

**N° 5816<sup>9</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2010-2011

**P R O J E T D E L O I****relative à la concurrence**

\* \* \*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT**

(7.6.2011)

Par dépêche en date du 20 janvier 2011, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'Etat une série d'amendements au projet de loi sous rubrique proposés par la Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et de l'Economie solidaire.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

La commission parlementaire souligne d'abord la divergence de vues de nature plus fondamentale qui oppose la commission parlementaire et le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'organisation future de l'autorité de concurrence. Elle affirme que le Conseil de la concurrence ne constituerait pas une administration de l'Etat au sens classique, mais une autorité administrative indépendante (ci-après AAI).

La Constitution ne prévoit dans son article 76 que l'organisation du Gouvernement par le Grand-Duc et ne dit rien sur l'administration de l'Etat.

L'article 108*bis* de la Constitution autorise la création d'établissements publics, dotés de la personnalité juridique par la loi qui en détermine l'organisation et l'objet.

Ainsi, un grand nombre d'établissements publics ont été créés par la loi avec des dénominations et des organisations différentes. Tous ont la personnalité juridique et une autonomie financière et administrative.

Faute de base constitutionnelle, il n'existe pas d'autorité administrative juridiquement indépendante.

Même si l'article 6 de la loi modifiée du 17 mai 2004 utilise ces termes, cette indépendance ne peut pas concerner son rapport avec le Gouvernement ou le ministre qui a cette administration sous son autorité, car la Constitution ignore la notion d'administration indépendante, qui en raison de son statut d'indépendance échapperait au contrôle du Gouvernement.

Les commentaires du ministre de l'Economie et du Commerce extérieur du 13 octobre 2010, reproduits dans le document parlementaire *No 5816<sup>7</sup>*, ne peuvent rien y changer, car il n'est pas de la compétence de la loi de bouleverser des dispositions constitutionnelles en affirmant que la loi aurait pris le parti de s'affranchir des catégories traditionnelles du droit administratif en conférant au Conseil de la concurrence le statut d'autorité administrative indépendante. Le Conseil d'Etat voit d'ailleurs dans le qualificatif „indépendant“ une différence de nature par rapport à l'autonomie, suggérant la rupture de tout lien avec le Gouvernement. L'autonomie, qui est l'apanage de tout établissement public, confère outre l'indépendance dans l'accomplissement de ses missions légales, le pouvoir d'édicter sa propre réglementation.

Par contre, une administration indépendante apparaît comme une entité échappant à toute autorité supérieure, voire à tout contrôle institutionnel qui est le propre de l'Etat de droit fondé sur la séparation des pouvoirs et le principe du *checks and balances*.

Le recours au droit administratif français qui concerne une administration publique très envahissante et omnipuissante n'est pas le plus heureux des exemples à suivre, d'abord en raison de sa grande différence par rapport au droit administratif luxembourgeois, ensuite en raison des critiques de cette institution en France. Selon le professeur Jean-Philippe Feldman, agrégé des facultés de droit, maître de conférence à Sciences Politiques et avocat à la Cour (Recueil Dalloz – 9 décembre 2010 – No 43), la dénomination même serait un oxymoron, car il y aurait contradiction entre administration et indépendance, une administration ne se concevrait pas sans une certaine relation de subordination. Même ou plutôt en raison de toute absence de réglementation de l'administration dans la Constitution, une indépendance peut difficilement être admise, puisque par nature une administration est servile. En raison du défaut d'autonomie, le pouvoir réglementaire que cette administration revendique lui échappe. D'après l'auteur, un „pouvoir administratif“ plus ou moins indépendant du Gouvernement ne saurait exister.

Il se pose par conséquent la question de la constitutionnalité du pouvoir de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi.

En France la doctrine a en outre soulevé la question de la séparation des pouvoirs en rapport avec le cumul des pouvoirs réglementaires et répressifs. Même s'il est suffi à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg d'avoir un recours juridictionnel devant une juridiction indépendante, il n'en reste pas moins qu'un Etat de droit devrait tout mettre en œuvre pour ne pas créer intentionnellement une telle situation. Ainsi, un auteur (Dominique Rousseau, „Silence tragique à Skyrock: une censure“, *Le Monde*, 10 janvier 1995) a qualifié cette AAI de „monstre juridique“.

L'auteur conclut son analyse de la nature des autorités administratives indépendantes de la façon suivante: „Finalement, on est amené à s'interroger sur la question de savoir si l'existence des AAI traduit un désengagement de l'Etat central ou une simple transformation de son mode d'intervention, voire un accroissement de l'interventionnisme. Ainsi, lorsque les constitutionnalistes parlent d'un gouvernement et d'un législateur qui seraient „défaussés“ de leurs responsabilités quant à la „régulation“ de secteurs dits sensibles, tels la bourse, la communication ou l'information, on voit poindre un terme essentiel, mais obscur qui mérite réflexion.“

Par ailleurs, il voit l'origine des AAI ainsi: „Finalement, les AAI apparaissent comme le dernier avatar du technocratie, de cette pensée délétère selon laquelle les sachants doivent par ce fait même détenir le pouvoir.“

Il conclut son travail en se référant au rapport sur la révision de la Constitution en France (15 juin 1993), qui n'avait pas retenu la suggestion du président Mitterrand de constitutionnaliser les AAI: „Il y a d'autant moins de raisons de graver dans le marbre les AAI que, selon l'expression cruelle mais juste d'un auteur, la protection des libertés est une chose trop sérieuse pour leur être confiée.“

La commission parlementaire compare dans ses observations préliminaires le statut d'une AAI qu'elle voudrait attribuer au Conseil de la concurrence avec celui des établissements publics constitués en vertu de l'article 108*bis* de la Constitution. Cette comparaison ne fonctionne cependant pas, car la nature de ces structures est différente; il n'est pas de la compétence de la loi d'introduire des statuts d'administration qui ne sont pas conformes à la Constitution. C'est à se demander pourquoi le Constituant a introduit le 19 novembre 2004 sur proposition du Conseil d'Etat cette révision constitutionnelle, qui semblerait superflue selon les vues actuelles de la commission parlementaire.

Le Conseil d'Etat lit avec ahurissement le motif du rejet de sa proposition d'adopter le règlement intérieur par règlement grand-ducal. L'article 108*bis* de la Constitution dispose que pour les établissements publics la loi peut soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle. Comment alors une administration sans personnalité juridique pourra-t-elle être dispensée de la sanction de son règlement interne par règlement grand-ducal et cela notamment si ce règlement est appelé à être rendu opposable aux tiers? 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. A 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. Le Conseil d'Etat doit en conséquence réitérer l'opposition formelle qu'il avait émise dans son avis du 16 juillet 2010 (doc. parl. No 5816<sup>6</sup>).

Le Conseil d'Etat constate finalement que la commission parlementaire entend introduire des amendements au niveau du texte coordonné qu'elle ajoute au texte des amendements.

Le Conseil d'Etat aurait apprécié que les amendements aient été numérotés, afin de faciliter les renvois.

\*

### EXAMEN DES AMENDEMENTS

*Amendement 1 – Suppression du paragraphe (5) de l'article 2*

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

*Amendement 2 portant sur le paragraphe (3) de l'article 12*

Le Conseil d'Etat regrette qu'il n'ait pas été suivi dans son avis.

Quant à la modification purement rédactionnelle, il n'a pas d'observation à faire.

*Amendement 3 portant sur le paragraphe (3) de l'article 16*

Sans observation.

*Amendement 4 supprimant le paragraphe (2) de l'article 28*

Sans observation.

*Amendement 5 supprimant l'article final*

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 juin 2011.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Georges SCHROEDER

