

Projet de loi N° 7537 relatif à certaines modalités d'application et à la sanction
du règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20
juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices
de services d'intermédiation en ligne

Avis du Conseil de la concurrence

N°2020-AV-04

(29.07.2020)

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 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 16 juillet 2020, le Ministre de l'Economie a saisi le Conseil de la concurrence du projet de loi susmentionné. 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. Contexte réglementaire

Le projet de loi sous avis concerne la mise en œuvre de certaines dispositions du Règlement (UE) n°2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (ci-après : le « Règlement »).

Le Règlement vise à protéger les commerçants et les prestataires de services qui utilisent, pour l'exercice de leur activité, les « services d'intermédiation » des plateformes en ligne. Ces plateformes digitales mettent en rapport les vendeurs ou prestataires de services avec des acheteurs potentiels via l'internet. Certaines de ces plateformes se sont développées en des multinationales puissantes et ont acquis un pouvoir de marché considérable. En raison de leur envergure et de leur notoriété auprès du public, certaines plateformes en ligne sont devenues incontournables pour les commerçants ou prestataires de services qui offrent leurs produits et services via l'internet, et qui très souvent sont de petites entreprises ou des commerçants indépendants dont l'activité dépend d'une ou de plusieurs

de ces plateformes. Selon le considérant 2 du Règlement, *« les fournisseurs de ces services [d'intermédiation] disposent souvent d'un pouvoir de négociation supérieur qui leur permet, dans la pratique, d'agir unilatéralement d'une façon qui peut être inéquitable et nuire aux intérêts légitimes des entreprises utilisatrices qui font appel à eux et, indirectement, des consommateurs dans l'Union. »*

Le règlement à la base du projet de loi 7537 est la première tentative ciblée par l'Union européenne de réglementation des grands opérateurs digitaux, en faisant peut-être abstraction du RGPD¹ qui toutefois ne se limite pas aux plateformes ni aux activités commerciales. Afin de *« mettre en place un environnement équitable, prévisible, durable et inspirant confiance pour l'activité économique en ligne au sein du marché intérieur »*², le Règlement impose aux plateformes :

- De veiller à ce que leurs conditions générales soient claires, compréhensibles et facilement disponibles (article 3 du Règlement) ;
- D'énoncer à l'avance les raisons possibles pour restreindre, suspendre ou résilier l'accès pour les utilisateurs professionnels (article 4) ;
- De révéler les paramètres déterminant le classement (des articles, services ou entreprises), et les raisons justifiant la pondération de ces principaux paramètres (article 5) ;
- D'agir de bonne foi, d'éviter des changements rétroactifs de leurs conditions générales et d'accorder un droit de résiliation aux utilisateurs (article 8) ;
- De mettre en place un système interne de traitement des plaintes facile d'accès et gratuit (article 11).

A côté des plateformes en ligne, le Règlement vise également les fournisseurs de moteurs de recherche.

Comme les utilisateurs professionnels sont très souvent des entreprises modestes ou des commerçants individuels qui n'ont pas l'expérience ni les moyens d'intenter eux-mêmes des actions en justice, les Etats membres doivent mettre en place un mécanisme de recours à disposition non seulement des utilisateurs, mais également des *« organisations et associations qui ont un intérêt légitime à représenter les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs de sites internet d'entreprise »*, ainsi que des *« organismes publics établis dans les États membres chargés de défendre les intérêts collectifs des entreprises ou des utilisateurs de sites internet d'entreprise »*. Tel est l'objet du projet de loi sous avis.

Il est un secret de polichinelle que l'une des principales multinationales visées, sans être expressément cité, par le Règlement est le groupe Amazon, pionnier en matière de commerce électronique et qui au fil des décennies a développé une activité importante d'intermédiation via son service « Amazon Marketplace ». Amazon gère d'importantes plateformes en ligne dans 5 pays européens avec plus de deux millions de commerçants indépendants sous contrat (2018).³ On peut dire sans simplifier de façon exagérée que le

¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

² Considérant 51 du Règlement.

³ Il s'agit de l'Allemagne, France, Italie, Espagne et Royaume-Uni.

règlement à la base du projet de loi est en premier lieu destiné à protéger des millions de commerçants en ligne largement dépendants de la plateforme d'Amazon. Amazon ainsi que d'autres importantes plateformes ont fait l'objet de nombreuses procédures ouvertes par la Commission et les autorités nationales de concurrence de plusieurs Etats membres. Le Conseil a déjà eu à connaître de plusieurs affaires dont l'objet était lié à une ou plusieurs des pratiques visées par le Règlement. Le Conseil a également participé à diverses réflexions dans le cadre du Réseau Européen de la Concurrence sur l'émergence de l'économie digitale et les défis qu'elle pose au droit de la concurrence⁴.

3. Commentaires du Conseil

L'article 1 définit comme objet de la loi en projet la mise en œuvre du Règlement.

L'article 2 reprend certaines définitions du Règlement. En pratique, les « *entreprises utilisatrices* » sont les commerçants et prestataires de services que le règlement entend protéger ; les « *fournisseurs* » sont les plateformes et les moteurs de recherche visés ; l'« *utilisateur de site internet* » est une personne physique ou morale qui exerce une activité professionnelle via un site internet qui n'est pas une plateforme visée par le règlement.

Ces deux articles n'appellent pas de commentaire de la part du Conseil.

L'article 3 définit les critères que doivent remplir et la procédure à laquelle doivent se soumettre les « *organisations et associations* » qui ont le droit, selon l'article 14, paragraphe 1^{er}, du règlement, « *de saisir les juridictions nationales (...) en vue de faire cesser ou d'interdire tout manquement (...) aux exigences du présent règlement.* ».

L'article 3, paragraphe 1^{er}, de la loi en projet reprend, en les paraphrasant légèrement, les critères que doivent remplir ces organisations et associations tels qu'ils figurent à l'article 14 paragraphe 5, en ajoutant cependant la condition qu'elles doivent être constituées conformément à la loi du 21 avril 1928 sur les associations sans but lucratif et les fondations.

L'article 3, paragraphe 2, dispose que le ministre de l'Economie accorde un agrément aux organisations et associations qui remplissent les critères de l'article 3 paragraphe 1^{er} et « *communiquent à la Commission européenne le nom et l'objet desdites organisations et associations* ».

Le Conseil s'oppose à la condition supplémentaire de la conformité à la loi du 21 avril 1928 sur les associations sans but lucratif et les fondations, car elle exclut les organisations et associations qui seraient constituées sous toute autre forme, par exemple dans d'autres Etats membres.

⁴ Voir p.ex. [Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities](#).

Le Conseil s'oppose également à la disposition au paragraphe 2 selon laquelle les organisations et associations doivent faire l'objet d'un agrément du Ministre, alors que le Règlement prévoit simplement que les Etats membres désignent, à leur demande, les organisations et associations auxquelles est conféré le droit susmentionné. Le Conseil se rallie à l'avis du Conseil d'Etat et adhère à la proposition de texte formulée par ce dernier⁵.

L'article 4 dispose que *« les organisations et associations reconnues au titre de l'article 3 et les entités qualifiées justifiant d'une inscription sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 14, paragraphe (6), du règlement (UE) n° 2019/1150 peuvent agir devant les juridictions luxembourgeoises compétentes pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des lois qui leur confèrent ce droit. »*. Le Conseil est d'avis qu'il s'agit ici d'une paraphrase incorrecte de l'article 14 paragraphe 1^{er} du Règlement. En effet, les organisations et associations visées ont en réalité le droit d'agir en justice, selon les termes du Règlement, *« en cas de tout manquement (...) aux exigences applicables du présent Règlement »* plutôt qu'en cas d'*« agissement illicite au regard des lois qui leur confèrent ce droit »*.

L'article 4 poursuit en disposant qu'une telle action *« n'est valablement introduite que si les intérêts protégés par ces entités qualifiées sont lésés et que l'objet social de l'entité qualifiée justifie le fait qu'elle intente une action dans une affaire donnée. »* Le Conseil est d'avis que cet article introduit alors une condition de recevabilité supplémentaire qui n'est pas justifiée et qui n'est pas prévue dans le règlement.

Cet article soulève d'autres problèmes de cohérence, dont notamment ceux liés aux exigences découlant de l'applicabilité directe des règlements européens tels que mis en avant dans l'avis du Conseil d'Etat. Le Conseil se rallie à l'avis du Conseil d'Etat et à la réécriture proposée par ce dernier.⁶

L'article 5 énumère les dispositions du Règlement dont la violation peut être sanctionnée par le juge. Il précise également que le juge compétent au sens du Règlement est le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, et définit la procédure applicable.

L'article 6 définit les amendes que peut prononcer le juge et précise deux points de procédure.

⁵ « Art. 3

(1) Le ministre ayant l'Économie dans ses attributions désigne, à leur demande, les organisations et les associations qui remplissent les conditions de l'article 14, paragraphe 3, du règlement (UE) no 2019/1150 et auxquelles est conféré le droit visé à l'article 14, paragraphe 1er, du même règlement.

(2) Le ministre communique à la Commission européenne le nom et l'objet desdites organisations et associations afin de les faire figurer sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 14, paragraphe 6, du règlement (UE) n° 2019/1150. »

⁶ « Art. 4

Les organisations et associations inscrites sur la liste publiée au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 14, paragraphe 6, du règlement (UE) n° 2019/1150 peuvent agir devant les juridictions luxembourgeoises compétentes pour faire cesser ou interdire tout acte contraire aux dispositions de ce règlement. » « Cette action n'est valablement introduite que pour autant que les intérêts protégés par ces entités qualifiées sont lésés et que l'objet social de l'entité qualifiée justifie le fait qu'elle intente une action dans une affaire donnée le but de la partie requérante justifie le fait qu'elle engage une action. »

Ces deux articles n'appellent pas de commentaire de la part du Conseil.

En revanche, le Conseil se rallie à l'observation du Conseil d'Etat qu'il n'y a pas lieu de reporter l'entrée en vigueur de la loi au mois suivant sa publication au Journal officiel du Grand-Duché du Luxembourg, comme prévu à l'article 7 du projet de loi.

Enfin, l'exposé des motifs mentionne qu'il « *y a lieu de réfléchir également à accorder, le cas échéant, ce pouvoir à intenter une action en cessation, au Conseil de la Concurrence, une fois que le projet de loi N°7479 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence et abrogeant la loi actuelle du 23 octobre 2011 relative à la concurrence en vigueur, soit voté* ».

A cet égard, le Règlement confère, à son article 14 paragraphe 5, le droit aux Etats membres de désigner « *des organismes publics établis sur leur territoire* » qui auront « *le droit de saisir les juridictions nationales compétentes dans l'Union* » par une action en cessation dans le sens de l'article 14 paragraphe 1^{er} du Règlement. Le Conseil est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'attendre le vote de la loi portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence. En raison de son expérience passée en matière de litiges impliquant des plateformes en ligne, le Conseil est vraisemblablement parmi les entités les mieux placées au Luxembourg pour intenter des actions en cessation en cas d'infraction ou d'infraction présumée aux dispositions du Règlement. Même sans personnalité juridique lui permettant de se représenter lui-même devant le juge, il peut néanmoins intenter des actions en justice en se faisant représenter par le délégué du Gouvernement.

Il convient pour cela d'ajouter à l'article 3 du projet sous avis un paragraphe de la teneur suivante :

« *Conformément à l'article 14 paragraphe 5 du Règlement, le ministre ayant l'Économie dans ses attributions désigne le Conseil de la concurrence en tant qu'organisme public au sens de l'article 14, paragraphe 4 du Règlement.* »

Il convient également de modifier la loi du 23 octobre 2011 en insérant à l'article 6 (Missions, compétences et pouvoirs du Conseil) le paragraphe suivant :

« *Le Conseil est chargé de défendre les intérêts collectifs des entreprises ou des utilisateurs de sites internet d'entreprise au sens du règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* ».

4. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le projet de loi sous réserve de la prise en compte de ses observations.

Ainsi délibéré et avisé, le 29 juillet 2020 à Luxembourg.



Pierre Barthelmé
Président



Agnès Germain
Conseillère



Mattia Melloni
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller