

N° 7904¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2021-2022

PROJET DE LOI

portant modification du Code de la consommation aux fins de transposition de la directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs

* * *

**AVIS DE L'UNION LUXEMBOURGEOISE
DES CONSOMMATEURS**

(18.11.2021)

La directive 2019/2161 (Omnibus) comble certaines lacunes dans les droits nationaux en y apportant des précisions et impose des sanctions qui se veulent réellement efficaces et proportionnées sur base de critères harmonisés à appliquer par les Etats membres en cas d'infractions des directives transposées relatives aux clauses abusives, à l'indication des prix, aux pratiques commerciales déloyales et aux droits des consommateurs.

De nouvelles règles sont introduites, par ailleurs, pour les places de marché en ligne concernant les pratiques commerciales et les droits contractuels des consommateurs.

L'exposé des motifs rappelle le constat de la Commission Européenne : « *l'efficacité du droit de l'Union sur la protection des consommateurs est compromise par un manque de sensibilisation des professionnels comme des consommateurs et qu'il pourrait être plus souvent tiré parti des voies de recours existantes* ».

Il s'en suit que non seulement l'efficacité des sanctions à disposition des autorités¹, plus particulièrement du Ministre de la Protection des Consommateurs (MPC), doit être renforcée mais les remèdes à disposition des consommateurs lésés doivent aussi être améliorés.

1. Mise en œuvre du droit de la consommation par les autorités

Notre attention est retenue par la nouvelle politique expliquée dans l'exposé des motifs : « *A ce stade, il est prévu de créer un service dédié au sein de l'administration gouvernementale auprès du ministre ayant la Protection des consommateurs dans ses attributions qui sera habilité à faire les contrôles du marché et qui conseillera le ministre ayant la Protection des consommateurs dans ses attributions dans la prononciation de sanctions administratives introduites par ce projet de loi.... Un avantage d'une telle structure est qu'elle permettra, au fur et à mesure que les besoins du service évoluent, une croissance organique des effectifs et en même temps n'empêchera pas des futures réflexions plus approfondies sur la transformation en une structure indépendante en charge de l'application du droit de la consommation voire même regroupée avec une autre structure.* »

¹ 7 autorités sont compétentes (communiqué du MPC sur le vote du projet de loi 7456)

La volonté politique est donc ambitieuse ce que nous demandons depuis longtemps. Mais à y regarder de près, nous constatons qu'il est proposé à l'Art.27 (Art. L.311-10 (3) que « *le service comporte au moins un agent habilité disposant de la qualité d'officier de police judiciaire pour les besoins de l'application du présent code.* » Instituer un nouveau service auprès du MPC avec des ressources humaines limitées au strict minimum, nous laisse perplexes et nous ne voyons aucun progrès par rapport à la situation actuelle avec des agents habilités désignés par le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions (Art. L.311-7 du Code en vigueur). D'autres partagent nos attentes: « *La mise en place d'une section dédiée à l'enforcement au ministère de la Protection des consommateurs ainsi que la commande d'une étude sur le public and private enforcement of consumer law à l'Institut Max Planck Luxembourg en 2019² montre que les pouvoirs publics entendent se saisir de leurs nouveaux pouvoirs.* »³

Il est proposé de doter le MPC d'un *dispositif de sanction administratif* comprenant trois étapes : inviter tout d'abord le professionnel soupçonné d'une infraction à fournir des explications dans un délai minimum de quinze jours calendriers, puis lui notifier, si nécessaire, un avertissement écrit par lettre recommandée en l'exhortant à se mettre en conformité dans un délai raisonnable, puis à défaut engager en justice une action en cessation ou en interdiction (Art.13 du projet insérant un Art. L.122-9 dans le Code). L'objectif déclaré de ce mécanisme est d'ouvrir le dialogue avec les professionnels, car « *il a pu être relevé que l'efficacité seule des sanctions d'ordre pénal n'étaient pas toujours suffisante.* » Nous sommes parfaitement d'accord avec ce dernier constat dans la mesure où le MPC était tributaire de l'action du Parquet économique qui n'a jamais montré de l'empressement dans la poursuite des infractions au droit de la consommation.

Ceci étant, nous exprimons de sérieuses réserves quant à l'efficacité qui peut être attendue du nouveau mécanisme de sanction administrative. A la limite, cette procédure basée sur le dialogue et la bonne volonté des professionnels visés, peut porter certains fruits au niveau du commerce sédentaire local. Encore faudra-t-il en informer les consommateurs lésés pour qu'ils puissent demander réparation, le cas échéant. Nous réitérons notre position exprimée sur le projet de loi 7456 adopté en octobre de cette année : « *Au sujet des nouveaux pouvoirs d'exécution, l'ULC partage la vue du Conseil d'Etat, exprimée dans son avis concernant les engagements volontaires d'entreprises en situation d'infraction au droit de la consommation. C'est-à-dire que, d'après le Conseil d'Etat, une transaction, de la part du ministre, n'est envisageable que si, et seulement si, il est tenu compte, parallèlement, de la réparation du préjudice subi par le consommateur.* »⁴ Ceci vaut également en l'absence de transaction.

Ce nouveau mécanisme administratif ne répond aucunement aux défis de l'économie digitale multinationale basée sur des techniques de marketing (« dark patterns », publicité ciblée...) et d'exploitation des données de plus en plus sophistiquées. Si le Luxembourg veut jouer un rôle pivot dans cette nouvelle économie en défendant le principe du contrôle du pays d'établissement⁵ d'entreprises comme Amazon, il faudra accorder au MPC de véritables pouvoirs de sanction directe à l'instar de la DGCCRF (autorité française), à savoir *droit d'injonction*⁶ et *amendes administratives*⁷.

Concernant les réflexions futures quant à une structure indépendante voire un regroupement avec une autre structure, nous confirmons notre soutien à la position suivante : « *le Conseil de la concurrence est toujours d'avis que le Gouvernement devrait engager une réflexion concernant le regroupement des compétences relatives à la mise en œuvre des règles de concurrence et de la consommation au sein*

2 Publiée cette année par Nomos Verlagsgesellschaft, 1st Edition 2021

3 « La mise en œuvre du droit de la consommation à Luxembourg » par Me Vincent Richard dans les Annales du droit luxembourgeois, 2020

4 cité du Rapport de la commission de l'économie, de la protection des consommateurs et de l'espace du 30.09.2021 concernant le projet de loi 7456

5 Voir discussions concernant la proposition de Règlement (UE) DSA (Digital Services Act)

6 Elle permet à l'administration d'enjoindre au professionnel, c'est-à-dire d'exiger de lui, qu'il adopte, dans un délai défini, les mesures correctives nécessaires pour se mettre en conformité avec la réglementation. Elle est prononcée au terme d'une procédure contradictoire. Dans certains cas, la loi prévoit que si le professionnel ne se conforme pas à l'injonction, il peut se voir infliger une amende administrative ou une sanction pénale.

7 Certains manquements constatés par les enquêteurs de la DGCCRF peuvent donner lieu au prononcé d'amendes à l'encontre des professionnels, à l'issue d'une procédure contradictoire, qui permet à ceux-ci, informés de l'intention de l'administration de le sanctionner, de disposer d'un délai pour présenter leurs explications avant le prononcé de la sanction. Les décisions d'amendes peuvent être publiées, aux frais de l'entreprise, par voie de presse, ou par voie électronique ou d'affichage.

d'une même institution, comme de nombreux autres Etats membres l'ont fait. »⁸ Son utilité a été démontrée dans le cas du VW Dieseltgate en permettant aux autorités italienne, néerlandaise et polonaise d'imposer des amendes au Groupe VW. Chez nous, aucune action publique à l'encontre de VW n'a eu lieu alors que nous disposons de la même base légale, à savoir l'interdiction des pratiques commerciales déloyales harmonisée au niveau européen.

2. Modernisation des droits des consommateurs

Nous marquons notre accord concernant les propositions relatives au prix de référence à utiliser en cas de réduction du prix, de statu-quo en matière de réglementation du colportage et du droit de rétractation en matière de services de réparations.

Concernant les obligations d'information imposées aux *fournisseurs de place de marché en ligne* (plateformes) par la directive Omnibus tant en matière de pratiques commerciales que de droits contractuels des consommateurs, le projet juge opportun de ne pas aller au-delà de la directive.

Il n'empêche que la question des sanctions civiles n'a pas été tirée au clair concernant le paragraphe (9) nouveau de l'article L.222-3 du Code (Art.19 du projet). Le Code actuel stipule que « *le non-respect d'une ou plusieurs obligations d'informations essentielles dans les contrats conclus à distance ou hors établissement peut entraîner la nullité du contrat. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur.* » (Art. L. 222-11(3))

Or, il n'est pas prévu que les plateformes doivent assumer une quelconque responsabilité contractuelle concernant les biens ou services vendus par des tiers sur leurs sites en ligne. Il s'en suit que la sanction de nullité relative ne peut être invoquée à leur encontre.

Il en va autrement concernant le non-respect des nouvelles obligations imposées aux plateformes au titre des pratiques commerciales, plus précisément l'exigence des places de marché en ligne qu'elles informent le consommateur si la personne qui propose un bien ou un service à un consommateur est un professionnel ou une personne privée (L.122-3 (4f), que le consommateur soit informé sur les principaux paramètres de classement des produits présentés (L.122-3 (6), que les professionnels mettent en œuvre des moyens techniques qui permettent de contrôler la fiabilité de la personne qui publie un avis, par exemple en demandant des renseignements pour vérifier que le consommateur a effectivement utilisé ou acheté le produit (L.122-3(7)).

Le Code actuel stipule que « *toute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat, conclue en violation du titre relatif aux pratiques commerciales, est réputée nulle et non écrite. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur.* » (L. 122-8 (2)). Cette sanction ne peut donc être invoquée à l'encontre d'une plateforme en l'absence d'un contrat conclu avec le consommateur. Le grand mérite de la directive Omnibus est d'obliger les Etats membres de prévoir une panoplie de remèdes à la disposition des consommateurs lésés par la pratique commerciale déloyale d'un professionnel peu importe qu'il ait conclu un contrat avec le consommateur, donc aussi à l'encontre d'une plateforme intermédiaire.

Le nouvel article L. 122-8 (4) proposé stipule « *...le consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale ...peut notamment exercer tout recours visant à l'obtention de la réparation des dommages subis et à une réduction du prix ou la fin du contrat dans les conditions prévues par la loi.* » Le commentaire précise que le nouveau paragraphe (4) « *ne dispense pas le consommateur de devoir remplir les conditions nécessaires, notamment de preuve afin d'obtenir le prononcé de ces remèdes.* » Or, la charge de la preuve du préjudice encouru et de son montant (quantum) régie par notre Code civil reste très stricte. Le commentaire renvoie à l'argumentaire en faveur d'un assouplissement de la charge de la preuve dans une note de bas de page (60). De fait, la directive insiste que « *l'instauration d'un cadre clair pour les recours individuels faciliterait l'application des règles par la sphère privée* » et que « *le consommateur devrait pouvoir demander une indemnisation ...d'une manière proportionnée et efficace* »⁹

⁸ cité du Rapport de la commission de l'économie, de la protection de consommateurs et de l'espace du 30.09.2021 concernant le projet de loi 7456

⁹ Considérant (16)

Les échanges de conclusions dans les affaires VW DIESELGATE toujours en instance devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg – les assignations invoquent l'infraction aux dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales– illustrent parfaitement qu'un simple renvoi au droit commun pour établir le droit à réparation, ne garantit pas le cadre clair et efficace requis.

Pour assurer l'effet utile (principe d'effectivité) à l'Art. 11 bis de la directive Omnibus, il est nécessaire d'assouplir les conditions d'application du Code civil, comme en France : « ...la jurisprudence française a assoupli la preuve de l'existence du préjudice subi du fait du comportement déloyal en posant une présomption permettant au demandeur de s'exempter de l'obligation de prouver les conséquences dommageables des actes déloyaux dont il se prétend victime. En effet, la Cour de cassation a jugé 'qu'il s'infèrait nécessairement de actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés'... Le demandeur n'a donc pas à prouver l'existence du préjudice économique. »¹⁰

Les tribunaux suprêmes en Espagne et en Italie ont également établi une jurisprudence en matière de pratiques commerciales déloyales selon laquelle la victime peut être exemptée de prouver le dommage subi.

Notre jurisprudence relative à la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale offre aussi un précédent utile : l'appréciation du dommage en lien de causalité avec la faute doit être effectuée avec une certaine souplesse, faute de quoi les actes de concurrence déloyale resteraient non sanctionnés¹¹.

Plus généralement, le besoin de moderniser les règles de preuve est illustré par la révision du Code Civil belge – Livre VIII : La preuve, entrée en vigueur le 1.11.2020.

La preuve reste un élément décisif sans faire l'objet de l'harmonisation communautaire car se situant au cœur des systèmes procéduraux nationaux. Il incombe donc au législateur national et surtout à la jurisprudence de faire évoluer le droit dans un sens plus favorable aux personnes lésées par des pratiques répréhensibles.

Howald, le 18.11.2021

10 « Pratique anticoncurrentielles et concurrence déloyale : deux notions distinctes, mais complémentaires » Pierre Rauchs/ Camille Peiffert dans Journal des tribunaux Luxembourg n°57 du 5 juin 2018

11 Cour d'appel du 10 mars 2016 Post TelecomSA c. Tango SA