

Projet de loi

portant mise en œuvre du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) et portant modification de :

1° la loi modifiée du 14 août 2000 sur le commerce électronique

2° la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence

Avis complémentaire du Conseil d'État

(4 février 2025)

Par dépêche du 30 septembre 2024, le président de la Chambre des députés a fait parvenir au Conseil d'État une série de treize amendements parlementaires au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission de l'économie, des PME, de l'énergie, de l'espace et du tourisme.

Le texte des amendements parlementaires était accompagné de remarques préliminaires, d'un commentaire pour chacun des amendements et d'un texte coordonné du projet de loi reprenant les amendements proposés ainsi que les propositions de texte du Conseil d'État que la commission parlementaire a faites siennes, figurant en caractères soulignés.

Les avis complémentaires de la Commission nationale pour la protection des données, de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel, de la Chambre de commerce et de la Cour supérieure de justice ont été communiqués au Conseil d'État en date respectivement des 15, 22 et 30 octobre ainsi que 19 novembre 2024.

L'avis du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg relatif aux amendements parlementaires précités a été communiqué au Conseil d'État en date du 19 novembre 2024.

Considérations générales

Les amendements sous revue entendent répondre aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis n° 61.648 du 12 juillet 2024.

Examen des amendements

Amendement 1

L'amendement sous examen propose de modifier l'article 2 du projet de loi n° 8309, à l'égard duquel le Conseil d'État avait formulé deux oppositions formelles dans son avis n° 61.648 du 12 juillet 2024.

Concernant le paragraphe 1^{er} dudit article 2, le Conseil d'État s'y était opposé formellement en raison de la non-désignation d'une autorité compétente. Dans la mesure où la commission parlementaire a repris à son compte la proposition de texte du Conseil d'État, l'opposition formelle formulée à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'article 2 du projet de loi sous avis n'a plus lieu d'être.

Concernant le paragraphe 2 dudit article 2, le Conseil d'État s'y était opposé formellement au motif de la sécurité juridique, car sa rédaction initiale ne permettait pas d'appréhender avec la clarté requise le mode de fonctionnement de l'Autorité dans le domaine des services numériques. La formulation du paragraphe 2, tel qu'amendé, reste cependant maladroite. Le Conseil d'État propose de modifier le dispositif comme suit :

« (2) ~~Le président de l'Autorité, agissant en qualité de représentant de l'Autorité~~ L'Autorité agit par l'organe de son Président, qui adopte les décisions nécessaires à l'application de la présente loi. ~~Les attributions du président sont définies aux articles 13 et 14~~ Le président exerce ses attributions conformément à l'article 13 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence. Le vice-président de l'Autorité remplace le président en cas d'absence, d'empêchement ou de conflit d'intérêt. »

L'amendement intègre encore aux paragraphes 3 à 5 de l'article 2 les dispositions de l'article 14 du projet initial, afin, selon le commentaire, de regrouper à un seul endroit « toutes les dispositions sur les prises de décisions ». Au paragraphe 5 il n'est pas idéal que la publication dépende tantôt de la compétence matérielle qui est exercée (renvoi aux articles 11 à 13), tantôt de l'organe qui prend la décision (renvoi au paragraphe 3). Le Conseil d'État demande donc que le dispositif soit modifié comme suit :

« (5) ~~Les décisions mentionnées au paragraphe 3 et aux articles 11 à 13, prononcées par l'Autorité, sont publiées~~ Les décisions de l'Autorité prises sur le fondement des articles 11 à 16 sont publiées sur son site internet. Leur publicité peut être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties et des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles ne soient pas divulgués. »

Amendement 2

L'amendement 2, qui reformule l'article 6, paragraphe 1^{er}, du projet de loi pour lui donner une teneur conforme au règlement européen qu'il s'agit de mettre en œuvre, ne donne pas lieu à opposition. L'opposition formelle, formulée par le Conseil d'État dans son avis précité du 12 juillet 2024, n'a plus lieu d'être.

Amendement 3

Sans observation.

Amendement 4

Du fait de la suppression du paragraphe 1^{er}, la contrariété avec le règlement (UE) 2022/2065 qui avait conduit le Conseil d'État à formuler une opposition formelle n'existe plus et l'article 51, paragraphe 1^{er}, de ce règlement peut s'appliquer directement, comme l'explique le commentaire accompagnant l'amendement.

La modification du paragraphe 2, adapté pour préciser que l'Autorité doit s'adresser au juge pour se voir autorisée à procéder aux inspections prévues à l'article 51, paragraphe 1^{er}, lettre b), dudit règlement européen ne donne pas lieu à observation.

Les oppositions formelles émises par le Conseil d'État dans son avis précité du 12 juillet 2024 n'ont plus lieu d'être.

Amendement 5

Sans observation.

Amendement 6

L'amendement 6, qui modifie l'article 9, paragraphe 1^{er}, pour lui donner une teneur alignée sur l'article 51, paragraphe 1^{er}, lettre c), du règlement (UE) 2022/2065, permet au Conseil d'État de lever l'opposition formelle qu'il avait formulée dans son avis du 12 juillet 2024.

Amendement 7

L'amendement sous examen procède à la suppression, au paragraphe 1^{er} de l'article 11, de l'exigence qu'il faut, outre la condition d'urgence retenue par le règlement européen, se trouver dans un contexte d'une procédure susceptible de mener à un constat de manquement pour pouvoir prononcer des mesures provisoires, ce qui permet au Conseil d'État de lever l'opposition formelle qu'il avait formulée dans son avis du 12 juillet 2024.

Amendement 8

En réponse à une observation du Conseil d'État concernant la durée et la conditionnalité du caractère renouvelable des mesures provisoires que l'Autorité de concurrence peut adopter, l'amendement sous examen propose de compléter l'article 11, paragraphe 2, du projet de loi afin de préciser « que les mesures provisoires prendront fin dès lors que l'Autorité aura adopté une décision au fond ».

Bien que cette formulation soit reprise pratiquement à l'identique de l'article 44 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, le Conseil d'État considère qu'il serait mieux de reformuler la règle comme suit :

« Une décision prise en vertu du paragraphe 1^{er} est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable si cela est nécessaire et

~~opportun ou jusqu'à ce que la décision au fond soit prise. L'effet des mesures provisoires cesse en tout état de cause au moment de l'adoption de la décision au fond. »~~

S'agissant de la notion de « décision au fond », le Conseil d'État note que, selon le commentaire, sont visées « la décision rendant contraignants les engagements proposés par le fournisseur de services intermédiaires concerné au sens de l'article 12, paragraphe 2, la décision constatant un manquement au sens de l'article 13, paragraphe 1^{er}, et la décision constatant l'absence de manquement au sens de l'article 13, paragraphe 5 ».

Amendement 9

L'amendement 9, qui supprime l'ancien article 14, dont les dispositions ont été intégrées dans l'article 2 par l'amendement 1, ne donne pas lieu à observation.

Amendement 10

L'amendement sous examen modifie l'article 15 du projet de loi initial (désormais article 14), à l'égard duquel le Conseil d'État avait formulé deux oppositions formelles et émis une réserve de dispense.

Concernant le paragraphe 2, le Conseil d'État avait supposé que « les destinataires » y visés étaient les « destinataires du service » définis à l'article 3, lettre b), du règlement (UE) 2022/2065 » et demandé aux auteurs de compléter le dispositif en conséquence. L'amendement opère la modification demandée par le Conseil d'État.

Concernant le paragraphe 3, le Conseil d'État avait fait remarquer, dans son avis précité du 12 juillet 2024, que, dans le contexte d'une mesure de restriction temporaire de l'accès au service d'un fournisseur, le paragraphe en question limitait le champ des personnes qui peuvent assister à l'audience devant la chambre du conseil de la Cour d'appel et avait retenu qu'une telle disposition était contraire à l'article 108 de la Constitution. En conséquence, le Conseil d'État avait demandé, sous peine d'opposition formelle, l'omission de cette disposition en formulant une proposition de texte. Celle-ci ayant été reprise par la commission parlementaire, l'opposition formelle peut être levée.

Concernant le paragraphe 6 dudit article 15, qui excluait toute possibilité de recours contre l'ordonnance de la chambre du conseil de la Cour, le Conseil d'État avait émis une réserve de dispense en attendant d'obtenir des explications quant aux raisons de déroger au double degré de juridiction et quant au caractère rationnellement justifié, adéquat et proportionné à son but de la mesure. L'amendement modifie le dispositif en ajoutant une procédure d'appel pour laquelle la commission indique s'être inspirée de l'article 28, paragraphes 4 à 8, de la loi modifiée du 1^{er} août 2018 portant transposition de la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. La réserve de dispense précitée n'a dès lors plus lieu d'être.

Le Conseil d'État fait sienne l'observation formulée par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son avis du 19 novembre 2024 à l'effet de clarifier que le Ministère Public peut soumettre ses observations à

la chambre du conseil et assister à l'audience. Partant, le Conseil d'État pourrait d'ores et déjà se déclarer d'accord avec le libellé suivant :

« (4) Le fournisseur de services intermédiaires concerné, le ou les destinataires du service identifiés par l'Autorité, ~~ainsi que~~ tout tiers concerné justifiant d'un intérêt légitime ou leurs conseils; ainsi que le procureur d'État près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, que le greffier avertit au moins quarante-huit heures avant les jour et heure de l'audience, ont le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables. ».

Au paragraphe 9, le Conseil d'État propose, comme le recommande également dans son avis le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, d'ajouter un quatrième point à l'effet de permettre au Ministère Public de relever appel des décisions rendues :

« (9) Les ordonnances de la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg sont susceptibles d'appel, dans tous les cas :

- 1° par l'Autorité ;
- 2° par le fournisseur de services intermédiaires concerné ;
- 3° par les destinataires du service identifiés par l'Autorité, si l'ordonnance préjudicie à leurs droits ;
- 4° par le procureur d'État près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. »

Finalement, le Conseil d'État avait constaté que l'article 15 n'assurait pas une mise en œuvre complète du paragraphe 3 de l'article 51 du règlement (UE) 2022/2065 au motif qu'il ne prévoyait pas les modalités de mise en œuvre de la lettre a) de cet article, qui prévoit la possibilité, pour le coordinateur pour les services numériques, d'exiger de l'organe de direction d'un fournisseur qu'il adopte et soumette un plan d'action avec des mesures aptes à mettre fin à une infraction, en conséquence de quoi il avait formulé une opposition formelle. Afin d'y remédier, la commission a introduit un paragraphe 1^{er} nouveau prévoyant la possibilité pour l'Autorité d'exiger un tel plan d'action et pour la rédaction duquel elle s'est inspirée de la législation française. Le Conseil d'État constate cependant que le texte proposé s'écarte toujours du règlement européen en ce qu'il ne précise pas que l'injonction est adressée à l'organe de décision du fournisseur de services. Afin de pouvoir lever l'opposition formelle, qui est maintenue, le Conseil d'État demande de redresser le nouveau paragraphe 1^{er} comme suit :

« (1) Dans les conditions prévues à l'article 51, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, du règlement (UE) 2022/2065, l'Autorité peut enjoindre ~~aux~~ à l'organe de direction du fournisseur de services intermédiaires, dans les meilleurs délais, de :

- 1° examiner la situation, adopter et soumettre un plan d'action établissant les mesures nécessaires pour mettre fin à l'infraction ;
- 2° veiller à ce que ces mesures soient prises ;
- 3° rendre un rapport sur les mesures prises. »

Amendement 11

L'amendement en question propose de modifier l'article 19 du projet de loi initial (nouvel article 18), à l'égard duquel le Conseil d'État avait formulé deux oppositions formelles.

Le Conseil d'État avait formulé, dans son avis du 12 juillet 2024, des oppositions formelles à l'encontre des paragraphes 2 et 3 en raison de leur contrariété avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et aux principes constitutionnels d'accès au juge et de recours effectif qui découlent du principe fondamental de l'État de droit consacré à l'article 2, alinéa 2, et de l'article 18, paragraphe 1^{er}, de la Constitution. Afin d'y remédier, la commission parlementaire a amendé les paragraphes en question en substituant au recours devant le Président de l'Autorité de concurrence un recours devant un des conseillers suppléants visés à l'article 11 de la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence, lequel est désigné par le Collège de l'Autorité et doit être issu de la magistrature.

Ce recours devant un membre suppléant de l'organe exécutif de l'Autorité reste purement interne à l'Autorité. Le seul fait que le membre suppléant du conseil qui statue sur le recours est issu du corps de la magistrature ne suffit manifestement pas à satisfaire aux exigences d'un recours juridictionnel et notamment aux exigences de publicité des audiences, d'impartialité du magistrat du siège, du caractère équitable et loyal des procédures, du respect du contradictoire et du respect des droits de la défense résultant des articles 108 et 110 de la Constitution. En effet, cette personne n'exerce pas de fonction juridictionnelle au sein de l'Autorité, mais y siègera comme membre en vertu de son expertise professionnelle. Le Conseil d'État doit donc maintenir son opposition formelle fondée sur l'absence d'un recours effectif.

L'opposition formelle pourra être levée moyennant l'omission, au paragraphe 3, de la phrase « Cette décision n'est susceptible d'aucun recours », ce qui ouvrira, si le législateur ne prévoit pas un recours *ad hoc*, la voie à un recours en annulation devant le Tribunal administratif.

L'argument mis en avant par la commission parlementaire pour justifier l'absence d'un recours par un risque de voir l'enquête retardée et mise en suspens pendant un éventuel recours devant le Tribunal administratif semble erroné au Conseil d'État. En effet, l'introduction d'un recours devant le juge administratif n'a, sauf disposition légale contraire ou sauf sursis à exécution ordonné sur requête par le Président du Tribunal administratif, pas d'effet suspensif sur la décision entreprise.

Amendement 12

L'amendement en question propose de modifier les paragraphes 4 et 5 l'article 22 (qui deviendra l'article 21 à la suite de la suppression de l'article 14) auxquels le Conseil d'État s'était opposé formellement également en raison de l'absence d'une voie de recours effective.

L'amendement propose de prévoir à l'article 22 un recours calqué sur celui que l'amendement 11 propose d'inscrire à l'article 19. Pour les raisons plus amplement exposées à l'endroit de l'amendement 11, le Conseil d'État est dans l'impossibilité de lever son opposition formelle fondée sur l'absence d'un recours effectif.

Amendement 13

La suppression de l'article 31 rend sans objet l'opposition formelle que le Conseil d'État avait formulée en raison de la contrariété de l'article en question avec l'article 92 de la Constitution.

Observations d'ordre légistique

Observation préliminaire

Le Conseil d'État regrette la présentation des amendements sous revue dans la mesure où ceux-ci omettent de préciser de façon exacte par des phrases liminaires les amendements qu'il s'agit d'effectuer au projet de loi initial.

Observation générale

Dans un souci de cohérence, il convient de se référer systématiquement au « Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg ».

Amendement 4

À l'article 7, paragraphe 1^{er}, première phrase, dans sa teneur amendée, le Conseil d'État signale que lors des renvois, les différents éléments auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules, en écrivant « à l'article 51, paragraphe 1^{er}, lettre b), du règlement (UE) 2022/2065, ».

Amendement 10

À l'article 14, paragraphe 1^{er}, phrase liminaire, dans sa teneur amendée, il convient de se référer à « l'article 51, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, lettre a), du règlement (UE) 2022/2065, ».

À l'article 14, paragraphe 10, phrase liminaire, dans sa teneur amendée, il est signalé que pour marquer une obligation, il suffit généralement de recourir au seul présent de l'indicatif, qui a, comme tel, valeur impérative, au lieu d'employer le verbe « devoir ».

Amendement 11

À l'article 18, paragraphe 2, alinéa 3, dans sa teneur amendée, il convient d'écrire « ne peut pas siéger ». Cette observation vaut également pour l'amendement 12, à l'article 21, paragraphe 4, alinéas 2 et 3, dans sa teneur amendée.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 4 février 2025.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Marc Thewes