

N° 6592<sup>4</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session extraordinaire 2013-2014

**PROJET DE LOI****relatif aux règles spécifiques s'appliquant aux accords  
verticaux de distribution dans le secteur automobile**

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

(14.2.2014)

Par lettre du 28 juin 2013 parvenue au greffe du Conseil de la concurrence en date du 4 juillet 2013, Madame la ministre des Classes moyennes et du Tourisme a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence (ci-après: „le Conseil“) sur le projet de loi n° 6592 relatif aux règles spécifiques s'appliquant aux accords de distribution dans le secteur automobile, projet déposé à la Chambre des députés en date du 18 juillet 2013 (ci-après: „le projet de loi“).

Le projet de loi, accompagné d'un exposé des motifs très bref, vise à protéger les distributeurs automobiles luxembourgeois face aux constructeurs automobiles par l'introduction de mesures ouvertement protectionnistes destinées à faire échec à des clauses contractuelles défavorables pour les concessionnaires dans les contrats de distribution qui les lient avec les constructeurs<sup>1</sup>. La protection s'exprime principalement par une garantie pour les vendeurs automobiles contre la rupture intempestive des relations commerciales par les grandes marques automobiles. Ainsi, à l'avenir, les contrats de distribution devraient obligatoirement être conclus pour une durée de cinq ans minimum ou alors, en cas de durée indéterminée, contenir un délai de résiliation d'au moins deux années (articles 4 et 5 du projet de loi). La résiliation, qui devrait être écrite, devrait s'accompagner d'une indication de raisons objectives et transparentes de la résiliation par le constructeur (article 6 du projet de loi) ainsi que du rachat du stock de voitures (article 7 du projet de loi) et du remboursement des investissements consentis (article 8 du projet de loi), lorsque le distributeur en ferait la demande. Enfin, l'article 10, dernier article du projet de loi, garantirait le recours à un expert-médiateur en cas de litiges relatifs à l'exécution du contrat.

Même si la saisine ne le précise pas explicitement, cette demande doit être considérée comme se basant sur l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après: „la loi“), lequel article est libellé comme suit:

**„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.*

<sup>1</sup> „(...) La perte des mesures protectionnistes (...) risqueront d'être particulièrement négatives pour les distributeurs luxembourgeois“ (exposé des motifs du projet de loi n° 6592).

*Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements.*"

A la lecture du projet de loi, il n'apparaît pas clairement que le régime qu'il entend faire appliquer aux relations entre constructeurs et distributeurs automobiles ait un effet restrictif sur l'exercice des professions citées ou sur l'accès au marché. On ne peut pas davantage prétendre que le projet de loi soit en lui-même de nature à établir des droits territoriaux exclusifs. Si les contrats entre constructeurs et concessionnaires mettent en oeuvre la distribution exclusive et/ou sélective, ce n'est certes pas en vertu du projet de loi, mais en vertu de contrats librement négociés entre commerçants dans le cadre des règles de concurrence en vigueur, notamment le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>2</sup> (ci-après: „le règlement 330/2010“). Enfin, la troisième condition de consultation obligatoire du Conseil, énoncée au point 2 de l'alinéa 2 de l'article 29 de la loi, n'est pas non plus remplie, car le projet de loi n'affecte pas les pratiques en matière de prix ou de conditions de vente.

Le présent avis doit néanmoins se pencher sur le présent projet pour analyser si, oui ou non, le projet de loi soulève une question concernant la concurrence au sens du premier alinéa de l'article 29 de la loi. En effet, les dispositions protectrices pour les distributeurs automobiles que le projet de loi fait renaître sur le plan national sont pour la plupart directement issues du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile<sup>3</sup> (ci-après: „le règlement 1400/2002“), aujourd'hui abrogé, règlement d'exemption par catégorie sectoriel que la Commission avait adopté dans le cadre de l'application des règles de concurrence du traité.

Ces règles doivent donc être exposées avant l'analyse des effets éventuels du projet de loi sur le marché luxembourgeois. En dernier lieu, le Conseil profite de l'occasion pour livrer certaines réflexions sur la possible introduction en droit luxembourgeois de la notion d'abus de puissance économique qui a l'avantage d'offrir une solution globale pour équilibrer les relations entre entreprises. Pourraient également profiter d'une telle solution horizontale, les distributeurs actifs sur d'autres marchés que celui de la vente de voitures automobiles, distributeurs qui ne sont pas moins dignes d'être protégés.

\*

## **1. LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

### **1.1. Cadre général (restrictions verticales et règlements d'exemption par catégorie)**

L'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après: „TFUE“) ainsi que l'article 3 de la loi interdisent toute entente ou accord entre entreprises qui a pour objet ou effet de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché. Un accord qui crée suffisam-

<sup>2</sup> JO L 102 du 23.4.2010, pp. 1-7.

<sup>3</sup> JO L 203 du 1.8.2002, pp. 30-41.

ment d'efficacités au sens de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ou de l'article 4 de la loi de façon à compenser les restrictions de concurrence peut être exempté de cette interdiction<sup>4</sup>.

Les accords verticaux dont il est question dans le projet de loi sous analyse, sont des accords entre des opérateurs économiques agissant à plusieurs niveaux de la chaîne d'approvisionnement. Typiquement, un accord vertical est un accord entre un producteur et un distributeur. Ces accords ont souvent des effets restrictifs de concurrence moindres que les accords horizontaux. Ils ont même parfois des effets bénéfiques pour le marché et pour les consommateurs.

Voilà pourquoi la Commission européenne peut édicter des règlements qui exemptent certaines catégories d'accords de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, faisant présumer que ces accords remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. Le règlement 330/2010 est précisément un règlement de ce type. Il prévoit une zone de sécurité pour une grande majorité des accords verticaux. Ainsi les accords dont les parts de marché du fournisseur et/ou de l'acheteur ne dépassent pas 30% sont présumés légaux.<sup>5</sup> Au-delà de ce seuil, un examen plus approfondi est nécessaire. Cependant, toute restriction verticale qui comporte des restrictions caractérisées (ou clauses noires, p. ex. la fixation d'un prix de vente imposé) ne peut bénéficier de cette exemption, le préjudice porté aux consommateurs étant important et évident.

Le secteur de la distribution automobile a longtemps connu des dispositions spécifiques issues de règlements d'exemptions qui se sont succédés depuis 1985. Le règlement 1400/2002, dernier règlement spécifique pour la distribution de voitures automobiles neuves, prévoyait des exemptions par catégorie pour les accords verticaux pour l'achat, la vente ou revente de nouveaux véhicules automobiles et les accords verticaux pour l'offre des services de réparation et de maintenance pour ces véhicules ainsi que la distribution des pièces de rechange.

Ce règlement a expiré le 31 mai 2010 avec une prolongation jusqu'au 31 mai 2013 pour les dispositions relatives à la vente de voitures automobiles neuves. Le règlement 1400/2002 est plus strict que son prédécesseur, le règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles<sup>6</sup> (ci-après: „le règlement 1475/95“)<sup>7</sup>, notamment en ce qui concerne la distribution sélective. En effet, la Commission a voulu tenir compte des conclusions tirées du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>8</sup> (ci-après: „le règlement 2790/1999“)<sup>9</sup> ainsi que des lignes directrices sur les restrictions

#### 4 Art. 3. Interdiction des ententes

Sont interdits tous accords entre entreprises (...) qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à:

- 1) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- 2) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- 3) **répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;**
- 4) 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;
- 5) 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.

#### Art. 4. Exceptions à l'interdiction des ententes

Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas:

- aux accords (...) qui contribuent à **améliorer** la production ou la **distribution des produits** ou à promouvoir le progrès technique ou économique, **tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit** qui en résulte, et sans:
  - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;
  - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

5 Article 7, règlement 330/2010.

6 JO L 145 du 29.6.1995, pp. 25-34.

7 Le règlement avait mené à des résultats insatisfaisants en ce qu'il rigidifiait le marché en encourageant tous les fournisseurs à utiliser un seul système de distribution.

8 JO L 336 du 29.12.1999, pp. 21-25.

9 Ce règlement est remplacé par le règlement 330/2010.

verticales<sup>10</sup>. Pour le règlement 1400/2002, la Commission européenne a opté pour une approche plus économique et moins prescriptive dans le sens qu'elle estime qu'il revient aux opérateurs économiques d'organiser la distribution selon le mode qui leur convient le mieux. En 2008, la Commission européenne a établi un rapport d'évaluation sur l'application du règlement 1400/2002 afin d'analyser dans quelle mesure les dispositions mises en place par ledit règlement ont été bénéfiques au secteur automobile et afin de juger si le maintien de ces mesures s'avérait toujours nécessaire.

Même si le règlement 1400/2002 est basé sur une approche analogue au règlement 2790/1999, il introduit toutefois un cadre plus strict. Les grands principes du règlement 1400/2002 sont les suivants:

- L'abandon de la possibilité d'une combinaison de distribution sélective et exclusive, encore permise sous le règlement 1475/95. Dorénavant, les producteurs doivent choisir entre ces deux modes de distribution.
- Le renforcement de la concurrence entre commerçants dans différents Etats membres (concurrence intra-marques), en s'abstenant d'exempter les accords qui restreignent les ventes passives et les ventes actives. En outre, l'intégration du marché intérieur est stimulée par l'absence d'exemption des accords de distribution sélective qui interdit aux commerçants d'ouvrir des points de vente dans d'autres Etats membres.
- L'abandon de l'obligation pour une entreprise de devoir effectuer à la fois vente et maintenance.
- Maintien de la „clause de disponibilité“. Par cette clause, les accords qui interdisent la vente extra-territoriale de véhicules avec des spécifications propres au pays d'origine ne peuvent être exemptés.
- L'encouragement de commerces multimarques.
- L'encouragement de l'utilisation d'intermédiaires d'achat pour favoriser l'achat transnational.
- Le renforcement de l'indépendance des commerçants à l'égard des producteurs.

### **1.2. Evaluation du règlement de 2002 et genèse du règlement de 2010 (les raisons de la Commission pour abandonner un régime spécifique pour la vente de véhicules neufs)**

Dans le cadre de son rapport d'évaluation de 2008<sup>11</sup>, la Commission européenne a estimé que les sept objectifs fixés dans le cadre du règlement 1400/2002 ont pu être atteints:

- 1) Eviter que les constructeurs automobiles concurrents ne soient exclus du marché et sauvegarder leur accès au marché.
- 2) Renforcer la concurrence entre concessionnaires d'une même marque en encourageant la diversité des modes de distribution.
- 3) Faciliter les échanges transfrontaliers de véhicules automobiles.
- 4) Permettre aux réparateurs indépendants de concurrencer les réseaux de réparateurs agréés des constructeurs.
- 5) Encourager la concurrence au sein des réseaux agréés.
- 6) Faciliter l'accès des producteurs de pièces de rechange au marché de l'après-vente.
- 7) Préserver l'indépendance des concessionnaires à l'égard des constructeurs automobiles.

La Commission ajoute néanmoins que l'amélioration de l'environnement concurrentiel dans le secteur n'est pas en relation causale directe avec les règlements d'exemption par catégorie. L'amélioration résulterait plutôt de l'existence de forces de marché favorables ainsi que de l'affirmation de principes généraux par la jurisprudence et le règlement 2790/1999.

<sup>10</sup> Communication de la Commission du 13 octobre 2000: Lignes directrices sur les restrictions verticales, COM(2000/C 291/01). Journal officiel C 291 du 13.10.2000, pp. 1-44. Avec l'entrée en vigueur du règlement 330/2010, de nouvelles lignes directrices ont été adoptées: Communication de la Commission du 19 mai 2010: Lignes directrices sur les restrictions verticales, COM(2010/C 130/01). JO C 130 du 19.5.2010, pp. 1-46.

<sup>11</sup> Rapport d'évaluation de la Commission sur l'application du Règlement (CE) n° 1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile.

S'agissant des règles fixées par l'article 3 du règlement 1400/2002, règles partiellement reprises dans le projet de loi, la Commission estime qu'elles peuvent avoir un effet contre-productif. Ceci découle de plusieurs considérations.<sup>12</sup> Premièrement, le fait de prévoir des seuils de parts de marché supérieurs pour les accords de distribution sélective quantitative que pour les autres accords de distribution peut rigidifier la distribution. Deuxièmement, l'entrée sur le marché par de nouveaux opérateurs peut être rendue plus difficile en appliquant l'exemption uniquement pour les contrats à long terme. Troisièmement, la facilitation du transfert des concessions entre les membres d'un réseau risque de privilégier les grands groupes de concessionnaires au détriment des petits distributeurs, ce qui réduit considérablement la concurrence intra-marché.

Sur un plan plus général, et dans un souci de cohérence dans l'application des règles de concurrence, la Commission estime que les règles sectorielles engendrent une complexité non nécessaire et sujette à des divergences d'interprétation par les tribunaux nationaux. Un règlement simplifié qui préconise l'analyse par les effets serait donc souhaitable. Cette approche moins formaliste aiderait également à garantir davantage de sécurité juridique pour les entreprises concernées et leur permettrait de réduire les coûts d'adaptation à des règles trop spécifiques.

A partir du 1er juin 2013, le règlement 1400/2002 n'est donc plus reconduit pour la distribution de voitures automobiles neuves. Dorénavant, ce sera le règlement 330/2010 qui leur sera applicable. C'est donc à partir de l'écoulement de la phase d'adaptation prévue par le règlement 1400/2002 que les accords verticaux en question sont exemptés, à condition que les exigences prévues par le règlement 330/2010 soient remplies. (On peut encore noter que le règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité [devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords et de pratiques concertées<sup>13</sup> prévoit que lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus que 50% d'un marché concerné, la Commission européenne peut décider de ne pas appliquer le règlement d'exemption.)

\*

## 2. LA SITUATION AU GRAND-DUCHE

### 2.1. Discussion des avantages et des désavantages d'une réglementation spécifiquement luxembourgeoise (problème de la légalité d'un régime national dérogatoire)

Avant d'analyser la pertinence de l'argumentaire développé dans l'exposé des motifs pour voir introduites les règles dites protectionnistes de l'article 3 du règlement 1400/2002 dans notre droit national et pour savoir si ces règles abandonnées par un texte communautaire peuvent être „renationalisées“ sans crainte de violer le principe de la primauté des règles communautaires, il convient de replacer les articles 3 à 6 et 10 du projet de loi dans leur contexte qui diffère de celui de l'article 3 du règlement 1400/2002 dont ils s'inspirent.

Le règlement 1400/2002 est antérieur au règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après: „règlement 1/2003“), règlement d'application de base des articles 101 et 102 TFUE et qui a pris la relève du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité<sup>14</sup> (ci-après: „le règlement 17/1962“). Avant le règlement 1/2003, tout accord entre entreprises devait être notifié à la Commission européenne pour être individuellement exempté sur base de l'article 81, paragraphe 3, du traité [devenu l'article 101, paragraphe 3, du TFUE]. Pour échapper à un bureaucratisme exagéré consistant dans le traitement individuel de tous les contrats de distribution, lesquels contrats se ressemblaient souvent comme une goutte d'eau pour certains secteurs économiques dont la distribution automobile (c'est à juste titre que l'exposé des motifs du projet de loi parle de contrat d'adhésion), la Commission européenne a imaginé le système des règlements d'exemption par catégorie.

<sup>12</sup> Ibid., p. 14.

<sup>13</sup> JO 36 du 6.3.1965, pp. 533-535.

<sup>14</sup> Journal officiel n° 013 du 21.2.1962 pp. 0204-0211.

Sous ce système, les entreprises n'étaient plus obligées de notifier les contrats de distribution si ces contrats pouvaient entrer dans le moule de ceux exemptés et décrits par le règlement d'exemption. Tous les règlements d'exemption par catégories et non seulement celui relatif à la distribution automobile, furent excessivement prescriptifs et rigides puisqu'ils reproduisaient un très grand nombre de clauses contractuelles dont la Commission européenne savait d'expérience que réunies dans un contrat de distribution, elles satisféraient aux conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Voilà pourquoi les prescriptions légales des règlements d'exemption n'eurent pas à première vue un fondement relevant du droit de la concurrence, mais un caractère emprunté du droit des contrats.

Abandonnant le régime des notifications issu de l'ancien règlement 17/1962, le nouveau règlement 1/2003 instaure un régime d'autoévaluation par les entreprises de leurs accords, notamment de leurs accords de distribution. Du coup, les entreprises ont retrouvé une plus grande liberté pour le design de leurs réseaux de distribution, car les règlements d'exemption par catégories basés sur le nouveau règlement 1/2003 et notamment le règlement 330/2010 sont largement moins prescriptifs que la génération de ceux issus du règlement 17/1962.

De ce qui précède, on doit tirer deux conclusions pour l'examen du projet de loi, l'une étant d'ordre juridique, l'autre d'ordre économique.

D'abord, d'un point de vue légal, il faut noter que même si l'accord satisfaisait aux conditions du règlement 1400/2002, la Commission européenne (mais aussi les autorités nationales depuis que le règlement 1/2003 a amorcé la décentralisation de l'application du droit de la concurrence communautaire) conservait la possibilité de retirer le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie à un accord de distribution lorsqu'il s'avérait que malgré sa conformité au règlement, l'accord produisait néanmoins des effets anticoncurrentiels. Inversement, un contrat pouvait encore être „repêché“ par exemption individuelle, quand bien même il ne remplissait pas les conditions du règlement d'exemption par catégorie 1400/2002. Il s'ensuit que les conditions que les contrats de distribution devaient remplir pour satisfaire au règlement d'exemption n'avaient pas un caractère absolu. Tel n'est pas le cas des dispositions inscrites au projet de loi sous examen. Celles-ci sont obligatoires et, qui plus est, elles s'imposent impérativement aux parties avec toute l'autorité que leur confère le statut de règle d'ordre public inscrit à l'article 2.

D'un point de vue économique, il convient d'analyser si les dispositions prévues par le projet de loi peuvent avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché. Si c'était le cas, il faudrait éviter à tout prix d'en faire une règle commune et obligatoire pour tous les accords verticaux de distribution automobile. Contrairement au régime instauré par le règlement 1400/2002, il n'est plus possible dans le régime préconisé par le projet de loi de faire une analyse in concreto de chaque accord de distribution individuel et le soumettre à un test de compatibilité avec un fonctionnement concurrentiel du marché.

Il y a lieu à cet endroit de relever un semblant d'incohérence dans le raisonnement de la Commission européenne qui l'a conduit à abandonner l'exemption par catégorie des accords de distribution des voitures automobiles neuves. Comme nous l'avons relevé plus haut (page 6, dernier alinéa du présent avis), le rapport d'évaluation de 2008 souligne que le régime du règlement 1400/2002 risque de provoquer des rigidités sur le marché et que certaines clauses contractuelles imposées par le règlement pour obtenir l'exemption risquent malgré tout de restreindre la concurrence. En même temps, comme le dit si bien l'exposé des motifs du projet de loi, la Commission européenne autorise les Etats membres à introduire les clauses contractuelles prévues par le règlement d'exemption aboli dans leur législation au titre du droit des contrats qui reste une compétence nationale.

Le Conseil partage l'avis de la Commission européenne exprimé dans son rapport d'évaluation que les dispositions de l'article 3 du règlement 1400/2002 et notamment celles qui sont reprises dans le projet de loi ne sont pas pro-concurrentielles mais ne sont pas ouvertement anticoncurrentielles non plus.<sup>15</sup> Bien qu'elles aient manqué de remplir les objectifs recherchés (maintenir et améliorer la concurrence, faciliter l'accès au marché), on ne peut pas véritablement les accuser de mettre la concurrence en péril. Il faut prendre ces mesures pour ce qu'elles sont: des mesures de protection des distributeurs face aux constructeurs automobiles étrangers. L'absence d'effet pro-concurrentiel recherché a mené la

<sup>15</sup> Voir „Rapport d'évaluation de la Commission sur l'application du Règlement (CE) n° 1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile“, mais également „Communication de la Commission – Le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile COM/2009/0388“ et „Document de travail des services de la Commission accompagnant la Communication de la Commission – Le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile – Résumé de l'analyse d'impact.“



Commission à abandonner une réglementation au niveau du droit de la concurrence quitte pour les Etats membres à l'introduire au niveau national, ces derniers étant libres d'élaborer souverainement leur droit commercial national. Remarquons au passage qu'au niveau européen (DG Entreprises et Industrie), on réfléchit actuellement à mettre en place des mesures similaires dans le cadre du programme „Cars 2020“<sup>16</sup>.

## 2.2. L'intérêt général

Les reproches principaux que le Conseil adresse au projet de loi sont:

- l'absence d'analyse économique qui est propre à la politique de concurrence;
- l'absence d'une analyse des raisons pour lesquelles l'application du régime du règlement 330/2010 serait insuffisante dans le cas luxembourgeois;
- l'absence de motivation en faveur d'un traitement privilégié pour un secteur spécifique de l'économie nationale.

C'est en vain que l'on cherche dans l'exposé des motifs un argumentaire fondé sur les effets que les mesures projetées peuvent produire sur la situation concurrentielle au Grand-Duché. Un tel argumentaire doit s'appuyer sur des considérations d'intérêt général.

Est-ce que les mesures envisagées améliorent la distribution des véhicules automoteurs? Est-ce qu'elles contribuent au progrès économique? Sont-elles de nature à réserver au consommateur une partie équitable du profit qui en résulterait? Autant de questions posées par l'article 4 de la loi et l'article 101, paragraphe 3, du TFUE qui demeurent sans réponse dans l'exposé des motifs.

Le Conseil se rallie sur ce point à l'avis de la Chambre de commerce qui note fort à propos: „*Même si les auteurs du projet de loi sous avis souhaitent protéger la partie la plus faible, aux yeux de la Chambre de Commerce, l'intérêt général doit primer sur l'intérêt individuel. En l'espèce, l'intérêt économique général du pays devrait primer sur l'intérêt d'une branche d'un secteur économique déterminé.*“

L'action du législateur doit toujours être guidée par l'intérêt général et à plus forte raison d'ailleurs lorsque la loi, comme dans le présent cas, entend déroger aux libertés fondamentales garanties par la Constitution<sup>17</sup>. En France, et il n'y a aucune raison pour que la situation soit différente au Grand-Duché, l'intérêt général est érigé en condition de constitutionnalité de la loi<sup>18</sup>. Il constitue à la fois le fondement et la limite du pouvoir de la loi. Il faudra donc que les restrictions législatives aux principes constitutionnels soient basées sur des considérations légitimes, tirés de l'intérêt général, faute de quoi on a vite fait de se retrouver dans l'arbitraire législatif. S'il est donc constitutionnellement possible que „*les droits et libertés peuvent subir des restrictions par des normes législatives (...)*“, en France, „*le Conseil constitutionnel sanctionne les restrictions législatives arbitraires. Dans l'hypothèse où le législateur ne parviendrait pas à satisfaire la condition d'intérêt général, la disposition litigieuse serait aussitôt annulée.*“<sup>19</sup>.

Les réflexions du Conseil sur l'intérêt général peuvent paraître étrangères à des considérations relatives aux conditions de concurrence du marché. Le Conseil se croit cependant autorisé à livrer sa pensée sur ce point crucial dans la mesure où lui-même doit asseoir ses décisions sur l'intérêt général, conformément aux dispositions des articles 3 et 4 de la loi et/ou 101 du TFUE.

\*

<sup>16</sup> [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/automotive/cars-2020/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/automotive/cars-2020/index_en.htm)

<sup>17</sup> Article 11, 6ème paragraphe de la Constitution: „*La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garanties, sauf les restrictions à établir par la loi.*“

<sup>18</sup> F. Luchaire, Le Conseil constitutionnel, tome III: Jurisprudence, 2e partie: l'Etat, 2ème éd., Economica, p. 203)

<sup>19</sup> L'intérêt général, l'instrument efficace de protection des droits fondamentaux?, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16, juin 2004.

### 3. LA NOTION D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

En dépit des critiques qu'il adresse au projet de loi, le Conseil admet que tout déséquilibre dans le rapport de forces entre cocontractants peut être préoccupant et affecter de façon négative le fonctionnement concurrentiel des marchés. Dans de nombreuses situations, le législateur a corrigé ces inégalités, soit par le recours à la notion d'abus, soit par l'introduction de mesures de protection spécifiques pour certaines catégories de personnes. S'agissant de règles de protection, il n'y a qu'à citer le droit de la consommation ou le droit du travail, dont une entreprise ne saurait évidemment profiter, quand bien même elle serait en position de faiblesse. C'est uniquement en tant que victime d'un abus de position dominante qu'une entreprise peut avoir recours aux instruments du droit de la concurrence pour se défendre contre la surpuissance d'une entreprise, que cette dernière soit sa concurrente, son fournisseur ou sa cliente.

Le Conseil suggère de réfléchir sur l'introduction éventuelle du concept d'abus de dépendance économique, concept qui existe de longue date dans les droits des pays voisins et qui pourrait appréhender la situation prétendument insatisfaisante des distributeurs automobiles luxembourgeois. La notion d'abus de puissance économique présente l'avantage de constituer une parade pour la partie faible quel que soit le secteur économique, contrairement aux mesures envisagées par le projet de loi lesquelles ne sont applicables qu'aux distributeurs du secteur automobile. A quel titre ces derniers mériteraient une protection plus poussée que les distributeurs dans d'autres secteurs tels que le cafetier face au brasseur, l'épicier face aux multinationales de l'agroalimentaire, le pompiste face au pétrolier, sans parler du fournisseur local qui n'a d'autre alternative que d'écouler sa production via un distributeur puissant? Voilà autant d'exemples parlants de situations où un des contractants, sans être en position dominante au sens du droit de la concurrence, peut être tenté d'abuser de sa situation de force vis-à-vis de son partenaire commercial.

En France, le législateur a, en 1986, époque de la première cohabitation de la 5e République, introduit un article 420-2 dans le Code de commerce<sup>20</sup> instaurant la notion d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique. L'initiative était venue à l'époque de la part de la Commission de la concurrence française qui, dans le cadre de ses attributions consultatives générales, avait constaté, dans son avis du 14 mars 1985, „*que l'abus de position dominante, supposant la définition du marché d'un produit ou service déterminé ne permettait pas d'appréhender la simple domination d'un partenaire commercial sur l'autre, dans leur rapport bilatéral*“ et a proposé que le droit de la concurrence français soit „*doté de moyens juridiques permettant, comme en République fédérale d'Allemagne, de contrôler les comportements d'entreprises ou groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés*“. Il y a lieu de noter tout de même que contrairement à certaines attentes, l'article 420-2 du Code de commerce n'a pas été appliqué à de très nombreuses reprises. Etant donné qu'il s'agit d'un instrument qui doit être manié par l'Autorité de concurrence française, une des conditions d'application est constituée par la nécessité de rapporter la preuve d'une entrave à la concurrence. Comme la Commission de la concurrence le fait remarquer fort justement, une disposition analogue existe en droit allemand, le paragraphe 20 „*des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht)*“.

Le Conseil de la concurrence propose qu'il soit ajouté un nouvel article 5bis à la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence libellé comme suit:

**„Art. 5bis) Interdiction de l'abus de pouvoir économique**

Est interdit, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Sont notamment considérées à ce titre les petites ou moyennes entreprises qui à la demande d'un certain type de biens ou de services commerciaux ne disposent pas de possibilités raisonnables et suffisantes pour s'adresser à d'autres sociétés pour la passation de leur commande.

<sup>20</sup> Article L. 420-2 modifié par Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 – art. 40 JORF 3 août 2005: (...) Est (...) prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.



L'abus de pouvoir économique peut notamment consister en un refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires ou en accords de gamme.“

\*

#### 4. CONCLUSION

Au vu des remarques précitées, le Conseil n'est pas en mesure d'approuver le projet de loi examiné.

Ainsi délibéré et avisé à Luxembourg en date du 14 février 2014.

Pierre RAUCHS

*Président*

Jean-Claude WEIDERT

*Conseiller*

Marc FEYEREISEN

*Conseiller*

Mattia MELLONI

*Conseiller*

