

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Deuxième rapport d'activité

1994-1995

Conseil de la concurrence
Jurisdiction administrative instituée auprès du
Ministère des Affaires économiques
NG.III - Boulevard Emile Jacqmain 154
B - 1000 Bruxelles

Tél.: 02/206.41.11
Fax.: 02/206.57.73

Par délibération en date du 5 novembre 1996, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application de l'article 19, § 5 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, aux termes duquel le Conseil de la concurrence soumet annuellement au Ministre des Affaires économiques un rapport sur l'application de la loi, destiné aux Chambres législatives.

Président

Mme Christine SCHURMANS, juge au tribunal de commerce de Bruxelles;

Vice-Président

M. Bernard DAUCHOT, substitut du Procureur du Roi près le tribunal de première instance de Bruxelles;

Membres effectifs

Personnalités choisies parmi les magistrats de l'ordre judiciaire:

- M. Michel HANDSCHOEWERKER, président des tribunaux de commerce de Furnes et d'Ypres;
- M. Marc HUYGHE, juge au tribunal de commerce d'Anvers;
- Mme Geneviève NYSSSEN*, juge aux tribunaux de commerce de Verviers-Eupen;
- M. Michel VAN WUYTSWINKEL*, conseiller à la cour d'appel de Mons;

Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière de concurrence:

- M. André CORNEROTTE*, ancien conseiller à la F.G.T.B.;
- M. Patrick DE PELSMACKER, professeur au centre universitaire R.U.C.A.;
- M. Paul EECKMAN, professeur ordinaire émérite de l'U.I.A.;
- M. Aurelio PAPPALARDO, avocat (membre du barreau italien), professeur extraordinaire à l'U.Lg.;
- M. Bernard REMICHE, avocat, professeur à l'U.C.L.;
- M. Patrick VAN CAYSEELE, professeur à la K.U.L.;

Membres suppléants

Personnalités choisies parmi les magistrats de l'ordre judiciaire:

- M. Rudolf DE GROOTE*, juge au tribunal de commerce d'Anvers;
- M. Jozef VAN OOTEGHEM, président du tribunal de commerce de Bruges;
- M. Jean GILLARDIN, conseiller à la cour d'appel de Mons;
- Mme Marie-Claude GREGOIRE, présidente du tribunal de commerce de Mons;
- M. Paul TROISFONTAINES, président du tribunal de commerce de Verviers;
- M. Prosper VANHELMONT, président du tribunal de commerce de Hasselt;

Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière de concurrence:

- M. Ludo CUYVERS*, professeur au centre universitaire R.U.C.A.;
- M. Léon DABIN, professeur ordinaire émérite à l'Université de Liège;
- M. Michel FLAMEE, avocat, professeur à la V.U.B.;
- M. Jean-Claude HENROTIN*, directeur à la Direction générale des Pouvoirs locaux du Gouvernement wallon;
- M. Herman VAN IMPE, expert-comptable et réviseur d'entreprise, chargé de cours VLEKHO et EHSAL;
- M. Jean VAN UYTVANCK*, juriste d'entreprise honoraire

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

1. Le rapport annuel du Conseil de la concurrence devrait être avant tout conçu comme un document de travail aussi analytique et exhaustif que possible pour pouvoir répondre tant à l'ensemble des questions des praticiens du droit de la concurrence qu'au besoin de sécurité juridique des entreprises et contenir l'analyse des décisions et avis relatifs aux pratiques anticoncurrentielles ainsi que les observations utiles permettant de rendre compte au législateur et aux pouvoirs publics aussi bien des lignes directrices que le Conseil poursuit dans l'accomplissement de sa mission que des effets de son action sur les marchés.

Le présent rapport qui couvre la période allant du 1^{er} octobre 1994 au 31 décembre 1995, ne répond qu'en partie à cet objectif.

Les membres du Conseil de la concurrence entendent avant tout faire savoir au législateur de même qu'à toute personne attachée au bon fonctionnement du marché que tant que les moyens indispensables à l'exercice de la très large mission qui lui a été confiée par la loi du 5 août 1991 ne lui sont pas donnés par les pouvoirs publics, le Conseil ne sera pas en mesure de répondre aux objectifs de la loi et aux attentes légitimes des opérateurs économiques.

La volonté de doter la Belgique, à l'instar des autres Etats membres de l'Union Européenne, de moyens aptes à prévenir et sanctionner les pratiques restrictives de concurrence ne s'exprime pas seulement par l'adoption d'une législation aussi parfaite soit-elle. Elle s'exprime en outre par l'importance des moyens humains et matériels mis à la disposition des organes chargés de l'appliquer. Ceux-ci font défaut.

2. Le manque de moyens n'est cependant pas la seule cause de l'application partielle de la loi.

Sans prétendre porter une appréciation sur des textes qu'il a mission d'appliquer, le Conseil rendra compte dans le présent rapport des incertitudes sur la portée de bon nombre de dispositions de la loi et des conséquences que les zones d'ombres entraînent sur le développement de ses activités. Il insistera sur la nécessité de mieux définir les compétences respectives du Conseil de la concurrence et du Service de la concurrence au regard des exigences d'indépendance et de sécurité juridique. Il attirera d'autre part l'attention du législateur sur les problèmes que pose le respect des droits de la défense dans la procédure qui ne contient pas aujourd'hui d'énoncé de griefs. Il rappellera enfin les difficultés que pose l'interprétation des seuils de contrôle que le législateur a fixés.

Le présent rapport du Conseil est donc axé sur l'exposé des obstacles que le Conseil rencontre tant sur le plan pratique qu'au niveau des principes, pour concilier les deux aspects fondamentaux de sa mission: la fonction de contrôle du jeu de la concurrence, qui suppose une intervention efficace pour prévenir et sanctionner les pratiques restrictives de concurrence, et l'exercice d'un pouvoir de décision dans le respect des principes du contradictoire et de la proportionnalité.

Il ne contient notamment pas l'analyse de la jurisprudence du Conseil dans le domaine des concentrations, lacune que le Conseil espère pouvoir combler dans son prochain rapport si les moyens indispensables lui sont accordés.

3. Par ailleurs, il semble que soit mieux perçue aujourd'hui par les entreprises, les consommateurs, les pouvoirs publics, les magistrats, les médias la justification de l'octroi à une juridiction administrative indépendante de prérogatives visant à promouvoir le libre jeu de la concurrence.

Le nombre d'affaires introduites en vertu de la loi augmente sensiblement, ce qui répond à la volonté du législateur d'assurer la très large ouverture de l'accès au Conseil, appelé à exercer son action dans les domaines les plus variés de l'activité économique.

L'importance des affaires explique la résonance de certaines décisions du Conseil dans les médias et l'intérêt grandissant que porte la doctrine aux activités du Conseil et de la cour d'appel de Bruxelles, juridiction d'appel du Conseil.

Sur le terrain des principes, la cour d'appel de Bruxelles a apporté une contribution importante en soulignant par un arrêt du 4 septembre 1996 la nature propre du Conseil de la concurrence et de ses modes d'intervention, et en indiquant que les concepts "litige, parties et intérêt opposé" dans la procédure de droit commun ne sont pas conciliables avec la fonction de régulation du marché qu'exerce le Conseil.

Sans nul doute, le dépôt au Sénat le 13 septembre 1996 d'une proposition de loi qui vise à améliorer le fonctionnement du Conseil puisqu'elle prévoit que le président du Conseil exerce sa fonction à temps plein, et l'adoption le 27 septembre 1996 par le Conseil des Ministres d'un projet de loi ayant le même objet témoignent d'une prise de conscience par les pouvoirs publics de l'enjeu du droit national de la concurrence.

Durant les mois qui ont précédé l'adoption de ce rapport, le Ministre des Affaires économiques a de son côté manifesté au Conseil sa volonté d'œuvrer pour que celui-ci soit un organisme non contesté dans sa mission et doté de moyens correspondant à l'ampleur et à la complexité des tâches qui sont les siennes.

Le rapport aura malgré ses limites, répondu à son objet s'il permet de contribuer à la réflexion sur les dispositions que le Conseil a mission d'appliquer, et d'encourager toute initiative qui mettrait le Conseil en mesure de mettre en œuvre toutes les compétences qui lui ont été confiées pour assurer le respect des règles dont il est le gardien.

*Pour le Conseil,
le président*

PREMIERE PARTIE

BILAN D'ENSEMBLE DES ACTIVITÉS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Mise en garde

4. Les chiffres cités dans la présente partie ne sont, pour la plupart, que des estimations.

Cette situation a deux causes.

La première est l'absence de dispositions légales précises relatives aux modalités de la saisine du Conseil ¹.

Le seconde réside dans le fait que le Service de la concurrence retient toutes les informations relatives aux plaintes et demandes d'instruction qui lui sont adressées ².

Comme indiqué dans le premier rapport du Conseil de la concurrence, le Service de la concurrence estime qu'il ne peut communiquer au Conseil les plaintes, notifications ou demandes d'instruction qui lui sont adressées aussi longtemps que l'instruction de ces affaires n'est pas terminée.

Le Service de la concurrence établissait toutefois à l'attention du Conseil et pour chaque affaire enregistrée, une fiche qui contenait les mentions suivantes: identité de l'auteur de la saisine, nature de la demande, entreprises concernées et pratiques soumises à l'examen. Fin 1995, le Service de la concurrence a pris la décision de ne plus établir ces fiches de telle sorte que le Conseil n'est même plus informé de l'importance du contentieux qui lui sera soumis dans les prochains mois.

A. Les demandes

a). Tableau d'ensemble des demandes

5. Depuis la mise en place du Conseil de la concurrence jusqu'au 31 décembre 1995, deux cent vingt et une demandes ont été introduites sur base de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, entrée en vigueur le 1er avril 1993.

Le tableau suivant présente, sur base des fiches que le Service a établies à l'attention du Conseil jusqu'à fin 1995, le nombre de demandes d'instruction enregistrées par le Service de la concurrence au 31 décembre 1995, suivant l'origine et le type de saisines:

¹ Voir n° 30.

² Voir n° 24 et svts.

Demandes d'attestation négative sur base de l'article 6 et demandes d'exemption individuelle sur base de l'article 2, § 3	32
Notifications de concentrations sur base de l'article 12	117
Demandes d'instruction émanant du Ministre ou du Conseil (article 23, § 1er, c)	7
Plaintes émanant de personnes physiques ou morales	55
Demandes d'instruction émanant du président dans le cadre de demandes de mesures provisoires (article 35)	8
Demandes d'instruction émanant de la cour d'appel de Bruxelles sur base de l'article 42	1
Demandes d'instruction dans le cadre de l'examen d'une proposition d'exemption par catégorie d'accords	1
Total	221

Le Conseil relève une progression sensible du nombre de saisines passées de cinquante en 1993 à septante-neuf en 1994 et à nonante-deux en 1995.

b). Les notifications de concentration

6. En 1995, quarante-huit concentrations ont été notifiées contre trente-neuf en 1994 et trente en 1993.

Le nombre de concentrations notifiées a donc augmenté en 1995 malgré la majoration des seuils de contrôle prévus à l'article 11, § 1er de la loi, par arrêté royal du 31 mars 1995 (Moniteur belge du 28 avril 1995) entré en vigueur le 1^{er} mai 1995.

Toutes les affaires relatives à des concentrations notifiées ont fait l'objet d'un rapport du Service de la concurrence et d'un examen par le Conseil.

Dans cent onze affaires, le Conseil a rendu une décision motivée sur l'admissibilité de la concentration dans le délai d'un mois prévu à l'article 33, § 2, 3 de la loi.

Dans quatre dossiers, les parties concernées ont été avisées avant l'expiration du délai d'un mois par simple lettre du président, que le Conseil constatait que la concentration ne soulevait pas de doutes sérieux quant à son admissibilité.

Un complément d'instruction a été ordonné par le Conseil sur base de l'article 33, § 2, 2, c) dans quatre dossiers de concentration.

Depuis son installation jusqu'au 31 décembre 1995, le Conseil a conclu à la non-admissibilité de la concentration notifiée dans un seul cas. La décision du Conseil du 18 mai 1994 ³de s'opposer à la concentration Douglas / Compartilux dans le secteur de la parfumerie a fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles qui par arrêt du 5 avril 1996, a décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ladite concentration, les accords entre les parties étant devenus caducs ⁴.

c). Les demandes au fond relatives à des ententes ou à des abus de position dominante

³ Moniteur belge du 12 juillet 1994.

⁴ Bruxelles (9^o ch. bis), 5 avril 1996, M.B. 16 avril 1996; A.M. Van Den Bossche, "Een zwaluw maakt (gelukkig) de lente nog niet", Revue de Droit Commercial Belge, n^o 10, oct. 1996, pp. 883 à 892; Revue de Droit Commercial Belge, n^o 10, oct. 1996, pp. 916 à 923.

7. Sur les nonante-quatre *demandes au fond* autres que celles relatives à l'admissibilité des concentrations, émanant d'entreprises, d'associations d'entreprises, d'associations de consommateurs, de particuliers, du Conseil ou du Ministre des Affaires économiques, enregistrées par le Service de la concurrence au cours des années 1993, 1994 et 1995, douze ont fait l'objet d'un rapport du Service au Conseil durant la même période.

Sur les quinze plaintes enregistrées en 1993, six ont fait l'objet d'un rapport du Service, trois rapports ayant été déposés en 1994 et trois en 1995.

Sur les vingt plaintes enregistrées en 1994, deux ont fait l'objet d'un rapport du Service, un rapport ayant été déposé en 1994 et un en 1995.

Aucune des vingt plaintes enregistrées en 1995 n'a fait l'objet d'un rapport du Service.

Dans la quasi-totalité des dossiers relatifs à des plaintes, examinés par le Service, celui-ci a formulé une proposition de classement du dossier sur base de l'article 24, § 1^{er} de la loi, au terme d'un examen dont la durée a varié entre douze et dix-neuf mois.

Sur les six plaintes ayant fait l'objet d'une proposition de classement du dossier sans instruction par le Service, quatre ont été retirées.

8. Depuis sa création jusqu'au 31 décembre 1995 le Conseil a rendu cinq décisions dans des dossiers dont le classement était proposé par le Service, qui concluait à l'irrecevabilité de la plainte pour défaut d'intérêt dans le chef du plaignant⁵.

Le Conseil n'a pas suivi la proposition de classement et a renvoyé l'affaire au Service pour instruction dans trois dossiers.

Dans un dossier, le Conseil n'a pas statué sur le moyen d'irrecevabilité après avoir constaté que le Service s'était à tort considéré saisi d'une demande d'instruction, la lettre par lui qualifiée de plainte n'ayant été adressée ni au Service de la concurrence, ni au Conseil mais bien au Service des assurances qui l'avait communiquée pour information au Service de la concurrence.

Une décision de classement du dossier a été rendue durant cette même période.

9. Quatre demandes d'exemption individuelle ou d'attestation négative ont fait l'objet au 31 décembre 1995 d'un rapport du Service au Conseil.

Une demande d'attestation négative a fait l'objet d'une décision par le Conseil de la concurrence⁶.

10. D'après les fiches que le Service a établies à l'intention du Conseil jusqu'à fin 1995, les plaintes concernent des comportements d'opérateurs agissant sur les marchés suivants:

Agriculture, Assurances, Banques, Brasseries, Communication, Construction automobile, Construction, Déchets, Distribution, Denrées alimentaires, Informatique, Jeux et paris, Maroquinerie, Optique, Parfumerie, Pétrochimie, Professions libérales, Sports, Tabac, Transport, ...

d). Les demandes de mesures provisoires

⁵ Ces décisions ne sont pas publiées dans les annexes du présent rapport - voir sur ce point n° 70 et 75.

⁶ Décision du 26 octobre 1993, n° 93-E/A-1

11. Au 31 décembre 1995, dix décisions relatives à des *demandes de mesures provisoires* ont été rendues sur base de l'article 35 de la loi, dont trois dans le même dossier ⁷.

La grande majorité de ces décisions font l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles .

B. Les avis

12. Durant la même période, le Conseil a rendu huit avis.

- trois à la demande du Ministre des Affaires économiques qui concernaient l'avant-projet d'arrêté royal portant majoration des seuils visés à l'article 11, § 1^{er} de la loi, avis rendus les 16 juin 1994, 22 novembre 1994 et 7 mars 1995;
- un sur le fondement de l'article 19, § 6 de la loi qui dispose que deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, le Conseil procède à une évaluation des seuils prévus aux articles 5 et 11, avis adopté par le Conseil le 12 septembre 1995;
- un à la demande du Ministre, concernant l'introduction d'un formulaire de notification de concentration simplifié, adopté par le Conseil le 12 septembre 1995;
- deux d'initiative, l'un concernant l'application de l'article 15 de la loi, adopté par le Conseil le 26 avril 1994, l'autre concernant le statut du président et du vice-président du Conseil, adopté le 6 septembre 1994;
- un d'initiative, relatif au risque de conflit entre les dispositions de la loi du 5 août 1991 sur le contrôle préalable des concentrations et les articles 190 ter, 190 quater et 190 quinquies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, adopté le 7 novembre 1995.

Début 1995, le Ministre des Affaires économiques a demandé au Conseil de prendre position, par voie d'avis qu'il envisageait de faire publier au Moniteur belge, sur la nécessité de notifier les accords entre entreprises existant au jour de l'entrée en vigueur de la loi et sur les modalités de notification. Le Conseil n'a pas rendu un avis sur cette question, estimant qu'il appartenait au législateur de lever l'insécurité juridique qui résulte de l'absence de dispositions précises dans la loi, et non pas au Conseil de fixer sa position par voie d'avis.

Le Conseil a par ailleurs été saisi en 1995 d'une demande d'avis sur l'introduction du prix fixe du livre ⁸.

C. Les réunions et audiences du Conseil

13. Le Conseil tient chaque mois une assemblée plénière. C'est en son sein que le Conseil discute et adopte ses avis, décide des saisines d'office et adopte le texte du rapport annuel. Ces réunions fournissent en outre

⁷ - Décision du 2 décembre 1993, 93-VMP-1, Degheldere / Loterie nationale
- Décision du 4 février 1994, 94-VMP-1, Degheldere / Brugs Persagentschap
- Décision du 22 mars 1994, 94-VMP-2, Degheldere / N.V. Regma
- Décision du 29 juin 1994, 94-VMP-3, Ligue francophone de Football en Salle (LFFS) / Union Royale Belge des Sociétés de Football.
- Décision du 12 septembre 1994, 94-VMP-4, S.A. EtS. Delhaize Frères et C^{ie} "Le Lion" / Christian Dior
- Décision du 12 décembre 1994, 94-VMP-5, Interrosane - Interest / Sabam - Agicoa
- Décision du 30 décembre 1994, 94-VMP-6, TF1 / RTD confirmée par arrêt de la cour d'appel du 12 juin 1996, Bruxelles (9e ch. bis), 12 juin 1996, M.B., 29 juin.
- Décision du 27 mars 1995, 95-VMP-1, Interrosane - Interest / Sabam - Agicoa
- Décision du 4 septembre 1995, 95-VMP-2, Interrosane - Interest / Sabam - Agicoa, confirmée par arrêt de la Cour d'appel du 4 septembre 1996, Bruxelles (9e ch. bis), 4 sept. 1996, M.B. 14 sept.
- Décision du 31 octobre 1995, 95-VMP-3, Clarysse / Ordre des Architectes

⁸ Proposition de loi établissant un prix fixe pour les livres (déposée par M. SUYKERBUYK et consorts), Doc. Parl., Sén., Sess. extr. 1991-1992, 162-1.

au Conseil l'occasion de discuter de sa pratique décisionnelle aux fins d'uniformiser sa jurisprudence, et de rechercher les moyens les plus appropriés pour rendre efficace son action.

Le Conseil, conformément à l'article 27, §2 de la loi, instruit toutes les affaires à l'audience.

Le nombre d'audiences tenues par les chambres s'est élevé en 1995 à cinquante-quatre, contre cinquante en 1994 et vingt-sept en 1993.

Dans chaque dossier, le président du Conseil ou le membre magistrat par lui désigné a pris, conformément à l'article 27, § 1 de la loi, une ou plusieurs décisions relatives à la confidentialité des éléments du dossier dans un délai qui, concernant les dossiers de concentration, ne peut dépasser quarante-huit heures après dépôt du rapport.

Il a également statué sur plusieurs demandes de délivrance aux agents du Service de la concurrence du mandat prévu à l'article 23, § 3 de la loi et motivé longuement sa décision, après examen du dossier, dans les cas où il a estimé que la mesure demandée n'était pas justifiée.

DEUXIEME PARTIE

ANALYSE DU BILAN D'ACTIVITE DU CONSEIL.

A. Constats

14. Dans son premier rapport d'activité aux chambres législatives, le Conseil de la concurrence avait souligné que le manque de moyens matériels et humains ne pouvait qu'entraîner une application très partielle de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Les chiffres cités plus haut ne devraient donc pas surprendre: le Conseil n'a pas été en mesure d'exercer les attributions très larges que le législateur lui a confiées en vue de la prévention et de la répression des pratiques anticoncurrentielles, excepté dans le domaine des concentrations notifiées ou à l'occasion des demandes de mesures provisoires.

B. Cadre organique du Service de la concurrence et ses conditions d'accès

15. Tributaire du Service de la concurrence, le Conseil ne peut intervenir par voie de décision qu'après réception d'un rapport du Service contenant une proposition de décision (art. 27 et suivants de la loi).

Une comparaison entre le nombre et le type de saisines et le nombre d'affaires ayant fait l'objet au 31 décembre 1995 d'un rapport du Service de la concurrence au Conseil, fait clairement ressortir que les fonctionnaires de l'administration des Affaires économiques chargés de l'instruction des affaires introduites en vertu de la loi du 5 août 1991, se sont consacrés presque entièrement à l'examen des notifications de concentration et des demandes de mesures provisoires au détriment de l'instruction des demandes au fond.

Moins d'une quinzaine d'agents de l'Inspection générale des Prix et de la Concurrence sont affectés à l'instruction des affaires. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, la composition du "Service de la concurrence", dont le cadre organique n'a toujours pas été fixé à ce jour, a sans cesse varié.

Les conditions d'accès au Service de la concurrence n'ont pas non plus été déterminées.

En résumé, aucune mesure n'a été prise pour répondre "à la nécessité spécifique de stabilité, de spécialisation et de continuité du Service", contrairement à la volonté du législateur telle qu'exprimée à l'article 15 de la loi.

16. Le Conseil a, à maintes reprises, exprimé sa vive inquiétude quant au retard qu'accuse le Service de la concurrence - et depuis juillet 1995, l'Inspection générale des Prix et de la Concurrence du Ministère des affaires économiques - dans l'instruction des affaires.

Dans son avis du 26 avril 1994 au Ministre, le Conseil a indiqué les conséquences de l'absence de mise en œuvre de l'article 15 de la loi, tout en insistant sur la complexité très grande de la mission dévolue au Service de la concurrence qui doit, dans le respect strict des règles qui régissent l'étendue et les limites de ses pouvoirs d'enquête, procéder à toutes les constatations utiles permettant de vérifier la présence ou l'absence de pratiques prohibées dans les secteurs économiques les plus divers, sur base d'informations précises sur le contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises.

Le Conseil a une nouvelle fois officiellement en mai 1996 prié le Ministre de bien vouloir prendre les mesures visées à l'article 15 de la loi et en particulier de veiller à la formation des agents désignés pour rechercher et constater les infractions à la loi⁹. A cette occasion, le Conseil a rappelé l'importance des garanties qu'offre tout état de droit aux personnes physiques ou morales dont les activités et les comportements sont contrôlés.

⁹ Voir sur les questions relatives au cadre du Service de la concurrence, la réponse de Monsieur Melchior Wathelet à Monsieur Stefaan De Clerck, Doc. Parl., Ch. Repr., 48^e législature, sess. ord. 1994-1995, 62-Annales, C 63-9. Sur le plan de la formation, les agents du Service ont bénéficié au cours des six premiers mois de l'année 1996, grâce au Centre interuniversitaire de droit comparé, d'un enseignement en droit de la concurrence comprenant quinze séances.

C. Facteurs ayant une incidence négative sur le fonctionnement du Conseil

17. En premier lieu, le fait que le législateur n'a pas prévu qu'un certain nombre de membres exercent leur fonction à temps plein affecte inévitablement le développement des activités du Conseil.

Le Conseil constate un retard dans le traitement des affaires qui ont fait l'objet d'un rapport du Service.

Il doit signaler qu'au cours de la période examinée, il fut à deux reprises impossible de former une chambre pour examiner dans le délai imparti par la loi l'admissibilité d'une opération de concentration.

La difficulté de composer les chambres est encore accentuée par le fait que sept membres du Conseil ont présenté leur démission, et n'ont pas été remplacés malgré le temps écoulé - pour certains plus d'un an - depuis leur démission.

Même l'examen des demandes de mesures provisoires souffre un retard important ¹⁰.

En outre, l'instruction de plusieurs affaires est retardée par l'absence de décision relative à la protection des secrets d'affaires qui exige un temps considérable.

Selon le Conseil, la mise en œuvre des compétences qui lui ont été confiées exige qu'au moins six de ses membres puissent se consacrer à temps plein aux affaires qu'il doit traiter. Ce nombre est de loin inférieur au nombre de membres désignés à temps plein pour exercer des fonctions au sein des institutions étrangères remplissant des fonctions équivalentes à celles qui sont assurées en Belgique par le Conseil de la concurrence.

La mesure envisagée, tendant à modifier le statut du président du Conseil ¹¹, aussi révélatrice soit-elle de la volonté nouvelle de doter le Conseil des moyens indispensables à sa mission, ne peut être qu'une étape dans cette voie.

Enfin, il va sans dire que malgré l'importance que le Conseil attache aux relations avec la Direction générale de la concurrence (D.G. IV) ainsi qu'avec ses homologues étrangers et malgré l'intérêt qu'il porte aux travaux au sein du Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'O.C.D.E. ou au sein de la CNUCED, le Conseil ne peut dans les conditions actuelles prendre part à la réflexion et aux travaux sur une meilleure application du droit de la concurrence engagés par ces autorités.

¹⁰ Durant les dix premiers mois de l'année 1996, sur les sept demandes de mesures provisoires introduites, cinq ont fait l'objet d'une décision:

- Décision avant dire droit du 19 mars 1996 relative à une demande de mesures provisoires présentée par Monsieur Raphaël TAMBUE relative à des pratiques de l'Ordre National des Avocats et des Ordres des différents barreaux.
- Décision du 4 avril 1996 relative à une demande présentée par différents importateurs de motocyclettes et relative à des pratiques de la FEBIAC et d'importateurs officiels.
- Décision du 19 avril 1996 relative à une demande de mesures provisoires présentée par la s.a. REFACOM et dirigée contre la s.a. CERCLEUROPE international et la s.a. SOBELPAC.
- Décision du 19 juillet 1996 relative à une demande de mesures provisoires présentée par l'Union Belge de Annonceurs et relative à la commercialisation des espaces de publicité commerciale sur les chaînes de télévision RTBF et RTL-TVi.
- Décision du 22 juillet 1996 relative à une demande de mesures provisoires d'EUROSPORT SALES ORGANISATION concernant l'arrêt de retransmission de la chaîne EUROSPORT.

¹¹ Proposition de loi déposée par MM. VANDENBERGHE et ERDMAN, Doc. Parl., Sén., sess. 1995-1996 - 13 septembre 1996, 1-417/1; Projet de loi modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique adopté par le Conseil des Ministres le 27 septembre 1996.

Il n'est par ailleurs pas en mesure de répondre favorablement aux demandes qu'il reçoit d'accueillir des délégations étrangères d'autorités d'autres pays.

18. En deuxième lieu, les travaux du Conseil sont ralentis par le manque flagrant d'outils de travail. De ce point de vue il convient de noter que le Conseil ne dispose pas d'ouvrages sur le droit de la concurrence. Chacune des nombreuses demandes qu'il a adressées par la voie administrative en vue d'obtenir des livres de base et des revues juridiques et économiques est restée sans réponse.

Le Conseil ne dispose en outre pas de locaux en suffisance, ni même de meubles pouvant contenir les dossiers.

19. En troisième lieu, l'assistance qu'est censée lui offrir son secrétariat est fort réduite puisque celui-ci ne comprend ni juristes, ni économistes, ni même un fonctionnaire jouissant d'une connaissance suffisante de la seconde langue.

20. En dernier lieu, outre le fait que les allocations des membres fixées par arrêté royal du 30 avril 1993 ne sont aucunement en rapport avec les responsabilités qui leur incombent et le temps qu'ils consacrent à l'étude des dossiers et des questions que pose l'application du droit de la concurrence, le Conseil constate que les déclarations de créance introduites par ses membres depuis septembre 1995 demeurent impayées.

D. Incidence sur le développement des activités du Conseil, des incertitudes quant à l'étendue de ses attributions

21. Les incertitudes quant à la distribution des compétences entre le Conseil de la concurrence d'une part, le Service de la concurrence et le Ministre des Affaires économiques d'autre part, ont également freiné le développement des activités du Conseil et constitué autant d'obstacles à la mise en œuvre efficace des compétences que le législateur a réservées au Conseil, au président du Conseil et aux membres magistrats du Conseil.

Les parties III et IV du présent rapport sont consacrées à l'examen de ces questions qui démontrent que contrairement à une idée largement répandue, l'action du Conseil, qui se manifeste par les décisions qu'il prend, reste indissociable du contrôle qu'il doit pouvoir exercer sur l'instruction des affaires.

Qu'il suffise d'indiquer que dans l'état actuel, l'action du Conseil est bien malgré lui freinée parce qu'il ne dispose pas d'informations sur le contentieux dont il est saisi, et qu'il n'est en mesure ni d'encourager l'instruction des affaires les plus significatives du point de vue de l'importance des pratiques dénoncées ni d'orienter les enquêtes auxquelles le Service de la concurrence choisit de procéder en n'utilisant que la voie non contraignante de la demande de renseignements.

TROISIEME PARTIE

QUESTIONS RELATIVES AUX ATTRIBUTIONS RESPECTIVES DU SERVICE DE LA CONCURRENCE ET DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Introduction

22. Comme toute jeune institution, le Conseil de la concurrence est confronté dans ses premières années d'existence à de multiples questions relatives à l'étendue de ses attributions et aux instruments qu'il peut - ou doit - mettre en œuvre pour remplir sa mission.

Il sera question dans la présente partie du rapport, des controverses qui ont opposé le Conseil de la concurrence et le Service de la concurrence, sur leurs rôles respectifs en tant qu'organes chargés l'un et l'autre, de veiller au respect des règles de concurrence.

Ces controverses n'ont nullement la nature de discussions d'ordre interne, auquel cas il n'en serait pas fait état dans un rapport aux chambres législatives.

Le Service de la concurrence et le Conseil de la concurrence sont en effet des organes distincts.

Le Service de la concurrence est une division de l'administration des Affaires économiques. Il agit sous l'autorité hiérarchique du Ministre des Affaires économiques et engage ce dernier.

Le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative indépendante. Il exerce ses attributions sous le contrôle de la cour d'appel de Bruxelles qui connaît des recours contre les décisions qu'il prend, du moins dans le cadre de l'exercice de sa compétence de décision.

Il n'y a, sur le plan institutionnel, aucun lien de dépendance entre le Service de la concurrence et le Conseil de la concurrence. Le Conseil n'a, sur les agents du Service de la concurrence, pas la moindre autorité hiérarchique.

Il ne faudrait cependant pas conclure de la dualité d'organes que le législateur a voulue pour éviter une concentration des pouvoirs d'instruction et des pouvoirs de décision dans le chef d'une seule institution, qu'il ne saurait exister entre ceux-ci un lien étroit de dépendance qui les oblige à jeter les bases d'une collaboration sans laquelle les objectifs que poursuit le législateur ne sauraient être atteints, ni à court terme, ni à long terme, du moins selon le Conseil.

Les différents problèmes que le Conseil entend exposer mettent tout d'abord en lumière à quel point l'action du Conseil est tributaire de celle du Service, et vice versa.

Le fait qu'ils aient surgi présente en outre l'avantage d'encourager la réflexion sur une série de questions qui n'ont pas été soulevées au cours des travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991, sans doute parce que seule l'expérience permet soit de les formuler, soit d'y apporter une réponse adéquate.

23. Trois questions importantes se sont posées auxquelles il n'est pas possible de répondre en éludant l'examen du cadre dans lequel doivent s'inscrire les relations entre le Service de la concurrence et le Conseil de la concurrence, et des responsabilités de chacun des organes:

- Le Conseil de la concurrence a-t-il accès aux informations sur les marchés et les comportements des entreprises que reçoit le Service de la concurrence à l'occasion de l'introduction des demandes, plaintes ou notifications et à celles qu'il rassemble au cours de l'instruction des affaires, ou doit-il au contraire, pour en prendre connaissance, attendre que le Service dépose au terme de l'instruction son rapport?

- Le soin de définir des objectifs prioritaires, celui d'établir l'ordre dans lequel les affaires sont instruites compte tenu du caractère plus ou moins sensible de l'impact qu'ont les pratiques dénoncées ou notifiées sur la concurrence, et celui de décider dans chaque affaire de l'orientation de l'instruction appartiennent-ils au Service de la concurrence et partant au Ministre des Affaires économiques, à l'exclusion du Conseil de la

concurrence, ou faut-il au contraire déduire de la volonté du législateur de confier à une autorité indépendante la mission de veiller à la sauvegarde et à la promotion de la concurrence effective sur les marchés que cette responsabilité incombe au Conseil de la concurrence?

- La mission d'instruire les affaires introduites en vertu de la loi du 5 août 1991 dont le Service de la concurrence est chargé comprend-elle celle d'énoncer les griefs que le Conseil pourrait retenir à l'encontre des entreprises dont les pratiques ont fait l'objet de l'instruction ou faut-il dans la négative, et malgré l'absence de dispositions dans la loi sur un point aussi essentiel, conclure qu'il appartient au Conseil de notifier les griefs avant de prendre une décision? ¹²

Le Conseil indiquera les circonstances dans lesquelles ces questions se sont posées.

Il exposera le plus fidèlement possible la position que le Service de la concurrence défend et fera mention des interventions du Ministre des Affaires économiques dont il a connaissance.

Il proposera ensuite sa propre interprétation des textes en insistant, si besoin en est, sur la nécessité d'une intervention du législateur aux fins de clarifier les conséquences d'un partage complexe de compétences entre organes distincts.

Le Conseil estime en effet qu'il n'est plus possible d'éluider un nouvel examen du rôle que le Conseil a à jouer.

¹² Cette troisième question est examinée dans la quatrième partie du présent rapport, chapitre 1^{er} (n° 50 et svts).

CHAPITRE Ier

Questions relatives au champ d'information du conseil et à sa saisine

A. Le devoir de discrétion invoqué par le Service de la concurrence à l'égard du Conseil de la concurrence

24. Le Service de la concurrence estime qu'il existe dans son chef une interdiction de communiquer au Conseil de la concurrence des informations sur les affaires introduites sur base de la loi du 5 août 1991, tant que l'instruction des affaires n'est pas terminée et invoque donc à l'égard du Conseil un devoir de discrétion.

25. Cette prise de position s'est traduite par un refus de communiquer au Conseil et à son président un exemplaire des demandes, plaintes et notifications déposées en vertu de la loi, et de leur donner accès aux dossiers.

A plusieurs reprises le Service de la concurrence a souligné qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne lui impose l'obligation de communiquer au Conseil les informations dont il dispose ni celle de rendre compte au Conseil de la façon dont il remplit sa mission.

Il estime en outre qu'il résulte des dispositions relatives à l'engagement de la procédure d'instruction et de celles qui concernent l'engagement de la procédure contradictoire devant le Conseil que ce n'est qu'au moment du dépôt de son rapport que le Conseil peut prendre connaissance de la saisine et du dossier.

Il renvoie enfin à l'article 44 de la loi qui punit l'utilisation et la divulgation de documents reçus en application de la loi à d'autres fins que l'application de celle-ci.

Cette prise de position a entraîné les conséquences suivantes:

a). Saisi d'une demande de mesures provisoires sur le fondement de l'article 35 de la loi, demande formée accessoirement à une plainte, le président du Conseil s'est vu opposer un refus de lui communiquer le dossier que le Service de la concurrence avait constitué dans le cadre de l'instruction des plaintes qui avaient été déposées près de deux ans plus tôt et qui concernaient les mêmes pratiques, au motif que l'instruction de ces plaintes n'était pas terminée.

Dans sa réponse au président du Conseil, le fonctionnaire dirigeant le Service de la concurrence rappelait en outre "*que la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique marque la volonté constante du législateur de respecter la séparation du pouvoir d'instruction et du pouvoir de décision conformément aux règles de base de notre droit belge*"¹³.

b). Sur base des mêmes considérations, le Service de la concurrence a considéré que le président du Conseil outrepassait ses compétences en demandant la transmission de la plainte et du dossier de l'instruction aux fins d'examiner le bien-fondé de la requête que lui avait adressée le Service de la concurrence sur le fondement de l'article 23, § 2 en vue d'obtenir d'une entreprise récalcitrante certains renseignements.

c). Le Service de la concurrence a considéré de même que le président du Conseil ne devait nullement avoir accès au dossier de l'instruction pour délivrer aux agents, en application de l'article 23, § 3, les mandats écrits précisant l'objet et le but de leur mission et qu'il était en mesure de vérifier le bien-fondé de la mesure d'instruction souhaitée sur base de la note succincte qu'il lui transmettait.

d). Prié par le Conseil de lui transmettre les exemplaires des notifications de concentration qui lui sont destinés ainsi que leurs annexes et ce dès leur réception, le Service de la concurrence a répondu que selon la volonté du législateur, ces documents devaient rester confidentiels à l'égard du Conseil aussi longtemps que le rapport qu'il doit lui soumettre au terme de l'instruction n'était pas déposé.

¹³ Lettres du 15 janvier 1996 et du 21 juin 1996.

Il convient de faire observer qu'en adoptant une telle attitude, le Service de la concurrence réduit de facto à une dizaine de jours le temps dont disposent les membres du Conseil pour étudier une opération de concentration.

e). Invité par le Conseil à lui transmettre une copie de toutes les plaintes enregistrées depuis l'entrée en vigueur de la loi et à bien vouloir préciser quels étaient les critères qu'il appliquait pour considérer qu'une lettre répondait à la notion de plainte, le Service de la concurrence a opposé un même refus.

Dans sa réponse au Conseil, le fonctionnaire dirigeant l'Inspection générale des Prix et de la Concurrence a ajouté que le Service de la concurrence était capable d'identifier parmi les 3000 lettres qu'il recevait chaque année, celles qui devaient être considérées comme des plaintes au sens de la loi.

f). Le Service de la concurrence ne mentionne pas dans le rapport qu'il dépose au terme d'une instruction ou dans sa proposition de classement, l'existence d'affaires qui ont trait aux mêmes faits ou pratiques et c'est de façon tout à fait incidente que le Conseil apprend - parfois trop tard - qu'il existe par exemple une plainte pour abus de position dominante à l'encontre d'une entreprise partie à une concentration qu'il examine.

B. Les interventions du Ministre des Affaires économiques en vue d'assurer l'accès du Conseil aux dossiers

26. Le Conseil n'a pu convaincre le Service de la concurrence que celui-ci attachait aux dispositions légales relatives à l'engagement de la procédure administrative d'instruction et à celles relatives à l'engagement de la procédure contradictoire devant le Conseil, des conséquences qu'elles n'avaient pas. Le Ministre des Affaires économiques qui assume la responsabilité des positions qu'adopte son administration, a donc été informé par le Conseil de la concurrence de chacune des situations évoquées plus haut et invité à donner les instructions nécessaires pour mettre fin à une situation qu'il juge non conforme au texte et à l'esprit de la loi.

Monsieur Melchior Wathelet, alors Ministre des Affaires économiques, a proposé la mise en place d'une cellule de concertation qui serait chargée d'étudier le cadre des relations entre le Conseil de la concurrence d'une part, le Service de la concurrence et le Ministre des Affaires économiques d'autre part. Cette cellule n'a jamais vu le jour.

Monsieur Elio Di Rupo, actuel Ministre des Affaires économiques, a donné au Service de la concurrence deux injonctions.

La première injonction visait à garantir dans le cadre d'une demande de mesures provisoires précise la transmission du dossier de la demande au fond et de tous dossiers qui avaient trait aux mêmes pratiques, sur le même marché, quel que soit l'auteur de la saisine. L'injonction a été respectée.

La seconde injonction tendait à assurer la transmission au Conseil des formulaires de notification de concentration et de leurs annexes dès leur réception. Cette injonction est restée lettre morte.

Le Ministre des Affaires économiques n'a pas encore pris attitude sur la question fondamentale, à savoir: existe-t-il dans le chef du Service de la concurrence une obligation de communiquer au Conseil les informations dont il dispose ou au contraire, une interdiction de les communiquer avant le dépôt du rapport?

C. Examen de la question au regard des dispositions de la loi du 5 août 1991

Introduction

27. Sur la nécessité de garantir une information du Conseil, les travaux parlementaires sont explicites:

"Le rôle du Conseil de la concurrence étant de faire régner une concurrence effective sur les différents marchés, il est indispensable qu'il soit informé le mieux et le plus complètement possible sur l'état de ces marchés et sur les entraves à la concurrence qui pourraient y exister." ¹⁴

Au sujet des demandes d'attestation négative et d'exemption individuelle, on peut lire encore que celles-ci *"présenteront pour l'autorité le réel avantage, par rapport à la loi du 27 mai 1960, d'une part, de mieux connaître la structure et l'évolution des secteurs économiques grâce aux informations précises reçues et, d'autre part, d'intervenir avant que des effets préjudiciables et difficilement réversibles ne se produisent."* ¹⁵

Malheureusement et quoique l'on puisse se demander d'emblée comment cet objectif pourrait être atteint s'il devait exister dans le chef du Service de la concurrence une interdiction de transmettre au Conseil les demandes, plaintes et notifications qui lui sont adressées ainsi que les éléments d'information qu'il rassemble sur la situation des différents marchés et sur les comportements des opérateurs sur ces marchés, les textes légaux sont moins clairs.

La loi du 5 août 1991 est en effet muette sur un point pourtant fondamental: le moment de la saisine du Conseil.

Néanmoins, il semble au Conseil qu'il ne résulte d'aucune disposition de la loi du 5 août 1991 que la saisine du Conseil ne s'opère qu'au terme de l'instruction, à savoir au moment du dépôt du rapport.

a). Examen de la question au regard des effets qu'a le dépôt du rapport du Service (article 27 de la loi)

28. Le dépôt du rapport est l'acte par lequel s'ouvre en principe la phase contradictoire de la procédure ¹⁶.

L'article 27 de la loi prévoit en effet qu'après réception du rapport le Conseil de la concurrence en avise les entreprises concernées ainsi que, s'il le juge opportun, le plaignant, et leur en envoie une copie au moins un mois avant la date de l'audience au cours de laquelle il procédera à l'examen de l'affaire. Cette disposition précise encore que le Conseil porte à la connaissance de ces parties qu'elles peuvent consulter le dossier.

Ces règles concernent les droits procéduraux dont bénéficient les entreprises durant la seconde phase de la procédure qui débute lors du dépôt du rapport, à savoir celle à l'issue de laquelle le Conseil exerce son pouvoir de décision.

Elles ne précisent nullement le moment où le Conseil est saisi. Elles ne limitent pas non plus l'information du Conseil sur les affaires introduites en vertu de la loi aux seuls dossiers qui lui sont transmis par le Service au terme d'une instruction.

b). Examen de la question au regard des règles relatives à l'engagement de l'instruction (article 23 de la loi)

29. L'article 23 de la loi paragraphe premier énumère les différentes affaires qui donnent lieu à une instruction par le Service de la concurrence en précisant pour chaque type d'affaires qui peut agir comme demandeur. Les mots *"sur demande de ..."*, précédés de la phrase *"L'instruction des affaires par le Service de la concurrence se fait:"* et suivis de l'indication de l'auteur de la saisine selon le type d'affaires, ne signifient pas, selon le Conseil, que la saisine du Conseil ne s'opère pas au moment de l'introduction de l'affaire mais seulement au terme de l'instruction demandée par les auteurs des saisines.

¹⁴ Doc. Parl., Sén., Sess. 1990-1991, 1289-2, p. 56.

¹⁵ Doc. Parl., Ch. Repr., Sess. ord. 1989-1990, 1282/1-89/90, p. 6.

¹⁶ Voir n° 55 et svts.

C'est en effet le législateur qui a chargé le Service de la concurrence de procéder à l'instruction des affaires introduites en vertu de la loi et ce n'est évidemment pas la personne ou l'institution qui soumet une pratique de concurrence au Conseil qui "demande" une instruction.

La liste des affaires énumérées au paragraphe premier de l'article 23 ne comprend d'ailleurs pas seulement les affaires dans lesquelles une décision du Conseil doit intervenir, mais aussi des "affaires" qui ne doivent pas être soumises pour décision au Conseil. Il s'agit d'une part des enquêtes que le Service effectue dans le but de permettre au Conseil de formuler une proposition d'arrêté ministériel d'exemption par catégorie (article 28 de la loi) et d'autre part des instructions demandées par la cour d'appel de Bruxelles (article 42 de la loi).

C'est dire qu'en citant toutes les affaires qui donnent lieu à une instruction par le Service, le législateur n'a certainement pas traité la question de la saisine du Conseil.

c). Examen de la question au regard des modalités de l'introduction des affaires

30. Dans son premier rapport aux chambres, le Conseil avait déjà signalé le silence du législateur sur bien des points qui concernent l'introduction des plaintes et des demandes ¹⁷.

En ce qui concerne les modalités d'introduction des affaires, force est de constater que seuls les points suivants font l'objet de précisions dans la loi du 5 août 1991 et ses arrêtés d'exécution:

- les personnes qui peuvent être regardées comme ayant qualité de soumettre à l'examen du Conseil une pratique de concurrence et d'obtenir de lui une décision (article 23, § 1^{er}, a) b) c) et d));
- les modalités de notification des concentrations soumises à l'approbation préalable du Conseil (article 12, § 1^{er} de la loi, A.R. du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises);
- les modalités d'introduction d'une demande d'attestation négative (article 6 de la loi) et d'une demande d'exemption individuelle (article 7 de la loi), qui font l'objet de l'A.R. du 23 mars 1993 relatif aux demandes et notifications visées dans ces dispositions.

Il résulte des dispositions législatives ou réglementaires citées plus haut que doivent être adressées au Service de la concurrence:

- les notifications de concentrations;
- les notifications des accords, décisions et pratiques concertées à l'égard desquels les entreprises intéressées désirent se prévaloir des dispositions de l'article 2, § 3 de la loi;
- les demandes d'attestation négative;
- les demandes d'exemption individuelle.

Il résulte en revanche de l'article 35 de la loi que les demandes de mesures provisoires sont adressées au président du Conseil.

Mais sur les questions suivantes le silence du législateur est frappant:

- selon quelles modalités les plaintes visées à l'article 23, § 1^{er}, c) de la loi doivent-elles être introduites?
- selon quelles modalités les demandes émanant du Ministre des Affaires économiques, et celles émanant d'institutions publiques chargées du contrôle ou de la surveillance d'un secteur économique, visées à l'article 23, § 1^{er} c) et d) doivent-elles être introduites?
- à quel organe ces plaintes ou demandes doivent-elles être adressées?
- selon quelles modalités le Service de la concurrence décide-t-il d'instruire d'office?

¹⁷ Premier Rapport d'activité du Conseil de la concurrence 1993-1994, p. 24.

31. Nonobstant les lacunes que présente la loi et le fait qu'il y est précisé que les notifications sont adressées au Service de la concurrence, le Conseil de la concurrence estime qu'il est saisi des pratiques de concurrence dénoncées ou notifiées dès la réception par lui ou par le Service des plaintes, demandes et notifications ou dès la décision du Service de procéder d'office à une instruction.

Cette conclusion lui semble la seule qui puisse être tirée d'une lecture combinée des articles 23, § 1^{er} et 24 de la loi, à la lumière des travaux préparatoires.

Il résulte en effet de ces dispositions que le Service de la concurrence a l'obligation d'instruire chaque affaire et qu'il ne peut procéder au classement d'une affaire. Comment le risque de classement d'une affaire par le Service de la concurrence pourrait-il être exclu si le Conseil de la concurrence devait rester dans l'ignorance des saisines et s'il appartenait au Service de la concurrence de déterminer si les lettres qui lui sont adressées répondent ou non à la notion de plainte ou de demande?

Prétendre que le Service de la concurrence a le devoir de garder vis-à-vis du Conseil le silence sur les affaires introduites en vertu de la loi, c'est en définitive lui reconnaître un pouvoir qu'il n'a pas, celui de décider de soumettre ou de ne pas soumettre au Conseil les pratiques de concurrence notifiées ou dénoncées, solution que le législateur a écartée en assurant un accès très large au Conseil de la concurrence et en imposant au Service de la concurrence le devoir d'instruire chaque affaire.

d). Examen de la question au regard de la mission impartie au Conseil

32. La conclusion que tire le Conseil d'une lecture combinée des articles 23, § 1^{er} et 24 de la loi, qui forment la section intitulée "Procédure d'instruction" s'impose aussi selon lui au regard de la mission que le législateur lui a confiée.

Cette mission est large. Elle ne se résume pas aux compétences de décision que le Conseil exerce dans le cadre des procédures contentieuses.

Le Conseil a notamment le pouvoir d'engager d'office une procédure à l'encontre d'une entreprise, lorsque des indications sérieuses le justifient (article 23, § 1^{er}, c) de la loi).

Il a celui de formuler une proposition d'arrêté ministériel d'exemption par catégories d'accords (article 28 de la loi).

Il a une compétence consultative sur toute question de politique générale de concurrence, qu'il exerce de sa propre initiative ou à la demande du Ministre (article 16, alinéa 2 de la loi).

Il a par ailleurs l'obligation de faire rapport aux chambres législatives, ce qui implique un devoir de rendre compte de l'importance du contentieux qui lui est soumis, de la fréquence avec laquelle les problèmes de concurrence se posent dans certains secteurs, du type de questions que certaines activités soulèvent, etc.

La mission très large du Conseil implique qu'il ait accès aux actes provoquant sa saisine et aux dossiers sans devoir attendre la fin de l'instruction, et qu'il puisse compter sur l'aide que peut lui apporter le Service de la concurrence pour acquérir une meilleure connaissance des marchés et des comportements des entreprises.

Il n'est pas douteux qu'au moins dans l'esprit de la loi, le Conseil soit informé dès le début de toute action entreprise pour la sauvegarde de la concurrence et dispose de toutes les informations en possession du Service de la concurrence.

CHAPITRE II

Questions relatives à la fixation de priorités dans la poursuite de la mission impartie au Conseil.

A. Nécessité de fixer des priorités dans le traitement des affaires

33. Le Conseil de la concurrence étant gardien du respect de la loi sur la protection de la concurrence économique, le législateur n'a pas laissé la direction de l'instance devant le Conseil aux intervenants dans cette instance ni limité le pouvoir de décision du Conseil à l'examen du bien-fondé des mesures que l'auteur de la saisine souhaiterait voir ordonner par celui-ci. La cour d'appel de Bruxelles vient de le souligner dans son arrêt du 4 septembre 1996¹⁸.

Mais la prise en compte par toute autorité de concurrence de l'intérêt économique général qu'elle doit protéger en sauvegardant un environnement concurrentiel, implique aussi que celle-ci concentre son action sur certains objectifs primordiaux qu'elle se doit au préalable de définir.

Il va sans dire que toutes les affaires introduites en vertu de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ne présentent pas le même degré d'importance et d'urgence et qu'il importe que soient examinées prioritairement les pratiques restrictives de concurrence et les opérations de concentration qui ont des effets sensibles sur le fonctionnement des marchés.

Il est par ailleurs évident qu'un certain nombre de saisines ne concernent pas des faits qui entrent dans le champ de la compétence du Conseil et qu'il importe aussi que ces dossiers fassent rapidement l'objet d'une décision de classement pour que l'auteur de la saisine puisse encore en temps utile saisir le cas échéant, la juridiction compétente.

La nécessité de fixer des priorités dans le traitement des affaires se fait d'autant plus fortement ressentir qu'il est d'ores et déjà acquis qu'en raison des moyens dont disposent les organes chargés de veiller à l'application de la loi, ceux-ci ne peuvent traiter l'ensemble des affaires dans un délai raisonnable.

Encore faut-il, si l'on reconnaît au Conseil de la concurrence le devoir de mener une politique de concurrence efficace en concentrant son activité sur l'essentiel, qu'il ait les moyens de définir des objectifs primordiaux et d'en assurer la poursuite.

Le Conseil de la concurrence ne peut agir, par voie de décision, que dans les affaires qui ont fait l'objet d'un rapport du Service. Est-il pour autant privé de la possibilité d'encourager, au stade de l'instruction des affaires, le traitement des affaires qui méritent selon lui d'être examinées en priorité? C'est la question qui sera examinée dans la présente section.

B. La détermination d'objectifs prioritaires dans la pratique

34. En pratique, le Conseil de la concurrence n'est pas en mesure de porter une appréciation sur l'importance des différentes affaires qui font l'objet d'une instruction, ni sur les conséquences que pourrait avoir la longueur de l'instruction non seulement pour les auteurs de la saisine mais aussi sur le marché concerné.

Il n'est en effet pas tenu informé par le Service de la concurrence du nombre et de la nature des affaires introduites en vertu de la loi. Il n'a pas accès aux dossiers avant le dépôt du rapport¹⁹.

Ce manque d'information constitue bien entendu le premier obstacle à la volonté du Conseil d'établir un ordre de priorité dans l'instruction des affaires, de même qu'à son souci d'éviter que le Service ne procède à des investigations inutiles, par exemple à la suite d'une saisine irrégulière.

¹⁸ Bruxelles (9^e ch. bis), 4 sept. 1996, M.B., 14 sept.

¹⁹ Voir Chapitre I^{er} de la présente partie, n^o 24 et svts.

Le deuxième obstacle réside dans le fait que le Service de la concurrence estime que la direction de l'instruction échappe totalement au Conseil et relève de la compétence exclusive de l'administration. Selon le Service de la concurrence, "*si des priorités sont à fixer quant à l'instruction, ces priorités relèvent de la politique de concurrence qui appartient de façon exclusive au Ministre des Affaires économiques et la loi du 5 août 1991 ne donne aucune compétence au Conseil dans ce domaine*"²⁰.

Le troisième obstacle provient du fait que sur base des mêmes considérations, le Service de la concurrence considère qu'il lui appartient de décider souverainement, dans chaque affaire, de la nécessité de déclencher une enquête. L'exigence d'un mandat délivré par le président du Conseil ou un membre magistrat du Conseil, précisant l'objet et le but de la mission des agents du Service (article 23, § 3 de la loi), serait selon le Service étrangère à toute question relative à la direction de l'instruction dont il a la charge et ne viserait par ailleurs que les enquêtes sur place²¹.

Dans ces conditions, c'est donc le Service de la concurrence qui a depuis l'entrée en vigueur, déterminé en pratique le champ d'action du Conseil de la concurrence, notamment en privilégiant l'instruction de certaines affaires au détriment d'autres, selon des critères qu'il fixe et qui ne sont pas connus du Conseil de la concurrence.

C. Constats et initiatives du Conseil de la concurrence

35. Si la position que défend le Service devait correspondre à la volonté du législateur, il n'appartiendrait certes pas au Conseil de s'enquérir des choix opérés par le Service de la concurrence dans l'exercice de sa mission ou des critères qu'il retient lorsqu'il apprécie le degré d'importance et d'urgence des différentes affaires qu'il est chargé d'instruire, et il lui appartiendrait encore moins d'en faire état dans le présent rapport.

Le Conseil estime devoir néanmoins sur base des dossiers qui ont fait l'objet d'un rapport du Service de la concurrence, dresser les constats suivants.

L'instruction des affaires relatives à des concentrations notifiées s'est faite sans nul doute au détriment de l'instruction des affaires relatives à des ententes et à des abus de position dominante, ou encore au détriment de l'instruction des affaires relatives à des concentrations qui n'ont pas été notifiées.

Ni le nombre élevé des opérations de concentration ni les délais très brefs que le Service doit respecter pour permettre au Conseil d'apprécier leur admissibilité en temps utile ne suffisent à expliquer cette situation. A ces deux circonstances s'ajoute en effet le fait qu'au cours de la procédure de première phase, le Service de la concurrence procède quasi automatiquement à des enquêtes qui ne tendent pas seulement à vérifier le caractère exact des informations fournies par les parties notifiantes, même dans l'hypothèse où l'opération ne soulève pas de doutes sérieux au regard de sa compatibilité avec les règles énoncées à l'article 10, § 2 de la loi, ou qui tendent à démontrer, sans attendre une éventuelle décision du Conseil d'engager la deuxième phase d'examen, le bien-fondé d'éventuelles objections à l'encontre de l'opération. Ces démarches prennent un temps considérable. Elles ne répondent en outre pas, dans la plupart des cas, au critère de nécessité énoncé à l'article 23, § 2 et 3, lequel doit s'apprécier à la lumière de la jurisprudence abondante relative à la notion de "renseignements nécessaires" à l'article 11 du règlement n° 17 du Conseil des Communautés européennes, ou à celle de "vérifications nécessaires" à l'article 14 du même règlement. Nul n'est besoin en effet de procéder à des enquêtes qui dépassent l'examen du caractère complet et exact de la notification, lorsqu'il apparaît à l'aune de cette analyse évident que l'opération notifiée ne soulève aucun doute sérieux quant à son admissibilité.

Dans le souci à la fois de protéger les entreprises contre les interventions excessives de l'administration et de lever l'hypothèque qui pèse sur l'instruction des affaires plus importantes en raison du temps démesuré que le Service de la concurrence consacre à l'examen des concentrations notifiées, le Conseil de la concurrence a proposé au Service de procéder de concert, dès réception d'une notification de concentration, à une

²⁰ Lettre du 15 janvier 1996 du fonctionnaire dirigeant le Service de la concurrence.

²¹ Voir chapitre III de la présente partie, n° 37 et svts.

évaluation rapide de la nécessité d'y consacrer un examen approfondi de manière à éviter toute investigation inutile.

Le Conseil a dans le même esprit défendu l'idée qu'il était opportun, dans l'hypothèse où il apparaît dès l'abord évident que la concentration n'a pas d'effet sensible sur la concurrence, que le Service procède rapidement au dépôt d'un rapport succinct et que le Conseil avise quant à lui les entreprises dès le dépôt du rapport, de l'absence d'objection du Conseil par simple lettre de son président de manière à ce que les entreprises soient fixées rapidement sur le sort de la concentration. L'expérience a en effet démontré que la tenue d'une audience dans l'hypothèse envisagée ne présente que peu d'intérêt.

Cette proposition n'a pas été accueillie favorablement par le Service de la concurrence qui y voit une immixtion du Conseil dans la phase d'instruction. Sa réalisation s'est en outre heurtée au fait que le Conseil n'a pu prendre connaissance des formulaires de notification avant le dépôt du rapport, en raison du prétendu devoir de discrétion que le Service croit devoir opposer au Conseil ²².

S'agissant des dossiers relatifs à des pratiques restrictives de concurrence dont l'instruction n'est soumise à aucun délai, force est de constater que le Service de la concurrence semble s'être consacré aux dossiers qui selon lui ne justifient pas la prise de mesures par le Conseil de la concurrence: sur les huit plaintes qui ont fait l'objet d'un rapport au 31 décembre 1995, six ont donné lieu à une proposition de classement par le Service de la concurrence.

Face à ce constat, le Conseil de la concurrence a proposé au Service de la concurrence d'établir en concertation les critères qui devraient être pris en considération pour établir l'ordre dans lequel les affaires seraient instruites, suivant leur degré d'importance ou d'urgence, de manière à rendre son action plus efficace. Pour les raisons énoncées plus haut, cette proposition fut également rejetée.

Il est donc clair que le Conseil de la concurrence est privé aujourd'hui de toute possibilité d'agir au niveau de la définition des objectifs que se donne le Service de la concurrence dans l'accomplissement de sa mission d'instruction, quand bien même de ceux-ci dépendent le champ d'action réel du Conseil et l'utilité de ses interventions.

Il reste à examiner si la pratique ainsi décrite qui rend le Conseil de la concurrence totalement tributaire de l'administration, répond au vœu du législateur.

D. Examen de la question au regard des dispositions de la loi du 5 août 1991

36. Le Conseil de la concurrence a exprimé par les diverses initiatives qu'il a prises le dissentiment qui existe entre la perception qu'a le Service de la concurrence de l'étendue de ses attributions, et la sienne sur ce point.

Il résulte selon lui des travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 et de la genèse de l'article 23 de la loi que le législateur s'est écarté sans ambiguïté de la philosophie de l'avant-projet de loi là où celui-ci confiait au Ministre des Affaires économiques la direction de l'instruction. Le texte de l'article 22 de l'avant-projet de loi attribuait au Ministre des Affaires économiques la compétence de délivrer aux agents du Service de la concurrence un mandat écrit précisant l'objet et le but de leur mission, et donc celle de diriger et d'orienter l'instruction.

L'article 23 de la loi attribue cette compétence au président du Conseil ou aux magistrats, membres du Conseil, désignés par le règlement d'ordre intérieur.

Des discussions au sein de la Commission de l'Economie et de la Politique scientifique, on peut déduire que la distribution des compétences entre le pouvoir exécutif et le Conseil de la concurrence, juridiction indépendante, a été modifiée dans le souci de préserver l'indépendance de l'instruction et d'accroître les garanties dont bénéficient au stade de l'instruction, les entreprises.

²² Voir chapitre I^{er} de la présente partie, n° 24 et svts.

En réponse à une question d'un intervenant qui se demandait "*s'il ne serait pas souhaitable que l'instruction soit menée en permanence par un magistrat, par analogie avec la fonction de juge d'instruction dans le cadre d'une instruction classique*", le vice-premier Ministre répondit qu'il n'était pas opposé "*à ce qu'un magistrat dirige en permanence l'instruction menée par le Service de la concurrence dans la mesure où une telle procédure accroîtrait l'indépendance de l'organe en question et contribuerait à la dépolitisation.*"²³

Dès lors, si pour garantir à la fois l'indépendance de l'instruction et celle de l'organe de décision, le législateur a supprimé l'intervention du Ministre des Affaires économiques tant dans la phase de décision qu'au niveau de l'instruction, il n'a pas pu logiquement confier la direction des enquêtes au Service de la concurrence qui agit sous l'autorité de celui-ci et engage sa responsabilité.

En revanche, il faut bien constater à la lumière de l'expérience acquise, que les incertitudes sur le sens précis qu'il y a lieu de donner à la mission d'instruire les affaires confiée au Service de la concurrence, et sur la portée exacte du mandat d'instruction qui doit être délivré aux agents, continuent de susciter des questions multiples quant aux responsabilités respectives du Service de la concurrence et du Ministre des Affaires économiques d'une part, du Conseil de la concurrence d'autre part, et hypothèquent le développement des activités du Conseil.

Dans de telles conditions, on doit craindre que la loi belge sur la protection de la concurrence n'ait en fait qu'une portée sinon théorique, du moins très limitée.

²³ Rapport fait au nom de la commission de l'économie et de la politique scientifique par M. De Clerck, Doc. Parl., Ch. Repr., Sess. ord. 1991-1991, 1282/6 - 89/90, p. 17.

CHAPITRE III

Questions relatives au déclenchement des enquêtes et à leur direction.

Introduction

37. L'exercice par le Service de la concurrence de ses pouvoirs d'enquête n'a pas suscité à ce jour de contentieux. Ceci est la conséquence logique du fait que l'instruction dans la plupart des affaires relatives à des pratiques anticoncurrentielles n'est pas terminée.

Il n'est toutefois nul besoin d'attendre que surgisse un contentieux pour rendre compte de la manière dont les enquêtes sont déclenchées et menées et faire état des difficultés qu'entraîne l'application de l'article 23, §§ 2 et 3 de la loi qui confère au Service de la concurrence des pouvoirs d'enquête fort étendus tout en entourant l'exercice de ces pouvoirs de bon nombre de garanties en faveur des entreprises, dont la moindre n'est pas l'intervention obligée d'un magistrat membre du Conseil pour l'adoption de toute mesure qui entraîne pour les entreprises concernées, une obligation de collaborer à l'instruction.

38. Les dispositions de la loi qui concernent l'instruction des affaires et les pouvoirs d'enquête ont suscité et suscitent encore des incertitudes.

La première incertitude concerne la question de savoir si le législateur a confié au Service de la concurrence le pouvoir de décider souverainement de la nécessité de déclencher les enquêtes.

La seconde incertitude porte sur le point de savoir si le législateur a entendu confier au Service de la concurrence le soin de déterminer seul les finalités de l'enquête.

La troisième incertitude concerne le choix de la mesure d'instruction. Appartient-il au Service de la concurrence?

Il ne semble pas possible de procéder à un examen séparé de ces questions qui toutes ont trait à l'étendue du rôle que le législateur a entendu confier au Service de la concurrence et aux magistrats, membres du Conseil, lors des enquêtes, de même qu'à l'étendue des garanties qu'il a données aux entreprises, qu'elles soient à l'origine d'une saisine ou qu'elles soient concernées directement par l'enquête.

Il ne semble pas non plus possible d'apporter à ces trois questions des réponses divergentes.

S'il appartient au Service de la concurrence d'apprécier l'existence ou l'absence d'indices d'infraction dans les affaires introduites en vertu de la loi et de juger de la nécessité des enquêtes, il faut lui reconnaître de même la liberté de définir les finalités des enquêtes et de choisir les mesures d'instruction appropriées. Dans cette hypothèse, le rôle des agents du Service de la concurrence ne consiste pas seulement à vérifier la réalité d'une infraction présumée.

S'il appartient aux membres du Conseil, à savoir le président du Conseil et les membres magistrats du Conseil, habilités à prendre les décisions de demande de renseignements et à délivrer les mandats d'instruction, de prendre la décision de déclencher les enquêtes, il faut leur reconnaître la compétence de définir la finalité des enquêtes et de décider des mesures d'investigation. Dans cette hypothèse, le rôle des agents mandatés du Service de la concurrence est de réunir les preuves de l'infraction présumée.

A. Les conditions de régularité des enquêtes - observations générales

39. La mission générale du Service de la concurrence consiste à instruire les affaires introduites en vertu de la loi du 5 août 1991. Il fut souligné au cours des travaux préparatoires de la loi, que sa tâche consiste à

constituer un dossier et à établir un rapport aussi complet que possible de manière à ce que le Conseil puisse rendre sa décision dans un délai raisonnable et en toute connaissance de cause.

Le devoir qui pèse sur le Service de la concurrence d'instruire chaque affaire n'entraîne aucunement le devoir de procéder dans chaque affaire à des enquêtes.

La régularité de toute enquête, quelle que soit la mesure d'instruction choisie, est en effet soumise au respect des principes généraux de droit, qu'il s'agisse du principe de légalité, de sécurité juridique, de proportionnalité ou de nécessité, et surtout du principe de la protection contre les interventions arbitraires ou excessives de l'administration.

La loi du 5 août 1991 consacre ces principes.

40. L'article 23 énonce expressément que les renseignements demandés ou recherchés doivent être "nécessaires". Le critère de nécessité doit s'apprécier à la lumière de la jurisprudence relative à la notion de "renseignements nécessaires" à l'article 11 du règlement n° 17 ou à celle de "vérifications nécessaires" à l'article 14 du même règlement. Il suppose d'une part l'existence d'un soupçon d'infraction et, d'autre part, une corrélation étroite entre le renseignement demandé ou la mesure d'instruction choisie, et l'infraction présumée.

Le même article rappelle que les investigations du Service de la concurrence doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi.

Il soumet par ailleurs la régularité des mesures d'instruction adoptées à une obligation de motivation sur ce point, puisque tant la demande de renseignements que le mandat d'instruction délivré aux agents doivent contenir des mentions sur la base juridique et le but de la mesure adoptée. Ces mentions ont pour objet de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention du Service, et de mettre les entreprises en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration lorsque la mesure adoptée est contraignante.

L'article 23 énonce les mesures d'investigation qui peuvent être adoptées dans le cadre des enquêtes: la demande de renseignements que le président du Conseil peut rendre contraignante par décision motivée, l'audition des entreprises concernées ou d'entreprises tierces, l'enquête sur place, la perquisition, la saisie.

Il précise que les agents du Service doivent être porteurs d'un mandat écrit délivré par le président du Conseil ou par un magistrat désigné dans le règlement d'ordre intérieur du Conseil.

Les pouvoirs d'enquêtes ne sont par ailleurs pas limités par la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée. C'est en ce sens que s'est prononcée la Commission de la protection de la vie privée dans un avis émis le 17 mars 1995²⁴ à la demande du Ministre des Affaires économiques qui l'avait interrogée sur la question de savoir si les agents du Service de la concurrence mandatés par le président du Conseil pouvaient exiger la production de la liste des personnes ayant renoncé à leur abonnement au câble en Communauté germanophone, sans violer la loi du 8 décembre 1992²⁵.

B. Le déclenchement des enquêtes, une attribution exercée dans la pratique par le Service de la concurrence

41. Dans un certain nombre d'affaires, le déclenchement d'une enquête ne s'impose pas pour que le Service mène à bien sa mission d'instruire et de soumettre une proposition au Conseil.

²⁴ Avis n° 08/95 du 17 mars 1995 de la Commission de la protection de la vie privée.

²⁵ Instruction demandée par le président du Conseil dans le cadre de la demande de mesures provisoires présentée par les associations intercommunales de télédistribution Interest et Intermosane, décision du 4 septembre 1995, 95-VMP-2;

Il convient de faire observer que les agents du Service de la concurrence ont préféré inviter le Ministre à saisir la Commission de la protection de la vie privée plutôt que d'inviter le président du Conseil à examiner la légitimité de leur demande de renseignements et à rendre celle-ci contraignante (art. 23, § 2, 3 de la loi).

Une enquête ne se justifie par exemple pas lorsqu'une demande d'attestation négative contient les éléments nécessaires à l'appréciation par le Conseil de l'existence ou de l'absence d'infraction aux articles 2 et 3 de la loi, ou lorsque les faits invoqués par l'auteur d'une plainte n'entrent pas dans le champ de la compétence du Conseil.

Il en va de même par ailleurs lorsque les parties qui notifient une concentration ont fourni de manière complète et exacte les renseignements demandés dans le formulaire et ont joint à celui-ci tous les documents qui doivent l'accompagner, dès lors que ces informations ²⁶ mettent le Conseil en mesure de se prononcer sur l'existence ou l'absence de doutes sérieux et partant de constater soit qu'il n'y a pas d'objections à l'encontre de l'opération de concentration, soit qu'il y a lieu d'engager la procédure prévue au § 3 de l'article 33.

En revanche la mise en œuvre des pouvoirs d'enquête conférés au Service de la concurrence s'impose lorsqu'il existe des présomptions d'infraction à vérifier et elle doit nécessairement intervenir avant l'expiration du délai de cinq ans visé à l'article 48, § 2 de la loi pour éviter le classement de facto d'une affaire par le jeu de la prescription.

La décision de déclencher une enquête présente donc une importance particulière, bien qu'il n'en soit fait mention nulle part dans la loi, ce qui est regrettable puisqu'en définitive il importe de savoir d'abord à qui le législateur a confié la responsabilité de déclencher les enquêtes et d'en définir les finalités.

42. Selon le Service de la concurrence, la mission d'instruire les affaires qui lui est confiée englobe la responsabilité de juger, cas par cas, de la nécessité de procéder à une enquête et d'établir les finalités de l'enquête.

Il faut faire observer d'emblée que c'est cette approche qui s'est imposée depuis l'entrée en vigueur de la loi, pour diverses raisons.

Le Conseil n'a tout d'abord pas accès aux dossiers avant le dépôt du rapport. Dès lors, à supposer que le législateur ait entendu confier implicitement au président du Conseil ou aux magistrats membres du Conseil la responsabilité de décider du déclenchement d'une enquête en leur confiant celle de délivrer aux agents un mandat précisant l'objet et le but de leur mission, ceux-ci n'auraient pu l'assumer même s'ils en avaient eu le temps.

Ensuite, le Service de la concurrence ne demande jamais la délivrance desdits mandats, sauf lorsqu'il souhaite procéder à des perquisitions.

Enfin, le Conseil n'a pas été à ce jour saisi d'un contentieux sur le point examiné.

C'est donc le Service de la concurrence qui apprécie dans chaque affaire si les informations dont il dispose révèlent des indices d'infraction et qui décide aussi s'il y a lieu d'entreprendre des investigations.

Il fixe également les finalités des enquêtes et choisit les mesures d'instruction qui lui semblent appropriées.

Dans le cadre de ces démarches, il lui arrive de décider de joindre deux ou plusieurs dossiers qu'il instruit, ou à l'inverse de procéder à des instructions séparées dans l'hypothèse où les faits dénoncés dans un même acte sont indépendants les uns des autres.

C. Le rôle des magistrats membres du Conseil au stade de l'instruction

43. Quel est dans les conditions décrites plus haut, le rôle que devrait jouer le président du Conseil ou le magistrat qui le remplace, lorsqu'il est invité par le Service de la concurrence à adopter une décision de demande de renseignements ou à délivrer des mandats?

²⁶ Informations complétées le cas échéant par les informations qu'auraient fournies des tiers avisés de l'existence de la procédure par la Commission de la concurrence.

L'hypothèse concrète examinée est la suivante: la demande est adressée par le Service de la concurrence qui ne reconnaît pas au magistrat saisi par lui le droit d'apprécier la nécessité de l'enquête, ni celui d'en déterminer les finalités, ni encore la compétence de choisir la mesure d'instruction appropriée.

Dans cette hypothèse, le magistrat saisi n'aurait pas d'autre possibilité que celle d'exercer un contrôle de légalité de la mesure *envisagée par le Service* semblable à celui qu'exerce le tribunal de première instance des Communautés européennes sur la légalité des demandes de renseignements prises sous forme de décision par la Commission ou des décisions de vérification de la Commission.

Concrètement, cela signifie par exemple que le Service de la concurrence, qui invite le président du Conseil à délivrer un mandat, ne lui reconnaît pas le droit de délivrer un mandat qui précise l'objet et le but de la mission autrement qu'il ne l'avait précisé dans sa demande de mandat qu'il lui adresse par simple lettre.

Cela signifie par exemple aussi que le président du Conseil, invité à adopter une décision de demande de renseignements ne pourrait substituer sa propre appréciation sur la nécessité même d'une enquête à celle du Service et arriver à des évaluations de fait et de droit différentes sur l'existence d'indices d'une infraction ou sur le texte dont la violation est suspectée.

En pratique toutefois, le magistrat saisi ne s'est pas tenu à ces limites que le Service entend lui impartir.

Invité dans une affaire à délivrer des mandats par le Service de la concurrence qui estimait qu'il existait des indices d'abus de position dominante, le président a refusé les mandats considérant que la définition du marché retenue par le Service pour conclure sur base d'indices à l'existence d'une position dominante était erronée.

Il a de même refusé de délivrer des mandats dans une autre affaire après avoir constaté que les renseignements recherchés ne présentaient pas un caractère de nécessité ou pouvaient être aisément obtenus en adressant une demande de renseignements aux entreprises concernées, demande qu'il proposait de rendre contraignante en cas de non-réponse.

44. Les exemples cités démontrent qu'à l'occasion d'une demande de mandats ou d'une requête sur le fondement de l'article 23, § 2, 3 le magistrat saisi oriente l'enquête déclenchée par le Service et le cas échéant y met indirectement fin en refusant d'adopter une mesure contraignante.

D. Examen de la question au regard des dispositions de la loi

45. Ce n'est assurément pas un contrôle qui porterait exclusivement sur la régularité formelle et la légalité de la mesure d'investigation *souhaitée* par le Service de la concurrence que le législateur a voulu instituer en prévoyant l'intervention obligée et préalable d'un magistrat pour toute mesure entraînant dans le chef de l'entreprise une obligation de collaborer. Si telle avait été son intention, il eut été plus simple de conférer au Service de la concurrence le pouvoir d'adopter les mesures d'investigation contraignantes et de donner à l'entreprise visée par la mesure le droit d'introduire devant le président du Conseil un recours en annulation et d'assortir son recours d'une demande de sursis à exécution.

La nature même des décisions que le président du Conseil ou le magistrat membre du Conseil est amené à prendre suppose selon le Conseil que le magistrat responsable définisse lui-même et librement les finalités de l'enquête puisqu'il s'agit à chaque fois d'adopter la mesure d'investigation qui permettra au Service d'obtenir les renseignements nécessaires.

Il ne saurait le faire sans examiner d'abord s'il y a des indices d'infraction et sans préciser ensuite l'infraction que les agents sont chargés de vérifier en réunissant les preuves de sa réalité. Il ne saurait dès lors être lié par l'appréciation que porte le Service sur ces points.

46. Il apparaît au Conseil que le centre de décision en ce qui concerne la direction des enquêtes se trouve en son sein, le législateur ayant habilité le président du Conseil et les magistrats membres du Conseil à prendre les mesures d'instruction contraignantes ²⁷.

Ce sentiment est conforté par la considération que le législateur n'a pu raisonnablement priver le Service de la concurrence du pouvoir d'adopter des mesures d'investigation contraignantes et renoncer à attribuer la compétence de délivrer les mandats au Ministre des Affaires économiques, tout en laissant au Service de la concurrence la responsabilité de décider les enquêtes et d'en préciser les finalités. Un tel système ne saurait fonctionner ni servir l'objectif d'indépendance de l'instruction.

Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'il résulte des dispositions de l'article 23, § 2 et 3 que le Service de la concurrence, agissant seul, ne peut compter que sur la collaboration volontaire des entreprises à l'instruction, et ce même lorsqu'il instruit une affaire d'office ou à la demande du Ministre des Affaires économiques. En effet, une entreprise n'encourt pas de sanction lorsqu'elle ne répond pas ou ne répond qu'incomplètement à une demande de renseignements adressée par le Service de la concurrence. La demande de renseignements ne revêt un caractère contraignant que lorsqu'elle est adressée, par voie de décision, par le président du Conseil. Elle n'encourt pas non plus de sanction si elle s'oppose à des vérifications faites par des agents du Service qui n'auraient pas été mandatés par le magistrat membre du Conseil habilité à le faire.

La mise en œuvre des pouvoirs d'enquête, fort étendus, attribués au Service de la concurrence implique donc la décision d'un magistrat du Conseil dans la mesure où ceux-ci entraînent une obligation pour l'entreprise de communiquer des renseignements ou de se soumettre à une vérification.

47. Il faut encore noter sur ce point la généralité des termes utilisés par le législateur à propos des mandats écrits délivrés par le président du Conseil ou les magistrats membres du Conseil désignés à cet effet par le règlement d'ordre intérieur. Ces mandats écrits doivent préciser l'objet et le but "*de la mission*" des agents, notion bien plus large que celle de perquisition ²⁸.

La place qu'occupe le texte dans l'article 23 ne permet pas non plus de conclure qu'un mandat ne serait requis que pour les seules perquisitions. Il semble au contraire que l'exigence d'un mandat constitue une condition de régularité de toute mesure d'investigation que le Service de la concurrence prend, en ce compris la demande de renseignement qui ne constitue en somme que l'un des moyens de recueillir des informations.

48. Le législateur s'est en partie écarté des dispositions du règlement n° 17 du Conseil des Communautés européennes dont il s'est toutefois inspiré lors de la rédaction des paragraphes 2 et 3 de l'article 23 de la loi.

La procédure relative à la demande de renseignements se décompose obligatoirement en deux phases, comme le prévoit le texte de l'article 11, § 2, 3 et 5 de ce règlement. Mais la loi belge a confié à des organes distincts le droit d'adresser une demande de renseignements d'une part, et le pouvoir d'enjoindre à une entreprise de répondre à la demande d'autre part, pouvoir qu'exerce le président du Conseil sous le contrôle de la cour d'appel de Bruxelles.

Il n'est par ailleurs pas question dans notre loi de la distinction faite dans le règlement n° 17 entre d'une part les "vérifications sur simple mandat" non contraignantes, et d'autre part les vérifications ordonnées par décision qui s'impose aux entreprises et qui peut faire l'objet d'un recours, mais seulement d'un mandat précisant l'objet et le but de la mission.

Si le législateur a prévu la voie de recours contre la décision de demande de renseignements, il n'a en revanche pas organisé de recours contre les vérifications contraignantes, qui peuvent entraîner des conséquences plus graves encore et aller jusqu'à la perquisition et la saisie.

²⁷ Voir aussi l'article 19, § 2 de la loi qui habilite le Conseil à procéder ou faire procéder à toutes investigations utiles, et n° 74.

²⁸ Comparer art. 11 et 14 du règlement n° 17 du Conseil des Communautés européennes.

Sur le plan des sanctions que peuvent encourir les entreprises confrontées à l'une ou l'autre mesure d'instruction, il faut faire observer que la formulation de l'article 37 de la loi est fort large puisque des amendes peuvent être infligées par le Conseil "*aux personnes, entreprises ou associations d'entreprises lorsque de propos délibéré ou par négligence, elles empêchent ou entravent les instructions prévues à l'article 23*".

C'est dire combien il importe pour les entreprises d'être en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration, et qu'il est essentiel de lever toute incertitude quant aux formes que doivent revêtir les "décisions" d'entreprendre des investigations contraignantes et quant à l'étendue des attributions que le législateur a données aux magistrats membres du Conseil au stade des enquêtes ²⁹.

La dernière question qui a surgi à ce propos concerne le point de savoir si le magistrat qui délivre le mandat aux agents chargés de l'enquête, précise "l'objet et le but de leur mission" en mentionnant les présomptions d'infraction sur lesquelles doivent porter les investigations et en indiquant que celles-ci sont entreprises dans le but d'obtenir des éclaircissements sur les circonstances particulières de l'infraction présumée, peut en outre indiquer quels types de mesures parmi toutes celles qui sont prévues à l'article 23, § 3 peuvent être utilisés par le Service dans l'accomplissement de sa mission, ou s'il doit au contraire laisser aux agents mandatés le choix de la mesure. Le texte ne le dit pas.

E. Incidence concrète des questions examinées sur le déroulement des enquêtes

49. Signalons que l'ensemble des questions traitées dans le présent chapitre a une incidence considérable sur le déroulement des enquêtes et sur la durée de l'instruction. Elles ont en particulier pour effet que le Service de la concurrence agit uniquement par la voie de demande de renseignements pour établir l'existence d'une violation aux règles de la concurrence. Il ne fait qu'extrêmement rarement appel au Conseil pour obtenir soit une décision de demande de renseignements, soit des mandats d'instruction.

Les demandes de renseignements non contraignantes qu'adresse le Service aux entreprises présentent certes pour celles-ci l'avantage de n'être pas attentatoires aux libertés individuelles. Il faut cependant reconnaître qu'elles sont rarement adaptées au but en raison duquel le Service de la concurrence s'est vu conférer d'importants pouvoirs d'enquête, qui est, faut-il le rappeler, de vérifier la réalité d'infractions passibles d'amendes fort lourdes, et dès lors se demander si l'autonomie dont le Service entend jouir dans la direction des enquêtes sert bien les objectifs que la loi du 5 août 1991 poursuit.

²⁹ Voir à ce sujet la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes: "*Si les droits de la défense doivent être respectés dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, il importe d'éviter que ces droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquête préalable, dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement des preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager la responsabilité*" et plus loin: "*Si certains droits de défense ne concernent que les procédures contradictoires qui font suite à une communication de griefs, d'autres droits (...) doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable.*" dans C.J.C.E., 21 sept. 1989 (Hoechst / Commission), 46/87 et 227/88, Rec. C.J.C.E., p. 2919.

QUATRIEME PARTIE

QUESTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA DEFENSE.

CHAPITRE I^{er}

La communication des griefs, acte de procédure oublié?

A. Le principe du contradictoire

50. Le Conseil de la concurrence ne peut retenir contre les entreprises et associations d'entreprises que les griefs au sujet desquels ces dernières ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue.

Le respect des droits de la défense implique en effet que les parties puissent être en mesure de connaître les faits retenus à leur encontre ainsi que leur qualification au regard du droit de la concurrence pour préparer utilement leur défense devant le Conseil.

Ce principe est d'application générale. Il s'applique donc aussi à la procédure réservée aux opérations de concentration notifiées: le Conseil ne peut fonder la décision qu'il prend à l'issue de la deuxième phase de la procédure que sur les objections pour lesquelles les entreprises concernées ont pu faire valoir leurs observations.

51. Les entreprises "dont l'activité ou la concentration a fait l'objet de l'instruction" ont reçu du législateur l'occasion de se défendre.

Il résulte des articles 19 et 27, § 2 de la loi que le Conseil statue sur toutes les affaires dont il est saisi après avoir entendu en leurs moyens les entreprises intéressées. La procédure devant le Conseil est donc soumise au principe du contradictoire. L'arrêté royal du 15 mars 1993 relatif aux procédures énonce en son article 9 que les entreprises peuvent présenter "*un mémoire en réponse au rapport du Service*" dans lequel elles peuvent exposer tous les moyens et faits "*utiles à leur défense*". Elles sont admises à consulter le dossier pour préparer leur défense (article 27, § 1^{er} de la loi). Elles reçoivent même l'occasion d'être entendues par le Service de la concurrence avant l'établissement de son rapport (article 24, § 2, 3 de la loi), ce qui conduisait le Vice-premier Ministre à affirmer que les garanties prévues au cours de la procédure par la loi sont nettement supérieures à celles qui sont prévues au niveau européen³⁰.

52. Mais que valent pratiquement ces garanties si les entreprises dont la concentration ou la pratique a fait l'objet de l'instruction ne sont pas informées des griefs que le Conseil peut à l'issue de la procédure retenir à leur encontre? Malgré l'importance qui fut attachée au respect des droits de la défense dans l'instance devant le Conseil de la concurrence lors des discussions du projet de loi à la Chambre et au Sénat, force est de constater qu'aucune disposition dans la loi du 5 août 1991 n'organise un acte de procédure énonçant des griefs. La notion d'"énoncé de griefs" bien connue en droit de la concurrence européen et reprise dans les législations de concurrence des différents pays, ne figure pas dans la loi.

B. L'étendue du pouvoir de décision du Conseil au regard des différents actes d'instruction et de procédure

a). La plainte ou la demande

³⁰ Doc. Parl., Ch. Repr., Sess. ord. 1990-1991, 1282/6-89/90, p. 43.

53. L'acte de saisine qui déclenche l'instruction, et dans lequel des pratiques sont dénoncées ou notifiées, ne lie pas le Conseil. Saisi de pratiques à examiner sur les marchés, le Conseil n'est pas lié par la demande des parties, ni par les faits énoncés dans l'acte, ni par les qualifications proposées. Il peut lors de son délibéré tenir compte de tout fait qui se rattache aux comportements économiques intéressant le marché en cause, quel que soit l'auteur de la demande, de la plainte, de la notification. C'est la conséquence logique du fait que le Conseil, gardien de la loi sur la protection de la concurrence économique, ne tranche pas un litige opposant des parties à un procès ³¹.

Ce n'est donc pas en fonction de l'acte de saisine que le législateur a organisé l'exercice des droits de la défense des entreprises. Ces dernières sont d'ailleurs bien souvent les parties saisissantes.

b). Les décisions relatives aux enquêtes

54. La défense des parties doit-elle porter sur "l'infraction présumée" qui a pu justifier la mise en œuvre des pouvoirs d'enquêtes du Service au cours de l'instruction, telle qu'elle est décrite dans la demande de renseignements qu'adresse la Service de la concurrence (article 23, § 2) et dans le mandat que délivre le président du Conseil aux agents (article 23, § 3)?

La réponse est négative. Ni la demande de renseignements ni le mandat ne s'analysent en énoncé de griefs, bien que leur "objet" consiste dans "les indices d'infraction" suivant la jurisprudence communautaire dont le Conseil doit s'inspirer. Il s'agit de mesures qui sont adoptées dans le cadre de l'instruction pour permettre au Service de vérifier la réalité et la portée d'une situation de fait et de droit présumée porter atteinte à la concurrence. Les mentions qui figurent dans ces actes d'instruction n'ont pour but que de faire apparaître le caractère justifié de la mesure d'investigation entreprise et de mettre les entreprises concernées en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration au stade de l'instruction.

Le pouvoir de décision du Conseil n'est donc pas limité par les mentions qui figurent dans la demande de renseignements ou dans le mandat, sous la seule réserve que le Conseil ne peut invoquer à l'égard des entreprises des preuves qui, obtenues au cours d'une vérification, seraient étrangères à l'objet et au but de celle-ci. En effet les agents du Service ne sauraient lors d'une perquisition réunir des preuves d'une infraction autre que celle pour laquelle ils ont été mandatés par le président du Conseil ou le magistrat membre du Conseil habilité à délivrer un mandat ³².

c). Le rapport du Service de la concurrence

55. Le rapport du Service de la concurrence doit-il s'analyser en énoncé de griefs? Le législateur a-t-il entendu confier au Service de la concurrence la compétence d'énoncer les seuls griefs ou d'énoncer les seules objections à l'encontre d'une opération de concentration sur lesquels le Conseil peut fonder sa décision?

La tentation de reconnaître au rapport du Service la portée qu'a la communication de griefs en droit communautaire est grande puisqu'au cours des travaux parlementaires le rapport du Service a été "*comparé*" à la communication des griefs ³³, et qu'il résulte de l'article 9 de l'A.R. du 15 mars 1993 que le mémoire que les parties concernées peuvent déposer, qualifié de "*mémoire en réponse au rapport du Service*" semble avoir été conçu comme la réponse à "*un acte d'accusation*" ³⁴.

Pourtant le Conseil estime ne pas pouvoir analyser le rapport du Service en un acte d'énoncé de griefs, au motif qu'une telle analyse est incompatible avec les règles de la procédure devant le Conseil, inconciliable

³¹ Bruxelles (9^e ch. bis), 4 sept. 1996, M.B., 14 sept.

³² Comparer C.J.C.E., 17 oct. 1989 (Dow Benelux / Commission), 85/87, Rec. C.J.C.E., p. 3137.

³³ Doc. Parl., Sén., Sess. 1990-1991, 1289-2, p. 59.

³⁴ En ce sens, la position du fonctionnaire dirigeant le Service de la concurrence, lettre du 15 janvier 1996.

avec les termes "rapport" et "proposition de décision" choisis par le législateur, et peu conforme à l'esprit de la législation qui n'a pas confié ni réservé au Service de la concurrence un droit de poursuite.

56. Le législateur a prévu que le Conseil statue au fond³⁵ sur toutes les affaires dont il est saisi, après avoir entendu en leurs moyens les entreprises intéressées (art. 19, § 4) et après leur avoir donné l'occasion de consulter le dossier (art. 27, § 1^{er}). Cette obligation vaut donc quel que soit le contenu du Rapport du Service, c'est-à-dire même lorsque le Service conclut dans son rapport à l'absence de preuves d'infraction ou dans le cadre de la procédure réservée à l'examen des concentrations, à l'absence d'objection.

Or, si le Conseil ne pouvait fonder sa décision que sur les seuls griefs retenus par le Service de la concurrence, le législateur aurait assurément limité l'obligation pour le Conseil d'entendre les parties aux affaires dans lesquelles un rapport contenant des griefs aurait été déposé. On voit mal en effet quel intérêt pourrait représenter l'occasion donnée aux entreprises dont les pratiques ont fait l'objet de l'instruction de consulter le dossier et de préparer leur défense, si le Conseil était lié par un rapport qui, par hypothèse, conclut à l'inexistence d'une infraction aux règles de la concurrence ou dans le domaine des concentrations à l'absence d'objections ou encore, dans le cadre d'une demande de mesures provisoires à l'absence de nécessité d'intervention du président du Conseil. Le même raisonnement peut être tenu en ce qui concerne l'audition par le Conseil du plaignant ou des personnes justifiant d'un intérêt suffisant. Le Conseil peut décider d'entendre le plaignant quelle que soit la position du Service de la concurrence défendue dans son rapport et il doit donner aux personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant l'occasion à leur demande d'être entendues.

Force est donc de constater que le législateur n'a pas donné au rapport du Service de la concurrence la portée de l'acte d'accusation que constitue en droit communautaire la notification de griefs, et qu'il n'a pas limité le pouvoir de décision du Conseil à l'examen des griefs qui auraient été, le cas échéant, formulés par le Service de la concurrence.

Ainsi, le Conseil estime qu'il peut s'opposer à la réalisation d'une opération de concentration même s'il ressort du rapport déposé dans le cadre de la procédure engagée sur le fondement de l'article 33, § 3 de la loi, que selon le Service les doutes sérieux qui justifiaient l'instruction se sont dissipés.

De même, le Conseil estime pouvoir constater l'existence d'une infraction même dans l'hypothèse où le Service de la concurrence conclut au non-fondement de la plainte ayant déclenché l'instruction, et ce sans avoir à décider de renvoyer l'affaire au Service si les éléments dont il dispose lui permettent d'asseoir sa conviction. Un renvoi de l'affaire au Service pour instruction complémentaire ne répondrait d'ailleurs pas dans ce cas au critère de nécessité qui détermine la régularité de toute mesure d'investigation.

57. Il convient aussi, selon le Conseil, de donner au terme "rapport" le sens habituel que cette notion recouvre et de ne pas lui attribuer la portée d'un acte d'accusation ou d'un acte de non-lieu.

Le rapport du Service est un document de synthèse dans lequel celui-ci rend compte des résultats de l'instruction. Il doit faire état de l'acte qui a déclenché l'instruction, des investigations auxquelles les agents ont procédé. Il doit contenir une analyse du marché en cause, une description des pratiques examinées et de leurs effets réels ou potentiels.

Un énoncé de griefs est un acte dont la portée est beaucoup plus grande. Répond à cette notion l'acte qui décrit des pratiques *reprochées*, en caractérisant leur effet *anticoncurrentiel*. Les faits doivent être qualifiés au regard des dispositions de la loi. Les griefs doivent être précis pour permettre aux parties en cause de présenter utilement leur défense. Les pièces sur lesquelles les griefs se fondent doivent être identifiées. L'acte doit être notifié aux personnes à qui sont présumées imputables les pratiques incriminées. Ces personnes doivent être nommément visées dans l'énoncé des griefs.

³⁵ En ce qui concerne la procédure de classement ou de renvoi à l'instruction, voir n° 61 et svts.

Il ne résulte d'aucune disposition de la loi que le Service de la concurrence serait habilité à établir un tel acte. Le législateur l'invite en revanche à formuler une "*proposition de décision*", termes qui indiquent bien que le législateur n'a pas donné au Service de la concurrence la fonction d'"accusateur public".

Si telle avait été l'intention du législateur, la loi aurait attribué au Service de la concurrence la qualité de partie dans la procédure devant le Conseil de la concurrence, qualité qu'il n'a pas puisque la présence du Service aux audiences tenues par le Conseil ou par son président n'est prévue dans aucun texte. Si le Conseil donne dans chaque affaire aux rapporteurs l'occasion d'assister à l'audience et d'exposer leur point de vue, et aux parties l'occasion de "répliquer" ou de poser des questions aux agents présents, considérant que ceci peut contribuer à son information, rien ne l'y oblige.

58. Ni accusateur public, ni partie, le Service de la concurrence n'a pas non plus été habilité à conférer aux entreprises la qualité de partie en cause dans la procédure devant le Conseil. Il ne résulte en effet d'aucun texte qu'il appartiendrait au Service de la concurrence de déterminer quelles entreprises, personnes physiques ou morales, devront être entendues en qualité de partie, par le Conseil ou par le président du Conseil.

L'article 24 de la loi énonce en son paragraphe 3, qu'"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". Ce serait ajouter au texte que de conclure que la convocation faite par le Service confère à son destinataire la qualité de partie dans l'instance devant le Conseil. D'ailleurs, dans la pratique, le Service convoque les parties intéressées sans indiquer l'infraction présumée de telle sorte que cette convocation ne répond ni à un énoncé de griefs, ni à une demande de renseignements. L'audition visée à l'article 24, § 3 n'a d'autre objectif, selon les travaux parlementaires, que de permettre au Service d'obtenir des renseignements que la partie entendue voudra bien lui communiquer volontairement³⁶. L'absence de convocation ne saurait dès lors affecter la régularité de la procédure.

Rien dans la loi ne permet en outre d'affirmer que le Conseil devrait appeler à la cause toutes les entreprises destinataires de la convocation visée à l'article 24, § 3 de la loi. Il n'y aurait par exemple aucun motif de conférer à une entreprise la qualité de partie s'il apparaît clairement du dossier que rien n'indique qu'elle ait participé à la pratique dénoncée dans la plainte qui a déclenché l'instruction de l'affaire sur laquelle il doit statuer.

Par contre, le Conseil estime qu'il pourrait appeler à la cause toutes les entreprises ayant participé à la pratique anticoncurrentielle examinée, même celles qui n'ont pas été convoquées par le Service avant l'établissement de son rapport.

C. Solution: l'énoncé des griefs par le Conseil?

59. La loi du 5 août 1991 présente donc, sur le plan de l'exercice des droits de la défense, une lacune grave que le Conseil de la concurrence a déjà dénoncée³⁷.

En attendant l'intervention vivement souhaitée du législateur, le Conseil a recherché les moyens de combler lui-même cette lacune.

Pratiquement, le Conseil de la concurrence devrait procéder lui-même à la communication des griefs.

Il devrait le faire dans chaque affaire, excepté lorsque le Service de la concurrence propose au Conseil de constater l'inexistence d'une pratique anticoncurrentielle et que le Conseil estime devoir suivre cette proposition.

Dans tous les autres cas, une communication de griefs s'impose puisque le rapport du Service ne consiste pas en énoncé de griefs et qu'il ne peut y être assimilé.

³⁶ Doc. Parl., Sén., Sess. 1990-1991, 1289-2, p. 61.

³⁷ Notamment lors de l'audition que lui a accordée le 19 décembre 1995, la Commission de l'Economie de la Chambre.

Elle s'impose donc même lorsque le Service de la concurrence conclut à l'existence d'une infraction, et pas uniquement lorsque le Conseil envisage de fonder sa décision sur des faits dont le Service n'aurait pas fait état de manière suffisamment précise dans son rapport, ou sur des pièces auxquelles le Service n'aurait pas explicitement fait référence, ou encore sur des faits qui n'auraient pas été qualifiés par lui au regard du droit de la concurrence.

Une communication d'objections s'impose donc aussi chaque fois que le Conseil envisage de constater l'inadmissibilité d'une concentration.

Afin d'éviter toute contestation sur une éventuelle apparence de partialité du Conseil, l'énoncé des griefs devrait être établi par un membre du Conseil qui ne prendrait pas part au délibéré dans la décision finale, et qui devrait assister à chaque audience.

60. Cette solution est cependant irréalisable dans l'état actuel de la loi. Elle suppose en effet que plusieurs membres du Conseil puissent exercer leur fonction au sein du Conseil à temps plein, en qualité de rapporteurs chargés, dès la saisine, de la direction et de l'orientation des enquêtes ³⁸.

En conclusion, le Conseil se doit de signaler qu'il n'est pas en mesure de statuer dans un délai raisonnable et dans le respect des droits de la défense, dans les affaires qui ont fait l'objet d'un rapport du Service au terme de l'instruction. Cet état de chose est évidemment de nature à occasionner des absences de décision dans les affaires qui sont actuellement pendantes devant le Conseil.

³⁸ Comparer la procédure devant le Conseil de la concurrence en France: Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence; Décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

CHAPITRE II

Les garanties de procédure en cas de classement d'une affaire ou de renvoi de l'affaire au Service de la concurrence pour instruction

Introduction

61. Aux termes de l'article 27 de la loi les entreprises "dont l'activité ou la concentration a fait l'objet de l'instruction" ont reçu les garanties procédurales suivantes:

- le droit de prendre connaissance du rapport du Service de la concurrence;
- le droit de consulter le dossier;
- le droit d'être entendues par le Conseil de la concurrence.

En revanche il résulte de la même disposition que le Conseil de la concurrence n'a ni l'obligation de donner au plaignant copie du rapport du Service ni celle de lui donner l'accès au dossier et que celui-ci n'est entendu par le Conseil que s'il en fait la demande.

62. La question qui s'est posée au Conseil porte sur le point de savoir si l'applicabilité de ces règles dépend de l'issue possible de la procédure ou si au contraire elles s'appliquent quel que soit l'objet de l'examen du Conseil.

En particulier, le Conseil s'est demandé d'une part s'il ne pouvait prendre une décision de classement d'une affaire ou une décision de renvoi de l'affaire à l'instruction qu'après avoir donné aux entreprises dont les agissements sont dénoncés l'occasion de prendre connaissance du rapport du Service et du dossier et celle d'être entendues, et, d'autre part, s'il pouvait classer un dossier sans donner à l'auteur de la plainte ou de la demande l'occasion d'être entendu.

63. L'article 27 de la loi prévoit en outre que le Conseil informe la Commission de la concurrence de toute affaire qui lui est soumise par le Service, après réception du rapport de ce dernier, et communique à celle-ci "le nom des entreprises dont l'activité ou la concentration a fait l'objet de l'instruction ainsi que les dispositions de la loi sur lesquelles le dossier est basé".

Le Conseil s'est également demandé si cette communication s'imposait dans le cadre d'une procédure à l'issue de laquelle il décidait soit de classer l'affaire, soit de la renvoyer au Service pour instruction ou pour un complément d'instruction.

A. La procédure d'examen de la proposition de classement que le Service de la concurrence formule sur le fondement de l'article 24, § 1^{er} de la loi

a). L'inapplicabilité de l'article 27 de la loi

64. Le Conseil est arrivé non sans hésitations à la conclusion que l'article 27 de la loi ne concernait pas la procédure à l'issue de laquelle le Conseil se prononce sur la proposition de classement du dossier que lui adresse le Service de la concurrence lorsque ce dernier conclut au défaut de qualité ou d'intérêt du plaignant.

Le Conseil estime que lorsqu'il est saisi d'une telle proposition de classement sur le fondement de l'article 24, § 1^{er} de la loi, il n'a pas l'obligation d'attirer à la procédure les entreprises dont les pratiques sont dénoncées mais bien celle de rendre la procédure pleinement contradictoire à l'égard du plaignant.

Plusieurs raisons ont justifié cette prise de position qui dicte depuis quelques mois le déroulement de la procédure dans les affaires qui donnent lieu à une proposition de classement du Service de la concurrence.

65. La première est qu'au moment où le Service soumet sa proposition de classement au Conseil, c'est-à-dire avant d'avoir procédé à l'instruction de la plainte, les entreprises dont les pratiques sont dénoncées n'ont pas

nécessairement été identifiées. Les entreprises qui participent à une pratique anticoncurrentielle ne peuvent bien souvent être identifiées que grâce à l'instruction.

66. La deuxième raison est qu'il est dans la plupart des cas inopportun d'aviser les entreprises dont les agissements sont dénoncés de l'existence d'une plainte au moment où la recevabilité de celle-ci est discutée par le Service de la concurrence. Une telle démarche peut compromettre les chances de succès de l'enquête qui devrait être menée par le Service de la concurrence dans l'hypothèse où le Conseil ne suivrait pas la proposition de classement ou dans l'hypothèse où après avoir déclaré la plainte irrecevable, le Conseil déciderait de charger le Service de la concurrence d'une instruction.

67. La troisième raison est que la décision que prend le Conseil de la concurrence sur la recevabilité d'une demande n'est pas susceptible de porter préjudice aux entreprises dont les pratiques sont dénoncées, mais peut au contraire léser les intérêts du plaignant.

La procédure doit être pleinement contradictoire à l'égard du plaignant puisque celui-ci peut se voir refuser au terme de la procédure l'accès au Conseil. En cas de classement du dossier, il se voit refuser la qualité de partie à l'instance au cours de laquelle le Conseil procéderait à l'examen au fond des pratiques qu'il a dénoncées, et ce au terme d'une instruction qui aurait été engagée soit d'office soit à l'initiative d'une autre partie saisissante. Il se voit surtout refuser le droit de déclencher une instruction qu'il souhaite voir aboutir. Le plaignant doit donc recevoir l'occasion de contester la proposition de classement du Service lorsque le Conseil envisage de la suivre, sauf lorsqu'il a retiré sa plainte.

En revanche, le Conseil estime que la décision qu'il prend sur la recevabilité de la demande n'a aucune incidence sur la situation des entreprises contre lesquelles la plainte est dirigée.

Le défaut d'intérêt ou de qualité pour agir du plaignant ne fait nullement obstacle à l'instruction des pratiques qui font l'objet de la plainte. Ces pratiques peuvent encore faire l'objet d'une instruction par le Service de la concurrence agissant d'office, à la demande du Conseil ou dans le cadre d'un autre dossier relatif aux mêmes pratiques. Les entreprises concernées n'évitent donc pas une instruction lorsqu'une plainte déterminée est déclarée irrecevable.

Dans le même sens, il n'y a pas lieu selon le Conseil de considérer qu'une obligation de se soumettre à une demande de renseignements ou à une vérification contraignante trouve son fondement ou sa cause dans une décision du Conseil constatant la recevabilité d'une plainte. L'obligation qui pèse sur une entreprise de collaborer à une instruction ne dépend en effet nullement de l'existence d'un intérêt à agir dans le chef de la personne qui aurait par le dépôt d'une plainte déclenché l'instruction. L'irrecevabilité d'une plainte n'est en effet pas un motif valable de s'opposer à une instruction. La régularité d'une mesure d'instruction ne dépend pas de la régularité de la saisine du Conseil.

Il convient de souligner que le législateur n'a pas donné aux entreprises dont les pratiques sont dénoncées l'occasion de discuter la recevabilité de la saisine, mais a seulement donné au Service de la concurrence la possibilité de proposer au Conseil le classement du dossier avant de procéder à l'instruction.

Les entreprises concernées ne sont pas avisées de la conclusion que tire le Service de la concurrence de l'examen de la recevabilité de la plainte auquel il procède avant d'instruire la demande. Lorsque le Service de la concurrence estime qu'une plainte est recevable, il instruit l'affaire. Lorsqu'il conclut à l'irrecevabilité de la plainte, il soumet au Conseil sa proposition de classement sans devoir entendre les parties dont les pratiques sont dénoncées.

Ainsi, la situation des entreprises dont les pratiques font l'objet d'une instruction après décision du Conseil sur la recevabilité est en tous points semblables à la situation des entreprises dont les pratiques font l'objet d'une instruction sans que la recevabilité de la plainte ait donné lieu à une décision du Conseil: les devoirs qui pèsent sur elles au cours des enquêtes sont dans les deux hypothèses identiques.

68. La quatrième raison est qu'il ne résulte d'aucun texte que les parties puissent encore au terme de l'instruction, contester la compétence du Conseil de prendre une décision sanctionnant les faits dénoncés dans

une plainte au seul motif que l'instruction aurait été engagée à l'initiative d'une personne ne justifiant pas d'un intérêt pour agir.

Le rôle du plaignant dans l'instance devant le Conseil n'est pas celui d'une partie demanderesse devant une juridiction de l'ordre judiciaire: le plaignant se limite à révéler à l'autorité publique une situation dont il prétend qu'elle porte atteinte à la libre concurrence; passé ce stade, son rôle s'estompe pour ne plus laisser en présence que le Conseil de la concurrence et les entreprises qui ont adopté un comportement anticoncurrentiel³⁹. Le défaut d'intérêt du plaignant ne saurait donc faire échec à la mission du Conseil de la concurrence qui est de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles dont la réalité serait apparue au cours de l'instruction de la plainte.

La recevabilité de la plainte pour défaut d'intérêt peut sans doute encore être contestée par les entreprises visées lors de l'examen au fond des pratiques dénoncées. Mais comme la procédure devant le Conseil n'est pas un affrontement entre des parties, la constatation par le Conseil du défaut d'intérêt du plaignant ne met pas fin à l'instance. Cette constatation a seulement pour conséquence que le plaignant se voit refuser la qualité de partie à l'instance.

De l'ensemble de ces considérations, il résulte selon le Conseil que les garanties de procédure accordées aux entreprises à l'article 27 ne s'appliquent pas lorsque le Conseil, saisi d'une proposition de classement sur le fondement de l'article 24, § 1^{er}, examine la recevabilité de la demande.

Elles s'appliquent par contre bien lorsque le Conseil, saisi d'une proposition de classement d'une plainte que le Service formule après avoir examiné le bien-fondé de celle-ci par application de l'article 24, § 5 de la loi, vérifie l'existence ou l'absence d'une infraction. Telle est, selon le Conseil, la portée qu'il faut attribuer à la précision selon laquelle "le Conseil fait de même lorsque le classement d'un dossier est proposé dans le rapport", que l'on trouve à l'article 27, § 1^{er}.

b). Modification de la jurisprudence du Conseil en ce qui concerne le champ d'application de l'article 27 de la loi

69. Il ressort des premières décisions prises à la suite d'une proposition de classement formulée par le Service de la concurrence sur le fondement de l'article 24, § 1^{er} que le Conseil a, dans un premier temps, estimé que l'article 27 régissait le déroulement de la procédure à l'issue de laquelle il se prononçait sur la question de la recevabilité soulevée par le Service.

Il a ainsi notamment, dans l'affaire qui donna lieu à sa décision du 24 février 1995, soumis à la contradiction des parties visées par la plainte la proposition de classement du Service et a notifié à celles-ci sa décision de recevabilité⁴⁰.

La cour d'appel de Bruxelles a accueilli le recours qui avait été introduit par les entreprises visées par la plainte contre cette décision, et l'a déclaré fondé. Elle a partant ordonné le classement de la plainte⁴¹.

70. Entre-temps, le Conseil de la concurrence a adopté dans d'autres affaires une décision concernant la recevabilité de la plainte sans avoir soumis la proposition de classement à la contradiction des entreprises dont les pratiques étaient dénoncées. Il n'a pas non plus notifié la décision de recevabilité aux entreprises concernées. Il a par contre, mais simplement à titre d'information, porté les décisions d'irrecevabilité à la connaissance des personnes visées par l'acte de saisine lorsque celles-ci avaient été avisées par le Service de la concurrence de l'existence de la plainte.

³⁹ Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., Sess. ord. 1989-1990, 1282/1-89/90, p. 34; Bruxelles (9^e ch. bis), 4 sept. 1996, M.B., 14 sept.

⁴⁰ Décision du 24 février 1995, 95-RO-1

⁴¹ Bruxelles (9^e ch. bis), 11 sept. 1996, M.B., 20 sept.

71. Le Conseil de la concurrence est bien forcé de constater que cette nouvelle jurisprudence quant à l'applicabilité des garanties prévues à l'article 27 à la procédure de classement pour défaut d'intérêt, se heurte à la position qu'a adoptée la cour d'appel de Bruxelles dans sa décision du 11 septembre 1996 précitée, en particulier en ce qu'elle décide qu'une décision du Conseil qui conclut à la recevabilité d'une plainte et ordonne que celle-ci soit instruite lèse les intérêts de l'entreprise visée par la plainte en obligeant celle-ci à suivre une instruction qu'elle entend éviter⁴².

c). La notion d'irrecevabilité à l'article 24, § 1^{er}

72. Le défaut de qualité ou d'intérêt n'est pas la seule cause de classement d'un dossier pour irrecevabilité. Il semble au Conseil de bon sens de supposer que dans l'esprit du législateur, la notion d'irrecevabilité à l'article 24, § 1^{er} vise de manière générale les cas où une instruction ne se justifie pas.

Tel est par exemple le cas lorsque les faits dénoncés sont couverts par la prescription de cinq ans (article 48, § 1^{er} de la loi) ou n'entrent pas dans le champ de la compétence du Conseil.

Pour les mêmes raisons que celles indiquées sous le point (a.) ci-avant, le Conseil estime ne pas devoir attirer à la procédure les entreprises visées par une plainte dont le classement serait proposé par le Service de la concurrence avant instruction, mais bien devoir soumettre à la contradiction du plaignant une telle proposition.

d). L'effet limité de la décision de recevabilité

73. Il convient de noter que selon le Conseil, la décision qu'il prendrait de renvoyer l'affaire à l'instruction en cas de rejet de la proposition de classement du Service ne prive nullement les entreprises visées de la possibilité de discuter la compétence du Conseil, d'invoquer la prescription, lors de l'examen de l'affaire au fond ou encore de contester l'intérêt du plaignant.

En effet dans la mesure où le Conseil ne se prononce que sur une proposition que le Service formule en vue d'être dispensé par le Conseil d'instruire la demande, et ce sans avoir soumis cette proposition à la contradiction des parties, celles-ci ne sauraient être liées par les motifs que le Conseil aurait retenus pour ordonner une instruction ou pour décider que le plaignant a qualité et intérêt pour agir.

La décision de recevabilité prise par le Conseil est jointe au dossier que les parties pourront consulter au terme de l'instruction⁴³.

B. La procédure en cas de décision de renvoi de l'affaire à l'instruction

74. Aux termes de l'article 27, § 1^{er} de la loi, le Conseil doit, après réception du rapport du Service, en aviser les entreprises dont l'activité a fait l'objet de l'instruction et leur en envoyer copie, au moins un mois avant l'audience au cours de laquelle il procédera à l'examen de l'affaire.

Selon le Conseil, il ne résulte pas de cette disposition que le Conseil doit porter le rapport du Service à la connaissance des parties dès la réception par lui du rapport et du dossier.

Avant d'aviser les parties de la réception du rapport, le Conseil vérifie s'il est en mesure, en l'état du dossier, de prendre une décision au fond.

⁴² Comparer Paris, (1^{re} ch. sect. conc.), 22 janvier 1992, BOCCRF, 1^{er} février 1992 et PARIS (1^{re} ch. sect. conc.), 25 janvier 1994, BOCCRF, 9 février 1994.

⁴³ Les décisions de recevabilité ne sont pas reprises dans les annexes du présent rapport.

75. S'il arrive à la conclusion que l'instruction est incomplète, il renvoie le cas échéant l'affaire au Service pour un complément d'instruction en précisant les investigations auxquelles le Service de la concurrence doit procéder, conformément à l'article 19, § 2 de la loi. Il peut aussi désigner un expert.

Cette décision n'est pas portée à la connaissance des parties. Elle fait partie, comme le premier rapport, du dossier que les parties pourront consulter au terme de l'instruction complémentaire⁴⁴.

76. Le Conseil estime que pour les mêmes raisons que celles indiquées en ce qui concerne la procédure relative à la recevabilité d'une demande, les garanties prévues à l'article 27 de la loi ne s'appliquent pas à la procédure de renvoi de l'affaire à l'instruction.

⁴⁴ Les décisions de renvoi à l'instruction ne sont pas reprises dans les annexes du présent rapport.

CINQUIEME PARTIE

LES SEUILS DE CONTROLE - AVIS DU CONSEIL CONCERNANT LES SEUILS PREVUS DANS LA LOI (ART. 5 ET ART. 11)

A. Avis relatifs à la majoration des seuils en matière de concentration, tels que prévus à l'art. 11, § 2 de la loi

77. L'article 11, § 2 de la loi du 5 août 1991 stipule que le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, et après consultation du Conseil et de la Commission de la concurrence, majorer les seuils visés à l'article 11, § 1 (chiffre d'affaires et part de marché cumulés), qui déterminent le champ d'application de la section 2 du chapitre II de la loi relative aux concentrations. Comme mentionné dans son premier rapport d'activité, le Conseil a formulé le 16 juin 1994 un premier avis concernant une proposition du Ministre des Affaires économiques, visant à majorer les deux seuils, le seuil exprimé en chiffre d'affaires passant à 8 milliards FB et le seuil exprimé en part de marché passant à 30 %. Dans cet avis, le Conseil a proposé de ne pas modifier les seuils en attendant l'évaluation à laquelle il doit procéder deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, conformément à l'article 19, § 6 de la loi.

Sur les instances du Ministre, le Conseil a adopté un deuxième avis le 22 novembre 1994. Dans cet avis, le Conseil confirme son point de vue, selon lequel il est souhaitable que l'article 11, § 1 de la loi reste inchangé, alors que le Conseil va procéder dans un très proche avenir, conformément à l'article 19, § 6 de la loi, à l'évaluation des seuils, et ceci non seulement en ce qui concerne leur niveau, mais aussi en ce qui concerne leur pertinence à la lumière des objectifs du contrôle des concentrations. A titre subsidiaire, pour le cas où une majoration immédiate des seuils serait jugée nécessaire, le Conseil propose de n'appliquer cette majoration que dans les cas de concentrations où aucune des entreprises concernées ne réalise en Belgique plus de la moitié de son chiffre d'affaires ni n'atteint en Belgique un chiffre d'affaires de plus d'un milliard FB. Pour de telles concentrations uniquement, les seuils pourraient être portés à 5 milliards FB en ce qui concerne le chiffre d'affaires cumulé et à 30 % en ce qui concerne la part de marché. Dans la mesure où cette proposition revenait à introduire un seuil supplémentaire à l'article 11 de la loi (le chiffre d'affaires des entreprises concernées en Belgique), elle ne fut pas suivie par le Ministre des Affaires économiques qui considéra qu'elle ne pouvait se réaliser que par la voie d'une modification de la loi et non par arrêté royal comme prévu pour la simple majoration des seuils visés à l'article 11, § 1.

Ceci a conduit le Conseil, sur les nouvelles instances du Ministre, à se prononcer finalement en faveur d'une majoration générale des seuils dans un troisième avis du 7 mars 1995. L'augmentation proposée par le Conseil est plus faible que celle proposée à l'origine par le Ministre. Le seuil exprimé en chiffre d'affaires cumulé passerait à 3 milliards FB, le seuil exprimé en part de marché à 25 % du marché concerné.

Dans son avis, le Conseil juge une augmentation plus importante non justifiée dans les circonstances actuelles et vu la dimension du marché belge. Il se réfère également à l'évaluation à laquelle il doit procéder et qui pourrait conduire à une modification de la loi dans le sens d'un abandon du seuil exprimé en part de marché et de l'adoption de nouveaux seuils de contrôle. Le Conseil attend notamment de la majoration proposée qu'elle permette d'établir un juste équilibre dans le traitement des différents types d'affaires introduites sur base de la loi et de mieux fixer les priorités.

Le Ministre a suivi l'avis du Conseil et, par arrêté royal du 31 mars 1995 (M.B. du 28 avril 1995, p. 11276), les seuils visés à l'article 11 de la loi sont passés respectivement, selon la proposition du Conseil, à 3 milliards FB en ce qui concerne le chiffre d'affaires et à 25 % en ce qui concerne la part de marché.

B. Avis émis conformément à l'article 19, § 6 de la loi

78. Le 12 septembre 1995, le Conseil a adopté l'avis dont il a déjà été question plus haut, pour satisfaire à l'article 19, § 6 de la loi, qui stipule que le Conseil doit procéder, deux ans après l'entrée en vigueur de celle-ci, à une évaluation des seuils prévus aux articles 5 et 11, en tenant compte de l'impact économique ainsi que de la charge administrative pour les entreprises.

79. Bien que le Conseil manque jusqu'à présent tout à fait d'expérience pratique quant à l'application de l'article 5, il a malgré tout jugé souhaitable dans son avis de se pencher de manière approfondie sur cette disposition et de formuler des considérations aussi bien sur la portée de l'article 5, § 1 que sur les seuils eux-mêmes.

En ce qui concerne la portée de l'article 5, § 1, le Conseil attire d'abord l'attention du législateur sur l'imprécision de cette disposition en ce qui concerne les pratiques de concurrence qu'elle vise et sur la discordance entre la notion d'"entreprise" telle que définie à l'article 1er de la loi du 5 août 1991 et la même notion telle que définie à l'article 1er de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, à laquelle il est fait référence à l'article 5, § 1. Le Conseil formule ensuite son opinion au sujet de trois points qui ont également trait à la portée de l'article 5, § 1. Il est ainsi d'avis que cette disposition n'est d'application que si toutes les entreprises qui participent à l'entente satisfont aux conditions posées, c'est-à-dire restent en-dessous des seuils fixés par référence à l'article 12, § 2 de la loi du 17 juillet 1975. Il estime également que la *ratio legis* de l'article 5, § 1 est uniquement d'éviter aux petites et moyennes entreprises la charge administrative (à savoir l'obligation de notifier les pratiques restrictives de concurrence) qui résulte de l'applicabilité de la Section 1 du Chapitre II de la loi et que cette disposition ne tend nullement à réaliser un renversement de la charge de la preuve. Le Conseil est enfin d'avis que l'application de l'article 5, § 1 a pour effet, d'une part, qu'une pratique de concurrence peut être exemptée même si aucune notification n'a été effectuée et, d'autre part, que le Conseil ne peut infliger une amende pour des agissements antérieurs à une décision constatant l'existence d'une pratique restrictive de concurrence interdite.

Dans son évaluation des seuils utilisés à l'article 5, § 1, qui sont, comme déjà indiqué, ceux de l'article 12, § 2 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, le Conseil est d'avis que ces seuils sont critiquables tant au regard de la sécurité juridique qu'à la lumière des objectifs du droit de la concurrence. Au regard de la sécurité juridique, car les entreprises doivent vérifier de façon quasi permanente si les seuils (nombre de travailleurs, chiffre d'affaires annuel, total du bilan) ne sont pas dépassés, ce qui peut en outre représenter une lourde charge administrative. Au regard des objectifs du droit de la concurrence, car les seuils énoncés ne constituent pas un indice approprié de la position de l'entreprise sur le marché ou de l'importance de l'effet restrictif que peut avoir une pratique de concurrence à laquelle elle participe.

80. Comme déjà indiqué, le champ d'application de la section 2 du Chapitre II de la loi, relative aux concentrations, est délimité à l'article 11 au moyen de deux critères, soit le chiffre d'affaires cumulé des entreprises concernées et leur part de marché cumulée. Il a déjà été largement question plus haut des trois avis que le Conseil a émis, à la demande du Ministre des Affaires économiques, concernant le niveau de ces seuils et qui ont finalement mené à leur majoration. L'avis du 12 septembre 1995 ne revient plus sur ce point. Le Conseil évalue dans cet avis les seuils du point de vue de leur adaptation aux objectifs de la loi, conformément à l'article 19, § 6.

Contrairement à ce qui a été constaté pour l'article 5, § 1, le Conseil a acquis dans les quelques années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi une très large expérience concernant ces seuils. Tandis que le seuil de chiffre d'affaires en tant que tel n'a pas donné lieu à des problèmes notables, l'application du seuil de part de marché a entraîné de sérieuses difficultés, notamment en ce qui concerne la mise en oeuvre qui en résulte de la notion de "marché concerné". Le Conseil a largement rendu compte de ces difficultés dans son premier rapport aux Chambres législatives et il se limite à y renvoyer dans son avis. Il confirme cependant son opinion selon laquelle ce seuil de contrôle constitue un important facteur d'insécurité juridique pour les entreprises et propose, d'une part, de maintenir le seuil du chiffre d'affaires cumulé mais, d'autre part, de remplacer le seuil de part de marché par un seuil de chiffre d'affaires réalisé en Belgique.

SIXIEME PARTIE

LES MESURES PROVISOIRES

81. L'article 35 de la loi donne au président du Conseil le pouvoir de prendre des mesures provisoires et fixe les conditions d'octroi des mesures provisoires. Les demandes de mesures provisoires ne peuvent être formées qu'accessoirement à une demande au fond, par le Ministre des Affaires économiques ou par toute autre personne ayant saisi le Conseil d'une plainte. Elles sont recevables à tout moment de la procédure et à quelque stade que ce soit de l'instruction de la demande au fond.

Aux termes de l'article 35, les mesures provisoires sont destinées à suspendre les pratiques restrictives dénoncées, 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.

82. La procédure prévue à l'article 35 se déroule en deux phases:

- le président transmet la demande au Service de la concurrence qui lui soumet un rapport dans un délai fixé par lui, qui ne peut dépasser quinze jours;
- dans le délai de quinze jours à partir de la réception du rapport, le président prend une décision après avoir entendu les parties.

Dans la pratique, ces délais ne sont que rarement respectés.

Le Service de la concurrence a été dans plusieurs affaires amené à demander au président du Conseil une prolongation du délai d'instruction, ce qui lui fut accordé.

Dans l'affaire Interrosane-Interest / Sabam-Agicoa, la durée de l'instruction fut prolongée en raison du fait que par décision du 12 décembre 1994, le président du Conseil a chargé le Service de devoirs d'instruction complémentaires ⁴⁵.

Le délai de décision de quinze jours n'est quant à lui bien souvent pas respecté parce qu'il s'est avéré trop court pour permettre aux parties de présenter leur défense.

Il convient de signaler que bien que la loi ne le prévoit pas, le président donne aux parties la possibilité de consulter le dossier et de répondre par écrit aux reproches qui leur sont adressés par le plaignant, et le cas échéant par le Service de la concurrence.

83. Sur le terrain des droits de la défense, la cour d'appel de Bruxelles a par une décision du 4 septembre 1996 ⁴⁶, estimé que le président du Conseil pouvait encore après avoir entendu les parties mener une enquête complémentaire pour obtenir certains renseignements. Elle a rappelé que la loi du 5 août 1991 ne prévoit pas que toutes les déclarations des parties doivent être nécessairement soumises à la contradiction.

Sur la question de l'applicabilité de l'article 24, § 3 de la loi à la procédure d'examen des mesures provisoires, les positions du Service de la concurrence et du Conseil de la concurrence divergent.

Selon cette disposition le Service de la concurrence convoque les parties afin de leur permettre de présenter leurs observations avant l'établissement de son rapport.

L'article 35 de la loi n'a pas expressément dérogé à cette règle. Le président du Conseil a cependant écarté l'application de l'article 24, § 3 de la loi en refusant la prolongation du délai d'instruction des mesures

⁴⁵ Décision du 12 décembre 1994, 94-VMP-5.

⁴⁶ Bruxelles (9e ch. bis), 4 sept. 1996, M.B., 14 sept.

provisaires que le Service lui demandait parce qu'il n'avait pas donné aux parties la possibilité d'être entendues par lui. Ce refus fut motivé par la considération que la mise en œuvre de l'article 24, § 3 est incompatible à ce type d'affaires.

84. **a).** Dans l'affaire qui donna lieu à la décision du 30 décembre 1994⁴⁷, les débats ont porté sur le point de savoir si le président du Conseil était lié par le choix qu'avait fait la plaignante de former sa demande à l'égard d'une entreprise déterminée, ou s'il pouvait prendre l'initiative d'appeler à la cause une entreprise contre laquelle la demande de mesures provisoires n'était pas expressément dirigée.

Lors de l'examen de la demande, le président du Conseil a pris d'office l'initiative d'entendre les organismes de distribution par câble regroupés au sein de l'association de fait: "Vereniging van Vlaamse Kabelmaatschappijen", laquelle avait signifié en novembre 1994 à TF1 que son programme ne serait plus distribué en communauté flamande à partir du 1^{er} janvier 1995 à moins qu'un accord n'intervienne entre-temps par lequel TF1 règle directement avec les titulaires de droits, le problème des droits d'auteur pour la distribution de son programme dans ladite communauté, de même qu'il a pris l'initiative de convoquer ladite association de fait. Les organismes de distribution par câble et la VVK ont fait valoir que comme la demande de mesures provisoires était dirigée contre l'Union professionnelle de la Radio et de la Télédistribution, le président du Conseil était sans pouvoir de prendre des mesures à leur encontre. Elles ont invité le président du Conseil à confirmer qu'elles avaient été appelées à la procédure, non en qualité de parties mais en tant que tiers.

Le président du Conseil n'a pas suivi cette proposition. Il a rejeté la demande de mesures provisoires après avoir constaté, premièrement que la pratique restrictive dénoncée - à la supposer établie - ne pouvait être imputée à la RTD, deuxièmement que l'existence d'une décision concertée des câblodistributeurs d'arrêter la distribution du programme TF1 au 1^{er} janvier 1995 n'était pas établie avec vraisemblance, troisièmement que la mesure sollicitée qui tendait au maintien de la distribution du programme TF1 dans les réseaux câblés à l'échelle nationale, au détriment des autres télédiffuseurs parties au contrat-câble n'était pas de la nature de celles qui peuvent être accordées dans le cadre de la décision finale.

Ces deux dernières considérations dans la décision démontrent que le président a dépassé le cadre de la demande formée par le plaignant et a examiné s'il y avait lieu d'adopter des mesures soit à l'encontre de la RTD, soit à l'encontre des câblodistributeurs concernés qu'il avait convoqués pour être entendus par lui.

b). Dans sa décision du 12 juin 1996⁴⁸, la cour d'appel de Bruxelles n'a pas infirmé ni confirmé l'appréciation du président du Conseil quant à l'existence vraisemblable d'une pratique concertée des câblodistributeurs flamands. Elle ne s'est pas non plus prononcée sur le point de savoir si la mesure sollicitée était de la nature de celles que pourrait prendre le Conseil dans le cadre de la décision finale eu égard aux conséquences que cette mesure pouvait entraîner pour les autres parties au contrat-câble.

Ceci s'explique logiquement par le fait que les câblodistributeurs concernés ne sont pas intervenus dans la procédure devant la cour d'appel. En effet, les parties à la cause devant la cour d'appel étaient l'appelante TF1, l'Etat belge en sa qualité de défendeur et la RTD laquelle est intervenue volontairement. La cour a donc limité son examen à la question de l'imputabilité de la pratique dénoncée, *à la supposer établie*, à la RTD.

Cet état de choses trouve sa cause dans le fait que les dispositions de la loi du 5 août 1991 ne définissent pas avec suffisamment de précisions la notion de partie à la cause devant le Conseil ou devant le président du Conseil. En outre, la loi ne crée pas d'obligation dans le chef de l'appelante ou de l'Etat belge d'appeler à la cause toutes les entreprises dont l'activité ou la concentration a fait l'objet de l'instruction par le Conseil, ou par son président⁴⁹.

⁴⁷ TF1 / RTD, Décision du 30 décembre 1994, 94-VMP-6.

⁴⁸ Bruxelles (9e ch. bis), 12 juin 1996, M.B., 29 juin.

⁴⁹ Comparer à la législation française sur ce point: Décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence.

c). L'incertitude quant à la notion de partie à la cause entraîne à son tour des discussions quant à l'autorité erga omnes de la décision du président du Conseil et est de nature à provoquer une série de procédures parallèles relatives aux pratiques dont la suspension est demandée à titre conservatoire.

Il suffit pour se rendre compte de l'insécurité juridique que provoquent les lacunes de la loi du 5 août 1991 de dresser la liste des décisions, dans l'ordre chronologique, qui ont trait à la menace de l'arrêt de retransmission des programmes TF1 par les câblodistributeurs flamands:

- Décision du 30 décembre 1994 rendue par le président du Conseil de la concurrence relative à la demande de mesures provisoires présentées par TF1: la demande est rejetée;
- Décision du 31 décembre 1994 rendue par le président du tribunal de commerce de Bruxelles relative à la requête unilatérale présentée par TF1 le même jour: la requête est accueillie et injonction est faite aux câblodistributeurs flamands de maintenir la retransmission du programme TF1 sous peine d'une astreinte de 1.000.000 F par jour d'interruption;
- Ordonnance du 21 février 1995 du président du tribunal de commerce de Bruxelles confirmant l'ordonnance précitée du 31 décembre 1994;
- Arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 16 juin 1995⁵⁰;
- Arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 9 novembre 1995⁵¹;
- Jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 12 janvier 1996 condamnant vingt-deux câblodistributeurs à maintenir la retransmission du programme TF1 pour une période indéterminée⁵²;

- Arrêt du 21 février 1996 de la cour d'appel de Bruxelles prononçant la réouverture des débats pour permettre aux parties de conclure sur l'incidence du jugement au fond du 12 janvier 1996 sur la procédure en référé;
- Arrêt du 12 juin 1996 de la cour d'appel de Bruxelles annulant l'ordonnance en référé rendue le 21 février 1995, mais ordonnant le maintien de la retransmission du programme TF1 par les câblodistributeurs eu égard à l'autorité de la chose jugée du jugement au fond du 12 janvier 1996;
- Arrêt du 12 juin 1996 de la cour d'appel de Bruxelles confirmant la décision du président du Conseil de la concurrence du 30 décembre 1995⁵³.

85. La demande présentée par Interest et Interomosane, deux associations intercommunales de télédistribution et dirigée contre la SABAM et l'AGICOA, sociétés de gestion de droits d'auteurs a donné lieu à trois décisions.

Par décision du 12 décembre 1994, le président renvoyait l'affaire au Service de la concurrence pour instruction complémentaire.

Par décision du 27 mars 1995, le président ordonnait sous peine d'astreinte à la SABAM d'une part, à l'AGICOA d'autre part, d'énoncer des propositions motivées conformes à la loi et de cesser toute pratique consistant à subordonner leur autorisation de retransmission des programmes de SAT 1 à des conditions qui n'ont aucun lien avec l'objet de l'autorisation demandée ou à des conditions discriminatoires.

Par décision du 4 septembre 1995, il ordonnait à la SABAM et à l'AGICOA d'octroyer aux plaignants l'autorisation de retransmettre par câble les émissions diffusées par la chaîne SAT 1 en sus des programmes qu'elles distribuent dans le cadre du contrat-câble, et suivant des conditions identiques à celles prévues dans ce contrat du 26 février 1993 en ce qui concerne les garanties et la responsabilité des organismes de télédistribution sous peine d'astreinte.

⁵⁰ Bruxelles (9e ch.), 16 juin 1995, M.B., 28 juin.

⁵¹ Bruxelles (9e ch. bis), 9 nov. 1995, M.B., 18 nov.

⁵² Appel a été interjeté contre ce jugement.

⁵³ Bruxelles (9e ch. bis), 12 juin 1996, M.B., 29 juin.

La cour d'appel de Bruxelles a confirmé ces décisions ⁵⁴.

86. La demande présentée par la société de droit français Télévision française (TF1) et dirigée contre l'Union Professionnelle de la Radio et de la Télé-distribution (RTD) tendait à entendre ordonner à la RTD de veiller à faire maintenir la retransmission du programme TF1 dans les réseaux de ses membres, à l'échelle nationale.

Par décision du 30 décembre 1994, le président du Conseil a rejeté la demande.

La cour d'appel de Bruxelles a confirmé cette décision par un arrêt du 12 juin 1996 ⁵⁵.

87. La cour d'appel de Bruxelles eut dans le cadre de l'affaire précitée l'occasion de rappeler qu'en vertu de l'alinéa 3 de l'article 43 de la loi du 5 août 1991, le recours contre une décision du Conseil de la concurrence doit être dirigé contre l'Etat belge, représenté par le Ministre des Affaires économiques ⁵⁶.

88. La cour d'appel a, toujours dans le cadre de cette affaire, décidé qu'en notifiant la décision du président du Conseil de la concurrence du 30 décembre 1994 aux conseils des parties, et non aux parties, il n'avait pas été satisfait à l'exigence inscrite en l'article 35, § 3 de la loi du 5 août 1991 parce que le mandat spécial donné par l'appelante à ses conseils ne contenait pas une clause d'élection de domicile ⁵⁷.

89. La demande présentée par le sieur Clarysse et dirigée contre l'Ordre des Architectes et contre le Conseil de l'Ordre des architectes de la province de Flandre occidentale tendait à faire défense à ceux-ci d'appliquer l'article 12 du règlement de déontologie des architectes établi par le Conseil national de l'Ordre des architectes et approuvé par arrêté royal du 18 avril 1985.

Cette demande a été déclarée fondée par décision du 31 octobre 1995 qui fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles.

90. Les conditions d'octroi de mesures provisoires énoncées à l'article 35 de la loi sont interprétées à la lumière de la jurisprudence communautaire.

a). L'urgence n'est donc pas considérée comme une condition distincte de celle relative au risque de préjudice grave et irréparable à la partie saisissante ou au risque d'atteinte à l'intérêt économique général.

De même le caractère irréparable du préjudice est apprécié par rapport à la décision finale susceptible d'être prise par le Conseil de la Concurrence et non par rapport à d'éventuelles actions en réparation devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ou à d'éventuels recours devant d'autres instances. Le président vérifie donc si la décision du Conseil sur le fond risque d'intervenir trop tard pour être efficace.

Sur ce point, il convient cependant de faire observer que, dans l'état actuel des textes et de leur application, le président du Conseil saisi d'une demande de mesures provisoires n'est pas en mesure d'apprécier la durée que prendra l'instruction de l'affaire au fond par le Service de la Concurrence.

Dans l'affaire INTERMOSANE-INTEREST/ SABAM-AGICOA, le président du Conseil a estimé que le refus des sociétés de gestion des droits d'autoriser la retransmission par câble du programme SAT 1 qui entraînait pour les intercommunales une perte d'abonnés en Communauté germanophone, était susceptible de modifier durablement leur position sur le marché concerné de la retransmission des oeuvres audiovisuelles. Il a en outre pris en compte, pour juger du caractère grave et irréparable du préjudice, l'intérêt économique général en relevant d'une part que la pratique dénoncée est de nature à porter atteinte aux intérêts des

⁵⁴ Bruxelles (9e ch. bis), 4 sept. 1996, M.B., 14 sept.

⁵⁵ Bruxelles (9e ch. bis), 12 juin 1996, M.B., 29 juin.

⁵⁶ Bruxelles (9e ch.), 16 juin 1995, M.B., 28 juin.

⁵⁷ Bruxelles (9e ch. bis), 9 nov. 1995, M.B., 18 nov.

consommateurs en limitant le choix des programmes, aux intérêts des chaînes de télévision non parties au contrat-câble et enfin à ceux des auteurs eux-mêmes.

Il n'a par contre pas, pour juger de l'urgence, pris en compte le fait que les plaignantes avaient tardé à le saisir, ni le fait que des négociations relatives aux conditions d'octroi de l'autorisation étaient en cours ou pouvaient être entamées.

Il a reconnu l'urgence malgré le fait que la chaîne SAT 1 n'avait pas clairement marqué son accord sur la retransmission de ses programmes en Belgique ni pris position sur les conditions de retransmission.

Dans l'affaire TF 1/ RTD, le président considéra que par la suspension ou l'arrêt de la retransmission par câble du programme de TF 1 par les câblodistributeurs flamands, TF 1 pouvait subir un préjudice imminent et irréparable d'ordre financier et commercial. Il a estimé que cette constatation ne pouvait être éternuée par la circonstance que TF 1 n'avait pas entamé des négociations avec les câblodistributeurs concernés depuis l'annonce de l'arrêt de diffusion ni par le fait que TF1 avait laissé passer six semaines depuis cette annonce avant de former sa demande.

Dans l'affaire CLARYSSE, le risque de préjudice imminent, grave et irréparable résultait des effets de la mesure de radiation du plaignant de l'ordre des architectes, qui emportait pour lui l'interdiction d'exercer sa profession. Le président a reconnu l'urgence malgré le fait que l'architecte Clarysse disposait de voies de recours contre la décision de radiation querellée.

Dans chacune de ces affaires, l'intérêt à agir a été déduit du risque de préjudice grave et irréparable à la partie saisissante.

b). L'octroi de mesures provisoires suppose qu'il y ait des indices solides de l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence. Il n'est pas nécessaire que l'infraction soit établie avec certitude.

Dans l'affaire TF 1/ RTD, le président n'a pas conclu à l'existence vraisemblable d'une décision concertée des câblodistributeurs flamands d'arrêter au 31 décembre 1994 à 24 heures la retransmission des programmes TF 1. Sur base des informations recueillies auprès des câblodistributeurs concernés qui furent interrogés sur leurs intentions, il releva que le doute qu'avait TF 1 sur la réalité de la décision dont lui fit part l'association de fait VVK "*n'était toujours pas levé aujourd'hui*". Il a par ailleurs considéré que la pratique restrictive de concurrence - à la supposer établie - ne pouvait être imputée à la RTD et a donc rejeté la demande.

Dans l'affaire INTERMOSANE-INTEREST/ SABAM-AGICOA, le président a constaté *prima facie* l'existence d'une infraction à l'article 3 de la loi qui résultait du caractère non équitable et discriminatoire des conditions de l'octroi de l'autorisation de retransmettre les programmes de SAT 1 qu'exigeaient successivement la SABAM et l'AGICOA, lesquelles ont un monopole de la gestion des droits d'auteurs, la première pour les oeuvres musicales, l'AGICOA pour les oeuvres audiovisuelles.

Il a considéré que ces sociétés de gestion allaient manifestement au-delà de ce qui était indispensable à la réalisation de la fonction essentielle des droits d'auteur liés aux émissions diffusées, et poursuivaient des objectifs étrangers à ceux du droit de la propriété intellectuelle.

Dans l'affaire CLARYSSE, il fut considéré que les règles de déontologie des architectes qui imposaient à ceux-ci le respect d'un barème d'honoraires minima à peine de sanctions disciplinaires constituaient des décisions d'associations d'entreprises, *prima facie* interdites par l'article 2, § 1 de la loi.

c). Pour préserver l'effet utile de la décision au fond susceptible d'être adoptée par le Conseil de la concurrence au terme de la procédure, le président est intervenu dans deux affaires.

Il a ordonné dans un premier temps à la SABAM et à l'AGICOA d'énoncer dans un certain délai de nouvelles conditions de transaction équitables.

Après avoir constaté le caractère inéquitable et discriminatoire des nouvelles propositions, il a dans un second temps ordonné à ces entreprises d'octroyer aux plaignantes l'autorisation de retransmettre les émissions

diffusées par la chaîne SAT 1 en sus des programmes qu'elles distribuent dans le cadre du contrat-câble et suivant des conditions identiques à celles prévues dans le contrat global.

Il a fait interdiction à l'Ordre national des architectes d'encre appliquer de manière implicite ou expresse l'article 12 alinéa 3 du règlement de déontologie de l'architecte de même que la norme déontologique n° 2.

Dans l'affaire TF 1/ RTD, il a considéré que la mesure demandée - à supposer la pratique dénoncée établie *prima facie* - n'était pas de celles qui pourraient être prises dans le cadre de la décision finale en raison du fait qu'elle était susceptible de porter atteinte à la concurrence entre les chaînes parties au contrat-câble. Une injonction faite à l'ensemble des câblodistributeurs de Belgique de choisir, parmi les programmes des chaînes de télévision reprises au contrat-câble, ceux diffusés par TF 1 aurait à l'égard des autres chaînes licitées un effet discriminatoire.

91. Le Conseil souhaite faire observer que les analyses économiques fort complexes auxquelles il est nécessaire de procéder dans le cadre de l'examen des demandes de mesures provisoires justifieraient que le pouvoir d'adopter des mesures anticipant sur la décision au fond soit accordé au Conseil, plutôt qu'aux seuls membres magistrats du Conseil.

INDEX

	<u>NUMEROS</u>
Abus de position dominante	86, 90 (b)
Audition	
- par le Service	58, 67, 83
- par le Conseil	56
Avis du Conseil	12, 16, 77, 78, 80
Barèmes	89, 90 (b)
Classement d'une affaire	31, 33, 35, 61 et svts
Concentrations	
- généralités	6
- instruction	35, 41
- notification	30
- objections	50
- seuils de contrôle	77 et svts
Commission de la concurrence	63
Conseil de la concurrence	
- accès aux informations détenues par le Service	4, 21, 23, 24 et svts
- audience	13, 57
- chambre	17
- composition	17
- fonctionnement	1, 14, 17, 18, 19, 60
- indépendance	22
- jetons de présence	20
- saisine	4, 5, 27, 30
- secrétariat	19
cour d'appel de Bruxelles	
- modalités du recours	87
- parties à l'instance	84
Demande d'attestation négative	9, 27, 30
Demande de renseignements	35, 40, 41, 43, 54, 67
Demande d'exemption individuelle	9, 27, 30
Demande d'instruction	29
Devoir de collaboration des entreprises	46, 67
Droits d'auteurs	90 (b)
Droits de la défense	28, 50 et svts, 61 et svts, 83
Enquête	
- déclenchement de l'enquête	23, 29, 34, 37 et svts
- garanties	16, 36, 39
- mandat du président du Conseil	36, 40, 43 et svts, 54, 67
- orientation de l'enquête	23
- pouvoirs d'enquête	40, 46
- recours	48
Entreprise	
- petite et moyenne entreprise	78, 79
- profession libérale	90
Etat Belge voir Ministre des Affaires économiques	
Griefs	2, 23, 50 et svts
Indépendance	2, 36, 46
Inspection générale des Prix et de la Concurrence	
voir Service de la concurrence	
Instruction	
voir Demande d'instruction, Service de la concurrence, Enquête	
Intérêt économique général	33, 90 (a)
Intérêt pour agir	64
Mesures provisoires	
- conditions d'octroi	90

- décisions	11, 17, 90
- délais	82
- demande	30
- pouvoir de prendre des -,	91
- procédure	17, 82
Ministre des Affaires économiques	
- défendeur devant la cour d'appel	84 (b)
- injonctions au Service	26
- rôle au niveau de l'instruction	23, 34, 36
Notification des décisions	69, 70, 88
Part de marché	80
Partie	
- élection de domicile	88
- en cause	3, 58, 84
- saisissante	30, 61, 62, 68
Plainte	7, 8, 10, 25, 30, 53, 67
Politique de la concurrence	21, 23, 33 et svts, 49
Prescription	41
Principe dispositif	53, 84
Principe du contradictoire	2, 64 et svts, 83
Protection de la vie privée	40
Rapport du service	28, 55, 56, 57
Recevabilité de la demande	61 et svts
Renvoi à l'instruction	74 et svts
Sanctions	46, 48
Secrets d'affaire	13, 17
Service de la concurrence	
- conditions d'accès	15
- fonctionnement	15, 16
- indépendance	22
- instruction d'office	30, 67
- mission	2, 31, 37 et svts
- présence à l'audience du Conseil	57
- qualité	58
Seuils de contrôle	
- concentration	77, 80
- pratiques restrictives de concurrence	78
Urgence	
voir mesures provisoires	

SOMMAIRE

	<u>PAGES</u>
OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES	3
PREMIERE PARTIE	
BILAN D'ENSEMBLE DES ACTIVITES DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE	
Mise en garde	
A. Les demandes	5
a). Tableau d'ensemble	5
b). Les notifications de concentration	6
c). Les demandes au fond relatives à des ententes ou à des abus de position dominante	7
d). Les demandes de mesures provisoires	8
B. Les avis	8
C. Les réunions et audiences du Conseil	9
DEUXIEME PARTIE	
ANALYSE DU BILAN D'ACTIVITE DU CONSEIL	
A. Constats	11
B. Le cadre organique du Service de la concurrence et les conditions d'accès - article 15 de la loi	11
C. Facteurs ayant une incidence négative sur le fonctionnement du Conseil	12
D. Incidence sur le développement des activités du Conseil, des incertitudes quant à l'étendue de ses attributions	13
TROISIEME PARTIE	
QUESTIONS RELATIVES AUX ATTRIBUTIONS RESPECTIVES DU SERVICE DE LA CONCURRENCE ET DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE	
Introduction	15
CHAPITRE Ier	
QUESTIONS RELATIVES AU CHAMP D'INFORMATION DU CONSEIL ET A SA SAISINE.	
A. Le devoir de discrétion invoqué par le Service de la concurrence à l'égard du Conseil de la concurrence	17
B. Les interventions du Ministre des Affaires économiques en vue d'assurer l'accès du Conseil aux dossiers.	18
C. Examen de la question au regard des dispositions de la loi du 5 août 1991. Introduction	19
a). Examen de la question au regard des effets qu'a le dépôt du rapport de Service	19
b). Examen de la question au regard des règles relatives à l'engagement de l'instruction	20
c). Examen de la question au regard des modalités de l'introduction des affaires	20
d). Examen de la question au regard de la mission impartie au Conseil	22
CHAPITRE II	
QUESTIONS RELATIVES A LA FIXATION DE PRIORITES DANS LA POURSUITE DE LA MISSION IMPARTIE AU CONSEIL	
A. Nécessité de fixer des priorités dans le traitement des affaires	23
B. La détermination d'objectifs prioritaires dans la pratique	24
C. Constats et initiatives du Conseil de la concurrence	24
D. Examen de la question au regard des dispositions de la loi du 5 août 1991	26
CHAPITRE III	
QUESTIONS RELATIVES AU DECLENCHEMENT DES ENQUETES ET A LEUR DIRECTION	
Introduction	28
A. Les conditions de régularité des enquêtes - observations générales	29
B. Le déclenchement des enquêtes, une attribution exercée dans la pratique par le Service de la concurrence	30
C. Le rôle des magistrats membres du Conseil au stade de l'instruction	31
D. Examen de la question au regard des dispositions de la loi	32
E. Incidence concrète des questions examinées sur le déroulement des enquêtes	34

QUATRIEME PARTIE

QUESTIONS RELATIVES AUX DROITS DE LA DEFENSE

CHAPITRE Ier

LA COMMUNICATION DES GRIEFS, ACTE DE PROCEDURE OUBLIE?

A. Le principe du contradictoire	35
B. L'étendue du pouvoir de décision du Conseil au regard des différents actes d'instruction et de procédure prévus dans la loi	36
a). La plainte ou la demande	36
b). Les décisions relatives aux enquêtes	36
c). Le rapport du Service de la concurrence	36
C. Solution: l'énoncé des griefs par le Conseil?	39

CHAPITRE II

LES GARANTIES PROCEDURALES DANS LA PROCEDURE DE CLASSEMENT DU DOSSIER OU DE RENVOI A L'INSTRUCTION

Introduction	41
A. La procédure d'examen de la proposition de classement	41
a). L'inapplicabilité de l'article 27 de la loi	41
b). Modification de la jurisprudence du Conseil en ce qui concerne le champ d'application de l'article 27 de la loi	43
c). La notion d'irrecevabilité à l'article 24, § 1 ^{er}	44
d). L'effet limité de la décision non contradictoire de recevabilité	44
B. La procédure en cas de décision de renvoi à l'instruction	45

CINQUIEME PARTIE

LES SEUILS DE CONTROLE, LES AVIS DU CONSEIL

A. Avis relatifs à la majoration des seuils (art. 11 de la loi)	47
B. Avis relatif à l'évaluation des seuils (art. 5 et 11 de la loi)	48

SIXIEME PARTIE

LES MESURES PROVISOIRES	51
--------------------------------------	----

INDEX	59
--------------------	----