

N° 7479<sup>3</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

**PROJET DE LOI****portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et  
abrogeant la loi 23 octobre 2011 relative à la concurrence**

\* \* \*

## SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour Supérieur de Justice (8.11.2019).....	1
2) Avis du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg (14.1.2020).....	3

\*

**AVIS DE LA COUR SUPERIEUR DE JUSTICE**

(8.11.2019)

Le projet de loi portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence transpose en droit national la Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 (ci-après : la Directive) visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur qui s'avèrent être nécessaires à une compréhension uniforme du droit de la concurrence (cf. commentaire des articles ; sub article 2).

Le projet de loi se propose d'abord de doter l'autorité de concurrence de la personnalité juridique par la création d'un établissement public pour lui permettre à l'avenir, entre autres, d'intervenir devant les juridictions des ordres judiciaire et administratif. S'agissant en l'occurrence d'une mesure tendant avant tout à garantir l'indépendance de l'autorité nationale de concurrence lors de l'application des règles de la concurrence, il n'y a pas lieu de commenter autrement ce choix à caractère essentiellement politique, ni les dispositions relatives à son statut et sa composition.

Il résulte des articles 25 et suivants du projet de loi que la procédure d'instruction proprement dite est complexe et prévoit des pouvoirs d'investigation très étendus de l'Autorité de concurrence.

L'article 25 prévoit que les pouvoirs de contrôle, dits pouvoirs d'enquête « *simples* », par les conseillers instructeurs et les enquêteurs, peuvent s'exercer sans aucune autorisation préalable, entre 6 heures 30 et 20 heures dans tous les lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de services, y compris l'accès à tous moyens de transport à usage professionnel. Les conseillers instructeurs et les enquêteurs peuvent également pénétrer en dehors de ces heures dans ces mêmes lieux, lorsque ceux-ci sont ouverts au public, à moins que ces lieux soient également à usage d'habitation, et dans ce cas, les contrôles ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation du juge d'instruction (cf. article 25 (3) du projet de loi).

L'article 27 prévoit que toute revendication concernant le secret des communications avocat-client est toisée par le conseiller inspecteur, respectivement par le juge d'instruction ayant autorisé l'inspection.

L'article 28 requiert, en ce qui concerne les demandes de renseignements, que celles-ci soient proportionnées et n'obligent pas le destinataire de la demande à admettre l'existence d'une violation des articles 101 et 102 du TFUE, ou 4 et 5 de la loi.

Les articles 33 et 34 confèrent à la formation collégiale le pouvoir d'infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes et amendes en cas de non-coopération durant la phase d'instruction.

L'article 35 prévoit le droit pour les entreprises, associations et personnes intéressées, de présenter une demande de traitement confidentiel des informations, documents ou parties de documents qu'elles ont communiqués ou qui ont été saisis.

L'article 41 prévoit la possibilité pour une partie de demander à avoir accès à un document ou information classé confidentiel à condition de prouver que l'accès à ce document ou information soit nécessaire à l'exercice de ses droits de défense.

L'article 44 prévoit le droit de la formation collégiale, à la demande de toute partie concernée ou du conseiller instructeur, d'ordonner les mesures provisoires ou celles qui lui apparaissent nécessaires, assorties, le cas échéant, d'une astreinte.

L'article 45 prévoit le droit des parties à l'origine des pratiques en cause de faire connaître leur point de vue au sujet des mesures provisoires envisagées.

L'article 46 prévoit que l'autorité de concurrence peut enjoindre aux entreprises ou associations d'entreprises à l'origine des pratiques faisant l'objet de la saisine de l'autorité de suspendre l'application des pratiques concernées ou de revenir à l'état antérieur.

Le projet de loi introduit au Titre IV, intitulé « *Application des articles 4 et 5 de la Loi ainsi que 101 et 102 du TFUE* », sub Chapitre I, intitulé « *Principes généraux* », l'article 21 relatif aux « *Garanties et preuves recevables* » qui dispose que « (1) *Les procédures concernant la violation des articles 4 et 5 de la loi et 101 et 102 du TFUE, y compris l'exercice des pouvoirs prévus au sein de la loi, sont conformes aux principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et sont conduites dans un délai raisonnable (...)* ».

Cet article a pour objet de transposer l'article 3 de la directive, intitulé « *Garanties* », qui dispose que « *L'exercice des pouvoirs prévus dans la présente directive par les autorités nationales de la concurrence est subordonné à des garanties appropriées, dont le respect des droits de la défense des entreprises et le droit de recours effectif devant une juridiction, conformément aux principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.* ».

Il résulte du considérant 14 de la directive que l'exercice des pouvoirs conférés aux autorités nationales de concurrence, y compris le pouvoir d'enquête, devrait être assorti de garanties appropriées satisfaisant à minima aux principes généraux du droit de l'Union et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne les procédures pouvant donner lieu à des pénalités.

L'ensemble des mesures prévues par les articles 25 et suivants du projet de loi fait apparaître un renforcement très net des pouvoirs d'investigation et de coercition de l'autorité de concurrence pour faire respecter les règles de la concurrence.

Si cette initiative est à saluer dans la mesure où elle tend à mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence, elle doit, en contrepartie, fournir aux entreprises des garanties suffisantes contre les risques d'excès de pouvoir, voire d'un pouvoir arbitraire dans le chef de l'autorité de concurrence.

En l'occurrence, le projet de loi prévoit pour les inspections inopinées dans les entreprises et associations d'entreprises (article 26), ainsi que dans les lieux à usage d'habitation (article 25 in fine), une autorisation préalable d'un juge d'instruction au lieu de celle du président du tribunal d'arrondissement prévue actuellement à l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011.

L'article 65 du projet de loi, intitulé « *Recours contre les décisions de l'Autorité* », dispose que « *Le recours de pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions finales de l'Autorité prises en application de la loi.* ».

Le projet de loi ne prévoit pas de recours contre les décisions prises au cours de la phase d'instruction, alors que l'article 16 (5) de la loi du 23 octobre 2011 avait prévu contre l'ordonnance d'autorisation du président du tribunal d'arrondissement des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction.

La Cour estime que cette absence d'organisation de recours est contraire à l'esprit et à la lettre de la directive qui entend voir respecter les droits de la défense et le droit de recours effectif.

Afin de garantir les droits de la défense, il est indiqué que l'ordonnance de perquisition ou de saisie soit précédée d'une requête écrite et circonstanciée, exposant les motifs faisant présumer des pratiques

anticoncurrentielles et comportant des éléments d'appréciation permettant au juge d'instruction de se prononcer sur la nécessité et l'utilité de la mesure demandée, ainsi que sur le lieu où elle doit être exécutée.

Il est également indiqué de préciser que l'ordonnance du juge d'instruction est notifiée sur place et au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit une copie intégrale contre récépissé, qu'un procès-verbal de la visite ou de la saisie et de l'inventaire est dressé et signé par les parties et qu'une copie du procès-verbal est délivrée à l'occupant des lieux ou à son représentant.

La Cour propose d'organiser les recours pendant la phase d'instruction de la manière suivante :

- en ce qui concerne les ordonnances d'autorisation des juges d'instruction, il convient de prévoir un recours en réformation devant la chambre du conseil de la Cour d'appel, selon les dispositions de l'article 133 du Code de procédure pénale ;
- en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des mesures pouvant être prises par l'autorité de concurrence, soit par le conseiller instructeur, notamment celles prises en relation avec des demandes de traitement confidentiel (article 35) et des revendications du secret des communications avocat-client (article 27(5)), soit par la formation collégiale, telles que des décisions d'infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes ou même des amendes en cas de non-coopération (articles 33 et 34 du projet de loi) ou de prendre des mesures provisoires (article 44), il y a lieu de prévoir, compte tenu du fait que les décisions prises émanent d'une autorité administrative, un recours de pleine juridiction devant les juridictions administratives ;
- il convient de préciser que les recours contre les décisions prises au cours de la phase d'instruction ne sont pas suspensifs.

Les autres articles du projet de loi ne donnent pas lieu à commentaire.

Luxembourg, le 8 novembre 2019.

\*

## **AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE ET A LUXEMBOURG**

(14.1.2020)

Le projet de loi n° 7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence a été soumis pour avis au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Madame le procureur général d'Etat suivant couiner du 24 septembre 2019.

Le projet de loi vise, d'une part, à transposer en droit interne la Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres de moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (ci-après « la Directive ») et d'autre part, à opérer une adaptation de la législation actuelle en matière de concurrence, par une refonte de celle-ci.

La Directive tend à garantir une plus grande efficacité de la mise en oeuvre des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en amenant les Etats membres à instituer des mesures d'enquête efficaces en matière de concurrence, par la mise en place de garanties fondamentales d'indépendance, des ressources financières, humaines, techniques et technologiques adéquates ainsi que des pouvoirs minimums de coercition et de fixation d'amendes.

Il est précisé dans l'Exposé des motifs que le projet de loi tend à mettre en oeuvre une plus grande indépendance en matière d'application du droit de la concurrence, en remplaçant l'actuel Conseil de la concurrence par l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg, devant prendre la forme d'un établissement public. De ce fait, la nouvelle autorité sera investie du pouvoir réglementaire, permettant d'assurer une sécurité juridique accrue aux entreprises visées par les procédures de l'autorité. Il est cependant précisé que cette indépendance ne sera pas synonyme d'absence de contrôle.

Ce texte amène le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux réflexions suivantes :

L'article 21 dispose que « les procédures concernant la violation des articles 4 et 5 de la loi et 101 et 102 du TFUE, y compris l'exercice des pouvoirs prévus au sein de la loi sont conformes les principes généraux du droit de l'Union et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et sont conduites dans un délai raisonnable ».

Hormis l'erreur matérielle, alors qu'il doit être lu « sont conformes aux principes généraux », le tribunal met en doute l'utilité de cet article, alors que l'on ne voit pas comment les procédures introduites par la loi pourraient ne pas être conformes.

Sous l'article 26 (1) b), le texte comprend une erreur matérielle, alors que la phrase « *contrôler les livres ainsi que service des impôts des entreprises (SIE) tout autre document* » est dénuée de sens.

Le projet de loi sous avis tend en particulier à étendre largement les pouvoirs des agents de la nouvelle autorité de la concurrence, alors qu'en vertu de l'article 25, ceux-ci sont désormais habilités à certaines heures à se rendre dans tous lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de services, ainsi qu'à accéder à tous moyens de transport à usage professionnel, pour y exiger la communication et obtenir ou prendre copie des livres, factures et documents professionnels de toute nature, sans nécessité de recours à une autorisation préalable.

Il est ensuite prévu à l'article 26 du projet de loi, relatif aux inspections, que c'est sur autorisation délivrée par ordonnance du juge d'instruction près du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg au conseiller instructeur que celui-ci peut procéder à des inspections inopinées envers les entreprises et associations d'entreprises et y exercer les pouvoirs énumérés dans le texte.

L'article 27 précise que l'inspection s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction qui l'a autorisée.

Dans la législation actuelle, ce pouvoir est conféré au Président du tribunal d'arrondissement compétent *ratione loci*.

Le tribunal ne voit pas d'inconvénient à cette modification de la législation actuelle.

Le tribunal considère que la limite entre les articles 25 et 26 est relativement floue, alors que certains des pouvoirs énumérés à l'article 26 peuvent également être exercés en vertu de l'article 25 sans autorisation préalable (accès aux locaux, contrôle et copie des livres,...).

Le tribunal constate que les modalités de l'obtention de l'autorisation du juge d'instruction sont extrêmement imprécises.

Il est en effet souhaitable que le texte précise que la requête tendant à l'obtention des autorisations en matière de perquisition et de saisie de l'autorité de la concurrence doit être précisément motivée, afin de permettre au juge d'instruction de prendre une décision en connaissance des griefs concrets adressés à l'entité et que l'ordonnance contenant la requête doit être préalablement à toute opération notifiée à l'entité contrôlée. Une communication des griefs est actuellement prévue à l'article 39, mais seulement au moment de la clôture de la phase d'instruction.

L'information préalable de l'entité contrôlée est primordiale dans le cadre d'un éventuel recours à diriger contre l'ordonnance du juge d'instruction, dont il sera question ci-après.

Le tribunal note encore que le projet de loi ne prévoit aucun recours pendant la phase d'instruction. En effet, les seuls recours envisagés résultent de l'article 65 « Recours contre les décisions de l'Autorité », qui dispose qu'« un recours de pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions finales de l'Autorité prises en application de la loi ».

Il est cependant souhaitable de prévoir des recours contre toutes les décisions prises pendant la phase d'instruction (ordonnances d'autorisation du juge d'instruction, revendications concernant le secret des communications avocat-client, décisions quant aux astreintes et aux amendes, décisions quant à l'octroi de la confidentialité, les décisions relatives aux mesures provisoires).

Notamment, quant aux mesures provisoires, le considérant 38 de la Directive dispose que si l'outil de mesures provisoires est important pour éviter que l'infraction qui fait l'objet de l'enquête ne cause pas de préjudice grave et irréparable à la concurrence, et que les Etats membres sont libres de conférer des pouvoirs plus étendus aux autorités nationales de la concurrence, il devront également veiller à ce que la légalité, y compris la proportionnalité, de ces mesures puissent être réexaminée dans le cadre de procédures de recours accélérées ou d'autres procédures prévoyant également un contrôle judiciaire accéléré.

Cette exigence de la Directive n'est pas remplie par le projet de loi actuel.

Les autres articles du projet de loi ne donnent pas lieu à des commentaires de la part du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Pour le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg le 14 janvier 2020