CONSEIL D'ÉTAT
==========

N° CE : 60.320
N° dossier parl. : 7646

Projet de loi

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

---

Avis du Conseil d'État

(19 janvier 2021)

Par dépêche du 4 août 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le Ministre de l'Économie.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, la fiche d'évaluation d'impact, la fiche financière, le tableau de correspondance entre le projet de loi émargé et la directive (UE) nº 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 ainsi que le texte de la directive à transposer.

Les avis du Conseil de la concurrence, de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers sont parvenus au Conseil d'État par dépêches respectivement des 6, 9 et 28 octobre 2020.

L'avis de la Chambre d'agriculture, demandé selon la lettre de saisine, n'est pas encore parvenu au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous revue a pour objet de transposer en droit national la directive (UE) nº 2019/633 précitée qui vise à protéger les producteurs de produits agricoles et alimentaires contre des pratiques commerciales déloyales de partenaires commerciaux de plus grande taille et plus puissants lorsque ces partenaires essaient d'imposer certaines pratiques ou dispositions contractuelles qui leur sont favorables dans le cadre d'opérations de vente. Selon la directive à transposer, cette protection devra s'étendre aux producteurs agricoles, aux personnes physiques ou morales qui fournissent des produits agricoles et alimentaires, y compris les organisations de producteurs, les associations d'organisations de producteurs et les coopératives. Afin de mieux protéger ces fournisseurs jugés particulièrement vulnérables aux pratiques commerciales déloyales d'acheteurs plus puissants, la loi en projet fixe plusieurs fourchettes de chiffres d'affaires. Ainsi, un acheteur de produits agricoles et alimentaires est

jugé plus puissant qu'un fournisseur si son chiffre d'affaires dépasse la fourchette du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur.

La loi en projet a encore pour objet d'interdire plusieurs pratiques commerciales déloyales, comme par exemple les retards de paiement, les annulations à brève échéance de commandes de produits périssables, les modifications unilatérales de conditions contractuelles, le paiement de services comme le référencement, la commercialisation ou la promotion de produits qui ne sont pas liés à une opération de vente spécifique, le renvoi de produits invendus ou encore le refus par un acheteur de confirmer par écrit les conditions d'un accord de fourniture.

Selon la directive à transposer, les États membres doivent désigner une ou plusieurs autorités publiques qui devront disposer de pouvoirs d'enquêtes et de sanctions garantissant le respect de ces interdictions. Ces autorités doivent être en mesure d'agir de leur propre initiative ou sur la base de plaintes déposées par des parties lésées par des pratiques commerciales déloyales. Le projet de loi sous revue confère cette mission au Conseil de la concurrence. Les auteurs motivent ce choix par le fait que l'autorité de concurrence dispose d'une connaissance tant juridique qu'économique du fonctionnement des marchés en général et des marchés des denrées alimentaires en particulier et qu'elle dispose des pouvoirs d'enquête et de décision nécessaires.

Pour se conformer aux dispositions de la directive à transposer, la loi en projet introduit une nouvelle procédure d'enquête qui toutefois se recoupe partiellement avec les procédures et pouvoirs déjà mis en place par la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Ainsi, certains articles de la loi en projet (articles 4, paragraphe 7 et 5, paragraphes 1er et 4) ne font que renvoyer à des règles de procédure inscrites dans la loi précitée du 23 octobre 2011, d'autres (article 5, paragraphe 1er, deuxième phrase) entendent redéfinir des dispositions de ladite loi pour les besoins de la loi en projet, et enfin, certaines dispositions (article 5, paragraphe 2) introduisent des règles spécifiques. Dans un souci de clarté et lisibilité du projet de loi sous avis, le Conseil d'État aurait préféré que la loi de transposition sous avis intègre l'ensemble des nouvelles attributions du Conseil de concurrence ainsi que la procédure spécifique, imposées par la directive à transposer.

Le Conseil d'État donne également à considérer que le projet de loi n°7479 qui se trouve actuellement en procédure entend justement abroger la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.[1] Ainsi, si la loi en projet sous revue devait entrer en vigueur avant la future loi résultant du projet de loi n°7479, il y aurait lieu de veiller à ce que le projet de loi n°7479 opère les modifications nécessaires à la future loi portant transposition de la directive nº (UE) 2019/633 précitée afin d'assurer une transposition effective de la directive à transposer. Si, par contre la loi en projet sous revue devait entrer en vigueur après la loi résultant du projet de loi n°7479, il serait nécessaire d'amender le projet de loi sous revue afin de le mettre en concordance avec les dispositions de la loi résultant du projet de loi n°7479.

[1] Projet de loi portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Examen des articles

Articles 1er et 2

Les articles 1er et 2 reprennent fidèlement les termes des articles 1er et 2 de la directive nº (UE) 2019/633 précitée et n'appellent pas d'observation.

Article 3

À l'article 3, paragraphe 1er, alinéa 2, les auteurs ont omis, sans aucune explication, de transposer complètement l'article 3, paragraphe 1er, alinéa 2, premier tiret, de la directive nº (UE) 2019/633 précitée qui précise que l'interdiction visée à l'article 1er, alinéa 1er, point a), de la même directive s'entend sans préjudice des conséquences des retards de paiement et des voies de recours au titre de la directive nº 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales « qui s'appliquent, par dérogation aux délais de paiement fixés dans ladite directive, sur la base des délais de paiement prévus par la présente directive ». De même, les auteurs du projet de loi n'ont pas transposé l'article 3, paragraphe 1er, alinéa 3, deuxième et troisième tirets, de la directive nº (UE) 2019/633 précitée qui introduit des exceptions pour les entités publiques dispensant des soins de santé et pour les accords de fourniture entre des fournisseurs de raisins ou de moût destinés à la production de vin. Afin d'assurer une transposition correcte de la directive nº (UE) 2019/633 précitée, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, de compléter l'article 3 sous revue par les dispositions prémentionnées.

Article 4

Au paragraphe 1er, le Conseil d'État suggère d'écrire que le Conseil de la concurrence est « l'autorité chargée de faire respecter les interdictions prévues à l'article 3 ».

Les paragraphes 2 à 6 transposent fidèlement les dispositions afférentes de la directive à transposer, à savoir l'article 5, paragraphes 1er à 5. Ils n'appellent pas d'observation.

Le paragraphe 7 dispose que, lorsque les motifs sont suffisants pour donner suite à une plainte, le président du Conseil de la concurrence confie le dossier à un conseiller désigné « conformément à l'article 7, 4e paragraphe de la loi » précitée du 23 octobre 2011. La deuxième phrase du même paragraphe renvoie à l'article 25 de la même loi pour ce qui est de la communication des griefs.

Entre cette désignation et l'éventuelle communication des griefs, le conseiller désigné « mène l'enquête dans un délai raisonnable », sans que le paragraphe sous revue précise quels pouvoirs d'enquête pourront être mis en œuvre. Afin de s'assurer que sont bien visés les pouvoirs d'enquête retenus à l'article 5 de la loi en projet, le Conseil d'État demande d'intégrer dans le

paragraphe sous revue un renvoi à l'article 5 du projet de loi, de sorte que la disposition sous avis serait à libeller comme suit :

> « (7) Lorsque le Conseil de la concurrence considère que les motifs sont suffisants pour donner suite à une plainte, le président confie le dossier à un conseiller désigné conformément à l'article 7, paragraphe 4, de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Le conseiller désigné mène l'enquête dans un délai raisonnable conformément à l'article 5 et rédige, le cas échéant, une communication des griefs conformément à l'article 25 de la loi précitée du 23 octobre 2011. »

Le paragraphe 8 indique, sans autre précision, que le Conseil de la concurrence peut ouvrir une enquête de sa propre initiative. Le Conseil d'État comprend que les pouvoirs d'enquête et les procédures applicables sont les mêmes que dans le cas d'une demande d'un plaignant. Ainsi, à l'instar de son observation relative au paragraphe précédent, le Conseil d'État demande d'intégrer dans le paragraphe sous revue un renvoi à l'article 5 du projet de loi et d'écrire :

> « (8) Le Conseil de la concurrence peut également ouvrir une enquête de sa propre initiative à mener conformément aux dispositions de l'article 5. »

Article 5

En ce qui concerne l'article 5, paragraphe 1er, deuxième phrase, le Conseil d'État se doit de souligner que selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne « les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requises, afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique qui requiert que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits »[2]. Or, la disposition selon laquelle « [p]our les besoins de la présente loi, les fournisseurs et les acheteurs sont considérés comme des entreprises au sens de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence » ne peut suffire, aux yeux du Conseil d'État, à apporter la précision et la clarté requise par le principe de sécurité juridique, en ce qu'elle n'est pas suffisante pour concilier, d'une part, la définition large de la notion d'« acheteur » au sens de la directive à transposer[3], laquelle inclut, en sus des personnes physiques et morales, toutes les autorités publiques au sens de la même directive, et d'autre part, la notion plus restrictive d'« entreprise » au sens de la loi précitée du 23 octobre 2011. Le Conseil d'État, tout en s'opposant formellement à la disposition sous revue pour des raisons de sécurité juridique, rappelle qu'il aurait préféré que la loi en projet sous avis intègre l'ensemble des dispositions nécessaires pour la transposition de la directive.

La deuxième phrase du paragraphe 2 a pour objet de conférer au Conseil de la concurrence le pouvoir d'« imposer toute mesure coercitive qui soit

[2] CJUE, arrêt du 3 mars 2011, Commission/Irlande, C-50/09, Rec. p. I-873, point 46 et jurisprudence citée.

[3] Article 2, paragraphe 2, de la directive (UE) nº 2019/633 précitée : « « acheteur » : toute personne physique ou morale, indépendamment du lieu d'établissement de cette personne, ou toute autorité publique dans l'Union, qui achète des produits agricoles et alimentaires ; le terme « acheteur » peut englober un groupe de personnes physiques et morales appartenant à cette catégorie ; ».

proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'acheteur et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction ». De même, la deuxième phrase du paragraphe 3 dispose que les amendes et mesures prévues au paragraphe 2 doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives […] ». Or, quelles sont les « mesures » visées par les auteurs ? S'agit-il de mesures ayant le caractère d'une sanction ? Les dispositions précitées, à défaut d'indiquer quelle « mesure » s'applique à quel comportement, ne présentent pas la précision requise pour répondre au principe de la légalité des peines et des incriminations, inscrit à l'article 14 de la Constitution. Partant, le Conseil d'État doit s'opposer formellement aux paragraphes 2 et 3 de la disposition sous revue.

Le Conseil d'État demande de supprimer le paragraphe 5 qui, dans sa formulation retenue, n'a pas sa place dans le dispositif national en ce qu'il n'intéresse que les relations du Conseil de la concurrence avec les autorités compétentes des autres États membres de l'Union européenne et la Commission européenne.

Article 6

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Les subdivisions complémentaires 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), …) à nouveau subdivisées, le cas échéant, en chiffres romains minuscules (i), ii), iii), …), sont utilisées pour caractériser des énumérations. Par ailleurs, 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. 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. Dans cette hypothèse, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter en conséquence.

Les devises sont à écrire en toutes lettres. Partant, il convient d'écrire le terme « euros » à la place de l'acronyme « EUR ».

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 ».

Lorsqu'il est renvoyé à un alinéa dans le corps du dispositif, il convient de systématiquement renvoyer à l'« alinéa 1er » et non pas au « premier alinéa » ou à l'« alinéa 1 ».

Intitulé

Le Conseil d'État tient à souligner que toute référence à des directives européennes est à omettre dans l'intitulé des lois et règlements qui contiennent des dispositions autonomes. La raison en est que l'intitulé des directives est souvent fort long, ce qui rend la citation de l'intitulé de l'acte national qui y ferait référence fastidieuse. S'y ajoute que pour le cas où une directive viendrait à être modifiée par la suite, il faudrait adapter l'intitulé de l'acte de transposition en y insérant, sinon le libellé, du moins le numéro de référence de la nouvelle directive[4]. Par ailleurs, comme le soulignent les auteurs du projet de loi, la mention dans l'intitulé des termes « pratiques commerciales déloyales » évoque une notion spécifique de droit de la consommation, qui ne trouve pas d'application dans le projet de loi, dont l'objet est l'encadrement des relations entre entreprises et non la défense des consommateurs.

Par conséquent, le Conseil d'État suggère de reformuler l'intitulé du projet de loi sous avis comme suit :

« Projet de loi sur les relations entre entreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire ».

Article 1er

Au paragraphe 1er, alinéa 2, première phrase, il suffit d'écrire « alinéa 1er », sans qu'il soit nécessaire d'énumérer l'ensemble des lettres y visés. En outre, il convient de préciser la référence, en écrivant « recommandation de la Commission européenne nº 2003/361/CE du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ». La deuxième phrase, qui ne fait que compléter ce renvoi par l'énumération à titre d'exemple, de certaines dispositions de l'acte auquel il est renvoyé, est sans apport normatif, et, partant, à omettre.

Au paragraphe 1er, alinéa 4, il y a lieu d'écrire « établis au Grand-Duché de Luxembourg ».

Au paragraphe 2, il y a lieu d'écrire « Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg ».

Article 2

Les termes à définir ne sont pas à rédiger en caractères gras.

Au deuxième tiret, il convient d'écrire « Union européenne ».

[4] Avis du Conseil d'État nº 52.493 du 12 juin 2018 sur le projet de loi 1. relative à l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et 2. portant transposition de la directive 2016/2258 du Conseil du 6 décembre 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux (doc. parl. nº 7208[4], p.4).

Article 3

Au paragraphe 1er, alinéa 2, premier tiret, il y a lieu de faire référence à l'acte autonome modifié et non à l'acte modificatif, pour écrire :

> « des conséquences des retards de paiement et des voies de recours au titre de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard ».

Au paragraphe 1er, alinéa 2, deuxième tiret, l'espace entre le chiffre « 172 » et le terme « bis » est à omettre. Par ailleurs, il convient de préciser après la référence faite au règlement européen que ce dernier a été modifié, en insérant les termes « , tel que modifié ».

Au paragraphe 4, il faut écrire « aux paragraphes 1er et 2 ».

Article 4

Au paragraphe 7, il y a lieu d'écrire « article 7, paragraphe 4, » et « article 25 de la loi précitée du 23 octobre 2011 ».

Article 5

Au paragraphe 2, première phrase, les termes « de la présente loi » sont à supprimer, car superfétatoires. Cette observation vaut également pour le paragraphe 3, première phrase.

Au paragraphe 6, première phrase, il y a lieu d'écrire « article 7, paragraphe 5, de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ».

Article 6

Il convient de laisser une espace entre la forme abrégée « **Art.** » et le numéro d'article.

Il y a lieu d'insérer les termes « celui de » avant les termes « sa publication ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 19 janvier 2021.

Le Secrétaire général,	La Présidente,
s. Marc Besch	s. Agny Durdu