

LA LOI DU 5 AOÛT 1991 SUR LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE

QUELQUES OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES, EN GUISE DE PRÉLUDE

Isabelle CORBISIER

¹ M. B., 11 octobre 1991, pp. 22493 et suiv. Travaux préparatoires :

- Chambre : *doc. parl.*, Chambre, session ordinaire 1989-1990, nos 1282/1 à 1282/2; session ordinaire, 1990-1991, nos 1282/3 à 1282/6; *ann. parl.*, séance plénière du 27 mars 1991, pp. 2434 et suiv.

- Sénat : *doc. parl.*, Sénat, session 1990-1991, nos 1289-1 à 1289-8; *ann. parl.*, Sénat, séances plénières du 12 juillet 1991 (pp. 2809 et suiv.) et du 13 juillet 1991 (pp. 3006 et suiv.).

² R. DE MUELENAERE, "Le projet de loi sur la concurrence économique", *D.A. O.R.*, 1986/87, pp. 66 et suiv. et 147 et suiv. Il s'agissait d'un commentaire du projet de loi sur la concurrence économique déposé par le Ministre des Affaires économiques P. MAYSTADT (ci-après "Projet Maystadt"), *Doc. Parl.*, Sénat, session 1985-1986, n° 360-1.

^{2bis} La rédaction de notre article ayant été achevée en mars 1992, le lecteur n'y trouvera pas de renvois à l'étude de MM. M. WAELBROECK et J. BROUCKAERT parue le 4 avril 1992 au *J.T.* (pp. 281-297). Nous y renvoyons le lecteur désireux de compléter sa documentation.

³ J.L. FAGNART, "Concurrence et consommation ; convergence ou divergence ?" in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1991, p. 11.

⁴ V. également J. STUYCK, "L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale" in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, *op. cit.*, pp. 125-126 :

"Par 'droit de la concurrence', on entend tantôt le droit interdisant certaines restrictions de la concurrence (ententes, abus de position dominante et concentrations), tantôt l'ensemble des règles qui concernent directement la concurrence sur le marché (droit de la concurrence déloyale et illicite et pratiques restrictives) ou encore la 'totalité de la matière oppositionnelle résultant de rivalités économiques'."

⁵ R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, p. 66. On sait que notre droit

L'adoption de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ¹ consacre l'avènement d'un droit moderne de la concurrence dans l'arsenal législatif belge. Cette Revue a naguère ouvert ses colonnes à un érudit commentateur d'un projet antérieur de la législation retenant ici l'attention ². La présente étude ne prétend nullement procurer un commentaire exhaustif des épisodes et prétentions d'une révolution qui, il faut bien le dire, ne s'est guère traduite jusqu'à présent par de multiples heurts et remous. Fidèle à sa réputation sans doute, la Belgique affronte dans le calme les défis de demain. Nous considérerons avoir accompli notre tâche si cet article peut contribuer à ce que le monde économique belge s'habitue désormais à l'idée que le(s) marché(s) interne(s) belge(s) est(sont) désormais régi(s) par un état de droit concurrentiel véritable ^{2bis}.

I. LES PRÉALABLES HISTORICO-JURIDIQUES DE LA LOI DU 5 AOÛT 1991

1. De la nécessité et de l'opportunité de réglementer l'exercice de la concurrence en Belgique

Un auteur a récemment rappelé que "Le droit de la concurrence est l'ensemble des règles qui ont pour objet de rendre effective la liberté de concurrence et d'éviter que l'on fasse de celle-ci un usage déloyal" ³. Cette définition illustre la présentation bipolaire généralement faite du droit de la concurrence ⁴ : d'une part, le droit des pratiques (dé)loyales s'attache à des "éléments subjectifs liés au comportement des participants au marché" ⁵, d'autre part "le droit moderne de la concurrence" s'intéresse bien plus à l'instauration et à la sauvegarde de certaines conditions objectives du marché ⁶. La nécessité de l'élaboration du droit dernier cité est née de la constatation du caractère autodestructeur de la concurrence livrée à elle-même ⁷, d'où le paradoxe signalé par un auteur que la liberté aurait besoin d'autorité : ainsi, "Entre laissez-faire et dirigisme économique, il y a un tiers chemin, l'organisation concurrentielle de la liberté dans le cadre de la loi" ⁸. Bien sûr, l'on pourrait rétorquer que la liberté n'est pas en soi autodestructrice mais que les rigidités concurrentielles (du moins quant aux ententes) résultent de l'organisation de cette liberté dans un état de droit négateur de l'anarchie et ce par le principe de l'autonomie de la volonté (impliquant la sacralisation de la parole donnée) ⁹. Néanmoins, il n'en demeure pas moins que le droit commun des obligations se révèle inapte à

des pratiques du commerce vient d'être réformé (L. 14 juillet 1991 (remplaçant la loi du 14 juillet 1971, n.d.l.r.) sur les pratiques du commerce et sur l'information du consommateur, *M. B.*, 29 août 1991, pp. 18712 et suiv.) et intègre désormais une réglementation plus protectrice des intérêts du consommateur. Cons. à cet égard l'ouvrage (précité) sur *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*.

⁶ R. DE MUELENAERE, *ibid.*

⁷ Par la constitution de monopoles par ceux dont la puissance économique est la plus développée, par la conclusion d'ententes restrictives de concurrence etc. (v. J.L. FAGNART, "Concurrence et consommation...", *op. cit.*, pp. 9-15).

⁸ R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁹ Il est clair que si l'on était juridiquement libre de ne pas respecter un contrat, les rigidités concurrentielles résultant de la conclusion de ceux-ci seraient pour une bonne part éliminées. Mais la force obligatoire du contrat (C. civ., art. 1134 al. 1er), résultant de la théorie de l'autonomie de la volonté ou sacralisation de la parole donnée (pour une étude pénétrante des concepts de liberté contractuelle, force obligatoire du contrat et autonomie de la volonté, cons. G. MORIN, "La désagrégation de la théorie contractuelle du Code", *Arch. phil. dr.*, 1939-1940, pp. 7 et suiv.), consacre bel et bien les obstacles concurrentiels éventuellement érigés par la voie contractuelle.

résoudre de manière dynamique la question du maintien d'une concurrence effective¹⁰, sinon au prix de la perversion de ses principes fondamentaux¹¹. On aura compris que la loi du 5 août 1991 intéresse le prénommé "droit moderne de la concurrence"¹². On connaît également les avatars ayant affecté les tentatives antérieures d'instaurer en Belgique un tel droit, particulièrement l'échec de la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique¹³.

Sachant d'autre part qu'un tel droit de la concurrence existe déjà au sein de la communauté économique européenne (interdiction des ententes¹⁴, répression des abus de position dominante¹⁵, contrôle des concentrations¹⁶), on peut par ailleurs légitimement se poser la question de savoir s'il est opportun de doter la Belgique d'un arsenal législatif propre en matière de protection de la concurrence. Ainsi que l'a fait remarquer le Professeur VAN GERVEN :

"Men kan zich namelijk afvragen of in een land met een open economie, die afhankelijk is van de import van grondstoffen en de export van half afgewerkte en eindprodukten, wel de mogelijkheid en de wil aanwezig zijn om een eigen kartelbeleid te voeren : de mogelijkheid, omdat een nationaal kartelbeleid dreigt te worden doorkruist door het beleid van de Europese

posé détaillé de la problématique et un essai de justification de la jurisprudence de la Cour de cassation française, cons. J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, L.G.D.J., 1990). Nous soutenons la thèse qu'une telle jurisprudence résulte moins d'un souhait d'assurer une correcte application des principes fondamentaux du droit des obligations que d'une tentative subreptice de procurer une protection à la partie la plus faible au contrat en lui fournissant la possibilité de se libérer de ses liens conventionnels ("La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises", *R.I.D.C.*, 1988, pp. 767 et suiv. et spéc. pp. 772 et suiv. et pp. 786 et suiv. pour la position, heureusement différente, du droit belge). A notre avis, cette jurisprudence obscurcit plutôt qu'elle n'éclaircit la compréhension de principes fondamentaux et, ce qui est plus grave, en viole d'autres en ce qu'elle semble procéder d'une présomption de mauvaise foi de la partie investie d'un pouvoir d'influencer la détermination du prix (cons. M.E. STORME, "De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing", *T.P.R.*, 1988, bl. 1259 en volg. : "... kunnen partijen, wanneer ze overeengekomen zijn dat de nadere bepaling van het voorwerp van een verbintenis van de ene partij bij beslissing van de andere partij zal geschieden, niet worden daarmee te hebben bedoeld dat die andere partij een onredelijke partijbeslissing mag nemen en de eerste partij aan die onredelijke partijbeslissing zou gebonden zijn. Reeds DOMAT schreef dat : "l'intention de ceux qui se rapportent à d'autres personnes, renferme la condition, que ce qui sera réglé sera raisonnable; et leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait à être au-delà des bornes de la raison et de l'équité" (bl. 1264-1265)).

¹² La dichotomie théorique au sein du droit de la concurrence entre pratiques du commerce et protection de la concurrence économique fut du reste mise en évidence au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991. Ainsi le Ministre des Affaires économiques eut-il l'occasion de souligner que les deux législations se situent sur des plans essentiellement différents : confrontation entre deux parties en vue de faire régner les usages honnêtes d'une part et rétablissement d'une concurrence effective sur un marché donné d'autre part (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 15).

¹³ Pour un inventaire des législations belges intéressant la concurrence et l'expression d'un bilan nuancé quant à l'application de la loi du 27 mai 1960, cons. B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Aktualiteit van de toepassing van de wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie" in *R.D.C.B.*, 1986, pp. 3-44, ook verslag van de studiedag van 13 november 1985 van de vereniging voor de studie van het mededigingsrecht. La conviction de l'échec de la loi du 27 mai 1960 est amplement exprimée par les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991; les constatations classiques à cet égard y sont réitérées (cette loi ne permet pas d'obtenir les informations économiques nécessaires à une mise en oeuvre efficace, procédure lourde et complexe, absence d'un corps de fonctionnaires spécialisés, absence de sanctions dissuasives et manque de publicité) (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 4-5) et des chiffres peu à l'honneur de la loi y sont rappelés ("...en trente ans d'existence, seules 167 affaires ont été introduites dont, parmi les affaires examinées jusqu'à présent, 152 ont trouvé une solution au stade de l'instruction. Quant au conseil du contentieux économique, il a été saisi de 22 affaires parmi lesquelles 17 ont donné lieu à un avis tendant à reconnaître l'existence d'un abus de puissance économique et 5 ont été classées sans suite. Sur 17 affaires soumises au Ministre, 1 a été classée sans suite et 16 ont donné lieu à une décision d'abus. Enfin, parmi ces dernières, une seule a provoqué la prise d'un arrêté royal imposant des mesures destinées à mettre fin à l'abus", *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 3-4).

¹⁴ Article 85 du Traité C.E.E.

¹⁵ Article 86 du Traité C.E.E.

¹⁶ Règlement (C.E.E.) n° 4064/89 du Conseil des Communautés européennes du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30 décembre 1989, p. 1 (en vigueur depuis le 21 septembre 1990).

¹⁰ Cette constatation est également faite au sein des systèmes juridiques relevant de la common law. Cons. E. GELLHORN, *Antitrust law and economics*, Nutshell Series, West Publishing company, 1981, pp. 13-14 ("The common law...provided (and still provides) an effective defense to the enforcement of contracts with "oppressive" terms. As an instrument of public policy it was severely limited. Restrictive covenants could be tested only when one party sought to enforce them against another who, in turn, was willing to contest the covenant. Then the court could declare it void and unenforceable if it did not meet the reasonableness test. But the common law rule did not necessarily stop others from working under or observing such agreements; their acceptance depended upon the parties' satisfaction with the bargain rather than competitive norms. Nor did the common law reach noncontractual restraints, such as a trust or holding company - or the acquisition of market through merger, selective price cutting, etc. Although supported by notions of free market and the desire to encourage competition, the common law doctrines were at most only a short step in that direction", souligné par nous).

¹¹ A notre avis, une telle perversion se réalise actuellement en France dans le cadre de la jurisprudence relative à la détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. La Cour de cassation y maintient effectivement une position consistant à annuler pour indétermination du prix (sur base de l'article 1129 du Code civil) des contrats contenant pourtant des clauses rendant le prix déterminable mais soumis à l'influence, variable selon les cas, d'une des parties au contrat. En réalité, il s'avère que nombre de ces contrats contiennent une clause d'exclusivité plaçant l'une des parties en situation de dépendance économique vis-à-vis de l'autre partie laquelle est ainsi de facto en position d'exercer une influence sur la détermination du prix (pour un ex-

¹⁷ Cité par un intervenant au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 (*Ann. parl.*, Chambre, 27 mars 1991, p. 2435). Cette objection fut relayée par un autre intervenant (*Ann. parl.*, Sénat, 12 juillet 1991, pp. 2810-2811) : "...à un moment où se trouve posée la problématique de la trop faible dimension des entreprises belges...une telle mesure serait de nature à décourager les fusions et regroupements indispensables" (l'intervenant met particulièrement sur la sellette le seuil de concentration donnant lieu à contrôle-réalisation, par les entreprises concernées par la concentration, d'un chiffre d'affaires commun d'un milliard de francs et contrôle par celles-ci de plus de 20 % du marché- retenu par la loi du 5 août 1991 (art. 11), estimant que ce seuil est beaucoup trop peu élevé par rapport à celui pratiqué par nos voisins, particulièrement la République Fédérale d'Allemagne où il est exigé que l'une des entreprises participant à la concentration réalise un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de D.M.).

¹⁸ Cas évoqué par un intervenant au cours des travaux préparatoires précités (*Ann. parl.*, Sénat, 12 juillet 1991, p. 2810). Notons que le règlement communautaire précité, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, vole au secours des Etats membres ne disposant pas d'un contrôle interne des concentrations. Effectivement, l'art. 22 § 3 du règlement (disposition surnommée "clause hollandaise") énonce qu'une opération de concentration sans dimension communautaire mais créant ou renforçant une position dominante "ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative sur le territoire de l'Etat membre concerné" peut faire l'objet d'un contrôle communautaire "dans la mesure où cette concentration affecte le commerce entre Etats membres". Cons., à cet égard : A. PAPPALARDO, "Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations", *Rev. int. dr. écon.*, 1990, pp. 3 et suiv. et spéc. p. 33; A. VANDERELST en F. WUCKMANS,

gemeenschap en van de grote landen waarmee handel wordt gevoerd, alsook de wil, omdat er een grote aantrekkingskracht uitgaat van kartels te bevordering van de uitvoer naar andere landen binnen of buiten de Europese Gemeenschap"¹⁷.

Ainsi, par exemple, les Pays-Bas ont-ils renoncé à une législation nationale en matière de fusions d'entreprises, considérant qu'un contrôle communautaire des concentrations suffisait^{18 19}. La position exprimée par les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 en vue d'opter finalement pour l'érection d'un système interne de droit de la concurrence a consisté d'une part à insister sur la complémentarité des droits belge et communautaire en la matière²⁰ et, d'autre part, "Tegenover de andere bezorgdheid van Professor Van Gerven betreffende de import- en exportpositie van België bevat het huidige ontwerp terecht de idee dat restrictieve mededigingspraktijken en concentraties wel kunnen worden toegestaan wanneer zodoende de concurrentiepositie, ook op de internationale markt, kan worden vervestigd"²¹. En réalité, et l'on aura l'occasion d'y revenir, la loi du 5 août 1991 traduit une attitude extrêmement ambiguë vis-à-vis des petites et moyennes entreprises. Effectivement, d'une part, l'article 2 § 3 de la loi permet d'exempter les ententes "qui permettent aux petites et moyennes entreprises d'affermir leur position concurrentielle sur le marché concerné ou sur le marché international" alors que, d'autre part, l'article 11 de la même loi réserve l'application du système de contrôle des concentrations mis en place "lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble un chiffre d'affaires... de plus d'un milliard de francs et contrôlent ensemble plus de 20 % du marché concerné"²². L'option adoptée par la loi semble donc être d'encourager les coopérations ponctuelles et réversibles entre P.M.E. et d'exprimer un point de vue a priori moins favorable vis-à-vis des rapprochements structurels (se traduisant par une concentration) entre ces mêmes P.M.E. On peut se demander si cette option est bien réaliste, quoique les auteurs de la loi évitent d'affronter cette interrogation en soulignant qu'une concentration soumise à contrôle ne sera certes pas interdite d'office.

2. Le choix difficile quant à la mise en oeuvre de la loi : contrôle essentiellement administratif ou principalement judiciaire ?

On peut dire, sans trop s'avancer, que la loi du 5 août 1991 consacre une certaine victoire pour le pouvoir judiciaire à l'encontre de certaines visées expansionnistes des autorités administratives dans les matières relevant du droit économique. Ainsi, un même Ministre des Affaires économiques (M. W. CLAES) a-t-il pu donner son nom à deux tentatives de réforme de notre droit de la concurrence dont l'une ("l'avant-projet Claes") concentrait l'essentiel des pou-

"EEG concentratiecontrole : een nieuw rechtsinstrument, nieuwe uitdagingen", *T.R.V.*, 1990, bl. 335 en volg, bl. 356-364; P. VAN OMMESLAGHE, "Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises et les offres publiques d'acquisition", *Cah. dr. eur.*, 1991, pp. 259 et suiv., spéc. pp. 265-268.

¹⁹ Le professeur ANDERSEN lui-même s'est posé la question de "...savoir s'il est opportun de légiférer en droit interne en matière d'ententes et d'abus de puissance économique compte tenu du champ d'application territorial extrêmement étendu du droit communautaire. En effet, d'une part, toute entente susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire affecte nécessairement aussi le marché de tous les pays où les entreprises participant à l'entente exercent leurs activités et, d'autre part, une entente, qui concerne de manière directe et immédiate un seul marché national, peut néanmoins affecter le commerce entre Etats membres" (R. ANDERSEN, "Les projets de réforme de la loi sur la protection contre les abus de puissance économique", *Ann. dr. Louvain*, 1988, pp. 157 et suiv., spéc. p. 171).

²⁰ On verra, infra, comment doit s'effectuer l'articulation des droits national belge et communautaire de la concurrence.

²¹ *Ann. parl.*, Chambre, 27 mars 1991, p. 2435.

²² Or, un intervenant au cours des travaux préparatoires a observé "qu'il ressort d'une enquête superficielle que pas moins de 1500 entreprises belges réalisent déjà un chiffre d'affaires qui dépasse un milliard de francs", ce à quoi le Ministre des Affaires économiques rétorqua qu'il ne faut pas oublier que les deux seuils énoncés par l'art. 11 sont d'application cumulative (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 31-34). D'autre part, ajoute le Ministre, 97 % des entreprises belges sont des P.M.E. Dès lors, en admettant des concentrations très importantes, on risque notamment de mettre lesdites P.M.E. en danger. "D'où la nécessité d'introduire des seuils qui sont largement inférieurs à ceux retenus au niveau européen" (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 34; v. également *Ann. parl.*, Sénat, 12 juillet 1991, p. 2814). (Pour information, le seuil retenu pour définir une concentration de "dimension communautaire" dans le règlement européen de contrôle des concentrations (précité) consiste en un double chiffre d'affaires : chiffre d'affaires mondial réalisé par toutes les entreprises concernées d'un montant supérieur à 5 milliards d'euros et chiffre d'affaires obtenu individuellement dans la communauté par au moins deux des entreprises concernées d'un montant supérieur à 250 millions d'euros).

voirs entre les mains du Ministre et son administration²³ et dont l'autre (qui donnera naissance à la loi du 5 août 1991) est incontestablement marquée du souci de désengager le Ministre d'un concours actif à son application et du souhait de procurer le privilège du "dernier mot" au pouvoir judiciaire.

Une première orientation consista donc à accorder une faveur très nette à l'administration en vue de mettre en œuvre le droit de la concurrence. Celle-ci apparaissait, somme toute, logique si l'on se souvient que la loi du 27 mai 1960 n'incrimine pas la seule existence de pratiques anticoncurrentielles : il faut en outre que celles-ci revêtent un caractère abusif en ce sens qu'elles portent atteinte à l'intérêt général²⁴. Or, le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 1954 relatif à l'avant-projet Duvieusart (précurseur de la loi du 27 mai 1960), "a estimé que déterminer souverainement et sans avoir à se référer à quelque norme que ce soit ce qui, à un moment donné, constitue en matière économique l'intérêt général, en apprécier les exigences et prescrire, avec une égale autonomie, les mesures que sa sauvegarde exige, sont des tâches qui ressortissent aux attributions normales du pouvoir exécutif. Elles ne sauraient être confiées au pouvoir judiciaire"²⁵. L'influence de cet avis du Conseil d'Etat explique sans doute que l'avant-projet de loi "Herman" sur la concurrence économique²⁶ érige un contrôle de nature essentiellement administrative²⁷. Pourtant, l'avant-projet précité opère un renversement de perspective par rapport à la loi du 27 mai 1960 en ce que les atteintes à la concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations) sont désormais présumées contraires à l'intérêt général, ce dernier n'entrant en considération qu'en vue d'autoriser certains comportements en principe interdits lorsque les avantages en découlant l'emportent sur l'atteinte à la concurrence qui en résulte²⁸. Le même avis du Conseil d'Etat n'est sans doute pas non plus étranger à l'"orientation très ferme de la doctrine en faveur du contrôle administratif" laquelle a, à son tour, influencé les rédacteurs du projet Maystadt (précité)²⁹. Les arguments justifiant le recours à un contrôle d'une telle nature sont, en bref : le droit de la concurrence constitue une arme de politique économique, cette réglementation concerne l'intérêt général et il importe donc qu'un organe de droit public veille à ce qu'elle soit observée³⁰; "il faut dépasser l'examen du seul accord ou de la seule association ou pratique en question. Il faut une connaissance de l'ensemble de la situation économique, une information complète et précise relative à tout le pays. Un organe national unique et spécialisé, parce que expert, s'impose donc"³¹; les décisions en la matière sont essentiellement des décisions politiques car elles présupposent une vision déterminée de la concurrence et de la structure du marché³².

Le chant de louanges pour le contrôle administratif ne fut cependant pas entonné par tous. Déjà à l'époque de l'avis, évoqué ci-avant, du Conseil d'Etat, d'éminents auteurs objectent que "L'intérêt général n'est pas une notion à l'usage réservé des gouvernants; qu'un contenu lui revient qui, appliqué à la solution de difficultés juridiques, en fait un élément de solution de celles-ci que le juge est normalement appelé à vérifier et à appliquer"³³. Le professeur R. ANDERSEN partage cette critique : "Si l'on entend ... que la simple référence dans une règle de droit ... à la notion de l'intérêt général aurait, pour vertu magique, de rendre le pouvoir judiciaire incompetent, l'argument est sans valeur. Dégager les exigences de l'intérêt général n'est pas l'apanage du pouvoir exécutif; c'est une mission qui revient à chaque pouvoir dans la sphère de ses attributions... Le juge ne sort pas de ses attributions en donnant à cette notion un contenu; il en a, au contraire, le devoir. L'on peut donc fort bien concevoir un système dans lequel la loi confie au juge judiciaire compétence pour apprécier, cas par cas, si tel ou tel comportement économique est interdit parce que portant atteinte à l'intérêt général"^{34 35}. D'autre part, F. DUMON a critiqué la compétence d'annulation des décisions administratives et de pleine juridiction en ce qui concerne les amendes et astreintes que l'avant-projet Herman attribue au Conseil d'Etat. Selon l'éminent magistrat, cette attribution est incompatible avec l'article 92 de la Constitution. En effet, les dispositions de l'avant-projet limitent et réglementent la liberté contractuelle et la liberté de commerce et d'industrie; elles permettent de frapper le patrimoine et mettent ainsi en cause des droits civils. Les litiges s'élevant à l'occasion de la mise en œuvre de ces dispositions constitueraient par conséquent des contestations relatives à des droits civils qui, en vertu de l'article 92 précité, sont de la compétence exclusive du pouvoir judiciaire³⁶. Cette critique explique sans doute que tant l'avant-projet Eyskens que le projet Maystadt (précité) disposent que les avis et décisions rendus par le Conseil de la concurrence ou le Ministre des affaires économiques peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction auprès de la cour d'appel³⁷. Il n'est pas interdit de penser que les écrits (précités) du Professeur R. ANDERSEN ont exercé une influence non négligeable dans le

²³ Sur cet avant-projet, cons. R. ANDERSEN, "Les projets de réforme...", *op. cit.*, spéc. pp. 159-161.

²⁴ V. R. ANDERSEN, "L'avant-projet de loi sur la concurrence et le rôle du pouvoir judiciaire", *Ann. dr. Louvain*, 1978, pp. 291 et suiv.

²⁵ R. ANDERSEN, *ibid.*, p. 292.

²⁶ Commenté par R. ANDERSEN, "L'avant-projet de loi sur la concurrence...", *op. cit.*

²⁷ R. ANDERSEN, *ibid.*, p. 296.

²⁸ R. ANDERSEN, *ibid.*, pp. 294, 300.

²⁹ R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, pp. 68-70 (l'auteur cite Ch. DEL MARMOL, F. DUMON, W. VAN GERVEN et J. STEENBERGEN parmi les partisans du contrôle administratif).

³⁰ R. DE MUELENAERE citant Ch. DEL MARMOL, *ibid.*

³¹ R. DE MUELENAERE citant F. DUMON, *ibid.*

³² R. DE MUELENAERE citant W. VAN GERVEN et J. STEENBERGEN, *ibid.*

³³ P. DE VISSCHER et C. CAMBIER cités par R. ANDERSEN, "L'avant-projet de loi sur la concurrence...", *op. cit.*, pp. 292-293.

³⁴ R. ANDERSEN, *ibid.*, p. 292.

³⁵ Une telle compétence est ainsi confiée au tribunal de commerce disposant du pouvoir de déclarer d'office la faillite. (V. F. 't KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 65 : "Le droit d'agir d'office est significatif du rôle essentiel de police économique exercé par le tribunal de commerce en la matière", souligné par nous).

³⁶ F. DUMON, "Projets de réforme et fonction juridictionnelle", *J.T.*, 1977, pp. 540, 541, cité par R. ANDERSEN, "Les projets de réforme...", *op. cit.*, p. 167.

³⁷ R. ANDERSEN, *ibid.*, p. 166

³⁸ R. ANDERSEN, "L'avant-projet de loi sur la concurrence...", *op. cit.*, pp. 301, 303.

³⁹ "D'où viendrait-il donc que le juge judiciaire belge, jugé compétent par le législateur communautaire pour apprécier si une entente ou l'exercice d'une puissance économique sont susceptibles d'affecter le commerce intra-communautaire, deviendrait techniquement incompétent pour juger si les mêmes comportements affectent la concurrence à l'intérieur de nos étroites frontières ?" ("L'avant-projet de loi sur la concurrence...", *op. cit.*, p. 300).

Signalons à cet égard que le débat est toujours en cours en France quant à la question de savoir si le contrôle des pratiques restrictives doit être confié à une autorité administrative ou au pouvoir judiciaire (cons. D. DANET, "Le conseil de la concurrence-juridiction incomplète ou juridiction innommée?", *R.I.D.E.*, 1991, pp. 3 et suiv., p. 4). L'auteur de l'étude précitée exprime l'opinion que le Conseil de la concurrence est une juridiction véritable et non pas une simple autorité administrative. Les objections formulées à l'encontre de cette position sont essentiellement les mêmes que celles qui furent élaborées en Belgique à l'encontre de l'attribution de larges compétences au pouvoir judiciaire en matière de droit de la concurrence. La première objection consiste à faire observer que le contrôle exercé par le Conseil de la concurrence ne peut être que d'opportunité. Réponse de l'auteur : "Ce pessimisme, fréquent chez les juristes, est conforté par les économistes de Chicago pour qui le droit antitrust ne peut trouver de légitimité que dans sa soumission étroite à une théorie microéconomique centrée sur la notion d'efficacité... Cette approche présente un mérite incontestable, celui d'insister sur la liaison qui doit nécessairement exister entre le droit de la concurrence et l'analyse économique. Cependant, elle fait la part belle à un scientisme réducteur. Le contrôle de la légalité économique ne se limite pas à la stricte observance par les autorités con-

cadre des travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991, laquelle renforce les attributions du pouvoir judiciaire. Effectivement, l'éminent auteur a estimé qu'il faut revaloriser le rôle du juge judiciaire dans le cadre de la législation sur la concurrence³⁸. Il s'est attaché à réfuter l'argument d'incompétence technique³⁹ et d'incompétence juridique (en citant F. DUMON) du juge judiciaire. Il a souligné que les administrés se trouvaient bien démunis face à la concentration des pouvoirs entre les mains de l'administration et ce tant dans le cadre de l'avant-projet Claes que, quoique dans une moindre mesure, dans celui du projet Maystadt⁴⁰. Dès lors, si la loi du 5 août 1991 confère toujours la compétence de décision à une juridiction administrative : le Conseil de la concurrence (et non plus au Ministre) en raison du caractère très spécialisé de la matière⁴¹, il s'agit de remarquer que (outre le fait que ledit Conseil est en partie composé de magistrats de l'ordre judiciaire) la cour d'appel de Bruxelles se voit confier la compétence de répondre aux questions préjudicielles (alors que le projet Maystadt confie cette compétence au Ministre) en plus de sa compétence de pleine juridiction pour connaître des recours dirigés contre les décisions du Conseil. De plus la préoccupation d'assurer un respect adéquat des droits de la défense fut une constante au cours de l'élaboration de la loi.

II. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX QUE SUSCITE LA LOI DU 5 AOÛT 1991

3. *L'objectif de la loi réside dans l'instauration et/ou le maintien de la "concurrence effective" (workable competition)*

La concurrence effective est le niveau de concurrence apte à permettre la réalisation d'un double objectif : "... d'une part, garantir le droit à l'entreprise individuelle d'exercer ses activités sur le marché de son choix dans des limites claires et clairement circonscrites et, d'autre part, créer le cadre pour que les entreprises et les particuliers bénéficient des effets favorables de la concurrence sur les prix et la qualité des produits. La "concurrence praticable" se distingue de la concurrence dite parfaite qui est davantage un modèle théorique"⁴².

Ainsi, "Dans l'aménagement de la concurrence, les intérêts du public comptent autant que ceux des entreprises commerciales. Du problème de la concurrence déloyale, nous nous trouvons entraînés vers celui de l'organisation concurrentielle du marché, sous l'influence de composantes aussi diverses que les intérêts des entreprises, la protection du consommateur, l'influence de la politique générale de l'Etat"⁴³.

currentielles des préceptes d'une doctrine, présentât-elle une rigueur scientifique incontestable. Il doit se définir comme la confrontation d'un comportement à un ensemble cohérent de règles de droit préalablement établi par une autorité constitutionnellement compétente. Sous cet angle, la logique de raisonnement du Conseil de la concurrence ne diffère pas de celle d'une juridiction. Il applique une méthode d'analyse objective qui correspond au syllogisme judiciaire. Il définit des règles d'interprétation de notions auxquelles il donne un contenu stable ; ententes, substituabilité des produits..." (souligné par nous).

⁴⁰ R. ANDERSEN, "Les projets de réforme...", *op. cit.*, pp. 171-174. Le projet Maystadt, quoiqu'attribuant des pouvoirs considérables au Ministre des Affaires économiques (autoriser certaines pratiques restrictives de concurrence, ordonner la cessation d'une telle pratique, infliger des astreintes, répondre aux cours et tribunaux quant à la licéité d'une pratique restrictive de concurrence), consacre une formule mixte associant magistrats et Ministre dans la prise de décision (le conseil de la concurrence, au sein duquel seuls des magistrats ont voix délibérative, prend lui-même certaines décisions; les décisions prises par le Ministre font l'objet d'un recours en pleine juridiction devant les cours d'appel et les tribunaux peuvent, mais n'y sont nullement tenus, saisir le Ministre d'une question préjudicielle, la réponse du Ministre revêtant la valeur d'un simple avis) : R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, pp. 68-70 et 156-159.

⁴¹ V. la réponse du Ministre à un intervenant déplorant que l'on ne fasse pas davantage confiance aux tribunaux de commerce (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 17).

⁴² *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 5.

⁴³ R. DE MUELENAERE (citant P. DURAND), *op. cit.*, p. 66.

On constate que la notion de concurrence effective (ou praticable) tend à la protection d'intérêts multiples : intérêt des entreprises, intérêt des consommateurs ⁴⁴, intérêt de l'Etat... voire intérêt écologique ? ⁴⁵

Cette multiplicité génère, il faut bien le dire, un certain flou quant à la signification précise de la notion, ce qui n'a pas manqué de générer une certaine insatisfaction du Conseil d'Etat ⁴⁶ ou au sein des parlementaires ⁴⁷. La réponse du Ministre fut d'opérer renvoi à la jurisprudence développée à cet égard par la Cour de justice des Communautés européennes ⁴⁸. La démarche du droit européen, consistant en un refus de procurer une définition théorique de la "concurrence" et en une faveur pour la détermination pragmatique des pratiques ne pouvant être admises, est donc retenue en vue d'approcher ce qui, dans le contexte belge, peut constituer une concurrence effective ⁴⁹.

4. Droit de la concurrence et réglementation des prix

On sait que la Belgique connaît un régime de réglementation des prix dont l'importance considérable ne peut être niée; cette législation a avant tout été conçue comme un outil permettant de lutter contre l'inflation ⁵⁰.

Cependant, cet instrument de contrôle des prix que constitue la réglementation susdite a fait l'objet de critiques au cours des dernières années ⁵¹. En conséquence, le projet Maystadt (précité) prévoyait que l'arsenal législatif et réglementaire en matière de contrôle des prix serait "progressivement démantelé au fur et à mesure de la mise en œuvre d'une politique active de la concurrence" ⁵². On ne peut qu'être frappé par l'absence de dispositions comparables dans la loi du 5 août 1991. L'examen des travaux préparatoires confirme cependant que l'attitude du législateur est demeurée inchangée quant au lien existant entre une politique de concurrence et une politique des prix. Néanmoins, celui-ci a finalement estimé qu'il était préférable de maintenir la réglementation des prix tout en initiant un mouvement de libéralisation des prix dans les secteurs où la concurrence exerce réellement un effet de modération des prix ⁵³. La réglementation des prix et la législation sur la concurrence sont donc perçus

Faculté de droit de Louvain, 1973.

⁵¹ Cons. R. ANDERSEN, "La réglementation publique des prix. Etat actuel de la question", *R.D.C.B.*, 1989, pp. 299 et suiv., spéc. p. 299 ("Un vaste mouvement néo-libéral conteste l'utilité du contrôle des prix et prône le retour à la liberté et à la vérité des prix. Il est proposé en termes d'alternative de laisser jouer les mécanismes du marché tout en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée par des ententes ou des abus de puissance économique").

⁵² R. ANDERSEN, *ibid.* et cons. les art. 30 à 32 du projet Maystadt.

⁵³ Les travaux préparatoires reflètent une discussion animée entre les opposants du maintien de la réglementation des prix (antagonismes des politiques de concurrence et de contrôle des prix, contrariété d'un régime de réglementation des prix avec un système d'économie de marché etc.) et le Ministre dont le point de vue a finalement prévalu. On peut résumer le propos de ce dernier de la manière suivante : "La liaison entre une politique de concurrence et l'objectif macroéconomique de stabilité des prix est communément admise... La prise en compte d'une liaison politique de concurrence/stabilité des prix ne vaut cependant qu'au niveau de l'économie toute entière. Elle ne peut l'être au niveau de chaque marché particulier. Une forme de contrôle des prix doit donc coexister à une politique de concurrence aux fins d'agir sur les secteurs fortement concentrés ou cartellisés. La présente loi donne les moyens de promouvoir efficacement la concurrence. Il sera possible dans cette mesure de procéder à un assouplissement de la réglementation des prix dans les secteurs où la concurrence joue son rôle de modération des prix ou dès qu'il apparaît que cette réglementation limite ou fausse la concurrence... dans les secteurs où il aura été démontré que la concurrence joue d'une façon satisfaisante, on évoluera d'une manière sélective d'une politique des prix vers une politique de concurrence, en vue d'exercer un impact favorable sur les prix au consommateur" (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 3 : à comparer avec les formulations quasi identiques pp. 3 et 13 du projet Maystadt); il existe certains secteurs où il est préférable de libéraliser les prix du fait qu'il existe une réelle concurrence mais dans certains secteurs "moins transparents", une telle libéralisation pourrait s'avérer dangereuse. De plus, la Belgique est le seul pays, souligne le Ministre, où existe une liaison entre les prix et les salaires, d'où danger supplémentaire d'une trop grande libéralisation des prix (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 15); "... dans un marché largement ouvert, comme l'est le marché belge, il n'est pas concevable de laisser la concurrence agir seule. Il importe ... de maintenir un outil susceptible de sauvegarder la compétitivité de notre économie lorsqu'elle est menacée d'une inflation importée" (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 2); "... il faut maintenir la peur du gendarme". Il subsiste en outre des secteurs qui sont demandeurs de réglementation en la matière (exemple du secteur automobile) (*ibid.*, p. 11); citation de l'art. 1er de l'"ordonnance française du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence posant le principe de la liberté des prix mais précisant toutefois qu'un décret peut réglementer les prix dans les secteurs où la concurrence par les prix est limitée et, d'autre part, que le gouvernement arrête par décret les mesures temporaires contre des hausses excessives de prix motivées par une situation de crise" (*ibid.*, pp. 71-72).

⁴⁴ Les travaux préparatoires précisent à cet égard (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 23) que la notion de "consommateur" reprise au texte de la loi doit être comprise dans le sens où la doctrine interprète cette même notion à propos de l'application des art. 85 et 86 du Traité C.E.E. : le "consommateur" est non seulement le consommateur final mais aussi le fournisseur et le client ayant conclu un contrat avec l'entreprise concernée.

⁴⁵ Le Ministre a déclaré, au cours des travaux préparatoires de la loi (*Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 12), ne pas être opposé au dépôt d'un amendement "qui viserait à inciter les responsables politiques à sauvegarder les chances d'une "économie écologique". Cette déclaration ne fut cependant pas suivie d'effet(s). On sait, par contre, que la loi du 14 juillet 1991 (précitée) sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur comprend un article 29 lequel dispose (§ 1er) que le Roi crée, au sein du Conseil de la consommation, une commission chargée d'émettre des avis et des recommandations au sujet de la publicité et de l'étiquetage relatifs aux effets sur l'environnement et au sujet de l'élaboration d'un code de publicité écologique (souligné par nous).

⁴⁶ Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 62 (avis du Conseil d'Etat).

⁴⁷ Lire, par exemple, l'intervention reproduite in *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 11.

⁴⁸ Cons., notamment, I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *Droit de la concurrence de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1991, § 216.

⁴⁹ V. la déclaration du Ministre des Affaires économiques in *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 12.

⁵⁰ Sur la réglementation des prix en Belgique, cons. : R. ANDERSEN, *La réglementation des prix en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1977; P. DE VROEDE, *Prijeregeling*, Leuven, Story-Scientia, 1976; T. BOURGOIGNE, *La réglementation des prix en Belgique*, Unité de droit économique,

⁵⁴ Conclusion du Ministre (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 72).

⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 161-162.

⁵⁶ Cons. à cet égard l'art. 3 de l'arrêté ministériel du 24 juin 1988 prescrivant la déclaration des hausses de prix (coordination officielle disponible auprès du Ministère des Affaires économiques) comprenant l'impressionnante liste des cas d'exemption de l'obligation de déclaration des hausses de prix. Parmi ceux-ci, relevons celui des entreprises dont le chiffre d'affaires hors T.V.A. n'exède pas 50 millions de francs (à l'exception de certains secteurs).

⁵⁷ V. J.L. FAGNART, "Concurrence et consommation...", *op. cit.*, pp. 32-33 (l'auteur distingue les règles du droit de la consommation qui, en ce qu'elles posent des règles de protection ne pouvant être invoquées que par la partie protégée, sont simplement impératives des règles du droit de la concurrence qui sont d'ordre public).

⁵⁸ Dont question infra.

⁵⁹ Sur la notion d'"entreprise", v. infra.

⁶⁰ Dont question infra.

⁶¹ L'engagement de la procédure d'office ou à la demande du Ministre ou du Conseil de la concurrence ne peut donc se faire "que lorsque des indications sérieuses le justifient" (souligné par nous). Le texte originaire de cette disposition (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 46) ne formulait aucunement cette restriction qui fut introduite suite à l'amendement déposé par M. DE CLERCK (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/4, pp. 5-6, amendement n° 31). La justification de cette limitation est qu' "Il faut...éviter qu'une instruction soit ouverte dans le seul but de rechercher des indications concernant une infraction; une telle instruction pourrait en effet discréditer gravement une entreprise".

⁶² Cette disposition est inspirée de l'art. 18 du Code judiciaire et il s'agit de se référer, quant à la notion d' "intérêt direct et actuel", à la doctrine qui s'est élaborée à propos de la saisine de la Commission des Communautés européennes (cons. *doc. parl.*, Sénat, n° 1289/2, pp. 55-56 :

comme des instruments complémentaires, la première permettant de suppléer aux défaillances du marché dans l'intérêt du consommateur ⁵⁴. Il n'existe donc, contrairement aux apparences, guère de différence entre le projet Maystadt et la loi du 5 août 1991 quant à la liaison entre réglementation des prix et droit de la concurrence. R. DE MUELENAERE ⁵⁵ avait d'ailleurs observé, dans son commentaire du projet Maystadt, que "...le Ministre des Affaires économiques n'a pas attendu le vote du projet de loi sur la concurrence pour exercer une politique de libération sélective des prix" ⁵⁶.

5. Caractère d'ordre public des dispositions de la loi du 5 août 1991

Cette caractéristique du droit de la concurrence est inhérente à l'objet de ce droit qui est de participer à l'organisation de l'économie et de relever, à ce titre, de l'ordre public économique ⁵⁷. De celle-ci résultent de larges possibilités ouvertes par la loi quant à la saisine du Service de la concurrence ⁵⁸, lequel est chargé de l'instruction des affaires entrant dans le champ d'application de la loi (ententes, abus de position dominante, concentrations). Ainsi l'article 23 de la loi prévoit que le Service est saisi :

- sur demande des entreprises ⁵⁹ ou associations d'entreprises concernées dans le cas d'une demande d'attestation négative ou d'exemption individuelle;
- sur demande des intéressés dans le cadre de la notification d'une concentration;
- **d'office ou à la demande du Ministre ou du Conseil de la concurrence ⁶⁰ lorsque des indications sérieuses le justifient ⁶¹ ;**
- sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel ⁶² dans les cas d'ententes, d'abus de position dominante ou de concentration;
- sur demande d'un organisme public ou d'une autre institution publique spécifique chargés du contrôle ou de la surveillance d'un secteur économique dans les cas d'ententes, d'abus de position dominante ou de concentration ⁶³ ;
- d'office ou sur demande du Ministre ou du Conseil de la concurrence dans le cas d'une proposition d'arrêté ministériel portant exemption par catégorie;
- sur demande de la Cour d'appel lorsque celle-ci est amenée à statuer sur une question préjudicielle.

6. Quant aux organes instaurés par la loi sur la protection de la concurrence économique

Les organes originaux mis en place par la loi du 5 août 1991 sont : le Service de la concurrence, le Conseil de la concurrence et la Commission de la concurrence.

Le Service de la concurrence (articles 14 et 15 de la loi) est une division dépourvue de personnalité juridique créée au sein de l'administration du Commerce du Ministère des Affaires économiques ⁶⁴. Le Service est chargé de la recherche et de la constatation des "pratiques de concurrence", de l'instruction des affaires, de l'établissement de rapports sur base desquels le Conseil de la concurrence est appelé à rendre ses décisions et de l'exécution des décisions prises ⁶⁵. L'article 15 prévoit que le Roi prendra les mesures nécessaires pour fixer le cadre organique du Service de la concurrence (il s'agit de faire appel à des agents disposant des aptitudes requises en la matière; ce cadre devra être adapté aux besoins accrus et des moyens

avec, notamment, l'intervention susvisée du Ministre : est considéré comme justifiant d'un intérêt légitime "tout tiers qui peut prouver que le comportement anticoncurrentiel incriminé lui porte préjudice, même potentiellement. Un simple particulier, un syndicat, un groupement quelconque sont donc en mesure d'adresser une plainte à la Commission. Un consommateur ou une association professionnelle qui remplirait les conditions précitées pourrait donc porter plainte et déclencher la procédure...Par ailleurs, même dans le cas où une plainte est irrecevable, le Service pourrait se servir des éléments fournis pour entamer d'office une instruction".

⁶³ Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 26 : "Peuvent en outre s'adresser au Service de la concurrence, les organismes publics ou autres institutions publiques spécifiques ... lorsqu'ils constatent, dans l'exercice de leur fonction, un comportement allant à l'encontre de la concurrence. On envisage entre autres la Commission bancaire, le Service de contrôle des assurances ou l'Institut belge des services postaux et des télécommunications ...".

⁶⁴ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 10, 23-24.

⁶⁵ Article 14 de la loi et cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 10.

adéquats devront être mis à sa disposition ⁶⁶) avant le premier jour du sixième mois qui suit celui au cours duquel la loi a été publiée au Moniteur belge (c'est-à-dire que cette tâche devra être accomplie avant le 1er avril 1992, ce qui, au moment où nous écrivons ces lignes -début mars 1992- semble fortement compromis en raison des péripéties politiques qu'a dû traverser le pays).

Le Conseil de la concurrence (articles 16 à 20 de la loi) est une juridiction ⁶⁷ administrative ayant son siège au Ministère des Affaires économiques; il est investi d'une compétence de décision quant aux pratiques de concurrence qui lui sont soumises par le Service de la concurrence ⁶⁸ et un avis peut lui être demandé ou formulé de sa propre initiative sur toute question relevant de la politique générale de la concurrence (article 16) ⁶⁹. Sa composition répond à deux objectifs : garantir l'indépendance et la spécialisation de ses membres ⁷⁰. C'est ainsi que l'article 17 § 1er dispose que le Conseil est composé de douze membres dont six (y compris le président, dont la voix est prépondérante en cas de partage égal des votes aux termes de l'article 19 § 3, et le vice-président) sont désignés parmi les magistrats de l'ordre judiciaire et six autres sont désignés en raison de leur compétence en matière de concurrence ⁷¹ ⁷². En outre, tout membre du Conseil doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique (article 18 § 1er); les membres peuvent être récusés pour les causes énoncées à l'article 828 du Code judiciaire et ceux désignés en raison de leur compétence en matière de concurrence ne peuvent délibérer dans une affaire où ils ont un intérêt ⁷³ ou s'ils représentent ou ont représenté l'une des parties intéressées (article 18 § 2) ⁷⁴. Enfin, le Conseil établit annuellement un rapport, faisant l'objet d'une publication, sur l'application de la loi (article 19 § 5) et procédera à une évaluation des seuils prévus en ce qui concerne les pratiques restrictives d'importance mineure (article 5) et les concentrations donnant lieu à contrôle (article 11); cette évaluation sera soumise aux Chambres législatives pour examen (article 19 § 6).

La Commission de la concurrence (articles 21 et 22 de la loi) est un organe paritaire consultatif institué au sein du Conseil central de l'économie ⁷⁵. Sa compétence d'avis s'exerce d'initiative ou à la demande : du Roi sur tout projet d'arrêté pris en exécution de la loi ⁷⁶; du Ministre ou du Conseil de la concurrence sur toute question de politique générale de la concurrence; du Conseil de la concurrence dans le cadre de l'élaboration d'un arrêté ministériel d'exemption par catégorie (article 21).

térielles et de fonctionnement : elle disposera des services logistiques du Conseil et jouira d'une indépendance de fonctionnement).

⁷⁶ L'art. 21 a/ ajoute une précision supplémentaire (" ... pour lequel celle-ci prévoit la consultation de la Commission ") qui, à notre avis, n'a guère de sens puisque l'article 21 prévoit de manière générale que la compétence d'avis de la Commission peut s'exercer de sa propre initiative.

⁶⁶ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 10.

⁶⁷ Comp. avec le débat toujours en cours en France quant à la question de savoir si le Conseil de la concurrence y constitue une juridiction ou une autorité administrative (D. DANET, " Le conseil de la concurrence... ", *op. cit.*, pp. 5 et suiv.).

⁶⁸ Le Conseil statue par une décision motivée après avoir entendu les entreprises intéressées et les éventuels plaignants en leurs moyens (art. 19 § 4).

⁶⁹ *Cons. doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 11, 24-25 : les lois sur l'emploi des langues en matière judiciaire sont d'application en raison du recours ouvert devant la cour d'appel de Bruxelles contre les décisions du Conseil et le caractère mixte du contentieux qui en résulte.

⁷⁰ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 25.

⁷¹ Parmi ces derniers ne peuvent figurer plus de trois personnes considérées comme participant à la gestion d'une société commerciale au sens de l'art. 205 du Code judiciaire.

⁷² Pour de plus amples détails quant à la désignation des membres du Conseil, cons. l'art. 17 § 3.

⁷³ La notion d' " intérêt " n'est nullement définie par la loi. Bien sûr, celle-ci évoque immédiatement l'art. 60 (modifié par la loi du 18 juillet 1991) des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Les situations couvertes sont cependant différentes : l'art. 60 précité envisage les conflits d'intérêts entre l'administrateur et la société dont il participe à la gestion tandis que l'art. 18 § 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique s'attarde aux cas d'identification ou de convergence de l'intérêt du membre concerné avec celui de l'entreprise, soit individuelle soit sociétaire, dont le comportement concurrentiel est soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence.

⁷⁴ Sur les causes de remplacement d'un membre, cons. l'art. 18 § 4.

⁷⁵ *Cons. doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 11 et 25 (l'institution au sein du Conseil central de l'économie est justifiée par des raisons ma-

⁷⁷ La notion de "but économique" ne doit pas être confondue avec celle d'"activité commerciale", la première revêtant un caractère beaucoup plus large que la seconde. Ainsi, les travaux préparatoires précisent (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 15-16) que les entreprises concernées sont celles relevant des secteurs tant public (v. *infra*) que privé, celles exerçant une activité industrielle, commerciale, agricole ou financière de même que les associations, les ordres professionnels et les professions libérales. La notion de "but économique" confère au concept d'"entreprise" visé par la loi une ampleur incontestablement plus grande que celle apparaissant dans le projet Maystadt (précité), lequel (art. 1er a/) limitait celui-ci aux "personnes physiques ou morales exerçant une activité industrielle, commerciale, agricole ou financière". Cette énumération ne permettait pas de couvrir "les activités artisanales, les professions libérales, ni les groupements poursuivant des activités purement sociales, professionnelles, religieuses, philanthropiques ou sportives" (R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, p. 72). Comp. ces développements avec ceux concernant l'"activité économique" que doit nécessairement poursuivre un groupement européen d'intérêt économique aux termes de l'art. 3 § 1er du règlement n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (*J.O.C.E.*, n° L 199 du 31 juillet 1985, p. 1) : la notion d'activité économique couvre non seulement les activités industrielle, commerciale, artisanale et agricole mais également les professions libérales et autres prestations de services. Seraient exclues de la notion d'activité économique les activités "désintéressées" telles que les activités culturelles, religieuses, sportives ou de bienfaisance (V. G.HORSMANS et P. NICAISE, "Les groupements et leur constitution", n° 47 et I. CORBISIER et P. DE WOLF, "Le fonctionnement et l'organisation des groupements d'intérêt économique", n° 4 in *Les groupements d'intérêt*

7. Quant aux agents économiques dont le comportement est visé par la loi

La loi se réfère très fréquemment à la notion d'"entreprise" laquelle est définie comme étant "toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique"⁷⁷ (article 1er a/ de la loi).

Les travaux préparatoires se réfèrent, quant à la clarification de cette notion, à la jurisprudence de la Cour européenne de justice en matière de concurrence⁷⁸ : "... la Cour de justice a défini une entreprise comme toute organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé"⁷⁹. Les auteurs de la loi poursuivent en précisant que la Cour a ainsi entendu retenir un critère fonctionnel : "... chaque entité dont les activités tendent à produire les effets visés par les articles 85 et 86 (du Traité C.E.E., n.d.l.r.) est à considérer comme une entreprise"⁸⁰.

La difficulté suscitée par le texte légal réside dans le cantonnement à la notion de personne (physique ou morale). Ainsi, l'absence de personnalité juridique apparaît exclusive de la constitution d'une entreprise au sens du droit de la concurrence. Or, les éclaircissements fournis par la jurisprudence et la doctrine européennes à cet égard indiquent clairement que la personnalité juridique n'est nullement une exigence en vue de l'attribution de la qualité d'entreprise. Il suffit que l'entreprise constitue un sujet de droit⁸¹. Il est certain que notre système juridique exprime une nette tendance à identifier personnalité (morale) et qualité de sujet de droit⁸². Cependant, d'autres systèmes juridiques, notamment celui de la République Fédérale d'Allemagne⁸³, ne pratiquent pas une telle assimilation (en d'autres termes : on peut y être sujet de droit sans pour autant posséder la qualité de personne morale). Or, la loi du 5 août 1991 est appelée à s'appliquer aux entreprises abstraction faite de leur nationalité⁸⁴ : dès qu'une pratique restrictive ou une concentration est appelée à produire certains effets restrictifs de concurrence sur le marché belge concerné, la loi est applicable (voy. articles 2, 3 et 11 de la loi). Bien sûr, l'on a fait remarquer que les entités dépourvues de personnalité morale pourront toujours être appréhendées par l'entremise des personnes physiques ou morales la consti-

économique, sous la direction de G.HORSMANS, Louvain-La-Neuve/Bruxelles, Académia/Bruylant, 1991).

⁷⁸ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 15-16.

⁷⁹ Les travaux préparatoires (*ibid.*) font référence à la décision du 13 juillet 1962 de la C.J.C.E. dans l'affaire Mannesman c. Haute Autorité (Jur., 1962, p. 675). Cette définition est reprise par P.V.F. Bos et J. STUYCK ("Concentratiecontrole naar EEG-recht", S.E.W., 1989, bl. 300 en volg., 348) : "Van een onderneming is...sprake indien een nauwkeurig omschreven economische doel wordt vervolgt met behulp van een organisatie bestaande uit menselijke, materiële en immateriële componenten".

⁸⁰ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 15. Cette compréhension large du concept d'"entreprise" est partagée par la Commission : "le terme (entreprise) doit être envisagé dans son acceptation la plus large couvrant toute entité engagée dans des activités économiques, industrielles et commerciales telles que production, distribution ou prestation de services, et s'étendant de la petite boutique tenue par une seule personne à la grande société industrielle" (Règles de concurrence de la Communauté européenne. Guide pour les petites et moyennes entreprises. Série Documentation européenne 1983/84, p. 17, citées par I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 204).

⁸¹ Cons. P.V.F. Bos en J. STUYCK, *op. cit.*, bl. 348 ("Rechtspersoonlijkheid is hierbij geen vereiste. Met Van Damme wordt gekozen voor de opvatting, dat een onderneming een rechtsobject ("sujet de droit") moet zijn"). V. également P. VAN OMMESLAGHE, "le règlement sur le contrôle des opérations de concentration ...", *op. cit.*, p. 269.

⁸² Cons. J. CALLEWAERT, "Réflexions sur les préalables à une harmonisation globale du droit des sociétés en Europe", R.P.S., 1989, n° 6502 (l'auteur expose notamment la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU en vertu de laquelle la titularité de droits patrimoniaux nécessite la détention de la personnalité, laquelle théorie imprègne notre droit. Par contraste, la conception allemande de la Gesamthand, qui ne s'identifie ni à l'indivision ni à la personnalité morale, offre une voie médiane permettant aux sociétés de personnes d'être titulaires de droits patrimoniaux (en d'autres termes, d'être sujets de droit) sans pour autant posséder la personnalité morale).

⁸³ V. note précédente.

⁸⁴ V. R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, p. 76 ("La nationalité des personnes parties à une entente est sans incidence quant à l'application de la loi. Sont écartées également les règles du droit international privé. Une entente sera soumise à la loi belge même si un contrat a été conclu à l'étranger et est soumis expressément à une législation étrangère, dès lors qu'elle produit un effet en Belgique. S'est posée la question de savoir si en regard de ce principe, les ententes à l'exportation échappaient au contrôle des autorités nationales. Il est admis que ce sera généralement le cas, sauf si elles exercent un effet déterminant sur la quantité des produits mis à la disposition des producteurs du marché intérieur").

tuant⁸⁵. Il reste cependant que la notion d'entreprise limitée par la loi à la détention nécessaire de la personnalité juridique semble en apparence indiquer que les sujets de droit étrangers ne possédant pas la personnalité juridique ne pourront être attirés devant le Conseil belge de la concurrence qu'à travers les personnes constituant ces entités alors que celles-ci sont, au sens de leur propre droit national, susceptibles d'être assignées comme telles en leur qualité de sujet de droit (et non pas à travers leurs membres) devant leurs juridictions nationales⁸⁶. L'attribution d'une telle conséquence à sa définition de l'entreprise n'a probablement été ni perçue ni souhaitée par le législateur belge. Reste la rédaction, à notre avis maladroitement restrictive de l'article 1er a/ de la loi du 5 août 1991. En conclusion nous estimons que la lettre de cette disposition devra être corrigée à la lumière de l'interprétation que procure le droit européen à la notion d'"entreprise". Ce détour par le droit européen est d'ailleurs préconisé, ainsi qu'on a pu l'observer ci-dessus, par les travaux préparatoires⁸⁷.

D'autre part, il faut saluer le choix finalement opéré par le législateur dans la loi du 5 août 1991 d'intégrer les entreprises publiques⁸⁸ ainsi que les banques et compagnies d'assuran-

schaf" in Festschrift, f.A. KELLERMANN, ZGR, Sonderheft 10, W. De Gruyter, Berlin, New York, 1991, S. 539 ff., insbes. S. 546.

⁸⁷ Le législateur européen, sans doute plus habitué à se mouvoir au sein de conceptions juridiques multiples, se garde généralement de confondre qualité de sujet de droit et possession de la personnalité juridique. En témoigne, par exemple, l'art. 1er § 3 du règlement (précité) relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique, lequel abandonne aux Etats membres l'option d'octroyer ou non la personnalité juridique aux groupements européens d'intérêt économique constitués sous l'empire de leur législation. On sait que le G.E.I.E. se rapproche dans ses caractéristiques notamment de la société en nom collectif (responsabilité illimitée des membres) qui, on vient de le voir, ne dispose pas de la personnalité juridique au sein de certains systèmes juridiques. Ceci ne porte pas préjudice à la qualité de sujet de droit du G.E.I.E. quel que soit l'Etat de sa constitution (v. G.HORSMANS et P. NICAISE, "les groupements et leur constitution" in *Les groupements d'intérêt économique, op. cit.*, n° 10-11).

⁸⁸ Le projet Maystadt (précité, art. 4 et 5) prévoyait l'applicabilité de la loi à l'Etat, aux Régions, Communautés, leurs diverses divisions ainsi qu'aux établissements publics et organismes d'intérêt public (bien que le Roi soit habilité à "prendre les mesures indispensables à l'accomplissement des missions particulières qui leur sont imparties"). Cette formulation prêtait à confusion en ce qu'elle semblait attribuer aux Etats eux-mêmes (et non pas seulement aux entreprises publiques) la qualité potentielle d'"entreprise" au sens de la loi. Cette formulation s'écartait de celle (nettement plus claire) de l'art. 90 du Traité C.E.E. en la matière et se heurtait à la jurisprudence de la Cour de justice des C.E. en vertu de laquelle les Etats membres ne peuvent être considérés comme des "entreprises" destinataires des règles érigées par les art. 85 et 86 du Traité (cons. I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 204).

L'applicabilité de la loi aux entreprises publiques (art. 47 de la loi du 5 août 1991 lequel dispose que "les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les autorités publiques accordent des droits spéciaux ou exclusifs sont soumises aux dispositions de la présente loi dans les limites où cette application ne fait pas échec en droit ou en fait à la mission particulière qui leur a été impartie par ou en vertu de la loi") a donné lieu à quelques échanges de vues intéressants entre le Ministre et des parlementaires. Ainsi un intervenant (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 18-19) a-t-il constaté que certains secteurs d'activité économique ont évolué progressivement vers un état de fait caractérisé par l'absence de concurrence. Il cite le cas d'Electrabel et se demande si le projet de loi a vocation à s'appliquer à des entreprises de ce genre. Réponse du Ministre: "En ce qui concerne les entreprises publiques, le texte du projet est clair. S'il existe un monopole légal, il ne peut y avoir de problème. Par contre, dès qu'une entreprise publique agit de façon commerciale, elle est soumise aux mêmes règles que les autres entreprises... Au cas où une plainte serait déposée pour pratiques restrictives de concurrence, abus de position dominante ou concentration dans ce secteur (celui du gaz et de l'électricité, n.d.l.r.) après l'adoption du projet...il appartiendrait aux organes nouvellement créés de se prononcer...La Commission européenne a pris une décision dans une affaire relative à la production et à la distribution du gaz aux Pays-Bas. En cas de doutes concernant le comportement futur de la société Electrabel, il faudra déposer plainte après l'entrée en vigueur de la loi en projet" (Cons. également *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 49-50 où est évoqué, en des termes similaires par le Ministre, le cas de la Loterie nationale). D'autre part, la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques (*M.B.*, 27 mars 1991, pp. 6155 et suiv.) confirme que les entreprises publiques y concernées sont désormais placées dans un cadre concurrentiel comparable à celui dans lequel se trouvent placées les entreprises privées (v. son art. 9 disposant que les entreprises publiques autonomes sont soumises à la législation sur le contrôle des prix; qu'elles déterminent librement les tarifs et les structures tarifaires pour les prestations autres que celles de service public qu'elles fournissent; qu'elles déterminent les tarifs et les structures tarifaires pour les prestations de service public dans les limites des principes concernant les tarifs contenus dans le contrat de gestion). Elles sont en outre parfaitement en mesure d'acquérir une position dominante dans un marché déterminé (cons. l'art. 13 de la loi précisant que les entreprises publiques autonomes peuvent prendre des participations directes ou indirectes dans des sociétés, associations et institutions de droit public ou privé dont l'objet est compatible avec leur objet social).

⁸⁵ R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, p. 71. Une observation similaire est faite par J.L. FAGNART ("Concurrence et consommation...", *op. cit.*, p. 24) à propos de la définition de la notion de "vendeur" procurée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information du consommateur (précitée) (l'art. 1,6,c de cette loi dispose quant au terme "vendeur" que celui-ci inclut "les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente des produits ou des services", souligné par nous). L'auteur précise, quant aux "associations de fait", que le "vendeur" est dans ce cas "la personne physique par laquelle agit une association de fait".

⁸⁶ Cons. l'art. 124 (1) du HGB allemand (disposition applicable aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite via l'art. 161 (2) du HGB) disposant notamment que les sociétés concernées, lesquelles ne disposent pas de la personnalité morale (cons. art. 105 (2) HGB et V. A. KRAFT und P. KREUTZ, *Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main, Metzner Verlag, 1988, S. 63*), peuvent agir en justice et être à leur tour traduites en justice ("vor Gericht klagen und verklagt werden").

Quant à la société civile allemande (BGB - Gesellschaft, Cons. §§ 705 ff. BGB), la doctrine dominante distingue encore aujourd'hui entre les actions où la société agit en qualité de demanderesse et celles où la société est atraite en tant que défenderesse: les associés forment une communauté nécessaire (notwendige Streitgenossenschaft) pour les premières mais doivent être attirés individuellement pour les secondes. La doctrine contemporaine plaide cependant pour l'extension d'une règle similaire au § 124 HGB aux sociétés civiles (dont l'indépendance par rapport à ses membres n'a cessé de croître au cours des dernières années): H. WIEDEMANN, "Zur Selbständigkeit der BGB-Gesell-

⁸⁹ L'art. 5 § 2 du projet Maystadt excluait les entreprises de banque et d'assurances du champ d'application de la loi. Cette exclusion fut critiquée par la doctrine car elle est inexistante en droit communautaire (cons. R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, p. 73 et surtout R. ANDERSEN, "Les projets de réforme...", *op. cit.*, pp. 175-176). Par contre, les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 sont clairs (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 5) : "La loi en projet sera, dit le Ministre, également applicable aux banques et aux assurances. Des accords de coopération technique avec la Commission bancaire et l'Office de contrôle des assurances pourront toutefois être passés en ce qui concerne l'instruction des affaires dans le cadre de l'application de la loi... De tels accords seront également possibles dans les autres secteurs économiques placés sous le contrôle ou la surveillance d'un organisme public ou d'une autre institution publique spécifique". Cons. à cet égard l'art. 25 § 2 de la loi.

⁹⁰ Le projet Maystadt (précité) prévoyait en outre l'inapplicabilité de la loi "aux pratiques restrictives de concurrence autorisées par une loi ou dans le cadre d'une procédure prévue par une loi". Cette limitation a été critiquée par la doctrine (v. R. ANDERSEN, "Les projets de réforme...", *op. cit.*, pp. 175-176) en ce qu'elle ne trouve aucun appui dans une restriction similaire formulée par le droit européen. La loi du 5 août 1991 n'a pas repris ce cas d'inapplicabilité de la loi.

⁹¹ Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 5.

⁹² V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 3. Le Conseil d'Etat précisa à cet égard que la marge d'appréciation réservée au législateur belge se limite "aux accords, décisions ou pratiques restrictifs de la concurrence qui n'ont une incidence significative que sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci. Il s'agit non seulement du marché entre les entreprises opérant en Belgique, mais également de la partie transfrontalière du marché qui se développe en Belgique sans être soumis à

ces ⁸⁹ dans le champ des entreprises susceptibles de se voir appliquer les dispositions relevant du droit de la concurrence ⁹⁰.

8. Quant à l'articulation des droits belge et européen de la concurrence

Remarque préliminaire d'importance : il importe, dans un souci de sécurité juridique, d'interpréter les dispositions du droit belge à la lumière de la jurisprudence développée à l'occasion de l'application du droit européen de la concurrence (articles 85 et 86 du Traité C.E.E. et règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises) ⁹¹. Cette prise de position du législateur explique sans aucun doute la grande similitude de rédaction existant entre les textes européens précités et les dispositions de la loi du 5 août 1991.

a/ La nécessité d'un droit belge de la concurrence fut soulignée au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 étant donné que les pratiques restrictives de concurrence (ententes, abus de position dominante) revêtant un caractère purement national ne pourraient être poursuivies au regard du droit européen ⁹².

L'article 8 de la loi ⁹³ est, en matière d'ententes, une application du principe bien établi de la primauté du droit communautaire sur le droit national d'un Etat membre ⁹⁴. Il importe de bien délimiter la portée de ce principe. Effectivement, celui-ci n'exclut pas les procédures parallèles devant les autorités communautaires et nationales. Il n'exclut pas non plus un éventuel cumul de sanctions prononcées aux niveaux national et communautaire, de simples considérations d'équité impliquant cependant qu'il soit tenu compte, lors de la détermination d'une sanction, d'une décision répressive antérieure ⁹⁵. Diverses situations doivent être distinguées :

1° Un accord ou une pratique est interdit en vertu des articles 85 et 86 du Traité C.E.E.. Dans ce cas, le principe de la primauté du droit communautaire entraîne l'application de l'interdiction édictée nonobstant toute décision contraire résultant de la mise en oeuvre d'un droit national. Une interdiction concurrente et d'éventuelles sanctions prononcées en vertu d'un droit national sont cependant permises ⁹⁶.

2° Un accord ou une pratique n'est interdit ni par l'article 85 ni par l'article 86 du Traité C.E.E. Dans cette hypothèse, les dispositions nationales trouveront à s'appliquer sans entrave ⁹⁷.

3° Un accord ou une pratique est interdit en vertu de l'article 85 § 1er du Traité C.E.E. mais bénéficie d'une exemption en vertu du § 3 du même article. "Cette situation est la plus complexe et la plus controversée" ⁹⁸. Dans les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991, tant le Conseil d'Etat ⁹⁹ que le Ministre des Affaires économiques se sont alignés sur la position de la Commission en vertu de laquelle une autorité nationale ne pourrait intervenir à l'encontre d'une entente exemptée de l'application de l'article 85 du Traité ¹⁰⁰. Cette prise de position n'a pas toujours suscité l'enthousiasme le plus complet au sein des parlementaires. Ainsi, un intervenant s'est demandé "si les entreprises ne chercheront pas à échapper à la procédure belge afin de bénéficier de la procédure européenne, sans doute plus "coulante" que la procédure belge..." ¹⁰¹. Il nous semble effectivement que le danger de contournement d'une procédure nationale via l'obtention d'une exemption sur le plan européen est bien réel, à

l'interdiction d'ententes imposée au niveau européen" (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 61).

⁹³ Tant qu'ils bénéficient d'une exemption en vertu de l'article 85 § 3 du traité instituant la Communauté économique européenne, les accords, décisions et pratiques concertées ne doivent pas être notifiés".

⁹⁴ Cons. I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, §§ 257 et 258.

⁹⁵ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 7; I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *ibid.*

⁹⁶ I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *ibid.*

⁹⁷ *ibid.*

⁹⁸ *ibid.*

⁹⁹ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 61.

¹⁰⁰ Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 7 et 20 (avec citation de W. VAN GERVEN, M. MARESCAU en J. STUYCK, *Kartelrecht - EEG*, W.E.J., Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, bl. 45).

¹⁰¹ Intervention reproduite in *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 13, voy. aussi p. 20.

condition bien sûr que la pratique visée tombe sous le coup de l'article 85 § 1er du Traité. On ¹⁰² a fait observer à cet égard que certains auteurs ont opéré une distinction entre les exemptions qui se limitent à constater la conformité d'une pratique avec les règles communautaires de concurrence et les exemptions accordées à des fins de politique communautaire (seule cette dernière hypothèse serait exclusive de l'intervention des autorités nationales).

4° Un accord ou une pratique est interdit par l'article 85 § 1er du Traité C.E.E. mais est susceptible de bénéficier ultérieurement d'une exemption issue de l'application du troisième paragraphe de l'article 85. Dans ce cas, le Ministre se réfère à la jurisprudence européenne issue de l'arrêt Wilhelm ^{103 104} dont il résulte que les autorités d'un Etat membre peuvent intervenir à l'encontre d'une entente en application de leur droit interne de la concurrence même lorsque l'examen de cette entente sous l'angle du droit communautaire est pendant devant la Commission " sous réserve cependant que cette mise en oeuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci " ¹⁰⁵. Le même arrêt précise encore que " dans les cas où, au cours d'une procédure nationale, il apparaît possible que la décision par laquelle la Commission mettra fin à une procédure en cours concernant le même accord pourrait s'opposer aux effets de la décision des autorités nationales, il appartient à celles-ci de prendre les mesures appropriées ". Ces " mesures appropriées " pourront consister en une suspension de la procédure nationale jusqu'à ce que l'autorité communautaire se soit prononcée mais une telle solution ne s'impose nullement ¹⁰⁶. Ainsi, l'autorité nationale pourrait-elle consulter la Commission avant de rendre sa décision ¹⁰⁷. D'autre part, l'autorité nationale pourrait interdire une entente qui apparaît clairement non susceptible de bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 85 § 3 du Traité (un conflit entre décisions nationale et communautaire étant exclu dans ce cas puisqu'elles aboutissent toutes deux au même résultat) ¹⁰⁸.

b/ Quant à l'articulation de la réglementation belge issue de la loi du 5 août 1991 (art. 9 et suiv.) concernant le contrôle des concentrations et du règlement communautaire (précité) en la matière, l'article 13 de la loi prémentionnée dispose que " Les concentrations qui sont soumises au contrôle de la Commission des Communautés européennes ne sont pas soumises au contrôle instauré par la présente loi ". Les travaux préparatoires révèlent à cet égard le souci d'éviter un double contrôle et d'assurer une certaine sécurité juridique au sein des entreprises ¹⁰⁹. Plus précisément, l'entrée en scène des autorités communautaires ou nationales de contrôle des concentrations va s'opérer de la manière suivante.

La lecture des articles 3 du règlement et 9 de la loi du 5 août 1991 révèle, à une notable exception près ¹¹⁰, que la définition procurée à la notion de " concentration " est la même dans les deux textes. Cette démarche de " copiage " des dispositions européennes se situe bien dans la logique, déjà envisagée, animant le législateur belge. Le critère principal déterminant l'intervention des autorités communautaires ou nationales en matière de contrôle des concentrations se situe dès lors dans la dimension, soit communautaire soit nationale, de la concentration ^{111 112}. A partir de ce préalable, on peut esquisser le schéma qui suit, lequel doit également envisager l'éventualité de l'application des articles 85 et 86 du Traité C.E.E. aux concentrations ¹¹³.

1° L'article 22 § 1er du règlement (reproduit supra) peut être perçu comme une déclaration d'intention de la Commission de ne pas appliquer les articles 85 et 86 aux concentrations de dimension communautaire. Néanmoins, il n'appartient pas à un règlement de modifier le Traité C.E.E.. Dès lors, il ne faut pas entièrement écarter la possibilité que la Commission applique un jour les articles 85 et 86 à une concentration de dimension communautaire et ce en vertu de l'article 89 du Traité. De plus, une autorité nationale de protection de la concurrence pourrait, en se prévalant de l'article 88 du Traité, appliquer les articles 85 et 86 à une concentration de dimension communautaire en cas de conflit avec la Commission à cet égard.

¹¹³ On se référera, pour de plus amples développements à P. VAN OMMESLAGHE, " Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration... ", *op. cit.*, pp. 265-268; A. VANDERELST en F. WICKMANS, " EEG concentratiecontrole... ", *op. cit.*, bl. 356-364; A. PAPPALARDO, " Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations ", *op. cit.*, p. 33; B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, " Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations ", *J.T.*, 1990, pp. 245 et suiv. et spéc. pp. 255-256.

¹⁰² I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *ibid.*

¹⁰³ Wilhelm C. Bundeskartellamt, aff. 14/68, Rec., 1969, p. 1.

¹⁰⁴ Cons. doc. parl., Chambre, n° 1282/6, pp. 27-29.

¹⁰⁵ V. également I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *ibid.*

¹⁰⁶ C'est ainsi que le Ministre s'est opposé à un amendement visant à suspendre automatiquement la procédure nationale jusqu'au prononcé de la décision communautaire (v. doc. parl., Chambre, n° 1282/6, pp. 27-29 et Sénat, n° 1289-2, pp. 29-31).

¹⁰⁷ I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *ibid.*

¹⁰⁸ Cons. doc. parl., Chambre, n° 1282/6, pp. 27-29.

¹⁰⁹ V. doc. parl., Chambre, n° 1282/1, p. 23

¹¹⁰ Qui sera envisagée infra dans la partie spéciale de cette étude consacrée au contrôle des concentrations.

¹¹¹ Et ce malgré la rédaction (inadvertance ?) de l'art. 22 § 1er du règlement disposant que " Le présent règlement est seul applicable aux opérations de concentration telles que définies à l'art. 3 " (l'art. 3 se limite à la définition de la notion de concentration, la dimension communautaire étant visée à l'art. 1er).

¹¹² Une opération de concentration est de dimension communautaire lorsque (art. 1er du règlement) " a/ le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus; et b/ le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre ".

Une opération de concentration est de dimension nationale belge lorsque (art. 11 de la loi du 5 août 1991) " les entreprises concernées totalisent ensemble un chiffre d'affaires, ..., de plus d'un milliard de francs et contrôlent ensemble plus de 20 % du marché concerné ".

En outre, si l'application directe de l'article 85 par les tribunaux nationaux semble exclue en l'absence d'une décision de la Commission ou d'une autorité nationale de protection de la concurrence constatant la violation de cette disposition et l'inapplication d'une exemption¹¹⁴, la solution paraît autre pour l'article 86 dont la Cour de justice admet l'application directe aux litiges entre particuliers indépendamment de tout règlement d'application (la Cour se fonde en l'espèce sur la considération qu'aucune exemption n'est possible en matière d'abus de position dominante).

2° L'article 21, §§ 1er et 2, exclut l'intervention d'autorités nationales et l'application de législations nationales aux opérations de concentration de dimension communautaire (ces dispositions trouvent en l'article 13 -précité- de la loi du 5 août 1991 leur reflet). Il est dès lors possible de se soustraire à l'intervention des autorités nationales de contrôle des concentrations en se soumettant à la procédure communautaire¹¹⁵. Il existe cependant un certain nombre de cas où l'intervention des Etats membres reste possible :

- en vue de prendre les mesures aptes à assurer la protection d'intérêts légitimes (sécurité publique, pluralité des médias, règles prudentielles et autres intérêts reconnus comme tels par la Commission) (article 22 § 3 du règlement);
- pour demander le renvoi aux autorités nationales en vue de préserver ou de rétablir une concurrence sur le marché intérieur de l'Etat concerné (" clause allemande " dont question supra, article 9 du règlement).

3° Rappelons l'existence de la " clause hollandaise " (envisagée supra) utile aux Etats ne possédant pas de régime interne de contrôle des concentrations (article 22 § 3 du règlement).

4° Enfin, *last but not least*, les autorités nationales peuvent appliquer leur législation nationale de contrôle des concentrations aux concentrations n'atteignant pas la dimension communautaire.

9. Entrée en vigueur et application dans le temps de la loi du 5 août 1991

Deux dispositions doivent retenir ici l'attention.

L'article 57 § 1er de la loi dispose tout d'abord que celle-ci entre en vigueur le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui au cours duquel elle aura été publiée au Moniteur belge. Sachant que la loi a été publiée en octobre 1991 au Moniteur, la loi entrera en vigueur le 1er avril 1993. Cette échéance, apparaissant quelque peu lointaine dans un contexte d'inflation voire même de délire législatif, explique-t-elle le peu d'intérêt que cette loi a jusqu'à présent suscité au sein de la doctrine ? Cette impression se renforce d'autre part si l'on sait que la mise en oeuvre de la loi nécessite la confection de nombreux arrêtés d'application¹¹⁶. Bien que l'article 57 § 2 dispose à cet égard que le Roi pourra mettre en oeuvre le pouvoir réglementaire lui dévolu à partir du 1er novembre 1991, aucun arrêté n'a encore été pris, à notre connaissance, la chose s'expliquant par ailleurs du fait des péripéties politiques déjà signalées qu'a connu dernièrement notre pays.

D'autre part, l'article 48 § 1er de la loi porte que l'ouverture d'une instruction à propos d'un comportement concurrentiel visé par la loi ne pourra être ouverte que sur base de faits ne remontant pas à plus de cinq ans, ce délai se calculant à partir de la décision du Service de la concurrence de procéder à une instruction ou de la saisine de ce même Service en vue de procéder à une instruction.

Quant aux délais de prescription, l'article 48 § 2 dispose que la procédure d'instruction et de décision se voit appliquer le délai -prémentionné- de l'article 48 § 1er (prescription pouvant être interrompue par des actes d'instruction ou de décision, lesquels font courir un nouveau délai d'égale durée); les amendes et astreintes sont prescrites par cinq ans à dater de la notification de la décision (prescription pouvant être interrompue par des actes de recouvrement, lesquels font courir un nouveau délai de même durée, article 48 § 3)¹¹⁷.

¹¹⁴ En vertu de la jurisprudence issue des arrêts Bosch du 6 avril 1982 (aff. 13/61, Rec., p. 91) et Ahmed Saeed du 11 avril 1989 (S.E.W., 1989, bl. 609, en noot SLOr).

¹¹⁵ Quoique l'art. 19 du règlement prévoit que la Commission agit en étroite liaison avec les autorités compétentes des Etats membres dans le cadre du traitement des affaires qui lui sont soumises.

¹¹⁶ Le Roi devra déterminer les modalités d'introduction des demandes d'attestation négative (art. 6 § 2) de même que celles de notification d'une entente (art. 7 § 3), de notification d'une concentration (art. 12 § 3). D'autre part, le Roi devra prendre les mesures nécessaires en vue de la mise en place du Service de la concurrence (art. 15), désigner les membres composant le Conseil de la concurrence (art. 17 § 3), approuver le règlement d'ordre intérieur du Conseil (art. 19 § 1er), fixer la rétribution des membres du Conseil (art. 20), déterminer la composition, le fonctionnement et la rétribution des membres de la Commission de la concurrence (art. 22). Dans le cadre de l'instruction des affaires, le Roi peut prescrire toute formalité en vue de la constitution et de l'introduction des dossiers ainsi que fixer les modalités de la procédure devant le Service de la concurrence (art. 25 § 1er); il fixe les règles de procédure devant le Conseil de la concurrence (art. 27 § 3). Enfin, le Roi détermine les délais et les modalités du paiement des amendes et astreintes (art. 52 al. 3).

¹¹⁷ Quant aux dispositions pénales portées par la loi, il y aura lieu d'appliquer le droit commun en la matière (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 36).

III. PREMIÈRE APPRÉHENSION DES RÉGIMES PARTICULIERS DE PROTECTION DE LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE (INTERDICTION DES ENTENTES ET DES ABUS DE POSITION DOMINANTE, CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS) INSTAURÉS PAR LA LOI

10. Quant à l'interdiction des ententes

Rappelons tout d'abord que l'article 2 de la loi du 5 août 1991 prohibant les ententes est directement inspiré de l'article 85 du Traité C.E.E.¹¹⁸. Quelques différences, que l'on s'efforcera de souligner, existent néanmoins entre les deux législations.

La loi du 5 août 1991 se distingue nettement du projet Maystadt (précité) en ce que ce dernier instaurait un système de contrôle a posteriori des ententes¹¹⁹ tandis que la première opte pour la solution communautaire de la nullité de plein droit ex tunc des ententes interdites (article 2 § 2 de la loi)¹²⁰.

Par ailleurs, le projet Maystadt prévoyait une possibilité d'exemption " pour d'autres raisons d'intérêt général " (article 6 b/¹²¹) en plus des justifications qui, au sens de l'article 85 § 3 du Traité, permettent d'obtenir une exemption (article 6 a/ du projet)¹²². Cette disposition a disparu de l'article 2 § 3 de la loi du 5 août 1991.

Par contre, l'article 2 § 3 de la loi formule une opportunité d'exemption inconnue du droit européen, elle concerne les ententes " qui permettent aux petites et moyennes entreprises d'affermir leur position concurrentielle sur le marché concerné ou sur le marché international " *Le Belgian touch* en matière de réglementation de la concurrence s'exprimant en une faveur indéniable pour les P.M.E. s'exprime clairement ici¹²⁴. Malheureusement, la loi ne définit nullement la notion de " petite et moyenne entreprise " apte à justifier l'octroi d'une exemption. Cette carence sera, à coup sûr, source d'incertitudes dont le législateur n'a peut-être pas mesuré l'ampleur potentielle¹²⁵. Notons que le critère auquel l'on songe immédiatement en vue d'appréhender la notion de P.M.E., à savoir l'article 12 § 2 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises¹²⁶, ne peut être utilisé dans ce cadre. En effet, cette disposition est certes exploitée par le texte légal mais elle ne l'est qu'en vue de définir les cas d'inapplicabilité des interdictions érigées par la loi (pratiques dites d'" importance mineure ", article 5 de la loi du 5 août 1991, voy. infra). Or, l'exemption en

possibilité d'exemption des ententes dites " de crise " (poursuivant un objectif estimé prioritaire par rapport au maintien d'une concurrence effective).

¹²³ Le texte initial du projet n'exprimait pas l'alternative du renforcement de la position concurrentielle sur le marché international (seul le marché (belge) concerné était visé). La version définitive du texte fut adoptée ensuite d'un amendement déposé par M. DE CLERCK (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/3, p. 4).

¹²⁴ " Ceci se justifie ... dans un contexte national où le rôle des petites et moyennes entreprises est relativement plus important que dans le commerce intracommunautaire " (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 18).

Une tentative de renforcer encore cet aspect protectionniste de la législation belge en matière de concurrence s'est exprimée, sans être couronnée de succès, au cours des travaux préparatoires. Ainsi M. DE CLERCK a-t-il proposé un amendement visant à introduire un article 2bis précisant qu'il n'existe pas de pratique restrictive dans la mesure où la concurrence demeure possible sur le territoire belge du fait d'entreprises étrangères (l'objectif étant de permettre aux P.M.E. belges de faire face à la concurrence européenne). Le Ministre déclara ne pouvoir accepter cet amendement : le projet tend en effet à maximiser la concurrence entre agents économiques opérant sur le marché belge abstraction faite de la nationalité de ceux-ci; de plus, une telle règle s'inscrirait à l'encontre de l'article 7 du Traité C.E.E. interdisant les discriminations fondées sur la nationalité à l'intérieur de la Communauté européenne. L'amendement dont question fut alors retiré (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 21-22).

¹²⁵ Le Conseil d'Etat (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 63) fit pourtant remarquer que " Dans notre législation, l'expression "petites et moyennes entreprises" a, du reste, diverses acceptions et ne constitue, dès lors, pas une notion juridique sûre ".

¹²⁶ Cette disposition est la suivante :

" Le § 1er (prévoyant la tenue d'une comptabilité selon un schéma abrégé, n.d.l.r.) s'applique aux entreprises qui ne dépassent pas plus d'une des limites suivantes suivantes :

- nombre des travailleurs occupés, en moyenne annuelle, 50;
- chiffre d'affaires annuel, hors taxe sur la valeur ajoutée, 170 millions de francs;
- total du bilan, 85 millions de francs; sauf si le nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle, dépasse 100... " (les chiffres en gras indiquent qu'ils ont été relevés, ainsi que le permet l'art. 12 § 2, par un arrêté royal en date du 30 décembre 1991).

¹¹⁸ Cette volonté de décalquer en quelque sorte les dispositions de l'article 85 dans l'ordre interne belge est clairement exprimée dans les travaux préparatoires de la loi (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 8 et 16).

¹¹⁹ V. les art. 3 et 6 du projet Maystadt et cons. R. DE MUELENAERE (*op. cit.*, pp. 68 et 78) lequel différencie le projet de la réglementation communautaire issue de l'art. 85 § 2 du Traité C.E.E. : le projet interdit les ententes (art. 3) mais cette interdiction n'aura d'effet qu'ensuite d'une décision individuelle et l'exemption éventuellement accordée (art. 6) est purement déclarative d'une légalité existante dont les effets remontent au moment de la constitution de l'entente; par contre le droit communautaire pose un principe d'interdiction dont l'effet immédiat sera la nullité de l'entente interdite : la notification en vue de l'obtention d'une exemption est dépourvue d'effets suspensifs, la nullité rétroagissant au jour de la formation de l'entente, et l'exemption accordée revêt un caractère constitutif.

¹²⁰ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 17 (la nullité des ententes " a la même portée que celle de l'art. 85 § 2 du Traité...La "validité provisoire" doit être acceptée pour les ententes existant à la date de l'entrée en vigueur de la loi et qui ont été notifiées...la nullité n'affecte que les clauses contraires à l'interdiction de l'article 2 § 1er ").

¹²¹ Celui-ci précise que " sont pris en considération notamment les impératifs de politique industrielle, commerciale, agricole, financière, technologique, culturelle, sociale ou régionale et de compétitivité des entreprises sur les marchés étrangers ". En d'autres termes, il s'agissait d'introduire une *rule of reason* (dont question infra à propos du contrôle des concentrations) au niveau du régime d'exemption des ententes. Rappelons que le projet Maystadt ne se préoccupait que des ententes et des abus de position dominante (et non pas du contrôle des concentrations).

¹²² Cons. R. DE MUELENAERE (*op. cit.*, pp. 78, 80) : il s'agissait d'instaurer une

¹²⁷ L'abstention, dans le chef des entreprises concernées, de satisfaire à leur obligation de notifier leur entente peut entraîner certaines conséquences financièrement fâcheuses pour elles. Effectivement, l'art. 36 de la loi dispose que le Conseil de la concurrence pourra infliger des amendes d'un montant pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires des entreprises concernées en cas de décision constatant l'existence d'une pratique prohibée. Or, l'art. 39 prévoit que ces amendes ne pourront être infligées " pour des agissements postérieurs à la notification visée à l'article 7 § 1er, et antérieurs à la décision par laquelle l'application de l'article 2 § 3, est accordée ou refusée... "

¹²⁸ La rédaction de l'art. 7 aurait pu faire surgir un doute quant à la soumission au principe d'interdiction des ententes aux pratiques y énoncées mais celui-ci est écarté par les travaux préparatoires (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 20).

¹²⁹ Aux termes des travaux préparatoires (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 20).

¹³⁰ Les travaux préparatoires (*ibid.*) confirment que les points 1 et 2 de l'art. 7 § 2 énoncent des cas de figure alternatifs et non point cumulatifs.

¹³¹ Rappelons à cet égard que la pratique des prix de revente imposés est illicite en droit communautaire (il s'agit véritablement d'une interdiction " per se "). Cependant, la pratique des prix de revente conseillés fait l'objet d'une indulgence croissante de la part des autorités communautaires et ce au nom d'un certain réalisme économique. En témoigne l'art. 5 e/ du règlement 4087/88 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, à des catégories d'accords de franchise, *J.O.C.E.*, n° L 359/46 (1988) autorisant la formulation de recommandations quant aux prix de revente alors que la pratique des prix conseillés fut d'abord interdite au même titre que celle des prix imposés par les autorités précitées. Cette affirmation de la licéité de la pratique des prix conseillés ne porte cependant pas préjudice à l'interdiction de l'entente ou de la pratique concertée, que la clause de

faveur des P.M.E. de l'article 2 § 3 se situe sur un plan différent : celui d'ententes auxquelles l'interdiction légale est bel et bien applicable mais qui seront éventuellement exemptées (hypothèse étrangère aux pratiques d'importance mineure auxquelles la loi est inapplicable " jusqu'à preuve du contraire ", précise l'article 5).

Enfin signalons l'insertion, sans doute (quoique son introduction ne soit guère justifiée par les travaux préparatoires) inspirée par des considérations essentiellement pragmatiques, d'un article 7 § 2 énonçant une série de cas pour lesquels le régime de notification obligatoire de l'entente (article 7 §§ 1er et 3) ¹²⁷ est inapplicable et ce bien que le principe d'interdiction des ententes soit tout aussi applicable à leur égard ¹²⁸. Cette inapplicabilité vise certains " contrats usuels " ¹²⁹ ordonnés autour de deux alternatives (points 1 et 2 de l'article 7 § 2) ¹³⁰ : il s'agit d'accords, décisions et pratiques concertées...

1. auxquels ne participent que deux entreprises et ayant seulement pour effet :
 - a/ de restreindre la liberté de formation des prix ¹³¹ ou conditions de transaction d'une partie au contrat lors de la revente de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat ou
 - b/ d'imposer à l'acquéreur ou à l'utilisateur de droits de propriété industrielle ou au bénéficiaire de contrats comportant cession ou concession de procédés de fabrication ou de connaissances relatives à l'utilisation et à l'application de techniques industrielles, des limitations dans l'exercice de ces droits;
2. ayant seulement pour objet :
 - a/ l'élaboration ou l'application uniforme de normes ou de types ou
 - b/ la recherche en commun d'améliorations techniques, si le résultat en est accessible à tous les participants et que chacun d'eux puisse l'exploiter.

L'article 7 § 2 in fine précise cependant que ces ententes *peuvent* (indication d'une faculté) faire l'objet d'une notification ¹³².

Considérations pragmatiques, disions-nous (et au demeurant certainement inspirées de l'article 4 § 2 du règlement n° 17 formulant des dispenses similaires de notification sur le plan européen)... Il n'empêche que ce régime d'inapplicabilité de la notification obligatoire aboutit à créer un traitement plus avantageux pour les entreprises concernées par les pratiques susmentionnées ¹³³. On peut donc poser la question de savoir si cette disposition est bien conforme à l'article 6 de notre Constitution posant le principe d'égalité devant la loi. En effet, le simple souci de ne pas surcharger de travail les organes de protection de la concurrence créés par la loi justifie-t-il suffisamment le traitement différencié instauré par l'article 7 § 2 ? Il est permis d'en douter.

prix conseillés peut dissimuler, en vue de l'application effective ou obligatoire des prix " conseillés ". (cons. à cet égard l'intéressante étude de T. GRANIER, " Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence ", *R.T.D.Com.*, 1991, pp. 357 et suiv.). Contrastez en outre ces développements avec la position qu'adopte le droit français des obligations en matière de détermination des prix, supra note 11.

¹³² Dans un souci de sécurité juridique, précisent les travaux préparatoires (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 20).

¹³³ Effectivement, il nous semble que la seule manière de procurer effet à une disposition dispensant d'une notification soit de dire qu'aucune amende ne pourra être infligée aux entreprises concernées jusqu'à la décision constatant l'existence (et la nullité ab initio) d'une pratique restrictive prohibée. Par contre, on a vu que les entreprises soumises à l'obligation de notification sont susceptibles d'encourir des amendes pour la période située entre la formation de l'entente et le moment de sa notification.

On pourrait évidemment rétorquer que la Cour de Justice des Communautés européennes (dans l'arrêt *Stichting Sigarettenindustrie* et autres c. Commission, *Rec.*, 1985, p. 3831. Cons. I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 1122, p. 658) a déclaré que la dispense de notification résultant de l'art. 4 § 2 du règlement n° 17 n'écarte pas la possibilité d'imposer une amende. On peut toutefois se demander alors à quoi peut bien servir la formulation de dispenses qui ne contribuent qu'à créer une impression de sécurité injustifiée dans le chef des entreprises.

11. Quant à l'interdiction des abus de position dominante

Ici encore la similitude entre l'article 3 de la loi et l'article 86 du Traité C.E.E. est manifeste.

La notion de " position dominante " est définie par la loi (article 1er b/) comme " la position permettant à une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, clients ou fournisseurs " .

Cette définition soulève deux questions :

1. Que recouvre l'expression " mesure appréciable " ?

Le projet Maystadt retenait la formulation " influence prépondérante sur le marché " ¹³⁴ (article 1er c/ du projet). Le Conseil d'Etat eût préféré l'utilisation de l'expression " mesure considérable " à celle qui fut finalement retenue ¹³⁵ . Le Ministre justifia sa préférence en se référant à la jurisprudence européenne ¹³⁶ : " Une telle position (position dominante, n.d.l.r.) n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme concernée en mesure sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice " ¹³⁷ .

2. La réglementation belge vise-t-elle l'exercice collectif d'un abus de position dominante ?

On sait que l'article 86 du Traité est interprété par la Commission comme visant également l'exercice collectif d'un abus de position dominante ¹³⁸ . Le projet Maystadt définissait la position dominante comme étant " le pouvoir que possède une ou plusieurs entreprises... " (souligné par nous). La définition retenue par la loi du 5 août 1991 (reproduite ci-dessus) n'évoque par contre qu'une seule entreprise. Le doute à cet égard est cependant rapidement dissipé par l'article 3 de la loi disposant qu' " Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné... " (souligné par nous). L'abus collectif de position dominante est donc bel et bien visé par la loi ¹³⁹ .

Enfin signalons que l'interdiction de l'exercice abusif d'une position dominante revêt un caractère aussi absolu en droit belge qu'en droit européen : aucune exemption n'est ici envisageable ¹⁴⁰ .

12. Commentaires communs aux " pratiques restrictives " (ententes et abus de position dominante)

1. Les pratiques restrictives " de minimis " (article 5)

Ce que l'on vient de dire à propos du caractère absolu de l'interdiction des abus de position dominante se trouve singulièrement remis en question par l'article 5 de la loi, lequel propose l'adaptation " à la belge " de la notion européenne d'accords " de minimis " ou encore d'importance mineure ¹⁴¹ . En effet, cette disposition énonce l' " inapplicabilité de la présente section " " ... jusqu'à preuve du contraire " (c'est-à-dire que la sécurité juridique n'est pas plus assurée au plan belge qu'au plan européen à cet égard) aux comportements concurrentiels d'entreprises répondant au critère énoncé. Or, " la présente section " concerne les " pratiques

et celle d'un exercice de fait sous forme d'oligopole.

¹⁴⁰ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 19.

¹⁴¹ V. Communication (86/C231/02) de la commission du 3 septembre 1986 concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté économique européenne, *J.O.C.E.*, n° C 231 du 12 septembre 1986, p. 2. La Commission y estime de manière générale (c'est-à-dire que les considérations qui suivent n'ont qu'une valeur indicative et ne consacrent pas, dès lors, une sécurité juridique totale pour les entreprises : v. I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 224) que les ententes (souligné par nous) échappent à l'interdiction de l'article 85 § 1er lorsque deux conditions (l'une relative à la part de marché -pas plus de 5 %- détenue par les entreprises concernées et l'autre concernant le chiffre d'affaires réalisé au cours d'un exercice -pas plus de 200 millions d'écus- par les entreprises participantes) sont remplies.

¹³⁴ Cette expression ne doit pas être entendue dans le sens d'une prépondérance absolue. Celle-ci peut caractériser plusieurs entreprises d'un secteur et non pas seulement celle qui exerce l'influence la plus puissante. Le mot " prépondérant " a donc la portée d'un comparatif et non d'un superlatif (R. DE MUELENAERE, *op. cit.*, p. 147).

¹³⁵ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 63.

¹³⁶ En particulier à l'arrêt Hoffmann-La Roche de la *C.J.C.E.* (85/76, Jur., 1979, 520). " L'arrêt le plus fréquemment cité est l'arrêt Hoffmann-La Roche qui a été rédigé en allemand (langue de la procédure). En allemand, on utilise le mot "nennenswert" qui, selon le dictionnaire Van Dale, signifie "van belang". Il semble que le mot "belangrijk" soit correctement employé. En français, le mot "nennenswert" se traduit par "notable" qui, selon le dictionnaire Petit Robert, est synonyme d'appréciable". Il semble donc que ce mot soit également correctement employé " (*doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 20).

¹³⁷ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 16.

¹³⁸ V. I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 246.

¹³⁹ A noter que le projet Maystadt pouvait faire surgir le doute de manière inversée par rapport à la loi du 5 août 1991. En effet, l'art. 3 du projet, énonçant le principe d'interdiction, prévoyait qu' " ... est interdit le fait pour toute entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante " (souligné par nous).

D'autre part, R. DE MUELENAERE (*op. cit.*, p. 148) a estimé que deux types de situations pouvaient être couvertes par la notion de position dominante collective : celle d'entreprises formant une entité économique notwithstanding leur indépendance juridique (encore pourrait-on considérer dans ce cas, nous semble-t-il, que l'on ait alors affaire non plus à deux mais à une seule entreprise à condition que la dépendance économique ait entraîné une suppression de l'autonomie concurrentielle des entreprises concernées : v. P.V.F. BOS en J. STUYCK, *op. cit.*, bl. 350)

¹⁴² Le projet Maystadt ne différait pas sur ce point de la loi du 5 août 1991 : v. ses art. 3 § 3 et 5 § 1er b/.

¹⁴³ Ainsi l'exposé des motifs (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 8) n'évoque que les "accords, décisions et pratiques concertées" lesquels ne sont constitutifs que de la notion d'entente.

¹⁴⁴ V. Cass., 9 février 1925, *Pas.*, 1925, I, 143 ("il convient parfois de rechercher ce qu'a voulu le législateur, plutôt que ce qu'il a dit littéralement; qu'il est préférable, en principe, de supposer qu'il a employé une expression traduisant imparfaitement sa pensée, plutôt que de lui prêter une pensée issue de l'arbitraire") cité par M. VAN DE KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique" in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 1978, p. 34 et par P. GÉRARD et F. OST (pp. 87 et 173-174 du même ouvrage). L'article 15 al. 2 de la loi du 17 juillet 1989 relative aux groupements d'intérêt économique constitue un autre cas relevant de cette catégorie (cons. I. CORBISIER et P. DEWOLF, *op. cit.*, n° 43).

¹⁴⁵ Bien sûr, l'on peut, en pratique, minimiser la portée de la critique exprimée en faisant remarquer que les P.M.E. sont moins susceptibles que d'autres de se trouver placées en situation de position dominante. L'hypothèse n'est cependant nullement à exclure : la structure particulière d'un marché pouvant générer l'état de fait d'une position dominante détenue par une entreprise de petite taille.

¹⁴⁶ V. la critique déjà adressée par R. DE MUELENAERE (*op. cit.*, p. 77) au critère partiellement identique retenu par le projet Maystadt.

¹⁴⁷ Le contenu de cette disposition est reproduit supra.

¹⁴⁸ Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/4, p. 2 : amendement de M. DE CLERCK proposant l'ajout d'une alternative en termes de part de marché inférieure à 5 % en se réclamant de la Communauté européenne (précitée) de la Commission des Communautés européennes. Quant au rejet de cet amendement, v.

restrictives de concurrence" lesquelles comprennent, aux termes de l'article 3 de la loi, les ententes et les abus de position dominante (souligné par nous). La lettre de cette disposition suggère donc que non seulement les ententes mais aussi les abus de position dominante revêtant un caractère mineur bénéficient du régime "de minimis" ¹⁴². Cette distanciation importante par rapport au droit européen se concilie mal avec le souci de transposer celui-ci presque tel quel en droit belge de même qu'avec l'affirmation du caractère absolu de l'interdiction érigée par l'article 3 de la loi. En outre, la consultation des travaux préparatoires révèle que le législateur n'avait probablement pas conscience de se fourvoyer dans cette direction ¹⁴³. Ira-t-on pourtant jusqu'à dire que la faveur qu'entend exprimer le législateur pour les P.M.E. va jusqu'à "blanchir" le comportement abusif dont elles se rendraient coupables ? Nous concluons au caractère inacceptable d'une telle affirmation : le fait qu'un sujet de droits et d'obligations soit "petit" ne l'habilite pas à agir de manière abusive. Considérer que la petitesse permettrait de justifier un comportement dont le caractère abusif est établi apparaît profondément choquant. Encore pourrait-on en débattre sérieusement si le législateur avait un tant soit peu justifié une telle position, ce qui, on l'a observé, n'est pas le cas. Nous nous trouvons donc en présence d'un nouveau cas où l'interprète devra suppléer à la lettre imparfaite d'un texte pour éviter de verser dans l'arbitraire ^{144 145}.

D'autre part, le critère adopté pour définir le caractère mineur d'une pratique est critiquable ¹⁴⁶. Ainsi, l'inapplicabilité est acquise "lorsque les entreprises y participant répondent individuellement aux conditions prévues à l'article 12 § 2 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises" ¹⁴⁷. Tout d'abord, l'on peut se demander pourquoi l'on procède de la prise en compte individuelle d'entreprises alors qu'il s'agit de définir une affectation sensible de la concurrence à l'intérieur d'un marché particulier. Ensuite, l'adjonction d'un critère en termes de part de marché a été repoussée au cours des travaux préparatoires et ce uniquement sur base d'une déclaration du Ministre expliquant que le critère retenu résulte d'un compromis politique ¹⁴⁸. Le moins que l'on puisse dire est que les économistes émergeront peu satisfaits de l'analyse des raisons ayant conduit à l'adoption de ce critère ! L'on a également estimé que le seuil retenu est à la fois irréaliste et trop peu élevé ¹⁴⁹.

2. Le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci (articles 2 et 3)

L'article 2 de la loi prohibe les ententes restrictives de concurrence et l'article 3 interdit les abus de position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

La notion de "marché concerné" implique que soient définis tant le marché des produits (ou services) que le marché géographique concerné. Parfois, notamment dans les cas d'abus de position dominante, il s'agira de délimiter le marché dans le temps ^{150 151}.

Quant à la délimitation de la "partie substantielle du marché concerné", celle-ci pose d'évidentes difficultés. R. DE MUELENAERE ¹⁵² se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dont il résulte que la détermination du contenu de la notion de "partie substantielle du marché" nécessite notamment la prise en considération de la structure

doc. parl., Chambre, n° 1282/6, p. 25.

¹⁴⁹ Déclaration d'un parlementaire reproduite in *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 24-25. Remarquons au passage l'aveu d'impuissance du Ministre, formulé à l'occasion de sa réponse à cette intervention, de procurer une définition du terme P.M.E. pour les besoins de l'application de la loi.

¹⁵⁰ cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 16-17 :

- le marché des produits comprend, en plus des produits directement concernés, tous les autres produits identiques ou équivalents (interchangeabilité du point de vue du consommateur);
- le marché géographique est le territoire à l'intérieur de la Belgique sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande des produits/services;
- la délimitation du marché dans le temps peut être rendue nécessaire dans les cas où le marché a été fortement modifié par certains faits nouveaux (apparition d'une technologie nouvelle, création de nouveaux produits de substitution, changements des goûts et préférences du consommateur etc.).

¹⁵¹ Sur la notion de "marché concerné" ou encore de "marché de référence" ou "relevant market" en droit européen de la concurrence, cons. I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, §§ 217 et suiv. et 235 et suiv.

¹⁵² *Op. cit.*, pp. 149-150.

et du volume de la production et de la consommation du produit/service considéré ainsi que des habitudes et des possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs des produits/services.

3. La possibilité d'octroi d'une attestation négative (article 6)

L'exemple communautaire est ici intégralement suivi : l'article 6 de la loi dispose que le Conseil de la concurrence peut constater sur demande qu'il n'y a pas lieu pour lui, en fonction des éléments dont il a connaissance, d'intervenir sur base des articles 2 et 3 de la loi ¹⁵³.

13. Quant au contrôle des concentrations (articles 9 à 13)

On ne manquera pas, ici encore, de formuler une observation quelque peu incantatoire : les articles 9 à 13 de la loi du 5 août 1991 s'inspirent de la réglementation européenne en la matière, à savoir le règlement du 21 décembre 1989 (précité) relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Ainsi, " Des concentrations sont admissibles dans la mesure où elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à une concurrence effective par la création ou le renforcement d'une position dominante " ¹⁵⁴. Les observations que l'on peut faire à propos de la législation belge devront donc être nécessairement enrichies par les commentaires qui ont été faits à propos du règlement européen. Il importera néanmoins de souligner les quelques distinctions à opérer entre les deux réglementations.

L'évolution européenne ¹⁵⁵ a été marquée par un souci initial de ne pas instaurer un contrôle des concentrations au sein de la Communauté économique européenne (contrairement à ce qui s'est passé dans le cadre de la C.E.C.A.) : il s'agissait de permettre le renforcement de la taille des entreprises européennes face à la concurrence internationale. Ensuite, le memorandum établi en 1966 par la Commission ¹⁵⁶ excluait la possibilité d'appliquer l'article 85 du Traité C.E.E. à des opérations de concentration (portant sur la structure des entreprises) mais estimait par contre que l'article 86 du même Traité pourrait trouver à s'appliquer à certaines hypothèses, notamment l'extension d'une position dominante par voie de concentration ¹⁵⁷. Cette dernière solution ne permet cependant pas de prévenir la formation de positions dominantes nuisibles au maintien d'un état concurrentiel satisfaisant. Or, entre 1975 et 1983, on a observé une élévation rapide du rythme des concentrations en Europe. De plus, l'on a pu constater, au cours des dernières années, une augmentation du nombre des " grandes " concentrations (c'est-à-dire celles réalisées par des entreprises dont le chiffre d'affaires cumulé dépasse un milliard d'écus) ¹⁵⁸. Il est incontestable que l'approche de l' " échéance 1992 " a renforcé le désir de nombreuses entreprises de renforcer leur taille pour faire face à des " géants " non seulement extra mais aussi intracommunautaires. Dans un tel contexte, le débat sur le contrôle préalable des concentrations ne pouvait qu'être relancé, ce fut le résultat produit par l'arrêt Philipp Morris rendu en 1987 par la Cour de justice des Communautés européennes ¹⁵⁹. Le règlement communautaire en matière de contrôle des concentrations est donc le fruit à la fois d'une préoccupation de se prémunir contre une opération potentiellement destructrice d'une concurrence effective et d'une appréhension finalement assez positive du phénomène de concentration (celui-ci étant perçu comme un facteur de progrès en ce qu'il correspond à l'exercice d'une concurrence dynamique, susceptible d'augmenter la compétitivité, d'améliorer les conditions de la croissance et de relever le niveau de vie dans la Communauté) ¹⁶⁰. En d'autres termes, il s'agit d'encadrer les concentrations plutôt que de les prohiber.

de la concurrence sur le marché où ces deux entreprises déploient leurs activités commerciales ". Selon la Cour tel sera le cas si :

- par la prise de participation ou des stipulations accessoires, l'entreprise qui investit acquiert un contrôle de fait ou de droit sur le comportement commercial de l'autre entreprise ou si l'accord instaure ou crée des structures aptes à promouvoir une coopération commerciale entre les entreprises; ou
- si l'accord réserve à l'entreprise qui investit la possibilité de renforcer ultérieurement sa position, en prenant le contrôle effectif de l'autre entreprise.

¹⁶⁰ V. A. PAPPALARDO, *ibid.* (l'auteur signale une propension européenne actuelle à se rapprocher d'une vision américaine récente selon laquelle " ...most mergers do not threaten competition...many are in fact procompetitive and benefit consumers ").

¹⁵³ Pour le droit européen, cons. I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 1121 (c'est la Commission qui intervient en vue de délivrer une attestation négative de l'application des articles 85 et 86 du Traité C.E.E.).

¹⁵⁴ Cette volonté de s'inspirer, une fois de plus, du droit européen est inscrite dans les travaux préparatoires de la loi (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 21, dont est extraite la citation reproduite au texte).

¹⁵⁵ Sur celle-ci, cons. A. PAPPALARDO, *op. cit.*, pp. 3-8 et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *op. cit.*, pp. 245-251.

¹⁵⁶ Memorandum sur le problème de la concentration dans le marché commun, Bruxelles, Commission des C.E., 1966.

¹⁵⁷ Cette dernière position de la Commission fut à l'origine de l'arrêt Continental Can (arrêt de la C.J.C.E. du 21 février 1973, aff. 6/72, Rec., 1973, pp. 244 et suiv.) en vertu duquel le renforcement d'une position dominante ensuite d'une concentration peut constituer un abus de position dominante au sens de l'article 86 s'il en découle une restriction substantielle de la concurrence sur le marché en cause. Cet arrêt est cependant demeuré isolé même s'il permet à la Commission de régler certains cas par la voie informelle.

¹⁵⁸ D. SCHWARZ, " New EEC regulation on mergers, partial mergers and joint ventures " in Fordham Corporate Law Institute, 1989, p. 21-5 (cité par A. PAPPALARDO, *ibid.*).

¹⁵⁹ Arrêt du 17 novembre 1987 dans les aff. jointes 142 et 156/84, Rec., 1987, pp. 4566 et suiv.. La C.J.C.E. s'y est prononcée pour l'applicabilité de l'article 85 du Traité C.E.E. à une opération de concentration sous forme de prise de participation. La Cour décide que " si le fait, pour une entreprise, de prendre une participation dans le capital d'une entreprise concurrente ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence, une telle prise de participation peut néanmoins constituer un moyen apte à influencer sur le comportement des entreprises en cause, de manière à restreindre ou à fausser le jeu

¹⁶¹ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 6.

¹⁶² "...elles sont ou non admissibles notamment en fonction des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de la position sur le marché et de la puissance économique et financière des entreprises concernées, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de la structure des marchés visés compte tenu de la concurrence internationale, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée ainsi que de l'évolution de l'offre et de la demande des produits ou services en cause" (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 21). Ces considérations sont probablement inspirées par l'art. 2 § 1er b/ du règlement communautaire.

¹⁶³ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 9.

¹⁶⁴ A. PAPPALARDO (*op. cit.*, pp. 11-12) évoque une difficulté liée à l'utilisation de l'expression "entreprises antérieurement indépendantes" qui nous ramène au débat, déjà esquissé supra, relatif à la notion d'"entreprise" en droit de la concurrence. En effet, la notion d'"entreprise" devrait logiquement impliquer par elle-même la caractéristique d'indépendance. Ainsi, la formation d'une unité économique (ou encore d'une "unité concurrentielle", selon l'expression préférée par P.V.F. Bos et J. STUYCK, *op. cit.*, bl. 350 en 352) notamment par l'établissement d'une relation société-mère-filiale implique une perte d'indépendance dont résulte la qualification d'entreprise unique pour les agents engagés dans cette relation. "La référence à l'indépendance, dit l'auteur, perd alors sa raison d'être : dans le cas évoqué... de la fusion au sein d'un groupe, les deux parties de l'accord de fusion constituent déjà, avec la société-mère, une "seule" entreprise indépendante". Il est vrai par ailleurs que l'on ne peut pas trop reprocher aux instances européennes leurs incohérences terminologiques (soulignées par P.V.F. Bos en J. STUYCK, *op. cit.*, bl. 350-351) souvent générées par le plurilinguisme au sein duquel elles sont appelées à se mouvoir...

Des préoccupations comparables ont naturellement animé le législateur belge : les restructurations d'entreprises, notamment sous forme de concentration, constituent une conséquence inévitable de la suppression des frontières intérieures; cette évolution est positive car de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie nationale; il faut toutefois veiller à ce que ce processus n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence ¹⁶¹. "Les concentrations qui ne portent pas atteinte à la concurrence par la création ou le renforcement d'une position dominante, sont admissibles ¹⁶². Dans le cas contraire, elles sont inadmissibles. Toutefois, pour ces dernières, la possibilité a été prévue d'autoriser celles dont les avantages économiques l'emportent sur l'atteinte à la concurrence qui en résulte" ¹⁶³.

1. La notion de concentration visée à l'article 9 de la loi du 5 août 1991

Les articles 3 du règlement communautaire et 9 de la loi belge appréhendent de manière extrêmement similaire la notion de concentration. On peut dire que ces textes ne s'attachent pas tant à définir un concept que d'approcher la réalité d'un phénomène, celui de la concentration, à travers ses diverses manifestations. Ces manifestations sont :

- a/ la fusion de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes ¹⁶⁴ (articles 3 § 1er a/ du règlement et 9 § 1er a/ de la loi);
- b/ l'acquisition directe ou indirecte du contrôle ¹⁶⁵ par une ou plusieurs entreprises sur une ou plusieurs autres entreprises ou parties d'entreprises, "que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen" ¹⁶⁶ (articles 3 § 1er b/ du règlement et 9 § 1er b/ de la loi);
- c/ la création d'une entreprise commune de nature concentrative (et non pas une entreprise commune de nature coopérative) c'est-à-dire, selon l'approche traditionnelle de la Commission, d'une entreprise remplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome et n'entraînant pas de coordination du comportement concurrentiel des entreprises fondatrices entre elles ou envers cette filiale commune. Au cas où l'entreprise commune créée serait de type coopératif ("a pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises restant indépendantes"), elle ne constitue pas une concentration mais tombera, le cas échéant, dans le champ d'application des articles 85 et 86 du Traité C.E.E. ¹⁶⁷ (articles 3 § 2 du règlement et 9 § 2 de la loi) ¹⁶⁸.

¹⁶⁵ La notion de "contrôle" est explicitée de manière identique par les §§ 3 et 4 des art. 3 du règlement communautaire et 9 de la loi belge.

¹⁶⁶ La notion de "contrôle" est centrale dans cet élément de l'appréciation de l'existence d'une concentration (A. PAPPALARDO, *op. cit.*, p. 14). Quant à l'expression "parties d'une ou de plusieurs entreprises", sans doute faut-il lui attribuer (toujours selon le même auteur, *ibid.*, p. 17) le sens de "branche d'activités" (et non pas l'identifier à la notion de "filiale"). Une concentration existerait donc dans le sens proposé notamment lorsqu'une entreprise serait, en vertu d'un contrat à long terme, le principal acheteur d'une partie importante de la production d'une autre entreprise et détiendrait de ce fait la possibilité d'influencer le comportement de cette dernière.

¹⁶⁷ Cons. P. VAN OMMESLAGHE ("Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration...", *op. cit.*, pp. 278-280); A. PAPPALARDO (*op. cit.*, pp. 12-14); P.V.F. Bos en J. STUYCK (*op. cit.*, bl. 349-350).

¹⁶⁸ Le Ministre, dans les travaux préparatoires, a déclaré que les groupements d'intérêt économique ne relèvent pas de la définition de "concentration" (au sens d'une entreprise commune concentrative) (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 30). A vrai dire, une telle conclusion peut se dégager de la définition même de l'objet obligatoirement poursuivi par un groupement d'intérêt économique (qu'il soit belge ou européen) : en effet, le groupement d'intérêt économique n'existe pas pour lui-même mais pour développer l'activité économique de ses membres (v. l'art. 3 § 1er du règlement -précité- relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique et l'art. 1er § 1er de loi du 17 juillet 1989 -précitée- sur les groupements d'intérêt économique). Par contre, un groupement (belge ou européen) pourrait, le cas échéant, faire l'objet d'une procédure sur base des dispositions de droit européen (art. 85 et 86 du Traité C.E.E.) et/ou nationales (en Belgique : art. 2 et 3 de la loi du 5 août 1991) en matière de répression des ententes ou des abus de position dominante (voy. considérant n° 15 du règlement -précité- relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique : "... les dispositions du droit des Etats membres et du droit communautaire sont applicables, par exemple, en ce qui concerne : ...le domaine du droit de la concurrence").

Notons d'autre part que la mise en oeuvre du critère de différenciation entre entreprise commune de nature coopérative et entreprise commune de nature concentrative s'est jusqu'ici révélée fort malaisée dans l'application du règlement communautaire de contrôle des concentrations : les cas les plus problématiques étant ceux où une seule des sociétés-mères se retire du marché de l'entreprise commune envisagée (cons. R.A. PANAGIOTIS KAMBURGOLOU, "Ein Jahr europäische Fusionskontrolle - Ergebnisse einer FIW-Tagung", WuW, 1991, S. 985 u. f., insbes. S. 986).

Les paragraphes 5 des articles 3 du règlement et 9 de la loi exposent des cas non constitutifs de concentration au sens des législations envisagées :

- a/ le premier concerne les établissements de crédit, autres établissements financiers et les sociétés d'assurances effectuant certaines opérations financières sur titres (voy. article 3 § 5 a/ du règlement et article 9 § 5 a/ de la loi, pour le détail de ces opérations);
- b/ lorsque le contrôle est acquis par un mandataire judiciaire ou public dans le cadre d'une procédure de liquidation forcée (cons. les articles 3 § 5 b/ du règlement et 9 § 5 b/ de la loi).

L'article 3 § 5 c/ du règlement communautaire énonce une troisième catégorie de cas non constitutifs de concentration : elle couvre les activités de holdings dits "financiers" (c'est-à-dire d'entreprises s'occupant uniquement de l'acquisition et de la gestion de participations sans s'immiscer directement ou indirectement dans la gestion des entreprises)¹⁶⁹. Il est frappant de constater que la loi belge ne reproduit pas cette exception. Le Conseil d'Etat posa la question de savoir si l'intention des auteurs de la loi était d'inclure les sociétés à portefeuille dans l'expression "autres établissements financiers" utilisée dans le cadre de l'article 9 § 5 a/¹⁷⁰. Les auteurs concernés se gardèrent de répondre à cette question¹⁷¹...

2. Le seuil déterminant la soumission de la concentration au contrôle (article 11 de la loi)

Tant la loi belge (article 11) que le règlement européen (art. 1er § 2) établissent ce que nous aurions tendance à qualifier de "règle" de minimis "obligatoire"¹⁷² en ce que l'applicabilité du régime de contrôle des concentrations est rendue dépendante de l'atteinte du seuil spécifié¹⁷³.

Le seuil belge de déclenchement de la procédure de contrôle de la concentration considérée est double¹⁷⁴ : les entreprises concernées doivent totaliser ensemble un chiffre d'affaires de plus d'un milliard de francs¹⁷⁵ et (il s'agit d'une condition supplémentaire) ces entreprises doivent

serait régie par le règlement communautaire : selon des calculs effectués par la Commission, le règlement s'appliquerait pour 40 à 60 cas de concentration par an" (B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations", *op. cit.*, p. 251).

¹⁷⁵ Par "chiffre d'affaires des entreprises concernées", l'on entend non pas seulement le chiffre d'affaires des entreprises participant directement à la concentration mais le chiffre d'affaires global (tous produits confondus) du groupe de sociétés auquel ces entreprises appartiennent (B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations", *op. cit.*, p. 251).

Pour le calcul du chiffre d'affaires, l'on se référera à l'article 46 de la loi appliquant des principes fort similaires à ceux applicables dans le cadre européen (v. art. 5 du règlement). Notons que des règles particulières s'appliquent aux établissements de crédit, autres établissements financiers et sociétés d'assurances et que la loi belge reprend, quant aux entreprises publiques (art. 46 § 5), la teneur du considérant n° 12 du règlement européen ("...le chiffre d'affaires à prendre en considération est celui de toutes les entreprises qui constituent un ensemble économique doté d'un pouvoir de décision autonome, indépendamment de la détention de leur capital ou des règles de tutelle administrative qui leur sont applicables").

¹⁶⁹ Sur cette disposition, cons. H. SATZKY, "The merger control regulation of the European Economic Community", *Am. J. Comp. L.*, 1990, pp. 923 and fol. and esp. p. 927); B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations", *op. cit.*, p. 253.

¹⁷⁰ *Doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 65.

¹⁷¹ Ceux-ci se sont bornés à observer que l'expression envisagée couvrirait "les sociétés de leasing et de bourse..." (les points de suspension étant soulignés par nous) (*doc. parl.*, n° 1282/1, p. 21).

¹⁷² Par contraste avec les développements (*supra*) relatifs aux accords d'importance mineure qui n'établissent qu'une sécurité juridique très relative pour les entreprises (la Commission ne se prononçant qu'en fonction des éléments dont elle a connaissance et l'art. 5 de la loi belge précisant que l'inapplicabilité de la section relative aux pratiques restrictives n'est acquise que "jusqu'à preuve du contraire").

¹⁷³ ...et ce sous réserve de ce que l'on a dit (*supra*) à propos de la clause dite "hollandaise" permettant d'assurer une certaine protection aux Etats membres ne disposant pas d'une législation propre en matière de contrôle des concentrations (v. art. 22 § 3 du règlement).

¹⁷⁴ Le seuil européen par contre ne se base que sur le chiffre d'affaires (total à l'ensemble des entreprises concernées et chiffre d'affaires réalisé par chacune d'entre elles individuellement, v. *supra* pour un énoncé plus complet du seuil européen) des entreprises concernées avec en outre la possibilité d'échapper au contrôle lorsque chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre (l'espoir des auteurs de cette exception était de faire échapper au règlement les concentrations revêtant un caractère essentiellement national (v. A PAPPALARDO, *op. cit.*, p. 19); "Dès lors, seule une petite partie des opérations de concentration

¹⁷⁶ Le critère de la part de marché n'intervient pas, on l'a vu, dans la définition du seuil européen. La raison invoquée à cet égard a consisté à souligner la difficulté de déterminer le marché relevant et de conclure en conséquence à l'inadéquation d'une méthode présentant un degré d'incertitude trop élevé pour l'insérer dans un système de notification préalable obligatoire. Un auteur (B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *ibid.*, p. 252) a critiqué cette motivation, étant donné que le calcul du chiffre d'affaires peut donner lieu aux mêmes difficultés et incertitudes. Celui-ci fait également remarquer (p. 253) que le considérant n° 15 du règlement instaure une règle de *minimis* (non obligatoire : il s'agit d'une présomption) en termes de part de marché : ainsi une indication existe de ce qu'une concentration n'est pas susceptible d'entraver une concurrence effective lorsque les entreprises concernées détiennent une part de marché ne dépassant pas 25 % dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci; le tout " sans préjudice des articles 85 et 86 du Traité C.E.E.", ce qui, selon l'auteur, paraît indiquer que l'on pourrait à l'avenir conclure à la création d'une position dominante à partir de la détention de parts de marché moins importantes que celles généralement retenues jusqu'ici (40 voire même 50 % du marché) dans le cadre de l'application de l'article 86.

La mise en oeuvre du règlement communautaire de contrôle des concentrations révèle qu'une attention particulière est accordée aux parts de marché détenues par les entreprises concernées (v. les relevés mensuels des décisions de la Commission effectués dans la revue *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW)). Cependant aucune signification n'est accordée dans l'absolu à la détention d'une part déterminée de marché : l'appréciation de celle-ci doit se faire à la lumière de toutes les circonstances caractérisant l'espèce considérée. Ainsi par exemple, la Commission, dans sa première décision rendue en application du règlement

contrôler ensemble plus de 20 % du marché concerné ¹⁷⁶. Tant la loi belge (article 11 § 2) que le règlement européen (article 1er § 3) prévoient une possibilité de révision des seuils fixés. La loi belge n'en permet que la majoration; des voix s'étant élevées au cours des travaux préparatoires pour critiquer le caractère peu élevé du seuil retenu quant au chiffre d'affaires ¹⁷⁷. La réponse du Ministre des affaires économiques consista à souligner que le seuil retenu résultait, une fois de plus ¹⁷⁸, d'un compromis politique ¹⁷⁹, à rappeler que les deux composantes du seuil sont d'application cumulative ¹⁸⁰ et enfin à avancer l'argument (sacré ?) de protection des P.M.E. (97 % des entreprises belges), lesquelles seraient mises en danger par l'admission de concentrations trop importantes ¹⁸¹.

3. Les concentrations admissibles (article 10 de la loi)

Les articles 10 § 2 de la loi du 5 août 1991 et 2 § 2 du règlement communautaire posent le même critère d'admissibilité d'une concentration : ne sont admissibles que les concentrations n'ayant pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante entravant de manière significative une concurrence effective sur le marché (belge ou communautaire) concerné ou une partie substantielle de celui-ci.

Remarquons donc que l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante ne sera déclaré inadmissible que si de celle-ci résulte une entrave à la concurrence effective et encore faut-il qu'elle revête un caractère significatif. Tant les auteurs de la loi belge que du règlement européen ont ainsi pris leurs distances par rapport à l'adage " *bigness is badness* " ¹⁸². Il reste que l'on peut légitimement se demander, avec un auteur ¹⁸³, s'il est bien concevable que la création ou le renforcement d'une position dominante puisse ne pas entraver la concurrence ou ne le faire que de manière insignifiante...

On ¹⁸⁴ s'est demandé si le règlement européen laissait à la Commission la possibilité de pratiquer une politique d'exemption sur base d'une *rule of reason* procédant de l'établissement d'un bilan économique global, c'est-à-dire se basant sur d'autres appréciations que celle tirée de la seule protection de la concurrence. La formulation de l'article 2, §§ 2 et 3, du règlement ne procure apparemment pas une telle latitude à la Commission. Cependant l'article 2 § 1er et le treizième considérant du même règlement invitent la Commission à tenir compte dans son appréciation de facteurs autres que ceux relevant de la seule protection de la concurrence (intérêt des consommateurs intermédiaires et finals, évolution du progrès technique et écono-

communautaire (aff. Renault/Volvo), a-t-elle estimé qu'une part de marché s'élevant à 50 % ne suffisait pas, dans les circonstances de l'espèce, pour conclure à l'existence d'une position dominante sur le marché concerné (v. C.-D. EHLERMANN, " Die europäische Fusionskontrolle - erste Erfahrungen ", WuW, 1991, S. 535 u. f., insbes. S. 542-543).

¹⁷⁷ Cons., notamment, *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 31-34 (" Il ressort d'une enquête superficielle que pas moins de 1500 entreprises belges réalisent déjà un chiffre d'affaires qui dépasse un milliard de francs ").

¹⁷⁸ V. supra ce qui est dit à propos des pratiques restrictives d'importance mineure.

¹⁷⁹ V. la déclaration du Ministre in *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 34 (" ...le chiffre d'un milliard ne repose pas sur une base "scientifique"; il résulte d'un compromis au sein du gouvernement "). Cette fois encore, l'économiste demeure rêveur...

¹⁸⁰ *ibid.*

¹⁸¹ *Doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 34. Rappelons tout de même au Ministre que la soumission d'une concentration à contrôle en raison de l'atteinte du seuil concerné n'implique pas automatiquement, loin s'en faut (voy. infra), que celle-ci soit d'office déclarée inadmissible.

¹⁸² V. A. PAPPALARDO, *op. cit.*, pp. 22-24.

¹⁸³ A. PAPPALARDO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁴ V. notamment, B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, " Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations ", *op. cit.*, p. 253; P. VAN OMMESLAGHE, " Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration... ", *op. cit.*, pp. 261-262; U. IMMENGA, " Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle ", WuW, 1990, S. 371 u. f., S. 377 u. f..

mique, référence aux objectifs fondamentaux de la Communauté tels qu'énoncés par l'article 2 du Traité C.E.E. ¹⁸⁵ ¹⁸⁶.

Incontestablement, la loi belge dispose plus clairement en faveur de l'application d'une *rule of reason* ¹⁸⁷. Effectivement, l'article 10 § 3 de la loi du 5 août 1991 dispose qu'une concentration inadmissible en vertu du second paragraphe pourra toutefois être autorisée par le Conseil de la concurrence "lorsque celui-ci constate que leur contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution, à celle de la structure de la concurrence à l'intérieur du marché ou à la promotion du progrès technique ou économique, l'emporte sur l'atteinte à la concurrence qui en résulte. Dans son appréciation, le Conseil tient compte de l'intérêt économique général, de la compétitivité des secteurs concernés au regard de la concurrence internationale ainsi que de l'intérêt des consommateurs" ¹⁸⁸.

4. La loi belge n'instaure pas un contrôle a priori des concentrations au sens strict du terme (article 12)

Alors que la procédure communautaire de contrôle des concentrations a un effet suspensif de la réalisation de l'opération de concentration (v. article 7 du règlement) ¹⁸⁹, l'attention fut attirée par le Ministre au cours des travaux préparatoires sur le fait que la loi belge n'empêche pas les entreprises de réaliser l'opération. Effectivement, les entreprises ne doivent la notifier qu'une semaine au plus tard après la conclusion de l'accord (article 12 § 1er) ¹⁹⁰ et elles pourront toujours prendre des mesures liées à la concentration pendant l'examen de celle-ci par le Conseil de la concurrence à condition que ces mesures présentent un caractère réversible (article 12 § 4 de la loi) ¹⁹¹ ¹⁹².

IV. QUELQUES OBSERVATIONS QUANT AUX PROCÉDURES INSTAURÉES PAR LA LOI DU 5 AOÛT 1991 EN VUE D'ASSURER LA MISE EN OEUVRE DE L'INTERDICTION DES PRATIQUES RESTRICTIVES ET DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Les limites inhérentes au caractère introductif de cette étude ne nous permettent pas d'envisager le détail des procédures instaurées par la loi du 5 août 1991, lesquelles doivent, par ailleurs, être précisées par la voie d'arrêtés royaux. Nous nous contenterons dès lors de soulever un certain nombre de points ou difficultés dont l'importance ne nous semble pas pouvoir être sous-estimée lors de la mise en œuvre ultérieure de la loi.

257) le fait remarquer à propos du projet Claes (devenu la loi du 5 août 1991) ("...contrairement au règlement C.E.E., le Conseil de la concurrence peut les autoriser lorsque la concentration présente des avantages...").

¹⁸⁸ Cette disposition ajoute que le Conseil ne pourra néanmoins autoriser les concentrations :

- a/ qui imposent aux entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour la réalisation de la concentration;
- b/ qui donnent aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou services en cause.

¹⁸⁹ Un auteur (B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations", *op. cit.*, p. 255) fait observer à cet égard que l'art. 7 § 5 du règlement frappe d'"invalidité suspendue" (*schwebende Unwirksamkeit*, notion empruntée au droit allemand) les transactions réalisées au mépris de la suspension décrétée par l'art. 7 §§ 1 et 2. Cette invalidité suspendue ne doit pas être confondue avec une validité provisoire : les transactions en question ne pourront être mises en œuvre et les tribunaux ne sauraient contraindre les parties à les exécuter aussi longtemps que l'autorité compétente en matière de concurrence ne se sera pas prononcée.

¹⁹⁰ Alors qu'une concentration régie par le règlement ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni pendant un délai de trois semaines suivant sa notification (art. 7 § 1er du règlement).

¹⁹¹ V. *doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 35.

¹⁹² L'art. 12 § 5 instaure une certaine sécurité juridique à cet égard en ce qu'il prévoit que le Conseil de la concurrence pourra, après la première période d'examen d'un mois de la concentration, se prononcer, à la demande des entreprises parties à la concentration, sur le caractère réversible ou non d'une ou plusieurs mesures liées à la concentration que désirent prendre les entreprises parties à celle-ci.

¹⁸⁵ Lequel article dispose que "La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un Marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit".

¹⁸⁶ La controverse à cet égard est, semble-t-il, toujours à l'ordre du jour : ainsi d'aucuns estiment-ils que la Commission, disposant d'un large pouvoir d'appréciation, doit influencer sa politique de la concurrence en fonction de considérations relevant du souci de renforcer la compétitivité internationale des entreprises communautaires (voy. K.P. ROHARDT, "Die europäische Fusionskontrolle beginnt Gestalt anzunehmen", *WuW*, 1991, S. 365 u. f., insbes. S. 369-370 (et auteurs cités)); d'autres par contre estiment que ni la lettre ni l'esprit du règlement ne permettent de légitimer la création ou le renforcement de positions dominantes sur base de considérations relevant d'une politique industrielle communautaire (voy. C.-D. EHLERMANN, *op. cit.*, S. 543; *Pressemitteilung IP(90) 751 der EG-Kommission vom 24-9-1990 in WuW*, 1991, S. 29 u. f., insbes. S. 30). Ceux représentant la dernière tendance exposée admettent cependant que les considérations dénoncées pourront jouer un rôle pour le traitement de cas se situant dans une zone "grise" où l'existence d'une position dominante ne peut être clairement établie (C.-D. EHLERMANN, *ibid.*). Sur les incertitudes liées à la définition d'une politique industrielle commune en Europe, voy. J.P. HUSSON et Y. PÉREZ, "L'Europe industrielle naîtra-t-elle dans les régions?", *Le Monde diplomatique*, mars 1992, p. 11.

¹⁸⁷ B. VAN DE WALLE DE GHELCKE ("Le règlement C.E.E. sur le contrôle des concentrations", *op. cit.*, p.

14. Le problème des délais

¹⁹³ art. 25 § 1er de la loi.

¹⁹⁴ art. 27 § 3.

¹⁹⁵ Les auteurs de la loi précisent que l'instruction doit se réaliser endéans un délai raisonnable (*doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 11) mais sans préciser davantage. Il semble d'ailleurs que l'intention du législateur soit de ne pas fixer de délai en la matière : le Ministre (*doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, pp. 58-59) a en effet estimé qu'il était impossible de fixer un délai uniforme pour instruire en raison de la complexité variable des affaires, de la diversité de celles-ci et de la coopération variable des entreprises; il ajoute que les organes instaurés par la loi n'ont aucun intérêt à faire traîner la procédure; d'autre part, estime, le Ministre, on ne voit pas un juge d'instruction soumis à un délai pour mener son enquête. De plus, il n'existerait aucune législation nationale érigeant un délai pour l'instruction et la pratique européenne révèle des durées extrêmement variables d'instruction (entre deux et vingt-deux mois).

¹⁹⁶ V. art. 33 de la loi (à comparer avec l'art. 10 du règlement communautaire) :
- délai d'un mois à dater de la réception de la notification pour une première prise de position du Conseil de la concurrence (art. 33 § 2 3.). La concentration sera réputée admissible si le Conseil ne prend pas position (art. 33 § 2 4.);

- délai de 75 jours à calculer à partir de la décision d'engagement de la procédure suite aux doutes sérieux que soulève la concentration envisagée (art. 33 § 3 al. 3). En l'absence de décision endéans ce délai, le Conseil sera censé avoir rendu une décision constatant l'admissibilité de la concentration.

¹⁹⁷ C'est précisément ce que la loi prévoit quant au contrôle des concentrations : l'art. 33 § 5 dispose que le Roi pourra modifier les délais prévus notamment dans le cas où la notification effectuée présente un caractère incomplet.

¹⁹⁸ Cette énonciation des compétences de la Cour d'appel de Bruxelles dans le

En raison de l'éventuelle importance des intérêts en jeu et du dommage susceptible de résulter de l'écoulement d'une période indéfinie d'incertitude quant au sort réservé à une pratique de concurrence ou à une concentration, la nécessaire célérité dans la conduite de la procédure s'impose avec la force de l'évidence.

La loi du 5 août 1991 dispose que le Roi devra fixer les "modalités de la procédure devant le service de la concurrence" (procédure d'instruction)¹⁹³ et les "règles de la procédure devant le Conseil de la concurrence" (procédure de décision)¹⁹⁴.

Cette réserve de l'intervention royale étant faite, remarquons que la loi ne fixe actuellement aucun délai pour la conduite de l'instruction¹⁹⁵ et pour l'élaboration d'une décision sauf dans la matière du contrôle des concentrations¹⁹⁶. Les arguments (reproduits ci-avant) avancés par le Ministre en vue de justifier l'absence de délais dans la conduite de l'instruction quant aux pratiques restrictives perdent pourtant une grande part de leur force persuasive si l'on considère que ceux-ci sont également applicables au cas des concentrations et que celles-ci voient néanmoins leur examen circonscrit par des délais stricts. Effectivement, les affaires de concentration présentent aussi une complexité variable; il est entendu que les organes chargés d'appliquer la loi n'ont jamais intérêt à faire traîner une procédure mais la question est de savoir si ceux-ci seront matériellement à même de procéder endéans des délais raisonnables; il est vrai que l'on imagine difficilement un juge d'instruction soumis à des délais dans l'accomplissement de sa tâche mais c'est pourtant à cela que l'on aboutit dans le cadre du contrôle des concentrations; enfin, quant à la coopération éventuellement insuffisante des entreprises concernées, il est toujours possible de prévoir dans ce cas une prorogation des délais posés¹⁹⁷.

D'autre part, la loi confie à la Cour d'appel de Bruxelles compétence pour répondre aux questions préjudicielles posées par les Cours et tribunaux (voy. infra et article 42 de la loi) de même que le soin de connaître des recours dirigés contre les décisions du Conseil de la concurrence et celles prises par le Président du Conseil de la concurrence adoptant certaines mesures provisoires (voy. également infra et article 33 § 3)¹⁹⁸. Une fois de plus, l'exercice de ces compétences n'est encadré d'aucun délai¹⁹⁹. Ceci est particulièrement étonnant quant aux recours dirigés contre une décision statuant en matière de concentration. Effectivement, la décision elle-même doit être rendue endéans des délais stricts mais le recours exercé contre celui-ci pourra donner lieu à l'écoulement d'un délai indéfini jusqu'à ce qu'une décision finale intervienne²⁰⁰. Or, a estimé un auteur²⁰¹, "... in many cases, the parties will not be in a position to let a concentration hang in the balance until the Court has finally answered a controversial question"^{202 203}.

Enfin, signalons une problématique particulièrement délicate, qui, sans aucun doute, fera couler encore beaucoup d'encre : celle de la conciliation des procédures instaurées par la loi du 5 août 1991 et par l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés²⁰⁴ dans le cas où une concentration est envisagée par le procédé de l'offre publique d'acquisition. Ainsi, les délais instaurés par la loi du 5 août

cadre de la loi du 5 août 1991 n'est pas limitative.

¹⁹⁹ Hormis le délai d'introduction des recours dirigés contre les décisions du Conseil de la concurrence (qui est de trente jours à partir de la publication au Moniteur belge de la décision en question, art. 43 al. 4) et de ceux dirigés contre les décisions du Président du Conseil de la concurrence adoptant certaines mesures provisoires (trente jours à dater de la notification de la décision, art. 35 § 3).

²⁰⁰ La remarque s'impose d'autant plus que la Cour d'appel de Bruxelles devra seule (pour des "raisons budgétaires" ensuite de l'amendement apporté par le gouvernement reproduit in *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 47-48) assumer le redoutable honneur de connaître des recours envisagés.

²⁰¹ H. SATZKY, *op. cit.*, p. 947.

²⁰² L'auteur envisageait le pouvoir en pleine juridiction dont dispose la Cour de justice des C.E. pour connaître des amendes et astreintes prononcées par la Commission en matière de contrôle des concentrations. Rappelons qu'en droit belge le pouvoir en pleine juridiction de la Cour d'appel de Bruxelles concerne non seulement les amendes et astreintes (v. art. 43 al. 5) mais aussi les décisions prises par le Conseil de la concurrence.

²⁰³ Remarquons encore que le recours exercé ne suspend pas les décisions du Conseil de la concurrence ni celles de son président (art. 43 al. 7 et cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 46).

²⁰⁴ *M.B.*, 11 novembre 1989.

1991 (30 jours à dater de la notification pour une première prise de position et 75 jours à compter à partir de la décision d'engagement de la procédure pour une décision définitive du Conseil de la concurrence, voy. article 33) ne coïncident nullement avec ceux instaurés par l'arrêté royal précité pour le déroulement et la clôture de l'offre publique d'acquisition (cons. l'article 26 : " L'offre doit avoir une durée minimale de 10 jours et une durée maximale de 20 jours à compter de la date à laquelle le prospectus est rendu public ") et ce plus encore si l'on considère que le délai susvisé pour une première prise de position du Conseil ne commence à courir qu'à partir de la notification, laquelle ne doit elle-même intervenir que dans un délai d'une semaine à dater de la publication de l'offre publique d'acquisition (article 12 § 1er de la loi). La question fut soulevée au cours des travaux préparatoires de la loi²⁰⁵. La seule réponse du Ministre²⁰⁶ consista à conseiller aux entreprises concernées de prendre contact officieusement (souligné par nous) avec les autorités chargées de la protection de la concurrence avant d'entamer la procédure d'O.P.A. Sinon, ajoute le Ministre, l'offrant risque de se trouver ultérieurement confronté à une plainte et de devoir procéder à une " défusion " pour infraction à la loi. Une telle déclaration ne peut qu'attiser plutôt que calmer les incertitudes et inquiétudes liées à l'application de la loi du 5 août 1991 dans le contexte des offres publiques d'acquisition. En effet, en quoi une procédure officieuse permettrait-elle de suppléer aux éventuelles imperfections de la procédure " officielle " ? à quoi sert encore la procédure officielle dans ce cas et, notamment, qu'advient-il des garanties attachées à celles-ci en vue d'assurer le respect des droits de la défense et l'audition de toutes les parties intéressées (voy. infra) ? enfin, en quoi une procédure officieuse pourrait-elle faire disparaître le risque de devoir ultérieurement défaire l'opération à l'issue de la procédure officielle ?²⁰⁷.

15. La divergence éventuelle des jurisprudences des tribunaux, du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Bruxelles

Au cours des discussions ayant entouré l'instauration du régime des questions préjudicielles, le Conseil d'Etat fit remarquer que la formulation de telles questions étant une faculté laissée à l'appréciation des tribunaux, il fallait dès lors faire face au risque de divergence entre les jurisprudences de ceux-ci et du Conseil de la concurrence (à l'origine, le projet prévoyait de confier au Conseil de la concurrence - et non à la Cour d'appel de Bruxelles ainsi que le fait le texte définitif de la loi - la compétence de répondre aux questions préjudicielles)²⁰⁸. La réponse du Gouvernement fut de souligner les plans différents sur lesquels se meuvent les actions intentées devant le Conseil de la concurrence (dont la décision rejoint l'intérêt général) et celles portées devant les tribunaux ordinaires (devant lesquels se pose une question incidente relative à la conformité d'un comportement à la loi protégeant la concurrence à l'occasion de la résolution d'un litige particulier). Un conflit entre les jurisprudences précitées serait ainsi tout simplement inconcevable²⁰⁹. La compétence en matière de questions préjudicielles fut par la suite confiée à la Cour d'appel de Bruxelles²¹⁰, ce qui, si l'on considère que la même Cour connaît également des recours contre les décisions du Conseil de la Concurrence, crée un risque supplémentaire de conflit : entre les jurisprudences du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Bruxelles. Quant aux développements prémentionnés du Gouvernement, ceux-ci plongeront peut-être le lecteur dans la plus profonde perplexité, surtout s'il se rappelle (voy. supra) que la loi du 5 août 1991 est le résultat d'une évolution allant d'une faveur pour un contrôle purement administratif à un contrôle de nature mixte avec l'octroi du dernier mot au pouvoir judiciaire. On pourrait accepter l'affirmation selon laquelle l'action des tribunaux et du Conseil de la concurrence se meuvent sur des plans différents mais on ne peut certes en dire autant quant à l'intervention de la Cour d'appel de Bruxelles dans le cadre des compétences qui lui sont reconnues par la loi du 5 août 1991. Par ailleurs, même dans les cas où cette affirmation peut se révéler correcte, elle ne peut nullement justifier des interprétations éventuellement divergentes d'un même texte légal. On voit mal comment un juge " ordinaire " pourrait maintenir une jurisprudence contraire à celles dégagées par le Conseil de la concurrence (qui, informé ensuite de la mise en oeuvre de l'article 42 § 2 de la loi, pourra rendre une décision contredisant celle du juge " ordinaire ") et par la Cour d'appel de Bruxelles. Il nous

ment concernées ... (voy. K.P. ROHARDT, *op. cit.*, S. 375).

²⁰⁸ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 75.

²⁰⁹ Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 33-34.

²¹⁰ Suite à un amendement de M. DE CLERCK (*v. doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 47-48).

²⁰⁵ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 8.

²⁰⁶ *ibid.*, pp. 15-16.

²⁰⁷ Un auteur (P. VAN OMMESLAGHE, " Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration ", *op. cit.*, pp. 289 et suiv.) a déjà abordé cette question sous l'angle de la conciliation du règlement communautaire en matière de contrôle des concentrations et de la réglementation belge des O.P.A. issue de l'arrêté royal du 8 novembre 1989 (précité). Certes, l'art. 13 b/ dudit arrêté royal prévoit que l'offre pourra être retirée en cas de défaut d'autorisation de l'autorité chargée d'assurer la protection de la concurrence mais cette règle soulève des questions complexes quant au régime juridique à appliquer à une O.P.A. intégralement déroulée mais ultérieurement tenue en échec par une prise de position négative du Conseil de la concurrence (sans compter que la décision du Conseil suite à l'engagement de la procédure peut finalement ne pas s'opposer à la concentration). L'auteur envisage et commente deux traitements possibles de cette situation : soit l'offre est frappée de caducité suite à la décision du Conseil d'engager la procédure (et, dans ce cas, une décision définitive autorisant la concentration ne pourrait avoir pour effet de la ressusciter; une nouvelle O.P.A. devrait alors être lancée) soit l'offre pourrait être déclarée conditionnée par une déclaration de compatibilité de la concentration avec les dispositions du droit de la concurrence (et, dans ce cas, le sort de l'offre pourrait demeurer incertain pendant un long délai suivant son expiration, ce qui apparaît contraire à l'essence de la procédure d'O.P.A. laquelle se caractérise par un déroulement et un dénouement rapides).

Pour en revenir à la pratique de contacts informels, celle-ci semble particulièrement développée (et positivement saluée) dans la conduite du contrôle communautaire des concentrations. Encore soulignons-t-on que le succès d'une telle pratique dépend de l'établissement d'un véritable climat de confiance dans les relations entre la Commission et les entreprises éventuelle-

²¹¹ Dans le cadre de l'instruction :

- v. art. 23 § 2.2. : " Lorsque le Service adresse une demande de renseignements à une entreprise ou une association d'entreprises, il indique la base juridique et le but de sa demande ";
- v. art. 24 § 3 : " Au terme de l'instruction et avant l'établissement d'un rapport motivé, le Service de la concurrence convoque les entreprises intéressées afin de leur permettre de présenter leurs observations ".

Dans la prise de décision : v. art. 27 : copie du rapport dressé par le Service de la concurrence est envoyée aux entreprises dont l'activité ou la concentration a fait l'objet de l'instruction et, éventuellement, au plaignant et ce au moins un mois avant la date de l'audience; les intéressés disposent de la possibilité de consulter leur dossier (sur ces deux premiers points, cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 28); le Conseil entend à l'audience les entreprises concernées, le plaignant si celui-ci en fait la demande et " toute personne physique ou morale " quand le Conseil l'estime nécessaire ou lorsque celle-ci justifie d'un intérêt suffisant. Dans le cas d'une concentration, les personnes investies de pouvoirs de gestion dans les entreprises concernées ou les représentants des travailleurs de ces entreprises sont considérés comme justifiant d'office d'un intérêt suffisant (v. la tentative, avortée, d'introduction d'un amendement excluant l'audition des représentants des travailleurs sur base de la considération que le Conseil n'a à se prononcer que sur les aspects économiques -et non sur les aspects sociaux- de la concentration (*doc. parl.*, Chambre, nos 1282/4, p. 11; 1282/6, p. 9; Sénat, 1289-2, p. 62). Le rejet de cet amendement confirme que les autorités chargées de la protection de la concurrence ne se préoccupent pas seulement d'intérêts " purement économiques ", cet aspect fut évoqué supra).

Quant à l'adoption de mesures provisoires, v. art. 35 §§ 1er al. 1er et 2 al. 2 intégrant

semble en tout cas qu'une telle jurisprudence contraire du juge " ordinaire " est bel et bien susceptible d'un recours en cassation du fait de la violation des dispositions de la loi du 5 août 1991 dont l'interprétation définitive est confiée au Conseil de la concurrence et à la Cour d'appel de Bruxelles. Quant aux divergences de jurisprudences du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Bruxelles, rappelons, si besoin en est encore, que la loi donne le dernier mot à cette dernière. Il en est ainsi même si l'on peut douter que le Gouvernement ait eu pleinement conscience de la chose.

16. Quant à l'organisation de la procédure dans une triple orientation : respect des droits de la défense, audition de toutes les parties intéressées et confidentialité

La conduite de toute la procédure administrative (instruction par le Service de la concurrence, décision du Conseil de la concurrence, prise de mesures provisoires par le Président du Conseil de la concurrence) est dominée par le souci d'assurer le respect des droits de la défense et l'audition de toutes les parties intéressées ²¹¹. Remarquons également que les diverses décisions prises sont motivées et font l'objet d'une notification (voy. articles 31, 34 et 35).

D'autre part, le souci de ne pas étaler au grand jour les secrets d'affaires des entreprises faisant l'objet d'une procédure en application de la loi transparait dans l'article 27 § 1er alinéa 1er précisant que les éléments confidentiels du dossier seront retirés par le président du Conseil de la concurrence à l'occasion de la consultation de celui-ci par les entreprises concernées et par le plaignant. Cette disposition doit permettre d'éviter qu'une procédure ne soit déclenchée par des entreprises désireuses de prendre connaissance des secrets d'affaires de leurs concurrents ²¹². Le président du Conseil de la concurrence se trouve ainsi investi d'une mission particulièrement délicate. En effet, quid si celui-ci se trompe et, soit procure accès à des données qui auraient dû demeurer célées à certaines parties, soit retire un trop grand nombre de pièces du dossier, ne permettant pas ainsi une complète mise en oeuvre du droit pour les intéressés de consulter celui-ci ? Il nous semble qu'il pourrait y avoir ici matière à engager éventuellement la responsabilité du Conseil de la concurrence. Quant aux conseils formulés de la pratique de contacts informels avec l'autorité chargée du contrôle d'une concentration à l'occasion d'une offre publique d'acquisition (voy. supra), un auteur a déjà fait remarquer que cette pratique se concilie mal avec les stricts impératifs de discrétion caractérisant une O.P.A. ²¹³. On peut se demander si les possibilités de " fuites " éventuelles pourront être totalement prévenues par l'instauration d'une obligation, sanctionnée pénalement (voy. article 44 de la loi), de respect du secret professionnel ²¹⁴.

17. Les mesures provisoires (article 35 de la loi)

La possibilité pour le président du Conseil de la concurrence de prendre " des mesures provisoires... s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général " a déjà été évoquée (voy. supra). Ajoutons-y néanmoins ces trois remarques :

- le président du Conseil de la concurrence n'est autorisé à adopter des mesures provisoires qu'en matière de pratiques restrictives de concurrence. En d'autres termes, la loi

un amendement de M. DE CLERCK (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/4, p. 6) visant d'une part à supprimer le pouvoir pour le président du Conseil de la concurrence de prendre d'office certaines mesures provisoires (l'art. 35 ne permet la prise de ces mesures que sur demande du Ministre ou du plaignant) et, d'autre part, à ce que les parties puissent consulter le rapport établi par le Service de la concurrence et être entendues par le président du Conseil de la concurrence.

²¹² Cons. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 28.

²¹³ P. VAN OMMESLAOHE, " Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration... ", *op. cit.*, p. 287.

²¹⁴ Art. 44 : " L'utilisation ou la divulgation de documents ou de renseignements reçus en application des dispositions de la présente loi à des fins autres que celles de l'application de la présente loi, est punie... ". Le Ministre a précisé que les membres de la Commission de la concurrence sont également visés par cette disposition (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, p. 49).

n'autorise pas la prise de mesures provisoires dans le cadre d'une concentration ²¹⁵. Cette omission est sans doute à attribuer à la prudence digne de celle du sioux des auteurs de la loi, lesquels n'entendent pas se démarquer du droit européen ²¹⁶. Cette prudence se rapproche cependant de la pusillanimité si l'on sait que la Commission européenne n'avait pas non plus reçu expressément le pouvoir de prendre des mesures provisoires dans le domaine des pratiques restrictives ²¹⁷. Bien sûr, les entreprises concernées par une concentration ne peuvent, jusqu'à la décision du Conseil de la concurrence, prendre que des mesures réversibles liées à la concentration (voy. art. 12 §§ 4 et 5). L'avenir nous apprendra si l'instauration de la possibilité de prendre des mesures provisoires dans le domaine des concentrations s'avère également nécessaire;

- qu'en est-il des pouvoirs du juge judiciaire de statuer " au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence " (article 584 du Code judiciaire) ? Le caractère initialement administratif de la procédure semble s'opposer à ce que le juge judiciaire puisse prendre des mesures provisoires à ce stade (il s'agirait d'une matière qui, aux termes de l'article 584 précité, figure parmi " celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire "). Notons cependant que, même à ce stade de la procédure, l'appel de la décision prise par le président du Conseil est susceptible d'un recours formé devant un juge judiciaire (à savoir : la Cour d'appel de Bruxelles en vertu de l'article 35 § 3). Il s'agit là d'un autre élément étayant le caractère mixte de la procédure érigée en vue d'assurer la protection de la concurrence. Quid si la nécessité de mesures provisoires vient à se faire ressentir au stade de la procédure d'appel de la décision rendue par le Conseil de la concurrence (l'appel étant, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, porté devant la Cour d'appel de Bruxelles en vertu de l'article 43 de la loi) ? Il nous semble que le juge judiciaire récupère alors sa compétence de statuer au provisoire et vu l'urgence;

- enfin, un parlementaire émet des doutes au cours des travaux préparatoires quant à une procédure permettant au président du Conseil de la concurrence de prendre des mesures provisoires alors que le Conseil de la concurrence lui-même statue au fond. Le Ministre fit à juste titre observer que la situation est telle en droit européen (la Commission statuant à la fois au fond et à titre provisoire) et que la décision prise à titre conservatoire par le président du Conseil n'entame en rien la liberté d'appréciation du Conseil de la concurrence quant au fond ²¹⁸.

18. Quant aux amendes, astreintes et sanctions pénales (articles 36 à 41 et 44 à 45 de la loi)

La loi comprend une importante section (section 7) énonçant une série d'éventualités dans lesquelles le Conseil de la concurrence peut infliger des amendes et/ou astreintes aux entreprises concernées par une pratique restrictive ou par une concentration. Celles-ci sont censées revêtir un caractère dissuasif ²¹⁹.

Le taux potentiellement très élevé des amendes infligées (jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées !) est calqué sur l'article 14 § 2 du règlement communautaire en matière de concentrations. D'autre part, un cumul des amendes prononcées aux niveaux national et communautaire n'est nullement à exclure ²²⁰.

La loi ne précisant pas le régime des astreintes infligées en vertu de la loi, le droit commun (articles 1385bis et suivants du Code judiciaire) est applicable. Ainsi, par exemple, l'astreinte ne pourra-t-elle être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée et il sera possible d'accorder un délai pendant lequel l'astreinte ne sera pas due ²²¹.

Les décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence impose le paiement d'amendes et/ou astreintes peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Cour d'appel de Bruxelles (article 41 de la loi du 5 août 1991).

Remarquons en outre le refus du Ministre, renvoyant à l'art. 44 précité, d'intégrer le Conseil de la concurrence à la liste des autorités qui, aux termes de l'art. 235 § 1er C.I.R., sont tenues de communiquer certains renseignements au fisc.

La seule exception à l'obligation de confidentialité prémentionnée se situe dans l'art. 50 de la loi (communication de certains renseignements par le Service de la concurrence dans le cadre de la coopération internationale).

²¹⁵ L'attention fut attirée sur ce point par le Conseil d'Etat (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 74) mais elle ne suscita pas de réaction de la part du Gouvernement (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, pp. 12 et 98).

²¹⁶ On a jusqu'ici observé la prise de mesures provisoires par la Commission uniquement dans le domaine des pratiques restrictives. Quant au règlement communautaire de contrôle des concentrations, celui-ci n'évoque nullement un pouvoir de la Commission d'adopter des mesures provisoires en cette matière.

²¹⁷ V. I. VAN BAEL et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, § 1116 (" Ni le Traité C.E.E. ni le règlement n° 17 n'autorisent expressément la Commission à adopter des mesures provisoires... "). La Cour de justice des C.E. a cependant reconnu ce pouvoir à la Commission moyennant le respect de certaines conditions.

²¹⁸ V. *doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, pp. 65-66.

²¹⁹ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1281/1, pp. 12-13.

²²⁰ V. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/6, pp. 8-9 : certaines considérations relevant de l'équité joueront cependant en vue de modérer le montant total des amendes en cas de cumul (v. *supra* note 95 et texte).

²²¹ Déclaration du Ministre reproduite in *doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 67.

Enfin, remarquons que les amendes et astreintes instaurées par la loi revêtent un caractère administratif qui les distingue des sanctions pénales portées par la même loi (articles 44 et 45 concernant la violation de l'obligation de confidentialité), ces dernières étant en leur qualité soumises aux centimes additionnels ²²².

V. UN PRÉLUDE PLUTÔT QU'UNE CONCLUSION...

La loi du 5 août 1991, en organisant la protection de la concurrence, génère inévitablement un effet restrictif de la liberté contractuelle en matière économique. La gravité d'une telle démarche, dont la nécessité n'est pas niée par ailleurs, implique que la protection de la concurrence soit assurée par des organes indépendants du pouvoir (certains diront de l'arbitraire) politique et que les procédures instaurées satisfassent aux exigences de précision, de rigueur et de prévisibilité permettant l'élaboration de décisions se rapprochant d'un idéal d'impartialité.

Quant à l'indépendance... d'aucuns ont affirmé que " ... l'autorité administrative indépendante... n'existe guère que pour les professeurs et les naïfs " ²²³. Il appartiendra aux organes instaurés par la loi d'apporter, dans l'accomplissement de leurs missions, la preuve que l'on peut être à la fois administratif et indépendant. La démonstration du contraire mettrait véritablement en péril un système économique essentiellement basé sur l'initiative privée.

Quant aux procédures... le législateur a fait un choix heureux de partage des pouvoirs entre l'administration et le pouvoir judiciaire. La mise en oeuvre d'un tel choix est cependant complexe et l'on a vu que le législateur n'avait pas levé toutes les incertitudes à cet égard. Effectivement, l'absence de précision de délais dans certaines hypothèses (évoquées ci-dessus) et l'appel à peine voilé à ce qu'il soit procédé à des contacts informels en vue d'obvier aux difficultés que font surgir le déroulement de certaines procédures constituent autant de signaux invitant à une particulière vigilance lors de l'adoption des arrêtés royaux concrétisant les principes généraux posés par la loi.

Il est incontestable néanmoins que les auteurs de la loi ont eu le souhait d'instaurer un système de protection de la concurrence équilibré et respectueux à la fois de nos institutions ²²⁴ et des fondements de notre système économique. Cette recherche de l'équilibre et de la légalité constituera le défi permanent auquel devront demain faire face ceux qui sont chargés de la mise en oeuvre de la loi du 5 août 1991.

²²² V. *doc. parl.*, Sénat, n° 1289-2, p. 68.

²²³ V. D. DANET, " Le conseil de la concurrence... ", *op. cit.*, p. 5.

²²⁴ C'est ainsi qu'une tentative d'insertion d'un article qui aurait permis au Roi de modifier la loi sous réserve d'une ratification ultérieure des Chambres a fort heureusement été vouée à l'échec (v. *doc. parl.*, Chambre, n° 1282/1, p. 105; 1282/2, p. 3 et 1282/6, pp. 50-51).