

INSTITUT GRAND-DUCAL
Section des sciences morales et politiques

Evolution et tendances
actuelles
du droit de la concurrence

par
ANDRÉ ELVINGER

1980

Imprimerie Saint-Paul, société anonyme, Luxembourg

Sommaire

	Page
Paroles introductives du président	5
Introduction.....	7
I. La concurrence déloyale	9
1) Historique	9
2) Tendances actuelles	12
II. Le droit d'établissement	17
III. Le contrôle des prix	18
IV. Prix imposés et refus de vente	20
V. Ententes et concentrations	22
1) Historique	22
2) Mécanismes, compétence, voies de recours, sanctions ..	23
3) Domaines d'application	25
4) Dispositions de fond	27
a) pratiques concertées	27
b) abus de position dominante	32
VI. Protection du consommateur	33
Conclusion	35
Observations présentées par Monsieur Armand Simon	37
Paroles terminales du président	40

Sommaire

1	Préface
2	Introduction
3	I. Le mouvement de la géologie
4	1) Historique
5	2) Tendances actuelles
6	II. Le droit d'établissement
7	III. Le rôle de la géologie
8	IV. Principaux problèmes de la géologie
9	V. Les tâches de la géologie
10	1) Historique
11	2) Méthodes fondamentales de la géologie
12	3) Domaines d'application
13	4) Dispositions de fond
14	5) Principes généraux
15	6) Les tâches de la géologie
16	VI. Problèmes de la géologie
17	1) Introduction
18	2) Les tâches de la géologie
19	3) Les tâches de la géologie
20	4) Les tâches de la géologie
21	5) Les tâches de la géologie
22	6) Les tâches de la géologie
23	7) Les tâches de la géologie
24	8) Les tâches de la géologie
25	9) Les tâches de la géologie
26	10) Les tâches de la géologie
27	Observations présentées par Monsieur Albert Simon
28	Préface

Paroles Introductives de M. Carlo Hemmer, président

Notre section se réunit aujourd'hui avec des effectifs sensiblement élargis et rajeunis. Il est sans doute permis d'y voir le gage d'un nouveau dynamisme et d'une activité en expansion.

Je salue les nouveaux membres agrégés. Ils ont été élus en fonction de leurs mérites scientifiques et dans l'attente d'une participation active aux travaux de la section.

Je félicite ceux qui ont passé de la catégorie des membres agrégés à celle des membres effectifs et j'espère que ce passage ne ralentira pas leurs efforts, mais, au contraire, les stimulera.

Aujourd'hui nous sommes réunis pour prendre connaissance d'une communication de notre membre effectif, Me André ELVINGER, sur «l'évolution et les tendances actuelles du droit de la concurrence».

Vous faites partie, cher Monsieur Elvinger, de notre section depuis sa fondation. L'activité scientifique très intense que vous n'avez cessé de déployer, depuis votre inscription, en 1953, au Barreau de Luxembourg, vous qualifiait d'emblée pour votre entrée à l'Institut Grand-Ducal. Comme conseiller juridique en matière fiscale, de droit des sociétés, de brevets et d'assurance vous vous êtes acquis une renommée internationale et vous êtes devenu l'un des piliers de la place financière de Luxembourg.

Vous êtes devenu l'un des grands spécialistes en ces matières particulièrement ésothériques et complexes, mais vous êtes un spécialiste polyvalent. La multiplicité de vos centres d'intérêt professionnels vous confère une vision de synthèse qui vous permet de ne jamais perdre de vue l'ensemble en analysant le détail.

Je résisterai à la tentation de donner lecture de votre bibliographie. La liste de vos publications serait trop longue. Qu'il me suffise de dire que vous êtes l'un des membres les plus actifs de l'IFA, la très renommée International Fiscal Association, et que vos rapports,

exposés et interventions aux congrès annuels de cette docte institution trouvent leur reflet dans les publications de celle-ci.

En outre, vous avez été rapporteur général au congrès de l'Association Henri Capitant de 1961.

Ces références, ainsi que le souvenir des communications que vous avez faites antérieurement à cette tribune, rehaussent l'intérêt avec lequel nous attendons votre communication.

Communication faite par M^e André Elvinger
le 15 octobre 1979

Evolution et tendances actuelles du droit de la concurrence

Introduction

La présente étude se propose de traiter, sous le titre de droit de la concurrence, de l'évolution législative, jurisprudentielle et administrative dans un domaine assez mal délimité qui rapproche, sur base de textes à vocation très variable relevant du droit commercial, pénal, administratif et économique, un ensemble de normes qui concourent soit à sauvegarder, soit à réglementer, soit à limiter la concurrence. On ne s'étonnera donc pas de nous voir traiter, à côté des têtes de chapitre traditionnelles de ce domaine, des questions qui y sont rarement associées et qui y sont en apparence étrangères, telles que celles rentrant dans le droit d'établissement ou le contrôle des prix.

Notre objectif étant de décrire une évolution et de déceler des tendances, ce travail ne prétend absolument pas être un traité du droit de la concurrence¹. Aussi retiendrons-nous, dans un domaine chez nous traditionnel comme celui de la concurrence déloyale, surtout les projets législatifs actuellement en discussion en les situant par rapport à l'état de la jurisprudence. Par contre, dans un domaine relativement nouveau et peu accessible, tel que celui des ententes et des concentrations, nous nous proposons de faire l'inventaire des décisions intervenues et d'en dégager les lignes-guide.

Bien que tant le sujet que notre méthode de travail soient ainsi nécessairement hétérogènes, nous ne manquerons pas, au cours de notre examen, de constater des interférences et des tendances qui justifieront un essai de conclusion.

¹ voir notre contribution sur le droit luxembourgeois de la concurrence dans *World Law of Competition*, Matthew Bender, éditeur Von Kalinowski

Evolution of Contractual Relations in the Law of Contract

Introduction

The purpose of this study is to analyze the evolution of contractual relations in the law of contract. The study is based on a review of the literature on the subject, and on a study of the law of contract in the United States. The study is divided into two parts. The first part is a general study of the law of contract, and the second part is a study of the evolution of contractual relations in the law of contract. The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values.

The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values. The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values.

The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values. The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values.

The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values. The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values.

The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values. The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values.

The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values. The study is based on the following assumptions: (1) that the law of contract is a dynamic system, (2) that the law of contract is a system of norms, and (3) that the law of contract is a system of values.

I. La concurrence déloyale

1) Historique

A part les décrets révolutionnaires consacrant la liberté du commerce et de l'industrie², le plus ancien texte encore en vigueur dans le domaine du droit de la concurrence est l'article 1382 du code civil. A voir le développement prodigieux que la jurisprudence a pu donner à cet article et à ceux qui l'entourent, on peut, en présence des tâtonnements casuistiques et des volte-faces du législateur moderne, se demander si ces anciens textes n'auraient pas permis l'éclosion d'un système jurisprudentiel plus adéquat.

Le fait est qu'au siècle dernier déjà les notions de bonne foi et de loyauté en matière commerciale avaient été dégagées et, sur le plan civil, sanctionnées par la jurisprudence, comme le fit en 1897 le tribunal de Luxembourg à l'égard d'un commerçant qui avait usurpé les titres d'un concurrent³. Le tribunal, en constatant qu'il importait de «réprimer des supercheries qui tendent à abuser le public et nuisent au commerce loyal», avait défini les deux pôles de l'intérêt général que nous ne cesserons de rencontrer au cours de notre périple: les intérêts liés ou opposés, selon la conjoncture, du commerce et du consommateur.

Quoi qu'il en soit et en faisant abstraction dans ce contexte des lois du 1^{er} janvier 1850 et du 18 juin 1870, renouvelées par la loi du 5 mars 1970, sur le colportage et les professions ambulantes, la première loi positive sur la concurrence déloyale est celle du 5 juillet

² décret no 100 des 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aide, de toutes les maîtrises et gérantes et établissements de patente et confirmant la liberté du commerce et de l'industrie.

³ trib. Lux. 9 juin 1897, IV, 254 et dans la suite trib. Lux. 6 avril 1911, XI, 84; Cour 21 juin 1912, XI, 89; Jacques Neuen «La publicité mensongère», Rapport luxembourgeois au 12^e Congrès de l'Association Internationale des Jeunes Avocats, 1974, page 2.

1929. Elle introduit une liste de faits qui sont d'autorité considérés comme contraires à la loyauté de la concurrence⁴, puis, surtout, fait de la concurrence déloyale l'objet de sanctions pénales.

L'énumération, fastidieuse et, comme nous le verrons, constamment remise sur le métier, des actes déloyaux, se regroupe dans les deux catégories déjà dégagées par la jurisprudence :

- tromperie du consommateur,
- déloyauté envers les concurrents.

Il est assez significatif que c'est cette dernière catégorie qui a donné son nom à la loi.

En peu de domaines, le législateur s'est montré aussi actif et aussi versatile.

Une modification de fond intervint par l'arrêté grand-ducal du 15 janvier 1936, la loi de 1929 n'ayant pas, comme le constatait le Conseil d'État dans son avis, donné satisfaction quant au but poursuivi qui était celui, cette fois-ci nettement avoué, de la protection du «commerce indigène paisible», présumé travailler selon des méthodes éprouvées et acceptées mais en butte aux méthodes de vente et de publicité agressives d'étrangers établis ou non au pays. La législation prit ainsi dès le départ cette tournure protectionniste qui la caractérise encore à l'heure actuelle, quelque européenne et internationale que soit devenue, sous bien d'autres rapports, la place de Luxembourg⁵.

En 1938⁶, la nomenclature des faits de concurrence déloyale s'enrichit de la prohibition de la vente avec prime, texte qui fut révisé plusieurs fois et dont la fréquence d'application ne devait

⁴ L'énumération n'étant d'ailleurs pas limitative.

⁵ Il est intéressant de noter que toute tendance protectionniste est absente de la législation qui sert de support à la place financière et qui, dans un domaine qui touche de près au droit de la concurrence, régit notamment l'émission et la vente publique de valeurs mobilières. (Arrêté grand-ducal du 19 juin 1965 concernant les opérations de banque et de crédit, ainsi que les émissions de valeurs mobilières, et arrêté grand-ducal du 22 décembre 1972 ayant pour objet le contrôle des fonds d'investissements; circulaire VM/19 et règlements VM/1 et VM/2 du Commissaire au Contrôle des Banques; on peut citer dans ce contexte comme précurseur désuet l'arrêté du 31 mai 1935 sur la spéculation illicite, texte qui punit d'emprisonnement et d'amende ceux qui frauduleusement auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées, des marchandises ou des papiers et effets publics).

⁶ Arrêté grand-ducal du 16 juillet 1938, nouvel article 2 j.

avoir d'égale que la fertile imagination des commerçants pour le déjouer, et de la prohibition, politiquement délicate, des faveurs aux membres de groupements. L'année 1963 vit deux réformes successives, en février et décembre⁷, dans la difficile matière des réductions de prix, la première ayant, dans un espoir sans doute trop libéral, autorisé les réductions de prix progressives et fonctionnelles, la deuxième restreignant au commerce de gros la licéité de ces réductions.

Un vent frais soufflait sur la matière lorsque, lors de l'arrêté grand-ducal du 23 décembre 1974, elle fut dépénalisée en ce sens que dorénavant seule l'inobservation des ordres de cessation en référé encourait les peines d'emprisonnement et d'amende.

D'après l'exposé des motifs, le législateur s'était rendu compte que si, pour les actes nuisibles à l'intérêt public, la sanction pénale pouvait se justifier, elle n'était guère adéquate pour les actes lésant uniquement les intérêts concurrentiels d'autres commerçants.

Mais au-delà, l'exposé des motifs estimait que la cessation immédiate constitue toujours, en matière de concurrence déloyale, la sanction la plus efficace, les sanctions pénales intervenant nécessairement avec un grand retard et se trouvant au demeurant souvent «hors de proportion avec le bénéfice réalisé ou le dommage causé au commerçant lésé».

D'un autre côté cependant, la réforme de 1974 visait, selon les termes de l'exposé des motifs, «à resserrer les mailles du filet» que devait constituer la réglementation de la concurrence: «l'intervention de nouvelles méthodes de vente», y lit-on, «rend nécessaire l'ajoute de règles précises et strictes destinées à protéger le consommateur contre les abus de vendeurs habiles mais peu scrupuleux», ce qui n'excluait pas un certain assouplissement en reconnaissance de «l'importance considérable que la publicité a prise dans la vie commerciale, en raison d'une concurrence accrue».

Aussi introduit-elle une infraction nouvelle, celle de la vente à perte ou «dumping». Avant cette réforme, il avait été généralement admis que la vente à perte ne constituait un acte de concurrence déloyale et ne donnait lieu à répartition que si elle intervenait avec l'intention de nuire.

⁷ Règlements grand-ducaux des 23 février et 23 décembre 1963.

Ce nouvel élément constituait manifestement une règle de police du commerce beaucoup plus que de protection du consommateur, celui-ci devant, à première vue, et sans méconnaître les dangers de la vente «à l'appât», bénéficier du vil prix plutôt qu'en souffrir. Aussi, la protection contre de telles pratiques n'étant recherchée qu'en faveur des détaillants, la prohibition restait elle limitée au commerce de détail.

La réforme de 1974 avait également porté sur la matière mal-aimée des réductions de prix. Sur ce point, le législateur se trouve pris dans un conflit cornélien. A première vue, la réduction de prix profite au consommateur, pourquoi dès lors la réglementer, voire la prohiber?

C'est ce qui explique que cette réglementation se trouve pudiquement incorporée dans le titre «Ventes spéciales et liquidations». Dans la solution actuelle seules sont visées les réductions de prix temporaires; celles-ci ne sont licites que si elles n'indiquent ni leur cause, ni leur durée, ni leur importance par rapport aux anciens prix.

2) Tendances actuelles

L'évolution se poursuit à un rythme pendulaire.

Un projet d'arrêté grand-ducal — ou de loi au cas où il n'y aurait pas de loi habilitante — tend à repénaliser la concurrence déloyale ou du moins les dispositions qu'elle contient en faveur du consommateur.

Certains estiment que la sanction pénale, dont pourtant on semble avoir été d'accord en 1974 à reconnaître le manque d'efficacité sur le plan immédiat, serait la sanction par excellence, d'autant plus efficace que sa simple existence constitue, bien entendu, un élément de dissuasion. Il est un fait que, souvent, l'acte de concurrence déloyale est furtif, passager: parfois, le jour du dépôt de la requête, l'action appartient déjà au passé; même si le Président arrive à en connaître avant la fin de la campagne, son ordonnance enjoint de cesser ce qui a déjà atteint son objectif. Les pouvoirs judiciaires auraient eu, ajoute-t-on, une «attitude réservée, sinon prudente». Loin de se contenter d'une repénalisation partielle, que le précédent Gouvernement semble avoir envisagée, les milieux intéressés et leurs organisations professionnelles revendiquent une repénalisation totale.

Qu'il nous soit permis de dire sur ce point notre opinion personnelle. Faut-il vraiment que le pouvoir judiciaire appareille toutes affaires cessantes entre les tendances conservatrices, d'une part, les forces agressives, d'autre part, du monde commercial? Faut-il vraiment soutenir ceux qui trouvent plus facile d'écrire une simple lettre au Parquet pour le mettre en mouvement, aux frais de la communauté, contre un concurrent gênant, que d'agir à visage découvert et à ses propres frais dans une action qui est pourtant particulièrement rapide et largement ouverte à toutes les personnes et à tous les organismes intéressés? On reproche au pouvoir judiciaire de ne pas donner toujours «satisfaction» — en langage syndical — à ceux qui en appellent à lui, alors qu'en réalité le juge, sans négliger les impératifs de l'heure, refuse de sacrifier pour autant les principes généraux du droit et notamment la règle simple mais fondamentale selon laquelle les dispositions d'exception sont d'interprétation restrictive.

Et puis:

La sanction civile sous forme de dommages-intérêts n'est pas nécessairement inefficace. A titre d'exemple, elle fait journellement ses preuves, redoutables, dans un domaine autrement plus dramatique de nos jours: celui de la rupture abusive du contrat de travail, quoique là aussi, elle intervienne nécessairement après coup.

Outre la repénalisation partielle, la réforme envisagée actuellement comporterait, à part des modifications sur des points de détail, une refonte de certaines dispositions importantes du régime actuel.

Et tout d'abord, il est envisagé de modifier la définition même de la concurrence déloyale. Celle-ci, inchangée depuis 1929, remonte à l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris de 1883 selon laquelle l'acte de concurrence déloyale est «tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle»⁸.

La référence aux «usages» a été interprétée par la jurisprudence en ce sens que ne relèvent de la concurrence déloyale que les faits délictuels ou quasi-délictuels à l'exclusion du domaine contractuel. L'argumentation est renforcée par l'ouverture de l'action de concurrence déloyale à toutes personnes et même aux groupements professionnels, ce qui, aux yeux de la jurisprudence, distingue l'action en concurrence déloyale de l'action fondée sur un contrat:

⁸ Référé 21 avril 1977, Da Cunha / De Pasquale.

cette dernière «appartient privatement aux parties contractantes». Les actions en cessation sur base de la concurrence déloyale furent ainsi déclarées irrecevables dans le domaine de la vente du fonds de commerce où le vendeur avait, d'après le demandeur, manqué à son obligation contractuelle de garantie en continuant à exercer son commerce nonobstant l'interdiction qui lui en était faite au contrat⁹.

Aussi a-t-il été proposé de supprimer la référence aux «usages» et de viser dorénavant les actes contraires «à l'honnêteté en matière commerciale et industrielle» tout en spécifiant que relèvent de la répression de la concurrence déloyale tant la matière contractuelle que la matière délictuelle.

Il est vrai que dans ce domaine, l'action en cessation peut être une sanction pratique, pour les cas évidents, d'arrêter des actes posés en infraction à une obligation encourue par contrat. Mais dans la mesure où ceux qui proposent cette extension demandent également la repénalisation intégrale de la matière, on doit se demander ce que vient faire le Ministère Public dans des litiges qui se situent aussi loin que possible de tout trouble à l'ordre public.

Et faut-il faire entorse à des principes de droit éprouvés pour un intérêt si limité?

Les propositions actuelles tendraient encore à modifier le domaine d'application de la loi dans le domaine des ventes à perte. On sait que la loi sur la concurrence déloyale, dans sa généralité, s'applique à tous les échelons du commerce; il y a cependant exception en ce sens que la vente à perte n'est prohibée par l'article 4 de l'arrêté qu'au niveau détaillant-consommateur.

Or il a été constaté que dans des cas où des produits furent vendus à des prix anormalement bas, le détaillant continuait à faire un très modique bénéfice — je rappelle que la prohibition ne s'applique pas, quelle que soit la modicité du bénéfice, à condition qu'il n'y ait pas perte¹⁰ —, mais que c'était le fabricant ou le grossiste, voulant absolument lancer son produit, qui opérait à perte.

Les textes actuels n'interdisant pas la vente à perte au détaillant¹¹, il est donc proposé d'y remédier.

⁹ Cassation belge, 25 novembre 1943, *Pasicrisie belge*, 1944, I, 70; Référé du 21 avril 1977 cité à la note 8.

¹⁰ Référé 29 décembre 1976, *Z. c/E.*

¹¹ Référé 12 décembre 1978, *F. C. c/W.*

On s'est rendu compte que souvent la législation luxembourgeoise même réformée en ce sens resterait impuissante puisque le grossiste est établi à l'étranger: il a donc été proposé que le Gouvernement oeuvre pour qu'une réglementation identique et uniforme intervienne à l'échelon européen.

En outre, pour répondre aux situations dans lesquelles il n'y a pas précisément vente avec perte, mais vente sans bénéfice, il serait envisagé que la prohibition, selon le modèle belge, s'applique également lorsque la vente «ne procure au vendeur qu'une marge bénéficiaire exceptionnellement réduite», ce qui annonce des difficultés d'interprétation et une incertitude juridique considérable.

Une extension supplémentaire pourrait consister en ce que la concurrence déloyale comprenne dorénavant non seulement les pratiques déloyales effectivement réalisées, mais également la publicité qui est censée y mener, même si elle n'est pas suivie d'opérations commerciales effectives, ou même si — c'est l'hypothèse essentiellement visée — ces opérations commerciales se déroulent au-delà des frontières. Cette extension vise à suppléer à une lacune de la loi révélée par une ordonnance présidentielle¹² qui constatait que la seule publicité accomplie au Luxembourg ne pouvait être constitutive de concurrence déloyale au cas où les actes de vente se situaient à l'étranger.

Pour le surplus, les projets actuels envisagent des précisions supplémentaires en matière de primes, visant notamment les situations où des objets sont remis ou des services rendus sans que cela soit l'accessoire d'une opération principale, une refonte du régime des liquidations, accusant à la fois un assouplissement sur certains points et des restrictions supplémentaires sur d'autres, enfin, une fois de plus, une refonte du régime des réductions de prix. Sur ce dernier point, ce que les intéressés cherchent à obtenir, c'est la suppression de la condition du caractère temporaire des réductions de prix: on a dit qu'il suffirait à un commerçant habile, pour déjouer la prohibition, de présenter sa réduction de prix comme permanente. Il semble que le Gouvernement ne soit pas enclin à suivre une telle suggestion, le caractère temporaire étant d'ailleurs de fait et ne dépendant pas de l'annonce qui précède. Le Gouvernement a raison de se montrer réservé devant une réforme qui risquerait, à l'étonnement général, de décourager ceux qui envisagent des réductions de prix à une époque où le combat contre l'inflation est un objectif économique primordial.

¹² Référé 4 juillet 1977 F. C. c/D.

Voilà pour l'évolution en ce domaine de la concurrence déloyale, caractérisé par une nervosité législative qui, pour notre pays, est tout à fait exceptionnelle.

II. Le droit d'établissement

A première vue, le droit d'établissement ne relève pas du domaine de la concurrence. L'obligation de se faire autoriser à exercer une profession commerciale devrait être affaire de police.

En réalité, en ce domaine encore, la législation s'est dès le début départie de sa neutralité et a été marquée par une politique de protection du commerce établi¹³.

C'est ce qui inspire une discrimination à l'égard des étrangers consistant à limiter la durée de leur autorisation dans le temps, à l'heure actuelle, à deux ans¹⁴. Il est vrai que la discrimination de nationalité a cessé à l'égard des ressortissants du Marché Commun; elle est d'ailleurs mise en échec par des traités de commerce avec un certain nombre d'autres pays¹⁵.

La concurrence est, par contre, directement touchée par le refus d'autorisation introduit progressivement à partir de 1934¹⁶ et toujours «jusqu'à disposition ultérieure» des magasins à rayons multiples, des coopératives de consommateurs, enfin des magasins multiples groupés et des grandes surfaces¹⁷.

Aux yeux du Gouvernement, cette politique constitue une orientation fondamentale qu'il poursuit même, ainsi que nous le verrons plus loin, dans l'application d'autres textes touchant à la concurrence.

¹³ Loi du 2 juin 1962 déterminant les conditions d'accès et d'exercice de certaines professions, modifiée par la loi du 26 août 1975.

¹⁴ Article 21 du texte coordonné.

¹⁵ Article 19 du texte coordonné.

¹⁶ Arrêté grand-ducal du 14 août 1934 soumettant l'exercice de certaines professions à une autorisation gouvernementale.

¹⁷ Article 3 du texte coordonné.

III. Le contrôle des prix

L'après-guerre a été marquée par une poussée interventionniste qui s'est manifestée notamment par l'institution d'un Office des Prix et des mesures générales ou particulières de fixation des prix, régime sous lequel nous vivons encore à l'heure actuelle¹⁸. Le but de cette législation n'est évidemment ni de promouvoir, ni de régulariser la concurrence. Mais l'effet indirect sur la concurrence est indéniable. La fixation de prix maxima, quoique généralement acceptée et jugée indispensable pour combattre l'inflation, n'a pas nécessairement que des effets positifs. Souvent, la crainte de voir l'Office des Prix s'emparer d'un prix inférieur pour en faire un nouveau prix maximum, et la difficulté qui en résulte pour revenir à l'ancien prix même si cette augmentation se justifie, peuvent amener des secteurs entiers de l'économie à n'appliquer des prix inférieurs qu'avec une grande réticence. Faut-il aussi signaler l'abus qui a consisté à utiliser les prix maxima comme des prix imposés déguisés, ou encore la pratique, qu'un récent projet tient à combattre, du démarquage par rapport aux prix de l'Office des Prix.

Et d'aucuns estiment qu'un retour à la liberté des prix enlèverait aux contrats d'approvisionnement exclusif leur base juridique.

Certaines mesures de fixation de prix par voie de règlement ont d'ailleurs une portée de concurrence par-dessus les frontières: il s'agit des arrêtés qui déterminent le prix normal par rapport au prix du pays d'origine¹⁹. Des doutes ayant été élevés quant à la légalité de ces mesures sur le plan européen, on en est resté jusqu'à présent à une réponse de la Commission qui conclut à la compatibilité de ces

¹⁸ Arrêté grand-ducal du 8 novembre 1944, remplacé par la loi du 30 juin 1961.

¹⁹ Arrêté grand-ducal, actuellement aboli, du 8 janvier 1971 concernant le prix des marchandises d'origine belge; arrêté grand-ducal du 15 février 1964 concernant le prix des produits de marque importés.

mesures avec le traité CEE²⁰. Même sur le plan interne, la légalité de telles dispositions peut paraître sujette à caution.²¹

IV. Prix imposés et refus de vente

De nombreux États membres ont adopté des lois interdisant le refus de vente et le refus de vendre. Ces lois ont été adoptées en vertu de la loi de 1977 sur le droit de concurrence, qui a été modifiée en 1978. Le 9 décembre 1977, le Parlement a adopté une directive sur le refus de vente et le refus de vendre.

La directive est destinée à empêcher les États membres de prendre des mesures qui pourraient empêcher les entreprises de vendre ou d'acheter des biens ou des services. Elle ne doit pas être interprétée comme interdisant les mesures qui pourraient empêcher les entreprises de vendre ou d'acheter des biens ou des services.

Il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres. Cependant, il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres. Cependant, il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres.

Il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres. Cependant, il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres. Cependant, il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres.

Il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres. Cependant, il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres. Cependant, il est évident que ces mesures pourraient être prises par les États membres.

²⁰ Question n. 191/77 Van der Mei; réponses des 17 mai et 21 décembre 1977 J.O. 28. 7. 77 n. C 180 et 6. 2. 78, n. C 30/4.

²¹ Argument tiré de ce que le prix normal étant à apprécier par le tribunal, il ne peut être fixé par voie réglementaire.

IV. Prix imposés et refus de vente

De véritables lois anti-trust, c'est-à-dire d'intervention précise du législateur contre des atteintes concertées et organisées à la concurrence en tant que telle, il n'y en a pas eu jusqu'au règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente.

Le titre est significatif et ambigu à la fois. Le règlement prohibe en principe les prix imposés, mais quant au refus de vente et à la discrimination, il ne les interdit que dans la mesure où ils interviennent en tant que conséquence du refus d'appliquer un prix imposé.

Il n'en reste pas moins que pour la première fois, la loi prohibe une entente ou une pratique concertée verticale ayant pour objet le maintien des prix à un minimum de façon à le défendre à l'égard de la concurrence. Pour la première fois, le législateur intervient donc de façon précise afin de protéger et de maintenir la concurrence contre ceux qui voudraient l'éliminer.

Pour que la disposition de prohibition des prix imposés soit efficace, il fallait protéger celui qui refuserait de se prêter au jeu: certes, la prohibition pénale d'ordre public excluait toute action en dommages-intérêts de la part du contrevenant contre celui qui ne se conformerait pas à la fixation de prix. Mais il fallait contrecarrer aussi la sanction plus sournoise qui consistait, de la part du fournisseur, à refuser toute relation commerciale future avec le récalcitrant ou à le frapper de conditions de vente discriminatoires.

Mais dans cette conception, le refus de vente, de même que les conditions discriminatoires de vente ne sont pas punissables en eux-mêmes: ils ne le sont qu'en tant que sanctions d'un refus d'application de prix imposés.

C'est pour cette raison que les milieux intéressés estiment que ces textes seraient restés peu efficaces.

En effet, la sanction exige la preuve que le refus, ou la discrimination, soit intervenu «dans le but de déjouer l'interdiction des prix de vente imposés»: il faut donc rapporter la preuve d'un motif, d'une intention, preuve souvent difficile. Aussi se réclame-t-on, dans les propositions de modification du texte actuel, du modèle français qui condamne le refus de vente en tant que tel, indépendamment de son objectif^{22 23}.

Mais où conduit la prohibition inconditionnelle du refus de vente?

Tout d'abord la charge de la preuve se trouve déplacée: Certes, à l'heure actuelle, c'est le plaignant et le Ministère Public qui se heurtent à la nécessité de prouver que le refus de vente a été déclenché par l'opposition à un prix imposé. Mais dans un système de prohibition absolue du refus de vente et de conditions discriminatoires, ce serait au fournisseur, dont l'attitude a pu être inspirée par des considérations commerciales parfaitement légitimes, et par des différences quantitatives et structurelles objectives dans ses relations avec ses acheteurs, à se justifier au regard des «usages commerciaux» ce qui l'obligera souvent à étaler au grand jour sa politique commerciale et les conditions de son application.

Ensuite, une prohibition totale du refus de vente risque de mettre en cause globalement les contrats d'exclusivité dont la sanction judiciaire est déjà menacée par leur interprétation, selon une certaine jurisprudence, comme une succession de ventes, et par l'exigence qu'il y ait accord sur le prix pendant toute leur durée. Il n'est pas certain que nous voulions en venir aux difficultés qu'éprouve la jurisprudence française à se justifier pour ne pas annuler purement et simplement toutes les conventions d'exclusivité.

²² Article 37 de l'ordonnance no 45/1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

²³ N'est-ce pas oublier cependant que l'objet de ce corps de législation français n'était absolument pas de régler des ententes et de faire oeuvre anti-trust, mais d'intervenir dans le cadre du contrôle des prix (Plaisant, *World Law of Competition, France*) par. 2.02 (3) sub a) — Fra. 2-7).

V. Ententes et concentrations

1) Historique

En matière anti-trust proprement dite, le législateur luxembourgeois a été, jusqu'à présent, d'une grande prudence et d'une sage lenteur.

Faut-il rappeler que dans son avis du 17 février 1966 sur le projet de loi concernant les pratiques commerciales restrictives, la Chambre de Commerce, qui avait recommandé de s'en tenir en cette matière aux seules obligations du traité de Rome, rappelait «l'effet salubre et bienfaisant que les ententes ont traditionnellement exercé sur notre production nationale»²⁴.

Le Conseil Économique et Social concilia tout le monde en disant que, si le Luxembourg devait tenir ses engagements pris sur le plan international²⁵, le domaine d'application de la loi devait de toute manière être singulièrement réduit²⁶: exclusion du charbon-acier (régé par le traité CECA), de tout ce qui touche au commerce entre États-membres de la Communauté (régé par le traité de Rome), de tout

²⁴ «Il y a trois-quarts de siècle», disait-elle, le «Comptoir Lorrain-Luxembourgeois de la Fonte préservait nos hauts fourneaux de l'écrasement par le dynamisme monopolistique de la Ruhr». Depuis lors, selon elle, «le pays parvint toujours à tirer de sa situation géographique et politique pour s'imposer comme centre et comme siège d'ententes européennes dont la plus vaste, celle de l'acier, la fameuse EIA, jouait au profit de tout le continent un incontestable et incontesté rôle modérateur de crises». Et elle rappelait les dimensions du pays pour conclure qu'«aucune raison grave ne forçait le législateur à intervenir dans cette matière particulièrement délicate à un moment où notre industrie devait s'efforcer tant soit peu d'atteindre des dimensions européennes». (Session ordinaire 1966-67, projet de loi, page 20).

²⁵ Voir l'exposé des motifs qui rappelle l'obligation, souscrite dans le cadre de la Charte de la Havane, de s'opposer aux pratiques monopolistiques restrictives de la concurrence.

²⁶ Rapport du Conseil Économique et Social, page 2.

ce qui se fait à l'étranger (la loi étant d'application territoriale). Le loi n'allait donc avoir qu'un caractère très résiduaire, conception que partageait la Commission de l'économie nationale et des classes moyennes de la Chambre des Députés²⁷.

Ainsi naquit, dans une rassurante résignation, la loi du 17 juin 1970.

2) Mécanismes, compétences, voies de recours, sanctions

Dans son inspiration et dans sa terminologie elle s'apparente évidemment aux articles 85 et 86 du traité C.E.E. qu'elle est censée compléter sur le plan interne. Elle est cependant fondamentalement différente dans sa méthode d'application: alors que l'article 85 C.E.E. sanctionne de nullité les pratiques interdites, notre loi requiert une décision préalable expresse du Ministre de l'Économie. Tandis que l'article 85 est d'application directe, la loi du 17 juin 1970 ne produit ses sanctions qu'à la suite d'une procédure administrative.

Le Ministre, s'il ne classe pas le dossier, prononce des avertissements ou recommandations ou encore interdit les pratiques contraires à la loi. Ces deux types de décisions possibles sont distincts non seulement par leur portée — seules les interdictions donnant lieu, en cas d'infraction, à des sanctions pénales — mais également quant aux voies de recours. Ainsi que l'a confirmé le Comité du Contentieux, les avertissements et recommandations n'ouvrent pas de recours au Conseil d'État, seules les interdictions donnant lieu à un recours en juridiction directe²⁸.

La terminologie de la loi est d'ailleurs d'une redoutable imprécision. Alors que l'inventaire des mesures à prendre par le Ministre selon l'article 7 comprend le classement, l'avertissement ou la recommandation — ces deux dernières notions étant semble-t-il juridiquement identiques et se distinguant tout au plus par leur ton, auquel cas elles auraient été avantageusement citées en sens inverse — et l'interdiction, une notion supplémentaire, celle de l'injonction, apparaît à l'article 7. Ce texte, qui prévoit l'ouverture de sanctions pénales, vise en effet l'infraction «à une décision d'interdiction ou d'injonc-

²⁷ Rapport de la commission de l'économie nationale et des classes moyennes, page 4.

²⁸ Conseil d'Etat, Comité du Contentieux, 2 décembre 1976, B.C. c/ Ministre de l'Économie Nationale en présence de C.E.

tion». Or, dans une espèce toisée par le Comité du Contentieux, une injonction fut qualifiée d'avertissement ou de recommandation et donc comme ne constituant pas une interdiction ouvrant droit au recours et aux sanctions pénales de sorte que le recours en réformation fut jugé irrecevable²⁹.

D'ailleurs, si la sanction pénale n'est ouverte sous la loi du 17 juin 1970 qu'à la suite de l'infraction à une interdiction préalable par le Ministre, les faits faisant l'objet de la poursuite administrative pourraient cependant être réprimés pénalement sous d'autres dispositions, notamment sous l'arrêté grand-ducal du 31 mai 1935, le règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 portant réglementation des prix imposés et du refus de vente et encore la loi du 30 juin 1961 instituant un Office des Prix.

Le texte est encore ambigu en ce qu'il semblerait ne permettre l'interdiction qu'à la suite d'un avertissement préalable, argument dont les intéressés n'ont pas manqué de faire état, mais que le Ministre a rejeté³⁰, les travaux préparatoires étant d'ailleurs dans ce dernier sens³¹.

La décision du Ministre est précédée obligatoirement de l'instruction par une commission à caractère consultatif dite des pratiques commerciales restrictives. Cette commission procède à l'instruction, recueille les observations des parties intéressées, les entend si elles le demandent, et soumet son avis au Ministre.

L'article 10 de la loi impose le secret des délibérations et des informations aux membres de la commission et aux fonctionnaires qui sont intervenus dans l'instruction. La commission étend ce secret à ses avis. En effet, comme ces avis ne lient pas le Ministre, leur publication prématurée pourrait gêner sa décision. De plus, une publicité hâtive pourrait empêcher les entreprises mises en prévention de faire état de certains éléments indispensables à leur défense. N'a-t-on pas parfois reproché à la Commission des Communautés Européennes la publicité, jugée intempestive, donnée aux stades préparatoires de son instruction³².

²⁹ Voir décision citée à la note 28.

³⁰ Décision du 1^{er} mars 1974.

³¹ Projet de loi, commentaire de l'article 7, page 13; rapport de la Commission de l'économie nationale et des classes moyennes, commentaire de l'article 7, page 10.

³² The Procedure of the European Commission in Investigations under Articles 85 and 86, ICC, Doc. No 225/206, p. 2; Van Bael, EEC Antitrust Enforcement and Adjudications as seen by defense counsel.

Par contre, aucune obligation au secret n'étant imposée quant aux décisions ministérielles elles-mêmes, nous regrettons le mystère qui les entoure.

Certes, les recommandations ne sont pas des sanctions, et s'il est vrai que l'instance de recours devant le Conseil d'Etat est nécessairement publique, ce recours, du moins en pleine juridiction, n'est donné qu'en ce qui concerne les interdictions.

Certes encore, le principe de la publicité des décisions, si fondamental en matière judiciaire, ne s'applique pas en droit administratif.

Mais ne sommes-nous pas, nonobstant la composition administrative de la Commission et la compétence gouvernementale, à la limite du judiciaire?

Surtout le secret des décisions est préjudiciable sur le plan de l'information et de l'éducation. Comment les candidats à l'infraction peuvent-ils, devant des textes très généraux qui règlent une matière dépourvue, chez nous, de toute tradition, orienter leur conduite? Entre une publicité — telle qu'elle est prévue en matière de concurrence déloyale³³ —, et une disponibilité à titre d'information aux milieux intéressés, il y a une différence qui pourrait sans difficultés être respectée. Les décisions judiciaires, elles aussi, tout en étant publiques, ne font qu'exceptionnellement l'objet de publicité. Quoi qu'il en soit, celui qui veut étudier la première décennie de l'application de la loi en est réduit à trouver chez ceux qui en ont fait les frais les informations indispensables à son travail.

3) Domaine d'application

Quant au domaine d'application de la loi, nous avons déjà mentionné ses limites sur les plans territorial et *ratione materiae*.

Quant au domaine d'application *ratione personae*, retenons que le sujet de la loi, c'est l'entreprise qu'elle soit privée ou publique. L'exception prévue à l'article 2.1 quant aux accords et pratiques qui

³³ Rappelons aussi la publicité-dissuasion prévue pour les décisions du Ministre des Finances en matière d'offre publique de valeurs mobilières (arrêté grand-ducal du 19 juin 1965, art. 17, dernier al.).

résulteraient de l'application d'un texte législatif ou réglementaire³⁴ ne doit pas faire conclure que la loi ne s'appliquerait pas aux opérations commerciales de l'État, des municipalités et généralement du secteur public^{35, 36}

Rappelons aussi que la loi s'applique à toutes entreprises étrangères ou luxembourgeoises sous la condition que les pratiques affectent le marché luxembourgeois³⁷.

Ratione materiae:

La loi s'applique aux services comme aux biens. Le contraire avait été soutenu en matière d'assurance sur base de l'argument de texte tiré de l'article 2.2) de la loi qui vise, dans les exceptions, les accords qui «contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits». Le Ministre de l'Économie Nationale³⁸ a pu se prévaloir des travaux préparatoires qui, quant au domaine d'application de la loi, parlent de «tous les secteurs de l'économie»³⁹ et encore, par analogie, du domaine d'application de l'article 85 C.E.E..

D'après une autre décision ministérielle, le fait que les produits ou services soient couverts par des brevets ou marques n'exclut pas l'application de la loi⁴⁰

Enfin, la loi s'applique également aux secteurs de l'économie qui sont gouvernés par une législation spéciale de contrôle et de surveillance. Le contraire avait été soutenu en matière d'assurance et en matière de banque, l'argument ayant été rejeté à deux reprises par

³⁴ exception d'ailleurs difficile à situer puisque la condition d'une infraction étant l'atteinte à l'intérêt général, elle semble impliquer qu'un texte législatif ou réglementaire puisse produire un résultat ainsi contraire à l'intérêt général.

³⁵ Avis du Conseil Économique et Social, page 4.

³⁶ Les professions libérales ne semblent pas y échapper (rappelons qu'en Angleterre la Royal Commission for Legal Services s'occupe du conveyance monopoly et qu'aux États-Unis la publicité des tarifs de divorce a été légalisée au nom de la concurrence; voir aussi ci-après quant aux services note 38).

³⁷ La disposition de l'article 8, qui attribue compétence au Procureur d'État de l'arrondissement où se trouve le siège de l'entreprise, ne doit évidemment pas faire conclure au contraire.

³⁸ Décision du 1^{er} mars 1974: La question ayant été soumise par voie de recours au Conseil d'État, elle ne reçut pas de réponse en raison du désistement des parties appelantes.

³⁹ Avis du Conseil Économique et Social, page 4; avis de la Commission de l'Économie Nationale et des Classes Moyennes, sub B b) page 2.

⁴⁰ Décision ministérielle du 18 mai 1976.

le Ministre⁴¹. Le Conseil d'État ne put trancher, dans le premier cas à la suite du désistement, dans le deuxième en raison de l'irrecevabilité⁴². Il est intéressant de rapprocher de ces décisions la réponse donnée le 31 juillet 1979 par la Commission C.E.E.⁴³ confirmant la licéité des accords interbancaires portant sur les taux d'intérêt en Belgique. Ces accords, dit la Commission, «dès lors qu'ils ont été établis à l'initiative des autorités publiques et approuvés par celles-ci, doivent pouvoir être considérés comme des instruments de la politique monétaire des États Membres».

4) Dispositions de fond

Les dispositions matérielles de la loi portent sur les pratiques concertées et l'abus de position dominante. Nous ne les examinerons que dans la mesure où elles ont donné lieu à interprétation ou à application.

a) Pratiques concertées :

Quant à la forme des pratiques, la loi vise, par voie décroissante de formalisation, des «accords», des «décisions d'associations d'entreprises» et, généralement, «toutes pratiques concertées»⁴⁴.

La question de la forme des pratiques est étroitement liée à celle de la preuve.

A plusieurs reprises dans ses décisions, le Ministre a pu retenir l'existence de pratiques commerciales restrictives en l'absence d'accords formels et exprès, déduisant ainsi l'existence du «concert» de la seule constatation d'une pratique uniforme. Allant plus loin, ces décisions ministérielles affirment que la constatation de l'uniformité d'une pratique permet de «présumer» l'existence d'un accord⁴⁵. Dans le cas d'une première décision, la présomption se dégageait de la pratique plus ou moins générale des entreprises d'un certain secteur de greffer sur des conventions d'exclusivité de leur produit principal des engagements d'approvisionnement exclusif en un produit secondaire, tandis que dans la deuxième, l'existence d'un accord était

⁴¹ Décisions des 1^{er} mars 1974 et 19 mai 1976.

⁴² Conseil d'État, Comité du Contentieux, 2 décembre 1976, no 6654.

⁴³ J. O. C. 213 du 28 août 1979.

⁴⁴ Exposé des motifs, pages 10 et 11.

⁴⁵ Décisions des 23 décembre 1971 et 1^{er} mars 1974.

déduite de la pratique, prétendument généralisée, de tarifs uniformes par les entreprises d'un même secteur⁴⁶.

On conclut ainsi de l'existence d'une pluralité de conventions verticales à celle, non autrement prouvée, d'une entente horizontale qui en serait le point de départ.

Quant à la finalité des accords, le concert doit avoir «pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence...». L'intention d'atteinte à la concurrence est donc requise, mais à elle seule elle n'est pas frappée des sanctions de la loi si l'effet ne s'est pas produit.

Quant au **contenu** des accords⁴⁷, les décisions intervenues jusqu'à présent de la part du Ministre, soit en recommandation, soit en interdiction, ont, à notre connaissance, porté sur:

- les ventes dites liées dans les contrats d'approvisionnement exclusif (décision du 23 décembre 1971 précitée),
- la fixation concertée de prix de services (décision précitée du 1^{er} mars 1974 en matière de tarifs),
- le comportement discriminatoire (décision du 18 mai 1976 portant sur les conditions d'admission à un système de services),
- l'accord jugé discriminatoire entre un fournisseur et un détaillant aboutissant à un prix de détail particulièrement bas (décision du 15 janvier 1980).

La prohibition ne s'applique que s'il y a atteinte à l'**intérêt général**:

⁴⁶ Le Ministre invoque notamment l'arrêté de la Cour de Justice du 14 juillet 1972 I.C.I.

⁴⁷ L'exposé des motifs (page 10) cite les accords qui consistent à

- fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

La loi ne définit pas l'intérêt général et il faut reconnaître que c'eût été une tâche difficile.

L'exposé des motifs a cependant fait une tentative louable de différencier l'intérêt général non seulement de l'intérêt individuel, auquel il peut être opposé, mais encore de l'intérêt de groupe ou même de l'intérêt collectif qui «souvent n'est qu'une addition d'intérêts individuels».

Ainsi compris, l'intérêt général, d'après l'exposé des motifs «participe dans une large mesure à l'ordre public, est inhérent à la politique économique tout court et se place résolument en tête de la hiérarchie des valeurs sur le plan économique»⁴⁸. Le Conseil Economique et Social, dans son analyse de l'intérêt général, constate que «la notion d'atteinte à l'intérêt général semble suffisamment souple pour englober l'intérêt économique d'entreprises amenées à se rapprocher compte tenu des données du marché et du progrès économique, mais eu égard également à l'intérêt des consommateurs et des utilisateurs».

Le Ministre de l'Économie Nationale en fait une application dans sa décision de 1971 à propos des ventes liées de boissons en notant que sa décision a tenu compte des différentes composantes de l'intérêt général: «producteurs, distributeurs, cabaretiers, tous considérés dans leurs intérêts individuels et collectifs, producteurs concurrents, consommateurs et l'économie nationale dans son cadre général».

L'article 2.2 prévoit une exception en faveur des ententes dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'ils contribuent à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en respectant les intérêts des utilisateurs. Ces exceptions sont, à première vue, surprenantes puisque l'article 1 ne prohibe que ce qui est de nature à porter atteinte à l'intérêt général et qu'on conçoit mal les situations dans lesquelles, nonobstant l'atteinte à l'intérêt général, les auteurs soient en mesure de justifier des conditions prévues à l'article 2.2). Il en résulte d'ailleurs un grave danger de méprise quant à la charge de la preuve: la combinaison des articles 1.1) et 2.2) peut donner l'impression, eu égard surtout aux termes «qui sont **de nature** à porter atteinte à l'intérêt général» de l'article 1.1) et «dont les auteurs sont en mesure de justifier» de l'article 2.2), que la justification est à charge de ceux qui sont pour-

⁴⁸ Exposé des motifs, III, 2, pages 8 et 9.

suivis. Pour donner un sens à la disposition d'exception de l'article 2) 2, il faut sans doute y voir une définition négative de l'intérêt général: sont compatibles avec l'intérêt général les accords qui «contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en respectant les intérêts des utilisateurs».

Qu'il nous soit permis de mettre à l'épreuve les critères d'infraction que nous venons de dégager — forme, finalité, contenu et surtout contrariété à l'intérêt général — à propos de la décision ministérielle précitée du 15 janvier 1980 qui nous paraît contraire aux principes qui se dégagent tant des textes que des travaux préparatoires.

Voilà une poursuite engagée contre un magasin de grande surface pour avoir vendu un produit à un prix qui, littéralement, défie toute concurrence. Des tentatives de la part des groupements d'intérêt des classes moyennes d'en venir à bout par la procédure de référé en concurrence déloyale sur le fondement d'une vente à perte n'ont pas réussi, car le commerçant, contraint et forcé par une première ordonnance, a démontré qu'il a réalisé sur l'opération un très léger bénéfice, le produit lui étant vendu à prix très bas et en quantités énormes⁴⁹. Finalement plainte est déposée auprès du Ministre de l'Économie Nationale.

Après instruction, la Commission et le Ministre considèrent qu'un accord entre un fournisseur et un détaillant portant sur la quantité de la fourniture et le prix, en dehors de toute exclusivité et sans aucune entente sur le prix de revente, constitue une pratique concertée verticale.

Or, l'entente verticale n'existe pas par le simple fait, qui est invariablement donné, de la succession de deux opérations commerciales, fournisseur-détaillant, détaillant-consommateur, mais suppose nécessairement un lien entre ces deux opérations, soit que le fournisseur s'intéresse, d'une manière ou d'une autre, à la deuxième opération à laquelle il n'est pas partie, soit que l'opération s'insère dans un contexte d'exclusivité. Encore moins peut-on voir une entente dans le consentement élémentaire entre fournisseur-vendeur et détaillant-acheteur sur la chose et le prix.

⁴⁹ Référé 12. 12. 1978, F. C. c/W.

D'autre part, la décision retient que le seul rabais de quantité au détaillant, en l'absence de tout refus de vente à ses concurrents, constitue une discrimination prohibée.

Or, en son état actuel, notre législation ne connaît pas l'interdiction générale du refus de vente et de la discrimination de prix⁵⁰. Le reproche d'application par le fournisseur d'un prix particulièrement bas pour une fourniture déterminée de promotion en très grandes quantités manque donc, à notre avis, de base légale.

La décision, qui aboutit à un avertissement pour le passé et à une recommandation pour l'avenir, est surtout spectaculaire par sa conception de l'intérêt général.

En termes non équivoques, la Commission et le Ministre orientent leur appréciation de l'intérêt général d'après les tendances de la politique économique telle qu'elle se trouve reflétée dans d'autres secteurs de la législation. L'intérêt du commerce traditionnel est ainsi devenu l'intérêt général tout court. La décision invoque le droit d'établissement qui permet le blocage de nouvelles autorisations aux grandes surfaces, et la politique gouvernementale de stimulation qui leur refuse le bienfait de la loi-cadre des classes moyennes.

Cette orientation n'est pas entièrement nouvelle. Déjà lors des travaux préparatoires, la Commission de l'économie nationale et des classes moyennes de la Chambre des députés, dans son rapport, avait souligné que la notion de l'intérêt général est «une notion politique et non juridique, purement subjective qui a varié et variera encore au cours des temps».

Et elle avait cité un ouvrage intitulé «Les groupes de pression en France» d'après lequel la définition de l'intérêt général exige «une interprétation des rapports sociaux et des besoins de l'heure». Mais de là à conclure qu'à toute heure, l'intérêt général est celui de la catégorie sociale que le gouvernement du moment entend protéger et favoriser, il y a un pas.

Concrètement, en termes clairs, n'arrive-t-on pas à dire que, puisque la politique du gouvernement est de freiner le développement des grandes surfaces et à protéger ce qui reste du commerce traditionnel, il sera dorénavant interdit aux grandes surfaces existantes d'utiliser leur capacité d'achat plus grande pour appliquer aux consommateurs des prix plus bas? Le plus étonnant est qu'on arrive à

⁵⁰ Voir chapitre IV

ce résultat par l'application d'une loi qui a pour objet de sauvegarder la concurrence.

b) Abus de position dominante:

Dans la seule application qu'à notre connaissance le Ministre ait faite en ce domaine, une recommandation fut émise⁵¹ au regard d'un monopole dont «peuvent ... naître ... des abus», l'exploitation de la position dominante étant «de nature» à porter atteinte à la concurrence et à l'intérêt général.

Or — est-ce un hasard de rédaction ou est-ce réellement voulu — les pratiques concertées, elles, tombent sous le coup de la loi lorsqu'elles sont de nature à porter atteinte à l'intérêt général» alors que les positions dominantes ne sont visées que si elles «portent atteinte à l'intérêt général».

⁵¹ Décision du 12 février 1975.

VI. Protection du consommateur

On ne peut achever ce tour d'horizon sans parler d'une réforme qui se profile à l'horizon et qui, selon la mesure dans laquelle elle se réalisera, risque de bouleverser certaines de nos traditions juridiques: le projet d'une législation générale de protection du consommateur⁵².

L'avant-projet en gestation s'inspire d'initiatives du Conseil de l'Europe et se meut en parallèle avec le programme préliminaire de la Communauté pour une politique de protection et d'information des consommateurs devant déboucher sur une directive. Il se prévaut de précédents allemands et autrichiens. Un projet belge de réforme sur la concurrence déloyale va dans la même direction.

Les dispositions de l'avant-projet sont multiples et ponctuelles, mais très incisives.

Nous ne pouvons en reprendre ici que les plus spectaculaires:

- généralisation de la lésion pour disproportion abusive des prestations respectives,
- procédure spéciale en matière d'interruption de fournitures d'eau, de gaz et d'électricité,
- exigence de l'acceptation spéciale des clauses de limitation de responsabilité et d'attribution de compétence,
- pouvoir du juge de modérer les clauses pénales,
- présomption de connaissance du vice de la chose vendue dans le chef du fabricant ou vendeur professionnel,

⁵² Il existe, bien entendu, d'ores et déjà de nombreuses dispositions protectrices du consommateur: loi du 19 mai 1961 sur la vente à tempérament; règlement grand-ducal du 14 octobre 1963 sur le crédit à la consommation. On peut aussi mentionner pour mémoire la législation sur l'affichage des prix (arrêts des 16 juillet 1938, 9 septembre 1939 et 6 octobre 1939) et les dispositions spéciales en matière de vente de produits pharmaceutiques (loi du 23 mai 1958; arrêtés des 28 juillet 1962, 10 juillet 1963 et 3 mai 1966).

- réglementation et prescription d'un an de l'action pour vices cachés,
- réglementation des majorations d'intérêts et de l'usure,
- introduction de la notion d'«équilibre équitable» dans les contrats de fourniture de biens de consommation, et d'une liste de clauses qui, d'autorité qualifiées d'«abusives», sont réputées nulles et non écrites,
- institution d'un conseil de la consommation, investi d'un pouvoir de recommandation,
- procédure civile de constatation erga omnes du caractère abusif et donc de la nullité d'une clause de contrat,
- élaboration et déclaration d'obligation générale de contrats-types,
- réglementation des contrats par correspondance,
- nullité des lettres de change et billets à ordre souscrits par des non-commerçants,
- réglementation des obligations du réparateur,
- portée contractuelle de la publicité,
- et last not least, dans le cadre de la loi, mise à charge du perdant des honoraires d'avocat encourus par le gagnant.

Voilà assurément des projets d'une inspiration généreuse. On souscrit volontiers à ceux d'entre eux qui tempèrent des rigueurs excessives.

Mais on doit s'inquiéter de l'insécurité juridique que certaines de ces réformes vont produire et de la multiplication de procès qui s'en suivra. Surtout, la création d'un «conseil» de plus, l'embrigadement par des espèces de contrats collectifs de la consommation et la perspective de décisions judiciaires à caractère réglementaire soulèvent nos très nettes réserves.

Conclusion

Les tendances que nous avons dégagées s'articulent autour de deux pôles :

- protection du consommateur,
- protection du commerçant,

l'un et l'autre protégés au titre de l'intérêt général tant contre l'excès de concurrence — la concurrence déloyale — que contre son insuffisance — résultat des pratiques restrictives et des monopoles.

Mais au-delà, le législateur intervient dans la concurrence pour la poursuite d'objectifs économiques généraux. En effet, dans une économie de marché, la concurrence reste le mécanisme indispensable que peuvent enrayer tantôt ses excès, tantôt sa trop grande faiblesse.

Enfin, l'orientation politique des gouvernants les amène à mettre la réglementation de la concurrence au service d'objectifs sociaux.

L'ensemble des moyens par lesquels le législateur intervient à ces trois titres nous paraît devoir être compris, qu'elle qu'en soit par ailleurs la disparité, dans ce que nous avons désigné comme le droit de la concurrence.

Réunion de l'Institut GRAND-DUCAL du 15 octobre 1979

Conclusion

Les conclusions que nous avons tirées de nos recherches sont les suivantes :

1. Les entreprises ont tendance à

2. Les entreprises ont tendance à

3. Les entreprises ont tendance à

4. Les entreprises ont tendance à

5. Les entreprises ont tendance à

6. Les entreprises ont tendance à

7. Les entreprises ont tendance à

Observations présentées par M. Armand Simon

M. Armand SIMON fournit une série d'observations dans le but de compléter et de nuancer les développements de M. André ELVINGER, auxquels il se rallie dans les grandes lignes.

Le règlement grand-ducal du 23 décembre 1974 a dépénalisé les actes de concurrence déloyale et a introduit la procédure appliquée par la juridiction des référés.

Si des dispositions exceptionnelles doivent être interprétées restrictivement en principe, il s'est avéré en revanche que la réglementation existante présente des lacunes et que le système de sanctions ne donne lieu ni à la prévention ni à la réparation souhaitables. Un projet modificatif de la réglementation actuelle est pendant pour opérer certaines corrections (ventes à perte, liquidations spéciales, repénalisation de certains manquements).

Il importe en effet de tenir compte de l'expérience et de garantir un cadre de concurrence propre à éliminer des perturbations et des abus.

La loi du 2 juin 1962 sur le droit d'établissement, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 26 août 1975, encadre certaines formes de commerce. Il ne faut pas y dépitster un souci exclusif de protectionnisme.

D'un côté, en effet, la jurisprudence du Conseil d'État et les comportements commerciaux ont facilité une évolution somme toute favorable aux grandes surfaces.

La structure de la distribution luxembourgeoise a ses particularités.

Certains arrêts du Conseil d'État ont par ailleurs introduit des nuances nouvelles et ont admis l'utilité d'examen concrets quant aux atteintes possibles à l'équilibre global ou régional de la distribution, critère repris de la loi ROYER, loi française de 1970.

Une enquête a été faite pour cerner mieux le développement des grandes surfaces, ce qui devrait permettre de prendre le moment voulu une initiative concertée en la matière, qui concilie les divers intérêts en cause.

Pour ce qui est de la législation sur l'Office des Prix, il est bon de rappeler que les différents pays du Marché Commun se sont dotés d'instruments de surveillance et de correction. L'aspect de légalité est en l'occurrence moins important que la contrainte économique.

La lutte contre l'inflation demande des mesures actives contre les abus de prix.

Il convient d'ailleurs d'avoir à l'esprit que la panoplie de mesures nationales est singulièrement limitée, compte tenu de la dimension de notre économie. 70% de l'inflation sont importés chez nous, une action résiduelle étant possible par rapport à 30% des produits et des services fabriqués et prestés au Grand-Duché.

Dans le domaine de la concurrence proprement dite, il est indiqué de citer le règlement grand-ducal du 9 décembre 1965 concernant les prix imposés et le refus de vente. La réglementation en cause vise les liaisons verticales et est restée pratiquement lettre morte.

La loi du 17 juin 1970 concernant les pratiques commerciales restrictives concrétise une approche horizontale.

Quelques brèves remarques sont indiquées à cet égard. L'exposé des motifs de la loi et les avis consultatifs pris à l'époque — dont celui de base du Conseil Économique et Social — dégagent clairement l'origine de la législation, la philosophie retenue et les limitations imposées par rapport au champ d'action national.

Si la loi n'est pas appliquée à de nombreuses reprises, il est acquis en revanche que des domaines économiques essentiels ont déjà été couverts : soft drinks, assurances, banques, grandes surfaces, comportements monopolistiques. Les procédures, comportant des auditions et des analyses par branche, n'ont pas encore abouti à de véritables décisions d'interdiction. C'est plutôt l'article 7, no 2 de la loi, permettant d'adresser aux parties intéressées des avertissements et des recommandations, qui a servi jusqu'ici de base d'action.

Une équivoque a pu naître par rapport aux notions d'avertissement, de recommandation, d'interdiction et d'injonction.

L'exposé des motifs s'explique cependant largement sur les notions visées par la loi et les étapes de la procédure qui est engagée.

Le Conseil d'État a déjà déclaré irrecevable un recours exercé contre une décision intervenue sur la base prérapplée de l'article 7, no 2, encore qu'une injonction d'adopter un comportement déterminé fût jointe à une recommandation.

L'intérêt général, auquel il peut être porté atteinte, est une notion générale aux facettes multiples. L'exposé des motifs — doc. parl. no 1236, pages 8.19 — y consacre des développements significatifs.

Ce qu'on peut en retenir aujourd'hui, c'est que l'intérêt du consommateur est dûment pris en compte. Ce n'est cependant pas le seul élément qui entre en ligne de compte, d'autres critères étant également sujets à appréciation dans ce contexte.

Quant au projet de loi sur la protection juridique du consommateur, des avis nouveaux ont été élaborés, notamment par la Chambre de Commerce. Ledit projet, eu égard aux innovations profondes qu'il comporte, est sans doute à revoir avant de passer à la Chambre des Députés, ceci dans un sens d'équilibre et de sagesse.

Paroles terminales du Président

Au lieu de tirer les conclusions de cette séance de travail si instructive je voudrais apporter à ce débat quelques réflexions personnelles.

- 1) Il y a lieu de maintenir l'équilibre entre la protection des consommateurs contre les abus d'une situation insuffisamment concurrentielle et la protection des agents économiques contre une concurrence déloyale. Tant qu'il y a concordance de ces objectifs la politique de la concurrence est sur la bonne voie.
- 2) Le sujet n'a pas seulement un aspect juridique; il mérite aussi d'être examiné sous l'angle économique et social. Le consommateur est intéressé non seulement à des prix bas et à une offre diversifiée. Les facilités d'approvisionnement l'intéressent aussi. Il faut constater que les structures de distribution sont en voie de s'appauvrir dangereusement dans les régions rurales du pays.
- 3) Il faut considérer la situation sous un angle non pas statique, mais dynamique. Une concurrence excessive peut aboutir à un anéantissement de la concurrence. En effet, la concentration résultant de l'élimination des concurrents les plus faibles peut conduire à des situations oligopolistiques, puis monopolistiques, ce qui signifiera la fin de l'économie de marché.