

Projet de loi
relatif aux pratiques commerciales déloyales.

Avis du Conseil d'Etat

(19 décembre 2008)

Par dépêche en date du 15 mai 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat un projet de loi relatif à l'introduction d'un Code de la consommation.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, étaient joints un exposé des motifs ainsi qu'un commentaire des articles.

Sont parvenus au Conseil d'Etat par dépêches en date du 15 juillet 2008, l'avis de la Chambre des employés privés, en date du 3 septembre 2008, l'avis de la Chambre des métiers, en date du 30 septembre 2008, l'avis de la Chambre de travail et en date du 31 octobre 2008, l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics.

En outre, en date du 23 juillet 2008 un avis de l'Union luxembourgeoise des consommateurs est parvenu au Conseil d'Etat.

Par dépêche en date du 15 octobre 2008, le Président de la Chambre des députés a informé le Conseil d'Etat de la scission du projet de loi portant introduction d'un Code de la consommation en deux parties, à savoir en un projet de loi (*n° 5881A*) portant introduction d'un Code de la consommation et un projet (*n° 5881B*) relatif aux pratiques commerciales déloyales. Le deuxième projet constitue en fait la transposition de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, communément appelée «directive sur les pratiques commerciales déloyales». Le législateur entend d'abord transposer ladite directive alors qu'il craint une condamnation de la Cour de Justice des Communautés européennes pour non-transposition de celle-ci dans les délais.

Le Conseil d'Etat constate qu'effectivement la directive a été adoptée par le Parlement européen le 11 mai 2005 et qu'elle prévoit en son article 19 un délai de transposition de deux ans, le dernier délai étant fixé au 12 juin 2007. Le Conseil d'Etat n'a été saisi que 12 mois après cette échéance. Il portera son examen uniquement sur le projet de loi tel que proposé dans l'amendement parlementaire du 15 octobre 2008.

Considérations générales

Etant donné que le texte sous avis entend transposer en droit national la directive dite « directive sur les pratiques commerciales déloyales » (ci-après la directive), le Conseil d'Etat demande qu'il soit fait référence à la directive à transposer dans un entrefilet en dessous du texte au moment de sa publication au Mémorial.

Le Conseil d'Etat marque son accord à la scission du projet alors que, de toute façon, le Conseil d'Etat avait du mal à suivre le raisonnement du Gouvernement dans le projet de loi initial. En effet, il y était proposé sous un titre 3 intitulé « Dispositions relatives aux Pratiques commerciales déloyales », la transposition de la directive. Ensuite suivait une annexe devenant le Code de la consommation qui, lui, prévoyait en son Livre 1^{er}, sous le Titre 2, articles L. 121-1 à L. 122-9, encore une fois la transposition de la même directive.

Au vu de l'envergure que gardera le projet de loi n° 5881A, le Conseil d'Etat insiste à ce qu'on joigne à ce projet de loi au moins une table des matières du futur Code de la consommation.

De même, le Conseil d'Etat critique que le dossier sous avis ne comprenne pas de tableau de concordance avec la directive. Pourtant ce tableau aurait dû nécessairement être à la disposition des auteurs du projet de loi pour l'élaboration du texte et il devra être obligatoirement joint au texte de loi lorsque celui-ci sera notifié à la Commission européenne.

L'objectif recherché par la directive est le rapprochement des législations nationales des Etats membres en matière de pratiques commerciales déloyales en établissant « une interdiction générale unique des pratiques commerciales déloyales qui altèrent le comportement économique des consommateurs » (considérant 11 de la directive). En effet, la directive interdit aux professionnels de donner une fausse impression de la nature des produits.

Etant donné que l'Union européenne a déjà adopté un certain nombre de directives en matière de protection des consommateurs contre des pratiques commerciales déloyales, il importait au législateur communautaire de positionner la directive dans l'arsenal général des règles de concurrence existant au niveau européen et de cerner son champ d'action. La présente directive entend tout d'abord limiter son champ d'application aux relations entre professionnels et consommateurs. En vertu du principe de la proportionnalité, elle entend seulement protéger ces derniers contre des pratiques commerciales déloyales substantielles des premiers.

Le considérant n° 10 de la directive précise par ailleurs que « la présente directive ne s'applique que lorsqu'il n'existe pas de dispositions

communautaires spécifiques régissant des aspects particuliers de pratiques commerciales déloyales ». Fort de la fixation du contexte dans lequel se situe le texte européen, la directive à transposer modifie les textes communautaires suivants: la directive 84/450/CEE, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs et la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. Elle ne modifie pas des textes spécifiques tels que les prescriptions en matière d'information ou de règles régissant la présentation des informations aux consommateurs. Elle autorise expressément les Etats membres à maintenir voire même à adopter des mesures spécifiques si la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs est concernée. Concernant les mesures au niveau des services financiers et des biens immobiliers, la présente directive s'appliquera sans préjudice de la faculté laissée aux Etats membres de prendre des mesures allant au-delà de la protection envisagée par elle.

Lors de l'analyse de la concordance du texte national avec le texte communautaire, le Conseil d'Etat constate que les articles 14 et 15 de la directive ne sont pas transposés dans le cadre du présent projet. Il y a lieu de vérifier si les textes nationaux dans leur version actuelle sont conformes à la directive 2005/29/CE. Si tel n'était pas le cas, il faudrait procéder à une adaptation de ces textes, sinon la directive ne serait pas intégralement transposée.

Le Conseil d'Etat note pour le surplus que les auteurs du projet s'en sont principalement tenus à une copie du texte communautaire.

Examen des articles

Article 1^{er} (article 3 de la directive)

Cet article définit le champ d'application de la loi. Les auteurs du projet de loi expliquent dans un long exposé des motifs, que le Conseil d'Etat apprécie à sa juste valeur, la place que les autorités communautaires veulent accorder à cette loi dans le contexte juridique européen. Conscients que le texte à transposer peut avoir des interférences avec des législations nationales existantes, les auteurs du projet sous rubrique ont tenu à rappeler que la future loi n'entend pas porter préjudice à la loi modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes et à la loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales. De même, soucieux de se conformer au texte de la directive, ils ont tenu à reprendre l'article 3 du texte communautaire dans le paragraphe 2 de l'article 1^{er}. Tout comme dans d'autres avis, le Conseil d'Etat n'est pas favorable à la démarche gouvernementale d'inscrire dans les lois générales une simple observation expliquant qu'elles n'apportent pas préjudice à d'autres lois spéciales existantes, sans renvois précis à ces autres lois.

Eu égard aux exigences de la directive, le Conseil d'Etat insiste tout d'abord que les textes non touchés par le texte de transposition soient énumérés de façon précise dans la loi en projet, tout en rappelant que si ces lois sont modifiées ultérieurement, il faudra modifier aussi la loi en projet. Ensuite le Conseil d'Etat demande que les auteurs suivent la rédaction de l'article 3 de la directive en définissant dans un premier alinéa le champ d'application de la loi, et en précisant dans un deuxième alinéa les textes de loi non affectés par la nouvelle loi. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat demande aux auteurs du projet de loi de relever quelles dispositions s'appliqueront dans l'intérêt de protection des consommateurs en matière de services financiers et de biens immobiliers.

Le Conseil d'Etat insiste à ce que le bout de phrase du paragraphe 1^{er} *in fine* « y compris les biens immeubles, les droits et les obligations » soit supprimé à cet endroit, étant donné que sous l'article 2 du projet sous avis la définition du terme « produit » est expressément donnée.

Article 2 (article 2 de la directive)

L'article référencié énumère un certain nombre de définitions, qui sont quasi toutes reprises par le texte sous avis. Le Conseil d'Etat se limitera dès lors à analyser les définitions non correspondantes à la directive.

A) La notion de « consommateur »

La définition retenue par les auteurs du présent projet de loi ne correspond pas à celle retenue dans le texte de la directive. Le Conseil d'Etat exige dès lors sous peine d'opposition formelle à ce que la définition communautaire soit reprise dans le texte de loi.

B) La notion de « professionnel »

Pour éviter le reproche d'une transposition non conforme de la directive, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la reprise de la définition communautaire de ce terme dans le texte de loi.

C) La notion de « responsable de code »

Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la reprise de cette définition dans le texte luxembourgeois.

Article 3 (article 5 de la directive)

Sans observation.

Article 4 (article 6 de la directive)

Le Conseil d'Etat, dans l'intérêt d'une plus grande lisibilité du texte, demande à ce qu'il soit créé à cet endroit, avant l'article 4, une sous-section 1 portant l'intitulé « *Actions trompeuses* » et avant l'article 5 une sous-section 2 portant l'intitulé « *Omissions trompeuses* ».

Le Conseil d'Etat insiste que le paragraphe 1^{er} de l'article sous avis soit repris textuellement de la directive, l'ajout « dans un cas comme dans l'autre » n'apportant pas la précision voulue au texte.

Pour le surplus, il demande à intercaler le mot « elle » entre les mots « circonstances » et « amène » dans la première phrase du paragraphe 2.

Article 5 (article 7 de la directive)

La précision apportée par le Gouvernement à paragraphe 3 par l'utilisation du terme « doit » au lieu de « convient » emporte l'adhésion du Conseil d'Etat, alors que ce dernier terme n'a pas de connotation juridique propre.

Le paragraphe 4 est une copie du texte communautaire. Le dernier point tel que proposé par le Gouvernement est plus précis que le texte à transposer et emporte dès lors l'accord du Conseil d'Etat.

Article 6 (points 1 à 23 de l'annexe I jointe à la directive)

L'annexe I à la directive prévoit une liste exemplative de pratiques commerciales qui sont en tout état de cause réputées déloyales. Les auteurs du projet de loi ont choisi d'inscrire ces comportements répréhensibles dans deux articles de la loi. Ainsi les 23 premiers comportements considérés comme des pratiques commerciales trompeuses sont repris dans l'article 6; les comportements 24 à 31, considérés comme des pratiques commerciales agressives, sont repris dans l'article 9. Concrètement, il suffira d'identifier une pratique commerciale déloyale comme étant de celles comprises dans ces articles pour voir sanctionner ces pratiques. Les comportements énumérés, qui sont des pratiques déloyales plus ou moins répandues et connues à ce jour, ne deviennent cependant pas, sous l'effet des articles 3, 4 et 5 de la loi en projet, les seules pratiques répréhensibles.

Le Conseil d'Etat est d'accord en principe avec la démarche gouvernementale.

Il note que le texte de l'article 6 sous avis est une copie de l'annexe I de la directive. Cependant le point 14 n'a pas été retenu dans le texte sous avis. Le Conseil d'Etat exige, sous peine d'opposition formelle, que les systèmes de promotion pyramidale soient repris dans la liste des pratiques réputées d'office déloyales. Les explications des auteurs du projet de loi, qui estiment que les promotions auxquelles fait référence la loi modifiée du 30 juillet 2002 sont suffisantes, ne sont pas une justification appropriée pour ne pas reprendre le point 14. Le Conseil d'Etat estime au contraire que la loi modifiée du 30 juillet 2002 s'en trouve élargie quant à son contenu et quant à sa portée.

Article 7 (article 8 de la directive)

Sans observation, alors qu'il s'agit d'une copie conforme de l'article 8 de la directive, même si certaines expressions utilisées (comme par exemple celle relative au « contexte factuel ») ne correspondent pas à notre langage juridique.

Article 8 (article 9 de la directive)

Sans observation.

Article 9 (points 24 à 31 de l'annexe I jointe à la directive)

Tel que déjà expliqué lors de l'examen de l'article 6 ci-avant, le Conseil d'Etat est d'accord avec la reprise d'une liste non exhaustive de pratiques réputées agressives dans un article de la loi.

Il note cependant des discordances entre le texte communautaire et le texte proposé, qu'il propose dès lors d'analyser ci-après.

Point 2

La rédaction de ce point ne correspond pas au point 25 de l'annexe dont il se veut la transposition. Il est vrai que la loi du 16 juillet 1987 sur le colportage est plus sévère, dans la mesure où le consommateur est protégé dès le premier démarchage du professionnel. Etant donné que l'article 1^{er} de la loi sous avis n'entend pas porter préjudice à la loi submentionnée, le Conseil d'Etat renvoie à l'article 3, paragraphe 5 de la directive permettant aux Etats membres des dérogations précises en raison de certaines dispositions nationales. Il tient toutefois à rappeler que cette dérogation aura seulement un caractère temporaire de 6 ans.

Point 5

Le Conseil d'Etat note que le texte proposé s'écarte de la disposition communautaire dont le texte luxembourgeois se veut être la transposition. Afin d'éviter le reproche d'une transposition non conforme de la directive, il demande que soit indiqué dans la loi le texte luxembourgeois auquel on ne veut pas déroger. Etant donné que l'intérêt de consommateurs mineurs est en cause, et dans l'hypothèse où le texte luxembourgeois serait plus protecteur, le Conseil d'Etat renvoie, tout comme dans ses observations formulées sous le point 2, à l'article 3, paragraphe 5 de la directive, qui permet aux Etats membres de demander des dérogations précises en raison de certaines dispositions nationales.

Article 10

L'article 10 va au-delà des prescriptions de la directive. Les auteurs du projet de loi justifient l'insertion de ce texte par le souci de garder le plus grand parallélisme possible avec la loi modifiée du 30 juillet 2002. Etant donné que, d'une part, l'article 21 e) de la loi modifiée du 30 juillet 2002 sur la concurrence déloyale, qui est d'ailleurs dans sa version primitive différente du texte proposé, n'est, de l'avis du Conseil d'Etat, pas conçu comme une sanction et que, d'autre part, l'article 1^{er} du texte sous avis dit précisément vouloir s'appliquer sans porter préjudice aux dispositions générales de la conclusion des contrats, le texte sous avis est superfétatoire et dès lors à supprimer.

Article 11 (articles 11, 13 et 16 de la directive)

Etant donné que les articles 11 et 12 concernent les sanctions à prévoir pour les comportements de concurrence déloyale et qu'elles sont appelées à s'appliquer pour le surplus à toutes les pratiques déloyales décrites dans le présent projet de loi, le Conseil d'Etat propose que l'article 11 soit précédé de la mention d'un chapitre 3 intitulé « *Des sanctions* ».

L'article 11 sous avis correspond aux articles 23 à 25 de la loi modifiée du 30 juillet 2002. Il indique les personnes et entités pouvant agir contre les auteurs d'une infraction à la présente loi, et prévoient comme moyens de sanction l'action en cessation et des peines pénales. Le Conseil d'Etat marque son accord avec cette disposition.

Article 12 (article 13 de la directive)

Au regard du principe de la légalité des incriminations, le Conseil d'Etat, sous peine d'opposition formelle, demande à ce que le paragraphe 1^{er} de l'article sous avis énumère les faits susceptibles d'entraîner les sanctions prévues.

Le paragraphe 2 trouve l'accord du Conseil d'Etat.

Article 13

Les auteurs du projet de loi élargissent les sanctions pénales prévues à l'article 12 en prévoyant à l'article 13 des mesures administratives susceptibles de s'appliquer au professionnel condamné pénalement pour une infraction à la présente loi. En effet, aux termes de l'extension voulue, l'autorisation d'exercice de sa profession peut lui être retirée. Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi proposent la modification de l'alinéa 4 de l'article 2 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, alors que, de l'avis du Conseil d'Etat, ils devraient proposer la modification de l'alinéa 5 dudit article. De plus, la modification telle que proposée entraîne la suppression de la deuxième phrase de cet alinéa. A défaut de motivation, le Conseil d'Etat ne peut en aucun cas marquer son accord avec cette suppression. Il insiste à ce que la deuxième phrase de l'alinéa 5 de l'article à modifier soit maintenue.

Aussi estime-t-il qu'il suffit d'ajouter à la dernière phrase de l'alinéa 5 de l'article 2 de la précitée loi de 1988 le bout de phrase « et aux pratiques commerciales déloyales » pour compléter dûment l'arsenal des mesures administratives possibles à l'égard des infractions à la présente loi.

Le Conseil d'Etat propose ainsi de modifier le texte de l'alinéa 5 de la loi en cause comme suit:

« Au cas où l'intéressé a violé ses obligations professionnelles légales, notamment au regard du droit d'établissement ou s'est soustrait aux charges sociales ou fiscales que lui impose sa profession, l'autorisation peut être refusée ou révoquée. Ce refus ou cette révocation peut intervenir sur demande du Centre commun de la sécurité sociale, de l'Administration des contributions directes, ou de

l'Administration de l'enregistrement et des domaines. L'autorisation peut également être révoquée dans le cas où l'intéressé aurait été condamné pénalement du chef d'infractions aux dispositions légales en matière de concurrence déloyale et de pratiques commerciales déloyales. »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 décembre 2008.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer