

**N° 7479<sup>8</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2020-2021

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

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(27.4.2021)

Par dépêche du 26 septembre 2019, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre de l'Économie.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, le texte de la directive (UE) n° 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur ainsi qu'un tableau de concordance entre les dispositions de cette directive et les articles du projet de loi sous examen.

Les avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, de la Cour supérieure de Justice, du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, de l'Union luxembourgeoise des consommateurs, de la Chambre de commerce, l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, de l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence et de la Chambre des métiers ont été transmis au Conseil d'État par dépêches respectivement des 18 et 30 octobre 2019, 31 janvier 2020, 17 mars 2020, 17 et 24 juin 2020 et 14 octobre 2020.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

L'objet du projet de loi sous rubrique est de procéder à la transposition de la directive (UE) n° 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, ci-après « directive n° 2019/1 ».

Selon le considérant 8 de la directive (UE) n° 2019/1, « [p]our garantir dans l'Union un véritable espace commun de mise en œuvre des règles de concurrence qui garantisse des conditions équitables pour toutes les entreprises opérant dans le marché intérieur et rende les conditions moins inéquitables pour les consommateurs, il convient de mettre en place des garanties fondamentales d'indépendance, des ressources financières, humaines, techniques et technologiques adéquates ainsi que des pouvoirs minimums de coercition et de fixation d'amendes pour appliquer les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et pour appliquer le droit national de la concurrence parallèlement auxdits articles, de sorte que les autorités nationales de concurrence administratives puissent agir de manière pleinement efficace. »

Pour les auteurs de la loi en projet, « ces exigences ne peuvent se traduire que par la transformation du statut d'« autorité administrative indépendante » du Conseil de la concurrence, en celui d'établissement public et passeront par le choix d'une nouvelle dénomination » et « par ce nouveau statut, l'Autorité de concurrence se verra investie du pouvoir réglementaire, mettant fin aux critiques quant à la constitutionnalité de son règlement intérieur. »

Le Conseil d'État tient à rappeler sa profonde divergence avec l'orientation choisie lors de l'élaboration de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, au sujet de laquelle le Conseil d'État refusa la dispense du second vote constitutionnel.

Les auteurs du projet de loi sous avis n'ont pas raison de qualifier le Conseil de la concurrence comme « autorité administrative indépendante ». Le Conseil d'État renvoie aux développements contenus dans son avis complémentaire du 7 juin 2011 au sujet du projet de loi n° 5816, qui allait devenir la loi du 23 octobre 2011<sup>1</sup> : le Conseil de la concurrence est actuellement une administration comme une autre, soumise à la tutelle du ministre ayant la Concurrence dans ses attributions. Le Conseil d'État accueille, dès lors, favorablement la mise en place d'un établissement public dénommé « Autorité nationale de concurrence ». Cet établissement public pourra ainsi fonctionner de manière indépendante, et adopter des règlements sur le fondement de l'article 108*bis* de la Constitution.

À propos du règlement interne adopté par une administration, comme l'actuel Conseil de la concurrence, le Conseil d'État renvoie une nouvelle fois à son avis complémentaire du 7 juin 2011, dans lequel il avait considéré que « un règlement „interne“ qui va au-delà des questions d'organisation purement internes à la structure juridique pour laquelle il a été conçu doit nécessairement adopter la forme d'un règlement grand-ducal. À défaut de se situer dans le cadre des articles 11, paragraphe 6, alinéas 2 et 3, et 108*bis* de la Constitution, permettant au législateur de conférer le pouvoir réglementaire aux organes professionnels et aux établissements publics, le pouvoir réglementaire ne pourra ici qu'appartenir au Grand-Duc et cela peu importe le caractère favorable ou défavorable du règlement interne pour le justiciable. »

\*

Les auteurs de la loi en projet ont indiqué s'être inspirés des dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données. Si le Conseil d'État comprend cette logique, dans la mesure où les fonctions de contrôle dévolues à la Commission nationale pour la protection des données (ci-après « CNPD ») et à l'Autorité de concurrence sont similaires, il note toutefois que les auteurs de la loi en projet n'ont pas repris l'organisation de la CNPD sur tous les points.

\*

Le Conseil d'État note que le régime qu'il est prévu de mettre en place renvoie, en ce qui concerne les enquêtes à mener, à plusieurs reprises, à des mécanismes de la procédure pénale. Ainsi, aux termes de l'article 26 de la loi en projet, la saisine du président du tribunal d'arrondissement pour autoriser certaines mesures coercitives, prévue actuellement dans la loi précitée du 23 octobre 2011, se trouve remplacée par une intervention du juge d'instruction. Les agents appelés à intervenir revêtiront la qualité d'officier de police judiciaire<sup>2</sup>.

Le Conseil d'État a toujours émis des réserves en ce qui concerne le renvoi à des règles de l'enquête pénale dans le cadre de procédures relevant du droit administratif.

Aussi aurait-il préféré le maintien d'un régime d'autorisation de certains actes coercitifs par le juge civil à une saisine du juge d'instruction. Il reconnaît que le renvoi au juge d'instruction présente l'avantage de l'application du système existant des recours devant la chambre du conseil. Il est vrai encore que la loi belge<sup>3</sup> prévoit également l'intervention du juge d'instruction. Le Conseil d'État donne à considérer qu'il y aurait avantage à maintenir un régime unique en matière de compétence des juridictions judiciaires pour autoriser des actes coercitifs dans le domaine économique et renvoie à cet égard aux procédures prévues par le Code de la consommation. Quoi qu'il en soit, l'attribution, par la loi en projet, de cette compétence particulière au juge d'instruction n'est pas de nature à transformer la nature de la procédure qui ne devient pas pénale. Le juge d'instruction est appelé à agir comme juge de l'ordre judiciaire compétent en matière de sauvegarde des libertés individuelles.

1 Avis complémentaire n° 47.858 du Conseil d'État du 7 juin 2011 sur le projet de loi relative à la concurrence (Doc. parl. n° 5816<sup>9</sup>).

2 Article 20 de la loi en projet.

3 Art. IV.40, paragraphe 3, du Code belge de droit économique.

Dans cette logique, le Conseil d'État considère qu'il n'y a pas lieu de donner aux agents de l'Autorité de concurrence appelés à poser des actes d'enquête la qualité d'officiers de police judiciaire.

Dans son avis du 16 juin 2020 sur le projet de loi n° 7607<sup>4</sup>, le Conseil d'État a relevé que :

« ...l'exigence de l'intervention des officiers de police ne saurait être prévue en matière administrative. L'institution de l'officier de police judiciaire est propre à la procédure pénale et les prérogatives particulières que le Code de procédure pénale confère aux officiers de police judiciaire sont limitées à la recherche et à la constatation des infractions pénales. Dans l'exercice de ses fonctions, les officiers de police judiciaire agissent sous la direction du procureur d'État (article 9 du Code de procédure pénale) et sont soumis à la surveillance du procureur général d'État (article 15-2 du Code de procédure pénale). Le système prévu aboutit à un double régime de direction et de contrôle, source de conflits de compétence. La loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la Police grand-ducale est conçue dans la logique de la distinction fondamentale entre les missions de police administrative et les missions de police judiciaire et prévoit, à l'article 4, que les missions de police administrative sont exercées par les officiers de police administrative et les agents de police administrative. Les agents de police administrative constatent les faits dans des rapports et ne dressent pas procès-verbal au sens du Code de procédure pénale. D'autres lois sectorielles prévoyant des sanctions administratives ne contiennent pas non plus de référence aux officiers de police judiciaire. Le concept de procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve du contraire est propre à la procédure pénale et revêt une signification particulière dans le procès pénal en relation avec la preuve de l'infraction qu'il appartient au ministère public d'apporter. Le recours à ce concept n'est pas adapté aux procédures administratives répondant à une logique procédurale différente ».

Il maintient ces considérations dans le cadre du projet de loi sous avis et insiste à voir omettre l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire à des agents qui agissent dans le cadre de procédures administratives, fût-ce à la suite d'une autorisation donnée par le juge d'instruction qui intervient en sa qualité de juge de l'ordre judiciaire. L'octroi de cette qualité ne s'impose d'ailleurs pas dans un souci d'efficacité du régime prévu.

Le Conseil d'État ajoute qu'il eût été utile de bénéficier d'un avis des juridictions administratives et des parquets sur cette question de principe.

\*

Les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 3 de la directive n° 2019/1 disposent que :

- « 1. Les procédures concernant des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris l'exercice des pouvoirs prévus dans la présente directive par les autorités nationales de concurrence, sont conformes aux principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
2. Les États membres s'assurent que l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 est subordonné à des garanties appropriées pour ce qui concerne les droits de la défense des entreprises, y compris le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif devant un tribunal. »

Si les auteurs du projet de loi ont renforcé les pouvoirs de l'Autorité nationale de concurrence, ce renforcement ne s'est pas accompagné des garanties nécessaires comme requis par la disposition précitée.

L'article 26 de la loi en projet requiert une autorisation préalable du juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg sans préciser les moyens de recours contre une telle autorisation. L'article 27, paragraphe 1<sup>er</sup>, précise que « l'inspection s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction qui l'a autorisée ». Le seul recours indiqué expressément dans le projet de loi sous examen se trouve à l'article 65 qui dispose qu'« un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions finales de l'Autorité prises en application de la loi ». Aucun contrôle juridictionnel n'est prévu pour les mesures que le conseiller instructeur peut prendre en cours

<sup>4</sup> Avis du Conseil d'État n° 60.262 sur le projet de loi portant introduction d'une série de mesures à l'égard des activités économiques et accueillant un public dans le cadre de la lutte contre le virus SARS-CoV-2 (Covid-19) et dérogeant à certaines dispositions de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État (doc. parl. 7607<sup>8</sup>, p.5).

d’instruction, comme en matière de confidentialité, ni pour les « mesures provisoires » que l’Autorité de concurrence peut prendre sur le fondement de l’article 44 de la loi en projet.

Dans l’arrêt *Ravon et autres* du 21 février 2008<sup>5</sup>, la Cour européenne des droits de l’homme a considéré que l’article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l’homme « implique en matière de visite domiciliaire que les personnes concernées puissent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement ; le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d’irrégularité, soit de prévenir la survenance de l’opération, soit, dans l’hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l’intéressé un redressement approprié » et que « l’on ne saurait considérer que l’instance au cours de laquelle le juge examine la demande d’autorisation est conforme à l’article 6 § 1 alors que la personne visée par la perquisition projetée – qui ignore à ce stade l’existence d’une procédure intentée à son encontre – ne peut se faire entendre. » En outre, elle a considéré que le fait que « les opérations s’effectuent sous le contrôle du juge qui les a ordonnées, de sorte que, pendant leur déroulement, les personnes dont les locaux sont concernés ont la possibilité de le saisir en vue notamment d’une suspension ou de l’arrêt de la visite [...] ne permet pas un contrôle indépendant de la régularité de l’autorisation elle-même. »

Il est impensable que le seul article 65 satisfasse aux exigences de l’article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et libertés fondamentales, de l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et de l’article 3, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, de la directive n° 2019/1.

D’abord, en ce qui concerne les décisions du juge d’instruction visées à l’article 26, il est inconcevable qu’une juridiction administrative contrôle la régularité d’une décision prise par un juge judiciaire, qu’il s’agisse d’un juge d’instruction ou, si les auteurs de la loi en projet devaient suivre le Conseil d’État sur son observation précédente, le président du Tribunal d’arrondissement.

Ensuite, se pose la question de l’application de l’article 133 du Code de procédure pénale à la décision du juge d’instruction prise en application de l’article 26 de la loi en projet. La même interrogation mais à propos du Nouveau Code de procédure civile se poserait si les auteurs du projet de loi devaient remplacer le juge d’instruction par le président du Tribunal d’arrondissement. On pourrait certes répondre que le droit commun s’applique implicitement, mais le Conseil d’État est d’avis que le projet de loi devrait clairement et expressément indiquer les voies de recours applicables, soit directement, soit par référence à une disposition du Code de procédure pénale ou du Nouveau Code de procédure civile, selon le cas.

Finalement, les recours à prévoir ne doivent pas être susceptibles de retarder ou de bloquer la procédure d’instruction. Il faudra prévoir des procédures accélérées non suspensives. Ainsi, à propos des mesures provisoires, le considérant 38 de la directive n° 2019/1 prévoit que « [les] États membres devraient 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. »

Le Conseil d’État renvoie aux avis de la Cour supérieure de justice du 8 novembre 2019 et du Tribunal d’arrondissement de Luxembourg du 14 janvier 2020<sup>6</sup>.

Pour les raisons précitées, le Conseil d’État doit s’opposer formellement aux chapitres III à V du Titre IV du projet de loi pour absence de recours juridictionnels conformes aux prescrits de l’article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et libertés fondamentales, de l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et de l’article 3, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, de la directive n° 2019/1.

\*

Actuellement, le Conseil de la concurrence se compose de quatre conseillers effectifs et de cinq conseillers suppléants. La nouvelle Autorité de concurrence se composera de six membres permanents et d’un minimum de 6 membres suppléants. Selon le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l’année 2019, celui-ci a pris soixante-huit décisions sur la période 2007-2019. Le nombre d’avis sur

5 CEDH, arrêt du 21 février 2008, « *Ravon et autres c. France* », Requête n° 18497/03.

6 Doc.parl. n° 7479<sup>3</sup>

cette période n'y a pas été mentionné, mais en 2019 seuls un avis et deux rapports d'enquêtes sectorielles ont été rendus ou établis.

Le commentaire de l'article 10 de la loi en projet justifie cette augmentation par le fait qu'« afin notamment de pouvoir mener des inspections simultanées au siège de plusieurs entreprises, il est nécessaire de pouvoir constituer des équipes composées de personnes rompues au droit de la concurrence et aux techniques d'enquête. Dans ce cas, il est utile pour un conseiller instructeur de se faire assister par un ou plusieurs autres conseillers, ainsi que d'enquêteurs composant le cadre du conseil. » Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité d'avoir à plein-temps six membres permanents au regard de situations somme toute exceptionnelles, alors qu'il ne peut y avoir qu'un seul conseiller instructeur, et que celui-ci peut se faire accompagner d'agents de la catégorie de traitement A ou du groupe de traitement B1. Il reviendra sur la composition de l'Autorité de concurrence et la nomination de ses membres dans les articles y relatifs.

\*

Le Conseil d'État note que l'Autorité de concurrence peut siéger en deux formations distinctes, une « formation collégiale réunie à six » et une « formation collégiale réunie à trois ». Par ailleurs, l'article 6, paragraphe 3, prévoit que les règlements de l'Autorité de concurrence sont adoptés par « les membres permanents du Collège réunis au complet ».

Le Conseil d'État note qu'à plusieurs reprises, par exemple, à l'article 22 ou à l'article 23, paragraphes 3 et 4, il est fait référence à la « formation collégiale réunie à trois » qui prend une décision. Or, qu'elle siège à six ou à trois membres, ce sera toujours le collège de l'Autorité de concurrence qui prend la décision. Il faudra donc à chaque fois modifier la référence à la formation collégiale par une référence soit au Collège, soit au Collège siégeant en formation collégiale de six (ou de trois) membres. Cette même observation s'applique lorsque, comme, par exemple, aux articles 50 et 51, la décision est prise par l'Autorité de concurrence sans autre précision.

En revanche, d'autres articles, comme l'article 56, prévoient une demande adressée à l'Autorité de concurrence. Dans ce cas, lorsqu'aucune décision ne doit être prise, la référence à l'Autorité de concurrence ne signifie rien d'autre que la demande doit être adressée au président de l'Autorité de concurrence.

\*

Dans son avis du 6 octobre 2020 sur le projet de loi n° 7646 portant transposition de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, le Conseil de la concurrence a relevé que le projet de loi sous avis devait être amendé afin de tenir compte de ladite directive (UE) 2019/633. En fonction du calendrier de l'adoption de la loi en projet et du projet de loi n° 7646, il conviendra ou bien de modifier la loi issue du projet de loi n° 7646 (par exemple, en complétant le projet de loi sous avis) ou bien d'adapter le texte du projet de loi n° 7646 en conséquence.

\*

Le Conseil d'État se doit finalement de constater que la version du projet de loi figurant dans le tableau de correspondance avec le texte de la directive 2019/1 ne correspond pas toujours au texte du projet de loi déposé. Par exemple, l'article 44 du projet de loi vise le préjudice sérieux et irréparable « à l'ordre public économique, à l'économie du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou en cas de plainte, au plaignant », alors que dans le tableau de concordance, l'article 44 se réfère seulement à l'ordre public économique, et en cas de plainte, au plaignant.

\*

## EXAMEN DES ARTICLES

*Intitulé*

L'intitulé de la loi en projet est déroutant.

Outre qu'il y a lieu d'y omettre la mention de l'abrogation de la « loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence » et d'y ajouter la modification de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État, la future loi ne vise pas seulement l'organisation de l'Autorité nationale de concurrence. Les dispositions nationales applicables en matière de liberté de prix, d'ententes et d'abus de position dominante ainsi que les pouvoirs et les procédures à appliquer y figurent également. Le Conseil d'État propose de reprendre l'intitulé de la loi du 23 octobre 2011, même si celle-ci est abrogée. La loi précédente, à savoir celle du 17 mai 2004, portait déjà le même intitulé. L'article 82 de la loi en projet devra être adapté en conséquence.

Partant le Conseil d'État propose de retenir l'intitulé suivant :

« Loi relative à la concurrence et portant :

1° organisation de l'Autorité nationale de concurrence ;

2° modification de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État »

*Article 1<sup>er</sup>*

Sans observation.

*Article 2*

Au point 5°, la définition de l'« instance de recours » semble superflue dès lors qu'elle ne trouve qu'une seule occurrence à l'article 63, paragraphe 5 et désigne en fait le tribunal administratif, agissant comme instance de recours en vertu de l'article 65.

À partir du point 8°, le Conseil d'État demande qu'il soit remédié aux divergences constatées entre les définitions reprises par le projet de loi sous avis et les définitions correspondantes de l'article 2 de la directive n° 2019/1 :

<i>Article 2 du projet de loi</i>	<i>Article 2 de la directive (UE) 2019/1</i>
8° « entente » : tout accord ou toute pratique concertée entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché et/ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment à fixer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, à attribuer des quotas de production ou de vente, à répartir des marchés, notamment en présentant des soumissions concertées lors de marchés publics, à restreindre l'importation ou l'exportation et/ou à prendre des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents ;	11) « entente » : tout accord ou toute pratique concertée entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment, <b>mais pas uniquement</b> , à fixer <b>ou à coordonner</b> des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, <b>y compris au regard des droits de la propriété intellectuelle</b> , à attribuer des quotas de production ou de vente, à répartir des marchés <b>et des clients</b> , notamment en présentant des soumissions concertées lors de marchés publics, à restreindre l'importation ou l'exportation ou à prendre des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents ;
10° « immunité d'amendes » : le fait qu'aucune amende n'est infligée à une entreprise pour sa participation à une entente en récompense de sa coopération avec une autorité de concurrence dans le cadre d'un programme de clémence ;	13) « immunité d'amendes » : <b>l'exonération d'amendes qui auraient normalement été infligées</b> à une entreprise pour sa participation à une entente <b>secrète, afin de la récompenser</b> de sa coopération avec une autorité de concurrence dans le cadre d'un programme de clémence ;

<i>Article 2 du projet de loi</i>	<i>Article 2 de la directive (UE) 2019/1</i>
14° « déclaration effectuée en vue d'obtenir la clémence » : tout exposé oral ou écrit, ou toute transcription d'un tel exposé, présenté spontanément à une autorité de concurrence par une entreprise ou une personne physique, ou en leur nom, qui décrit la connaissance qu'a cette entreprise ou cette personne physique d'une entente et qui décrit leur rôle dans cette entente, dont la présentation a été établie expressément pour être soumise à l'autorité de concurrence en vue d'obtenir une immunité d'amendes ou la réduction de leur montant dans le cadre d'un programme de clémence, les informations préexistantes en étant exclues ;	17) « déclaration effectuée en vue d'obtenir la clémence » : tout exposé oral ou écrit, ou toute transcription d'un tel exposé, présenté spontanément à une autorité de concurrence par une entreprise ou une personne physique, ou en leur nom, qui décrit la connaissance qu'a cette entreprise ou cette personne physique d'une entente et qui décrit leur rôle dans cette entente, dont la présentation a été établie expressément pour être soumise à l'autorité de concurrence en vue d'obtenir une immunité d'amendes ou une réduction d'amendes dans le cadre d'un programme de clémence, <b><u>toute preuve qui existe indépendamment de la procédure de mise en œuvre, qu'elle figure ou non dans le dossier d'une autorité de concurrence, en étant exclue, à savoir les informations préexistantes</u></b> ;
15° « proposition de transaction » : la présentation par une entreprise, ou en son nom, à une autorité de concurrence d'une déclaration reconnaissant la participation de cette entreprise à une violation à l'article 4 ou 5 de la loi ou à l'article 101 ou 102 du TFUE et sa responsabilité dans cette violation, établie spécifiquement pour permettre à l'autorité de concurrence d'appliquer une procédure simplifiée ou accélérée ;	18) « proposition de transaction » : la présentation <b>spontanée</b> par une entreprise, ou au nom de celle-ci, à une autorité de concurrence d'une déclaration reconnaissant la participation de cette entreprise à une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou au droit national de concurrence et sa responsabilité dans cette infraction, <b>ou renonçant à contester une telle participation et la responsabilité qui en découle</b> , établie spécifiquement pour permettre à l'autorité de concurrence d'appliquer une procédure simplifiée ou accélérée ;

Quant à la définition 15° (« proposition de transaction »), le Conseil d'État marque néanmoins sa préférence aux renvois à la « violation » des articles 4 et 5 de la loi au projet ou 101 et 102 TFUE plutôt qu'à leur « infraction », cette dernière notion ayant une connotation pénale.

### Article 3

L'article 3 reprend l'article 2 de la loi précitée du 23 octobre 2011.

L'objet de l'article sous examen n'a pas de plus-value par rapport aux articles 4 et 5 et n'est plus mentionné dans la suite du texte du projet de loi. Il n'est d'ailleurs pas reflété dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Les paragraphes 2 et 3 prévoient la possibilité pour un règlement grand-ducal respectivement de fixer les prix ou marges des biens, produits ou services lorsque « la concurrence par les prix est insuffisante » dans des secteurs économiques et pour arrêter des mesures temporaires contre des hausses ou baisses de prix excessives en cas de dysfonctionnement conjoncturel du marché dans un ou plusieurs secteurs économiques.

Le paragraphe 4, qui figurerait plus utilement dans la loi modifiée du 10 février 2015 relative à l'organisation du marché de produits pétroliers, permet au ministre ayant l'Énergie dans ses attributions de conclure des contrats de programme en vue de fixer les prix maxima des produits pétroliers et qu'à défaut de tels contrats, les prix maxima peuvent être fixés par voie de règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État renvoie, dans ce contexte, à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui considère qu'en présence d'une matière réservée par la Constitution à la loi, la détermination des élé-

ments essentiels relève de la loi, tandis que les éléments moins essentiels peuvent être relégués au pouvoir réglementaire<sup>7</sup>. S'agissant d'une matière réservée à la loi, en l'occurrence la liberté du commerce au sens de l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution, il appartient à la loi de définir l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire prévues aux paragraphes 2, 3 et 4 avec une précision suffisante pour rendre le dispositif conforme à l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution. Par conséquent, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à ces paragraphes.

Le paragraphe 5 de l'article sous examen dispose que « les infractions aux règlements pris en application du présent article sont punies d'une amende de 251 à 50.000 euros ». D'une part, au regard de la référence aux règlements grand-ducaux, le Conseil d'État renvoie à son opposition formelle formulée ci-dessus. En outre, en vertu de l'article 14 de la Constitution, « le principe de la légalité de la peine implique (...) la nécessité de définir dans la loi les infractions en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés »<sup>8</sup>. Sur le fondement de l'article 14 de la Constitution, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 5 de l'article 3 de la loi en projet.

#### *Articles 4 et 5*

Sans observation.

#### *Article 6*

L'article 6 concerne le statut de l'Autorité de concurrence.

Les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 n'appellent pas d'observation.

Au paragraphe 3, il est fait référence aux règlements pris « par les membres permanents du Collège réunis au complet ». Il s'ensuit que tous les membres suppléants ne peuvent pas intervenir et que seuls les membres permanents du Collège sont habilités à participer à la prise de décision concernant les règlements qui seront pris par l'Autorité de concurrence. Il s'ensuit également que si un membre permanent est absent, pour quelque raison que ce soit, l'Autorité ne peut pas adopter de règlement. Que se passe-t-il lorsqu'un poste de membre permanent est vacant au moment de l'adoption du règlement en question ? Le Conseil d'État constate qu'il y aura donc trois formations collégiales différentes : celle composée de tous les membres permanents qui adoptent les règlements, la formation collégiale réunie à six et la formation collégiale réunie à trois, ces deux dernières, visées à l'article 16 du projet de loi, pouvant comprendre des membres suppléants.

Par ailleurs, le Conseil d'État relève que le paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, prévoit que « l'Autorité peut adopter des règlements [...] dans les cas prévus par la loi ».

Deux lectures de cette disposition sont possibles : selon une première lecture, il s'agirait de déterminer l'organe ou la composition de celui-ci compétent pour adopter un règlement de l'Autorité de concurrence, auquel cas, l'alinéa 1<sup>er</sup> devrait être déplacée vers l'article 16.

En revanche, selon une seconde lecture et comme le laisse apparaître le commentaire de l'article 6, qui considère que « le paragraphe 3 accorde le pouvoir réglementaire à l'Autorité », l'alinéa 1<sup>er</sup> peut aussi être considéré comme une disposition de fond relative à l'adoption de règlements par l'Autorité de concurrence. Dans ce cas, il constitue une disposition tout à fait générale qui couvre l'ensemble des matières relevant de la compétence de l'Autorité de concurrence. Or, aux termes de l'article 108*bis* de la Constitution, un établissement public ne dispose pas d'un pouvoir d'exécution similaire au pouvoir d'exécution dit « spontané » dont dispose le Grand-Duc au titre de l'article 36 de la Constitution. Dans

<sup>7</sup> Cour const., arrêt du 2 mars 2018, n° 132/18, Journal officiel N°96 du 20 mai 2018 et Cour const., arrêt du 7 décembre 2018, no 141/18, Mém. A No 1127 du 13 décembre 2018

<sup>8</sup> Cour const., arrêt du 6 juin 2018, n° 138/18, Journal officiel N°459 du 8 juin 2018.

son avis du 8 décembre 2020 sur le projet de loi n° 7638<sup>9</sup>, le Conseil d'État a souligné que « le pouvoir réglementaire d'un établissement public ne saurait avoir la portée du pouvoir réglementaire du Grand-Duc, mais ne peut s'exercer qu'au titre d'une base légale précise qui en détermine les limites. S'ajoute à cela que, dans les matières réservées à la loi, même le Grand-Duc ne peut agir, au titre de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, qu'en vertu d'une mission expresse que lui attribue le législateur. Partant, le pouvoir réglementaire d'un établissement public ne saurait, dans ces matières, être conçu dans des termes plus larges que ceux prévus par l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution ». Le Conseil d'État doit ainsi s'opposer formellement au paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'article 6. Chaque règlement de l'Autorité de concurrence doit disposer d'un ancrage dans la loi, de sorte qu'il faut préciser à chaque fois dans cette loi lorsqu'un pouvoir réglementaire de l'Autorité de concurrence est prévu. Ainsi, si un code de conduite, qui est prévu par la directive n° 2019/1 doit être mis en place, il faudra le mentionner expressément et en déterminer les éléments essentiels pour être conforme à la Constitution.

Le paragraphe 4 prévoit un règlement intérieur « qui comprend [les] procédures et méthodes de travail » de l'Autorité de concurrence. L'article 6 mentionne ainsi à première vue deux catégories de règlements, ceux du paragraphe 3, à considérer cette disposition comme une disposition de fond et non une disposition fixant l'organe compétent pour prendre des règlements (cf. supra), et le règlement d'intérieur du paragraphe 4 qui fixe les procédures et méthodes de travail de l'Autorité de concurrence. Le Conseil d'État relève que le commentaire de l'article 6 explique que « le paragraphe 3 accorde le pouvoir réglementaire à l'Autorité, aussi bien pour établir son règlement d'ordre intérieur, que pour édicter un code de conduite (...) ou pour prendre des règlements dans les cas prévus par la loi ». Il suppose que ce « règlement d'ordre intérieur » est le règlement intérieur mentionné au paragraphe 4.

Le règlement « intérieur » prévu dans la loi en projet n'est que faussement « intérieur » car il peut affecter les opérateurs économiques et les consommateurs. Ce règlement intérieur est de même nature que les règlements visés au paragraphe 3. Pourquoi n'avoir pas prévu la fixation des procédures et méthodes de travail parmi les règlements adoptés en application du paragraphe 3 ?

Quelle sera la composition ou formation de l'Autorité qui sera en droit d'adopter ce règlement d'ordre intérieur ? Pourquoi rien n'est prévu quant à sa publication contrairement à ce qui est prévu au paragraphe 3 ?

Certes la loi du 1<sup>er</sup> août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données prévoit aussi, en son article 32, l'existence d'un « règlement d'ordre intérieur » (appelé dans le projet de loi sous examen « règlement intérieur »), mais cette loi de 2018 ne prévoit pas expressément l'adoption de règlements par la CNPD. En outre, elle fixe le contenu du règlement d'ordre intérieur (article 33) ainsi que sa publication au Journal officiel (article 32, paragraphe 1<sup>er</sup>).

Contrairement à l'article 32, paragraphe 2, de la loi du 1<sup>er</sup> août 2018 précitée, qui dispose que « le collège peut déléguer des compétences de nature technique ou administrative à un membre du collège » et que « une telle délégation doit être fixée par le règlement d'ordre intérieur », le paragraphe 4, alinéa 2, de l'article sous rubrique ne vise qu'une délégation faite par le président de l'Autorité de concurrence, sans qu'une telle délégation soit prévue dans le règlement intérieur de l'Autorité de concurrence et sans qu'elle fasse l'objet d'une publication. Si la délégation des compétences de nature

9 Avis du Conseil d'État n° 60.313 du 20 décembre 2020 relatif au projet de loi portant : 1. transposition : a) de la directive (UE) 2019/878 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2013/36/UE en ce qui concerne les entités exemptées, les compagnies financières holding, les compagnies financières holding mixtes, la rémunération, les mesures et pouvoirs de surveillance et les mesures de conservation des fonds propres ; et b) de la directive (UE) 2019/879 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant la directive 2014/59/UE en ce qui concerne la capacité d'absorption des pertes et de recapitalisation des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la directive 98/26/CE ; 2. mise en œuvre du règlement (UE) 2019/876 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 modifiant le règlement (UE) n° 575/2013 en ce qui concerne le ratio de levier, le ratio de financement stable net, les exigences en matière de fonds propres et d'engagements éligibles, le risque de crédit de contrepartie, le risque de marché, les expositions sur contreparties centrales, les expositions sur organismes de placement collectif, les grands risques et les exigences de déclaration et de publication, et le règlement (UE) n° 648/2012 ; et 3. modification : a) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; b) de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ; c) de la loi modifiée du 24 mars 1989 sur la Banque et Caisse d'Épargne de l'État, Luxembourg ; d) de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ; e) de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme ; f) de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres ; et g) de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 7638, p.5).

technique ou administrative reste du pouvoir du seul président de l'Autorité de concurrence, il y a lieu de déplacer l'alinéa 2 du paragraphe 4 vers l'article 12 de la loi en projet, car le président ne peut déléguer que ses propres pouvoirs.

#### *Article 7*

L'article sous examen entend transposer l'article 4, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, de la directive n° 2019/1. La lettre c) de l'article 7, paragraphe 2, de la loi en projet, ne transpose pas entièrement la lettre c), du paragraphe 2 de l'article 4 de cette directive et plus particulièrement le traitement des conflits d'intérêts. Le commentaire précise à cet égard « voir également une lecture combinée avec le futur règlement intérieur de l'Autorité et/ou code de conduite qui reprendra les détails concernant les exigences d'indépendance »<sup>10</sup>. Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 6 à propos de ce « code de conduite ».

Au paragraphe 2, lettre c), pour préciser les obligations qui incombent en vertu de l'article 4, paragraphe 2, lettre c), de la directive n° 2019/1 aux membres de l'Autorité de concurrence, il convient d'insérer spécifiquement dans la loi une disposition particulière relative aux conflits d'intérêts, y compris la durée pendant laquelle des conflits d'intérêts peuvent être invoqués, la procédure à suivre en présence d'un tel conflit d'intérêts, l'autorité qui prend la décision, les sanctions applicables ainsi que les recours juridictionnels. Il convient dans le même sens de préciser que les membres permanents du Collège et les agents de l'Autorité de concurrence resteront soumis à un devoir de réserve une fois qu'ils auront quitté leurs fonctions. Dans tous les cas, il faudra également tenir compte du fait que les membres permanents du Collège et les agents de l'Autorité de concurrence ont le statut de fonctionnaire.

#### *Article 8*

L'article 8 énumère les attributions de l'Autorité de concurrence.

La phrase introductive de l'article sous examen dispose que « les attributions de l'Autorité sont notamment : ».

Le Conseil d'État relève que l'emploi du terme « notamment » permet à l'Autorité de concurrence d'agir à sa guise ; le terme en question est, par conséquent, sous peine d'opposition formelle fondée sur l'article 108*bis* de la Constitution, qui exige que les attributions d'un établissement public soit fixé dans la loi, à omettre.

Le point 6) permet à l'Autorité de concurrence de conclure des « accords de coopération bilatéraux ou multilatéraux ».

Dans son avis du 8 décembre 2020 sur le projet de loi n° 7638<sup>11</sup>, le Conseil d'État avait considéré que des accords de coopération « ne constituent pas, à ses yeux, des arrangements administratifs fondés sur un traité au sens de l'article 37 de la Constitution, mais bien des accords autonomes réglant la façon dont la CSSF sera appelée à travailler avec ses homologues. La CSSF constitue un établissement public, doté d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de l'État, qui peut en tant que telle, contracter des obligations de coopération en vue de la mise en œuvre d'une directive. » Cette observation s'applique par analogie aux accords de coopération visés au point 6) de l'article 8 de la loi en projet.

Les accords de coopération peuvent être conclus « avec toute entité, dont les entités publiques relevant de l'administration de l'État, respectivement les autorités de régulation, en vue de garantir l'application effective des règles de concurrence nationales et européennes. » Selon cette disposition, les entités avec lesquelles l'Autorité de concurrence a conclu un accord de coopération ont l'obligation de communiquer à l'Autorité de concurrence « tous les faits dont elles prennent connaissance susceptibles de constituer une violation » des articles 4 et 5 du projet de loi ou 101 et 102 TFUE.

Le Conseil d'État s'interroge si sont visés les accords conclus dans le cadre du réseau européen de la concurrence. Dans cette hypothèse, il convient de le préciser, la notion de « réseau européen de la concurrence » étant définie à l'article 2.

Si cette disposition vise également des entités de droit étranger, quelle qu'en soit la forme, certes l'Autorité de concurrence peut conclure des accords avec de telles entités, mais une disposition légale

<sup>10</sup> Voir doc. parl. n° 7479, page 57.

<sup>11</sup> Avis du Conseil d'État n° 60.313 du 8 décembre 2020, précité (doc. parl. n° 7638, p.13).

luxembourgeoise ne peut en aucun cas leur imposer une obligation de communiquer des informations. Quelle serait d'ailleurs la sanction de la violation d'une telle obligation ?

Cette obligation ne pouvant être limitée qu'aux « entités » de droit luxembourgeois, le Conseil d'État aurait préféré que cette obligation soit inscrite dans un article spécifique, car elle est indépendante de la conclusion d'un accord.

S'il s'agit d'entités luxembourgeoises, les termes « entités publiques relevant de l'administration de l'État respectivement les autorités de régulation » sont erronés : d'une part, qu'est-ce qu'une entité publique relevant de l'administration de l'État ? S'agit-il d'une administration, mais celle-ci ne dispose pas d'une personnalité juridique propre et ne peut pas, en tant que telle, conclure un accord avec l'Autorité de concurrence ? S'agit-il d'un établissement public ? D'autre part, qui est visé par « autorité de régulation » ? Si ces termes désignent la Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances ou l'Institut luxembourgeois de régulation, il s'agit d'établissements publics. Le texte du point 6) est à préciser sur ce point.

Finalement, se pose la question du respect de la protection des données, dans la mesure où des données à caractère personnel seront transférées, en vertu d'un accord de coopération, d'une entité à l'Autorité de concurrence, donc pour une finalité différente de celle pour laquelle ces données ont été collectées. Le Conseil d'État renvoie à l'article 6, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Il considère qu'en l'absence d'un texte explicite dans la loi organique de l'institution partenaire à un tel accord de coopération, le dispositif sous examen ne saurait servir de base légale suffisante à la communication de données personnelles par cette institution à l'Autorité de concurrence et doit, par conséquent, s'opposer formellement à la disposition sous examen.

#### *Article 9*

L'article 9 traite du secret professionnel des membres du Collège de l'Autorité de concurrence.

Le Conseil d'État demande que le paragraphe 5 relatif aux pouvoirs de l'Autorité de concurrence en matière de contrôle et d'inspection visés aux articles 25 à 27 soit déplacé vers l'article 27. En effet, comme le relève l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, le secret professionnel visé par le paragraphe 5 est celui applicable aux avocats, notaires, réviseurs d'entreprises et cabinets de révision, alors que l'article 9 traite du secret professionnel des membres du Collège et des agents de l'Autorité de concurrence. Il convient également de modifier les lois mentionnées au paragraphe 5 pour y prévoir les pouvoirs d'enquête de l'Autorité de concurrence qui ne relèvent ni de la procédure civile, ni de la procédure pénale.

#### *Article 10*

L'article 10 concerne la composition du Collège de l'Autorité de concurrence.

Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales en ce qui concerne le nombre de conseillers permanents.

Il constate également que, sous l'empire de la loi précitée du 23 octobre 2011, un conseiller effectif et un conseiller suppléant doivent relever de la magistrature, alors que cette condition n'est prévue par le projet de loi que pour au moins un membre suppléant seulement, sans que le commentaire de l'article sous examen en donne la moindre explication.

#### *Article 11*

La nomination des membres permanents par le Grand-Duc est précédée d'un avis d'une commission de sélection, et les qualifications exigées des membres permanents sont énumérées au paragraphe 5. Pour les membres suppléants, le paragraphe 3 renvoie à un règlement grand-ducal pour les modalités de sélection et procédures de recrutement.

D'abord, le Conseil d'État se doit de soulever la différence existant avec la procédure de nomination des membres du collège et des membres suppléants de la CNPD. D'une part, pour ces derniers, aucune procédure de sélection par l'intermédiaire d'une commission ad hoc n'est prévue et, d'autre part, l'article 18, alinéa 2, de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018 précise que « [l]es membres du collège et les membres suppléants sont nommés sur la base de leur compétence et expérience en matière de protection

des données à caractère personnel », ce qui n'est pas le cas pour les membres permanents et suppléants du collège de l'Autorité de concurrence.

Ensuite, au regard des exigences de l'article 4, paragraphe 4, de la directive 2019/1 précitée, le Conseil d'État s'interroge sur la distinction faite entre le processus de sélection des membres permanents, dont la nomination est soumise à un avis motivé de la commission de sélection, et les membres suppléants dont les modalités de sélection et les procédures de recrutement sont déterminées par voie réglementaire.

Enfin, le Conseil d'État relève que la commission de sélection devra se fonder sur les critères énoncés au paragraphe 5 et ne peut pas y ajouter d'autres.

Le Conseil d'État propose que tous les membres, permanents et suppléants, soient soumis à une procédure unique. La commission de sélection pourra ou bien procéder à une évaluation des candidats et émettre un avis, ou bien même proposer les candidats à la nomination comme membre permanent ou membre suppléant.

L'article 18, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018 prévoit que tant les membres du collège que les membres suppléants doivent remplir « les conditions d'admission pour l'examen-concours du groupe de traitement A1 et ayant la nationalité luxembourgeoise. » Une telle précision ne figure pas dans la loi en projet, alors même que l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi en projet précise que les membres permanents, tout comme les membres du collège de la CNPD, ont la qualité de fonctionnaire de l'État.

La loi en projet n'exige pas des membres permanents ou suppléants qu'ils aient la nationalité luxembourgeoise. Dans le cadre du projet de loi n° 7184, qui deviendra la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018, le Conseil d'État avait considéré, dans son avis du 30 mars 2018<sup>12</sup>, que :

« Se pose la question de savoir si la condition de nationalité s'applique sachant que la CNPD exerce des prérogatives de puissance publique. Le Conseil d'État note que le règlement grand-ducal du 12 mai 2010 déterminant les emplois dans les administrations de l'État et les établissements publics comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres personnes morales de droit public prévoit, à son article 1<sup>er</sup>, point 10, que les emplois visés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'État, constituent des emplois comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres personnes morales de droit public. La loi précitée du 9 décembre 2005 prévoit à son tour, à l'article 1<sup>er</sup>, huitième tiret, que les fonctions de « commissaire, commissaire de Gouvernement ou commissaire de Gouvernement adjoint » constituent des fonctions dirigeantes.

Même si ces dispositions ne visent pas expressément les membres de la CNPD, le Conseil d'État considère que les modifications opérées à l'endroit de l'article 70 du projet de loi sous rubrique, qui introduit la nouvelle dénomination de « commissaire », a toutefois pour effet d'étendre le champ d'application du règlement grand-ducal précité du 12 mai 2010 aux membres de la CNPD. Se pose toutefois la question de savoir si le critère de nationalité sera étendu aux membres suppléants qui ne relèvent pas du statut de fonctionnaire. »

Suite à cet avis, la commission parlementaire compétente avait modifié le projet de loi pour préciser que les membres permanents de la CNPD devraient avoir la nationalité luxembourgeoise et que les

12 Avis n° 52.422 du Conseil d'État du 30 mars 2018 relatif au projet de loi portant création de la Commission nationale pour la protection des données et la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, portant modification du Code du travail et de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État et abrogeant la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (doc. parl. n° 7184<sup>12</sup>, p.13).

membres suppléants devaient être des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne. Dans son avis complémentaire du 26 juin 2018<sup>13</sup>, le Conseil d'État avait observé que :

« La reformulation de l'ancien article 23 (article 19 nouveau) est destinée à apporter une réponse aux interrogations formulées par le Conseil d'État dans son avis du 30 mars 2018 concernant la nationalité et les compétences des membres de la CNPD ainsi que l'exigence de transparence de la procédure de nomination. Le Conseil d'État ne saurait admettre que le critère de la nationalité soit abandonné pour les membres suppléants. Si ce critère est retenu pour les membres de la CNPD, au motif qu'ils participent à l'exercice de la puissance publique au sens du droit européen, ce critère doit également jouer pour les membres suppléants appelés, ne fût-ce qu'occasionnellement, à exercer les mêmes prérogatives. Le Conseil d'État relève qu'il est incohérent, et, partant, contraire au principe de sécurité juridique, de même qu'au principe d'égalité consacrée à l'article 10*bis* de la Constitution, de prévoir des régimes différents. Les arguments, fondés sur des considérations pratiques, exposés dans le commentaire et consistant dans l'utilité de pouvoir investir des fonctions de suppléant des agents de la CNPD qui ne sont pas des fonctionnaires de nationalité luxembourgeoise n'emportent pas la conviction du Conseil d'État. Il ne saurait d'ailleurs concevoir que les membres suppléants de l'autorité de contrôle soient recrutés parmi les agents de la CNPD, étant donné que ces derniers se trouvent dans un rapport de subordination fonctionnelle vis-à-vis du président de l'autorité de contrôle et peuvent dès lors difficilement assumer le rôle de membres indépendants dans une affaire où ils siègent comme suppléants. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement au dispositif prévu par l'amendement. »

Comme le Conseil d'État l'a relevé dans son avis du 30 mars 2018 à propos de la CNPD, l'Autorité de concurrence va exercer des prérogatives de puissance publique. Ceci pose la question de l'existence du critère de nationalité pour les autres membres du collège, qui forment avec le président un organe collégial. S'y ajoute que le président et les autres membres permanents du collège se voient attribuer la qualité de fonctionnaires aux termes de l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, du projet de loi sous examen.

Le Conseil d'État constate que le critère nationalité est expressément prévu par la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018. Il ne saurait concevoir de raisons justifiant cette différenciation et insiste, sous peine d'opposition formelle, fondée sur l'article 10*bis* de la Constitution au regard du régime applicable sur ce point aux autres autorités investies de prérogatives de puissance publique, que les membres du collège de l'Autorité de concurrence aient la nationalité luxembourgeoise. Les auteurs du projet de loi peuvent à ce titre s'inspirer de la formulation retenue pour les membres du collège de la CNPD.

Par ailleurs, le Conseil d'État s'étonne de ce que la dernière phrase du paragraphe 5 prévoit que les membres permanents soient dispensés du contrôle de la connaissance des trois langues administratives. Il semble que la dispense ne vise pas le contrôle de la connaissance des trois langues administratives, mais l'exigence de la connaissance même de ces langues. Cette disposition signifie qu'à contrario, les membres suppléants ne sont pas dispensés du contrôle ou de la connaissance des trois langues administratives.

Les auteurs du projet de loi justifient cette absence de condition par « la relative pénurie de spécialistes en droit de la concurrence au Grand-Duché de Luxembourg ». Il n'en demeure pas moins que, tant devant le conseiller instructeur que devant la formation collégiale, les parties doivent pouvoir soumettre leur argumentation et être entendues dans l'une des langues administratives du pays et que les conseillers instructeurs et les membres de la formation collégiale doivent comprendre les arguments présentés oralement et par écrit. Il relève également que les membres effectifs et suppléants de la CNPD, qui interviennent également dans des matières où le nombre de spécialistes est restreint, doivent posséder la nationalité luxembourgeoise<sup>14</sup>. Si les auteurs du projet de loi reprennent la formulation retenue dans la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018 comme indiqué ci-dessus à propos du critère de nationalité des membres du collège de l'Autorité de concurrence. La dernière phrase du paragraphe 5 de l'article 11 de la loi en projet devient superflue.

13 Avis complémentaire n° 52.422 du Conseil d'État du 26 juin 2018 relatif au projet de loi portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), portant modification du Code du travail et de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État (doc.parl. n° 7184<sup>28</sup>, p.7, à propos de l'amendement 12).

14 Article 18, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018.

### *Article 12*

Les auteurs de la loi en projet ont concentré tous les pouvoirs dans le chef du président de l'Autorité de concurrence, y compris le pouvoir de discipline sur les autres membres permanents, alors que la CNPD dispose d'une organisation beaucoup plus collégiale. Néanmoins, le Conseil d'État ne peut accepter que le président de l'Autorité de concurrence exerce un pouvoir disciplinaire sur les autres membres et renvoie à l'article 25, paragraphe 3, de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018 dans lequel cette question est réglée pour la CNPD.

### *Article 13*

Le Conseil d'État propose de compléter la disposition en permettant le remplacement du président par le vice-président également en cas d'absence du président.

### *Article 14*

L'article 14 prévoit le statut du « chef du service juridique » : celui-ci serait désigné parmi les agents de l'Autorité de concurrence et ses missions seraient prévues dans le règlement intérieur.

Le Conseil d'État souligne l'absence de plus-value dans cette disposition : pourquoi mentionner, dans la loi, que l'Autorité de concurrence sera dotée d'un chef du service juridique ? L'Autorité de concurrence peut se doter d'un service juridique, tout comme d'un service de ressources humaines ou d'un service comptable, sans qu'il faille le mentionner spécialement dans la loi. Le commentaire souligne que le « niveau de responsabilité » au sein de l'Autorité de concurrence justifierait que « le poste du chef du service juridique sera un poste à responsabilité particulières ». À lire les missions énumérées dans le commentaire de l'article sous examen et qui seront conférées à cet agent, le Conseil d'État n'est pas du tout convaincu qu'il faille le mettre particulièrement en avant.

Par conséquent, l'article 14 est donc tout à fait superflu<sup>15</sup>. Preuve en est, la loi en projet ne mentionne ce « chef du service juridique », qui, en fait, est un agent de l'Autorité de concurrence comme un autre, nulle part ailleurs.

Au regard de l'article 16, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État, le poste de chef du service juridique peut être fixé dans l'organigramme de l'Autorité de concurrence.

### *Article 15*

Le paragraphe 1<sup>er</sup> fait double emploi avec l'article 24. Le Conseil d'État propose de supprimer ce paragraphe et de déplacer le paragraphe 2, sur lequel il n'a pas d'observation, vers l'article 24.

Si, néanmoins, l'article 24 devait être maintenu, il faudrait remplacer, au paragraphe 1<sup>er</sup>, l'« ordonnance » par la « décision du président » ou simplement « par le président » et la référence à la « loi » par celle à la « présente loi ». Le Conseil d'État note que si l'article 15 prévoit que le conseiller instructeur est « nommé », aux termes de l'article 24, le conseiller instructeur est « désigné » par le président. Une cohérence des termes s'impose. Le Conseil d'État marque sa préférence avec le terme « désigné ».

### *Article 16*

L'article 16 fixe les compétences respectives de « la formation collégiale réunie à six » et de « la formation collégiale réunie à trois ».

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à six » et « formation collégiale réunie à trois ».

La « formation collégiale réunie à six », visée au paragraphe 1<sup>er</sup>, est composée du président, du vice-président et de « quatre conseillers ». Les « quatre conseillers » sont-ils tous les conseillers effectifs ou est-ce qu'un ou plusieurs conseillers suppléants peuvent siéger dans cette formation collégiale ? La réponse semble à première vue pencher pour la seconde alternative, mais le Conseil d'État relève que le paragraphe 2 relatif à la « formation collégiale réunie à trois » mentionne expressément « deux

<sup>15</sup> Les postes à responsabilité particulière sont déterminés par un organigramme, cf. article 16, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéas 1<sup>er</sup> à 3, loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État.

conseillers effectifs ou suppléants ». Les auteurs de la loi en projet doivent préciser le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 16 en ce sens.

La « formation collégiale réunie à six » comprend le président et le vice-président. Partant cette formation ne pourra pas se réunir ni prendre de décision en cas d'absence de l'un ou de l'autre.

Le paragraphe 2 concerne la « formation collégiale réunie à trois » qui se compose « du président ou du vice-président et de deux conseillers effectifs ou suppléants ». Qui est-ce que détermine lesquels des conseillers effectifs ou suppléants vont siéger dans cette formation ? Est-ce que le président peut à sa guise fixer la composition de la formation collégiale réunie à trois ? Surtout, comment est-ce que la formation collégiale réunie à trois peut ouvrir une procédure de sa propre initiative aux termes de l'article 22 si elle n'a pas encore été constituée ? Est-ce que, si une formation à trois ouvre une procédure ou intervient lors de la procédure (p.ex. en prenant des mesures provisoires), il s'agit de la même composition qui doit prendre la décision au fond ?

Au paragraphe 2, lettre k), le Conseil d'État demande que la notion d'« avis » soit remplacée par celle de « décision d'immunité ou réduction d'amendes ». Il convient en outre de mentionner aussi les articles 57 et 58.

#### Article 17

Le Conseil d'État note que si le paragraphe 3 transpose la première phrase de l'article 4, paragraphe 3, de la directive n° 2019/1, les deux autres phrases de cette disposition ne sont pas transposées. Selon celles-ci, les personnes qui prennent des décisions en exerçant les pouvoirs visés aux articles 10 à 13 et à l'article 16 de cette directive, au sein des autorités nationales de concurrence administratives, « ne peuvent être révoquées que si elles ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions ou si elles ont été jugées coupables d'avoir commis une faute grave selon le droit national. Les conditions requises pour exercer leurs fonctions et la définition de ce qui constitue une faute grave sont préalablement arrêtées dans le droit national, en tenant compte de la nécessité d'assurer une mise en œuvre efficace. »

Le Conseil d'État constate que le paragraphe 3 n'a pas prévu que les membres de l'Autorité de concurrence peuvent être révoqués s'ils « ont été jugés coupables d'avoir commis une faute grave selon le droit national ». Le Conseil d'État ne peut admettre qu'un membre de l'Autorité de concurrence qui s'est ainsi rendu coupable d'une faute grave ne puisse pas être révoqué. En ce qui concerne les membres de la CNPD, il note que l'article 25, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018 dispose que « [les] membres du collège et membres suppléants ne peuvent être révoqués de leurs fonctions que s'ils ont commis une faute grave ou s'ils ne remplissent plus les conditions nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. Dans ces cas, la révocation a lieu par le Grand-Duc sur proposition du Conseil de gouvernement. » Par conséquent, le Conseil d'État demande que le paragraphe 3 soit complété en reprenant la possibilité de révocation pour faute grave en reprenant la notion de faute grave, tel qu'elle est déjà utilisée dans le statut général de la fonction publique.

En lien avec l'observation faite à l'endroit de l'article 12 de la loi en projet, il convient également de préciser par qui cette révocation peut être prise. Il est, à nouveau, renvoyé à l'article 25, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018.

Au paragraphe 5, seul le président se voit exclure l'application de l'article 1<sup>er</sup>, alinéas 3 et 4, de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'État. La raison avancée par les auteurs du projet de loi est que le président doit jouir d'une « indépendance absolue ». Le Conseil d'État s'interroge sur les raisons pour ne pas étendre cette exception au vice-président et aux autres membres du collège de l'Autorité de concurrence. Tous les membres de l'Autorité de concurrence doivent bénéficier d'une indépendance totale. Le Conseil d'État exige donc que l'exclusion proposée pour le seul président soit étendue à tous les membres de l'Autorité de concurrence, sous peine d'opposition formelle fondée sur la transposition incomplète de l'article 4 de la directive 2019/01 et sur l'article 10*bis* de la Constitution.

Au paragraphe 5, le procédé de législation par référence à un texte existant « moyennant les adaptations nécessaires » ou encore « *mutatis mutandis* » est à éviter comme étant source d'insécurité juridique, du fait qu'il contraint le lecteur à trouver lui-même les aspects des dispositions qui doivent être adaptées pour qu'elles soient comprises correctement. Partant, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au paragraphe 5.

Par ailleurs, le Conseil d'État relève le caractère bien plus exact des dispositions correspondant à celles du paragraphe 5 contenues aux articles 21 et 22 de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018 qui font une distinction entre le membre du collège de la CNPD, qui bénéficiait auparavant du statut d'agent de l'État, et dont le mandat n'est pas renouvelé ou qui est révoqué, et le membre de ce collège, qui ne bénéficiait pas auparavant du statut d'agent de l'État et dont le mandat n'est pas renouvelé ou qui est révoqué.

#### *Article 18*

Le cadre du personnel d'un établissement public ne comprend pas les membres du Collège mais le personnel administratif qui lui est attaché. Dans la mesure où l'Autorité de concurrence n'est pas une administration, il est nécessaire de distinguer le cadre du personnel des membres du Collège. Le Conseil d'État renvoie à l'article 28 de la loi précitée du 1<sup>er</sup> août 2018. Le projet de loi initial qui allait devenir la loi du 1<sup>er</sup> août 2018 contenait une disposition similaire à l'article sous examen et, dans son avis du 30 mars 2018<sup>16</sup>, le Conseil d'État avait considéré que « il y a lieu d'omettre la référence aux membres du collège dans la détermination du cadre personnel de la CNPD. Conformément au règlement, l'autorité de contrôle nationale est composée de membres et dispose de ses propres agents. L'article sous examen est rédigé dans l'optique, juridiquement erronée, que la CNPD constitue une administration. »

#### *Article 19*

Il résulte de la lecture combinée des articles 19 et 20 que tous les enquêteurs sont officiers de police judiciaire. Les articles 26 et 27 de la loi en projet sont assez confus et utilisent tantôt les termes d'agents tantôt d'enquêteurs.

#### *Article 20*

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit des considérations générales.

#### *Article 21*

L'article 21 entend certes transposer l'article 3 de la directive n° 2019/1 dont les deux premiers paragraphes disposent que :

- « 1. les procédures concernant des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris l'exercice des pouvoirs prévus dans la présente directive par les autorités nationales de concurrence, sont conformes aux principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
2. Les États membres s'assurent que l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 est subordonné à des garanties appropriées pour ce qui concerne les droits de la défense des entreprises, y compris le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif devant un tribunal. »

Il ne suffit pas de recopier l'article 3 de la directive n° 2019/1, mais, d'une part, de prévoir des procédures qui « sont conformes aux principes généraux du droit de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », et, d'autre part, d'inscrire dans la loi « des garanties appropriées pour ce qui concerne les droits de la défense des entreprises, y compris le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif devant un tribunal ».

Le Conseil d'État constate d'ailleurs que les articles de la loi en projet relatifs à la procédure d'instruction ne sont pas conformes au prescrit de l'article 3 de la directive n° 2019/1. Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales et aux observations sous les articles 22 et suivants.

Si ce paragraphe 1<sup>er</sup> devait néanmoins être maintenu, il devrait être rédigé de la manière suivante :

« Les procédures concernant la violation des articles 4 et 5 de la présente loi et 101 et 102 du TFUE, y compris l'exercice des pouvoirs prévus au sein de conférés à l'Autorité par la présente loi, ~~sont conformes les~~ respectent les principes généraux du droit de l'Union européenne et la

<sup>16</sup> Avis n° 52.422 du Conseil d'État du 30 mars 2018, précité (doc. parl. n° 7184<sup>12</sup>, p. 16).

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et sont conduites dans un délai raisonnable. »

Au paragraphe 2, les termes « en tout état de cause » sont superflus.

#### Article 22

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis au sujet de la référence à la « formation collégiale réunie à trois ». L'article sous examen n'appelle pas d'autre observation.

#### Article 23

L'article sous rubrique concerne le traitement des plaintes reçues par l'Autorité de concurrence.

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis au sujet de la référence à la « formation collégiale réunie à trois ».

Au deuxième tiret du paragraphe 2, l'adverbe « notamment » est à supprimer.

Le Conseil d'État propose de scinder le quatrième tiret en deux parties : ce tiret serait limité à « la description détaillée des faits dénoncés » et, un nouvel alinéa 2 serait ajouté à ce paragraphe 2 qui se lirait ainsi : « La plainte doit être accompagnée des documents et éléments de preuve sur les faits dénoncés dans la plainte et dont le plaignant dispose ».

Au paragraphe 3, il convient de préciser qu'en cas de suspension de la procédure décidée par le Collège, cette suspension ne vaut qu'en attendant la décision de l'autre autorité de concurrence ayant autorité de chose décidée ou jugée. Qu'en est-il si une plainte a été déposée, qu'un conseiller instructeur a été désigné et qu'ensuite le Collège ou le conseiller instructeur est informé de l'existence d'une autre procédure devant une autorité de concurrence sur les mêmes faits ? Est-ce qu'alors le paragraphe 3 s'applique également ? Dans l'affirmative, il faudra en faire une disposition à part puisque le dispositif contenu dans ce paragraphe a vocation à s'appliquer tout au long de la procédure d'instruction.

Le Conseil d'État propose de réunir les paragraphes 4 et 5, de sorte que le paragraphe 5 devienne le dernier tiret du paragraphe 4. En effet, celui-ci vise également une situation dans laquelle le Collège peut rejeter une plainte.

Le Conseil d'État rappelle également que pour les décisions du Collège la procédure administrative non-contentieuse s'applique, de sorte qu'un rejet, notamment pour absence de priorité, doit être motivé. Le rejet peut faire l'objet d'un recours contentieux en application de l'article 65<sup>17</sup>.

#### Article 24

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 15 de la loi en projet.

Dans la première phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup>, la référence à l'ordonnance du président doit être remplacée par une décision du président ou simplement par la désignation du conseiller instructeur par le président, dans la mesure où la référence à une « ordonnance » revêt la nature d'une décision de justice.

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de prévoir que la décision présidentielle mentionne également « le ou les secteurs de l'économie faisant l'objet de l'enquête ». En effet, l'instruction doit se faire à propos d'un comportement anticoncurrentiel par une entreprise ou association d'entreprises (entente ou abus de position dominante), et il appartient au seul conseiller instructeur de fixer le ou les marchés pertinents affectés par un tel comportement. Le Conseil d'État propose donc de faire abstraction de cette dernière phrase. Si le paragraphe 1<sup>er</sup> n'est pas modifié dans le sens indiqué ci-avant, le conseiller instructeur sera limité par la décision du président de l'Autorité de concurrence. Est-ce que les entreprises et associations d'entreprises concernées peuvent former un recours contre la fixation du ou des secteurs de l'économie faisant l'objet de l'enquête ?

À supposer que cette phrase soit maintenue, le Conseil d'État suggère de modifier les deux autres phrases de cet alinéa 1<sup>er</sup> ainsi :

« Le président détermine par la même occasion 'ordonnance désigne le ou les secteurs de l'économie faisant l'objet de l'enquête. Il peut, en cours d'instruction, désigner un autre conseiller instructeur modifier cette désignation et lui confier l'instruction de l'affaire à un nouveau conseiller. De même, il peut en cours d'instruction, modifier le ou les secteurs de l'économie faisant

<sup>17</sup> Voir considérant 23 de la directive n° 2019/1: « Dans les cas de plaintes déposées de façon officielle, ces rejets devraient être subordonnés à l'existence de voies de recours efficaces, dans le droit national ».

l'objet de l'enquête. L'ordonnance désigne le ou les secteurs de l'économie faisant l'objet de l'enquête. »

#### *Articles 25 et 26*

Les articles concernent, d'une part, les pouvoirs de contrôle et, d'autre part, les inspections en cours d'instruction.

La confusion règne entre les pouvoirs prévus à l'article 25 et ceux de l'article 26. La première question est de savoir quelles inspections, à savoir celles dans les locaux professionnels, celles dans les locaux d'habitations et celles dans les autres lieux ouverts au public, sont soumises à autorisation préalable du juge d'instruction et celles qui ne le sont pas, et sont donc soumises à la seule décision du conseiller instructeur. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 27, qui dispose que « l'inspection s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction qui l'a autorisée » peut être compris dans le sens que toute inspection doit être autorisée par un juge d'instruction.

L'article 25 semble viser l'accès aux lieux professionnels, même si le paragraphe 3 de cet article vise les inspections dans des locaux à usage d'habitation en mentionnant expressément l'autorisation du juge d'instruction par la référence qui y est faite à l'article 26.

Quel est le lien entre l'article 25, paragraphe 4, relatif aux documents que le conseiller instructeur et les enquêteurs, erronément décrits comme « agents », peuvent obtenir ou prendre en copie et les documents visés à l'article 26, paragraphe 1<sup>er</sup> ?

Ces confusions étant source d'insécurité juridique, le Conseil d'État doit s'y opposer formellement. Le Conseil d'État exige que le projet de loi distingue clairement entre les situations suivantes et fixe les procédures y relatives : (i) les inspections dans des lieux à usage professionnel, (ii) les inspections dans des lieux à usage d'habitation et (iii) la perquisition et saisie des documents dans des locaux professionnels ou non. La loi précitée du 23 octobre 2011 en ses articles 16 et 17 ainsi que la directive n° 2019/1 en ses articles 6 et 7 sont bien mieux structurées à cet égard.

Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales sur la compétence attribuée par l'article 26 de la loi en projet au juge d'instruction près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour autoriser des mesures coercitives.

Concernant la procédure d'autorisation prévue à l'article 26, le Conseil d'État se doit de constater le plus grand flou et une restriction substantielle des droits de la défense par rapport non seulement au prescrit de l'article 3 de la directive 2009/1, mais aussi par rapport au texte de la loi précitée du 23 octobre 2011.

En effet, l'article 26 ne précise ni la requête qui doit être adressée au juge d'instruction ni son contenu. Il est essentiel que cette requête contienne tous les faits qui permettent au juge d'instruction d'apprécier le bien-fondé de la perquisition ou de l'accès à des lieux d'habitation. Le Conseil d'État rappelle que l'article 16, paragraphe 3, alinéa 2, de la loi précitée du 23 octobre 2011 prévoit clairement que « cette requête doit être motivée de façon circonstanciée par rapport aux indices qui permettent de soupçonner l'existence de pratiques prohibées ou de dysfonctionnements du marché dont la preuve est recherchée, à la gravité de la pratique ou du dysfonctionnement soupçonnés et au rôle ou à l'implication éventuels des entreprises ou associations d'entreprises concernées. » L'alinéa 3 de cette disposition ajoute que « l'autorisation de perquisition et de saisie est refusée si cette mesure n'est pas justifiée ou proportionnée par rapport au but recherché par l'inspection. » L'alinéa 4 dispose qu'«[à] la requête est jointe une copie de la décision du conseiller désigné ordonnant l'inspection auprès des entreprises ou associations d'entreprises concernées. » Ces dispositions, pourtant fondamentales au regard des droits de la défense, font complètement défaut dans la loi en projet.

Les articles 25 et 26 doivent aussi prévoir que la décision du conseiller instructeur (lorsqu'une autorisation du juge d'instruction n'est pas requise) ou du juge d'instruction (lorsqu'elle l'est) doit être présentée au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant. Ces décisions doivent également préciser, à peine de nullité, l'objet de l'inspection ou de la perquisition et son but.

Pour ne pas avoir précisé le contenu ni de la requête à soumettre au juge d'instruction ni de la décision judiciaire, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à ces dispositions sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'en raison de la transposition incomplète de l'article 3 de la directive n° 2019/1.

Le Conseil d'État rappelle également son opposition formelle expliquée dans les considérations générales concernant l'absence de recours contre la décision judiciaire autorisant des mesures coercitives.

Par ailleurs, le Conseil d'État entend faire les observations suivantes à propos de l'article 26.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> dispose que « sur autorisation délivrée au conseiller instructeur [...], le conseiller peut procéder à des inspections inopinées [...] et y exercer, assisté par un ou plusieurs enquêteurs, les pouvoirs suivants : ». D'une part, il convient de préciser qu'il s'agit non du conseiller, mais du conseiller instructeur qui peut procéder à des inspections inopinées. D'autre part, si ce paragraphe 1<sup>er</sup> vise les enquêteurs, le paragraphe 3 parle d'« agents de l'Autorité » et de « l'agent désigné [par qui?] de l'Autorité ayant qualité d'officier de police judiciaire ». L'article 27 vise les agents, mais l'article 28 vise tant les enquêteurs (paragraphe 1<sup>er</sup>) que les agents (paragraphe 2). Il est évident que tous les enquêteurs sont des agents de l'Autorité de concurrence et que, comme relevé sous l'article 19, tous les enquêteurs sont des officiers de police judiciaire, même si cette dernière qualité n'est pas nécessaire comme relevé dans les considérations générales du présent avis. Une cohérence dans l'utilisation des termes serait plus que bienvenue. Le Conseil d'État demande donc que seuls les enquêteurs soient mentionnés.

Au même paragraphe, lettre b), référence est faite à un « service des impôts des entreprises (SIE) », qui est inconnu au Luxembourg. Cette référence est une reprise maladroite d'une disposition législative ou réglementaire française, dans la mesure où ce service est un service déconcentré de la Direction générale des finances publiques française. Cette référence doit donc être supprimée.

À la lettre c), il convient d'écrire « s'il le juge opportun » au singulier, car renvoyant, selon la structure de la phrase, au conseiller instructeur et il convient de préciser les « locaux désignés » : s'agit-il des locaux désignés dans l'autorisation délivrée par le juge d'instruction ?

Au paragraphe 2, il convient de préciser que le conseiller qui y est mentionné est le conseiller instructeur. En ce qui concerne les agents d'une autorité de concurrence requérante qui assisterait à une inspection au Luxembourg, le Conseil d'État propose d'écrire « les agents d'une autorité de concurrence requérante qui assistent à l'inspection en application de l'article 68, paragraphe 1<sup>er</sup>. »

#### *Article 27*

L'article sous rubrique règle le déroulement des opérations d'inspection.

Si des inspections peuvent être réalisées en des lieux sans l'autorisation du juge d'instruction, la première phrase du premier alinéa doit être limitée aux perquisitions et saisies, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 16, paragraphe 4, de la loi précitée du 23 octobre 2011.

La référence au paragraphe 1<sup>er</sup> à la « police judiciaire » doit être remplacée par « le service de police judiciaire de la Police grand-ducale ». Dans ce même paragraphe, il y a lieu de remplacer « juge » par « juge d'instruction ».

Le paragraphe 1<sup>er</sup> fait encore référence à un « agent », à lire comme un « agent de l'Autorité », alors que l'article 26 mentionne les enquêteurs ou les agents de l'Autorité ou l'agent désigné par l'Autorité ayant qualité d'officier de police judiciaire. Le Conseil d'État demande que les termes utilisés soient cohérents et suggère d'utiliser la notion d'enquêteur comme relevé à propos de l'article 26.

Au paragraphe 2, alinéa 2, de l'article 27, les « personnes dûment mandatées accompagnant » le conseiller instructeur doivent être précisées pour viser les enquêteurs de l'Autorité, les officiers de police judiciaire de la Police grand-ducale ainsi que, le cas échéant, les agents d'une autorité de concurrence qui assistent à l'inspection en application de l'article 68 de la loi en projet.

De même, l'utilisation du verbe « mandater » pour désigner les personnes accompagnant le conseiller instructeur contraste avec d'autres dispositions de la loi en projet : ainsi l'article 26, paragraphe 2, dispose que l'ordonnance du juge d'instruction « précise les agents de l'Autorité » et vise les « agent désigné par l'Autorité » tandis que le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 27 dispose que le juge d'instruction peut « charger » des officiers de police judiciaire du service de police judiciaire de la Police grand-ducale pour accompagner le conseiller instructeur et les agents ou enquêteurs. Ici encore une plus grande cohérence dans les termes utilisés serait pour le moins utile.

Le paragraphe 5 soulève l'épineuse question du secret des communications avocat-client. Le système mis en place par ce paragraphe est critiquable à plusieurs égards. En effet, d'après ce paragraphe, « les intéressés » informent pendant l'inspection le conseiller instructeur de la présence d'informations

protégées par ce secret et toute revendication à ce sujet est toisée par le conseiller instructeur pendant l'inspection. S'il y a un désaccord, en d'autres termes, si le conseiller instructeur ne fait pas droit à la revendication, les informations sont mises sous scellés en attendant la décision du juge d'instruction ayant autorisé l'inspection.

Il est prévu que les « intéressés » peuvent soulever le secret des communications entre un avocat et son mandant. Toute personne doit pouvoir soulever ce secret, qui est d'ordre public. La notion d'« intéressé » laisse ouverte toute une série d'interrogations sur le cercle des personnes pouvant le soulever.

Ensuite, le secret doit être soulevé pendant l'inspection et être porté à l'attention du conseiller instructeur. Que se passe-t-il si l'inspection a lieu en l'absence du conseiller instructeur? La confidentialité des communications d'avocat doit pouvoir être soulevée à tout moment de la procédure. Que se passe-t-il si le juge d'instruction est présent lors de l'inspection, comme le paragraphe 1<sup>er</sup> lui en donne la possibilité? Ne serait-ce alors pas à lui de statuer?

Surtout, la possibilité donnée au conseiller instructeur, à le supposer présent, de vérifier si les communications sont effectivement couvertes par le secret précité lui permet de prendre connaissance d'informations, même s'il ou par la suite le juge d'instruction constate le bienfondé de la réclamation faite par les personnes qui ont soulevé la confidentialité de la communication concernée. Il y a donc un évident problème de respect des droits de la défense et d'égalité des armes si le projet de loi permet au conseiller instructeur, qui, par la suite, rédigera la communication des griefs, de prendre connaissance de documents soumis à confidentialité. Ces derniers doivent immédiatement être mis sous scellés et il faudra que les autorités judiciaires statuent s'ils sont protégés par la confidentialité des communications entre un avocat et son mandant. En France, les documents en lien avec l'exercice des droits de la défense sont placés sous scellés et il appartient au premier président de la Cour d'appel territorialement compétente de statuer sur le maintien ou le retrait de la saisie en cas de contestation. Le Conseil d'État rappelle que cette confidentialité est inscrite à l'article 35, paragraphe 3, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. Pour toutes ces raisons, liées à l'égalité des armes consacrée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la transposition incomplète de l'article 3 de la directive n° 2019/1, le Conseil d'État doit formellement s'opposer à l'article 27, paragraphe 5.

La question du lieu de stockage des documents ou objets saisis<sup>18</sup> et celle de leur sort après la décision de l'Autorité de concurrence n'ont pas été abordées dans la loi en projet. Le projet de loi est donc à compléter en ce sens.

#### *Article 28*

Concernant les références aux enquêteurs visés au paragraphe 1<sup>er</sup> et aux agents visés au paragraphe 2, le Conseil d'État renvoie à ses observations précédentes, notamment sous l'article 26.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> précise qu'« ils fixent le délai dans lequel ces renseignements doivent leur être communiqués et indiquent la base juridique et le but de leur demande ».

D'abord, la fixation du délai et l'indication de la base juridique et du but de la demande de renseignement ne peuvent émaner que du conseiller instructeur, de sorte que le pronom « ils » doit être remplacé par « le conseiller instructeur ».

Ensuite, cette précision ne figure pas dans le paragraphe 2 qui doit être complété en ce sens.

Puis, et surtout, l'article 8 de la directive n° 2019/1 prévoit que les renseignements demandés doivent être fournis « dans un délai déterminé et raisonnable ». Le Conseil d'État insiste, sous peine d'opposition formelle pour contrariété à cet article 8 de la directive n° 2019/1, qu'une référence au délai raisonnable soit insérée dans les deux paragraphes de l'article 28. Le Conseil d'État rappelle que l'article 14, paragraphe 2, de la loi du 23 octobre 2011 précise que ce délai ne peut être inférieur à un mois. Il ne comprend pas le changement d'approche des auteurs de la loi en projet par rapport à la loi actuelle qui remplit les exigences européennes.

Enfin, il convient de préciser que la base légale et le but de la demande de renseignement doivent être indiqués à peine de nullité comme prévu dans la loi précitée du 23 octobre 2011.

<sup>18</sup> Voir article 16, paragraphe 11, de la loi précitée du 23 octobre 2011

Par ailleurs, la structure de la première phrase du paragraphe 1<sup>er</sup> peut être allégée en écrivant :

« ~~Dans l'accomplissement des missions qui leur sont assignés, les~~ Le conseillers instructeurs et les enquêteurs peuvent demander [...] l'application ~~de ces~~ des missions qui leur sont assignées. »

Au paragraphe 2, il convient également de viser le conseiller instructeur et non seulement les agents, au sujet desquels il faut préciser qu'il s'agit des agents de l'Autorité, ou des enquêteurs.

#### *Article 29*

Le Conseil d'État souligne que les experts dont il est fait référence ici excluent les personnes visées à l'article 27, paragraphe 3, qui sont désignées par le juge d'instruction.

#### *Article 30*

Sans observation.

#### *Article 31*

L'article sous rubrique règle les modalités des entretiens qui peuvent être demandés lors d'une enquête.

En premier lieu, la décision de convoquer une personne à un entretien doit être prise par le seul conseiller instructeur. Les enquêteurs ne doivent pas pouvoir se voir accorder ce droit.

En deuxième lieu, la base légale et l'objectif de l'entretien doivent être annoncés, sous peine de nullité, au moment de la convocation à l'entretien et non seulement « lors » de celui-ci. Le Conseil d'État rappelle ses observations sous l'article 28.

En dernier lieu, les déclarations faites lors de l'entretien « peuvent » être enregistrées. Il semble qu'il appartienne au seul conseiller instructeur de décider si un enregistrement est effectué ou non, ce qui peut faire pencher l'enquête dans un sens ou dans un autre. Ou bien tous les entretiens sont enregistrés, ou bien aucun ne l'est. Il ne devrait, dans le cadre du respect du principe de l'égalité des armes, pas relever du seul conseiller instructeur de le décider selon son bon plaisir. Nonobstant ce qui précède, même pour les entretiens qui ne seront pas enregistrés, il faut dresser un procès-verbal qui devra être signé par la personne qui a fait l'objet de l'entretien. Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 32. Quelle est d'ailleurs la valeur probante d'un enregistrement si un procès-verbal est dressé ?

#### *Article 32*

L'article 32 traite des procès-verbaux. Une nouveauté, par rapport aux autres dispositions de la loi en projet, est que, maintenant, il est fait référence aux « agents compétents ». Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de regretter la confusion dans les termes utilisés et l'article sous examen n'arrange pas les choses.

Selon l'article sous examen, le procès-verbal fait foi jusqu'à preuve du contraire. Dans son avis du 16 juin 2020 sur le projet de loi n° 7607 (doc. parl. n° 7607-8) qui allait devenir la loi du 24 juin 2020 portant introduction d'une série de mesures à l'égard des activités économiques et accueillant un public dans le cadre de la lutte contre le virus SARS-CoV-2 (Covid-19) et dérogeant à certaines dispositions de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État, le Conseil d'État avait relevé que :

« [le] concept de procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve du contraire est propre à la procédure pénale et revêt une signification particulière dans le procès pénal en relation avec la preuve de l'infraction qu'il appartient au ministère public d'apporter. Le recours à ce concept n'est pas adapté aux procédures administratives répondant à une logique procédurale différente. »

Pour la Cour administrative<sup>19</sup>, «[e]n matière administrative, la preuve est libre. Si un procès-verbal peut servir de preuve, d'autres moyens de preuve sont également admissibles. D'ailleurs, les procès-verbaux visés par l'article 22 de la loi d'établissement ne font pas foi jusqu'à inscription de faux, mais seulement jusqu'à preuve du contraire. Leur contenu peut partant être librement discuté et contesté.

Comme toute attestation, ils créent cependant des présomptions qu'il s'agit, pour celui qui n'est pas d'accord avec les déclarations y contenues, de combattre. Une fois la présomption créée, l'administré

<sup>19</sup> Arrêt du 15 novembre 2011, n°28612C.

ne saurait se cantonner dans une attitude passive ou de simple contestation, mais doit alors, activement, fournir des éléments aptes à renverser l'état de choses accrédité par les éléments de preuve produits par l'administration. L'on ne saurait en effet exiger une preuve absolument complète des faits à établir pour faire tirer des conséquences de droit. Tel est en effet le sens du deuxième alinéa de l'article 1315 du Code civil, qui met la preuve des exceptions à charge du défendeur. La preuve qui incombe à une partie est limitée à ce qui est nécessaire pour que sa prétention apparaisse valable, et il appartient dès lors à la partie adverse de fournir les éléments de nature à détruire cette apparence (cf. Cour d'appel 7 juin 2007, Pas. 33, 548). »<sup>20</sup>

Par conséquent, la référence comme quoi les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire est à supprimer.

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis concernant le choix des auteurs de la loi en projet d'avoir donné aux enquêteurs la qualité d'officier de police judiciaire.

Le Conseil d'État constate que l'article 32 ne fait aucune mention de ce que, notamment lors d'une inspection, un procès-verbal doit contenir l'inventaire des documents ou objets saisis. L'article 32 doit encore mentionner que le procès-verbal doit être signé par le dirigeant ou son représentant, lors d'une inspection (article 27), et par la personne concernée lors d'une demande de renseignement (article 28) ou d'un entretien (article 31), et dont une copie doit être remise au dirigeant ou son représentant ou à la personne concernée. Le Conseil d'État renvoie aussi à l'article 16, paragraphe 9, de la loi précitée du 23 octobre 2011.

#### *Article 33*

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à trois ».

Comme déjà expliqué dans les considérations générales, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à l'article sous examen pour ne pas prévoir de recours juridictionnel contre la décision de fixation d'une astreinte pendant la phase d'instruction.

#### *Article 34*

Le Conseil d'État doit encore s'opposer formellement à l'article sous examen pour ne pas prévoir de recours juridictionnel contre la décision de fixation d'une amende pendant la phase d'instruction.

D'autre part, le point 4), deuxième tiret, semble transposer l'article 13, paragraphe 2, lettre d), de la directive n° 2019/1 qui dispose qu'une amende peut être prononcée lorsqu'une entreprise ou association d'entreprises « fournissent un renseignement inexact, incomplet ou trompeur en réponse à une demande visée à l'article 8 ou ne fournissent pas de renseignements dans le délai fixé ». L'article 8 de la directive n° 2019/1 a été transposé à l'article 28 du projet de loi. Or l'article sous rubrique renvoie à l'article 26, paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre e). En outre, le point 4) prévoit une amende en cas « de réponse incorrecte ou dénaturée sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ». Qu'est-ce qu'une « réponse dénaturée » ? Il ne peut s'agir d'une réponse à une question du conseiller instructeur ou d'un enquêteur et qui ne lui plaît pas. Le Conseil d'État propose de s'en tenir au texte de l'article 13, paragraphe 2, lettre d), de la directive n° 2019/1.

#### *Articles 35 et 36*

Les articles 35 et 36 règlent la question de la confidentialité des informations fournies à l'Autorité de concurrence.

Le paragraphe 3 de l'article 35 et le paragraphe 2 de l'article 36 prévoient que les modalités de la demande de confidentialité et de l'octroi de la confidentialité sont réglées dans le règlement intérieur

<sup>20</sup> A propos d'un rapport, voir Tribunal administratif 30 septembre 2015, n°34571 : « un tel avis, encore qu'il n'ait pas une valeur probante absolue, crée toutefois à tout le moins des présomptions qu'il s'agit, pour celui qui n'est pas d'accord avec les déclarations y contenues, de combattre. Une fois la présomption créée, l'administré ne saurait se cantonner dans une attitude passive ou de simple contestation, mais doit alors, activement, fournir des éléments aptes à renverser l'état de choses accrédité par les éléments de preuve produits par l'administration. L'on ne saurait en effet exiger une preuve absolument complète des faits à établir pour faire tirer des conséquences de droit. Tel est en effet le sens du deuxième alinéa de l'article 1315 du Code civil, qui met la preuve des exceptions à charge du défendeur. La preuve qui incombe à une partie est limitée à ce qui est nécessaire pour que sa prétention apparaisse valable, et il appartient dès lors à la partie adverse de fournir les éléments de nature à détruire cette apparence<sup>11</sup>, ce que le demandeur en l'espèce n'a pas fait. »

de l'Autorité de concurrence. Au regard des observations critiques faites par le Conseil d'État sur ce règlement intérieur à l'endroit de l'article 6, paragraphe 4, de la loi en projet, notamment par rapport aux règlements de l'Autorité visés au paragraphe 3 de cet article, le Conseil d'État marque sa préférence à ce que cette question soit réglée dans un règlement de l'Autorité de concurrence. Par ailleurs, il tend à souligner que ce règlement ne peut détailler que les « modalités » de la demande de confidentialité ou de l'octroi de confidentialité, sans prévoir aucune condition que celles figurant dans la loi en projet.

L'article 36, paragraphe 1<sup>er</sup>, prévoit que le demandeur n'est informé que si sa demande de traitement confidentiel a été rejetée. Il faudra aussi l'informer lorsque sa demande a été acceptée, à moins de prévoir un système selon lequel la demande est acceptée sauf si le conseiller instructeur la refuse. Par ailleurs, le Conseil d'État tient à souligner que la procédure administrative non contentieuse s'applique en l'espèce. Au regard de l'absence d'indication expresse dans la loi d'un recours contre la décision du conseiller instructeur, un recours en annulation devant le Tribunal administratif sera ouvert au demandeur qui a vu sa demande de traitement confidentiel rejetée.

Finalement, le Conseil d'État demande que les articles sous examen soient complétés par les conséquences qu'aura le classement comme confidentiel d'informations recueillies ou à disposition de l'Autorité de concurrence.

#### *Article 37*

L'article sous examen a trait au classement d'une affaire.

Le paragraphe 2 dispose que si l'Autorité de concurrence a été saisie sur base d'une plainte, le conseiller instructeur doit donner au plaignant la possibilité de présenter (verbe qui est à préférer à celui de « faire valoir » qui est utilisé dans le projet de loi) ses observations lorsqu'il entend prendre une décision de classement. Le Conseil d'État demande, afin de faire respecter les droits de la défense, que l'entreprise ou l'association d'entreprises visée dans la plainte puisse répondre aux observations du plaignant.

Aux termes du paragraphe 3, la décision de classement est notifiée aux entreprises ou associations d'entreprises concernées ainsi qu'au plaignant, s'il y en a un. Ce dernier peut alors consulter le dossier de procédure et intenter un recours contre cette décision de classement. Le recours est adressé au président de l'Autorité qui va former une formation collégiale à trois qui tranchera le recours. Cette décision n'est pas susceptible de recours.

Le système prévu est critiquable à plusieurs égards.

D'abord, le plaignant, lorsqu'il est informé du classement projeté de sa plainte, n'a pas accès au dossier de procédure, mais seulement après le classement formel de sa plainte. Comment est-ce que le plaignant pourra objecter au classement projeté s'il ne connaît pas les tenants et aboutissants de la procédure qu'il ne découvre qu'après le classement formel ? Est-ce que, dans la lettre du conseiller instructeur informant le plaignant de son intention de classer l'affaire, le conseiller instructeur va déjà expliquer les raisons qui l'amènent à vouloir la classer ? Est-ce que le paragraphe 2 n'est pas superflu, le recours visé au paragraphe 3 permettant seul au plaignant de prendre position en connaissance de cause ?

Ensuite, aucun délai n'a été fixé pour exercer le recours visé au paragraphe 3.

Puis, le président de l'Autorité de concurrence fixe la composition de la formation collégiale réunie à trois. Sur la terminologie employée, le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales. Il renvoie aussi à ses observations sous l'article 16, paragraphe 2.

Enfin, dans la mesure où aucun recours n'est prévu contre la décision de la formation collégiale, s'agissant d'une décision susceptible de faire grief, un recours en annulation devant les juridictions administratives peut être introduit.

#### *Article 38*

Sans observation.

#### *Article 39*

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis au sujet de la référence à la « formation collégiale réunie à trois ». L'article sous examen n'appelle pas d'autre observation.

#### *Article 40*

L'accès au dossier régi par les articles 40 et 41 du projet de loi revêt une importance particulière, dans la mesure où se confrontent ici deux principes, à savoir celui de l'égalité des armes et celui de la protection du secret des affaires.

L'article 40, paragraphe 1<sup>er</sup>, permet « aux parties visées par la communication des griefs » à avoir accès au dossier. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 41 ne mentionne que les « parties ». Les parties sont celles visées par la communication des griefs, c'est-à-dire les entreprises ou associations d'entreprises mises en cause pour avoir participé à une entente ou avoir abusé de leur position dominante dans le marché pertinent. Ainsi, l'accès au dossier est limité aux seules entreprises ou associations d'entreprises qui sont susceptibles de faire l'objet d'une sanction pour violation de l'article 4 ou 5 de la loi en projet ou de l'article 101 ou 102 TFUE. L'article 42, paragraphe 3, conforte cette interprétation.

Au paragraphe 3, points b) et c), le Conseil d'État propose de remplacer « la Commission européenne ou par d'autres autorités nationales de concurrence » et « la Commission européenne et d'autres autorités nationales de concurrence » par « autorités de concurrence » qui, aux termes de l'article 2, comprennent tant la Commission européenne que les autorités nationales de concurrence. En tout état de cause si la Chambre des députés décide de maintenir une référence expresse à la Commission européenne, il y a lieu de supprimer l'adjectif « autres » puisque la Commission européenne n'est pas une autorité nationale de concurrence, et d'écrire respectivement « la Commission européenne ou par des autorités nationales de concurrence » et « la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence ».

#### *Article 41*

L'article 26, paragraphe 2, de la loi précitée du 23 octobre 2011 vise comme exception à la confidentialité « les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties ». Le Conseil d'État propose de modifier la fin de l'article 41 de la loi en projet en reprenant cette formulation plus précise et appropriée.

Le Conseil d'État propose de remplacer « partie » par « partie visée par la communication des griefs ».

Est-ce que la demande d'accès ne devrait pas être adressée au conseiller instructeur ?

Afin de respecter l'attente légitime de la partie concernée sur un document pour lequel elle a demandé et obtenu la confidentialité en application des articles 35 et 36 de la loi en projet, la demande de communication effectuée en application de l'article 41 doit lui être communiquée et cette partie doit pouvoir faire parvenir ses observations au conseiller instructeur. La procédure administrative non contentieuse s'applique également en l'espèce et il convient de prévoir un recours contre la décision du conseiller instructeur.

#### *Article 42*

Le Conseil d'État demande de supprimer l'obligation de convoquer le ministre ayant l'Économie dans ses attributions ou son représentant à l'audition prévue au paragraphe 1<sup>er</sup>. En effet, l'Autorité de concurrence est un établissement public au contraire du Conseil de la concurrence qui est une administration relevant de l'autorité de ce ministre.

#### *Article 43*

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à trois ».

Le Conseil d'État ne voit pas la nécessité de conférer à la formation collégiale la possibilité de demander un complément d'instruction, qui allongera d'autant plus la procédure. En effet, la formation n'est pas liée par la qualification juridique proposée dans la communication des griefs. En outre, il n'appartient pas à la formation collégiale de tenter de remédier à l'insuffisance d'une instruction menée par le conseiller instructeur. Selon les circonstances de l'espèce, en demandant un complément d'instruction, la formation collégiale a implicitement, mais nécessairement manifesté sa position comme quoi la communication des griefs est insuffisante pour une condamnation des entreprises ou associations d'entreprises visées par cette communication. Ceci d'autant plus, que la demande en complément d'instruction peut intervenir après l'audition des parties prévue à l'article 43, lors de laquelle l'insuffisance de l'instruction voire une irrégularité peut avoir été soulevée par une des parties. C'est la raison

pour laquelle, si la réouverture de la procédure d'instruction reste inscrite dans la future loi, il convient, d'une part, de cerner spécifiquement les cas dans lesquels une telle réouverture peut être ordonnée et, d'autre part, de prévoir que la réouverture peut aussi être demandée par l'une des parties concernées. Le Conseil d'État renvoie à l'article IV.53 du code de droit économique belge<sup>21</sup>.

En tout état de cause, si un complément d'instruction est demandé, une nouvelle communication des griefs sera nécessaire.

#### *Article 44*

L'article 44 transpose l'article 11 de la directive n° 2019/1 relatif aux mesures provisoires.

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à trois ».

Selon l'article sous examen, de telles mesures peuvent être prononcées seulement « en cas d'urgence due au risque de préjudice sérieux et irréparable à l'ordre public économique, à l'économie du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou en cas de plainte, au plaignant ». Le Conseil d'État propose de s'en tenir plus près au texte de la directive en écrivant que les mesures provisoires « ne peuvent intervenir que dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé... ».

Là où la directive n° 2019/1 prévoit que des mesures provisoires doivent « au moins » être prononcées en cas de préjudice grave et irréparable « à la concurrence », le projet de loi vise « l'ordre public économique, à l'économie du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou en cas de plainte, au plaignant ». Pour ce qui est du « secteur de l'économie visé », est-ce que cette notion se rapproche ou recoupe de celle de « marché pertinent » ou est-ce le secteur désigné par le président de l'Autorité de concurrence lors de la saisine du conseiller instructeur? Quant au préjudice sérieux et irréparable au plaignant [lire : aux intérêts du plaignant], le Conseil d'État s'interroge si c'est à l'Autorité de concurrence de protéger, par des mesures provisoires, des intérêts privés, même s'il relève que l'article 464-1 du code de commerce français adopte une approche similaire.

Au regard de ses observations à l'endroit des articles 40 et 41, le Conseil d'État demande que la notion de « partie concernée » soit précisée. En effet, et contrairement à ces articles 40 et 41, la notion de partie devrait, selon le Conseil d'État, également englober le plaignant.

#### *Article 45*

Selon le paragraphe 2 de l'article 45, « l'audition interviendra au plus tôt deux semaines après la notification du projet de décision ordonnant des mesures provisoires aux entreprises et associations d'entreprises ». Donc le plaignant ne se verra pas notifier ce projet, mais le paragraphe 3 indique que « lors de l'audition, la formation collégiale entend successivement, le cas échéant, le plaignant, les entreprises ou associations d'entreprise[s] ... ». Ou bien la mention du plaignant est supprimée au paragraphe 3, ou bien elle est ajoutée au paragraphe 2, car il est difficilement concevable que le plaignant soit entendu par la formation collégiale de l'Autorité de concurrence alors même qu'il ne s'est pas vu notifier le projet de décision qui fait précisément l'objet de l'audition.

Le Conseil d'État demande également de ne pas mentionner les entreprises et associations d'entreprises « à l'origine des pratiques en cause » figurant aux paragraphes 1<sup>er</sup> et 3, de même qu'à l'article 46, paragraphe 1<sup>er</sup>. En effet, ce choix dénote un parti-pris sur l'existence de ces « pratiques » et leur caractère anticoncurrentiel. Il propose de se référer aux « entreprises ou associations d'entreprises visées par l'instruction » ou aux « entreprises ou associations d'entreprises concernées ».

#### *Article 46*

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 45, paragraphes 1<sup>er</sup> et 3 à propos de l'utilisation des termes « entreprises et associations d'entreprises à l'origine des pratiques en cause ».

<sup>21</sup> Art. IV.53. du Code de droit économique belge :

L'auditeur général peut rouvrir la procédure d'instruction et de décision, sur demande ou de sa propre initiative:

1° si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important;

2° si les parties concernées contreviennent à leurs engagements; ou

3° si la décision repose sur des renseignements incomplets, inexacts ou dénaturés fournis par les parties concernées

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement, pour transposition incomplète de la directive, à l'absence de recours contre la décision du Collège, dans la mesure où l'article 11, paragraphe 2, de la directive n° 2019/1 prévoit que « les États membres veillent à ce que la légalité, y compris la proportionnalité, des mesures provisoires visées au paragraphe 1 puisse être réexaminée dans le cadre de procédures de recours accélérées. »

#### *Article 47*

Le Conseil d'État relève que la décision de classement doit intervenir après que les parties ont eu accès au dossier en application de l'article 41 de la loi en projet, mais qu'elle peut intervenir avant l'audition des entreprises ou associations d'entreprises concernées et, le cas échéant, du plaignant.

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à trois ». En fonction du choix retenu, la référence à l'Autorité au paragraphe 2 devra être adaptée en conséquence.

#### *Article 48*

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à trois ».

Le Conseil d'État note que le projet de loi ne prévoit pas la possibilité que certains passages d'une décision soient cachés dans la version non-confidentielle notifiée à toutes les entreprises ou associations d'entreprises concernées et, le cas échéant, au plaignant et que la version confidentielle de la décision contenant les passages concernés ne soit notifiée qu'à l'entreprise ou association d'entreprise qui a déjà connaissance des informations contenues dans les passages cachés. Les données pour lesquelles la confidentialité a été accordée ne doivent en effet pas apparaître dans la décision, tout comme la décision « sur le fond de l'affaire vis-à-vis d'une partie concernée ne peut s'appuyer sur les documents et données dont le caractère confidentiel a été établi à son égard »<sup>22</sup>.

#### *Article 49*

L'article 49 traite des transactions et s'inspire des dispositions issues du code de droit économique belge, et plus particulièrement des articles IV.55 et suivants de ce code. Il ne s'agit pas de transactions au sens de l'article 2045 du Code civil et les dispositions y prévues ne s'appliquent pas aux transactions visées à l'article sous examen.

Le Conseil d'État note que les articles IV.57 et IV.58 du code de droit économique belge précité prévoient la situation dans laquelle une violation des dispositions nationales relatives aux ententes et abus de position dominante se cumulent avec une violation de l'article 101 ou de l'article 102 du TFUE. Dans pareil cas, la Commission européenne est informée en application de l'article 11, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, qui dispose que :

« 4. Au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. À cet effet, elles communiquent à la Commission un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Sur demande de la Commission, l'autorité de concurrence concernée met à la disposition de la Commission d'autres documents en sa possession nécessaires à l'appréciation de l'affaire. Les informations fournies à la Commission peuvent être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Les autorités nationales de concurrence peuvent également échanger entre elles les informations nécessaires à l'appréciation d'une affaire qu'elles traitent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité<sup>23</sup>. »

Ainsi la Commission européenne se voit communiquer un avant-projet d'accord et, après avoir reçu les observations de la Commission européenne, un projet de décision de transaction est communiqué aux parties concernées.

<sup>22</sup> Article IV.53, §2, du Code de droit économique belge

<sup>23</sup> Lire: articles 101 et 102 TFUE.

Cette information préalable fait défaut dans la loi en projet.

*Articles 50 à 52*

Sans observation.

*Articles 53 à 58 – observation générale*

Les articles sous examen visent le programme de clémence pouvant aboutir, soit à une immunité d'amende, soit à une réduction d'amende. Ils visent à transposer les articles 17 à 22 de la directive n° 2019/1. Là où la directive renvoie à une entente secrète, les auteurs de la loi en projet ne se réfèrent qu'à l'entente et ont sciemment étendu le programme de clémence tant aux ententes secrètes qu'aux ententes non-secrètes. Le Conseil d'État peut se déclarer d'accord avec cette démarche, dans la mesure où tant à l'article 17, pour les immunités d'amendes, qu'à l'article 18, pour les réductions d'amendes, la directive n° 2019/1 prévoit que ces articles 17 et 18 sont « sans préjudice du fait que les autorités nationales de concurrence aient mis en place des programmes de clémence pour des infractions autres que des ententes secrètes [...] ».

*Articles 53 à 55*

Sans observation.

*Article 56*

Même si l'article sous examen transpose presque littéralement l'article 20 de la directive n° 2019/1, le Conseil d'État note que, si la demande de clémence peut être soumise par écrit, oralement ou par d'autres moyens convenus entre le demandeur et l'Autorité de concurrence, seule une demande faite par écrit peut faire l'objet d'un récépissé.

*Article 57*

Le Conseil d'État note que les marqueurs d'arrivée ne visent que les demandes d'immunité d'amendes et que la possibilité prévue au paragraphe 5 de l'article 21 de la directive n° 2019/1 de prévoir un régime similaire pour les demandes de réduction d'amendes n'a pas été transposée.

*Article 58*

L'article 22, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive n° 2019/1 aux termes de laquelle « les États membres veillent à ce que les autorités nationales de concurrence ne puissent demander des clarifications spécifiques au demandeur qu'en ce qui concerne les éléments énumérés au paragraphe 2 avant d'exiger le dépôt d'une demande complète en vertu du paragraphe 5 » n'a pas été transposée. Le Conseil d'État, demande, sous peine d'opposition formelle fondée sur la transposition incomplète de la directive n° 2019/1, que l'article 58 soit complété par un paragraphe transposant cet article 22, paragraphe 3, alinéa 2.

*Articles 59 et 60*

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis sur la terminologie à utiliser au lieu de « formation collégiale réunie à trois ».

Les articles sous examen n'appellent pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

*Articles 61 et 62*

Sans observation.

*Article 63*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient de citer les articles 50 et 51 et non les articles 49 et 50, l'article 49 traitant des transactions.

Le paragraphe 3 soulève d'abord la question de l'interaction entre « la première mesure d'enquête formelle de l'Autorité » visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> et les actes interruptifs figurant à l'alinéa 2. Puisque ces derniers sont en fait les mesures d'enquête de l'alinéa 1<sup>er</sup>, il faut remplacer les termes « la première mesure d'enquête formelle » par les termes « les actes visés à l'alinéa 2 ». En outre, le Conseil d'État propose, à l'instar du paragraphe 6 à propos de la suspension du délai de prescription, de viser à

l'alinéa 1<sup>er</sup> « la notification de la première mesure d'enquête formelle de l'Autorité à au moins une entreprise » et de supprimer « la notification » aux différentes lettres de l'alinéa 2. Si le texte actuel du paragraphe 3 était maintenu, il conviendrait de remplacer « à au moins une entreprise » par « à l'encontre d'au moins une entreprise ».

Au paragraphe 5, le délai de prescription doit être suspendu aussi longtemps que la décision fait l'objet d'un recours juridictionnel, sauf si, en fonction des choix des auteurs du projet de loi quant à la structuration des différents recours, certains recours n'ont pas d'effet suspensif.

Le paragraphe 6 doit être plus cohérent dans sa transposition de l'article 29, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive n° 2019/1. Il est à rédiger de la manière suivante :

« Le délai de prescription en matière d'amendes ou d'astreintes est suspendu pendant la durée des procédures de mise en œuvre engagées devant les autorités nationales de concurrence d'autres États membres ou la Commission européenne pour une violation concernant le même accord, la même décision d'une association, la même pratique concertée ou une autre conduite interdite par l'article 101 ou 102 du TFUE. La suspension du délai de prescription débute à compter de la notification de la première mesure d'enquête formelle à au moins une entreprise visée par la procédure de mise en œuvre. Elle vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction et prend fin le jour où l'autorité de concurrence concernée clôt sa procédure de mise en œuvre en adoptant une décision au titre de l'article 10, 12 ou 13 de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur ou en vertu de l'article 7, 9 ou 10 du règlement (CE) n° 1/2003, ou le jour où elle a conclu qu'il n'y a plus lieu qu'elle agisse. La durée de cette suspension ou d'interruption est sans préjudice des délais de prescription absolus prévus par le droit national. »

#### *Article 64*

Sans observation.

#### *Article 65*

L'article sous examen prévoit que seules les « décisions finales de l'Autorité » peuvent faire l'objet d'un recours en réformation devant le Tribunal administratif.

Il convient de compléter cette disposition par la précision que, dans le cadre du recours prévu à l'article sous examen, il ne sera pas possible de soumettre au juge des points de fait ou de droit qui ont fait l'objet d'un recours lors de la procédure d'instruction.

#### *Article 66*

Bien que le dispositif prévu à l'article 66 figure déjà à l'article 29 de la loi précitée du 23 octobre 2011, le Conseil d'État s'interroge néanmoins sur l'objectif poursuivi par l'article sous rubrique. L'Autorité de concurrence, en tant qu'établissement public, peut émettre un avis ou être saisie d'une question relevant du droit de la concurrence ou intervenir dans la procédure législative ou d'adoption d'un règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État note que la consultation obligatoire prévue aux paragraphes 2 et 3 est sans incidence sur le cours de l'adoption de la loi ou de l'action judiciaire. L'absence d'un avis ne peut pas impacter l'adoption d'une loi ou d'un règlement grand-ducal ni le lancement d'une action judiciaire et encore moins la défense de l'État lors d'une telle action.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État propose de remplacer la référence à une juridiction du Conseil de l'Europe par celle à la Cour européenne des droits de l'homme.

#### *Article 67*

L'expression « mutatis mutandis » qui figure au paragraphe 1<sup>er</sup> est à supprimer, même si elle figure déjà à l'article 30, paragraphe 2, de la loi précitée du 23 octobre 2011.

Aux termes du paragraphe 2, l'Autorité de concurrence peut, mais n'a pas l'obligation, d'anonymiser les résultats obtenus lors d'une enquête sectorielle à la demande des intéressés. Le Conseil d'État rappelle que le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à

la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) s'applique en l'espèce. Aucune voie de recours n'est expressément prévue, lorsque l'Autorité de concurrence ne fait pas droit à telle demande d'anonymisation. S'agissant d'une décision susceptible de faire grief, un recours en annulation de la décision sera néanmoins ouvert.

#### Article 68

Le paragraphe 2 concerne une inspection ou un entretien mené par une autorité nationale de concurrence pour le compte de l'Autorité de concurrence. Cette inspection ou cet entretien sera donc effectué, certes pour le compte de l'Autorité de concurrence, mais en application de la législation applicable à l'autorité nationale de concurrence. L'implication de l'Autorité de concurrence est assurée au travers de l'article 22 du règlement 1/2003 précité. Le renvoi aux articles 26 et 31 de la future loi est tout aussi inapproprié.

Le paragraphe 2 est à supprimer. Si des agents ou enquêteurs de l'Autorité de concurrence participent à une inspection ou un entretien mené par une autre autorité nationale de concurrence, ce sera sur base de la loi applicable à cette autorité de concurrence et des dispositions européennes et non en application de la future loi.

Aux termes du paragraphe 3, l'Autorité de concurrence « exerce les pouvoirs des articles 26, 28 et 31 au nom et pour le compte d'autres autorités nationales de concurrence, afin d'établir si des entreprises ou associations d'entreprises ont refusé de se soumettre aux mesures d'enquête et aux décisions prises par l'autorité nationale de concurrence requérante visées aux articles 28, 31, 46, 48 et 60. » Le renvoi aux articles 28, 31, 46, 48 et 60 pose problème, dans la mesure où la situation envisagée par ce paragraphe 3 concerne des entreprises ou association d'entreprises qui « ont refusé de se soumettre aux mesures d'enquête et aux décisions prises par l'autorité nationale de concurrence requérante », l'autorité nationale de concurrence opérant en application de sa propre législation qui peut différer des dispositions prévues aux articles 28, 31, 46, 48 et 60.

La première phrase du paragraphe 3 est donc à modifier *in fine* de la manière suivante :

« afin d'établir si des entreprises ou des associations d'entreprises ont refusé de se soumettre aux mesures d'enquête et aux décisions prises par l'autorité nationale de concurrence requérante, visées à l'article 6 et aux articles 8 à 12 de la directive (UE) 2019/1 précitée. »

Quant au paragraphe 4, le Conseil d'État considère que la question de l'échange d'informations qui y est prévue est déjà couverte par la seconde phrase du paragraphe 3, qui reprend littéralement l'article 24, paragraphe 2, de la directive n° 2019/1. Le paragraphe 4 est donc à supprimer.

#### Article 69

Sans observation.

#### Article 70

Le paragraphe 1<sup>er</sup> vise une amende ou astreinte adoptée par une autorité requérante qui doit être exécutée par l'Autorité de concurrence. L'autorité requérante ne va pas adopter une amende ou astreinte en application des articles 33, 34, 50 et 51 de la loi luxembourgeoise, mais en application de sa loi nationale. Le paragraphe 1<sup>er</sup> est à adapter en conséquence. La même observation vaut pour le paragraphe 2.

#### Articles 71 et 72

Sans observation.

#### Article 73

Le paragraphe 1<sup>er</sup> est à supprimer, dans la mesure où il impose une obligation à une autorité étrangère.

À propos du paragraphe 5, le Conseil d'État s'interroge sur les raisons pour lesquelles le remboursement des frais doit être supporté par l'État et non pas par l'Autorité de concurrence.

#### Article 74

L'article 74 transpose l'article 28 de la directive n° 2019/1 relatif aux litiges liés aux demandes de notification ou d'exécution des décisions infligeant des amendes ou des astreintes.

Les paragraphes 1<sup>er</sup> et 4 sont à supprimer, dans la mesure où ils concernent la détermination des organes compétents dans un autre État membre pour connaître de certains litiges.

*Article 75*

Sans observation.

*Article 76*

Le Conseil d'État considère, à propos du paragraphe 2, que le texte de l'article 31, paragraphe 4, de la directive n° 2019/1 est plus clair et s'interroge sur les raisons qui ont poussé les auteurs du projet de loi à s'éloigner du texte de la directive. Il propose de reprendre le texte de cet article 31, paragraphe 4, de la directive n° 2019/1.

*Article 77*

L'article sous examen concerne la coopération entre l'Autorité de concurrence et les juridictions des ordres judiciaire et administratif.

À l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2, les auteurs de la loi en projet doivent clarifier ce à quoi ou à qui se réfère le pronom « il ».

*Article 78*

Soit l'article 78 est subdivisé en paragraphes, et il convient de numéroter le ou les autres paragraphes, soit il n'est subdivisé qu'en alinéas, auquel cas, la numérotation du paragraphe 1<sup>er</sup> est à supprimer.

*Article 79*

Sans observation.

*Article 80*

L'article sous examen est destiné à organiser la migration, au niveau du personnel, de l'actuelle administration vers le nouvel établissement public.

À travers le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 80, le législateur permettra directement aux membres de l'actuel organe collégial formé par l'actuel Conseil de la concurrence de terminer leurs mandats en cours au moment de la mise en vigueur de la nouvelle loi, et cela en dépit de la césure opérée au niveau du dispositif mis en place, l'actuelle administration étant remplacée par un établissement public doté d'une indépendance renforcée et de moyens supplémentaires.

Le Conseil d'État rappelle qu'en 2011, le législateur avait opté pour une autre solution et avait opéré une césure nette, au niveau des mandats des membres du Conseil de la concurrence, à travers une disposition transitoire libellée comme suit à l'article 36, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 23 octobre 2011 :

« Les mandats des présidents, conseillers et conseillers suppléants du Conseil de la concurrence nommés sous l'empire de la loi modifiée du 17 mai 2004 cessent de plein droit au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi. »

À l'époque, dans son avis du 16 juillet 2010 concernant le projet de loi<sup>24</sup>, qui est devenu la loi précitée du 23 octobre 2011, le Conseil d'État avait critiqué la disposition en notant qu'il « ne [comprend] pas pourquoi les mandats des présidents, conseillers et conseillers suppléants cesseraient de plein droit au jour de l'entrée en vigueur de la loi, car le Conseil de la concurrence ne cesse pas par l'abrogation de la loi de 2004 ». Il avait par ailleurs réservé sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel en raison du fait que la situation du rapporteur général n'était pas clairement réglée dans le texte proposé.

Dans la logique développée par le Conseil d'État en 2010, une césure nette au niveau de la configuration des mandats, telle que celle proposée et finalement réalisée en 2011<sup>25</sup>, deviendrait acceptable

<sup>24</sup> Avis du Conseil d'État n°47.858 du 16 juillet 2010 relatif au projet de loi relative à la concurrence (doc. parl. n°5816<sup>6</sup>, p.15)

<sup>25</sup> L'article 36, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 23 octobre 2011 dispose que « les mandats des présidents, conseillers et conseillers suppléants du Conseil de la concurrence nommée sous l'empire de la loi modifiée du 17 mai 2004 cessent de plein droit au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi. »

en l'occurrence au vu de l'évolution du dispositif de lutte contre les atteintes au droit de la concurrence qui se trouve fortement remanié, l'ancienne administration de l'État s'effaçant au profit du nouvel établissement public doté de la personnalité juridique.

Ceci dit, dans les deux cas de figure, et même dans l'hypothèse d'une simple « confirmation » des mandats en cours, le dispositif est de nature à empiéter sur les prérogatives de nomination aux emplois civils et militaires que l'article 35 de la Constitution confère au Grand-Duc. En effet, et s'agissant en l'occurrence d'emplois civils au sens de l'article 35 de la Constitution, – le Conseil d'État note qu'aux termes de l'article 18 du projet de loi, le cadre du personnel inclut les membres permanents du Collège de l'Autorité–, et même si les nominations visées par l'article 35 de la Constitution se font « conformément à la loi, et sauf les exceptions établies par elle » (article 35, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution), le législateur ne saurait se substituer lui-même au Grand-Duc sans heurter les dispositions de l'article 35 de la Constitution<sup>26</sup>. Par voie de conséquence, le Conseil d'État se voit amené à s'opposer formellement au texte du paragraphe 1<sup>er</sup>.

Le paragraphe 2 de l'article 80, aux termes duquel les agents de l'État affectés ou détachés auprès du Conseil de la concurrence au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont repris dans le cadre du personnel de l'Autorité, correspond au dispositif standard mis en place lors du remplacement d'une administration de l'État par une nouvelle entité, qu'il s'agisse d'une nouvelle administration de l'État ou d'un établissement public.

En l'occurrence, la disposition proposée pourrait cependant poser problème.

L'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi précitée du 23 octobre 2011 prévoit en effet l'hypothèse où le président ou un conseiller sont issus du secteur privé, hypothèse dans laquelle ils ne deviennent pas fonctionnaires. La disposition en question est libellée comme suit :

« Pour le cas où le président ou un conseiller sont issus du secteur privé, ils restent affiliés au régime de sécurité sociale auquel ils étaient soumis pendant l'exercice de leur dernière occupation. En cas de cessation de leur mandat avant l'âge légal de retraite, les titulaires touchent, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an. Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où les intéressés touchent un revenu professionnel ou bénéficient d'une pension personnelle. »

Il en résulte que, dans le cas où des conseillers actuellement en place sont issus du secteur privé, la disposition figurant au paragraphe 2 de l'article 80 procède « implicitement » à leur nomination comme fonctionnaire. Le Conseil d'État interprète cette fonctionnarisation, ou cette nomination qui ne dit pas son nom, comme constituant une interférence du législateur dans les prérogatives que le Grand-Duc tient de l'article 35 de la Constitution en matière de nomination aux emplois civils et militaires. En attendant des éclaircissements à ce sujet, le Conseil d'État réserve par conséquent sa position quant à une dispense du second vote constitutionnel.

#### *Article 81*

Sans observation.

#### *Article 82*

Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'intitulé de la future loi et propose de modifier l'intitulé abrégé comme suit : « loi du jj/mm/aaaa relative à la concurrence. »

#### *Article 83*

Sans observation.

\*

<sup>26</sup> Avis n° 46.644 du 22 mars 2005 relatif au projet de loi portant création d'un Lycée technique pour professions éducatives et sociales (doc. parl. n° 5338<sup>3</sup>, p.5) ; Avis complémentaire n° 45.624 du 1<sup>er</sup> juillet 2003 relatif au projet de loi instituant un médiateur (doc. parl. n° 4832<sup>8</sup>, p.2).

## OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

### *Observations générales*

La subdivision de l'article se fait en alinéas, ou en paragraphes. Les paragraphes se distinguent par un chiffre arabe, placé entre parenthèses : (1), (2), ... Les énumérations se font en points, caractérisés par un numéro suivi d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°, ...), elles-mêmes éventuellement subdivisées en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante (a), (b), (c), ...). L'emploi de tirets est à écarter. En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets opérées à l'occasion de modifications ultérieures. Les énumérations sont introduites par un deux-points. Chaque élément commence par une minuscule et se termine par un point-virgule, sauf le dernier qui se termine par un point. Le mot « et » est à omettre, comme étant superfétatoire. Dans cette hypothèse, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

Il ne faut pas procéder à des groupements d'articles que ne justifieraient pas la diversité de la matière traitée, le nombre élevé d'articles, le souci de clarté ou la facilité de consultation du texte. Partant, la division de l'acte en projet en titres n'est pas justifiée au vu du nombre d'articles. Il est recommandé d'avoir recours à une subdivision du dispositif en chapitres, sections, et sous-sections, numérotés en chiffres arabes. Dans cette hypothèse, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

Les intitulés des groupements d'articles ne sont pas à rédiger en caractères majuscules.

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur. Au cas où un règlement européen a déjà fait l'objet d'une modification, la mention « , tel que modifié » est à ajouter à la suite de l'intitulé du règlement. Partant, il faut écrire, à la première citation de l'intitulé du règlement (CE) n° 1/2003 « règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, tel que modifié ». Aux citations suivantes, il peut être exceptionnellement recouru aux termes « règlement (CE) n° 1/2003] précité ».

Il ne suffit pas de se référer simplement à « la loi », mais il y a lieu de se référer à la « la présente loi ».

Les auteurs renvoient à maintes reprises aux « articles 4 et 5 de la loi et 101 et 102 TFUE ». Le Conseil d'État suggère de renvoyer aux « articles 4 et 5 de la présente loi et des articles 101 et 102 du TFUE ».

Les différents éléments du dispositif auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules, pour écrire à titre d'exemple, à l'article 18, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup> : « au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> ».

Lorsqu'il est renvoyé à une lettre faisant partie d'une subdivision (a), (b), (c),...), il y a lieu d'utiliser le terme « lettre » avant la lettre référée, et non le terme « point ».

L'emploi de locutions latines, telles que par exemple *mutatis mutandis* ou *prima facie*, est à proscrire.

La formule « le ou les » est à écarter. Il y a lieu de recourir au pluriel pour viser indistinctement un ou plusieurs éléments.

Le recours à la forme « et/ou », que l'on peut généralement remplacer par « ou », est à éviter.

Les textes normatifs sont en principe rédigés au présent et non au futur.

Le conditionnel est à éviter du fait qu'il peut prêter à équivoque.

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 ».

Lorsqu'on se réfère au premier article, paragraphe, alinéa, ou au premier groupement d'articles, les lettres « er » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour lire « 1<sup>er</sup> ». Lorsqu'il s'agit d'une première section, il convient d'écrire « section 1<sup>re</sup> ».

Il convient d'écrire « Commission européenne ».

### *Article 1<sup>er</sup>*

Le point final après l'intitulé de l'article est à supprimer.

*Article 2*

Le numéro d'article est à faire suivre d'un point.

Au point 6°, afin de faciliter la lecture de la définition de la notion de « procédure », il est suggéré la reformulation suivante :

« « procédure » : la procédure devant l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg pour l'application des articles 4 et 5 de la présente loi et des articles 101 et 102 du TFUE, jusqu'à ce qu'elle ait clos cette procédure en adoptant une décision en vertu de l'article 16 ou qu'elle ait conclu qu'il n'y a plus lieu qu'elle agisse ou  ~~, dans le cas de la Commission,~~ la procédure devant ~~elle~~ la Commission européenne pour l'application de l'article 101 ou de l'article 102 du TFUE, jusqu'à ce ~~qu'elle~~ que celle-ci ait clos cette procédure en adoptant une décision en vertu ~~de~~ l'article des articles 7, 9 ou 10 du règlement (CE) n° 1/2003 ou qu'elle ait conclu qu'il n'y a plus lieu qu'elle agisse ; ».

Aux points 17° et 18°, la citation des intitulés des groupements d'articles n'est pas de mise et les termes « « Coopération et assistance » » sont à supprimer à deux reprises.

*Article 3*

Au paragraphe 4, première phrase, il convient d'écrire « ministre ayant l'Énergie dans ses attributions » avec une lettre « e » majuscule.

*Article 6*

À l'intitulé de l'article, il convient d'écrire « Statut de l'Autorité de concurrence », étant donné qu'une forme abrégée est seulement introduite par la suite.

Au paragraphe 6, alinéa 2, première phrase, il y a lieu d'écrire « à l'Autorité » et il convient de remplacer le « rapport d'activité », par « rapport annuel d'activités » (voir article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre d)).

Au paragraphe 7, deuxième phrase, il convient d'écrire « trois ans » en toutes lettres.

*Article 7*

Au paragraphe 2, lettre b), le terme « gouvernement » est à rédiger avec une lettre « g » majuscule.

*Article 8*

Au paragraphe 6, première phrase, le terme « respectivement » est employé de manière inappropriée et est à remplacer par le terme « et ».

Au paragraphe 6, la deuxième phrase est à reformuler de la manière suivante :

« Ces entités communiquent à l'Autorité tous faits dont elles prennent connaissance, susceptibles de constituer une violation des articles visés au point 1 du présent article. »

*Article 9*

Au paragraphe 2, il convient d'écrire « Les membres du Collège et agents de l'Autorité [...] ».

Au paragraphe 4, le Conseil d'État signale que dans le cadre de renvois à des paragraphes l'emploi du terme « précédent » est à écarter. Mieux vaut viser le numéro du paragraphe en question, étant donné que l'insertion d'une nouvelle disposition à l'occasion d'une modification ultérieure peut avoir pour conséquence de rendre le renvoi inexact. Partant, il est suggéré d'écrire « Par dérogation au paragraphe 3 [...] ». »

Toujours au paragraphe 4, lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il y a lieu d'écrire :

« loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations ~~des dispositions~~ du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ».

Au paragraphe 5, les termes « le cas échéant » peuvent être supprimés.

*Article 11*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il faut écrire « Grand-Duc ».

Au paragraphe 4, deuxième phrase, il convient d'écrire « paragraphe 1<sup>er</sup> ».

*Article 12*

En ce qui concerne le paragraphe 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État signale que dans les textes législatifs et réglementaires, il est préférable d'employer la notion de « Gouvernement en conseil » au lieu de celle de « Conseil de gouvernement », étant donné que l'article 3 de l'arrêté royal grand-ducal modifié du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement dispose que les membres du Gouvernement exercent leurs attributions soit individuellement soit « en conseil ». Cette dernière formulation vise donc la réunion délibérative des membres du Gouvernement et non pas l'institution, qui regroupe tous les ministres et secrétaires d'État et qui porte la dénomination de « Conseil de gouvernement ».

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, il convient d'insérer entre les termes « du Collège » entre les termes « membres permanents » et les termes « et agents de l'Autorité ».

*Article 16*

À la suite du numéro d'article, il y a lieu d'ajouter un point.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre a), le Conseil d'État propose d'insérer les termes « d'activités » entre le terme « rapport » et le terme « annuel ».

*Article 17*

Au paragraphe 4, il y a lieu d'ajouter une virgule entre les termes « article 1<sup>er</sup> » et les termes « alinéas 3 et 4 » ;

*Article 19*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État propose de placer le complément d'objet direct à sa place naturelle derrière le verbe et demande d'écrire « le président désigne les enquêteurs parmi les fonctionnaires (...) de l'Autorité ~~des enquêteurs~~ ».

*Article 20*

Le Conseil d'État propose de rédiger l'alinéa 1<sup>er</sup> de la manière suivante :

« Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres permanents du Collège de l'Autorité, à l'exception du président, ainsi que ~~ses~~ agents fonctionnaires des catégories de traitement A, et du groupe de traitement B1 à partir du niveau supérieur, ont la qualité d'officiers de police judiciaire pour la recherche et la constatation des violations des articles 4 et 5 de la présente loi et 101 et 102 du TFUE. »

*Article 21*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient d'écrire « sont conformes aux les principes ».

*Article 23*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le terme « calendaires » est à supprimer.

Au paragraphe 4, premier tiret, il faut écrire « paragraphe 2 ». Au troisième tiret, le terme « ou » est à remplacer par un point-virgule.

Le Conseil d'État suggère de reprendre le paragraphe 5 comme dernier point du paragraphe 4, dès lors que cette disposition énonce également un motif de rejet d'une plainte.

*Article 24*

À la suite du numéro d'article, il y a lieu d'ajouter un point.

À l'alinéa 1<sup>er</sup>, première phrase, les termes « conseiller instructeur » sont à entourer de guillemets.

*Article 26*

À la suite du numéro d'article, il y a lieu d'ajouter un point.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, phrase liminaire, il convient d'écrire « Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg » avec une lettre « t » initiale majuscule, étant donné qu'est visée la dénomination officielle.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre b), les termes « service des impôts des entreprises (SIE) » sont à supprimer.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre e), le point final est à remplacer par un point-virgule.

Au paragraphe 3, il convient d'écrire « paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre a), ». Par ailleurs, il faut écrire « les mêmes conditions que celles prévues au paragraphe 1<sup>er</sup> ».

#### *Article 27*

Au paragraphe 2, la deuxième phrase est à scinder en deux phrases distinctes, en remplaçant le point-virgule par un point final.

Au paragraphe 5, il est recommandé de remplacer le terme « toisée » par celui d'« examinée ».

Au paragraphe 6, le terme « copie » se suffit à lui-même pour désigner toute reproduction d'un texte, de sorte que les termes « ou photocopie » sont à supprimer.

#### *Article 28*

Au paragraphe 2, il convient d'écrire « du paragraphe 1<sup>er</sup> ».

#### *Article 30*

Le Conseil d'État suggère d'écrire : « ~~Les conseillers effectifs~~ instructeur et les enquêteurs peuvent [...] ».

#### *Article 33*

Au paragraphe 2, le terme « chiffre » est à remplacer par celui de « montant ».

#### *Article 34*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1), le Conseil d'État suggère d'écrire « dans le délai imposé ».

#### *Article 35*

Au paragraphe 3, et dans un souci de cohérence, le Conseil d'État demande de viser plutôt « la demande de traitement confidentiel » que « la demande de confidentialité ».

#### *Article 37*

Au paragraphe 3, le Conseil d'État suggère d'écrire « La décision de classement est notifiée aux entreprises ou associations d'entreprises concernées. Elle ~~La décision de classement~~ est également [...] ».

#### *Article 40*

Au paragraphe 2, lettre b), les auteurs renvoient à un concept qui n'est pas encore préalablement défini en ayant recours aux termes « secret des communications avocat-client ». Ces termes sont dès lors à remplacer par ceux de « secret des communications entre l'avocat et son client, ci-après « secret des communications avocat-client » ».

Au paragraphe 3, phrase liminaire, il y a lieu de viser le « paragraphe 1<sup>er</sup> » et non pas le « premier paragraphe ».

Au paragraphe 4, lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il y a lieu d'écrire :

« loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. »

Cette observation vaut également pour l'article 51, paragraphe 3.

Au paragraphe 5, il convient d'écrire « fixées par le présent article ».

*Article 42*

Au paragraphe 3, première phrase, il convient d'écrire « ministre ayant l'Économie dans ses attributions » avec une lettre « e » majuscule.

*Article 44*

À la fin de la deuxième phrase, il faut écrire « d'une violation des articles 4 ou 5 de la présente loi et des articles 101 ou 102 du TFUE ».

Au paragraphe 3, deuxième phrase, il y a lieu d'écrire « S'il est jugé nécessaire ».

*Article 45*

Au paragraphe 3, il convient d'écrire « association d'entreprises ».

*Article 46*

Au paragraphe 3, deuxième phrase, le terme « chiffre » est à remplacer par celui de « montant ».

Au paragraphe 4, il convient d'écrire « des articles 101 ou 102 du TFUE ».

*Article 47*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, première phrase, il faut écrire « des articles 4 et 5 de la présente loi et des articles 101 et 102 du TFUE ». Cette observation vaut également pour l'article 48, paragraphes 1<sup>er</sup> et 3, l'article 50, paragraphe 1<sup>er</sup> et l'article 51, paragraphe 1<sup>er</sup>.

Au paragraphe 2, lettres a) et b), il convient d'écrire « pour cent » en deux mots. Cette observation vaut également pour l'article 49, paragraphe 6. À la lettre b), il y a lieu d'entourer les termes « existants ou potentiels » par des virgules.

*Article 48*

Il y a lieu d'écrire uniformément « formation collégiale ~~de décision~~ réunie à trois ».

*Article 49*

Il est indiqué d'écrire uniformément « conseiller instructeur ».

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, première phrase, il faut écrire « des articles 4 ou 5 de la présente loi » et « des articles 101 ou 102 du TFUE ».

Au paragraphe 4, il y a lieu d'insérer le terme « instructeur » après le terme de « conseiller » et d'écrire « un délai dans lequel ».

Au paragraphe 7, il convient de supprimer le terme « ne » avant les termes « soit susceptible de recours. »

*Article 50*

Au paragraphe 2, le terme « chiffre » est à remplacer par celui de « montant ».

*Article 51*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il est indiqué d'ajouter une virgule après les termes « l'article 48 ».

Au paragraphe 3, il est indiqué d'ajouter une virgule avant le terme « conformément ».

Au paragraphe 4, alinéa 1<sup>er</sup>, il faut écrire « prononcée » et ajouter un point final.

*Article 52*

Au paragraphe 3, les termes « deuxième alinéa » sont à remplacer par les termes « paragraphe 2 ».

Au paragraphe 4, les termes « deuxième et troisième alinéas » sont à remplacer par les termes « paragraphes 2 et 3 ».

*Article 53*

Au paragraphe 2, phrase liminaire, dans un souci de cohérence avec la directive n° 2019/1, et les articles suivants, les termes « l'entreprise » est à remplacer par les termes « le demandeur ».

Au paragraphe 2, lettre c), point i., il convient de remplacer le terme « opération » par le terme « inspection ».

Au paragraphe 4, deuxième phrase, le Conseil d'État suggère d'écrire « En cas de rejet de sa demande, le demandeur d'immunité d'amendes peut demander [...] ».

#### Article 55

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, phrase liminaire, le Conseil d'État suggère d'écrire « [...] le demandeur qui révèle sa participation à une entente remplit les conditions cumulatives suivantes :[...] ».

#### Article 56

Au paragraphe 3, il faut écrire « l'Union européenne ».

#### Article 57

Au paragraphe 4, il faut écrire « de l'Union européenne ».

#### Article 58

Aux paragraphes 2 et 4, il convient d'écrire « Commission européenne ».

Au paragraphe 3, deuxième phrase, il faut écrire « une telle demande ».

Au paragraphe 4, première phrase, il est indiqué d'écrire « en tout ou en partie ».

#### Article 60

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il faut écrire « qu'il n'y a plus lieu ».

#### Article 61

Les institutions, administrations, services, organismes, etc., prennent une majuscule au premier substantif. Partant, il y a lieu d'écrire « Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ». Cette observation vaut également pour l'article 64, paragraphe 3, deuxième tiret, l'article 71, paragraphe 4, deuxième phrase, et l'article 73, paragraphe 3, alinéa 2, deuxième phrase.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il est indiqué d'écrire « des articles 33, 34, 46, paragraphe 3, ~~et~~ 50 et 51 ».

#### Article 62

Le Conseil d'État suggère de supprimer le terme « subséquente » à la suite des termes « par voie de décision ».

#### Article 63

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient d'écrire « des articles 33, 34, 49 et 50 ».

Au paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, première phrase, et afin de s'en tenir au sens recherché selon le commentaire de l'article sous revue, à savoir la reprise de l'article 23 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et la transposition de l'article 29, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la directive n° 2019/1, le Conseil d'État suggère de compléter le texte de cette disposition comme suit :

« L'interruption du délai de prescription prend effet à compter de la notification de la première mesure d'enquête formelle de l'Autorité à au moins une entreprise visée par la procédure de mise en œuvre. »

Au paragraphe 6, première phrase, il est indiqué d'écrire « par les articles 101 ou 102 du TFUE ».

#### Article 65

Dans un souci d'harmonisation, pour l'introduction d'un recours en réformation il est indiqué d'employer une des formules suivantes : « Les décisions prévues au titre IV sont susceptibles d'un recours en réformation devant le tribunal administratif » ou « Contre les décisions prises par l'Autorité en vertu du titre IV, un recours en réformation est ouvert devant le tribunal administratif », en écartant des formules telles que : « Un recours de pleine juridiction est ouvert devant le tribunal administratif », ou « Les décisions... sont susceptibles d'un recours devant le tribunal administratif qui statue comme juge du fond » ou encore « Contre les décisions... un recours est ouvert devant le tribunal administratif qui statue comme juge du fond ».

*Article 66*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient de remplacer les termes « d'initiative » par les termes « sur son initiative ».

Au paragraphe 2, phrase liminaire, il convient de remplacer le terme « consultée » par celui de « demandée ».

*Article 69*

À la lettre a), il faut écrire « aux articles 101 ou 102 du TFUE » et à la lettre c) « des articles 101 ou 102 du TFUE ».

*Article 70*

Au paragraphe 2, les termes « du présent article » sont à supprimer, car superfétatoires. Cette observation vaut également pour l'article 72, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>.

*Article 71*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État suggère de remplacer les termes « au droit luxembourgeois » par les termes « à la présente loi ».

Au paragraphe 3, phrase liminaire, le Conseil d'État signale que dans le cadre de renvois à des paragraphes, l'emploi du terme « précédent » est à écarter. Mieux vaut viser le numéro du paragraphe en question, étant donné que l'insertion d'une nouvelle disposition à l'occasion d'une modification ultérieure peut avoir pour conséquence de rendre le renvoi inexact. Partant, il faut écrire « les exigences visées au paragraphe 2 ». Cette observation vaut également pour l'article 73, paragraphe 3, phrase liminaire.

Au paragraphe 5, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase liminaire, il convient d'écrire « aux articles 69 ou 70 ». Par analogie, cette observation vaut également pour le paragraphe 5, alinéa 2 et le paragraphe 6, alinéa 1<sup>er</sup>.

Au paragraphe 7, le terme « État » est à remplacer par celui d'« Autorité ». Cette observation vaut également pour l'article 72, paragraphe 5.

*Article 73*

Au paragraphe 4, il convient d'écrire « des articles 68 ou 69 ».

Au paragraphe 5, il est indiqué d'écrire « l'Autorité est autorisée à rembourser ».

*Article 74*

À l'intitulé de l'article sous examen, il y a lieu d'écrire « des amendes ou des astreintes ».

*Article 75*

Au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, première phrase, il y a lieu d'insérer une espace entre les termes « règlement (CE) n° 1/2003 » et les termes « et au règlement (CE) ». Par ailleurs, il y a lieu d'écrire « règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » à la première occurrence et d'écrire aux endroits suivants « règlement (CE) n° 139/2004 précité ». Au vu de ce qui précède, le paragraphe 2, deuxième phrase, est à libeller comme suit :

« Les enquêteurs [...] sur la base du règlement (CE) n° 1/2003 précité et du règlement (CE) n° 139/2004 précité. »

*Article 76*

Au paragraphe 2, point 2, il y a lieu de renvoyer « aux articles 4 ou 5 de la présente loi ou aux articles 101 et 102 du TFUE ».

*Article 78*

Une subdivision en paragraphe unique n'est pas de mise et à écarter.

À l'alinéa 1<sup>er</sup>, il convient d'écrire « ministre ayant l'Économie dans ses attributions » avec une lettre « m » initiale minuscule.

Toujours à l'alinéa 1<sup>er</sup>, il y a lieu de citer l'intitulé du règlement européen en question tel que publié au journal officiel, en écrivant « règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Dans la suite du texte, il peut être renvoyé au « règlement (UE) 2015/1589 précité ».

*Article 79*

À l'intitulé de l'article sous revue, la forme abrégée « Art. » y figurant en trop est à omettre.

*Articles 80 et 81 (81 et 80, selon le Conseil d'État)*

Les dispositions abrogatoires devant précéder les dispositions transitoires, les articles 80 et 81 sont à inverser.

À l'article 81 (80 selon le Conseil d'État), un point est à ajouter après le numéro d'article.

*Article 82*

L'article relatif à l'introduction d'un intitulé de citation est à libeller de la manière suivante :

« **Art. 82.** La référence à la présente loi se fait sous la forme suivante : « loi du... relative portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence ».

*Article 83*

L'article relatif à la mise en vigueur de la loi en projet est à reformuler comme suit :

« **Art. 83.** La présente loi entre en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit celui de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 27 avril 2021.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Christophe SCHILTZ

