

N° 8296⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

PROJET DE LOI

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

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

* * *

AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG

(1.8.2024)

Le Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n° 8296 relative au contrôle des concentrations entre entreprises et portant modification de : 1° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; 2° la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ; 3° la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances ; 4° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, déposé par le Ministère de l'Economie le 23 août 2023 (le « **Projet de loi** »).

Le Conseil de l'Ordre note également que l'accord de coalition entend réévaluer le Projet de loi.

Pourquoi introduire un contrôle des concentrations à Luxembourg ?

Le Conseil de l'Ordre salue le projet d'introduire un régime de contrôle *ex ante* des concentrations au Luxembourg, inspiré du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le « **Règlement sur les concentrations** »). En effet, un contrôle des concentrations constitue un volet essentiel d'une politique de concurrence efficace, apporte la sécurité juridique aux entreprises parties à la concentration et peut donner la possibilité aux entreprises tierces et aux consommateurs de faire entendre leurs préoccupations. Le Luxembourg reste aujourd'hui le seul Etat membre de l'Union européenne où une telle voie de contrôle national n'existe pas.

Compte tenu de l'importance grandissante de l'économie luxembourgeoise et des opérations qui s'y déroulent ainsi que de son grand degré d'ouverture, l'absence totale de régime de contrôle national des concentrations présente aujourd'hui plus d'inconvénients que d'avantages. Il devient difficilement concevable que des opérations de fusion-acquisition ou de constitution d'entreprises communes (« *joint ventures* ») de plein exercice importantes pour le pays, si elles ne revêtent pas une dimension européenne qui déclencherait une notification à la Commission européenne (la « **Commission** »), soient soumises à l'autorité nationale d'un autre Etat membre sans qu'il existe la possibilité d'en revoir l'impact au Luxembourg.

Il est vrai qu'il existe en droit de l'Union un mécanisme de renvoi à la Commission, prévu à l'article 22 du Règlement sur les concentrations, de l'examen de concentrations susceptibles d'affecter de manière significative la concurrence dans un Etat membre pour autant qu'un effet sur le commerce

entre Etats membres est également en cause. Dans ce contexte, l'Autorité luxembourgeoise de la concurrence (l'« **Autorité** ») peut faire une demande de renvoi, mais cette procédure – qui peut intervenir après la réalisation d'une concentration – est plus aléatoire, longue et complexe. En outre, le pouvoir de décision revient à la Commission¹. Enfin, elle n'est d'aucun secours pour les concentrations pour lesquelles il n'est pas possible de démontrer un effet sensible sur le commerce entre Etats membres.

Il est également vrai que l'Autorité a par le passé accepté d'examiner une concentration *ex post* via la preuve d'un éventuel abus de position dominante au sens de l'article 5 de la loi du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, telle que modifiée (la « **Loi relative à la concurrence** »). Cette voie a toutefois des limites importantes. Elle ne permet pas d'interdire une concentration avant sa réalisation. De plus, le standard de preuve pour l'infraction d'abus de position dominante est complexe, notamment parce qu'il faut prouver la position dominante préexistante et l'abus constitué par la concentration-même. En outre, cette voie *ex post* pose de sérieux problèmes en termes de sécurité juridique.

Comment définir les contours d'un contrôle des concentrations au Luxembourg ?

Selon le Conseil de l'Ordre, globalement, le Projet de loi est protecteur du jeu de la concurrence sur le marché luxembourgeois. Il maintient un équilibre entre des intérêts divergents sans méconnaître les réalités de l'économie luxembourgeoise ni imposer un fardeau déraisonnable à l'Autorité.

Toutefois, le Conseil de l'Ordre estime utile de rappeler que le gouvernement n'est pas dans l'obligation de reproduire au niveau national le régime de contrôle des concentrations prévalant au niveau européen. En principe, le Luxembourg reste maître de fixer le test de compatibilité d'un projet de concentration. Il pourrait être plus ou moins strict à propos des restrictions de concurrence ou de l'atteinte à la structure concurrentielle voire à d'autres intérêts qui rendraient une concentration illicite. Ainsi, il pourrait définir certains avantages découlant d'une concentration étant de nature à compenser suffisamment ses éventuels inconvénients le cas échéant, dont notamment les gains d'efficacité pouvant résulter d'une concentration qui pourraient contrebalancer les effets sur la concurrence. Ce point peut être important pour une petite économie dont une série de marchés ne connaissent qu'un nombre limité d'acteurs et ont une dimension géographique limitée au territoire national du fait des imperfections du marché unique.

Dans un tel contexte, un test qui focaliserait uniquement ou de manière excessive sur la création ou le renforcement d'une position dominante ou sur une analyse stérile de parts de marché sur le marché national serait inadapté. Un test se focalisant sur la question de savoir si la concentration entrave de manière significative une concurrence effective dans le marché national ou une partie substantielle de celui-ci (« *significant impediment of effective competition* » ou « SIEC ») est plus dynamique et permet notamment de tenir compte dans l'analyse d'une concentration, outre de la création ou du renforcement d'une position dominante, de gains d'efficacité².

Par ailleurs, le test peut expliciter qu'il y a lieu de prêter une attention particulière à la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national, permettant de tenir compte le cas échéant de l'effet d'importations et de l'impact de l'activité transfrontière d'acteurs non-nationaux sur la concurrence³.

Le Luxembourg est également libre de fixer les seuils déclenchant une notification de même que le caractère obligatoire ou facultatif de celle-ci.

¹ Voir le très récent renvoi à la Commission d'une concentration : affaire BRASSERIE NATIONALE / BOISSONS HEINTZ, M.11485 (en cours).

² Voir International Competition Network, "Competition Law in Small Economies", Special Project for the 8th Annual Conference Competition Law in Small Economies, 2009 (lien <https://centrocedec.org/wp-content/uploads/2015/07/competition-law-in-small-economies-2009.pdf>), p. 33. Ainsi, le test sous l'ancien règlement européen des concentrations (CEE) n° 4064/89 était fondé sur la création ou le renforcement d'une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative. Le test a été modifié par le Règlement sur les concentrations et vise actuellement l'interdiction de concentrations qui entraveraient « *de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* ».

³ Voir, en ce sens, Article 2, paragraphe 1, sous a) du Règlement sur les concentrations, tel que repris également en droit belge (article IV.9, paragraphe 2 du Livre IV du Code de droit économique : Protection de la concurrence).

Sur ce point, dans ses observations soumises dans le cadre de la consultation publique concernant l'introduction d'un régime de contrôle des concentrations lancée par le Ministère de l'Economie en 2022, le Conseil de l'Ordre avait fait remarquer qu'un système de notification volontaire pouvait être envisagé dans la mesure où il offre une certaine souplesse, notamment aux parties à la concentration mais aussi à l'autorité compétente. En effet, en l'absence d'obligation de notification, il ne peut y avoir de violation de l'obligation de « *standstill* », c'est-à-dire l'obligation de ne pas implémenter une concentration avant l'obtention de l'accord de l'autorité de la concurrence compétente, infraction généralement sanctionnée sévèrement. Un tel système permet notamment de limiter les cas à examiner par l'autorité compétente à ceux avec un réel impact sur le marché national, ce qui peut être important pour une autorité de taille réduite et avec des ressources limitées sans expérience concrète dans l'examen des concentrations.

Le Conseil de l'Ordre constate toutefois que le gouvernement a choisi d'introduire un régime fondé sur une obligation de notification en fonction de certains seuils de chiffre d'affaires. Le présent avis se limitera donc à commenter le régime tel que proposé, une voie qui offre plus de clarté et sécurité aux parties concernées quant à leurs obligations et risques tandis que l'efficacité d'un régime de notification volontaire dépendrait dans une large mesure de la volonté et capacité d'action d'une autorité de la concurrence prête à jouer pleinement son rôle.

Le Luxembourg peut également exclure certains secteurs ou certains types d'opérations du contrôle des concentrations.

À cet égard, le Projet peut être salué en ce qu'il n'affecte pas les transactions concernant des entreprises luxembourgeoises ne générant pas de chiffre d'affaires à travers leur participation dans l'économie luxembourgeoise ou ne générant qu'un chiffre d'affaires minimal au Luxembourg de sorte qu'une large partie de transactions impliquant au jour le jour des entités juridiques luxembourgeoises telles que des holdings financiers restent en dehors du champ d'application.

Pour le reste, le Conseil de l'Ordre se borne à soulever les commentaires qui lui paraissent essentiels afin d'améliorer et clarifier certaines dispositions du Projet de loi.

Règles d'implémentation et lignes directrices à préciser

Enfin, le Projet de loi ne suffit pas en lui-même pour garantir le bon fonctionnement du contrôle des concentrations. Certains aspects devraient faire l'objet de précisions par règlement grand-ducal. Par ailleurs, afin de garantir la prévisibilité du contrôle, il incombera à l'Autorité de publier des lignes directrices et autres communications détaillant la manière pratique dans laquelle elle entend mettre en oeuvre le contrôle des concentrations.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

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

Objectif de la loi

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il serait opportun d'ajouter une disposition préliminaire ou de modifier le premier article, afin de préciser l'objectif du contrôle et de la loi en question. A cet égard, il est interpellant que le Chapitre 4 du Projet de loi ne précise pas les critères d'examen, même de façon partielle ou exemplative, puisque l'article 27 se limite à mentionner l'atteinte à la concurrence.

Le Conseil de l'Ordre note que l'article 30 du Projet de loi donne quelques éléments de réponse en indiquant que « *[l]orsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application de l'article 27, paragraphe 1^{er}, point 3^o, d'un examen approfondi, l'Autorité examine si elle est de nature à porter atteinte de manière significative à la concurrence, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* ». Toutefois, cet article a seulement traité aux concentrations contrôlées en phase II.

La modification du premier article afin d'ajouter l'objectif du contrôle pourrait suivre l'article 2 du Règlement sur les concentrations (mais dans un contexte national). Toutefois, comme il a déjà été indiqué, le Luxembourg dispose d'une certaine autonomie sur le sujet.

Seuils de notification

Le Conseil de l'Ordre émet un avis favorable sur les seuils de notification avancés au paragraphe 2 de l'article 1^{er}. Premièrement, la fixation des seuils selon les chiffres d'affaires des entreprises concernées apporte de la sécurité juridique. Deuxièmement, ces seuils prennent en considération les spécificités du Luxembourg en se concentrant sur les chiffres d'affaires générés localement, plutôt qu'au niveau mondial. Cela évitera un risque d'engorgement de l'Autorité – de taille relativement modeste – et permettra de se concentrer sur les activités ayant un réel impact sur les marchés luxembourgeois et le bien-être du consommateur luxembourgeois. Enfin, la réévaluation des seuils après une première période d'application de 3 ans est à saluer.

Mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du Règlement sur les concentrations

Le Conseil de l'Ordre propose que le paragraphe 3 de l'article 1^{er} précise que la loi s'applique sans préjudice de l'article 22 du Règlement sur les concentrations prévoyant que les Etats membres de l'UE, dont le Luxembourg, peuvent demander à la Commission d'examiner une concentration qui n'est pas de dimension européenne (au sens de l'article 1^{er} du Règlement sur les concentrations), mais qui affecte le commerce entre Etats membres de l'UE et qui menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des Etat(s) membre(s) qui en font la demande (en l'occurrence le territoire luxembourgeois).

Définition des « entreprises concernées »

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la nécessité du paragraphe 5 de l'article 1^{er}.

D'une part, si la notion d'entreprises concernées aux termes de l'article 2, paragraphe 1, diffère de celle utilisée dans d'autres articles du Projet de loi (par exemple, articles 21 et 29, entre autres), cela devrait être clairement précisé, notamment en utilisant des termes différents. Le Conseil de l'Ordre note que la notion d'entreprise concernée n'est jamais définie dans le Règlement sur les concentrations (mais plutôt dans les recommandations pratiques précisées dans la Communication juridictionnelle de la Commission sur ledit Règlement⁴).

D'autre part, si le paragraphe en question est réellement nécessaire, il serait plus judicieux de prévoir une disposition préliminaire sur les définitions pour une meilleure lisibilité. Dans son état actuel, la transition entre les différents éléments n'est pas particulièrement évidente. Par ailleurs, l'utilisation du terme « *compétence* » n'est pas appropriée : il s'agit plutôt de « *l'application* » (comme d'ailleurs évoqué par d'autres dispositions du Projet de loi).

La définition d'une concentration

Le Conseil de l'Ordre relève que les cinq premiers paragraphes de l'article 2 du Projet de loi s'inspirent largement des articles 2 et 3 du Règlement sur les concentrations. A cet égard, il n'a pas de commentaire particulier mis à part que l'article 2, paragraphe 5, sous 3^o – qui reprend l'article 3, paragraphe 5, sous c) du Règlement sur les concentrations – devrait, pour éviter toute confusion, préciser qu'il vise les sociétés de participation financière telles que « *visées à l'article 5, paragraphe 3, de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés* » ou directement y mentionner l'acte de transposition en droit luxembourgeois.

Quant aux éventuelles exclusions

S'agissant des opérations de capital-investissement, fonds d'investissement, fonds de titrisation, véhicules de titrisation ou fonds de pension mentionnées à l'article 1^{er}, paragraphe 6, le Conseil de l'Ordre relève que le Commentaire des articles du Projet de loi (« **Commentaire des articles** ») indique que ce paragraphe « *vise à exclure du champ d'application de la loi les opérations réalisées par certaines entités et véhicules qui, du fait de la nature de leurs activités n'entraînent en général pas de* »

⁴ Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01).

modification durable de la structure du marché ». Cependant, toujours d'après ce commentaire, « la loi reconnaît que, pour certaines opérations de capital-investissement (« private equity ») lesdites entités et véhicules puissent être utilisés pour structurer des opérations de prises de contrôle et tombent dans ce cas dans le champ d'application de la loi pour autant que les seuils de chiffre d'affaires [...] soient franchis ».

Dès lors, pour une meilleure lisibilité, le Conseil de l'Ordre suggère d'une part, de faire directement référence à l'absence de modification durable de la structure du marché (l'article 1^{er}, paragraphe 6, pourrait ainsi être complété par les termes : « (...) dans la mesure où ils n'entraînent pas de modification durable de la structure du marché »), voire de proposer des critères d'analyse (même non exhaustifs) pour plus de sécurité juridique. D'autre part, et en tout état de cause, il serait préférable de déplacer ladite disposition à l'article 2 relatif à la définition d'une concentration.

S'agissant des réorganisations internes mentionnées à l'article 2, paragraphe 6, le Conseil de l'Ordre comprend que ce paragraphe n'est pas nécessaire dans la mesure où il découle de la définition d'une concentration, c'est-à-dire une transaction impliquant un changement durable sur le marché, que ces opérations ne sont pas visées. Pour plus de clarté, il suggère donc de supprimer le paragraphe 6 de l'article 2.

S'agissant des opérations concernant des entreprises captives d'assurance ou de réassurance mentionnées à l'article 2, paragraphe 7, le Conseil de l'Ordre relève que le Commentaire des articles indique aussi « [c]e paragraphe est une illustration du principe général qui s'applique indépendamment du secteur, tel qu'il résulte des points 24 et suivants de la communication juridictionnelle précitée. L'objectif de cette précision est d'apporter de la clarté pour les types d'entreprises visées, étant entendu que le principe général s'appliquera en tout état de cause quel que soit le secteur ». Partant, il s'agit là aussi d'une illustration de la définition générale d'une concentration et non d'une exclusion particulière. Par souci justement de clarté, le Conseil de l'Ordre propose de supprimer ledit paragraphe.

Chapitre 2 – Notification

Obligation de notification

Quant à l'obligation de notification, le Conseil de l'Ordre suggère plusieurs modifications textuelles à l'article 3. Premièrement, il conviendrait d'utiliser de façon uniforme les termes « *entreprises concernées* » au lieu des termes « *parties concernées* » au paragraphe 2, « *personnes physiques ou morales* » au paragraphe 3 et « *parties notifiantes* » au paragraphe 7, sauf à définir ces termes expressément s'ils entendent recouvrir une autre notion que celle d'« *entreprises concernées* ». Ces modifications amélioreront la cohérence et la lisibilité du texte. Deuxièmement, la reformulation suivante est conseillée au paragraphe 4 : « [...] peut être déposée sous une forme simplifiée requérant moins d'informations, **selon les modalités fixées par un règlement grand-ducal** ». L'idée est que les modalités et les exigences d'une notification simplifiée soient définies plus en détail dans un règlement grand-ducal.

L'auto-saisine de l'Autorité

Premièrement, le libellé évoque la possibilité pour l'Autorité d'examiner une concentration qui n'atteint pas les seuils visés à l'article 1^{er} « *lorsqu'elle estime que l'opération de concentration peut avoir un effet restrictif sur la concurrence (...)* ». Une telle formulation est plus large que celle d'« *entrave significative à une concurrence effective* » (tel que mentionné dans l'Exposé des motifs du Projet de loi et à l'article 30) et pourrait ainsi potentiellement englober tout projet de concentration.

Or, le Conseil de l'Ordre estime que la faculté d'auto-saisine (qui permet à l'Autorité de se prononcer sur un projet de concentration n'atteignant pas les seuils) devrait être employée de manière restreinte, réservée aux situations où il y a un risque réel d'une entrave significative de la concurrence, notamment en cas de création d'une position de monopole ou d'une acquisition prédatrice (« *killer acquisition* »), compte tenu de l'insécurité juridique qui découle d'un tel mécanisme.

Pour ces motifs, le Conseil de l'Ordre considère qu'il serait judicieux, afin de garantir davantage de sécurité juridique, de préciser que l'article 6 s'applique uniquement à ces deux hypothèses (voire à des hypothèses d'une gravité comparable).

A cet égard, le point 15 des Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du Règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires

(JO 2021, C 113, p. 1) exige la démonstration d'un « *risque réel que l'opération ait des effets néfastes significatifs sur la concurrence* ».

Deuxièmement, à l'article 6, paragraphe 2, sous 2° du Projet de loi, toujours dans un souci de sécurité juridique, si le Conseil de l'Ordre comprend que cette disposition est inspirée du système en vigueur en Irlande, il estime qu'il serait préférable de ne pas utiliser comme point de départ du délai de 60 jours « *la date à laquelle l'Autorité a connaissance du fait que les parties à l'opération de concentration ont conclu un accord aux termes duquel, s'il est mis en oeuvre, la concentration aura lieu* ». En effet, la date de prise de connaissance, par l'Autorité, est difficilement prévisible pour les parties concernées et peut être source de contestations. Il serait donc préférable de supprimer cette disposition ou, alternativement, de plutôt faire référence à la « *date à laquelle l'Autorité informe les parties à l'opération de concentration qu'elle a pris connaissance du fait qu'elles ont conclu un accord aux termes duquel, s'il est mis en oeuvre, la concentration aura lieu* ». En tout état de cause, la date de réalisation de la concentration (3°) pourra toujours servir de point de départ du délai de 60 jours pour l'Autorité, de sorte qu'un contrôle ex post est toujours possible et le risque que certaines opérations échappent à sa vigilance est très faible, voire inexistant.

Troisièmement, en Belgique, la procédure d'auto-saisine peut être ouverte sur la base d'une initiative de l'Autorité belge de la concurrence, mais aussi à la suite d'une plainte d'une personne physique ou morale ayant qualité pour agir, ainsi que sur demande ou injonction d'un ministre compétent, d'organismes publics exerçant une surveillance sur des secteurs économiques. Cela ne semble pas être une possibilité au Luxembourg sur la base du libellé actuel de l'article 6 du Projet de loi. Ces possibilités pourraient être mentionnées également, si le législateur luxembourgeois souhaite donner voix au chapitre à ces acteurs en vue d'une éventuelle auto-saisine par l'Autorité.

Quatrièmement, le Projet de loi prévoit que l'Autorité « *enjoint aux entreprises de procéder à la notification de l'opération de concentration dans le délai qu'elle leur indique et selon les modalités de l'article 3* ». Pour plus de sécurité juridique il serait opportun d'indiquer que l'Autorité doit prévoir un délai « *raisonnable* » qui devra être fixé en fonction de la complexité du dossier.

Cinquièmement, le libellé actuel de l'article 6 du Projet de loi ne mentionne pas non plus les possibilités dont disposent les conseillers de l'autorité de la concurrence chargés du traitement des dossiers pour recueillir des informations lorsqu'elle décide de s'autosaisir (contrairement à la disposition belge qui permet aux personnes chargées du traitement des dossiers de recueillir toutes les informations utiles). À cette fin, les auditeurs belges peuvent s'adresser aux entreprises, aux associations d'entreprises et aux personnes physiques pour recueillir les informations dont ils ont besoin pour décider de poursuivre ou non une affaire. Il serait utile que la loi luxembourgeoise prévoie également ces compétences de manière explicite ou, à tout le moins, renvoie aux dispositions procédurales du Projet de loi à cet égard.

Chapitre 3 : Procédure

Secret professionnel des avocats / Documents ou informations couverts par le secret professionnel des communications avocat – client

Le Conseil de l'Ordre propose de préciser dans le Projet de loi que les mesures de contrôle et d'inspection prévues aux articles 8 à 15 du Projet de loi devront à tout moment respecter le secret professionnel des avocats tel que consacré par l'article 35 de la loi sur la profession d'avocat et l'article 458 du Code pénal.

Par ailleurs, l'article 22 du Projet de loi concernant le droit d'accès au dossier prévoit que ne font pas partie du dossier « *les documents ou informations couverts par le secret des communications avocat-client* ». Il faut souscrire à la précision que ces documents et informations sont à exclure du dossier compte tenu de la protection du secret professionnel de l'avocat telle qu'elle résulte notamment de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux droits fondamentaux⁵. Il conviendra toutefois de clarifier qu'une éventuelle levée de confidentialité suite à une demande en ce sens par une partie visée par le rapport conformément à l'article 23, paragraphe 1, du Projet de loi ne pourra pas concerner de tels documents. Dans sa rédaction actuelle, la référence abstraite faite à l'article 22 en début de l'article 23, paragraphe 1, du Projet de loi pourrait prêter à confusion.

⁵ Voir arrêt CJUE du 8 décembre 2022, *Orde van Vlaamse Balies*, C-694/20, ECLI:EU:C:2022:963, point 27.

L'article 23, paragraphe 1, devrait faire référence spécifiquement à l'article 22, paragraphe 3, à cet égard.

Demandes d'octroi et de levée de la confidentialité

Le Projet de loi prévoit que toute personne intéressée peut demander soit l'octroi de la confidentialité pour les informations et documents qu'elle fournit à l'Autorité (articles 19 et 20), soit la levée d'une confidentialité octroyée (article 23). Il crée aussi un recours interne ouvert contre les décisions afférentes aux demandes susvisées.

Le Conseil de l'Ordre rappelle que le débat sur la question de savoir si l'Autorité est une autorité administrative indépendante dotée d'un pouvoir juridictionnel semble avoir été épuisé au moment de l'introduction de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence par rapport au prédécesseur de l'Autorité, le Conseil de la concurrence. L'Autorité n'est pas dotée d'un pouvoir juridictionnel et lorsqu'elle met en oeuvre ses prérogatives, n'est pas à qualifier de « tribunal » au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (la « CEDH »)⁶.

Il n'en reste pas moins que, à l'instar de la Commission quand elle exerce ses compétences en matière de droit de la concurrence, l'Autorité est tenue de respecter, au cours de la procédure administrative, les droits fondamentaux des entreprises concernées, dont le principe d'impartialité, qui relève du droit à une bonne administration⁷.

Or, en matière de confidentialité, le Projet de loi prévoit que les mêmes personnes prennent des décisions tant sur une demande d'octroi de la confidentialité (articles 19/20), que sur une demande de levée de ladite confidentialité (article 23). Ainsi, un même membre de l'Autorité serait amené à rejurer ce qu'il a précédemment déjà jugé, ce qui crée un risque non-négligeable de défaut d'impartialité au moment de statuer sur la demande de levée de la confidentialité. Cette remarque est valable autant au niveau de la décision initiale qu'à celui du recours contre cette décision.

Par ailleurs, il existe plusieurs situations dans lesquelles une apparence de manque d'impartialité pourrait exister. D'une part, selon l'article 23 du Projet de loi, la levée de la confidentialité doit être demandée devant le conseiller instructeur. Or, selon l'article 15 de la Loi relative à la concurrence, le conseiller instructeur est nommé par le Président de l'Autorité, qui peut cependant aussi intervenir au moment de l'octroi de la confidentialité, selon les articles 19 et 20 du Projet de loi. En outre, le Président de l'Autorité est en charge de désigner le conseiller suppléant compétent pour connaître du recours formé contre une décision d'octroi ou de levée de la confidentialité, ou de refus de l'un ou l'autre. Or, à nouveau, lorsque le Président exerce, en phase I, son pouvoir en matière de confidentialité, le fait qu'il puisse désigner le conseiller suppléant pour connaître du recours contre sa propre décision, même en tenant compte de la réserve « *sans prendre connaissance des motifs du recours* », pourrait créer dans la perception des parties intéressées un doute légitime sur l'impartialité du conseiller suppléant.

Le Conseil de l'Ordre est donc d'avis qu'il serait opportun de modifier les articles 19, 20 et 23 du Projet de loi afin de mieux garantir l'impartialité objective⁸ des personnes intervenant dans ces procédures en matière de confidentialité.

Par ailleurs, selon le Conseil de l'Ordre, il serait judicieux d'autoriser un recours juridictionnel externe contre les décisions prises en matière de confidentialité devant les juridictions administratives. À ce titre, il semble opportun de rappeler que ce fut la position adoptée par des intervenants à l'examen

6 Voir par exemple, CEDH (Plénière), 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, n°7299-75 et 7496-76, par. 29, CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c/ Autriche*, n°15963-90, et CEDH, 7 juin 2012, *Segame c/ France*, n°4837-06.

7 Voir arrêt CJUE, 1^{er} février 2024, *Scania e.a./Commission*, C-251/22 P, ECLI:EU:C:2024:103, dans le cadre duquel la CJUE a rappelé (point 70) que le « droit à une bonne administration, consacré à l'article 41 de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], prévoit que toute personne a le droit, notamment, de voir ses affaires traitées impartialement par les institutions de l'Union européenne. Cette exigence d'impartialité recouvre, d'une part, l'impartialité subjective, en ce sens qu'aucun membre de l'institution concernée qui est en charge de l'affaire ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel et, d'autre part, l'impartialité objective, en ce sens que cette institution doit offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (arrêt du 12 janvier 2023, *HSBC Holdings e.a./Commission*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, point 77 et jurisprudence citée) ».

8 Voir la jurisprudence citée en note de bas de page n°4 ci-dessus.

du Projet de loi n°7479 sur la concurrence, devenu la loi relative à la concurrence⁹, et notamment du Conseil d'Etat dans son avis du 27 avril 2021¹⁰.

En outre, en France, les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de « secret des affaires » font l'objet d'un recours juridictionnel devant le Président de la Cour d'appel de Paris, ainsi que d'un potentiel pourvoi en cassation¹¹. De même, les décisions en matière de confidentialité prises dans les procédures de droit de la concurrence au niveau de l'Union par le conseiller-auditeur de la Commission peuvent être remises en cause devant le Tribunal de l'Union européenne¹².

Enfin, le Conseil de l'Ordre tient à relever encore que les délais de procédure prévus à l'article 20 pour contester la décision du conseiller instructeur de donner accès à des éléments confidentiels à la partie visée par le rapport ne paraît pas de nature à garantir efficacement les droits de la défense de la personne concernée. Cette dernière ne dispose que de 5 jours pour faire valoir ses observations suite à l'information par le conseiller instructeur de son intention de faire droit à la levée de la confidentialité. Par la suite, elle ne dispose que de 3 jours ouvrables pour saisir le Président de l'Autorité contre la décision du conseiller instructeur. Le Conseil de l'Ordre relève que ces délais paraissent anormalement courts pour permettre à la partie intéressée de faire valoir ses droits sur des données qui sont potentiellement couverts par le secret des affaires, voire par le secret professionnel de l'avocat.

Composition du Collège

S'agissant de la composition du Collège, l'article 16, paragraphe 6, du Projet de loi prévoit la présence du conseiller instructeur au délibéré pour les décisions prévues au paragraphe 1, sous 4°, 5° et 7° de cette disposition (décisions adoptées en phase I, décisions adoptées en phase II et décisions relatives à la réalisation d'engagements). Le conseiller instructeur peut présenter le dossier, mais n'a qu'une voix consultative.

S'il paraît nécessaire d'exclure la possibilité de voter pour le conseiller instructeur, la justification de la présence de celui-ci au délibéré ne manque pas de poser questions, notamment quant à l'impartialité objective du Collège. Selon le Projet de loi, seuls les cas de décisions impliquant une sanction (article 16, paragraphe 1, sous 3°) et celles relatives à l'imposition de mesures provisoires (article 16, paragraphe 1, sous 6°) excluraient la présence du conseiller instructeur, sous peine de nullité (article 16, paragraphe 7 du Projet de loi).

Le Conseil de l'Ordre n'est pas convaincu par cette distinction. Toutes les décisions de l'Autorité sont contraignantes quel que soit leur objet ou peuvent constituer le préalable à une mesure coercitive. Un tel dispositif portera atteinte à l'apparence d'impartialité de l'Autorité.

Droits des parties

Le Projet de loi prévoit à l'article 21 (paragraphe 7 et 8) que le conseiller instructeur fait part de ses objections par écrit aux parties notifiantes et aux autres parties intéressées. Le conseiller instructeur doit ainsi indiquer respectivement aux parties notifiantes et aux autres parties intéressées « *le délai dans lequel elles peuvent lui faire connaître leur point de vue par écrit* ».

Le Conseil de l'Ordre est d'avis que, pour plus de sécurité juridique, il serait opportun d'indiquer que le conseiller instructeur doit prévoir un délai « *raisonnable* » qui devra être fixé en fonction de la complexité du dossier.

⁹ Voir l'avis de Cour Supérieure de Justice du 8 novembre 2019 : « *il y a lieu de prévoir, compte tenu du fait que les décisions prises émanent d'une autorité administrative, un recours de pleine juridiction devant les juridictions administratives* » ; *idem*, l'avis du Tribunal d'arrondissement du 14 janvier 2020.

¹⁰ Voir l'avis du Conseil d'Etat du 27 avril 2021 dans lequel il s'oppose « *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^{er}, 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^{er} et 2, de la directive n° 2019/1.* »

¹¹ Articles L. 463-4 et 464-8-1 du Code de commerce français, et R. 463-13 et suivants et 464-24-1 et suivants du même Code.

¹² Voir, par exemple, arrêt CJUE, 14 mars 2017, Evonik Degussa GmbH/Commission, C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205.

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

Critères d'examen et de décision

Quant à l'examen de la notification (article 24) et la prise de décision (article 27), force est de constater que le Projet de loi ne précise pas les critères sur la base desquels la concentration sera autorisée.

Il est vrai que l'article 28 du Projet de loi précise que l'Autorité, dans l'examen qu'elle mène au titre de l'article 27, paragraphe 1, procède à l'analyse au cas par cas du marché en se référant aux principes émis par la Commission, mais cette disposition ne concerne que l'impact d'éventuelles activités transfrontalières.

Par ailleurs, l'article 30 du Projet de loi spécifie que l'Autorité, lors de l'examen approfondi de la notification et de la situation subséquente doit mettre en balance les éventuelles restrictions à la concurrence et les progrès économiques apportés par l'opération sous analyse, mais cette disposition concerne la phase II uniquement.

À titre de comparaison, le Règlement sur les concentrations précise en son article 6, paragraphe 2, que la Commission déclare une concentration compatible avec le marché commun si elle « *ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun* ».

De surcroît, à l'article 2, paragraphe 1, du Règlement sur les concentrations « *Appréciation des concentrations* », il est indiqué que « *les concentrations visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun* » avant que ne soient développés les critères en cause aux paragraphes 1 à 5.

Le Conseil de l'Ordre considère donc que, à l'instar des paragraphes 1 à 5 de l'article 2 du Règlement sur les concentrations, le Projet de loi devrait énumérer les critères d'examen de la notification et de l'opération sous contrôle, dont notamment la structure des marchés en cause et la concurrence réelle ou potentielle existante et la position sur le marché des entreprises concernées (voir en ce sens, article 2, paragraphe 1, deuxième alinéa du Règlement sur les concentrations). En particulier, il devrait préciser que les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective sur le marché luxembourgeois ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être autorisées tandis que celles qui l'entraveraient de manière significative doivent être interdites. À nouveau, il importe de souligner que, aux fins du contrôle national des concentrations, il est loisible à l'Etat luxembourgeois de définir ce qu'il entend par une entrave significative de la concurrence effective sur le marché luxembourgeois ou une partie substantielle de celui-ci.

Délai de décision

Il y aurait lieu d'encadrer davantage la faculté des parties de demander une suspension dudit délai dans la phase I afin d'éviter des suspensions dilatoires. En effet, il n'est pas clair sur quelle base une partie à la concentration pourrait demander la suspension ou si c'est une demande qui pourrait être faite une fois ou plusieurs fois le cas échéant (article 26, paragraphe 2). En première phase d'examen, outre le contexte d'engagements offerts (voir ci-dessous), le mécanisme de suspension n'est prévu dans le contexte du Règlement sur les concentrations (article 10, paragraphe 4) que pour des circonstances imputables à une des parties à la concentration qui contraindraient la Commission à demander des renseignements par voie de décision, ce qui retarde nécessairement le processus d'examen. Cette hypothèse est couverte à l'article 26, paragraphe 1, du Projet de loi.

Offre d'engagements dans la phase I

Le Conseil de l'Ordre note que le Projet de loi n'envisage pas la possibilité pour les parties de présenter des engagements afin de remédier à d'éventuels impacts négatifs escomptés d'une concentration sur la concurrence. Aucune explication n'est offerte à cet égard bien que cette faculté semble importante pour permettre aux parties à la concentration d'éviter, dans la mesure du possible, un examen de phase II. De toute évidence, l'offre d'engagements entraînerait nécessairement une suspension du délai dans la phase I, tel que prévu notamment à l'article 10, paragraphe 1, deuxième alinéa

du Règlement sur les concentrations. Il semblerait logique de prévoir expressément cette faculté dans le Projet de loi.

Uniformisation de la terminologie

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il faudrait uniformiser le Projet de loi quant aux termes utilisés ou les définir le cas échéant. En effet, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 26 se réfère à une demande introduite par « les parties ayant procédé à la notification » tandis que le paragraphe 2 indique que « les parties » peuvent demander la suspension. Il y aurait donc lieu de préciser quelles parties peuvent demander la suspension, à savoir s'il s'agit seulement des parties ayant procédé à la notification ou de toutes les entreprises parties à une concentration. Il s'agit d'une remarque qui vaut pour le Projet de loi de manière plus générale : une attention particulière devrait être portée à l'utilisation homogène et claire des termes « parties », « parties notifiantes », « parties à l'opération de concentration », « entreprises concernées », etc. Certes, quelques définitions sont données à l'article 21, paragraphe 5, du Projet de loi, mais elles ne semblent pas exhaustives et les termes y contenus ne semblent pas utilisés de manière homogène.

En tout état de cause, le terme « parties » semble trop abstrait dans ce contexte et il semble préférable de l'éviter.

Activités transfrontalières

Le Conseil de l'Ordre relève que référence doit désormais être faite à la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (JO C/2024/1645), adoptée le 8 février 2024, et non plus à la communication de 1997.

Chapitre 5 : Deuxième phase d'analyse (phase II)

Les engagements

Compte tenu de l'impact procédural important de la présentation d'engagements par les parties (dont notamment le déclenchement d'un nouveau délai de 25 jours), le Conseil de l'Ordre considère qu'il conviendra de préciser la procédure et les délais pour la présentation et l'exécution d'engagements, par exemple dans le contexte d'un règlement grand-ducal (voir, au niveau du droit de l'Union, à titre de comparaison, la Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables (JO C/2008/267, p. 1-27)).

Uniformisation de la terminologie

Les mêmes observations que celles faites ci-avant concernant la phase I et l'article 26 s'appliquent à l'article 33 du Projet de loi. Au paragraphe 1, il est fait mention des « parties » qui peuvent demander au conseiller instructeur de suspendre les délais d'examen de l'opération de concentration tandis qu'au paragraphe suivant il est fait mention du fait que le délai d'examen peut être prolongé par le conseiller instructeur sous réserve de l'accord « des parties notifiantes ». En outre, par rapport à cette disposition, le Commentaire des articles se réfère uniquement et simplement « aux parties » en référence aux deux paragraphes. Il conviendrait donc de préciser quelles « parties ».

Le rapport

Le Conseil de l'Ordre estime qu'il convient de préciser ce que le rapport mentionné à l'article 34 du Projet de loi doit contenir. Selon les Commentaires des articles, celui-ci présente notamment, inspiré du point 311 des lignes directrices en matière de contrôle des concentrations de l'Autorité de la concurrence française, les parties, l'opération, les marchés pertinents, l'analyse concurrentielle de l'opération et, le cas échéant, ses gains d'efficacité économique et une analyse des engagements proposés par les parties notifiantes et des mesures correctives envisagées par l'Autorité. Comme il s'agit du document clé de la procédure, déterminant notamment l'accès au dossier (article 22), il faut clarifier ce qu'il contiendra, par voie de règlement grand-ducal ou, à tout le moins, par le biais de lignes directrices de l'Autorité.

L'audition

Ensuite, concernant l'éventuelle audition organisée par l'Autorité conformément à l'article 35 du Projet de loi, le Conseil de l'Ordre fait remarquer qu'il n'est pas clair qui seraient d'éventuels « témoins » à entendre. Il semblerait que l'article 21, paragraphe 5, du Projet de loi contient la liste des personnes éventuellement à entendre, même si l'Autorité peut encore appeler d'autres personnes physiques ou morales. Il semble aussi opportun de clarifier l'ordre dans lesquels les différentes parties seraient entendues, le passage en premier du conseiller instructeur ne semblant pas s'imposer dans ce contexte.

Critères de décision

Le Conseil de l'Ordre se réfère aux observations faites concernant la Phase I (articles 24 et 27 du Projet de loi) s'agissant de l'intérêt à préciser dans le Projet de loi les critères sur la base desquels une concentration est autorisée ou interdite.

Chapitre 9 : Pouvoir d'évocation

Principes

De manière générale, le Conseil de l'Ordre doute sérieusement de l'opportunité du choix d'inclure un mécanisme, tel que prévu à l'article 44 du Projet de loi, qui interpelle du point de vue de l'indépendance d'une autorité de régulation à l'égard du pouvoir politique. Il est d'autant plus étonnant de constater le possible ajout d'une telle troisième phase d'examen sans réelles garanties procédurales et posant de sérieuses questions de sécurité juridique dans un contexte où l'introduction-même d'un régime de concentrations a longtemps fait débat puisqu'étant perçu comme un frein au développement de transactions de type fusion-acquisition au Luxembourg.

Le Commentaire des articles mentionne par rapport à l'article 44 du Projet de loi que celui-ci s'inspire de l'Article L.430-7-1 du Code de commerce français. Si ledit Commentaire souligne que ce pouvoir n'a pas vocation à faire l'objet d'une utilisation régulière, en mentionnant notamment le fait que l'article qui a inspiré le présent chapitre n'a fait l'objet que d'une seule utilisation dans le contexte français, il ne mentionne pas que cette utilisation fut liée à un contexte factuel très particulier et très commenté concernant l'affaire William Saurin.

Le Conseil de l'Ordre note que dans le contexte allemand, le ministre compétent jouit d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'appréciation des critères d'octroi d'une autorisation (effets négatifs pour la concurrence compensés par des avantages pour l'économie dans son ensemble ou justification de la concentration par un intérêt public supérieur) par rapport à une concentration ayant fait l'objet d'une interdiction par le *Bundeskartellamt*. La décision est soumise à un contrôle juridictionnel portant sur des questions de fond et de procédure. En outre, avant qu'une autorisation puisse être accordée par le ministre, une procédure sophistiquée doit être suivie. En particulier, la Commission des monopoles, un groupe de réflexion sur la politique de concurrence indépendant mais parrainé par le gouvernement, doit émettre un avis public sur la question de l'intérêt public. Une audition publique doit ensuite être organisée.

En tout état de cause, le fait qu'un régime n'a vocation à être utilisé que dans des cas limités ne suffit pas à justifier sa mise en place, surtout s'il soulève des questions importantes, notamment au niveau de la protection des droits de la défense des parties en cause.

Procédure

Le Conseil de l'Ordre soumet que la question des droits des parties concernées doit se poser par rapport à la procédure décrite à l'article 45 du Projet de loi. Aucune précision n'est apportée quant aux droits procéduraux des parties concernées dans cette phase exceptionnelle de procédure. Quant à un éventuel droit de recours, si ce dernier n'est pas précisé, à tout le moins, il devrait pouvoir se faire selon les procédures normales de recours contre une décision ministérielle.

Délégué du gouvernement

L'article 46 permet à l'exécutif de bénéficier des pouvoirs de l'Autorité pour la préparation d'une éventuelle évocation. Celle-ci ne serait alors pas une phase complémentaire comme une phase d'appel, mais une décision préalablement préparée, qui viendrait immédiatement à la suite de la décision de

l'Autorité, si les conclusions de l'exécutif sur les bienfaits ou méfaits de l'opération s'avéraient contraires à celles de l'Autorité.

Selon le Conseil de l'Ordre, un tel mécanisme pourrait remettre en cause l'indépendance procédurale de l'Autorité, notamment lorsque celle-ci sera amenée à enquêter sur d'éventuels « champions nationaux ». En effet, la présence d'un délégué du gouvernement chargé de collecter des informations en anticipation d'une éventuelle évocation risque de restreindre les débats et argumentaires au sein de l'Autorité, de peur de voir sa décision renversée par le pouvoir d'évocation.

Chapitre 10^o: Procédure dérogatoire en cas d'urgence

Les articles 47 et 48 du Projet de loi prévoient des procédures dérogatoires qui dans les situations d'urgence visées et lorsque certaines entités sont concernées, aboutissent à un dessaisissement de l'Autorité, notamment en cas de mesures d'intervention précoce, de redressement ou de résolution, ou autre cas d'urgence portant atteinte à la stabilité financière du Luxembourg si la concentration n'avait pas lieu.

L'éventualité d'un dessaisissement total de l'Autorité dans le cadre de la procédure dérogatoire pose la question des effets à long terme d'une telle opération. Il ne semble pas recommandé de dessaisir complètement l'Autorité de son pouvoir d'enquête et de contrôle sur la base de l'enclenchement d'une procédure dans laquelle elle n'a pas de pouvoir si les circonstances pouvant mener à un tel dessaisissement ne sont pas clairement délimitées.

Les procédures d'intervention précoce, de redressement et de résolution sont prévues, pour les entités couvertes par les articles 47 et 48 en cause, dans des lois sectorielles dans lesquelles l'Autorité n'a pas de pouvoirs définis, et dans lesquelles les considérations de préservation de la concurrence sont absentes. Dès lors, si le mécanisme est maintenu, il devrait à tout le moins prévoir spécifiquement l'association de l'Autorité à la procédure. Rappelons à cet égard notamment que les pouvoirs de la Commission en matière de concentrations ne sont pas diminués par le fait qu'une concentration s'opère dans un contexte de résolution bancaire¹³.

Par ailleurs, le Projet de loi semble permettre le dessaisissement de l'Autorité dans d'autres cas que les mesures d'intervention précoce. De tels cas, qualifiés d'urgents, sont toutefois définis de manière abstraite (paragraphe 3 des articles 47 et 48), notamment par la nécessité « *de maintenir la stabilité financière du Luxembourg* ». Si le Conseil de l'Ordre est conscient de l'importance de cet autre intérêt public, spécialement pour un petit pays comme le Luxembourg qui tire plus de 30 % de son PIB du secteur financier et qui possède certaines industries financières parmi les plus importantes du monde dans leur domaine, une obligation circonstanciée de motivation devrait être imposée à la CSSF. Le Conseil de l'Ordre souligne que d'autres Etats ont opté pour une approche moins radicale. Par exemple, la Belgique a organisé un système de recommandation de dessaisissement de l'autorité prudentielle à l'autorité de la concurrence. Cette dernière ne peut garder le dossier que moyennant une décision motivée. Il est toutefois vrai que le secteur financier ne présente pas la même importance relative en Belgique qu'au Luxembourg. Le Projet de loi ne contient aucune précision quant à l'organisation de la procédure alternative devant la CSSF et aux considérations de fond à prendre en considération par celle-ci si ce n'est le maintien de la stabilité financière, ni quant aux droits des parties concernées dans le contexte d'une telle procédure, ce qui pose un problème supplémentaire de sécurité juridique pour des opérations de concentration concernant certains opérateurs du secteur financier (établissements de crédit, entreprises d'investissement et certaines entités gravitant autour de ces établissements et entreprises).

Luxembourg, le 1^{er} août 2024,

Pour le Conseil de l'Ordre

Pit RECKINGER

Bâtonnier

¹³ Voir, à titre d'exemple, la décision de la Commission du 8 août 2017 dans l'affaire Case M.8553 – BANCO SANTANDER/ BANCO POPULAR GROUP. Il y est indiqué notamment (points 6 et 7) que « *[f]ollowing the adoption of the resolution scheme, Santander acquired sole control over Popular. As a result, the entire business of Popular and its subsidiaries have been transferred to Santander as of 7 June 2017. Therefore, the Transaction constitutes a concentration within the meaning of Article 3(1)(b) of the Merger Regulation* ». La Commission a contrôlé l'effet de cette concentration sur la base des critères standards du Règlement relatif aux concentrations.