

Projet de loi N°7650 portant introduction du
recours collectif en droit de la consommation

Avis du Conseil de la concurrence

N°2020-AV-05

(22.09.2020)

1. Contexte général

Aux termes de l'article 29 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « loi modifiée 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 à un marché à 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. »

Par courrier du 30 juillet 2020, à la demande de Madame la Ministre de la Protection des consommateurs, le Ministère de l'Economie a saisi le Conseil du projet de loi spécifié à l'intitulé (ci-après : le « Projet de loi »). 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. Le recours collectif et l'exclusion des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles du Projet de loi

2.1. Objet du Projet de loi

Le Projet de loi a pour objet d'introduire un mécanisme de recours collectif en droit de la consommation luxembourgeois. Le recours collectif permet à un groupe de personnes lésées par le même manquement d'un professionnel d'introduire une action en justice unique.

Les infractions aux règles de protection des consommateurs ont souvent des conséquences importantes car un grand nombre de consommateurs sont concernés. Cependant, très peu de démarches juridiques sont entamées car le dommage individuel est généralement assez faible. Les efforts requis et les coûts d'une procédure individuelle sont ainsi disproportionnés par rapport aux

bénéfices éventuels. Un client individuel se sent probablement impuissant à agir face à une entreprise.

L'introduction du recours collectif devrait réduire ces obstacles pour les consommateurs et faciliter l'accès au système judiciaire. Grâce aux recours collectifs, les coûts de la procédure peuvent être répartis entre un grand nombre de consommateurs, ce qui réduit les coûts subis par chaque individu.

Enfin, les bénéfices ne sont pas seulement perçus par les parties directement concernées. Les recours collectifs peuvent en effet améliorer le fonctionnement du système judiciaire dans son ensemble. La mise en commun des actions individuelles permet une utilisation plus efficace des ressources, évite des décisions contradictoires dans les cas individuels et réduit la congestion des tribunaux.

2.2. Contexte européen

Le Projet de loi s'inscrit dans une réflexion de longue durée au sein de l'Union européenne.

Dès 2013, la Commission européenne a recommandé¹ que tous les États membres autorisent les recours collectifs contre les violations du droit européen, par exemple dans les domaines de la protection des consommateurs, **de la concurrence**, de la protection des données et de la protection de l'environnement.

Ces idées ont été approfondies en 2018, dans les propositions de la Commission européenne, connues sous le nom de la « Nouvelle Donne pour les Consommateurs »². Cette proposition a été suivie d'un accord entre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne en 2019³ et consistait en un ensemble de mesures visant à renforcer les règles de protection des consommateurs dans l'Union européenne. L'un des éléments était notamment une proposition de directive relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/UE (ci-après : la « proposition de directive ») introduisant et harmonisant les règles de recours collectif dans les États membres. Cette proposition de directive, toujours en discussion aujourd'hui⁴, constitue la base du Projet de loi sous avis.

2.3. L'exclusion des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles

Le champ d'application du Projet de loi est toutefois limité aux seules affaires de protection des consommateurs. Par conséquent, seules les relations dites « B2C » sont incluses. En outre, les préjudices résultant de violations du droit de la concurrence sont explicitement exclus de son champ d'application.

¹ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE).

² Commission européenne – Fiche d'information IP/18/3041.

³ Commission européenne – Communiqué de presse IP/19/1755.

⁴ Procédure 2018/0089/COD en première lecture au Parlement européen et au Conseil.

Pour justifier ce choix, le Projet de loi cite, dans les commentaires des articles, les particularités du droit de la concurrence, qui empêcheraient l'inclusion des préjudices résultant d'infractions au droit de la concurrence. Les particularités suivantes sont explicitement mentionnées dans le Projet de loi :

Premièrement, dans le domaine du droit de la concurrence, les victimes sont souvent les partenaires commerciaux d'un professionnel. En tant que tel, un mécanisme efficace de recours collectif dans le cas d'infractions aux règles de concurrence devrait donc être également ouvert et accessible aux entreprises. A cet égard, le Projet de loi, dans sa forme et ses objectifs actuels, n'est pas adapté pour répondre aux exigences de recours collectifs en matière de concurrence du fait de l'exclusion des entreprises comme possibles parties plaignantes. Il est vrai que ceci ne rend les dispositions du Projet de loi relatives aux recours collectifs que partiellement efficaces. Pour cette raison, le Projet de loi propose de traiter du recours collectif en matière de concurrence dans un texte distinct et spécifique.

Deuxièmement, les actions privées en matière de concurrence, comme les actions en dommages et intérêts définies par la directive 2014/104/UE⁵, ne couvrent que le préjudice patrimonial. Par contraste, le Projet de loi prend également en compte les préjudices corporel ou moral.

Troisièmement, la constatation d'une violation du droit de la concurrence par une décision définitive du Conseil de la concurrence a pour conséquence que cette violation est considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts⁶. Cette particularité n'existe pas dans le cadre des violations du droit de la consommation, qui sont seulement traitées par les juridictions de droit commun. Les pratiques anticoncurrentielles tirent leur spécificité de l'atteinte qu'elles portent en outre à l'ordre public économique, qui rend nécessaire l'intervention d'une autorité dédiée pour connaître de l'infraction. Les actions de « *follow-on* »⁷ ne laissent au juge aucune marge de manœuvre quant à l'appréciation de la pratique, dès lors qu'une autorité de concurrence s'est déjà prononcée. Le recours collectif en droit de la concurrence ne serait ainsi possible que dans la mesure où le Conseil de la concurrence aurait sanctionné une pratique anticoncurrentielle en amont et que les voies de recours seraient épuisées. Ces exigences préalables pourraient ainsi décourager les consommateurs victimes d'introduire une demande de réparation du fait de la longueur des délais.

Enfin, les recours collectifs dans les affaires de concurrence pourraient avoir un impact important sur le programme de clémence prévu en droit de la concurrence. La clémence limite le montant des amendes que les entreprises doivent payer si elles contribuent de manière significative à l'identification et à la poursuite des affaires de concurrence. Ce programme est un instrument très important pour les autorités de concurrence afin d'identifier les pratiques anticoncurrentielles.

⁵ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne ; transposée en droit luxembourgeois par la loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

⁶ Article 6 de la loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

⁷ Actions privées faisant suite à la décision d'une autorité de concurrence.

L'introduction des recours collectifs dans le domaine du droit de la concurrence pourrait modifier les incitations des entreprises à solliciter la clémence. Elles pourraient craindre que les informations qu'elles remettent à l'autorité de la concurrence puissent être utilisées à leur désavantage dans le cadre d'un recours collectif.

2.4. Commentaires du Conseil

2.4.1. Droit comparé

Selon les auteurs du Projet de loi, les particularités du droit de la concurrence mentionnées ci-dessus rendent difficile l'inclusion des recours collectifs en matière de concurrence dans le champ d'application du Projet de loi. Toutefois, dans le commentaire des articles, le Projet de loi ne fait qu'exposer les particularités du droit de la concurrence sans expliquer en détail pourquoi elles justifient une exclusion ou empêchent complètement l'inclusion du droit de la concurrence. Ceci est d'autant plus surprenant que, si l'on considère la situation existant dans les pays voisins, la situation est exactement inverse. Les lois belge et française de 2014 sur les actions de groupe, qui ont pourtant servi de base au présent Projet de loi, incluent explicitement les violations du droit de la concurrence dans leur champ d'application.

En ce qui concerne la France, les raisons invoquées dans l'étude d'impact pour l'inclusion explicite peuvent être résumées comme suit⁸

D'une part, les recours collectifs offrent les mêmes avantages dans le domaine de la concurrence que dans celui de la protection des consommateurs en général. Ils réduisent les coûts pour les particuliers, diminuent l'asymétrie d'information et facilitent ainsi l'accès au système judiciaire pour les particuliers.

D'autre part, l'étude d'impact du 30 avril 2013 du projet de loi français mentionnait la gravité des infractions en matière de concurrence, qui causent chaque année des dommages financiers considérables à l'économie et aux consommateurs. Il est donc primordial que les entreprises se conforment aux règles de concurrence.

Afin d'appliquer ces règles de concurrence de manière efficace, l'action privée en matière de concurrence peut jouer un rôle significatif et important, parallèlement à l'action publique des autorités de concurrence. Les actions privées en dommages et intérêts peuvent encore accroître l'effet dissuasif pour les entreprises en augmentant les coûts potentiels des infractions. L'action privée permet également aux consommateurs d'être indemnisés pour les dommages qu'ils ont subis. Cela complète l'action publique qui, certes, sanctionne des comportements préjudiciables aux consommateurs mais ne traite pas de l'indemnisation des personnes concernées.

⁸ Etude d'impact du 30 avril 2013 sur le projet de loi relatif à la consommation, p.6.

2.4.2. L'action privée en matière de concurrence devrait être incluse dans le champ du recours collectif prévu par le Projet de loi

L'importance de la complémentarité entre les actions publique et privée est largement reconnue. C'est particulièrement vrai dans le domaine du droit de la concurrence. Pour cette raison, plusieurs tentatives ont été faites pour promouvoir l'action privée en matière de concurrence. En 2014, la directive 2014/104/UE précitée dispose dans son considérant 3 :

« Afin de garantir la pleine effectivité des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, notamment, l'effet utile des interdictions qu'ils prévoient, il est indispensable que toute personne, qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'une entreprise, ou toute autorité publique puisse demander réparation du préjudice causé par une infraction à ces dispositions devant les juridictions nationales. »

A l'inverse du Projet de loi actuel sur les recours collectifs, qui traite des actions privées mais n'inclut pas le droit de la concurrence, la directive 2014/104/UE traite des actions privées en droit de la concurrence mais n'inclut pas les recours collectifs.

Pourtant, la directive identifie clairement les difficultés rencontrées par les personnes lésées qui semblent presque insurmontables pour des consommateurs individuels :

« Une partie lésée qui a prouvé qu'elle a subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence doit encore démontrer l'étendue de ce préjudice pour pouvoir obtenir des dommages et intérêts. La quantification du préjudice dans des affaires relevant du droit de la concurrence est un processus qui repose sur un grand nombre de données factuelles et qui peut nécessiter l'application de modèles économiques complexes. Ce processus est souvent très coûteux, et les demandeurs ont des difficultés à obtenir les données nécessaires pour étayer leurs demandes. La quantification du préjudice dans des affaires relevant du droit de la concurrence peut donc, en tant que telle, constituer un obstacle majeur à l'effectivité des demandes de réparation. »

Cette absence de référence au recours collectif dans la directive 2014/104/UE a d'ailleurs déjà été critiquée par le Conseil dans son avis sur la loi la transposant en droit luxembourgeois⁹ :

« Le Conseil regrette cependant que le gouvernement n'ait pas saisi l'occasion d'introduire par le biais du présent projet de loi l'action collective en réparation alors que la proposition de directive de 2013 était pourtant accompagnée de la Recommandation 2013/369/UE de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union européenne. [...] Cela est d'autant plus regrettable que c'est surtout en matière de violations des règles de concurrence que cette réparation collective donne tout son sens. »¹⁰

⁹ Loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

¹⁰ Avis du Conseil N° 2016-AV-07 du 01/06/2016.

Par conséquent, le Conseil déplore que ce vide ne soit pas comblé par le Projet de loi. Du fait de l'impossibilité d'un recours collectif, il demeurera donc extrêmement difficile¹¹ pour un consommateur individuel de réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait d'une violation des règles de concurrence. Cela prive les consommateurs d'un instrument efficace et laisse également la mise en œuvre des règles de concurrence incomplète.

3. Conclusion

En conclusion, il convient de noter que le recours collectif représente un instrument important pour les consommateurs afin de se défendre contre les manquements d'entreprises à leurs obligations juridiques.

En matière de droit de la concurrence, un tel recours devrait être ouvert également aux entreprises afin d'être totalement adapté aux exigences et spécificités de ce domaine du droit.

Si le Projet de loi comble partiellement l'absence des actions en recours collectif du droit luxembourgeois, il n'est pas justifié, voire incompréhensible, d'exclure les violations au droit de la concurrence. De ce fait, le Conseil ne peut approuver ce Projet de loi qu'à condition que le droit de la concurrence soit inclus dans son champ d'application.

Ainsi délibéré et avisé en date du 22 septembre 2020.



Pierre Barthelmé

Président



Mattia Melloni

Conseiller



Jean-Claude Weidert

Conseiller



Agnès Germain

Conseillère

¹¹ Cette difficulté est illustrée par le fait qu'il ne semble pas y avoir eu d'action privée de ce type au Luxembourg, malgré la transposition en droit national de la directive 2014/104/UE.