

N° 7366³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

PROJET DE LOI

relatif à certaines modalités d'application et à la sanction du règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE

* * *

AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

(18.12.2018)

1. CONTEXTE GENERAL

Aux termes de l'article 29 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « loi du 23 octobre 2011 »), le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») détient une mission consultative qui est libellée de la manière suivante :

« Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.

Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

1) portant modification ou application de la présente loi;

2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:

a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès « un marché » des restrictions quantitatives;

b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévue par d'autres lois ou règlements. »

Comme le projet de loi sous examen modifie plusieurs dispositions affectant les conditions de concurrence sur le marché, l'article 29 est d'application. Conformément aux dispositions du premier alinéa de cet article, le Conseil rend son avis de sa propre initiative.

La mission consultative constitue un instrument essentiel pour toute autorité de concurrence. Elle complète son action répressive et corrective contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises par une évaluation des projets de loi et de règlement au regard des principes de concurrence indispensables au bon fonctionnement d'une économie sociale de marché. Ses avis participent aussi à la politique de communication du Conseil sur les avantages que la concurrence apporte à la compétitivité de l'économie nationale, à la protection des consommateurs et au bien-être général.

*

2. OBJET DU PROJET DE LOI ET DU REGLEMENT SOUS AVIS

Rappel de l'objet du règlement géoblocage :

Le Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) no 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (ci-après : le « règlement géoblocage ») a vocation à clarifier les régies actuellement en vigueur en définissant certaines situations dans lesquelles des différences de traitement fondées sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement ne peuvent être justifiées.

En effet, le droit de l'Union interdit les discriminations sur base de la nationalité ou de la résidence. L'article 20 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur (ci-après : la « directive services ») oblige les États membres à veiller à ce que ses destinataires ne soient pas soumis à des exigences discriminatoires fondées sur leur nationalité ou sur leur lieu de résidence. Toute différence de traitement ne constitue pas nécessairement une discrimination. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne¹, la discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes.

Si le considérant 95 de la directive services a fourni une liste de « raisons objectives » qui peuvent justifier des différences de tarifs, de prix ou d'autres conditions de vente, comme par exemple « *les coûts supplémentaires résultant de la distance ou les caractéristiques techniques de la prestation, ou les différentes conditions du marché, telles qu'une demande plus ou moins forte en fonction de la saison, les différentes périodes de vacances dans les États membres et les prix pratiqués par différents concurrents ou les risques supplémentaires liés à des réglementations différentes de celles de l'État membre d'établissement.* », elle est néanmoins également source d'ambiguïtés juridiques en ce qui concerne la justification des différences de traitement fondées sur la nationalité ou sur le lieu de résidence des consommateurs.

Le règlement géoblocage cherche à remédier aux discriminations tant directes (par exemple la nationalité ou le lieu de résidence du consommateur) qu'indirectes. Ces dernières consistent en des différences de traitement injustifiées fondées sur des critères permettant la localisation physique des clients, telles que l'adresse IP utilisée pour accéder à une interface en ligne, l'adresse fournie pour la livraison de biens, la langue choisie ou l'État membre dans lequel l'instrument de paiement du client a été émis. Pour atteindre ce but, les nouvelles règles issues du règlement géoblocage interdisent la discrimination à l'encontre des consommateurs et des entreprises en ce qui concerne l'accès aux interfaces en ligne, l'accès aux ventes (sous certaines conditions) ou aux conditions de paiement lors de l'achat de produits et services dans un autre pays de l'UE.

Enfin, il convient de noter que sont exclus du champs d'application du règlement géoblocage :

- les services, dont la principale caractéristique est de fournir un accès à des contenus protégés par le droit d'auteur et de permettre leur utilisation ou de vendre sous une forme immatérielle des oeuvres protégées par le droit d'auteur, comme les services d'écoute de musique en ligne, les livres électroniques, les logiciels et jeux en ligne ;
- les services audiovisuels, y compris les services dont l'objet principal est l'accès aux retransmissions de manifestations sportives et qui sont fournis sur la base de licences territoriales exclusives;
- les services financiers de détail, y compris les services de paiement.

Objet du projet de loi sous avis

Selon l'exposé des motifs du projet de loi, cette dernière est destinée à assurer le respect des dispositions du règlement géoblocage. En effet, le règlement, bien qu'il soit directement applicable dans les États membres, nécessite certaines mesures de mise en oeuvre au niveau national obligeant notamment

¹ Par exemple, arrêt de la Cour du 13 novembre 1984, *Firma A. Racke contre Hauptzollamt Mainz*, affaire 283/83, ECLI:EU:C:1984:344.

les États membres à prendre des mesures effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des professionnels en cas de violation du règlement géoblocage.

Le règlement géoblocage laisse aux États membres la liberté de choix pour désigner des juridictions ou des autorités administratives pour assurer son respect. Etant donné qu'au Luxembourg, la mise en oeuvre du droit de la consommation repose sur des procédures judiciaires, le projet de loi propose des sanctions s'inspirant des procédures judiciaires du Code de la consommation.

Ainsi, la loi propose de prévoir une action en cessation, au terme de laquelle le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut ordonner la cessation des actes contraires aux dispositions du règlement géoblocage. Ensuite, dans une deuxième étape et en cas de manquement aux injonctions ou interdictions, portées par une décision coulée en force de chose jugée, la loi prévoit la possibilité de prononcer une amende jusqu'à hauteur de 120.000 €.

Par ailleurs, lors de l'entrée en vigueur du règlement géoblocage, le ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions sera compétent pour assurer le respect du règlement, en ce qui concerne la protection des intérêts des consommateurs.

En outre, la loi désigne le Centre européen des consommateurs GIE Luxembourg comme organisme chargé d'apporter assistance pratique aux consommateurs en cas de litige avec un professionnel tombant dans le champ d'application du règlement géoblocage.

*

3. COMMENTAIRES DU CONSEIL

Remarques liminaires sur certains aspects du règlement géoblocage

En premier lieu, le Conseil constate que le règlement géoblocage se rapporte à des situations relevant également du droit de la concurrence. Il souhaite attirer l'attention des opérateurs du marché sur l'interaction du règlement géoblocage avec le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux selon lequel tous les fournisseurs doivent généralement autoriser leurs revendeurs à utiliser Internet pour vendre leurs produits.² En effet, les ventes sur Internet sont considérées comme une forme de vente « passive » que les fournisseurs ne peuvent empêcher³ et les accords par lesquels les fournisseurs restreignent les ventes sur Internet sont généralement anticoncurrentiels. Cela inclurait les fournisseurs exigeant que le revendeur refuse l'accès à un site Internet, effectue un réacheminement automatique ou mette fin à une transaction en raison de l'utilisation d'une carte de crédit étrangère.

A cet égard, le règlement géoblocage agit parallèlement au droit de la concurrence de l'UE et dispose dans son article 6 que les accords obligeant les opérateurs à restreindre les ventes passives sont nuls. Ce faisant, le règlement va plus loin que le droit de la concurrence⁴. En effet, dans de rares cas, l'interdiction des ventes passives est licite au regard du droit de la concurrence de l'UE. En revanche, les restrictions sur les ventes passives d'autres distributeurs sur son territoire (ou à un tel groupe de consommateurs), nécessaires pour permettre au distributeur de récupérer ses investissements, ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE au cours des deux premières années de vente⁵.

Toutefois, le droit des fournisseurs d'imposer des restrictions en matière de ventes actives ne sera pas affecté.

2 Règlement (UE) n 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, para 52: Affaire C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, ECLI:EU:C:2011:649, para. 47, voir arrêt dans l'affaire C-230/16 *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941, concernant la légalité des clauses d'interdiction de revente sur plateformes en ligne

3 Pour rappel, le droit de la concurrence de l'UE opère une distinction entre les ventes passives (lorsque les ventes répondent à des commandes non sollicitées) et les ventes actives (lorsque les détaillants ciblent activement les clients). Les restrictions aux ventes passives sont généralement considérées comme une infraction au droit de la concurrence, tandis que les restrictions aux ventes actives représentent une pratique courante qui découle de la liberté commerciale.

4 Il échet de noter qu'en vertu de l'article 11 (2), l'article 6 s'appliquera aux dispositions des accords conclus avant le 2 mars 2018 qui sont conformes à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux règles équivalentes du droit national de la concurrence à partir du 23 mars 2020.

5 Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), point 61.

En deuxième lieu, le Conseil rappelle que dans son enquête sectorielle sur le commerce électronique, la Commission européenne a conclu que la majorité des mesures de blocage géographique mises en place par les opérateurs économiques résultaient de décisions commerciales unilatérales⁶. Or, le droit de la concurrence de l'UE évite généralement de réglementer les décisions commerciales unilatérales et ne sanctionne que lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché et que les actions unilatérales constituent un abus limitant la concurrence. Le règlement géoblocage vise à combler cette lacune en abordant des situations dans lesquelles les opérateurs économiques décident unilatéralement de mettre en place une discrimination sur base de la nationalité du consommateur, de son lieu de résidence ou de son lieu d'établissement.

Commentaires sur le projet de loi

Le Conseil prend note de la désignation du Centre européen des consommateurs GIE Luxembourg comme organisme chargé d'apporter assistance pratique aux consommateurs en cas de litige avec un professionnel. A cet égard, le Conseil est d'avis que le gouvernement devrait engager une réflexion concernant le regroupement des compétences relatives à la mise en oeuvre des règles de concurrence et de la consommation au sein d'une même institution, à l'instar de nombreux autres Etats membres de l'UE. En effet, une telle consolidation contribuerait à améliorer davantage la protection du consommateur en permettant l'action administrative inspirée des compétences déjà dévolues au Conseil de la concurrence, soumise au contrôle juridictionnel.

Par ailleurs, le Conseil partage les réserves émises dans l'avis de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs en date du 9 novembre 2018.

S'agissant, tout d'abord, des solutions limitées retenues dans le règlement géoblocage, et surtout du fait de l'absence de l'obligation de livrer dans d'autres Etats membres, le Conseil ne peut que constater que des restrictions territoriales continueront à s'appliquer, au détriment principalement des consommateurs résidant dans les petits Etats membres. A cet égard, quand bien même la concurrence ne soit pas toujours l'instrument le plus à même de lutter contre de telles restrictions, le Conseil soutient l'engagement du gouvernement luxembourgeois en faveur de la mise en place d'un véritable marché intérieur, par l'élimination de restrictions territoriales y compris dans les secteurs actuellement exclus du champ d'application du règlement géoblocage.

S'agissant, ensuite, du recours à l'action en cessation retenue par la loi sous objet en tant que mesure de la mise en oeuvre du règlement géoblocage, le Conseil partage les réserves exprimées par l'ULC à cet égard. En effet, ainsi que le rappelle l'ULC, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a conclu en 2016 que seules les entités représentant des intérêts collectifs, à l'exclusion de consommateurs individuels, sont autorisées à introduire des actions en suppression bien que le Code de la consommation mentionne cette action à la requête de toute personne⁷.

Au vu de ce qui précède, le Conseil approuve sans réserves le projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré et avisé en date du 18 décembre 2018.

Pierre BATHELME

Président

Jean-Claude WEIDERT

Conseiller

Mattia MELLONI

Conseiller

Grazyna PIESIEWICZ

Conseiller

⁶ http://ce.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_fr.pdf, paras 44 et s.

⁷ Avis de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs du 9 novembre 2018 relatif au projet de loi sous rubrique (9.11.2018).