenne renvoie à l'Autorité de concurrence.

À l'instar de l'article L.430-2, paragraphe IV, du Code de commerce français, dont les auteurs se sont inspirés, il y a donc lieu d'omettre les termes « Par dérogation au paragraphe 2, ».

Paragraphe 4

À l'alinéa 3, les auteurs ont prévu qu'à l'égard des établissements de crédit et autres établissements financiers, seul le chiffre d'affaires réalisé avec « des clients et investisseurs finaux résidant ou établis au Luxembourg » est pris en compte. Le commentaire indique que « [p]ar client ou investisseur « finaux » il faut comprendre aussi bien des personnes physiques, consommateurs, que des personnes morales ou entreprises (« B2C » et « B2B ») ». Selon quel(s) critère(s), cependant, le caractère « final » du client doit-il être apprécié ? La prise en considération, à la fois, de la personne morale et de ses actionnaires soulève une difficulté. Plus particulièrement, dans le cas d'une société ayant son siège au Luxembourg (donc « établie au Luxembourg »), mais dont les bénéficiaires économiques ne résident pas au Luxembourg, lequel des deux aspects faut-il prendre en considération ?

Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle sur le fondement de la sécurité juridique, de voir clarifiées les notions de « client final » et d'« investisseur final ».

Paragraphe 5

Tout en renvoyant aux observations figurant dans les considérations générales du présent avis, le Conseil d'État fait observer qu'à la première phrase, la définition de la notion d'« entreprises concernées » comme désignant celles qui « participent » à une opération de concentration telle que définie par l'article 2 n'apporte pas de véritable éclaircissement dans la mesure où la notion de « participation » n'est pas intrinsèquement plus précise que le fait d'être « concerné ».

Le Conseil d'État s'interroge sur la raison pour laquelle les auteurs limitent la portée de la définition des termes « entreprises concernées » à la seule question de la « détermination de la compétence » et sur la portée de cette limitation.

Au vu de ces interrogations, qui sont source d'insécurité juridique, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la première phrase de la disposition sous examen.

La seconde phrase, qui ne fait que réitérer la teneur du paragraphe 4, est à omettre pour être surabondante.

Paragraphe 6

Sans observation.

Paragraphe 7

La disposition sous examen charge « le ministre », non autrement spécifié, de vérifier à une date qui se situera trois ans après l'entrée en vigueur de la loi et « à tout moment qu'il l'estime utile » l'adéquation des seuils prévus au paragraphe 2, point 1°. Il y aurait lieu de désigner plus précisément le membre du Gouvernement visé, puis d'introduire la forme abrégée

« (ci-après « ministre ») » pour clarifier les références faites au ministre dans la suite du dispositif.

Mis à part ce point formel, en ce qui concerne la disposition selon laquelle le ministre peut « à tout moment qu'il l'estime utile » évaluer l'adéquation des seuils, le Conseil d'État relève qu'elle est superfétatoire en ce que le ministre compétent peut évidemment proposer à tout moment au Gouvernement de procéder à une révision de la loi. Le rappel, au second alinéa, que l'Autorité de concurrence peut toujours informer le ministre de l'opportunité d'adapter ces seuils est tout aussi inutile.

Quant à l'obligation de procéder à une réévaluation des seuils précisément trois ans après l'entrée en vigueur de la loi, il n'est pas indiqué sur quoi elle doit déboucher. Une telle disposition n'aurait de sens que si la Chambre des députés entend obliger le ministre à lui présenter un rapport², et encore faudrait-il savoir si un tel rapport ne devrait pas être présenté périodiquement (par exemple tous les trois ans) au lieu d'une seule fois.

En l'état, le paragraphe 7 peut donc être omis.

Article 2

Paragraphes 1^{er} à 4

Les dispositions des paragraphes 1^{er} à 4 de l'article sous examen, étroitement inspirées des articles 2 et 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, ne donnent pas lieu à observation.

Paragraphe 5

Concernant le point 3° du paragraphe 5, le Conseil d'État relève la critique de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg sur le fait que les auteurs ont substitué à la référence « sociétés de participation financière visées à l'article 5, paragraphe 3, de la quatrième directive 78/660/ CEE du Conseil du 25 juillet 1978 [...] », qui figure dans le texte du règlement (CE) n° 139/2004, une référence à la notion d'« entreprises de participation financière ».

La difficulté rencontrée par les auteurs semble avoir été que la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013³, qui a abrogé et remplacé la directive 78/660/CEE, consacre désormais la terminologie d'« entreprises de participation financière ».

² Le Conseil d'État rappelle à toutes fins utiles l'article 92 de la Constitution qui s'oppose à ce que la loi rende obligatoire un rapport fait par un membre du Gouvernement au Gouvernement en conseil, car le législateur empiéterait alors sur l'organisation du Gouvernement (avis du Conseil d'État du 12 mars 2024 sur le projet de loi portant mise en œuvre du règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, doc. parl. n° 8325², page 6).

³ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

La reprise de cette terminologie dans le dispositif en projet pose toutefois un problème, car, en droit interne, c'est toujours la terminologie antérieure de « société de participation financière » qui prévaut à l'article 31, paragraphe 2, de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, non modifié sur ce point par la loi du 18 décembre 2015 qui a assuré la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2013/34/UE⁴.

Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'État demande donc aux auteurs, sous peine d'opposition formelle, de viser les « sociétés de participation financière au sens de l'article 31, paragraphe 2, de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ».

La « restriction » que les droits de vote détenus ne doivent pas être utilisés pour « déterminer le comportement concurrentiel » de l'entreprise détenue apparaît comme redondante dans la mesure où les sociétés et entreprises de participation financière ont, par définition, pour « objet unique [...] la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises, sans préjudice des droits que les sociétés de participation financière détiennent en leur qualité d'actionnaires ou d'associés »⁵, de sorte que toute immixtion dans la gestion leur est interdite.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 entend exclure du champ d'application de la loi les restructurations internes de groupes d'entreprises qui n'entraînent pas un changement du contrôle. Cette exclusion est également connue en droit européen, où elle figure au point 51 de la Communication juridictionnelle codifiée de la Commission européenne concernant le règlement européen n° 139/2004.

Le Conseil d'État fait observer que la notion de « groupe d'entreprises » fait l'objet de plusieurs définitions légales en droit interne, dont notamment celle qui figure à l'article 2, point 23°, de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales et celle qui a été insérée à l'article 1^{er}, paragraphe 3^{ter}, de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

⁴ Loi du 18 décembre 2015 modifiant, en vue de la transposition de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil : 1) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; 2) le titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises; 3) le titre II du livre 1^{er} du Code de commerce.

⁵ L'article 31, paragraphe 2, de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce. La définition de « entreprises de participation financière » à l'article 2, 15) de la directive 2013/34 diverge par l'omission des mots « ou d'associés ».

Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'État demande aux auteurs, sous peine d'opposition formelle, d'insérer une définition de la notion de « groupe d'entreprises » dans le projet de loi sous examen, définition qui peut évidemment consister en la reprise d'une des définitions existantes.

Paragraphe 7

Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle sur le fondement du principe de sécurité juridique, de préciser dans le dispositif quelles sont les « opérations » que la disposition légale entend viser. Si les auteurs entendent viser les « opérations de concentration », il suffira de compléter la disposition dans ce sens.

Par ailleurs, le paragraphe sous examen comporte une partie explicative, débutant par « étant donné », qui est à omettre pour n'avoir aucun contenu normatif. Les explications de cette nature sont à faire figurer au commentaire qui accompagne et explique le projet de loi.

Chapitre 2 - Notification

Article 3

Paragraphe 1^{er} à 3

Le Conseil d'État relève qu'au paragraphe 3, l'obligation de notification incombe, selon les circonstances, « aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise » ou, en cas de fusion ou de création d'une nouvelle entreprise, à toutes les « parties concernées ».

Si cette terminologie reprise du dispositif français ne suscite pas de problème de compréhension à l'échelle de l'article sous examen, le Conseil d'État se doit de relever que la notion de « parties concernées », ne connaît qu'une seule autre occurrence dans le texte en projet, à l'article 22, où elle semble avoir une portée beaucoup plus générale.

Le paragraphe 7 et l'article 21 consacrent une notion de « partie notifianante » regroupant les personnes ayant effectué une notification conformément à l'article 3.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 évoque une possibilité de dépôt simplifié de la notification d'opérations de concentration « peu susceptibles de soulever des problèmes de concurrence ».

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 4 au motif de l'insécurité juridique. En effet, les cas d'application de la procédure de dépôt simplifiée ne résultent pas du dispositif soumis au Conseil d'État de la manière claire, accessible et prévisible requise par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Paragraphe 5

Au paragraphe 5, la loi en projet renvoie à un règlement grand-ducal pour arrêter les modalités de dépôt et le contenu des notifications, tant ordinaires que simplifiées.

Le Conseil d'État doit constater que le contenu des notifications est seulement encadré de manière indirecte par l'article 4, qui indique que parmi les informations qui seront publiées figurent « les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent » et un « résumé non confidentiel de l'opération de concentration fourni par les parties notifiantes ». Pour le surplus, le contenu de la notification est laissé à l'entière appréciation du pouvoir réglementaire, ce à quoi le Conseil d'État doit s'opposer formellement au motif que, dans une matière réservée à la loi, en l'occurrence l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie prévu par l'article 35 de la Constitution, le pouvoir réglementaire grand-ducal est soumis, aux termes de l'article 45, paragraphe 2, de la Constitution, à l'existence d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et, le cas échéant, les conditions auxquelles elle est soumise. Ainsi, un renvoi au pouvoir réglementaire, sans aucune précision quant à la teneur des mesures à adopter par voie réglementaire, est contraire aux exigences constitutionnelles.

Les dispositions purement procédurales, telles les « modalités de dépôt » visées au texte sous examen, peuvent en revanche être reléguées au pouvoir réglementaire.

Paragraphe 6

Le paragraphe sous examen prévoit que l'Autorité de concurrence émet un accusé de réception lorsqu'une notification complète concernant une opération de concentration lui est faite. La dernière phrase du paragraphe 6 est à omettre, puisqu'en vertu de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », un accusé de réception attestant du caractère complet de la notification obtenu par fraude est susceptible d'être révoqué à tout moment, étant donné qu'un avantage obtenu par fraude ne saurait créer des droits, ou acquérir un caractère définitif à l'égard du fraudeur⁶.

Paragraphe 7

La disposition sous examen entend autoriser l'Autorité de concurrence à prélever, « en contrepartie de ses frais de fonctionnement », une taxe dont le montant sera fixé par règlement grand-ducal.

N'étant pas saisi du projet de règlement en question, le Conseil d'État n'est, à ce stade, pas en mesure d'apprécier comment le montant de la taxe sera arrêté. Il fait observer que l'articulation entre la disposition sous examen, qui prévoit un financement par une taxe à percevoir auprès des « parties notifiantes » et la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence,

⁶ Cour administrative, arrêts du 16 juin 2011, n° 27975C et du 29 septembre 2011, n° 28377C.

dont l'article 6, paragraphe 6, prévoit que « l'Autorité bénéficie d'une dotation d'un montant à déterminer sur une base annuelle et à inscrire au budget de l'État » n'est pas claire.

Le Conseil d'État relève encore que la définition des « parties notifiantes » est redondante avec celle qui se trouve à l'article 21, paragraphe 5, point 1°. Étant donné que cette dernière est plus précise, il recommande de la reprendre à la disposition sous examen, tout en se limitant à viser à l'article 21, paragraphe 5, point 1°, « les parties notifiantes ».

Paragraphe 8

Sans observation.

Article 4

Sans observation.

Article 5

Paragraphe 1^{er}

Sans observation.

Paragraphe 2

Le paragraphe sous examen accorde à l'Autorité de concurrence le pouvoir de déroger au sursis à la mise en œuvre des opérations de concentration résultant du paragraphe 1^{er}, le cas échéant sans conditions. Ce pouvoir ne fait l'objet d'aucun encadrement de la part du législateur.

Le Conseil d'État rappelle que, dans les matières réservées à la loi, une autorité administrative ne saurait se voir accorder par le législateur un pouvoir d'appréciation sans limite pour prendre des décisions. La loi doit définir les éléments essentiels de la matière avec une précision suffisante pour écarter tout pouvoir discrétionnaire absolu de la part de l'administration. Il y a partant lieu, sous peine d'opposition formelle, soit d'encadrer le pouvoir dérogatoire de l'Autorité de concurrence par des critères précis tout en omettant l'emploi du verbe « pouvoir » pour ce qui est des conditions et de l'accord des dérogations, soit de supprimer la disposition sous examen.

Paragraphes 3 et 4

Sans observation.

Article 6

Aux termes du paragraphe 1^{er}, l'Autorité de concurrence peut s'auto-saisir d'opérations de concentration qui restent en dessous des seuils de l'article 1^{er}, paragraphe 2, « lorsqu'elle estime que l'opération de concentration peut avoir un effet restrictif sur la concurrence sur un marché de biens ou de services au Luxembourg, ou une partie de celui-ci ». Si

l'Autorité de concurrence décide d'agir de la sorte, le paragraphe 3 prévoit qu'elle « enjoint aux entreprises de procéder à la notification de l'opération de concentration ».

Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé dans ses considérations générales, l'auto-saisine n'est pas prévue pour des opérations de concentration que les entreprises impliquées ont omis de notifier alors qu'elles en avaient l'obligation en vertu de l'article 3. Cette hypothèse semble être uniquement abordée à l'article 18, paragraphe 2, qui prévoit une possibilité de sanctionner les entreprises qui ont omis de notifier une concentration avant sa réalisation et à l'article 38, paragraphe 1^{er}, qui traite des mesures provisoires qui peuvent être prises lorsqu'une concentration a déjà été réalisée.

Chapitre 3 – Procédure

Section 1 – Désignation du conseiller instructeur

Article 7

L'article sous examen énonce, *a priori* de manière limitative, les trois circonstances dans lesquelles le président de l'Autorité de concurrence ou son vice-président procède à la désignation d'un conseiller instructeur. En renvoyant à ses considérations générales pour ce qui est de la nécessité de compléter le projet de loi par une disposition énonçant les circonstances dans lesquelles le vice-président remplace le président, le Conseil d'État s'oppose formellement à la disposition sous examen au motif qu'elle est source d'insécurité juridique.

Le Conseil d'État se demande par ailleurs si cette disposition n'est pas trop restrictive au regard des très nombreuses dispositions en projet qui prévoient une intervention du conseiller instructeur. Il renvoie, dans ce contexte, également aux considérations générales.

Section 2 – Pouvoirs de l'Autorité

Articles 8 à 10

Les dispositions sous examen entendent conférer à l'Autorité de concurrence, agissant dans la sphère du contrôle des concentrations, des pouvoirs de contrôle et d'inspection calqués sur ceux dont elle dispose lorsqu'elle met en œuvre la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence.

Les auteurs ont cependant omis d'indiquer dans quelles circonstances et à quelles fins les conseillers instructeurs et les enquêteurs pourront user de ces pouvoirs lorsqu'ils mettront en œuvre la future loi.

Le Conseil d'État se demande si les pouvoirs de contrôle et d'inspection étendus, dont l'Autorité de concurrence doit jouir pour découvrir l'existence d'accords ou de pratiques concertées prohibées par la loi précitée du 30 novembre 2022, sont appropriés et conformes au principe de

proportionnalité lorsqu'on se place dans le cadre d'un contrôle des concentrations qui, du vœu même des auteurs, doit être réalisé sur le fondement de notifications à effectuer par les entreprises impliquées. Le Conseil d'État réserve dès lors sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel dans l'attente d'explications sur la nécessité des pouvoirs que les articles 8 à 10 entendent conférer aux conseillers instructeurs et enquêteurs de l'Autorité de concurrence.

Sous l'angle de la sécurité juridique, le Conseil d'État signale d'ores et déjà que s'il était démontré que des pouvoirs de contrôle et d'inspection comme ceux qui figurent aux articles 24 à 26 de la loi précitée du 30 novembre 2022 sont également nécessaires pour pouvoir mener à bien le contrôle des concentrations, il faudrait, sous peine d'opposition formelle, prévoir les circonstances dans lesquelles et les fins pour lesquelles ces pouvoirs pourront être mis en œuvre. À cet égard, le Conseil d'État rappelle que le procédé de législation par référence à un texte existant *mutatis mutandis*, tel qu'envisagé par les auteurs, est à écarter comme étant source d'insécurité juridique, du fait qu'il contraint le lecteur à trouver lui-même les aspects des dispositions qui doivent être adaptés pour que celles-ci soient comprises correctement.

Enfin, le Conseil d'État relève, en renvoyant aux considérations générales, que les articles sous examen font intervenir des « enquêteurs » sans que la loi en projet indique qui sont ces personnes et comment elles sont désignées. Cette incongruité, qui est source d'insécurité juridique, oblige également le Conseil d'État à s'opposer formellement aux articles 8 à 10 du projet de loi.

Article 11

La disposition sous examen est inspirée de l'article 27 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence. Toutefois, le pouvoir de réclamer des renseignements est ici étendu du conseiller instructeur aux enquêteurs et il s'applique, au-delà de leurs missions propres, à l'ensemble des missions que la loi en projet assigne à l'Autorité de concurrence.

Le Conseil d'État, renvoyant sur ce point aux considérations générales, doit s'opposer formellement à la disposition sous examen au motif que la loi en projet n'indique pas qui sont les « enquêteurs », ce qui est source d'insécurité juridique.

Article 12

La référence aux « parties impliquées », unique dans le dispositif sous examen, est à remplacer, sous peine d'opposition formelle sur le fondement de l'insécurité juridique, par une notion dont les contours devront être clairement délimités. Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales.

Article 13

Sans observation.

Article 14

La disposition sous examen élargit considérablement, si on la compare à l'article 29 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, le droit des conseillers instructeurs et enquêteurs de demander et d'obtenir des documents et des informations de la part d'autres administrations. Le Conseil d'État note d'ailleurs que l'article 52, point 8, du projet de loi propose de modifier l'article 29 de la loi précitée du 30 novembre 2022 pour lui donner une teneur étroitement inspirée du présent dispositif.

Les auteurs ne justifient l'évolution qu'ils proposent que par le souci d'une « utilisation efficace de cet outil », sans apporter d'autre explication.

Le Conseil d'État, renvoyant sur ce point aux considérations générales, doit s'opposer formellement aux 1^{er} et 4 au motif que la loi en projet n'indique pas qui sont les « enquêteurs », ce qui est source d'insécurité juridique.

Sous cette réserve, le Conseil d'État demande que l'alinéa 1^{er} soit complété par une référence au secret fiscal. En effet, l'alinéa 3 se réfère spécifiquement à ce secret :

« [...] sans que l'obligation légale de secret professionnel de ces derniers ou le secret fiscal au sens du paragraphe 22 de la loi générale des impôts, le cas échéant, puisse leur être opposé ».

L'alinéa 2 soustrait au champ d'application de l'alinéa 1^{er} les informations que les administrations fiscales ont obtenues de la part d'autorités fiscales étrangères en vertu d'une coopération internationale et celles provenant des autorités judiciaires en vertu de l'article 16 de la loi modifiée du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire.

L'alinéa 3 entend sanctionner la divulgation d'informations couvertes par le secret fiscal en-dehors de l'exercice des missions de l'Autorité. Le Conseil d'État ne comprend pas pourquoi seules les informations couvertes par le secret fiscal sont visées. La divulgation non autorisée peut en effet tout autant concerner des informations couvertes par d'autres secrets professionnels. Le Conseil d'État se demande ensuite pour quelle raison la sanction s'applique uniquement si l'information divulguée est déjà couverte par un secret dans le chef de celui qui doit répondre à l'Autorité. Le Conseil d'État estime au contraire que la sanction devrait s'appliquer pour toute divulgation – interdite d'ailleurs par l'alinéa 4 – d'informations opérée en-dehors du cadre de la loi. Dans cette logique, il propose d'inverser les alinéas 3 et 4 et de les reformuler comme suit :

« Les documents et éléments d'information obtenus suivant l'alinéa 1^{er} ne peuvent être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été communiqués aux conseillers instructeurs et enquêteurs, qui doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait.

Toute révélation d'informations, qui ont été obtenues par l'Autorité dans le cadre de l'exercice de sa mission et dévoilées par la suite en dehors de l'exercice de sa mission, est sanctionnée conformément à l'article 458 du Code pénal ou, s'il s'agit

d'informations couvertes par le secret fiscal, conformément au paragraphe 412 de la loi générale des impôts. »

Le Conseil d'État rappelle que la notion d'« enquêteur » de l'alinéa 4 (repris sans changement comme alinéa 3 de la proposition de texte) devra être définie, sous peine d'une opposition formelle précédemment formulée.

Article 15

L'article sous examen confère au conseiller instructeur la prérogative de convoquer toute personne susceptible de détenir des informations pertinentes pour l'application de la loi. Si cette personne ne donne pas suite à la convocation, elle risque de se voir imposer une astreinte pouvant atteindre, par jour de retard, 5 pour cent de son chiffre d'affaires journalier mondial moyen (article 17) ou une amende pouvant aller jusqu'à 1 pour cent du chiffre d'affaires mondial total du dernier exercice social clos (article 18).

Le Conseil d'État constate que la disposition sous examen, bien qu'alignée sur l'article 30 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, est bien moins cadrée que celle-ci. Alors que la loi précitée du 30 novembre 2022 vise clairement, au moyen d'un renvoi aux articles 4 et 5, l'audition de personnes susceptibles de détenir des informations sur une entente ou un abus de position dominante, la loi en projet permet au conseiller instructeur de convoquer des personnes susceptibles de détenir des « informations pertinentes pour l'application de la loi ».

Le Conseil d'État estime qu'un pouvoir d'audition aussi étendu se heurte au principe de proportionnalité. Il réserve dès lors sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel dans l'attente d'explications sur la nécessité du pouvoir que l'article 15 entend conférer aux conseillers instructeurs.

Article 16

Paragraphes 1^{er} à 5

En renvoyant à ses considérations générales pour ce qui est de la nécessité de compléter le projet de loi par une disposition énonçant les circonstances dans lesquelles le vice-président remplace le président, le Conseil d'État s'oppose formellement aux paragraphes 1^{er} à 3, au motif qu'ils sont source d'insécurité juridique.

Le paragraphe 4 prévoit la publication des décisions de l'Autorité sur son site internet avec uniquement des omissions destinées à éviter la divulgation de secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles. À première vue, cette disposition semble en contradiction avec les paragraphes 4 de l'article 27 et 6 de l'article 35 qui prévoient que l'Autorité ne publie que « le sens » de certaines de ces décisions. Le Conseil d'État comprend cependant, à la lecture du commentaire de ces deux articles, qu'il s'agit de publications successives, puisque les auteurs évoquent dans un premier temps la publication d'un « communiqué indiquant la teneur de [l]a décision » suivie de la mise en ligne d'une « version non-confidentielle » dont l'élaboration prend évidemment un certain temps.

Les dispositions sous examen ne donnent pas lieu à observation pour le surplus.

Paragraphe 6

Au paragraphe 6, la formulation selon laquelle « le conseiller instructeur peut présenter le dossier à la formation collégiale » jette un doute sur la question de savoir si la décision quant à l'assistance du conseiller instructeur appartient à la formation collégiale ou au conseiller instructeur. Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour insécurité juridique, aux auteurs de préciser ce point.

Paragraphe 7

Sans observation.

Section 3 – Astreintes, amendes et sanctions

Articles 17 et 18

Sans observation.

Section 4 – Traitement confidentiel

Articles 19 et 20

En renvoyant à ses considérations générales pour ce qui est de la nécessité de compléter le projet de loi par une disposition énonçant les circonstances dans lesquelles le vice-président remplace le président, le Conseil d'État s'oppose formellement aux articles 19, paragraphe 1^{er}, et 20, paragraphes 1^{er} et 2, au motif qu'ils sont source d'insécurité juridique.

Les articles sous examen ne donnent pas lieu à observation pour le surplus.

Section 5 – Droits des parties

Article 21

À l'article 21 du projet de loi, les auteurs ont tenté de formuler une disposition légale unique prévoyant les droits procéduraux des parties impliquées à différents stades de la procédure. Le résultat de cet effort se présente comme un texte de loi complexe et en partie redondant.

Le Conseil d'État constate que les auteurs évoquent successivement un droit « de faire connaître [son] point de vue » (paragraphes 1^{er} et 2), un droit de « faire valoir [ses] observations » (paragraphe 3), un droit d'être « entendu » (paragraphes 4 et 5), une « audition conformément aux paragraphes 1^{er} et 3 », étant rappelé que ces paragraphes prévoient un droit « de faire connaître [son] point de vue » et de « faire valoir [ses] observations », sans précision quant à la forme (paragraphe 6), un « droit de

faire connaître [son] point de vue par écrit » (paragraphe 7 et 8), une « audition », sans autre précision, (paragraphe 10 et 11) ou « l’occasion de [...] faire connaître leur point de vue verbalement lors d’un entretien » (paragraphe 11 et 12).

Le changement constant des modalités d’exercice du droit d’être entendu au fil des paragraphes rend impossible la compréhension du déroulé procédural que les auteurs entendent mettre en place. Le Conseil d’État doit dès lors s’opposer formellement à l’article 21 dans son ensemble pour insécurité juridique. Il procédera néanmoins à un examen subsidiaire du dispositif pour pointer certaines autres problématiques.

Le Conseil d’État attire l’attention des auteurs sur le fait que la Cour administrative, appliquant la réglementation sur la procédure administrative non contentieuse, exige, depuis un arrêt du 3 mai 2022, que l’administration « rende spécialement attentif l’administré concerné de sa possibilité de demander d’être entendu en personne, à condition de le faire dans ledit délai imparti »⁷. La Cour fonde cette exigence prétorienne, d’une part, sur le constat que la loi habilitante du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse avait voulu « assurer le respect des droits de la défense de l’administré en aménageant dans la mesure la plus large possible la participation de l’administré à la prise de la décision administrative », consacrant ainsi « le droit de l’administré d’être entendu („Recht auf Gehör”) », et, d’autre part, sur les exigences de l’État de droit, consacré comme principe constitutionnel par la Cour constitutionnelle⁸.

Paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} consacre le principe que les « personnes physiques, entreprises et associations d’entreprises intéressées » ont « le droit de faire connaître leur point de vue au sujet des objections retenues à leur encontre » avant toute prise de décision sur les fondements, notamment, des articles 5, paragraphe 2, 17, 18, 29, paragraphe 1^{er}, 35, paragraphe 1^{er}, points 2^o et 3^o, 36, 37, 38 et 39 du projet de loi.

Dans la mesure où l’énumération des décisions visées est seulement exemplative (« dont celles »), toute décision de l’Autorité de concurrence, à l’exception de celles visées au paragraphe 2, doit ainsi être précédée d’une audition.

⁷ « Les dispositions de l’article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ne se trouvent pas utilement respectées par l’indication faite par une administration à un administré qu’il avait la possibilité de présenter ses observations dans un délai imparti à condition qu’il soit au moins de 8 jours, ni encore en adjoignant un renvoi à l’article 9 en question [...], mais que, de manière impérative [...] il aurait fallu que l’administration rende spécialement attentif l’administré concerné de sa possibilité de demander d’être entendu en personne, à condition de le faire dans ledit délai imparti, tel que ce droit se trouve précisément consacré par l’article 9 *in fine* en question » (Cour adm., 5 mai 2022 (46817C)).

⁸ « Il est imparti au juge administratif de créer l’équilibre indispensable à un vivre en commun aussi adéquat que possible compte tenu des exigences d’un État de droit, conformément au principe fondamental afférent consacré par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 28 mai 2019 (n° 146 du registre), compte tenu de l’évolution de l’action administrative au fil des décennies passées et de la modernisation des relations entre administration et administrés, ne fût-ce qu’en raison des progrès d’ordre technique tous azimuts intervenus depuis l’entrée en vigueur de la procédure administrative non contentieuse en 1979 » (Cour adm., 5 mai 2022 (46817C)).

Étant donné que les objections ne visent pas des personnes physiques ou morales, mais une opération de concentration, la formulation « objections retenues à leur encontre » est à remplacer par les termes « objections susceptibles d'être retenues à l'encontre d'opérations de concentration ». Dans le cas de décisions prononçant des astreintes ou des amendes, il serait également indiqué de prévoir que les personnes entendues pourront s'exprimer sur le montant de l'astreinte ou de l'amende.

Paragraphes 2 et 3

Sans observation.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 ouvre la possibilité, pour l'autorité, d'entendre des personnes autres que les personnes physiques ou morales « intéressées ».

La seconde phrase du paragraphe sous examen, qui consacre un droit d'être entendu dans le chef de personnes physiques ou morales « justifiant d'un intérêt suffisant » et qui ont demandé à être entendues, fait double emploi avec le point 3° du paragraphe 5. Le Conseil d'État en propose la suppression.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 étend le champ d'application *ratione personae* du droit d'être entendu (1) aux « parties notifiantes », c'est-à-dire celles qui ont déposé une notification conformément à l'article 3, (2) aux « parties intéressées », à savoir les parties au projet de concentration autres que les parties notifiantes, (3) aux « tiers », notion qui couvre toute personne justifiant d'un intérêt suffisant, notamment les clients, fournisseurs et concurrents, les membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées, les représentants reconnus des travailleurs de ces entreprises et, à certaines conditions, les associations de consommateurs et (4) aux « parties » à l'égard desquelles l'Autorité envisage de prononcer une amende, une sanction ou une astreinte.

Au premier abord, l'extension du champ d'application aux « tiers » est quelque peu incongrue dès lors qu'aux termes du paragraphe 1^{er}, l'audition est censée donner aux personnes concernées « l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des objections retenues à leur encontre ». La reformulation proposée par le Conseil d'État à l'endroit du paragraphe 1^{er} remédie à cette problématique.

La définition des « parties notifiantes » à cet endroit est redondante avec la définition de cette même notion à l'article 3, paragraphe 7.

Le paragraphe sous examen ne donne pas lieu à observation pour le surplus.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est redondant par rapport au paragraphe 1^{er}, qui vise déjà « toute décision » et inclut les bases légales visées au paragraphe 6. La référence aux « parties » sans autre précision est par ailleurs source d'insécurité juridique, de sorte que le Conseil d'État demande l'omission du paragraphe sous examen sous peine d'opposition formelle. Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales pour le surplus.

Paragraphes 7 et 8

Les paragraphes 7 et 8 font intervenir le conseiller instructeur. Leur champ d'application semble donc restreint aux trois circonstances spécifiques dans lesquelles l'article 7 du projet de loi prévoit la désignation d'un tel conseiller instructeur, dont la plus importante est la poursuite d'un examen approfondi de l'opération de concentration conformément au chapitre 5.

Au paragraphe 8, il est nécessaire, sous peine d'une opposition formelle sur le fondement de la sécurité juridique, de clarifier la notion d'« objections retenues ». Dès lors que l'audition des autres parties intéressées doit, au vœu du paragraphe 3, avoir lieu préalablement à la prise de décision, par quel mécanisme des objections peuvent-elles être « retenues » (ou écartées) ?

Paragraphe 9

Sans observation.

Paragraphe 10

Le principe d'une audition des personnes à l'égard desquelles l'Autorité de concurrence se propose de prononcer une sanction, une amende ou une astreinte figure déjà au point 4^o du paragraphe 5 et n'a donc pas besoin d'être réitéré.

Le Conseil d'État doit par ailleurs formuler une opposition formelle à l'encontre de la seconde phrase, au motif qu'elle est source d'insécurité juridique. En effet, le paragraphe 10 prévoit une « audition », mais la seconde phrase renvoie pour la procédure au paragraphe 7, qui prévoit une prise de position par écrit.

Paragraphes 11 et 12

Le paragraphe 11 prévoit que l'Autorité de concurrence auditionne les parties avant de prendre une décision en vertu des articles 18, paragraphe 3, 29, paragraphe 1^{er}, 35, paragraphe 1^{er}, points 2^o et 3^o, 36 et 38, paragraphe 1^{er}, « lorsque ces parties en ont fait la demande dans leurs observations écrites ». Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à cette disposition en raison de sa contrariété avec le paragraphe 6, qui prévoit inconditionnellement une « audition des parties conformément aux paragraphes 1^{er} et 3 » lors des mêmes prises de décision.

Pour les aspects procéduraux, les auteurs renvoient aux articles 40 et 30 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence. Or, ces procédures ne peuvent pas être transposées dans la présente loi en projet sans des adaptations considérables. À cet égard, le Conseil d'État rappelle que le procédé de législation par référence à un texte existant « *mutatis mutandis* », tel qu'envisagé par les auteurs, est à écarter comme étant source d'insécurité juridique, du fait qu'il contraint le lecteur à trouver lui-même les aspects des dispositions qui doivent être adaptés pour qu'elles soient comprises correctement. Le Conseil d'État estime que la disposition sous avis ne répond pas aux exigences de clarté, d'accessibilité et de prévisibilité requises par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en vue de garantir la sécurité juridique⁹. Il doit dès lors s'opposer formellement pour contrariété au principe de sécurité juridique aux paragraphes 11 et 12 de l'article sous examen¹⁰.

Le Conseil d'État se demande aussi comment les délais imposés à l'article 40 de la loi précitée du 30 novembre 2022 (« Cette audition a lieu au plus tôt deux mois après la notification aux parties de la communication des griefs ») peuvent être conciliés avec les délais de décision visés aux articles 25 et 31.

Article 22

L'article sous examen institue un droit d'accès au dossier aux « parties destinataires du rapport qui leur est adressé conformément à l'article 34 ». Le Conseil d'État ignore qui sont les « parties » auxquelles le rapport est adressé. L'article 34 se borne en effet d'indiquer que « le conseiller instructeur notifie aux parties le rapport », n'apportant ainsi aucun éclaircissement supplémentaire quant à l'identité de ces parties. Le commentaire n'est pas plus clair.

Étant donné qu'il est impossible de déterminer le cercle des personnes ayant légalement le droit d'accéder au dossier à la base du rapport, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la disposition sous examen au motif de l'insécurité juridique. Il renvoie pour le surplus à ses considérations générales.

Le Conseil d'État relève qu'aux termes de l'article 34, « le conseiller instructeur notifie aux parties le rapport ainsi que les documents sur lesquels il s'est fondé ». L'intérêt de la consultation du dossier sera donc, *a priori* et s'il n'y a pas eu d'ajout de nouvelles pièces (voir le paragraphe 5), de découvrir s'il contient des documents écartés par l'instructeur.

D'après l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, les personnes qui se sont vu notifier les objections (ceci, si la compréhension du Conseil d'État est correcte, conformément à l'article 21, paragraphe 8) peuvent demander de pouvoir consulter le dossier « dans la mesure où cela leur est nécessaire pour présenter leurs observations ». Le Conseil d'État se demande comment le

⁹ Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 00152 du 22 janvier 2021 (Mém. A - n° 72 du 28 janvier 2021).

¹⁰ Avis du Conseil d'État (n° CE 60.512) du 22 juin 2021, sur le projet de loi modifiant la loi du 16 mai 2019 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession (doc. parl. n° 7750⁶), p. 6.

conseiller rapporteur pourra apprécier si cette condition est remplie. Il estime aussi que le délai dont ces parties disposent pour présenter leurs observations devrait être suspendu pendant le temps d'instruction de la demande d'accès au dossier par le conseiller instructeur.

Article 23

Le Conseil d'État renvoie à son avis complémentaire n° 61.648 du 4 février 2025¹¹ et doit, par analogie, sur la base de l'absence d'un recours effectif, s'opposer formellement au paragraphe 5, alinéa 2, seconde phrase, qui prévoit que la décision du conseiller suppléant n'est susceptible d'aucun recours. L'opposition formelle pourra être levée moyennant l'omission de la phrase en question, ce qui ouvrira, si le législateur ne prévoit pas un recours *ad hoc*, la voie à un recours en annulation devant le Tribunal administratif.

Chapitre 4 – Première phase d'analyse (phase I)

Article 24

Le paragraphe 1^{er} est à omettre pour être dénué de valeur normative.

Au paragraphe 2, la référence au vice-président est à omettre sous peine d'opposition formelle au motif qu'elle est source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État renvoie à cet égard à ses considérations générales.

Article 25

La disposition sous examen prévoit une prise de décision de l'Autorité de concurrence dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la date de réception de la notification complète visée à l'article 3. Le Conseil d'État rappelle que sont ouvrables tous les jours du calendrier à l'exception du dimanche et des jours fériés légaux. Étant donné que les auteurs se sont inspirés de l'article L.430-5 du Code de commerce français et que celui-ci vise « vingt-cinq jours ouvrés », le Conseil d'État propose de remplacer le terme « ouvrables » par le terme « ouvrés ».

Si l'Autorité de concurrence ne prend pas de décision dans le délai, l'opération de concentration notifiée est réputée autorisée en application de l'article 27, paragraphe 2.

Le Conseil comprend que, dans le cas d'une auto-saisine de l'Autorité de concurrence, le délai de vingt-cinq jours commence à courir au moment où les entreprises concernées donnent suite à l'injonction qui leur est donnée sur le fondement de l'article 6, paragraphe 3, de « procéder à la notification de l'opération de concentration dans le délai qu'elle leur indique et selon les modalités de l'article 3 » ou, en cas de défaut d'y donner suite, au dernier jour du délai indiqué par l'Autorité dans son injonction (article 6, paragraphe 4).

¹¹ Avis complémentaire du Conseil d'État n° 61.648 du 4 février 2025 relatif au projet de loi portant mise en œuvre du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) et portant modification de : 1° la loi modifiée du 14 août 2000 sur le commerce électronique 2° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence (doc. parl. n° 8309¹⁶).

Dans l'hypothèse visée à l'article 1^{er}, paragraphe 3, d'un renvoi d'une opération de concentration par la Commission européenne à l'Autorité de concurrence, il résulte de l'article 3, paragraphe 8, que le renvoi à l'Autorité de concurrence, selon les modalités du règlement (CE) n° 139/2004, vaut notification.

Article 26

En renvoyant à ses considérations générales pour ce qui est de la nécessité de compléter le projet de loi par une disposition énonçant les circonstances dans lesquelles le vice-président remplace le président, le Conseil d'État s'oppose formellement aux paragraphes 1^{er} à 3 au motif qu'ils sont source d'insécurité juridique.

Au paragraphe 2, la référence au vice-président est à omettre sous peine d'opposition formelle, au motif qu'elle est source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État renvoie dans ce contexte également à ses considérations générales.

Dès lors que les auteurs ont défini la notion de « parties notifiantes » aux articles 3 et 21, il n'y a pas lieu d'évoquer les « parties ayant procédé à la notification » au paragraphe 1^{er}.

La disposition n'appelle pas d'observation pour le surplus.

Article 27

Paragraphe 1^{er}

Il résulte du paragraphe 1^{er} qu'à l'issue de la première phase d'analyse, l'autorité de concurrence est susceptible de décider 1° que l'opération analysée ne relève pas du champ d'application de la loi, 2° d'autoriser l'opération ou 3° de procéder à une analyse plus approfondie.

Il résulte de l'article 16, paragraphe 3, que ces décisions sont prises par le président ou le vice-président. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales pour ce qui est de la nécessité de compléter le projet de loi par une disposition énonçant les circonstances dans lesquelles le vice-président remplace le président.

Dans un souci de lisibilité du texte, le Conseil d'État suggère aux auteurs de commencer la première phrase comme suit : « À l'issue de la première phase d'analyse, l'Autorité peut : ».

Selon l'article 7, la décision d'engager un examen plus approfondi de l'opération entraîne la désignation d'un conseiller instructeur. Cette désignation est également opérée par le président ou le vice-président.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, empruntée au droit européen, signifie, selon la compréhension du Conseil d'État, que l'autorisation de procéder à l'opération de concentration rend légitimes les restrictions à la concurrence

qui sont directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration¹².

Paragraphe 2

La disposition sous examen met en œuvre le principe « silence vaut accord » en disposant que si l'Autorité de concurrence ne prend aucune décision dans le délai lui imparti, « l'opération de concentration est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation le jour ouvrable où le délai a expiré ».

La construction de cette disposition semble inspirée de l'article L.430-7, paragraphe V, du Code de commerce français, disposition qui prévoit cependant, à la suite du délai dont dispose l'Autorité de concurrence française, un deuxième délai durant lequel une intervention du ministre de l'Économie français est possible. Étant donné que ce second délai n'existe pas dans la disposition en projet, il n'est pas nécessaire de déterminer une deuxième fois le moment où la décision tacite est réputée intervenir et il suffit donc d'écrire :

« Si aucune des décisions prévues au paragraphe 1^{er} n'a été prise dans le délai mentionné à l'article 25, éventuellement prolongé en application de l'article 26, l'opération de concentration est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation. »

La référence au « jour ouvrable où le délai a expiré » n'est par ailleurs pas heureuse, car selon l'article 5 de la Convention de Bâle sur la computation des délais du 16 mai 1972, qui s'applique en matière administrative, les délais expirant un samedi sont reportés au lundi, et ce nonobstant le fait que le samedi est un jour ouvrable. Le Conseil d'État recommande de s'en tenir aux règles de droit commun en matière de computation des délais.

Paragraphe 3

La disposition sous examen prévoit que la notification des décisions aux « auteurs de la notification » déclenche un délai de quinze jours durant lequel « les entreprises concernées » peuvent indiquer à l'Autorité de concurrence les éventuelles mentions qui, selon elles, relèvent de leur secret des affaires.

Le Conseil d'État note d'emblée qu'il s'agit de la première occurrence de la notion d'« auteurs de la notification ». Le Conseil d'État présume qu'il s'agit d'un synonyme de la notion de « parties notifiantes », utilisée à d'autres endroits du texte et définie à l'article 21, paragraphe 5. Il se dégage du commentaire que le cercle des « entreprises concernées » est plus large que celui des « auteurs de la notification » sans cependant qu'il résulte du texte en projet à partir de quel moment une entreprise doit être considérée comme étant « concernée » par une opération de concentration. Tout en renvoyant aux considérations générales du présent avis, le Conseil d'État demande aux auteurs d'employer une terminologie cohérente et de délimiter clairement le cercle des personnes et entreprises visées par chaque expression.

¹² Communication de la Commission du 5 mars 2005, relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation d'une opération de concentration (CE 2005-C 56-03).

Il résulte du commentaire que la notification aux « auteurs de la notification » doit produire des effets à l'égard du cercle plus large des « entreprises concernées » en faisant courir le délai de quinze jours dont elles disposent pour se manifester. Pour que ce mécanisme puisse fonctionner, les auteurs indiquent qu'il incombera aux « auteurs de la notification » de transmettre la décision qui leur a été notifiée aux « entreprises concernées » (« les parties notifiantes, par exemple l'acquéreur, se voit notifier la décision, à charge pour lui de la transmettre aux autres entreprises concernées, comme par exemple l'entreprise cible »). Le Conseil d'État se doit cependant de relever, d'une part, que la loi en projet ne prévoit pas de telle obligation de transmission et, d'autre part, qu'une telle obligation serait difficile à mettre en œuvre puisque le cercle des « entreprises concernées » n'est pas défini.

Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au paragraphe 3 de l'article 27 au motif que, pour l'ensemble des raisons qui viennent d'être évoquées, il est source d'insécurité juridique.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 prévoit une publication du « sens » des décisions autorisant une opération de concentration.

Bien que ce paragraphe soit inspiré de l'article R.430-6 du Code de commerce français, l'étendue de la publication qui doit être effectuée n'est pas suffisamment claire. Le Conseil d'État demande ainsi aux auteurs de préciser si la publication peut se limiter à indiquer l'orientation de la décision (l'Autorité autorise ou non) ou bien si la motivation de la décision doit également être renseignée (l'Autorité autorise ou non, pour telle ou telle raison).

Le Conseil d'État ne comprend pas comment les « décisions » prises « en application du paragraphe 2 » pourront faire l'objet d'une publication dès lors que ce paragraphe règle les conséquences d'une absence de décision dans le délai de l'article 25. L'Autorité devra-t-elle, après n'avoir pas réagi dans le délai, quand même rédiger un texte décrivant les conséquences de son silence ?

Le Conseil d'État est également surpris de voir que la publication du « sens » des décisions doit intervenir dans un délai maximal de sept jours à compter de leur adoption alors qu'aux termes du paragraphe précédent les entreprises concernées se voient accorder un délai de quinze jours pour désigner les mentions de la décision qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires. Ne faudrait-il pas consulter les entreprises concernées également sur le point de savoir si la communication du « sens de la décision » que l'Autorité de concurrence envisage d'effectuer ne comporte pas de secrets d'affaires ?

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 prévoit l'information du délégué du gouvernement visé à l'article 46 lorsque l'Autorité de concurrence décide d'engager un examen approfondi selon le chapitre 5. Il ne donne pas lieu à observation de principe,

mais le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 46 au sujet de l'expression « délégué du gouvernement ».

Article 28

Selon le commentaire des articles, la disposition sous examen « vise à apporter quelques éléments de référence quant à l'étape de la définition du marché pertinent par l'Autorité lorsqu'elle apprécie une opération de concentration ». Elle renvoie à cette fin « aux principes tels qu'ils résultent de la Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 9 février 1997 ».

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à cette disposition alors que le renvoi à des « principes » non autrement déterminés est source d'insécurité juridique.

Le Conseil d'État relève d'ailleurs qu'au commentaire, les auteurs dénuent toute portée contraignante à ce renvoi puisqu'ils expliquent que l'Autorité « pourra », « en fonction des faits des espèces soumises à son contrôle », suivre les principes énoncés dans la communication et la jurisprudence ou « construire sa propre pratique décisionnelle ».

Article 29

L'article sous examen instaure une possibilité de révocation des décisions prises en vertu de l'article 27 si la décision « repose sur des indications inexactes dont une des entreprises concernées est responsable ou si elle a été obtenue par tromperie ».

Outre le fait que le Conseil d'État s'interroge sur les raisons pour lesquelles les auteurs rendent la révocation facultative (« l'Autorité peut »), il estime que la disposition sous examen est superflue puisqu'elle ne fait que reprendre un principe général du droit, régulièrement appliqué par la jurisprudence administrative, qui juge que « en vertu de l'adage *fraus omnia corrumpit*, une décision obtenue par fraude est susceptible d'être révoquée voire retirée. Une décision de retrait peut d'ailleurs intervenir à tout moment, étant donné qu'un avantage obtenu par fraude ne saurait créer des droits respectivement acquérir un caractère définitif à l'égard du fraudeur. Cette solution s'impose, dès lors qu'il ne saurait être envisagé que le principe de légalité soit susceptible de s'accommoder des abus et des fraudes¹³. »

Il est par ailleurs maladroit d'évoquer une « révocation » de la décision étant donné que la révocation ne joue en principe que pour l'avenir et laisse subsister les effets acquis de la décision, ce qui ne ferait ici aucun sens. Dans la droite ligne de l'article 8 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure administrative non contentieuse, il y a plutôt lieu d'envisager un « retrait » rétroactif de l'acte.

¹³ Cour adm., 16 juin 2011 (27975C) ; Cour adm., 29 septembre 2011 (28377C) ; Trib. adm., 10 juin 2013 (30589) ; Trib. adm., 17 janvier 2022 (45086), confirmé par Cour adm., 9 juin 2022 (47072C).

Chapitre 5 – Deuxième phase d’analyse (phase II)

Article 30

Sans observation.

Article 31

Tout en renvoyant à son observation à l’endroit de l’article 25, le Conseil d’État suggère aux auteurs d’exprimer le délai en « jours ouvrés », à l’instar de l’article L.430-7, paragraphe 1^{er}, du Code de commerce français.

Article 32

Tout en renvoyant à ses considérations générales, le Conseil d’État demande aux auteurs de préciser, sous peine d’une opposition formelle sur le fondement de la sécurité juridique, quelles sont, en l’espèce, les « parties » qui peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l’opération de concentration.

Article 33

Le Conseil d’État relève que l’article 33 évoque une possibilité de suspension des « délais d’examen » de l’opération (au pluriel) alors que l’article 31 ne comporte qu’un seul délai pour la prise de décision. L’article 32 prévoit certes une prolongation de ce délai si des engagements sont proposés à moins de vingt-cinq jours de son échéance, mais il ne s’agit toujours que d’un seul délai. L’utilisation du pluriel ne se justifie donc pas.

Le Conseil d’État note aussi que si les deux hypothèses de suspension du paragraphe 1^{er} relèvent du pouvoir de décision du conseiller instructeur, dans les cas visés au paragraphe 2, le conseiller instructeur est seulement « à l’initiative » de la suspension et il n’est pas clair – même en consultant également l’article 16 – quel organe prend les décisions à cet égard. Il demande, sous peine d’opposition formelle sur le fondement de la sécurité juridique, une clarification du dispositif à cet égard.

Dès lors que les auteurs ont défini la notion de « parties notifiantes » aux articles 3 et 21, il n’y a pas lieu d’évoquer les « parties ayant procédé à la notification » au paragraphe 2, mais de viser les « parties notifiantes ».

Article 34

Paragraphe 1^{er}

Il résulte implicitement de l’article 34 que le conseiller instructeur a la charge d’établir un rapport, dont le texte en projet n’indique cependant ni la teneur ni la procédure d’élaboration.

Le paragraphe 1^{er} prévoit que le conseiller instructeur notifie son rapport, ainsi que les documents sur lesquels il s’est fondé, aux « parties ». Comme le Conseil d’État l’a déjà relevé à l’endroit de l’article 22, il est

impossible de déterminer qui sont les « parties » auxquelles le rapport est ainsi adressé.

Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, aux auteurs de compléter le dispositif sous examen au regard des observations formulées dans les deux alinéas qui précèdent, au fondement de la sécurité juridique. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales.

Toujours d'après le paragraphe 1^{er}, la notification déclenche un délai de quinze jours ouvrables durant lequel lesdites « parties » peuvent, d'une part, consulter « le dossier », sans doute pour vérifier si celui-ci ne contient pas des éléments importants que le conseiller instructeur n'aurait pas pris en compte puisque les pièces sur lesquelles il s'est fondé sont incluses dans la notification, et, d'autre part, présenter des « observations ». Le Conseil d'État comprend que le cours du délai de quinze jours débute par la notification effective du rapport aux parties. Afin d'éviter que plusieurs délais puissent courir en parallèle, le Conseil d'État estime indiqué de préciser que le rapport est notifié *simultanément* à toutes les personnes qui doivent le recevoir.

Le Conseil d'État relève que le dispositif en projet n'indique pas à qui les « observations » des « parties » doivent être adressées et ne dit rien non plus sur la manière dont elles seront prises en compte par le conseiller instructeur ou le collègue de l'Autorité de concurrence.

La troisième phrase du paragraphe 1^{er} met à charge des « entreprises destinataires du rapport » une obligation de collaboration, en ce qu'elles sont tenues de signaler au conseiller instructeur « toute modification de leur situation juridique » pouvant avoir une incidence sur leur représentation ou l'imputabilité des « griefs ». En renvoyant aux considérations générales, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle sur le fondement de la sécurité juridique, que la notion de « griefs », qui apparaît exclusivement à l'endroit de l'article sous examen, soit clarifiée. Il constate que dans le texte français dont les auteurs se sont inspirés, l'emploi de ce terme a du sens, car le législateur français désigne ce que le projet sous examen appelle « le rapport » par l'expression « notification des griefs ».

Paragraphe 2

Sans observation.

Paragraphe 3

La première phrase du paragraphe 3, alinéa 1^{er}, réitère le principe selon lequel l'Autorité de concurrence entend les parties qui en font la demande, qui figure déjà à l'article 21.

La seconde phrase de l'alinéa 1^{er} indique que l'audition a lieu « dans un délai raisonnable ». Le Conseil d'État rappelle à cet égard que les paragraphes 11 et 12 de l'article 21, auxquels il est renvoyé à la première phrase et auxquels il s'est formellement opposé au motif de la sécurité juridique, renvoient pour cette question à l'article 40 de la loi précitée du 30 novembre 2022 qui dispose que « cette audition a lieu au plus tôt deux mois après la

notification aux parties de la communication des griefs ». Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, que les modalités procédurales de l'audition des parties devant être entendues – dont notamment les délais – soient énoncées de manière précise et cohérente, ou bien en les répétant de manière explicite à l'article sous examen, ou bien en procédant par un renvoi aux paragraphes 11 et 12 de l'article 21, dans leur future teneur adaptée pour tenir compte de l'opposition formelle formulée par le Conseil d'État.

Paragraphe 4

Le Conseil d'État fait observer que la possibilité d'entendre des tiers résulte déjà de l'article 21 du projet de loi sous avis et n'a pas besoin d'être réitérée. Le Conseil d'État propose dès lors l'omission du paragraphe 4 pour être surabondant.

Pour ce qui est de la référence aux « comités d'entreprise » à la deuxième phrase, reprise du texte français qui a servi de modèle aux auteurs du projet, il y aurait lieu en tout état de cause d'utiliser la terminologie de la loi modifiée du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises.

Article 35

Paragraphe 1^{er}

Il résulte du paragraphe 1^{er} qu'à l'issue de la deuxième phase d'analyse, l'Autorité de concurrence est susceptible 1° d'autoriser inconditionnellement l'opération de concentration analysée, 2° de l'autoriser sous condition d'une mise en œuvre effective des engagements proposés au titre de l'article 32 ou 3° d'interdire l'opération de consolidation.

Le Conseil d'État relève que, à prendre la disposition sous examen à la lettre, l'Autorité de concurrence peut imposer des conditions et charges uniquement aux fins d'assurer que les engagements pris par les entreprises soient observés. L'Autorité de concurrence ne semble pas pouvoir autoriser une opération de concentration en la subordonnant à des conditions qui n'auraient pas été proposées par les entreprises concernées.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la disposition du point 3° aux termes de laquelle l'Autorité de concurrence peut, lorsqu'elle interdit une opération de concentration, « enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ». En effet, les circonstances dans lesquelles l'Autorité peut user de ce droit d'injonction et la teneur des injonctions qui peuvent être émises ne sont pas cernées, contrairement à l'article 39, paragraphes 4 et 5. Or, dans les matières réservées à la loi, une autorité administrative ne saurait se voir accorder par le législateur un pouvoir d'appréciation sans limite pour prendre des décisions. La loi doit définir les éléments essentiels de la matière avec une précision suffisante pour écarter tout pouvoir discrétionnaire absolu de la part de l'administration.

Paragraphe 2

Aux termes du paragraphe 2, l'opération de concentration est réputée autorisée si l'Autorité de concurrence n'a pas pris de décision dans le délai de quatre-vingt-dix jours ouvrables prévu par l'article 31, en tenant toutefois compte des prolongations et suspensions pouvant intervenir en application des articles 32 et 33.

Le Conseil d'État se demande s'il n'y aurait pas également lieu de prendre en considération le délai supplémentaire que le conseiller instructeur peut accorder en application de l'article 34, paragraphe 2.

Pour les motifs déjà exposés à l'endroit de l'article 27, et en tenant compte de l'observation qui vient d'être faite, le Conseil d'État propose de rédiger la disposition comme suit :

« Si aucune des décisions prévues au paragraphe 1^{er} n'a été prise dans le délai mentionné à l'article 31, éventuellement prolongé en application des articles 32, 33, ou 34, paragraphe 2, l'opération de concentration est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation. ».

Paragraphe 3

Le Conseil d'État renvoie à son observation au sujet de la phrase finale du paragraphe 1^{er} de l'article 27, qui est de la même teneur.

Paragraphes 4 et 5

Sans observation.

Paragraphe 6

Le Conseil d'État renvoie à ses observations formulées à l'endroit du paragraphe 4 de l'article 27 de la loi en projet, qui est de même facture.

Paragraphe 7

Sans observation.

Article 36

Paragraphe 1

Concernant le point 1^o, le Conseil d'État considère, en renvoyant à ses observations formulées à l'endroit de l'article 29, paragraphe 1^{er}, de la loi en projet, qu'une disposition de ce type est superflue puisqu'elle ne fait que reprendre un principe général du droit, régulièrement appliqué par la jurisprudence administrative, qui juge qu'en vertu de l'adage *fraus omnia corrumpit*, une décision obtenue par fraude est toujours susceptible d'être révoquée voire retirée.

Le point 2° entend instituer une possibilité de révocation de la décision autorisant l'opération de concentration si « les entreprises concernées contreviennent à un engagement ou une condition dont est assortie [la] décision ou ne l'ont pas exécuté dans les délais [que l'Autorité] avait fixés ». Le Conseil d'État note que ces mêmes circonstances autorisent l'Autorité de concurrence à infliger, sur le fondement de l'article 18, paragraphe 2, point 4°, une amende pouvant atteindre 10 pour cent du chiffre d'affaires mondial total réalisé au cours du dernier exercice social clos par les entreprises concernées.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2, qui reprend la règle dérogatoire qui figure déjà au point 2° du paragraphe 4 de l'article 35, est surabondant et peut être supprimé.

Paragraphe 3

Sans observation.

Chapitre 6 – Mesures provisoires

Article 37

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen tente de cadrer les décisions que l'Autorité de concurrence pourra adopter sur le fondement des articles 38 et 39 en spécifiant qu'elles devront être « strictement limitée[s] à ce qui est nécessaire pour remplir les objectifs respectifs de ces articles ». Si la référence au principe de proportionnalité est judicieuse, le Conseil d'État se doit cependant de relever que les « objectifs » visés dans les deux articles cités sont des plus généraux, puisqu'il s'agit, à l'article 38, de « rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective » lorsqu'une opération de concentration a été réalisée en dehors du cadre tracé par la loi en projet et, à l'article 39, de prévenir « un risque que l'opération puisse avoir un effet restrictif sur la concurrence sur un marché de produits ou de services au Luxembourg ». La marge d'appréciation laissée à l'Autorité de concurrence est dès lors considérable.

D'après le paragraphe 2, les mesures en question doivent être limitées dans le temps et elles peuvent faire l'objet de reconductions « dans la mesure où cela est nécessaire et opportun ou jusqu'à ce que la décision au fond soit prise ». Ni la « durée déterminée » de telles mesures ni celle d'éventuels renouvellements ne sont cependant précisées. S'agissant de la référence à une « décision au fond » à prendre, le Conseil d'État se demande quelle pourrait être cette « décision » dans les cas où une concentration a été réalisée « en violation d'une condition dont est assortie une décision prise en vertu de l'article 35, paragraphe 1^{er}, point 2 » ou « fait l'objet d'une décision d'interdiction en vertu de l'article 35, paragraphe 1^{er}, point 3° ». *A priori*, il n'y a, dans ces hypothèses, aucun chemin tracé pour parvenir à une « décision sur le fond » si bien que les « mesures provisoires » prises pour « rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective » risquent d'être en réalité perpétuelles. Il en va de même « lorsqu'une concentration a été réalisée en violation de l'article 3, paragraphe 1^{er} », c'est-à-dire sans notification, étant donné que le texte ne prévoit pas de possibilité d'auto-saisine de

l'Autorité de concurrence dans ce cas, comme le Conseil d'État l'a relevé dans ses considérations générales. En raison de l'insécurité juridique résultant de la difficulté d'identifier ce qui constituerait, dans les hypothèses y visées, la « décision au fond », le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 2 de l'article 37.

Sous réserve de ce qui précède, le Conseil d'État estime encore, au paragraphe 2, qu'il n'est pas nécessaire de préciser que le renouvellement n'est possible que « dans la mesure où cela est nécessaire et opportun », étant donné que le paragraphe 1^{er} prévoit d'ores et déjà que « toute décision [...] est strictement limitée à ce qui est nécessaire pour remplir les objectifs ».

Article 38

Paragraphe 1

Le paragraphe 1^{er} investit l'Autorité de concurrence du pouvoir de prendre « des mesures provisoires appropriées pour rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective » lorsqu'une des trois situations qu'il énonce se présente.

La nature de telles mesures n'est pas autrement déterminée, la loi en projet ne fournissant aucune précision par rapport à ce qu'il faut entendre par une « mesure provisoire appropriée ». Afin d'y remédier, il est nécessaire de dresser un catalogue des mesures que l'Autorité de concurrence pourra adopter, à l'instar de ce que les auteurs font à l'article 39.

Plus fondamentalement, le Conseil d'État se demande, comme il l'a déjà fait à l'endroit de l'article 37, si les mesures que l'Autorité de concurrence serait amenée à prendre ont réellement un caractère provisoire. Il comprend parfaitement que si une concentration a été mise en œuvre en violation de la loi (sans notification, en violation de l'obligation d'attendre une décision de l'Autorité, en violation d'une condition imposée par l'Autorité ou en violation d'une décision d'interdiction), l'Autorité doit pouvoir intervenir pour « rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective ». Mais en quoi cette intervention est-elle « provisoire » ? De quelle manière la mesure provisoire sera-t-elle remplacée par une situation définitive et stable ? Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé à l'endroit des considérations générales, l'articulation entre ces mesures provisoires et les décisions au fond fait défaut : dans un cas il n'y a pas de procédure au fond (concentration réalisée sans notification), dans deux autres, la décision au fond a déjà été prise, mais elle n'a pas été respectée. Dans un tel cas de figure, comment le dossier progressera-t-il de la mesure provisoire vers une (nouvelle) décision au fond ?

Le Conseil d'État s'oppose dès lors formellement à la teneur du paragraphe 1^{er} sous avis au double motif de l'atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie et de l'atteinte à la sécurité juridique.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 confère un effet suspensif à la décision de l'autorité de procéder à l'examen approfondi d'une opération de concentration qui a déjà été réalisée.

Le commentaire de l'article explique que cette disposition est nécessaire en raison de la possibilité conférée à l'Autorité de concurrence de s'auto-saisir d'opérations de concentration qui ne sont pas sujettes à l'obligation de notification de l'article 3.

La disposition sous examen n'appelle pas d'autre observation.

Paragraphe 3

Sans observation.

Article 39

Paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} pose le principe que si le conseiller instructeur estime qu'une opération de concentration notifiée comporte le risque d'une restriction de concurrence, l'Autorité peut adopter des mesures provisoires. Cette disposition s'inscrit ainsi dans un schéma classique de mesures provisoires appliquées pendant la durée d'instruction d'une demande administrative.

Aux termes de l'article 16, la compétence d'adopter des mesures provisoires revient au Collège de l'Autorité de concurrence.

Le mécanisme mis en place pré suppose une appréciation de la part du conseiller instructeur. Or, si le Conseil d'État comprend bien la portée de l'article 7 du projet de loi, la désignation d'un conseiller instructeur n'est prévue que dans des circonstances assez spécifiques qui ne semblent pas de nature à se produire à une date rapprochée de la notification. Le Conseil d'État se demande donc comment le mécanisme voulu par les auteurs du projet de loi pourra fonctionner. Il renvoie pour le surplus aux interrogations figurant à ce sujet dans les considérations générales.

La nature des mesures que l'Autorité de concurrence pourrait adopter sur le fondement du paragraphe 1^{er} est cadrée par les paragraphes 4 et 5.

Le Conseil d'État rappelle encore que l'article 21, paragraphe 2, comporte une dérogation au droit d'être entendu préalablement aux décisions portant sur des mesures provisoires. L'audition doit alors avoir lieu « le plus rapidement possible » après la prise de décision.

Paragraphes 2 et 3

Sans observation.

Paragraphes 4 et 5

Le paragraphe 4 énumère les types de mesures provisoires que l'Autorité peut prendre tandis que le paragraphe 5 énumère certaines mesures provisoires spécifiques que l'Autorité de concurrence peut ordonner.

Le Conseil d'État comprend le paragraphe 5 comme étant limitatif, ce que confirme le commentaire.

Il y a lieu de rappeler qu'en vertu des articles 17 et 18, l'Autorité peut, par décision de son Collège, assortir les mesures visées aux paragraphes 4 et 5 d'astreintes et le non-respect des mesures peut par ailleurs donner lieu à l'imposition d'une amende. En vertu de l'article 21, des astreintes ou amendes ne peuvent être imposées qu'après avoir auditionné la ou les entreprises concernées.

Chapitre 7 – Prescription

Articles 40 et 41

Sans observation.

Chapitre 8 – Voies de recours

Article 42

Le Conseil d'État signale que le recours en annulation, que le paragraphe 1^{er} entend instituer, constitue le recours de droit commun. En vertu de l'article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, ce recours est en effet ouvert contre toute décision administrative à l'égard de laquelle aucun autre recours n'est ouvert et même contre les décisions qualifiées par les lois ou règlements de définitives ou en dernier ressort. Il est dès lors superfétatoire de prévoir dans un texte légal particulier un recours en annulation contre une décision administrative individuelle. Dans ce contexte, le Conseil d'État tient à souligner que les décisions prises en vertu de l'article 35, paragraphe 1^{er}, point 3^o, à savoir celles interdisant l'opération de concentration et enjoignant, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante, ne pourront pas faire l'objet d'un recours en réformation.

La reprise du délai de recours de droit commun de trois mois au second alinéa du paragraphe 2 est superflue.

Le second alinéa du paragraphe 2 de l'article 42 prévoit par ailleurs que pour les décisions faisant l'objet d'une publication, c'est la publication qui marque le départ du délai de recours, tandis que la notification, qui fait habituellement courir le délai de recours dans le cas de décisions administratives individuelles, n'est prise en considération qu'« à défaut de publication ». Or, le Conseil d'État constate que nombre de décisions sont à la fois notifiées (par exemple en vertu de l'article 27, paragraphe 3, ou de l'article 35, paragraphe 5, et publiées en vertu principalement de l'article 16,

paragraphe 4. Le Conseil d'État estime qu'il y a un risque important que les destinataires d'une notification soient trompés sur le temps exact dont ils disposent pour saisir un juge.

À cela s'ajoute que le projet de loi prévoit que les décisions visées aux articles 27, paragraphe 1^{er}, points 1^o et 2^o, et 35, paragraphe 1^{er}, font l'objet de deux publications, la première étant limitée au « sens » de la décision tandis que la seconde, prévue à l'article 16, paragraphe 4, est a priori intégrale puisque les seules omissions prévues visent à éviter la divulgation de secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles. Du fait de cette double publication, il y a une incertitude sur le point de départ du délai de recours.

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle sur le fondement de la sécurité juridique, que le second alinéa du paragraphe 2 soit omis au profit de l'application du droit commun¹⁴ ou modifié comme suit :

« (3) Le délai d'introduction est de trois mois à compter de la ~~publication~~notification de la décision attaquée ou, à ~~défaut de publication~~l'égard des personnes pour lesquelles la loi ne prévoit pas de notification, de la ~~notification~~publication prévue à l'article 16, paragraphe 4, ou encore du jour où le requérant en a pu en prendre connaissance. »

La proposition de texte du Conseil d'État transforme le second alinéa du paragraphe 2 en un paragraphe séparé pour lever tout doute quant à l'application de la règle y énoncée également aux recours visés au paragraphe 1^{er}. Si, comme le Conseil d'État le suggère, le paragraphe 1^{er} est omis, il n'est plus nécessaire de diviser l'article 42 en paragraphes.

Article 43

Sans observation.

Chapitre 9 – Pouvoir d'évocation

Article 44

Paragraphes 1^{er} et 2

La disposition sous examen entend conférer au Gouvernement en conseil un pouvoir d'évocation, inspiré du droit français, qui lui permet de revenir sur des décisions prises par l'Autorité de concurrence pour « des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence », à savoir, *a priori* limitativement aux termes du paragraphe 2, « le développement industriel, économique ou financier, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ».

¹⁴ « Sauf dans les cas où les lois ou les règlements fixent un délai plus long ou plus court et sans préjudice des dispositions de la loi du 22 décembre 1986 relative au relevé de la déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice, le recours au tribunal n'est plus recevable après trois mois du jour où la décision a été notifiée au requérant ou du jour où le requérant a pu en prendre connaissance » (Loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, Art. 13).

Le Conseil d'État a les plus vives réticences à admettre que le Gouvernement puisse être ainsi doté du pouvoir de mettre à néant pour des « motifs d'intérêt général », relevant largement de son appréciation, une décision de l'Autorité de concurrence fondée sur l'application des quarante-trois premiers articles de la loi. Le pouvoir d'évocation qu'il est envisagé de conférer au Gouvernement va plus loin qu'un contrôle de tutelle. Dans le cadre de la tutelle administrative, l'autorité de tutelle peut annuler la décision si elle estime qu'elle est illégale ou contraire à l'intérêt général, mais l'autorité décentralisée conserve son pouvoir de prendre une nouvelle décision alors qu'ici le Gouvernement attire le dossier vers lui et prend une nouvelle décision sur la base de considérations totalement différentes de celles qui ont guidé l'Autorité.

Il est foncièrement incohérent d'envisager que les décisions prises par une autorité administrative indépendante selon des critères et une procédure prévue par la loi puissent être ensuite simplement renversées par une autre autorité sur le fondement de considérations d'opportunité. Laisser ainsi des motifs d'opportunité, fussent-ils en rapport avec le développement industriel, économique ou financier, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi, l'emporter sur l'application de la loi contrevient, aux yeux du Conseil d'État, au principe de la légalité, selon lequel toute décision de l'administration doit reposer sur un fondement légal ou réglementaire, principe qui forme une composante du principe de l'État de droit¹⁵, inscrit désormais à l'article 2, alinéa 2, de la Constitution.

Le Conseil d'État tient encore à relever que le pouvoir d'évocation qu'il est envisagé de conférer au Gouvernement est inconciliable avec l'indépendance de l'Autorité de concurrence. L'indépendance de cette dernière, résultant de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 30 novembre 2022 (« L'Autorité de concurrence [...] est un établissement public indépendant ») et réaffirmée moyennant l'insertion de références à la future loi à l'article 7 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence par l'article 52 du projet de loi, est ainsi mise à néant.

Par ailleurs, dans les matières réservées à la loi, une autorité administrative ne saurait se voir accorder par le législateur un pouvoir d'appréciation sans limite pour prendre des décisions. La loi doit définir les éléments essentiels de la matière avec une précision suffisante pour écarter tout pouvoir discrétionnaire absolu de la part de l'administration.

Pour l'ensemble des motifs qui viennent d'être exposés, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au pouvoir d'évocation du Gouvernement tel qu'il figure, quant à son principe, aux paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 44.

¹⁵ « Les règles de primauté du droit et de soumission de tout acte public ou privé à la règle de droit, toutes deux caractérisant le principe fondamental de l'État de droit, sont inhérentes à l'article 1^{er} de la Constitution suivant lequel le Grand-Duché de Luxembourg est un État démocratique et à son article 51, paragraphe 1^{er}, suivant lequel le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire. Le principe de légalité et l'article 95 de la Constitution constituent une émanation du principe fondamental de l'État de droit auquel ils participent » (C. const., 28 mai 2019, n° 146/2019, *J.T.L.*, 2019, p. 111, obs. P. Kinsch).

Le Conseil d'État fait encore observer que le caractère largement politique des décisions que le Gouvernement serait amené à prendre risque de les soustraire à tout contrôle juridictionnel effectif, portant ainsi atteinte à un autre pilier de l'État de droit. Le Conseil d'État note d'ailleurs que les auteurs n'ont pas prévu de recours en réformation contre la décision du Gouvernement.

Si le législateur souhaite que le Gouvernement puisse exercer un contrôle sur les décisions de l'Autorité de concurrence dans le domaine du contrôle des concentrations, il serait envisageable de prévoir que l'Autorité doit, au moment de prendre des décisions au sens des articles 27 et 35 en projet, prendre en considération non seulement la préservation d'une saine concurrence, mais également le développement industriel, économique ou financier, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi et soumettre alors les décisions qu'elle prend à une tutelle d'annulation classique. Cette approche comporte cependant le risque que la soumission de l'Autorité de concurrence à une tutelle, même limitée à la mise en œuvre du droit interne des concentrations, conduise à mettre en doute son indépendance, notamment dans la mise en œuvre du droit européen.

Une autre solution serait de prévoir, dès le départ, dans la loi que certaines opérations de concentration, correspondant à des critères clairement déterminés par le législateur, ne sont pas examinées par l'Autorité de concurrence, mais par le Gouvernement en conseil.

Paragraphe 3

La mission donnée au ministre de « veiller à l'exécution des décisions du Gouvernement en conseil » empiète sur la compétence du Gouvernement de déterminer lui-même son organisation et son fonctionnement qui résulte de l'article 92 de la Constitution. Comme le règlement interne du Gouvernement, approuvé par arrêté grand-ducal du 27 novembre 2023, prévoit dans son article 13 que « les décisions du Conseil sont exécutées par le membre du département duquel relève l'affaire » la disposition proposée est en outre superflue. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement à la première phrase du paragraphe 3 en raison de sa contrariété à l'article 92 de la Constitution.

La seconde phrase, qui ne fait qu'annoncer l'article 46, est dépourvue de plus-value normative et peut être simplement omise.

Article 45

Le Conseil d'État n'examine l'article 45 que sous réserve de son opposition formelle au principe même du pouvoir d'évocation du Gouvernement.

Paragraphe 1^{er}

La procédure d'évocation, censée, d'après le commentaire, être explicitée par l'article sous examen, est pourtant loin d'être claire aux yeux du Conseil d'État.

Il n'est notamment pas clair si la décision du Gouvernement d'évoquer le dossier et la décision d'autoriser ou d'interdire l'opération de concentration sont des actes distincts ou bien s'ils se confondent. L'emploi du singulier (« la décision ») dans les quatre premiers paragraphes donne initialement à penser que tout doit se passer en un seul mouvement. Pourtant, la possibilité, pour le Gouvernement, de subordonner l'autorisation de réaliser l'opération de concentration au respect d'engagements pris par les parties prenantes empêche qu'il en soit ainsi. En effet, le Gouvernement doit forcément laisser aux entreprises concernées le temps nécessaire pour pouvoir proposer de tels engagements.

La disposition sous examen passe complètement sous silence le déroulement de la procédure entre le moment où le Gouvernement décide d'évoquer le dossier et celui où il prend sa décision sur l'opération de concentration. Comment la décision d'évoquer le dossier est-elle portée à la connaissance des parties prenantes ? Quels sont les droits procéduraux des parties prenantes entre les deux décisions ? Quelles sont, à ce stade du dossier, les parties prenantes ?

Au vu de l'insécurité juridique qui naît des lacunes qui viennent d'être évoquées, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 1^{er}.

Le Conseil d'État doit également spécifiquement s'opposer formellement au second alinéa du paragraphe, qui charge le ministre compétent de préparer la décision du Gouvernement, car elle empiète à nouveau sur la compétence du Gouvernement de déterminer lui-même son organisation et son fonctionnement. La charge du ministre d'agir de la sorte résulte de l'article 10, alinéa 2, point 4^o, du règlement interne du Gouvernement, approuvé par arrêté grand-ducal du 27 novembre 2023.

Paragraphe 2

Le Conseil d'État constate que les auteurs ont prévu que la décision du Gouvernement sera notifiée aux seules parties notifiantes. Tout en renvoyant à ses considérations générales, il se demande si le champ des personnes informées n'est pas trop restreint.

Paragraphe 3

La disposition sous examen prévoit que les décisions du Gouvernement seront publiées au Journal officiel alors que les différentes décisions de l'Autorité de concurrence font l'objet d'une publication sur le site internet de cette dernière. Dans un souci de cohérence, le Conseil d'État demande que le dispositif sous examen soit complété par une disposition conçue comme suit :

« Les publications effectuées en vertu de l'article 16 sont en outre complétées d'une mention comportant un renvoi à la décision du Gouvernement en conseil. »

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 doit trouver application lorsque « les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés un engagement figurant dans la décision du

Gouvernement en conseil ». Le Conseil d'État doit constater, d'une part, que l'identification des « parties » visées semble impossible et, d'autre part, que ni l'article 44 ni les paragraphes précédents de l'article 45 n'encadrent la manière dont le Gouvernement fixera les délais dans lesquels lesdites parties devront exécuter les engagements repris dans la décision. À cet égard, le Conseil d'État se doit de rappeler que dans les matières réservées à la loi, une autorité administrative ne saurait se voir accorder par le législateur un pouvoir d'appréciation sans limite pour prendre des décisions. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au paragraphe sous examen.

Par ailleurs, la référence à l'initiative du ministre empiète sur la compétence du Gouvernement de déterminer lui-même son organisation et son fonctionnement qui résulte de l'article 92 de la Constitution. Partant, le Conseil d'État doit formuler une opposition formelle sur ce fondement également.

Aux points 2° et 3° du paragraphe 4, le Gouvernement se voit conféré un pouvoir d'injonction et de « prescription », accompagné de la faculté d'imposer des astreintes, qui n'est pas autrement cadré. Il est nécessaire, sous peine d'opposition formelle, de déterminer le montant des astreintes que le Gouvernement peut imposer et, au point 3°, de désigner précisément dans la loi le type d'injonctions ou de « prescriptions » que le Gouvernement peut adresser.

Paragraphe 5

L'alinéa 1^{er} du paragraphe 5 entend conférer un effet juridique suspensif à la décision du Gouvernement d'évoquer le dossier à la suite de la décision de l'Autorité de concurrence, le non-respect de cette règle pouvant, aux termes de l'alinéa 2, être sanctionné d'amendes pouvant atteindre 10 pour cent du chiffre d'affaires total des entreprises concernées.

Le dispositif sous examen ne prévoit aucune information des parties prenantes sur la décision du Gouvernement d'évoquer le dossier à la suite de la décision de l'Autorité de concurrence. Les parties prenantes peuvent ainsi, bien malgré elles, contrevenir à l'interdiction de réaliser l'opération de concentration à partir du moment où le Gouvernement évoque et jusqu'au moment où il l'autorise. La disposition sous examen est dès lors source d'insécurité juridique, de sorte que le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Article 46

L'article sous examen prévoit la désignation, par le ministre, de deux fonctionnaires désignés comme « délégué du gouvernement » et « délégué du gouvernement suppléant ».

L'emploi des termes « délégué du gouvernement » prête à confusion, car n'est pas visé ici le « [r]eprésentant de l'État dans le cadre d'un procès devant les juridictions administratives qui joue le rôle de l'avocat de

l'État »¹⁶. Le Conseil d'État demande dès lors aux auteurs d'employer une autre terminologie, comme, par exemple, celle de « commissaire du gouvernement ».

Au paragraphe 2, il y aurait lieu de viser « le délégué du gouvernement ou son suppléant » et le paragraphe 3 devrait s'appliquer au délégué et au suppléant. Par analogie à l'observation du Conseil d'État relative à la précision des circonstances dans lesquelles le vice-président remplace le président de l'Autorité, il y aurait également lieu de préciser dans quelles circonstances le délégué suppléant est appelé à remplacer le délégué.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État se demande enfin si la disposition selon laquelle le délégué est tenu au secret professionnel « au même titre que les membres du Collège et les agents de l'Autorité » ne risque pas de l'empêcher de remplir sa mission consistant à assister le ministre.

Chapitre 10 – Procédure dérogatoire en cas d'urgence

Article 47

L'article sous examen prévoit, au paragraphe 2, un « dessaisissement » de l'Autorité de concurrence à l'initiative de la Commission de surveillance du secteur financier lorsqu'une opération de concentration s'inscrit dans le cadre d'une mesure d'intervention précoce, de redressement ou de résolution d'une entité visée à l'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, mais aussi dans trois situations qualifiées de « cas d'urgence » visées au paragraphe 3.

La démarche aboutit, aux termes du commentaire, à « la non-application du contrôle des concentrations tel qu'il résulte de la loi ».

Sous l'appellation pudique de « procédure dérogatoire en cas d'urgence », la disposition en projet revient à conférer à la Commission de surveillance du secteur financier la prérogative de suspendre la loi.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à l'article 47 en projet pour les mêmes motifs qui ont justifié son opposition formelle à l'égard de l'article 44, paragraphes 1^{er} et 2.

Article 48

L'article 48 est le pendant de l'article 47 lorsqu'une opération de concentration implique une entreprise d'assurance ou de réassurance telles que définies à l'article 32, paragraphe 1^{er}, points 5 et 9 de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances.

Le Conseil d'État doit également s'opposer formellement à l'article 48 en projet pour les mêmes motifs qui ont été exposés à l'endroit l'article 44, paragraphes 1^{er} et 2.

¹⁶ <https://justice.public.lu/fr/support/glossaire/d/delegue-gouvernement.html>

Chapitre 11 – Dispositions modificatives

Article 49

La disposition sous examen prévoit de modifier l'article 1020-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Le point 1° de la disposition sous examen entend remplacer l'alinéa 1^{er} de l'article 1020-1. Or, le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur le fait que cette disposition a fait l'objet d'une modification par l'article 5 de la loi du 17 février 2025 modifiant : 1° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; 2° la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, aux fins de transposition de la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières. Afin de tenir compte de cette modification récente, il y a lieu d'insérer les termes « , à l'exception de la section 5, » à la suite des termes « Le présent chapitre ».

Articles 50 à 52

Sans observation.

Chapitre 12 – Dispositions finales

Article 53

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur. Partant, il faut écrire « loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») » et « loi modifiée du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération interadministrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises et portant modification de - la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée ; - la loi générale des impôts (« Abgabenordnung ») ; - la loi modifiée du 17 avril 1964 portant réorganisation de l'Administration des contributions directes ; - la loi modifiée du 20 mars 1970 portant réorganisation de l'Administration de l'enregistrement et des domaines ; - la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes et des cotisations d'assurance sociale ».

Aux énumérations, le terme « et » est à omettre à l'avant-dernier élément comme étant superfétatoire.

Le Conseil d'État signale que lors des renvois, les différents éléments auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules, en écrivant, à titre d'exemple à l'article 45, paragraphe 5, alinéa 3, « l'article 17, paragraphe 1^{er}, point 8^o, ».

Les nombres s'écrivent en toutes lettres. Ils s'expriment uniquement en chiffres s'il s'agit de pour cent, de sommes d'argent, d'unités de mesure, d'indices de prix ou de dates.

Pour marquer une obligation, il suffit généralement de recourir au seul présent de l'indicatif, qui a, comme tel, valeur impérative, au lieu d'employer le verbe « devoir ».

En ce qui concerne l'emploi du terme « notamment », le Conseil d'État signale que si celui-ci a pour but d'illustrer un principe établi par le texte, il est à écarter comme étant superfétatoire. Une énonciation d'exemples est en effet sans apport normatif.

Dans un souci de cohérence, il est demandé de se référer systématiquement au « Grand-Duché de Luxembourg ».

Il faut écrire « délégué du Gouvernement » avec une lettre initiale « g » majuscule.

Article 1^{er}

Au paragraphe 1^{er}, il est indiqué d'écrire « [...], ~~déterminée~~ déterminée ci-après par « Autorité » ».

Au paragraphe 2, point 1^o, il est signalé qu'en ce qui concerne les montants d'argent, les tranches de mille sont séparées par une espace insécable pour écrire « 60 000 000 euros » et « 15 000 000 euros ».

Au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, il est relevé que les références aux dispositions figurant dans le dispositif se font en principe sans rappeler qu'il s'agit du « présent » paragraphe.

Au paragraphe 7, alinéa 1^{er}, première phrase, il y a lieu d'adapter le libellé en remplaçant les termes « [3 ans après l'entrée en vigueur de la loi] », par une date précise envisagée par les auteurs, une fois la date d'entrée en vigueur du projet de loi sous rubrique est connue.

Chapitre 3, section 1^{re}

Lorsqu'on se réfère à la première section, les lettres « re » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour écrire « Section 1^{re} ».

Article 12

Le Conseil d'État signale que les auteurs emploient le terme « respectivement » de manière inappropriée, de sorte que les formulations en question sont à revoir.

À la première phrase, il est indiqué d'écrire « [...], ~~dénommée~~ ci-après « CSSF », [...] » et « [...], ~~dénommée~~ ci-après « CAA », [...] ». Par analogie, cette observation vaut également pour l'article 46, paragraphe 1^{er}, première phrase.

Article 14

À l'alinéa 1^{er}, il y a lieu d'omettre le terme « ne ».

Article 21

L'intitulé de l'article sous examen est à libeller « Droit d'être entendu » et le dispositif est à adapter dans le même sens.

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu d'omettre le terme « et » entre les termes « 36, » et « 37 ».

Article 27

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, phrase liminaire, le terme « soit » est à omettre.

Article 37

Il y a lieu de laisser une espace entre la forme abrégée « **Art.** » et le numéro d'article.

Article 48

La forme abrégée « **Art** » est faire suivre d'un point.

Article 49

Il convient de reformuler l'article sous revue comme suit :

« Art. 49. Modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

L'article 1020-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit :

1° L'alinéa 1^{er} est remplacé par comme suit :

« Le présent chapitre s'applique à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi et aux groupements d'intérêt économique, sans préjudice des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du [jj/mm/aaaa] relative au contrôle des concentrations. » ;

2° À l'alinéa 3, première phrase, les mots « et des dispositions de l'article 1^{er} de la loi du [jj/mm/aaaa] relative au contrôle des concentrations » sont insérés après les mots « du règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ». »

Article 51

À l'article 12, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, lettre d), nouveau, il y a lieu d'écrire « d) l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg. »

Article 52

Le Conseil d'État signale qu'il est surfait de remplacer un article ou un paragraphe dans son intégralité, s'il est envisagé de ne modifier qu'un seul mot ou qu'une seule phrase. Ce n'est que si plusieurs mots dans une phrase, voire plusieurs passages de texte à travers un article ou un paragraphe sont à remplacer ou à ajouter qu'il est indiqué de remplacer cette phrase, cet article ou ce paragraphe dans son ensemble.

Pour l'énumération des dispositions modificatives à effectuer, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » 1°, 2°, 3°, ...

Au point 2, il y a lieu de reformuler la phrase liminaire comme suit :
« 2° À l'article 8, points 8° et 10°, le point final est remplacé par un point-virgule, et il est inséré un point 1° nouveau qui prend la teneur suivante : ».

Au point 3, à l'article 9, paragraphe 2, alinéa 2, nouveau, il est suggéré d'écrire « [...] aux actes qu'elle accomplit en vue de la recherche, de la constatation et de la sanction de pratiques anticoncurrentielles, [...] ».

Au point 5, Il y a lieu d'indiquer avec précision et de manière correcte les textes auxquels il est renvoyé. Partant, le point sous revue est à reformuler comme suit :

« 5° À l'article 15, paragraphe 1^{er}, les mots « ou de la loi du [jj/mm/aaaa] relative à un contrôle des concentrations » sont insérés *in fine*. »

Article 54

À l'alinéa 1^{er}, il y a lieu d'écrire « le premier jour du quatrième mois qui suit celui de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg ».

Texte coordonné

Le Conseil d'État se doit de constater une incohérence entre le texte coordonné de la modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence joint au projet de loi sous revue et le libellé de l'article 52, point 6. En effet, il est signalé que la modification de l'intitulé du chapitre 6 de la loi précitée du 30 novembre 2022 opérée à l'article 52, point 6, du projet de loi sous rubrique n'a pas été reflétée de manière fidèle dans le texte coordonné précité.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 17 votants, le 3 juin 2025.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Marc Thewes