

MINISTERE DE LA JUSTICE
Madame le Ministre
Sam TANSON

L-2934 LUXEMBOURG

Luxembourg, le - 3 JUIN 2020

Concerne: Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet de loi n°7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence

Madame le Ministre,

J'ai l'honneur de vous remettre en annexe à la présente l'avis du Barreau de Luxembourg relatif au projet de loi no 7479.

Je me tiens volontiers à votre disposition pour toutes demandes de précisions complémentaires.

Veuillez agréer, Madame le Ministre, l'expression de ma parfaite considération.



François KREMER
Bâtonnier

Avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg du 20 mai 2020 sur le projet de loi n°7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg a pris connaissance du projet de loi n° 7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, déposé par le Ministère de l'Economie en date du 1^{er} octobre 2019.

Le projet de loi commenté a été déposé en vue d'adapter le droit luxembourgeois de la concurrence aux évolutions de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de l'Union, ainsi que de préciser les procédures de fonctionnement et les pouvoirs de l'autorité nationale de concurrence.

Le projet de loi a également pour objectif la transposition, en droit luxembourgeois, de la directive (UE) 2019/1 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (Directive « ECN+ »). L'objectif de cette directive consiste notamment à offrir aux autorités nationales de concurrence des Etats membres « *des garanties suffisantes d'indépendance, de ressources et de pouvoirs de coercition et de fixation des amendes nécessaires pour pouvoir appliquer efficacement les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* »¹ et les dispositions correspondantes en droit national de la concurrence.

Le projet de loi sous examen prévoit d'abroger la loi relative à la concurrence actuellement en vigueur et d'introduire plusieurs modifications importantes dans les règles de procédure et de fonctionnement de la nouvelle « Autorité nationale de concurrence ».

Le présent avis du Conseil de l'Ordre se limitera à l'examen des dispositions et questions soulevées par le texte intéressant directement l'exercice de la profession et la défense des droits des avocats.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Le texte du projet de loi commenté appelle les observations suivantes :

Article 6 (Statut de l'Autorité de la concurrence)

¹ 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, *JOUE* du 14.01.2019, L11/3, considérant n°3.

Le Conseil d'Etat salue le choix opéré dans le projet de loi de conférer à la nouvelle Autorité de la concurrence le statut d'établissement public.

Contrairement à l'entité amenée à lui succéder, et bien que définie par la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence comme une « autorité administrative indépendante », le Conseil de la concurrence, actuellement en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence sur le territoire du Grand-duché de Luxembourg, n'est pas juridiquement distinct de l'Etat.

En l'absence de disposition législative spéciale portant échec au principe du monopole de la représentation en justice exercé par l'avocat inscrit à l'article 2, paragraphe 1 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, le Conseil de la concurrence est donc nécessairement représenté conformément aux règles de représentation de l'Etat (représentation par un délégué du Gouvernement ou par ministère d'avocat à la Cour).

Or, pour garantir l'indépendance d'une autorité nationale de concurrence à l'égard de l'Etat, il est indispensable que cette autorité puisse, librement, avoir accès à un avocat et être représentée en justice par celui-ci. En lui conférant la personnalité juridique, l'Autorité de la concurrence sera nécessairement représentée devant les juridictions administratives, en son nom propre, par ministère d'avocat à la Cour.

Conférer la personnalité juridique à l'Autorité de la concurrence permettra à celle-ci d'agir en justice en toute indépendance, tout en préservant le principe du monopole de la représentation en justice, garant de l'efficacité et de la qualité de la justice.

Article 9, paragraphe 5 (Secret professionnel)

Quant au contenu de l'article 9, paragraphe 5

L'article 9, paragraphe 5, du projet de loi dispose notamment que les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle et d'inspection seront exercés conformément aux règles prévues à l'article 35, paragraphe 3, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

L'article 35, paragraphe 3, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat² garantit l'inviolabilité du lieu de travail de l'avocat et du secret des communications entre le client et son avocat et prévoit, pour toute mesure de procédure civile ou d'instruction criminelle effectuée auprès ou à l'égard d'un avocat, la présence du Bâtonnier ou de son représentant, sinon son information préalablement à la mise en œuvre de la mesure.

Nonobstant (i) le silence de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence sur ce point, et (ii) l'absence de référence expresse aux inspections diligentées par le Conseil de la concurrence, à l'article 35, paragraphe 3 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, le Conseil de l'Ordre est d'avis que l'article 35 précité est *déjà* applicable dans l'hypothèse où une inspection serait effectuée, auprès ou à l'égard d'un avocat, par le Conseil de la concurrence.

² Selon le Conseil de l'Ordre, une modification de cet article est souhaitable. Voy. *infra* sur ce point, commentaire de l'article 79.

Le Conseil de l'Ordre accueille toutefois favorablement cet ajout, une référence expresse au texte de l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur la profession d'avocat permettant davantage de clarté.

Quant à l'emplacement de cette disposition

Le Conseil de l'Ordre est ainsi d'avis que le contenu de l'article 9, paragraphe 5 du projet de loi commenté, traitant du secret professionnel imposé à l'avocat et à d'autres professionnels (notaires, réviseurs d'entreprises, réviseurs d'entreprises agréés, cabinets de révision et cabinets de révision agréés), lorsque ceux-ci sont visés par une enquête de l'Autorité de la concurrence (« mesure effectuée à l'égard de ») ou dont les locaux professionnels font l'objet d'une inspection (« mesure effectuée auprès de »), n'a pas sa place au sein de l'article 9 du projet de loi commenté.

Si l'article 9 du projet de loi commenté traite bien de la question du secret professionnel, le secret professionnel visé par cet article est celui des membres et agents de l'Autorité de la concurrence, et non pas celui des entreprises concernées par une enquête de l'Autorité de la concurrence, respectivement de leurs conseils.

En conséquence, par souci de clarté, le Conseil de l'Ordre suggère de biffer le paragraphe 5 de l'article 9 du projet de loi, et d'insérer le contenu de ce paragraphe dans un nouveau paragraphe à insérer à l'article 27 (« déroulement des opérations d'inspection »), qui aurait pour objet les règles particulières en cas de mise en œuvre, par l'Autorité de la concurrence, de ses pouvoirs d'inspection auprès ou à l'égard de certains professionnels soumis au secret.

Article 27 (Déroulement des opérations d'inspection)

Le projet de loi sous examen prévoit la possibilité, pour les conseillers instructeurs, de solliciter l'autorisation du juge d'instruction près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, afin de procéder à des inspections inopinées au siège des entreprises, ou dans tous autres locaux, terrains, moyens de transports, ou même domiciles privés des chefs d'entreprises, dirigeants et autres membres du personnel des entreprises ou associations d'entreprises.

La loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, que le projet de loi sous examen prévoit d'abroger, est silencieuse quant à la question de l'identification, du caractère saisissable et de la prise de connaissance par le Conseil de la concurrence de documents, correspondances et informations échangées entre un client et son avocat (*legal professional privilege*).

Si la jurisprudence de l'Union reconnaît clairement la nécessité de protéger la confidentialité de toute correspondance échangée entre un client et son avocat (et, plus généralement, toute information contenue dans ces échanges) dans le cadre et aux fins des droits de la défense de ce dernier³, la mise en œuvre pratique de cette protection est, actuellement laissée à la discrétion des agents du Conseil de la concurrence.

Afin de palier cette insécurité juridique, le projet de loi commenté prévoit, en son article 27, paragraphe 5, un régime d'arbitrage par le conseiller instructeur. Ainsi, en cas de revendication quant à la confidentialité de communications avocat-client pendant l'inspection, il appartiendrait au conseiller instructeur de la « toiser » immédiatement. Le projet de loi ne précise pas sur base de quelles données et/ou critères un tel arbitrage serait rendu par le conseiller instructeur. Ce n'est qu'en

³ Arrêt du 18 mai 1982, *A.M. & S. Europe Limited c. Commission*, C-155/79, EU:C:1982:157, paragraphes 21 et s.

cas de désaccord sur l'arbitrage rendu par le conseiller instructeur que les documents seraient alors mis sous scellés et la question soumise à la décision du juge d'instruction ayant autorisé l'inspection.

Selon l'avis du Conseil de l'Ordre, ce pouvoir, laissé au conseiller instructeur – partie en charge de l'instruction de l'enquête – de « toiser » la question de la confidentialité est inadmissible.

Le conseiller instructeur ne peut être à la fois partie et juge, sous peine de piétiner les droits de la défense, ainsi que la règle du secret professionnel imposée à l'avocat, dont elle est un élément fondamental⁴.

Par ailleurs, le projet de loi sous examen ne précise pas sur base de quels éléments et critères il appartient au conseiller instructeur de « toiser » le différend. Est-il autorisé à prendre connaissance du contenu du document litigieux ? Une telle prise de connaissance, par le conseiller instructeur chargé de l'enquête, d'un document contenant des informations protégées, aurait des conséquences irrémédiables sur la situation juridique de l'entreprise.

Enfin, le régime, tel qu'il est prévu par l'article 27 du projet de loi, méconnaît l'article 35, paragraphe 3, de la loi sur la profession d'avocat, garantissant le caractère inviolable du secret des communications entre l'avocat et son client.

Au niveau des inspections de concurrence diligentées par la Commission européenne, l'entreprise est en droit de refuser aux agents chargés de l'enquête toute prise de connaissance du contenu – même sommaire – d'un document qu'elle estime être protégé par la confidentialité avocat-client⁵. Par ailleurs, un conseiller auditeur, fonctionnaire indépendant des services d'instruction, agissant comme « *gardien des droits de la défense des entreprises poursuivies* », est chargé d'examiner les différends entre l'entreprise concernée et la Commission au sujet du respect de la confidentialité de la correspondance entre l'entreprise et son avocat.⁶ Ce conseiller indépendant, ayant accès au contenu du document, rend alors un avis au directeur chargé de l'enquête. En cas de différend dûment motivé par l'entreprise, les agents chargés de l'enquête ne seront en droit d'examiner le document qu'après (i) la prise d'une décision formelle, par la Commission, ordonnant la production du document et (ii) l'expiration des délais de recours à l'encontre de cette décision de rejet de la protection⁷.

Afin de préserver les droits de la défense, le Conseil de l'Ordre est d'avis que l'arbitrage laissé au conseiller instructeur pour toiser les questions de la protection des échanges avocat-client est à proscrire et à remplacer par l'intervention du seul juge d'instruction.

⁴ Sur cette question, le Conseil de l'Ordre renvoie à son avis sur le projet de loi n°7465 portant transposition de la directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 (« DAC6 »), déposé le 31 octobre 2019.

⁵ Voy. sur ce point arrêt du 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission*, T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287. En cas de contestation, il appartient à l'entreprise d'expliquer en quoi, selon elle, le document est protégé par la confidentialité avocat-client. Si, sur base des éléments fournis par l'entreprise, les agents de la Commission estiment qu'il est plausible que le document soit confidentiel, celui-ci est mis sous scellés. En cas de refus de la protection par la Commission, les scellés ne seront ouverts qu'après prononcé, par la Commission, d'une décision susceptible d'un recours immédiat et après expiration des délais dudit recours (voy. sur ce point la Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, JOUE, C 308, 20.10.2011, pp. 6–32, point 54).

⁶ C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Collection droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice PICOD, n° 1495, pp. 1155 et s.

⁷ arrêt du 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission*, T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287, paragraphes 85 - 88.

Par ailleurs, le Conseil de l'ordre constate qu'aucun recours immédiat n'est prévu à l'encontre des actes pris pendant l'instruction, tels que l'ordonnance du juge d'instruction autorisant l'inspection ou la décision quant à la protection des échanges avocat-client.

Afin d'éviter une remise en cause de la légalité des opérations d'inspection pour la première fois devant le Tribunal administratif connaissant du recours à l'encontre d'une décision au fond qui aurait été prise à l'issue de l'enquête, le Conseil de l'Ordre estime notamment nécessaire l'introduction d'un recours juridictionnel immédiat à l'encontre de la décision quant à la protection des échanges avocat-client.

Ce recours devra nécessairement avoir un effet suspensif afin de garantir l'effet utile de la protection des échanges avocat-client : la levée des scellés sur le document litigieux ne pourra être autorisée qu'une fois la décision intervenue.

Quant à la juridiction appelée à toiser ce recours, le Conseil de l'Ordre ne voit pas d'objection à confier cette compétence aux juridictions administratives, comme le suggère la Cour supérieure de Justice dans son avis du 8 novembre 2019⁸, pourvu que le recours – suspensif – puisse être organisé selon une procédure accélérée, afin de ne pas ralentir substantiellement les opérations d'instruction en cours.

Article 79 (dispositions modificatives)

L'article 35, paragraphe 3, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat dispose que :

« Le lieu de travail de l'avocat et le secret des communications, par quelque moyen que ce soit, entre l'avocat et son client, sont inviolables. Lorsqu'une mesure de procédure civile ou d'instruction criminelle ou d'inspection prévue par l'article L. 311-8 du Code de la consommation est effectuée auprès ou à l'égard d'un avocat dans les cas prévus par la loi, il ne peut y être procédé qu'en présence du Bâtonnier ou de son représentant, ou ceux-ci dûment appelés.

Le Bâtonnier ou son représentant peut adresser aux autorités ayant ordonné ces mesures toutes observations concernant la sauvegarde du secret professionnel. Les actes de saisie et les procès-verbaux de perquisition mentionnent à peine de nullité la présence du Bâtonnier ou de son représentant ou qu'ils ont été dûment appelés, ainsi que les observations que le cas échéant le Bâtonnier ou son représentant ont estimé devoir faire. »

Les mesures d'inspection qui seront mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence, autorité administrative, seront autorisés par un Juge d'instruction. La nature hybride de la mesure d'inspection mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence commande au Conseil de l'Ordre de suggérer la modification de l'article 35 de la loi du 11 août 1991. A l'instar des mesures d'instruction prévues par l'article 311-8 du Code de la consommation, les instructions diligentées par l'Autorité de la concurrence seraient alors expressément visées par l'article 35, paragraphe 3, en ces termes :

« Le lieu de travail de l'avocat et le secret des communications, par quelque moyen que ce soit, entre l'avocat et son client, sont inviolables. Lorsqu'une mesure de procédure civile ou d'instruction criminelle ou d'inspection prévue par l'article L. 311-8 du Code de la consommation ou par l'article [xx] de la loi du jj/mm/aaaa portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence est effectuée auprès ou à l'égard d'un avocat dans les cas prévus par

⁸ CHAMBRE DES DÉPUTÉS, dossier parlementaire n°7479, session ordinaire 2019-2020, « Avis des autorités judiciaires », document n°7479³, p. 2.

la loi, il ne peut y être procédé qu'en présence du Bâtonnier ou de son représentant, ou ceux-ci dûment appelés. »

Le Bâtonnier ou son représentant peut adresser aux autorités ayant ordonné ces mesures toutes observations concernant la sauvegarde du secret professionnel. Les actes de saisie et les procès-verbaux de perquisition ou d'inspection mentionnent à peine de nullité la présence du Bâtonnier ou de son représentant ou qu'ils ont été dûment appelés, ainsi que les observations que le cas échéant le Bâtonnier ou son représentant ont estimé devoir faire. »

En conséquence, il est proposé d'ajouter, à l'article 79 (« dispositions modificatives ») du projet de loi commenté, un deuxième paragraphe, portant modification de l'article 35, paragraphe 3 de la loi précitée sur la profession d'avocat, l'article 79 du projet de loi se lisant alors comme suit :

« Art. 79. Art. Dispositions modificatives

(1) La loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat est modifiée comme suit :

1° A l'article 12, paragraphe 1er, alinéa 7, point 8°, les termes « et de vice-président du Conseil arbitral des assurances sociales » sont remplacés par les termes « de vice-président du Conseil arbitral des assurances sociales, de vice-président de l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg et de membre effectif de l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg ».

2° A l'annexe A, tableau I. Administration générale, dans le sous-groupe à attributions particulières, le grade 16 est complété par la fonction « vice-président de l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg » et la fonction « membre effectif de l'Autorité de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg ».

(2) **L'article 35, paragraphe 3, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est modifié comme suit :**

1° Au premier alinéa, les termes « par l'article [xx] de la loi du jj/mm/aaaa portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence » sont ajoutés à la suite de « du Code de la consommation ».

2° Au deuxième alinéa, les termes « ou d'inspection », sont ajoutés à la suite de « et des procès-verbaux de perquisition ».

Par souci de cohérence, le Conseil de l'Ordre suggère également la modification, dans des termes similaires, de l'article 41 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat et de l'article 28, paragraphe 8 de la loi du 23 juillet 2016 relative à la profession de l'audit.

Luxembourg, le 20 mai 2020


Le Bâtonnier,
François REMER