

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Premier rapport d'activité

1993 - 1994

Secrétariat du Conseil de la concurrence
Ministère des Affaires économiques
Administration du Commerce
24-26, Rue J.A. De Mot
B - 1040 Bruxelles

Tél.: 02/233.61.11

INTRODUCTION

La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, entrée en vigueur le 1er avril 1993, a abrogé la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique et doté la Belgique dans le domaine de la politique de la concurrence, d'une législation qui s'inspire dans une large mesure des règles et principes existant en droit communautaire.

En adoptant de telles dispositions, et en invitant les autorités chargées de les appliquer à les interpréter à la lumière de la jurisprudence établie par les instances communautaires¹, le législateur belge contribue à l'harmonisation spontanée des lois nationales sur la concurrence. Cette harmonisation devrait conduire dans un avenir plus ou moins proche à la création d'une vaste zone où les comportements des entreprises seront appréciés sur la base de principes communs, comme l'a souligné la Commission des Communautés européennes dans son dernier rapport en citant l'exemple belge².

La réforme importante intervenue en Belgique par l'adoption de la loi du 5 août 1991 reflète par ailleurs la volonté d'assurer à la concurrence une place éminente dans le fonctionnement de nos marchés.

Cette volonté s'est traduite également dans la refonte de la réglementation des prix suite à l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 1991. Selon l'A.M. du 20 avril 1993³ la liberté des prix constitue désormais le principe général, le régime préalable de hausse des prix n'étant applicable qu'à certains secteurs en raison de leurs caractéristiques spécifiques.

La libéralisation de secteurs auparavant monopolistiques ou "abrités" montre également l'importance croissante qui est reconnue à l'existence d'une pression concurrentielle suffisante.

Point n'est besoin sans doute de rappeler que ni les pratiques d'entreprises en position dominante, ni les concentrations ne sont illégales ou préjudiciables en elles-mêmes et que certaines pratiques d'ententes peuvent bénéficier d'une exemption. Les opérations de concentration et les coopérations entre entreprises peuvent en effet contribuer au dynamisme du marché et être bénéfiques dans la mesure où elles tendent à améliorer la qualité des produits, à développer la recherche technologique, à permettre l'entrée des entreprises sur de nouveaux marchés, à entraîner une diminution des coûts et à promouvoir l'emploi.

Conformément aux principes du droit communautaire, les ententes, les pratiques d'entreprises en position dominante, les concentrations d'entreprises ne sont prohibées par la loi du 5 août 1991 que lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver de manière significative une concurrence effective sur le marché, le marché à prendre en considération étant le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

¹Exposé des motifs, p. 5. Doc., Ch. 1282/1 (1989-90).

²XXIIIe Rapport de la Commission sur la politique de concurrence - 1993 - p. 39 n° 81.

³M.B. 28 avril 1993.

La loi du 5 août 1991 a créé une institution nouvelle, le Conseil de la Concurrence, dont la mission première est "de veiller à la sauvegarde et à la promotion de la concurrence effective sur les marchés"⁴, en sanctionnant ou en prohibant les pratiques ou positions économiques qui faussent ou sont susceptibles de fausser de manière significative la concurrence, ou de l'éliminer.

Le Conseil de la Concurrence a été installé le 5 mai 1993 par Monsieur Melchior WATHELET, Vice-premier Ministre, Ministre de la Justice et des Affaires économiques.

Créé par l'article 16 de la loi du 5 août 1991 entrée en vigueur le 1er avril 1993, le Conseil a été présidé jusqu'au 21 avril 1994 par Madame SPIRITUS et est actuellement composé comme suit⁵:

Président

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

Vice-Président

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

Membres

Personnalités choisies parmi les magistrats de l'ordre judiciaire:

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

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

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

Le Conseil comprend en outre douze suppléants:

Personnalités choisies parmi les magistrats de l'Ordre judiciaire:

- M. DE GROOTE, Rudolf, juge au tribunal de commerce d'Anvers;
- Mme GADEYNE, Sabine, juge au tribunal de commerce de Bruxelles;
- M. GILLARDIN, Jean, juge au tribunal de commerce de Charleroi;
- Mme GREGOIRE, Marie-Claude, présidente du tribunal de commerce de Mons;
- M. TROISFONTAINES, Paul, président du tribunal de commerce de Verviers;
- M. VANHELMONT, Prosper, président du tribunal de commerce de Hasselt;

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

- M. CUYVERS, Ludo, professeur à l'U.I.A.;
- M. DABIN, Léon, professeur ordinaire émérite à l'Université de Liège;
- M. FLAMEE, Michel, avocat, professeur à la V.U.B.;

⁴Exposé des motifs p. 5.

⁵A.R. du - 21 avril 1993 (M.B. 28.04.1993) modifié par l'A.R. du 28 avril 1994 (M.B. 20.05.1994) et l'A.R. du 5 juillet 1994 (M.B. 20.08.1994)

- M. HENROTIN, Jean-Claude, conseiller-adjoint au Ministère de la Région wallonne.
- M. VAN IMPE, Herman, expert-comptable et réviseur d'entreprise, chargé de cours VLEKHO et EHSAL;
- M. VAN UYTVANCK, Jean, juriste d'entreprise honoraire;

Le législateur a doté le Conseil d'un plein pouvoir de décision qu'il exerce en toute indépendance sous la seule réserve du contrôle de la Cour d'Appel de Bruxelles qui connaît des recours contre ses décisions. Il a mis en outre à sa disposition une gamme d'instruments juridiques suffisamment variés dans le but de lui assurer l'autorité nécessaire à la réalisation de sa mission et des compétences appropriées aux objectifs poursuivis.

On ne saurait sans doute assez insister sur la nature de la mission impartie au Conseil de la concurrence pour mieux saisir la place qu'il occupe parmi les diverses instances chargées de l'application du droit économique⁶ et afin de prévenir, autant que possible, certaines méprises qui sont probablement à l'origine des discussions quant à la nécessité même de maintenir l'existence de cette nouvelle institution en tant qu'instance dotée d'un pouvoir juridictionnel⁷.

Le Conseil de la Concurrence n'a vocation à intervenir par voie de décisions que si le fonctionnement d'un marché est perturbé ou risque de l'être par des ententes, par des comportements d'entreprises occupant une position dominante, ou par des concentrations. Son action ne se justifie que dans la mesure nécessaire pour prévenir ou sanctionner des pratiques restrictives de la concurrence, ce qui explique notamment son pouvoir d'assortir sa décision de conditions et de charges.

Il convient d'observer que la démarche du Conseil se situe sur le plan du droit économique public. Ses décisions reposent dans chaque cas sur un examen du marché concerné en vue de déterminer l'incidence sur celui-ci des comportements des divers opérateurs, ou des mouvements de concentration ou de coopération d'entreprises envisagés.

Tant la nature de la mission du Conseil qui est de veiller par l'application du droit de la concurrence à la promotion et au maintien d'une concurrence effective que la démarche originale qu'elle implique, expliquent la présence en son sein de membres choisis en raison de leur compétence en matière de concurrence.

La mission du Conseil est étrangère aux litiges portant sur des pratiques ou comportements d'entreprises qui n'ont aucun impact sur la structure ou le fonctionnement du marché dans lequel les entreprises en conflit opèrent. Ces litiges doivent être portés devant leur juge naturel, civil ou commercial. En revanche, le Conseil peut intervenir sur tous les marchés quelle que soit la nature des opérateurs sur ce marché, et dans tous les secteurs, même ceux qui sont soumis à un contrôle de type prudentiel.

⁶Voir à ce propos le rapport fait au nom de la commission de l'économie et de la politique scientifique, Doc. Ch., sess. 1990-1991, n° 1282/6 - 89/90 p. 17.: "En ce qui concerne les compétences que le membreproposedeconferer au (président du) tribunal de commerce, le Vice-Premier Ministre attire l'attention sur une différence fondamentale : le juge rend un jugement dans le cadre d'un litige qui oppose deux parties, alors qu'il ne s'agit pas de tels litiges en l'occurrence. Il s'agit de se prononcer dans une matière très spéciale et complexe du droit économique, qui doit faire l'objet d'une appréciation par des magistrats spécialisés, assistés par des personnes ayant des connaissances approfondies en matière de comportements et de structures dans le domaine de la concurrence. La création d'un organe spécifique est dès lors nécessaire, comme cela existe dans les pays étrangers et à la Commission européenne".

⁷"Le Conseil de la concurrence : premier bilan et perspectives" J.T. 1994, p. 458.

Les objectifs de toute législation sur la protection de la concurrence économique impliquent par ailleurs l'adoption de règles spécifiques qui s'écartent nettement du droit judiciaire privé notamment quant à l'introduction des affaires, leur instruction et la direction de l'instance qui n'est pas abandonnée aux entreprises concernées.

La démarche du Conseil présente d'autres particularités liées au fait que le droit de la concurrence est un instrument de politique économique et que les règles qu'il contient ne sauraient être appliquées sans tenir compte de la politique économique menée au niveau communautaire et national et des priorités qui y sont définies.

Le Conseil doit donc étendre son champ d'analyse et de réflexion afin de veiller à ce que son action s'inscrive dans un contexte politique plus large et contribue à la réalisation des priorités qui auraient été fixées et le cas échéant, d'objectifs supérieurs à ceux que permet d'atteindre la seule concurrence effective sur les marchés. La loi l'invite expressément à rechercher tant en matière d'ententes que de concentrations les solutions qui permettent un juste équilibre entre le maintien de la concurrence effective sur les marchés d'une part et d'autres objectifs tels que l'amélioration de la production ou de la distribution, la promotion du progrès technique, la compétitivité des petites et moyennes entreprises, l'intérêt des consommateurs d'autre part.

L'adoption de règles visant à faire prévaloir la concurrence effective dans les rapports économiques n'est donc pas en soi un obstacle au maintien ou à l'adoption de mesures réglementaires nécessitées par exemple par le caractère universel de certains services d'intérêt public désormais ouverts à la concurrence, comme la télécommunication ou la poste.

L'importance du rôle d'analyse et de réflexion du Conseil a été reconnue par le législateur qui lui a attribué une compétence générale d'avis en ce qui concerne "les problèmes de politique générale de concurrence"⁸, et prévu qu'il devait être obligatoirement consulté sur toute proposition d'arrêté ministériel d'exemption par catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées⁹ ou d'arrêté royal portant majoration des seuils de contrôle en matière de concentration¹⁰, et qu'il devait deux ans après l'entrée en vigueur de la loi procéder à une évaluation de ces seuils¹¹.

Le Conseil peut à ce titre fournir aux pouvoirs publics et au législateur des avis sur la pertinence au regard de la concurrence, de certaines mesures qui relèvent de cette politique.

La compétence d'avis attribuée au Conseil ne saurait être dissociée de son pouvoir juridictionnel. En effet, d'une part c'est en premier lieu dans l'examen de cas concrets que le Conseil puise ses éléments d'analyse et de réflexion et acquiert une meilleure connaissance des marchés; d'autre part, devant contribuer à la détermination d'une politique générale de concurrence, il est en mesure de veiller par ses décisions à la réalisation des objectifs poursuivis.

La mission impartie au Conseil par le législateur revêt un triple aspect. Un aspect correctif lié aux interventions qui ont pour but de rétablir des conditions de bon fonctionnement de la concurrence

⁸article 16, § 2 de la loi.

⁹article 28 de la loi.

¹⁰article 11, § 1er de la loi.

¹¹article 19, § 6 de la loi.

sur les marchés; un aspect dissuasif lié à la politique qu'il doit mettre en oeuvre en matière de sanctions; un aspect préventif lié à ses interventions qui ont pour but d'éviter que la concurrence sur un marché soit entravée de façon significative.

Ce premier rapport sur l'application de la loi du 5 août 1991 que le Conseil conformément à l'article 19, § 5, soumet au Ministre des Affaires économiques afin qu'il le communique aux Chambres législatives, sans être exhaustif, traite des points qu'il a paru intéressant au Conseil de mettre en évidence au terme de ses premiers dix-sept mois d'activité¹².

Une partie du présent rapport est consacrée à certaines questions d'ordre institutionnel dans la mesure où celles-ci ont une incidence sur le déroulement de la procédure ou sur le fonctionnement du Conseil. S'il n'appartient certainement pas au Conseil d'évaluer les mérites ou les inconvénients des choix du législateur sur le plan institutionnel, il lui appartient toutefois de tenir compte des incidences de ces choix sur les aspects procéduraux et de faire part à l'occasion du rapport annuel, du résultat de sa réflexion.

Parmi les questions qui seront abordées, il faut relever celles relatives à la saisine du Conseil, au rôle conféré à l'Etat belge, aux rôles respectifs de la Cour d'Appel de Bruxelles et à celui du Conseil en cas de question préjudicielle, au traitement confidentiel de certaines données fournies par les entreprises ou par les tiers, à l'incidence du déroulement de la procédure devant le Service de la concurrence sur le pouvoir de décision du Conseil en matière de concentrations.

Le nombre d'affaires relatives à des pratiques restrictives de concurrence au sens des dispositions du chapitre II, première section de la loi, qui ont fait l'objet d'un rapport du Service de la concurrence au Conseil de la concurrence, a été durant la période examinée extrêmement réduit. La majeure partie du présent rapport consacrée à l'analyse des décisions du Conseil porte donc sur l'application des dispositions du Chapitre II, deuxième section, relatives aux concentrations.

Ce premier rapport aux Chambres législatives s'adresse également aux autres pouvoirs publics, aux entreprises, aux interlocuteurs sociaux, à toutes les instances chargées de définir les objectifs de la politique de la concurrence économique et à celles chargées de l'application du droit économique.

Qu'il puisse contribuer à une plus grande prise de conscience de l'importance des enjeux économiques liés à l'application effective des règles nouvelles et à l'adaptation des comportements des opérateurs économiques à des règles dont ils sont les premiers bénéficiaires.

¹²soit du 5 mai 1993 au 30 septembre 1994.

Le premier rapport annuel aurait dû couvrir la période allant du 5 mai 1993 au 31 décembre 1993. Vu le nombre relativement réduit de décisions, le Conseil a estimé qu'il était préférable de couvrir une période plus longue, soit jusqu'au 30 septembre 1994. Le second rapport couvrira la période allant du 1^{er} octobre 1994 au 31 décembre 1995. Les rapports suivants couvriront ainsi chacun une année civile.

PREMIERE PARTIE. - BILAN D'ENSEMBLE DES PREMIERS MOIS D'ACTIVITE DU CONSEIL.

1. Entre son installation le 5 mai 1993 et le 30 septembre 1994 le Conseil a statué dans 62 affaires, qui se répartissent comme suit :

Tableau I.

Concentrations	
- demandes d'approbation préalable	55
Ententes - Accords - Pratiques concertées	
- plaintes	1
- demandes d'attestation négative ou d'exemption individuelle	1
- demandes de mesures provisoires	<u>5</u>
	62

Le tableau suivant donne le nombre d'affaires qui ont fait l'objet d'un rapport du Service au Conseil:

Tableau II.

Concentrations	
- demandes d'approbation préalable	60
Ententes - Accords - Pratiques concertées	
- plaintes	3
- demandes d'attestation négative ou d'exemption individuelle	1
- demandes de mesures provisoires	<u>5</u>
	69

Le troisième tableau présente le nombre total d'affaires introduites sur base de la loi du 5 août 1991¹³ au 30 septembre 1994 :

Tableau III.

Concentrations	
- demandes d'approbation préalable	61
Ententes - Accords - Pratiques concertées	
- demandes d'attestation négative ou d'exemption individuelle	11
- demandes de mesures provisoires	5
- plaintes (dont une a été retirée)	28
- demandes d'instruction émanant du Conseil	3
- demandes d'instruction émanant du Ministre ¹⁴	<u>2</u>
	110

¹³voir sur la saisine du Conseil de la concurrence, la troisième partie, chapitre I de ce rapport.

¹⁴Ces demandes ont trait à des affaires qui avaient été introduites sur base de la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique.

2. Le nombre extrêmement réduit de décisions du Conseil concernant les affaires autres que celles relatives aux concentrations témoigne de l'indigence des moyens mis à la disposition du Service de la concurrence pour accomplir sa mission, et démontre combien l'action du Conseil est tributaire de la diligence avec laquelle le Service mène les instructions.

Ces questions ont fait l'objet d'un avis au Ministre des Affaires économiques que le Conseil a adopté à l'unanimité en sa séance du 26 avril 1994. Force était de constater que les mesures nécessaires pour fixer le cadre organique du Service de la concurrence, pour en déterminer les conditions d'accès et pour en assurer le fonctionnement en tenant compte d'une certaine stabilité, de la spécialisation et de la continuité du service n'avaient pas été prises, et d'attirer l'attention du Ministre sur les conséquences de cette situation.

Le manque de moyens mis à la disposition des organes que la loi du 5 août 1991 a créés, conduit nécessairement à une application partielle de la nouvelle législation, situation qui n'a pas manqué de susciter certaines critiques de la part d'observateurs ou de plaignants et même des doutes quant à la volonté du pouvoir exécutif de répondre par des mesures appropriées au caractère ambitieux de la nouvelle législation. C'est un lieu commun que de dire que les règles adoptées en vue de protéger la concurrence économique ne peuvent produire leurs effets que par leur application concrète.

3. Institution nouvelle, le Conseil de la concurrence n'a pas encore exercé la compétence d'avis en ce qui concerne les problèmes de politique générale de concurrence dont il a été investi par l'article 16 de la loi, ni été en mesure de prendre pleinement toutes les initiatives que la présence d'indications sérieuses sur certains marchés d'entraves à la concurrence justifient en cas d'inaction des opérateurs sur ces marchés ou d'inertie du Service de la concurrence.

L'absence au Conseil de membres pouvant consacrer à l'application de la loi le temps nécessaire hypothèque gravement la mission qui lui est confiée pour la sauvegarde et la promotion de la concurrence.

Il est bon de rappeler qu'aux cours des travaux parlementaires de la nouvelle législation, le rapporteur de la commission de l'économie et de la politique scientifique, Monsieur DE CLERCK, indiquait que si la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique n'avait pas joué pleinement son rôle, c'était en partie dû au fait que les membres du Conseil du Contentieux Economique n'exerçaient leur fonction au sein de cet organe qu'accessoirement à leur tâche principale¹⁵.

La loi du 5 août 1991 n'a cependant pas précisé que le président et le vice-président du Conseil exercent leurs fonctions à plein-temps à l'instar de ce que les législations des autres pays de l'Union Européenne ont prévu pour les mêmes fonctions.

Au cours de sa réunion du 6 septembre 1994, le Conseil a adopté à l'unanimité un avis qu'il a adressé au Ministre des Affaires économiques pour lui faire part de la nécessité d'une modification du statut des président et vice-président du Conseil de manière à ce qu'ils puissent assumer leurs fonctions à plein-temps, et non pas comme c'est le cas depuis l'entrée en vigueur de la loi dans la mesure où l'exercice de leurs fonctions au sein de la magistrature le leur permet ou au risque de

¹⁵Doc., Chambre n° 1282/6 - 89/90 - p. 4.

nuire à cette dernière fonction. D'ailleurs, selon l'exposé des motifs précédant l'A.R. du 28 avril 1994 portant démission et nomination du président et nomination du vice-président du Conseil de la concurrence, la fonction de président du Conseil est "complémentaire" de celle qu'il occupe dans l'ordre judiciaire "et ne devra pas être exercée au détriment de cette dernière".

Le législateur a en effet confié au président du Conseil un grand nombre de tâches importantes dont l'accomplissement ne peut souffrir de délais.

Au cours de l'instruction des affaires par le Service, le président doit délivrer aux agents du Service de la concurrence compétents pour rechercher et constater les infractions à la loi, les mandats prévus à l'article 23. Le président doit aussi au cours de l'instruction et à la demande du Service, enjoindre aux entreprises de communiquer les renseignements que celui-ci aurait en vain exigés.

Après réception du rapport du service, c'est au président qu'il revient de se prononcer dans chaque affaire en application de l'article 27, § 1 sur le caractère confidentiel de certains éléments du dossier. Lors de la publication d'une décision, il doit veiller à ce que les secrets d'affaires ne soient pas divulgués. En application de l'article 35 de la loi, il lui incombe de statuer sur les demandes de mesures provisoires à bref délai.

Le président du Conseil est chargé d'établir l'ordre de service, de veiller à la composition des chambres, d'assurer le respect des délais de décisions en matière de concentrations, de préparer les avis ou propositions du Conseil, d'encourager la cohérence de la jurisprudence du Conseil, d'en dégager les enseignements pour la rédaction du rapport annuel aux Chambres législatives, d'entretenir un esprit de saine collaboration entre le Conseil de la concurrence et le Service de la concurrence, de créer ou d'entretenir des liens avec d'autres instances et d'assurer l'ouverture du Conseil aux entreprises.

4. Par ailleurs, le Conseil estime que la mission dont il est investi lui impose de prendre part à la réflexion au sein de la communauté internationale sur le droit et la politique de la concurrence, sur les méthodes d'analyse des marchés et des comportements des opérateurs, et d'entretenir à l'instar d'autres autorités nationales de la concurrence, des contacts suivis avec les instances communautaires et les organisations internationales. De telles relations sont indispensables pour rendre cohérentes les solutions retenues par les diverses autorités qui doivent s'inspirer des mêmes principes, comme pour l'échange d'informations sur le développement des politiques de concurrence.

Pour les raisons évoquées plus haut, le Conseil de la concurrence n'a pas été en mesure jusqu'à présent de s'associer aux travaux de la Commission européenne notamment à ceux concernant le réexamen du règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations des concentrations entre entreprises, ou à ceux concernant la décentralisation de l'application du droit communautaire de la concurrence au profit des autorités nationales. Il n'a pas pu participer non plus aux travaux organisés au sein de l'O.C.D.E. ou de la C.N.U.C.E.D. sur la politique de concurrence.

Le Conseil a d'ailleurs constaté des réticences importantes sur l'opportunité de sa représentation au sein des commissions, groupes de travail et comités divers institués auprès des instances communautaires et internationales, le Ministre des Affaires économiques estimant que le rôle dévolu au Conseil n'implique pas qu'il y délègue même à titre d'observateur un représentant.

Le Conseil reçoit directement des instances communautaires ou internationales les projets ou avant-projets des rapports résumant les travaux en cours et les positions exprimées par les délégations nationales et s'efforce d'entretenir des relations suivies avec elles.

DEUXIEME PARTIE. - LES ORGANES CREES PAR LA LOI DU 5 AOUT 1991.

Chapitre I. Le Conseil de la Concurrence.

A. Mission du Conseil de la Concurrence.

Chargé de veiller à la sauvegarde et à la promotion de la concurrence effective sur les marchés, le Conseil de la concurrence créé par l'article 16 de la loi du 5 août 1991 est doté de compétences de décision, de proposition et d'avis.

Le Conseil a le pouvoir de constater et de sanctionner les **pratiques anticoncurrentielles** définies aux articles 2 et 3 de la loi du 5 août 1991, ainsi que celui de prononcer des injonctions, après instruction des affaires par le Service et réception de son rapport.

Le Conseil peut être saisi de telles pratiques par les entreprises ou associations d'entreprises, par les organismes ou institutions chargés du contrôle ou de la surveillance d'un secteur économique, par le Ministre des Affaires économiques, et par le Service de la concurrence.

Le Conseil peut également demander une instruction au Service lorsque des indications sérieuses le justifient, initiative qui équivaut à une saisine d'office puisque le Service ne peut opérer le classement d'un dossier.

La possibilité pour le Conseil de classer un dossier dans certaines conditions prévues à l'article 24, § 1, permet d'autre part d'éviter que l'action du Service et son action propre ne soient paralysées par des saisines qui soit ne seraient manifestement pas fondées, soit ne concerneraient pas sa compétence d'attribution définie par les dispositions de la loi du 5 août 1991.

Lorsqu'une affaire a été examinée au fond, plusieurs types de décisions peuvent être prises par le Conseil à l'issue de procédures contradictoires.

En application de l'article 31, le Conseil peut constater que les parties en cause n'ont pas mis en oeuvre des pratiques prohibées par les dispositions des articles 2 et 3 de la loi, ou au contraire déclarer établie l'existence d'une pratique restrictive de concurrence et ordonner la cessation de celle-ci, s'il y a lieu, suivant les modalités qu'il prescrit.

Il peut aussi sur la demande d'entreprises ou associations d'entreprises intéressées, constater qu'il n'y a pas lieu pour lui, en fonction des éléments dont il a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée en vertu de l'article 2, § 1er ou de l'article 3 (décisions d'attestation négative).

En ce qui concerne les accords, décisions et pratiques concertées qui ont été notifiés, il peut accorder une exemption en vertu de l'article 2, § 3.

S'il est urgent d'éviter une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général ou même de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par des pratiques restrictives de concurrence, le président du Conseil peut sur la demande du Ministre ou du plaignant prendre des mesures provisoires.

Le Conseil a d'autre part le pouvoir d'examiner au regard de la concurrence, l'admissibilité des **concentrations** d'entreprises qui sont soumises à son approbation préalable lorsque les seuils de contrôle fixés à l'article 11, § 1 de la loi sont atteints.

Les **attributions consultatives** dévolues au Conseil de la concurrence sont variées. En application de l'article 11, § 2 de la loi, le Conseil doit être obligatoirement consulté sur tout projet de majoration des seuils de contrôle en matière de concentrations. En application de l'article 28, il peut après réception du rapport du Service de la concurrence et consultation de la Commission de la concurrence proposer au Ministre de déclarer, par arrêté ministériel que l'article 2, § 1er n'est pas applicable à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées¹⁶. Conformément à l'article 19, § 6, le Conseil devra deux ans après l'entrée en vigueur de la loi procéder à une évaluation des seuils prévus aux articles 5 et 11. Il a en outre en ce qui concerne les problèmes de politique générale de concurrence compétence générale d'avis qu'il exerce de sa propre initiative ou à la demande du Ministre.

Enfin, aux termes de l'article 53 de la loi, le Conseil de la concurrence a été doté du pouvoir d'appliquer les articles 85, § 1 et 86 du traité de la CE., à l'instar de l'autorité nationale de l'Allemagne, de la France, de l'Espagne, du Portugal et de la Grèce.

Le législateur a donc mis à la disposition du Conseil des instruments juridiques qui lui assurent des moyens d'action appropriés à l'étendue et aux objectifs de sa mission et qui devraient lui permettre de devenir un organisme incontesté dans sa fonction. Les obstacles que le Conseil rencontre dans l'exercice de sa mission ont été exposés dans la première partie de ce rapport.

B. Autonomie du Conseil.

Le Conseil de la concurrence est une **juridiction administrative** comme le précise l'article 16 de la loi¹⁷.

L'indépendance du Conseil fut affirmée par l'attribution au Conseil d'un plein pouvoir de décision qu'il exerce sans autre contrôle que celui de la Cour d'Appel de Bruxelles qui connaît des recours contre ses décisions.

Le législateur a également assorti la composition du Conseil de garanties importantes tenant à la durée du mandat et au régime d'incompatibilités.

Le Conseil, bien qu'étant une juridiction, est "institué" auprès du Ministère des Affaires économiques conformément à l'article 16 de la loi. Cette disposition peut donner lieu dans les faits à une certaine confusion sur la nature du Conseil en tant qu'organe indépendant du pouvoir exécutif. Les audiences et les réunions du Conseil se tiennent en effet dans les locaux du Ministère des Affaires économiques qui ont été mis à sa disposition. Le secrétariat est assumé par le Service de la concurrence qui dépend organiquement du même Ministère. Le Conseil n'a pas d'autonomie budgétaire. Cette situation est source d'équivoques que le Conseil entend dissiper à chacune de ses interventions.

¹⁶Le Service n'a pas au cours de la période examinée, communiqué au Conseil un rapport concernant les exemptions par catégories.

¹⁷Le terme "**organe de l'exécutif**" a été utilisé dans l'exposé des motifs de la loi, pour justifier que le recours contre les décisions du Conseil sont dirigés contre l'Etat belge. 1282/1 - 89/90, p. 34.

Le Conseil ne dispose pas d'une indépendance de fonctionnement ni d'une autonomie budgétaire. Il dépend entièrement du Ministère des Affaires économiques et bénéficie de ses services.

C. Division en chambres et répartition des affaires.

L'article 17, § 5 de la loi dispose que le Conseil peut être divisé en chambres comportant un nombre fixe de membres, égal pour chacune d'elles. Le même article précise que chaque chambre est présidée par un magistrat et comporte au moins trois membres.

Ces dispositions excluent la possibilité de créer des chambres comportant un nombre différent de membres, et ne permettent pas qu'une chambre qui connaît de l'affaire renvoie celle-ci au Conseil en formation plénière.

L'expérience a démontré qu'un système souple était souhaitable afin de pouvoir confier les affaires simples ou qui requièrent une grande rapidité de décision à une chambre composée de trois membres, et les autres affaires à une chambre composée d'un nombre supérieur de membres avec possibilité dans les affaires délicates à un titre ou à un autre de renvoyer l'affaire au Conseil, chambres réunies.

Le règlement d'ordre intérieur établi par le Conseil en sa séance plénière du 27 mai 1993 et approuvé par Arrêté Royal du 16 août 1993¹⁸, prévoit que le Conseil est divisé en chambres comprenant chacune deux des membres choisis parmi les magistrats de l'ordre judiciaire, et deux des membres choisis en raison de leur compétence en matière de concurrence.

Ni le nombre de chambres, ni leur composition n'ont été arrêtés. Cette situation, qui peut paraître de prime abord curieuse, s'explique par les délais de décision impartis au Conseil dans les affaires relatives aux concentrations qui constituent jusqu'à présent la presque totalité des affaires dans lesquelles un rapport du Service lui a été communiqué.

Pour chacune de ces affaires, la composition de la chambre a été fixée par le président du Conseil en tenant compte d'une part de la langue de la procédure, d'autre part de la faculté ou de l'impossibilité des membres de se libérer pour consacrer à l'affaire le temps nécessaire.

Les grandes difficultés qu'a rencontrées le secrétariat du Conseil chargé en pratique de veiller à la composition d'une chambre méritent d'être évoquées en raison des effets que peut avoir l'impossibilité de composer une chambre sur l'exercice par le Conseil de son pouvoir décisionnel en matière de concentrations, puisqu'en l'absence de décision dans les délais fixés par l'article 33, le Conseil est censé avoir rendu une décision constatant que la concentration est réputée admissible. Si pareille situation ne s'est pas produite durant la période écoulée, c'est parce qu'il a pu être fait appel aux membres suppléants du Conseil dans la très grande majorité des affaires traitées durant la période examinée.

Ces difficultés pourraient être évitées à l'avenir si la possibilité est donnée au président et ou vice-président d'assumer leurs fonctions au sein du Conseil à plein-temps.

D. Réunions en assemblée plénière: décisions et avis.

¹⁸M.B. 19 octobre 1993.

Entre son installation et la fin septembre 1994, le Conseil a tenu quatorze séances en formation plénière les 27 mai, 29 juin, 7 septembre, 5 octobre, 3 et 16 novembre 1993, 11 janvier, 15 février, 22 mars, 26 avril, 17 mai, 16 juin, 6 et 20 septembre 1994. L'habitude s'est installée d'inviter les membres suppléants à participer aux assemblées plénières du Conseil.

Au cours des réunions, chaque membre s'exprime dans sa propre langue. Les rapports et procès-verbaux des réunions sont rédigés en néerlandais et en français par les soins du président ou du vice-président du Conseil, les tâches de traduction ne pouvant être assumées par le secrétariat du Conseil qui ne comprend pas de fonctionnaire bilingue, ni par les services de l'administration en raison soit des délais de traduction, soit du caractère confidentiel des rapports et procès-verbaux de réunions.

Les points portés à l'ordre du jour des réunions en assemblée plénière ont pour la plupart été étudiés préalablement par un groupe restreint. Ainsi, il fut procédé à la constitution de groupes de travail pour l'analyse des décisions en matière de concentrations, l'examen d'une proposition de majoration des seuils de contrôle en matière de concentration et leur évaluation, l'examen d'un projet de modification du formulaire CONC C/C 1, l'élaboration du rapport annuel, et diverses questions parmi lesquelles celles relatives à la saisine du Conseil, la publicité des débats, le classement des affaires. Au cours de la période examinée, quinze réunions de groupes de travail ont eu lieu.

Le règlement d'ordre intérieur du Conseil ne contient par ailleurs pas de dispositions relatives aux demandes d'instruction qu'il peut adresser au Service en vertu de l'article 23, § 1er, c), ni aux avis ou propositions qu'il serait appeler à formuler par application des articles 11, § 2, 16, alinea 2, 19, § 6, et 28 § 1er. Ces lacunes devraient être comblées dans un avenir proche par des dispositions prévoyant des conditions de présence et de majorité, ou la prise de telles décisions par un comité plus restreint qui serait composé du Président, du vice-président et d'un nombre réduit d'autres membres afin de permettre une décision rapide.

E. Relation avec le Service de la concurrence.

Il n'existe entre le Conseil de la concurrence et le Service de la concurrence composé d'agents de l'administration du Ministère des affaires économiques aucun lien de dépendance.

Le Service de la concurrence n'est pas "au service" du Conseil.

Le Conseil ne peut en principe s'immiscer dans la façon dont le Service mène sa mission d'instruction ou de recherche des infractions. Cette règle est cependant loin d'être absolue, puisque le législateur a estimé que l'intervention du Conseil, au stade de l'instruction était une garantie qu'il fallait accorder aux entreprises. Les agents du Service doivent en effet être munis d'un mandat écrit délivré par le président, ou les magistrats désignés à cet effet par le règlement d'ordre intérieur, précisant l'objet et le but de leur mission. La validité de tels mandats est limitée cas par cas dans le temps.

En outre, lorsque les entreprises ne fournissent pas au Service les renseignements que celui-ci demande, ceux-ci ne peuvent être exigés au stade de l'instruction que par une décision motivée du président du Conseil qui fixe aux entreprises un délai et peut prononcer une astreinte.

Dans l'un et l'autre cas, l'intervention du président ne saurait être automatique. Elle repose sur un examen de la demande que lui adresse le Service sur base du dossier dans l'état où il se trouve, et l'agent qui en est responsable est si nécessaire entendu.

S'il ne peut donner au Service des injonctions dans la conduite de l'instruction, le président du Conseil dispose donc de moyens pour freiner des initiatives qui seraient préjudiciables à un titre ou à un autre ou qui ne seraient pas indispensables.

N'ayant pas le pouvoir d'impartir au Service un délai d'instruction¹⁹, le Conseil ne saurait fixer les affaires qui méritent d'être instruites prioritairement, ni choisir les secteurs ou pratiques qui sous l'angle de la concurrence sur les marchés mériteraient d'être analysés, prioritairement.

Mais interrogé parfois directement par les entreprises ou leur conseil sur la longueur de l'instruction, le président du Conseil est amené à s'enquérir auprès du Service de l'évolution de l'affaire, ce qui n'a pas donné lieu à des réticences de la part du Service. Le Conseil pourrait aussi en cas d'inaction prolongée du Service en informer le Ministre des Affaires économiques qui est responsable de son bon fonctionnement.

Quelques plaintes ont malheureusement été enregistrées durant la période écoulée sur la durée de l'instruction dans les affaires qui ne concernent pas les concentrations d'entreprises, plaintes qui émanaient des plaignants ou de leurs conseils.

D'un autre côté, il n'est pas rare que le Service de la concurrence fasse au cours de l'instruction par lui d'une affaire, une démarche auprès du Conseil ou de son président dans le but que le Conseil lui indique quelles sont les questions qu'il estime nécessaire d'examiner avant de clôturer son information. Selon le Conseil, ce type de démarches ne se heurte à aucun obstacle et doit être encouragée.

¹⁹à l'exception des affaires portant sur les demandes de mesures provisoires et lorsque le Conseil la seconde phase de la procédure en matière de concentrations.

Chapitre II. Le Service de la Concurrence.

A. Missions.

Le Service de la concurrence du Ministère des Affaires économiques est chargé de la recherche et de la constatation des pratiques visées au chapitre II de la loi. Il instruit les affaires introduites en vertu de la présente loi et veille à l'exécution des décisions que prend le Conseil. Il est également chargé du secrétariat du Conseil de la concurrence.

Aux termes de l'article 23, § 3, les agents du Service de la concurrence compétents pour rechercher les infractions à la loi, sont désignés à cette fin par le Ministre des Affaires économiques. Cette désignation est intervenue par arrêtés ministériels des 24 décembre 1993, 13 janvier 1994 et 1er avril 1994²⁰.

En dehors des missions qui lui incombent en vertu de la loi du 5 août 1991, le Service de la concurrence assume des tâches multiples.

Il participe notamment aux travaux de l'Union Européenne au sein des cinq comités consultatifs²¹ et examine les avant-projets de décision de la Commission visée à l'article 10 du Règlement n° 17/62 du Conseil. Il prend part aux conférences d'Experts des Etats membres, et aux travaux du groupe "Questions économiques" qui prépare les règlements du Conseil en matière de concurrence économique. Il assiste les vérificateurs de la CEE. Il assiste aux réunions organisées au niveau de l'OCDE (Comité du Droit et de la Politique de la Concurrence), de la CNUCED (Comité d'Experts sur les pratiques commerciales restrictives), et au niveau Benelux (sous-commission pour la réglementation et l'organisation économiques CIC/ROE).

Le Service est en outre souvent chargé de la rédaction d'avant-projets d'arrêtés royaux ou ministériels, de réponses aux questions parlementaires, ou de la réalisation de brochures pour l'information du public.

B. Composition.

Le cadre organique théorique du Service de la concurrence est le suivant²²:

- 2 Conseillers-chefs de service;
- 4 Conseillers adjoints;
- 14 secrétaires d'administration.

²⁰M.B. des 28.04.1993 et 17.06.1994.

²¹Comités consultatifs européens:

1. Ententes et positions dominantes
2. Concentrations
3. Transports aériens
4. Transports maritimes
5. Transports par route, rail et par voie navigable

²²A.M. du 29 mars 1993 modifiant l'arrêté ministériel du 23 décembre 1969 répartissant par service les emplois du niveau I, prévus à l'arrêté royal du 20 août 1969.

Ces emplois ne sont cependant pas tous occupés.

Le Service est actuellement composé comme suit²³:

- 1 Conseiller-chef de Service,
- 4 Conseillers adjoints, dont 2 sont affectés au Secrétariat du Conseil de la concurrence;
- 9 Secrétaires d'administration, dont 1 est affecté au Secrétariat du Conseil.

Parmi ces personnes, neuf fonctionnaires sont chargés de l'instruction des affaires introduites sur base de la loi du 5 août 1991, et cinq d'entre elles sont des agents statutaires, les quatre autres étant des agents contractuels.

Les agents affectés au Secrétariat du Conseil ne remplissent pas de mission d'instruction. Un secrétaire d'administration traite à temps plein des dossiers qui relèvent du droit communautaire.

Depuis sa création, la composition du Service de la concurrence a subi de multiples modifications. En effet, au cours de la période examinée et à des époques diverses, dix fonctionnaires ont rejoint le Service tandis que cinq l'ont quitté.

Dans le cadre de la restructuration générale du Ministère des Affaires économiques, le Service de la concurrence a fusionné avec celui des Prix pour former l'Inspection générale des Prix et de la Concurrence. (A.R. du 29 septembre 1994 modifiant l'arrêté royal du 21 juin 1993 portant désignation du service appelé Service de la Concurrence au sens de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique).

Le cadre **théorique** pour les deux services s'élève à 35 niveaux I:

Cette inspection générale comprend :

- 1 Inspecteur général;
- 3 Conseillers-chefs de service;
- 6 Conseillers adjoints;
- 24 Secrétaires d'administration;
- 1 traducteur.

Ces emplois ne sont pas tous occupés.

²³situation au 30 septembre 1994.

C. Relation Service de la concurrence - Ministre des Affaires économiques.

Il a été précisé au cours des travaux parlementaires que le Service de la concurrence était sur le plan organique une division, déjà existante et dépourvue de personnalité juridique propre, de l'Administration du Commerce²⁴.

Comme le Conseil l'a déjà souligné, il ne lui appartient pas de porter un quelconque jugement sur les options qu'a prises le législateur sur le plan institutionnel, mais bien à l'occasion de son rapport annuel, d'attirer l'attention si besoin en est, sur leurs conséquences.

Le Ministre des Affaires économiques pourrait à un double titre, réclamer au Service de la concurrence la communication d'informations relatives à la mission que la loi a confiée au Service, celle d'instruire les affaires et de constater les infractions.

D'une part, il appartient au Ministre de mener une politique de concurrence grâce aux instruments dont il dispose, parmi lesquels ceux que la loi du 5 août 1991 met à sa disposition.

Au terme de l'article 23, § 1, c), le Ministre peut demander au Service une instruction lorsque des indications sérieuses le justifient.

D'autre part le Ministre des Affaires économiques est responsable du Service de la concurrence et ses agents se trouvent sous son autorité hiérarchique. Il lui appartient donc de veiller à ce que le Service remplisse sa mission avec la diligence nécessaire.

Sous ce double aspect, rien ne s'oppose bien entendu à ce que le Ministre s'enquiert auprès du Service du nombre d'instructions en cours, des marchés sur lequel elles portent, des secteurs dont l'activité est concernée, et se fasse produire les études et analyses générales effectuées par le Service ou en sa possession²⁵.

Selon le Conseil, les prérogatives mentionnées plus haut n'impliquent pas dans le chef du Ministre des Affaires économiques le droit d'accès aux dossiers nominatifs que constitue le Service en vue de leur transmission au Conseil pour décision et celui de prendre connaissance des rapports, ou avant projet de rapports qu'il rédige dans le cadre de ces procédures.

D'un autre côté, il faut relever que les dispositions relatives à la procédure devant le Conseil ne contiennent aucune règle visant expressément le rôle que le Ministre peut y jouer. L'article 27, § 1er concerne l'accès au dossier. L'article 27, § 2 dispose que si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, le Conseil fait droit à la demande. La formule utilisée n'inclut pas expressément l'Etat belge représenté par le Ministre des Affaires économiques. La loi du 5 août 1991 n'a pas attribué au Ministre des Affaires économiques le droit d'interjeter appel contre les décisions du Conseil, puisque le recours est dirigé contre l'Etat belge. Le législateur ne lui a donc pas confié d'instruments pour agir dans des cas particuliers contre une décision du Conseil si celle-ci lui paraît critiquable au regard des objectifs qu'il entend poursuivre au niveau de la politique de concurrence ou de l'intérêt économique général.

²⁴Doc., - Chambre des Représentants n° 1282/1 - 89/90 pages 23 et 24.

²⁵voir réponse de Ministre M. WATHELET en Commission de l'économie de la Chambre des Représentants du 27 mai 1994 à une demande de M. SIMONS Henri, député.

Force est dès lors de constater qu'en établissant un nouveau partage des pouvoirs et des responsabilités, le législateur n'a pas donné à l'Etat dans le contexte du nouveau droit de la concurrence, les moyens de faire valoir dans les affaires que traite le Conseil les objectifs de la politique générale de concurrence au travers de la procédure, si ce n'est par l'exercice de son autorité hiérarchique sur le Service de la concurrence ou, dans l'hypothèse d'un recours contre une décision du Conseil, en assumant la position d'un défendeur devant la Cour d'Appel de Bruxelles.

Chapitre III. La Commission de la concurrence.

La loi du 5 août 1991 a institué au sein du Conseil central de l'économie, une commission paritaire, dénommée Commission de la concurrence, et composée de 24 membres effectifs:

- dix représentant les organisations représentatives de l'industrie, de la distribution et des services;
- deux représentant les classes moyennes;
- dix représentant les organisations les plus représentatives des travailleurs;
- deux représentant les consommateurs.

L'arrêté royal relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission et celui portant nomination de ses membres datent respectivement du 30 avril et du 17 mai 1993²⁶. Par l'arrêté royal du 16 août 1993, Monsieur M. WAELBROECK a été nommé Président de la Commission.

L'arrêté royal portant approbation de son règlement d'ordre intérieur date du 11 juillet 1994²⁷.

La Commission de la concurrence est dotée d'un pouvoir consultatif similaire à celui du Conseil de la concurrence, qu'elle peut exercer de sa propre initiative ou à la demande selon les cas, soit du Roi, soit du Ministre, soit du Conseil de la concurrence (article 21).

La Commission de la concurrence a en outre la mission d'avertir les personnes ou entreprises justifiant d'un intérêt suffisant pour être entendues par le Conseil au cours de l'instruction des affaires, qu'elles peuvent faire valoir ce droit conformément à l'article 27, § 2, alinéa 2 et 3.

La loi ne définit pas expressément cette mission, mais tel est le but de l'obligation pour le Conseil d'informer la Commission de toute affaire dont il est saisi, après réception du rapport du Service²⁸.

Dans les affaires relatives aux concentrations notifiées, la Commission de la concurrence n'est pas toujours en mesure de répercuter à temps les informations qu'elle reçoit auprès des personnes intéressées. En effet, elle ne dispose entre le moment de la réception de ces informations et celui de l'audience du Conseil que d'environ 10 à 15 jours ouvrables. Il serait dès lors souhaitable qu'une modification de l'article 27, § 1 alinéa 3 intervienne pour permettre au Conseil d'informer la Commission des affaires dont il est saisi dès le moment de la notification de la concentration.

D'autre part, la loi n'a pas prévu que la Commission de la concurrence soit informée des décisions du Conseil visées à l'article 33, § 2, 2, c) ce qui paraît être une lacune. Ces décisions ne sont en outre pas publiées au Moniteur belge conformément à l'article 34 de la loi, nonobstant ce que prévoit l'article 16 de l'A.R. du 11 mars 1993 relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence économique. Néanmoins, le Conseil a pris la décision d'informer la Commission après le dépôt du rapport complémentaire du Service, suivant la procédure prévue à l'article 27.

²⁶M.B. du 15.05.1993, M.B. du 25.05.1993 et M.B. du 30.09.1993.

²⁷M.B. du 10.10.1994.

²⁸exposé des motifs p. 29.

TROISIEME PARTIE. - LES QUESTIONS GENERALES DE PROCEDURE.

Chapitre I. La saisine du Conseil.

A. Le dépôt du rapport du Service : mode de saisine du Conseil ?

1. Dans la première partie de ce rapport, plusieurs tableaux font état du nombre de décisions du Conseil, du nombre d'affaires qui ont fait l'objet d'un rapport du Service au Conseil et du nombre d'affaires introduites sur base de la loi du 5 août 1991 depuis son entrée en vigueur jusqu'au 30 septembre 1994²⁹.

Le deuxième tableau donne le nombre des saisines contentieuses du Conseil dans l'hypothèse où l'on doit admettre comme l'indique l'article 8 de l'arrêté royal du 15 mars 1993 relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence économique que "le Conseil est saisi par le dépôt du rapport effectué par le Service".

Par contre, s'il faut admettre que le Conseil est saisi par l'acte, la demande ou la plainte qui provoque une instruction par le Service, c'est le troisième tableau qui donne le nombre et l'origine des saisines contentieuses du Conseil.

Le choix entre l'une ou l'autre thèse n'a pas qu'une incidence statistique sur les activités du Conseil. Il peut aussi avoir une incidence sur le pouvoir décisionnel qui a été dévolu au Conseil de la concurrence, à l'exclusion du Service de la concurrence, comme peut le démontrer le cas suivant qui s'est produit à l'occasion de deux notifications successives d'une même concentration³⁰.

Le Service de la concurrence avait estimé que la première notification était nulle pour non respect des dispositions concernant l'emploi des langues en matière administrative et qu'en conséquence, elle ne faisait pas courir le délai de décision prévu à l'article 33, § 2, 4 de la loi. Il en a avisé les entreprises notifiantes lesquelles ont par précaution déposé quelques jours plus tard une seconde notification au lendemain de laquelle, selon le Service, le délai prévu à l'article 33, § 2, 3 de la loi commençait à courir.

Dans cette affaire, le Service n'avait pas déposé son rapport dans un délai qui eut permis au Conseil d'examiner l'admissibilité de la concentration s'il avait adopté la thèse des parties notifiantes quant à la validité de la première notification et quant au calcul du délai de décision imparti au Conseil, et rejeté celle du Service. Si tel avait été le cas, le Conseil n'aurait pu en effet que constater que la présomption d'admissibilité prévue à l'article 33, § 2, 4 avait joué quand bien même il n'avait pas été informé du dépôt de la notification qui par application de l'article 12, § 1er de la loi avait été adressée au Service.

Cet incident fut l'occasion pour le Conseil de s'interroger sur sa saisine, et de rechercher dans les dispositions de la loi du 5 août 1991 et les travaux préparatoires quelle était sur ce point précis la volonté du législateur.

²⁹voir page 7.

³⁰Parfumerie DOUGLAS GmbH et Compartilux - Décision 94 - C/C - 14 du 18 mai 1994.

2. Il ressort clairement des travaux parlementaires que le législateur a entendu confier au seul Conseil de la concurrence ou dans certains cas à son président, le pouvoir de décision. Cette volonté fut exprimée à de nombreuses reprises, et notamment au cours des discussions relatives à la recevabilité des demandes, à la confidentialité de certains éléments du dossier, au caractère non contradictoire de la procédure durant la phase d'instruction par le Service.

La loi du 5 août 1991 contient plusieurs dispositions qui affirment ce principe et notamment l'article 24 qui interdit le classement d'une affaire par le Service de la concurrence.

3. Le principe ainsi posé implique selon le Conseil qu'on ne puisse considérer que sa saisine ne s'opère que par le dépôt du rapport effectué par le Service sans admettre qu'il y a là un risque de classement d'une affaire sans décision du Conseil, risque qui existe surtout en ce qui concerne le contrôle préalable des concentrations vu les effets que la loi attache à l'absence de décision dans le délai d'un mois qui prend cours le lendemain de la réception de la notification par le Service.

Il implique donc aussi que le Conseil de la concurrence ait connaissance de l'introduction des affaires, quel que soit l'acte qui donne lieu à une instruction par le service au moment où une instruction est ouverte, et non pas seulement des semaines ou des mois plus tard au moment où le Service de la concurrence lui soumet le dossier et son rapport motivé.

Or c'est sur ce point qu'on ne peut tirer du texte de la loi du 5 août 1991 une conclusion claire, certaines dispositions prévoyant que les demandes sont adressées directement au Conseil, d'autres qu'elles le sont au service, d'autres enfin laissant au Roi le soin de déterminer les modalités d'introduction des demandes.

En ce qui concerne les demandes de mesures provisoires, il résulte de l'article 35 de la loi que celles-ci sont adressées directement au président du Conseil qui les transmet au Service de la concurrence pour instruction.

Pour les plaintes, la loi est muette. Elle n'en règle pas les modalités d'introduction ni ne donne pouvoir au Roi de les fixer³¹ ce qui explique que durant la période écoulée les plaintes ont été adressées tant au Conseil qu'au Service.

Par contre la loi donne pouvoir au Roi de déterminer les modalités d'introduction des demandes d'attestation négative (article 6, § 2)³².

Enfin, elle précise que les notifications des accords, ententes ou pratiques concertées et les notifications des concentrations doivent être adressées au Service.

Il faut faire observer d'autre part, qu'on ne saurait déduire avec certitude des dispositions de la loi que le pouvoir décisionnel du Conseil ne peut s'exercer pour tous les types de décisions qu'il prend

³¹L'article 4, § 1er de l'A.R. du 23 mars 1991 relatif aux demandes et notifications visées aux articles 6 et 7 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence dispose que pour les "**demandes concernant l'applicabilité de l'article 3 de la loi**", le formulaire CONC E/A peut être utilisé.

³²Il ressort du formulaire CONC E/A, dont le modèle figure à l'annexe de l'A.R. du 23 mars 1991 que les demandes d'attestation négative et les demandes d'exemption individuelle sont introduites à l'aide de ce même formulaire.

qu'après réception d'un rapport du Service. La loi ne le prévoit, par exemple, pas lorsque le Conseil révoque une exemption ou inflige une amende.

Quoiqu'il en soit, le Service de la concurrence a fait savoir au Conseil qu'il ne pouvait lui communiquer les plaintes, notifications ou demandes d'instruction qui lui sont adressées tant que l'instruction par lui des affaires n'est pas terminée et que son rapport au Conseil n'est pas déposé.

Il transmet toutefois à la demande du Conseil une fiche pour chaque affaire qu'il instruit qui indique le mode selon lequel une instruction a été demandée (article 23, § 1er), le nom des entreprises notifiantes et des entreprises concernées, leurs coordonnées, les différentes dates et délais, et le secteur concerné.

L'information du Conseil sur les affaires en cours d'instruction dépend donc entièrement dans l'état actuel des textes, des données que le Service veut bien lui communiquer, ou encore de celles que le président du Conseil recueille à l'occasion de l'exercice des fonctions qui lui sont dévolues par l'article 23, § 2 et § 3.

Cette situation pourrait aussi être source de perte de temps dans la mesure où le Conseil serait amené à s'interroger sur l'opportunité de demander au Service une instruction, alors que celui-ci y procède déjà.

B. Le dépôt du rapport du Service contenant sa proposition de réponse à la Cour d'Appel de Bruxelles : mode de saisine du Conseil ?

1. L'article 42 de la loi dispose que la Cour d'Appel, saisie d'une question préjudicielle, peut demander une instruction par le Service.

Cette demande d'instruction donne lieu au terme de l'article 24, § 4 de la loi à un rapport motivé du Service, que celui-ci devrait selon la même disposition "soumettre au Conseil" et qui devrait contenir "sa proposition de réponse à la Cour d'Appel".

Ce texte qui correspond à la version telle que proposée par la Commission de l'économie et de la politique scientifique suite à l'amendement de l'article 42 du projet, appelle quelques remarques.

L'article 42 (ancien article 41) du projet soumis à la Commission prévoyait que lorsque la solution d'un litige dépendait du caractère licite d'une pratique de concurrence au sens de la loi, le juge saisi pouvait surseoir à statuer et saisir le **Conseil**.

Il était logique de prévoir que dans ces cas le Service de la concurrence soumette le dossier ainsi que son rapport au Conseil de la concurrence, et que ce rapport contienne une proposition de réponse aux cours et tribunaux, ce que précisait l'article 24 du projet soumis à la Commission.

Dans le système qui a été adopté par le législateur, le Conseil de la concurrence n'a pas à donner de "réponse" à la Cour d'Appel, ni de réponse à la question préjudicielle qui aurait été posée à la Cour d'Appel par les cours et tribunaux. La portée de l'article 24, § 4 n'est donc pas claire en ce qu'il prévoit l'obligation pour le Service de la concurrence de soumettre au Conseil au terme de l'instruction demandée par le Cour d'Appel de Bruxelles, le dossier ainsi que sa réponse à la Cour d'Appel.

2. Le pouvoir décisionnel du Conseil n'a pas été suspendu ou limité dans celles des affaires qui font l'objet d'une saisine de la Cour d'Appel sur base de l'article 42 de la loi.

Les parties à la cause devant la juridiction qui a posé la question préjudicielle pourraient avoir déjà demandé l'intervention du Conseil de la concurrence. Elles pourraient aussi introduire au cours de la procédure une demande d'attestation négative ou une demande d'exemption individuelle.

Le Service de la concurrence, auquel la Cour d'Appel aurait demandé une instruction pourrait au terme de l'instruction, de sa propre initiative, soumettre un rapport au Conseil contenant une proposition de décision.

Enfin, le Conseil qui reçoit communication de tout jugement ou arrêt rendu par les cours et tribunaux et relatif à un litige mettant en cause le caractère licite d'une pratique de la concurrence au sens de la loi du 5 août 1991 et donc également des décisions contenant une question préjudicielle à la Cour d'Appel, pourrait aussi demander une instruction au Service si des indications sérieuses le justifient.

Le danger qu'au détriment des entreprises concernées les procédures se multiplient et conduisent à des solutions contradictoires est donc réel.

On peut par exemple se demander si la Cour d'Appel saisie d'une question préjudicielle, ou la juridiction qui l'a posée pourrait s'écarter dans leur décision de la solution qu'aurait adoptée entre temps le Conseil de la concurrence dans l'hypothèse où la décision du Conseil concernant la pratique en cause n'aurait pas fait l'objet d'un recours auprès de la Cour d'Appel.

On peut à l'inverse se demander si le Conseil de la concurrence saisi d'une affaire relative à une pratique de concurrence au sujet de laquelle une question préjudicielle aurait été posée, pourrait s'écarter de la réponse qui aurait été donnée par la Cour d'Appel de Bruxelles à la juridiction qui l'a posée.

Il faut souligner à cet égard que non seulement les éléments du dossier sur base duquel le Conseil serait appelé à prendre une décision ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux dont aurait disposé la Cour d'Appel saisie d'une question préjudicielle, mais aussi que les entreprises dont la pratique de concurrence aurait fait l'objet de l'instruction par le Service et le Conseil ne sont pas non plus nécessairement parties à la cause devant la juridiction qui a posé la question préjudicielle.

D'autre part, si l'accord, l'entente ou la pratique concertée a fait l'objet d'une notification, le Conseil pourrait adopter une décision d'exemption individuelle sur base de l'article 2, § 3 de la loi, avec effet rétroactif au jour de la notification, ce que la Cour d'Appel saisie d'une question préjudicielle ne pourrait faire.

Sur base des considérations qui précèdent, et dans le but d'éviter qu'une pratique de concurrence ne fasse l'objet dans le cadre de procédures distinctes de plusieurs décisions successives peu conciliables entre elles, - du moins au regard de l'intérêt économique des entreprises impliquées -, il a semblé au Conseil opportun de saisir le Service de la concurrence d'une demande d'instruction chaque fois qu'il prend connaissance d'une décision d'une juridiction qui pose une question préjudicielle, si du moins des indices de dysfonctionnement de la concurrence le justifient.

Chapitre II. Les pouvoirs d'investigation et d'enquête du Conseil de la concurrence.

En confiant la mission d'instruire les affaires au Service de la concurrence, le législateur n'a pas privé le Conseil du pouvoir d'investiger lui-même ni limiter son pouvoir d'appréciation aux seuls éléments qui lui seraient fournis dans le cadre d'une affaire par le Service. En effet le Conseil peut procéder ou faire procéder à toutes investigations utiles, désigner des experts et entendre des témoins (article 19 § 2). Lorsqu'il est saisi d'un dossier après réception du rapport du Service, il peut demander au Service un complément d'instruction (article 27 § 2 dernier alinéa). Il entend les entreprises et le cas échéant le plaignant.

Ces prérogatives permettent au Conseil de parer aux inconvénients qu'aurait eu l'attribution de la mission d'instruction au seul Service de la concurrence et de combler le cas échéant les lacunes d'un dossier.

Cependant, il faut souligner que ces compétences se sont avérées quelque peu théoriques dans les affaires qui portent sur des concentrations notifiées eu égard aux délais de décision qui sont impartis au Conseil par l'article 33 de la loi.

Le délai très court imparti au Conseil pour prendre l'une des décisions visées à l'article 33, § 2, 2 de la loi a en pratique pour conséquence que le Conseil ne peut fonder sa décision que sur les seuls éléments du dossier constitué par le Service. Il n'a en effet matériellement pas le temps de procéder ou de faire procéder à un complément d'instruction en vue de constater soit que la concentration tombe sous le champ d'application de la loi, soit qu'elle soulève des doutes sérieux quant à son admissibilité.

L'objectif de l'intervention du Conseil n'étant pas d'examiner le bien fondé d'une demande ni de mettre fin à un litige qui opposerait le cas échéant un plaignant aux entreprises dont l'activité fait l'objet de l'instruction, mais bien de veiller à maintenir ou à rétablir une concurrence effective sur les marchés, son pouvoir décisionnel et partant ses pouvoirs d'investigation, ne sont par ailleurs pas limités par la demande, la plainte, ou encore par la proposition de décision que formulerait le Service³³.

Par conséquent le Conseil peut tenir compte d'éléments qui n'auraient pas été soumis à son appréciation par le Service au moment de la transmission du dossier ou par les entreprises concernées.

C'est ainsi qu'il a dans plusieurs affaires tenu compte d'informations qui lui étaient parvenues après le dépôt du rapport du service mais au plus tard à l'audience, et même autorisé le Service à déposer à l'audience un complément de rapport.

Le Conseil doit veiller toutefois au respect des droits de la défense et permettre aux entreprises concernées de prendre connaissance des éléments recueillis par le Conseil ou le Service après dépôt du rapport.

³³Exposé des motifs 1282/1 - 89/90 p. 34.

Chapitre III. La protection du secret des affaires.

1. Deux dispositions de la loi du 5 août 1991 visent expressément à garantir la protection des secrets d'affaires au stade de la procédure qui se déroule devant le Conseil:

- l'article 27, § 1er qui dispose qu'après réception du rapport du Service, si le dossier contient des éléments confidentiels, le président les retire.

- l'article 34 selon lequel lors de la publication de la décision au Moniteur belge, il est tenu compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

La disposition selon laquelle le président retire du dossier constitué par le Service les éléments confidentiels qu'il contient a suscité de nombreuses questions qui sont loin d'être résolues.

Cette disposition ne saurait être analysée isolément. Elle doit l'être à la lumière des dispositions qui régissent l'accès au dossier, la communication du rapport du Service, la publicité des débats, le mode selon lequel les entreprises et les tiers sont entendus par le Conseil et la faculté qui est donnée aux entreprises concernées de présenter un mémoire en réponse au rapport du Service et de joindre tous documents utiles pour établir les faits invoqués, les pouvoirs d'investigation du Conseil et le sort qu'il y a lieu de donner sur le plan de la confidentialité aux informations qu'il pourrait recueillir au cours de la procédure, la notification des décisions.

Elle doit l'être aussi au regard du principe de l'égalité des armes et du respect des droits de la défense.

Elle doit l'être enfin au regard des règles qui régissent le déroulement de la procédure en degré d'appel, telles celles qui doivent présider la communication du dossier au greffe de la Cour d'Appel de Bruxelles en cas de recours.

C'est dire que l'examen exhaustif des questions liées à la protection des secrets d'affaires dépasserait le cadre de ce rapport. Cependant, le Conseil souhaite attirer l'attention du législateur sur certains aspects de procédure qui y ont trait.

2. La question principale qui s'est posée concerne les effets de la décision du président de retirer les éléments confidentiels du dossier sur la composition du dossier sur base duquel le Conseil doit rendre sa décision.

A défaut de précision dans la loi sur ce point plusieurs thèses ont été avancées qui peuvent être résumées comme suit.

Selon une première thèse, les éléments confidentiels retirés du dossier par le président ne font pas partie du dossier communiqué à la chambre du Conseil saisie de l'affaire.

Selon une seconde thèse, ces éléments font partie intégrante du dossier sur base duquel la chambre du Conseil doit rendre sa décision. En outre, le Conseil peut fonder sa décision sur ces éléments sans avoir donné aux entreprises concernées qui n'auraient pas eu accès aux documents confidentiels, l'occasion d'en prendre connaissance et de discuter de la réalité et de la portée des faits qu'ils révèlent.

Selon une troisième thèse, ces éléments font partie intégrante du dossier sur base duquel la chambre du Conseil doit se prononcer. Néanmoins, dans la mesure où ces éléments peuvent avoir une incidence sur la décision, le Conseil doit donner aux entreprises dont la concentration ou la pratique a fait l'objet de l'instruction, l'occasion de consulter les documents auxquels elles n'auraient pas eu accès en exécution de la décision du président.

Indépendamment des questions fondamentales de principes que pose l'interprétation de la disposition commentée, les mérites et inconvénients de ces différentes thèses doivent être examinés compte tenu d'une série d'éléments qui concernent le déroulement même de la procédure.

3. Il est important de souligner que c'est sur base de l'ensemble du dossier qu'il transmet au Conseil, y compris sur base d'informations qui revêtent dans l'esprit des entreprises qui les ont fournis un caractère confidentiel, que le Service de la concurrence établit son rapport et formule une proposition de décision.

On peut dès lors difficilement concevoir que le Conseil ne puisse prendre connaissance de l'ensemble des éléments de l'instruction sur base desquels le Service a formulé sa proposition de décision.

4. Il convient aussi de faire observer que le rapport du Service est communiqué dans sa totalité aux entreprises dont la concentration ou la pratique a fait l'objet de l'instruction. En effet, la décision du président de retirer les éléments confidentiels du dossier ne vise pas le rapport du Service.

Lorsque le Service reprend dans son rapport des informations qualifiées par la personne qui les a fournies de confidentielles à l'égard de certaines des entreprises concernées par la concentration ou la pratique qui a fait l'objet de l'instruction, la décision du président de refuser l'accès aux documents qui contiennent ces informations serait dépourvue de sens.

Il arrive que le Service fasse état de ces éléments dans son rapport pour justifier sa proposition de décision sans toutefois reproduire les informations dans le corps de son rapport. Dans ce cas, celui-ci contient des références soit aux documents qualifiés de confidentiels par l'entreprise concernée ou le tiers interrogé qui les a communiqués au Service, soit à des annexes du rapport qui portent la mention "**confidentiel**" apposée par le Service. Dans cette hypothèse, les entreprises ont à la lecture du rapport connaissance du fait que la proposition de décision que défend le Service repose sur certains documents dont l'accès leur serait le cas échéant refusé par le président, ce qui ne manque pas de les surprendre.

5. Dans l'hypothèse où il faudrait conclure que la décision du président du Conseil de refuser l'accès à certains documents n'a pas d'incidence sur la composition du dossier soumis à l'examen du Conseil, encore faut-il s'interroger sur le caractère définitif de cette décision.

La chambre du Conseil saisie de l'affaire pourrait-elle au cours de la procédure, eu égard au principe de l'égalité des armes, décider de communiquer à une entreprise les pièces du dossier auxquelles elle n'a pas eu accès avant la date de l'audience fixée pour l'examen de l'affaire pour lui permettre de prendre position en temps utiles sur la réalité et la portée de certains faits qui sont de nature à influencer sa décision ?

Dans l'hypothèse où une réponse affirmative devrait s'imposer, force serait de constater que dans les affaires qui concernent des concentrations notifiées, et en raison des délais de décision qui ont été fixés par la loi, le Conseil ne dispose pas du temps nécessaire pour accorder à une partie l'occasion de prendre connaissance de ces éléments et de prendre position.

6. La décision du président de retirer les éléments confidentiels du dossier, vise les éléments confidentiels du dossier constitué par le Service de la concurrence.

Il ne résulte pas de la loi qu'il incombe au président de veiller au caractère confidentiel des informations qui seraient recueillies par le Conseil au cours de l'examen de l'affaire. Il peut s'agir des informations fournies par les entreprises concernées dans leur mémoire en réponse, des documents qu'elles peuvent joindre à ce mémoire, et de tous les éléments de preuve que le Conseil peut réunir dans l'exercice de ses pouvoirs d'instruction.

7. Selon l'article 34, il est tenu compte lors de la publication des décisions au Moniteur belge, de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Ce texte laisse supposer que le dossier sur base duquel le Conseil rend sa décision contient les éléments confidentiels qui auraient été retirés du même dossier consulté par les entreprises avant la date de l'audience à laquelle le Conseil a procédé à l'examen de l'affaire.

Selon la même disposition, la décision est notifiée aux entreprises dont la concentration ou la pratique a fait l'objet de l'instruction ainsi qu'au plaignant. La décision est notifiée in extenso, de telle sorte que les destinataires de la décision pourraient à l'issue de la procédure prendre connaissance d'informations dont la communication leur aurait été refusée en cours de procédure. Il convient dès lors de se demander si une protection efficace des éléments confidentiels peut être assurée par une procédure qui limite l'accès au dossier dans le chef des entreprises concernées ou du plaignant si à l'issue de celle-ci, la lecture de la décision leur permet d'être informés des éléments qui auraient été considérés comme confidentiels à leur égard tout au long de la procédure.

8. Le champ d'application des dispositions concernant la protection des éléments confidentiels du dossier est par ailleurs limité à la procédure devant le Conseil.

Le Service a fait part au Conseil du fait que l'éventualité d'un recours contre la décision à intervenir est déjà prise en considération au stade de l'instruction par les entreprises interrogées qui se demandent si la protection dont pourraient bénéficier les informations qu'elles fournissent au cours de la procédure devant le Conseil serait maintenue en degré d'appel.

On ne saurait dès lors affirmer de manière générale après les quelques mois d'expérience, que la disposition selon laquelle le président retire du dossier les éléments confidentiels qu'il contient est de nature à encourager les entreprises concernées ou tiers interrogées par le Service à collaborer à l'instruction de l'affaire mieux qu'ils ne le feraient en l'absence d'une telle disposition.

9. La thèse selon laquelle la décision du président de retirer les éléments confidentiels tant du dossier communiqué aux parties que du dossier transmis à la chambre qui doit connaître de l'affaire, outre qu'elle répond mieux au principe du contradictoire et du respect des droits de la défense, permet d'assurer aux bénéficiaires de ce retrait une protection qui dépasse le cadre de la procédure devant le Conseil.

Dans cette hypothèse en effet, le dossier qui serait transmis au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles en cas de recours contre la décision du Conseil, ne contiendrait pas les éléments confidentiels retirés du dossier par le président du Conseil.

Toutefois, cette thèse implique également que ne sauraient être retirés du dossier ceux des éléments utilisés par le Service dans son rapport pour justifier sa proposition de décision même s'ils sont confidentiels.

10. La loi ne contient pas de dispositions visant à assurer la protection des secrets d'affaires en cas d'instruction d'une affaire par le Service à la demande de la Cour d'appel saisie d'une question préjudicielle³⁴. Dans l'hypothèse où le Service de la concurrence dépose après instruction d'une affaire à la demande de la Cour d'Appel saisie d'une question préjudicielle, une proposition **de décision** au Conseil, les entreprises dont la pratique aurait fait l'objet d'une instruction se trouveraient confrontées à deux régimes différents sur le plan de la confidentialité des pièces du dossier. En effet, lorsque le dossier contient des éléments confidentiels, il n'appartient pas au président du Conseil de les retirer du dossier qui serait transmis par le Service à la Cour d'Appel et communiqué aux parties en litige devant la juridiction qui a posé la question préjudicielle, tandis qu'il peut les retirer du même dossier communiqué par le Service en même temps que son rapport contenant sa proposition de décision au Conseil.

11. Aucune règle de forme n'a été prescrite en ce qui concerne la décision du président de retirer les éléments confidentiels du dossier. La loi ne prévoit pas qu'elle est consignée dans un écrit portant certaines mentions, ni qu'elle est motivée.

Il n'est pas précisé qu'elle est portée à la connaissance des entreprises concernées ou du tiers qui aurait fourni des informations "à titre confidentiel".

Il n'est pas prévu que cette décision peut faire l'objet d'un recours.

12. Quant au type d'informations que les entreprises considèrent comme confidentielles, il faut citer les conditions d'acquisition d'actions, l'identité des actionnaires lorsqu'il s'agit de particuliers, les données relatives à la stratégie commerciale de l'entreprise ou du groupe auquel elles appartiennent, les méthodes de fabrication, leurs parts de marché, les procès-verbaux de leur Conseil d'administration.

³⁴En ce qui concerne les questions préjudicielles, il faut rappeler que dans le système initialement prévu par le projet de loi, l'article 27 s'appliquait puisque les questions préjudicielles étaient posées au Conseil et non pas à la Cour d'Appel.

Il est arrivé que les entreprises qui notifient une concentration indiquent que la totalité des informations qu'elles fournissent sont confidentielles. Elles sont invitées dans ce cas à juste titre par le Service à déposer une nouvelle version de la notification en indiquant de façon précise les données confidentielles et les raisons pour lesquelles elles estiment que leur communication leur serait préjudiciable.

Certaines personnes physiques ou morales sont prêtes à fournir au Service des renseignements sur le marché concerné, ou à lui communiquer certains documents mais désirent pour des motifs fort divers que leur identité ne soit pas révélée. Il s'agit là encore d'un problème délicat qui est résolu cas par cas. Parmi les motifs invoqués, on peut citer la crainte de représailles ou encore lorsque les tiers interrogés sont des associations d'entreprises, l'obligation qu'elles prennent à l'égard de leurs membres de ne pas faire état d'informations individuelles qui leur sont communiquées par exemple en vue d'établir des statistiques sur le secteur concerné.

Chapitre IV. La notification et la publication des décisions.

1) Les décisions qui sont publiées au *Moniteur belge* sont aux termes de l'article 34 de la loi les décisions suivantes:

- la décision du Conseil portant sur une demande d'attestation négative (article 30);
- la décision du Conseil d'exempter à titre individuel les accords, décisions ou pratiques concertées de l'interdiction prévue à l'article 2, § 1er. (article 29, § 1er);
- la décision du Conseil de révoquer ou de modifier l'exemption prévue à l'article 29, § 1er (article 29, § 2ème);
- la décision par laquelle le Conseil constate l'existence d'une pratique restrictive de concurrence et en ordonne la cessation (article 31, 1);
- la décision par laquelle le Conseil constate l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence (art. 31, 2);
- la décision par laquelle le Conseil constate qu'une concentration ne tombe pas dans le champ d'application de la loi (art. 33, § 2, 2 a));
- la décision du Conseil de ne pas s'opposer à une concentration, décision qui est le cas échéant assortie de conditions et charges (art. 33, § 2, 2 b));
- la décision du Conseil de s'opposer à une concentration (art. 33, § 4).

2) L'obligation de notifier les décisions est expressément prévue pour celles qui sont publiées (article 34) et pour les décisions suivantes :

- la décision prise par le président du Conseil sur base de l'article 23, § 2. 3 (injonction de communiquer des renseignements au Service);
- la décision du président portant sur les demandes de mesures provisoires (article 35, § 3);
- la décision prise en application des articles 36 à 40 relatifs aux amendes et astreintes (article 41).

3) Il échet de signaler que pour les décisions suivantes qui ne font pas l'objet d'une publication au *Moniteur belge*, une notification n'a pas été expressément prévue dans la loi:

- la décision du Conseil de classer un dossier en raison de l'irrecevabilité de la demande, décision que peut prendre le Conseil sur proposition du Service avant que celui-ci ne procède à l'instruction (article 24, § 1er);
- la décision par laquelle le Conseil ou son président ordonnerait une mesure d'instruction;
- la décision du Conseil d'engager la procédure visée à l'article 33, § 2, 2. c.;
- la décision du Conseil sur l'opportunité d'aviser le plaignant de la réception par lui du rapport du Service et de lui en envoyer copie (article 27, § 1);
- la décision du président du Conseil sur le caractère confidentiel des éléments du dossier (article 27, § 1);
- la décision du Conseil sur la demande d'être entendu (article 27, § 2);
- la décision du Conseil sur le caractère réversible ou non des mesures liées à la concentration (article 12, § 5).

L'absence de décision sur l'admissibilité d'une concentration dans les délais impartis par l'article 33 de la loi ne fait quant à elle l'objet ni d'une publication, ni d'une notification.

La question se posera sans doute à l'avenir de savoir si un recours doit être ouvert contre ces décisions, ou contre l'absence de décisions.

Malgré l'absence d'un texte exprès dans la loi³⁵, le Conseil a procédé à la notification des décisions visées à l'article 33, § 2, 2. c), estimant que les entreprises dont la concentration avait fait l'objet de l'instruction devaient être informées de cette décision sans délai puisque la présomption établie par l'article 33, § 2, 4 dans ce cas ne jouait pas. Ces décisions ne font pas l'objet d'une publication. Le Conseil estime que l'article 16 de l'A.R. du 11 mars 1993 relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence est sur ce point contraire à l'article 34 de la loi.

Il a également malgré l'absence d'un texte exprès procédé à la notification des décisions de classement d'un dossier par application de l'article 24, § 1er, alinea 2.

4) L'article 33, § 2, 4 dispose que si, au terme du délai d'un mois, le Conseil n'a rendu aucune décision, la concentration est réputée admissible. Le Conseil estime que c'est la date de la décision qui doit être prise en considération, et non celle de la notification de la décision, l'une et l'autre pouvant être différentes.

5) La loi n'a pas prévu que les notifications devaient contenir l'identité de toutes les entreprises auxquelles la décision est notifiée. Dans la pratique, le Conseil veille à donner cette information qui lui semble indispensable.

³⁵Pour la décision du Conseil d'engager la procédure visée à l'article 33, § 2, 2. c, de la loi, une notification a été prévue par l'article 16 de l'A.R. du 15 mars 1993 sur les procédures.

Chapitre V. Le recours auprès de la Cour d'Appel.

Un recours est prévu par l'article 43 contre les décisions du Conseil et contre celles du président du Conseil auprès de la Cour d'Appel de Bruxelles. Il a été précisé au cours des travaux parlementaires que ce recours était un recours de pleine juridiction.

L'article 43 précise que le recours est introduit par requête dans un délai de trente jours à partir de la publication au Moniteur belge de la décision du Conseil de la concurrence.

Le délai court à partir de la notification visée aux articles 23, § 2. 3, 35, § 3 et 41 lorsque le recours est dirigé contre une décision du Conseil rendue en application de l'article 37 ou contre une décision du président du Conseil rendue en application des articles 23, § 2. 3 et 35.

Dans le chapitre précédent, les décisions du Conseil ou du président du Conseil qui ne font l'objet ni d'une publication, ni d'une notification ont été énumérées. Dans la mesure où ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours, aucun délai n'a été établi pour son introduction.

La loi du 5 août 1991 ne contient pas de dispositions visant à assurer la publicité du recours ni l'information des entreprises concernées sur l'existence d'un recours. Elle n'impose ni au requérant, ni à l'Etat belge l'obligation d'en d'informer ces entreprises ou de les appeler à la cause³⁶.

La loi ne contient d'autre part pas de dispositions particulières qui dérogent aux principes du droit judiciaire privé qui régissent le déroulement de l'instance en degré d'appel. Certaines questions ne manqueront pas d'être soulevées au regard des objectifs propres à la loi du 5 août 1991, parmi lesquelles celle relative aux effets de la décision en degré d'appel sur les entreprises dont l'activité ou la concentration a fait l'objet de la décision du Conseil de la concurrence, qui n'auraient pas été "partie" à la cause devant la Cour d'Appel, et celle relative au sort qu'il y a lieu de donner aux éléments confidentiels du dossier.

Le mode de transmission du dossier de la procédure au greffe de la Cour d'Appel de Bruxelles n'a pas été réglé par la loi qui ne précise pas non plus quelles pièces font partie du dossier de la procédure. Le greffe de la Cour d'Appel a, à l'occasion du recours dont fait l'objet la décision du Conseil du 18 mai 1994 "Parfumerie DOUGLAS G.m.b.H.", demandé par application de l'article 723 du Code Judiciaire, au Secrétariat du Conseil l'envoi du dossier de la procédure. Celui-ci doit en effet être assimilé au greffier de l'instance qui détient le dossier, le Conseil de la Concurrence n'étant pas assisté par un greffe.

Quant au dossier de la procédure qui doit être envoyé au greffe de la Cour d'Appel de Bruxelles, le Conseil a estimé que celui-ci devait contenir notamment :

- l'acte introductif d'instance, soit la demande ou la notification qui a donné lieu à l'instruction de l'affaire par le Service;
- le rapport du Service au Conseil;
- le dossier que le Service a déposé au Conseil, et non pas seulement un inventaire des pièces, à l'exclusion des documents contenant des secrets d'affaire, lorsque le président les a retirés du dossier communiqué aux entreprises concernées et du dossier sur base duquel le Conseil a rendu la décision qui fait l'objet du recours;
- la décision du président du Conseil concernant le caractère confidentiel de certains éléments du dossier;

³⁶Comp. en France, le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif au recours exercés devant la cour d'Appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence. J.O. du 21 octobre 1987.

- les mémoires que les entreprises ont déposés au Conseil, ainsi que tous les documents qu'elles ont produits;
- les procès-verbaux d'audience.

Le recours peut être introduit par les entreprises dont la pratique de concurrence a fait l'objet de l'instruction et par le plaignant, ainsi que par toute personne comparue devant le Conseil. Cette condition de comparution devant le Conseil a pour effet qu'en déboutant une personne physique ou morale de sa demande à être entendue³⁷, le Conseil la prive en même temps du droit d'interjeter appel contre sa décision à intervenir. Il eut sans doute été préférable de confier à la Cour d'Appel le soin d'examiner si l'auteur de la requête a un intérêt suffisant pour interjeter appel.

L'absence de délai pour l'examen d'un recours contre une décision du Conseil de s'opposer à un projet de concentration contraste avec la rigueur des délais de décision impartis au Conseil en matière de concentrations³⁸.

³⁷ voir article 27, § 2, alinéa 2 et 3 de la loi.

³⁸ L'affaire DOUGLAS GmbH et Compartilux (décision 94 - C/C - 14 du 18 mai 1994) est fixée devant la Cour d'Appel à l'audience du 7 septembre 1995.

QUATRIEME PARTIE. - LE CONTROLE PREALABLE DES CONCENTRATIONS - ANALYSE DES DECISIONS.

Introduction.

Les décisions prises en matière de concentration qui ont été publiées ont sans doute frappé par leur concision. Le Conseil est conscient qu'il serait souhaitable qu'il veille à rédiger ses décisions de la façon la plus explicite possible de telle sorte que son analyse, son raisonnement et ses conclusions soient bien perçus. Il faut cependant faire observer, à la décharge du Conseil, que le délai dans lequel il doit examiner l'affaire - dont il n'a connaissance qu'au moment de la réception du rapport du Service - et prendre une décision, est extrêmement court et que le souci de rendre une décision le plus rapidement possible, s'il nuit quelque peu à la transparence de son action, rencontre le souhait des entreprises concernées de voir lever à bref délai l'incertitude dans laquelle elles se trouvent en attendant la décision. Le rapport annuel offre donc l'occasion au Conseil de commenter ses décisions en faisant notamment état des analyses et conclusions du Service de la concurrence dont il s'est souvent largement inspiré.

La lecture de certaines décisions en matière de concentrations montre aussi à quel point le Conseil est tributaire de la qualité de l'instruction menée par le Service, en particulier en ce qui concerne les concentrations puisque pour entamer la seconde phase de la procédure, le Conseil devrait pouvoir constater que la concentration tombe dans le champ d'application de la loi et en outre qu'elle soulève des doutes sérieux quant à son admissibilité. Le Conseil a signalé dans plusieurs affaires que sa décision reposait sur des données fournies par les parties concernées qui n'avaient pu être vérifiées par le Service³⁹.

³⁹Décision du 20 décembre 1993 - 93 C/C 24 - PACKAGING Corporation of AMERICA (P.C.A.) - **OMNI PAC EKCO Gmbh Verpackungsmittel (OMNI-PAC) - PLUS PACK as Hastrup Ekco (PLUS PACK)**; décision du 25 janvier 1994 - 94 C/C 1 - AKZO COATINGS International B.V. ("AKZO") - PPG Industries Inc ("PPG"); décision du 25 janvier 1994 - 94 C/C 2 - GERLING Konzern Speciale Kreditversicherungs AG - Un groupe de personnes physiques qui détiennent ensemble 54 % du groupe Namur-Assurances du Crédit et Groupe Namur-Assurances du Crédit S.A.; décision du 10 février 1994 - 94 C/C 7 - N.V. AMYLUM.

Chapitre I. Les questions relatives aux délais.

A. Le délai de notification.

1. Aux termes de l'article 12, § 1er de la loi, les concentrations doivent être notifiées au Service de la concurrence dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord, de la publication de l'offre d'achat ou d'échange, ou de l'acquisition d'une participation de contrôle.

L'accord doit être notifié même s'il n'est pas constaté par écrit⁴⁰.

Dans sa décision du 25 août 1994⁴¹, le Conseil a considéré qu'une simple "**letter of intent**" ne constituait pas "... la conclusion d'un accord (de concentration) au sens de l'article 12, § 1 de la loi. Il ressortait du dossier que le document signé par les parties ne constituait qu'une étape dans les pourparlers qui ont mené à l'accord signé quelques semaines plus tard et ne contenait pas d'engagement ferme.

Dans sa décision du 8 juillet 1993⁴², le Conseil a considéré d'autre part qu'un accord ayant pour objet l'acquisition du contrôle d'une entreprise devait être notifié même si pour la réalisation effective de cet accord, la conclusion d'autres conventions était nécessaire. Il a dans le même sens dans sa décision du 29 novembre 1993⁴³, admis qu'il pouvait examiner une concentration qui faisait l'objet d'une convention de porte-fort, notifiée par le porte-fort qui agissait également à titre personnel⁴⁴.

La dénomination que donnent les parties à l'accord n'est pas décisive pour déterminer s'il y a lieu à notification, mais bien le caractère obligatoire des engagements qu'elles prennent⁴⁵.

Le Service de la concurrence s'est demandé s'il pouvait considérer une notification comme non avenue lorsqu'à la date du dépôt de celle-ci, la concentration envisagée n'avait pas encore fait l'objet d'un accord au sens de l'article 12, § 1 de la loi. Le Conseil estime qu'une telle attitude ne pourrait être adoptée puisqu'elle conduirait au classement de l'affaire par le Service. Celui-ci pourrait dans ce cas avant de procéder à l'instruction déposer rapidement un rapport dans lequel il proposerait au Conseil de constater que l'évènement ouvrant le délai de notification n'est pas encore survenu, et que partant l'affaire ne doit pas être instruite par lui.

⁴⁰Décision du 10 février 1994, 94 C/C 7, N.V. Amylum.

⁴¹94 - C/C 26, Marvel Comics Italia SRL/ Panini Publishing International S.A./ Maxwell Communications Italia SRL.

⁴²93 - C/C 4, OSI Specialities Benelux NV/ Union Carbide Benelux NV.

⁴³93 C/C 21, Société d'Etudes et d'Administration d'Entreprises/ Ennio Gianaroli.

⁴⁴voir sur ce point les observations de Robert SACRE, Loi sur la concurrence économique, premières applications aux concentrations juin 1993 - juin 1994, R.P.S. n° 3/ 1994.

⁴⁵Décision du 20 décembre 1993, 93 - C/C 24, Packaging Corporation of America/ Omni-Pac/ Plus Pack.

Cependant, on peut craindre que dans l'hypothèse où le Conseil ne suivrait pas cette proposition, le Service ne disposerait plus du temps nécessaire pour instruire l'affaire. Il eut été sans aucun doute utile de prévoir une procédure de classement des affaires relatives aux concentrations notifiées, qui suspende les délais de décision impartis au Conseil.

2. Dans plusieurs affaires, le Service de la concurrence défendait l'idée qu'en cas de notification tardive d'une concentration, les dispositions de l'article 33, § 2 ne s'appliquaient pas, et que partant la présomption d'admissibilité en l'absence de décision dans le mois ne jouait pas.

Le Service fondait cette prise de position sur les travaux parlementaires⁴⁶, les termes "s'il s'agit d'une concentration notifiée conformément à l'article 12 § 1er" dans l'article 33, § 1er et sur les explications relatives au délai de notification des concentrations données dans le formulaire CONC C/C - 1, annexé à l'A.R. du 23 mars 1993 selon lesquelles "l'absence de respect du délai d'une semaine entraîne la non-application des délais fixés à l'article 33 de la loi".

Le Conseil n'a pas suivi cette thèse pour le seul motif qu'elle nuisait à la sécurité juridique. En effet d'une part des divergences d'opinions peuvent naître entre le Service et le Conseil sur le point de départ de l'obligation de notifier. D'autre part la présomption d'admissibilité qui s'attache à l'absence de décision du Conseil dans le mois est si importante qu'il convient d'éliminer toute source d'incertitude quant au moment où elle pourrait jouer.

Le Service a tenu compte de la position du Conseil et a veillé à transmettre son rapport dans un délai qui permettait au Conseil d'examiner l'admissibilité des concentrations avant l'expiration du délai d'un mois même lorsque la notification lui semblait tardive.

3. Durant la période examinée, le Conseil n'a pas infligé l'amende prévue à l'article 37, § 2, soit parce qu'au moment où la notification eut dû intervenir les arrêtés d'exécution n'avaient pas encore été publiés, soit parce que le retard était minime⁴⁷, excepté dans deux affaires⁴⁸.

Dans l'une des deux affaires, la partie du dispositif ayant trait à l'amende, n'a pas été publiée au moniteur, en raison des discussions qui existaient alors au sein du Conseil sur la nécessité de publier les décisions visées à l'article 37, § 2. Cette question a été résolue ultérieurement par l'affirmative vu le caractère dissuasif que présente l'amende qui peut en outre être infligée nonobstant l'absence de mauvaise foi des parties.

B. Le délai de décision.

a. Point de départ du délai de décision.

1. Aux termes de l'article 33, § 2.3 de la loi, la décision du Conseil doit intervenir dans un délai maximum d'un mois. Ce délai court à partir du lendemain du jour de la réception de la notification

⁴⁶Exposé des motifs, p. 31.

⁴⁷Décisions des 16 juillet 1993 C/C - 7, 12 octobre 1993 C/C - 12, 12 avril 1994 C/C - 9, 7 juin 1994 C/C - 17, 22 juin 1994 C/C - 21, 28 juillet 1994 C/C - 24.

⁴⁸Décision du 29 septembre 1994, 94 - C/C 31.

ou, si les renseignements à fournir lors de la notification sont incomplets, à partir du jour de la réception des renseignements complets.

Les renseignements à fournir sont ceux qui figurent au formulaire CONC C/C - 1, selon le modèle figurant à l'annexe de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations.

Selon l'article 4, § 3 de cet arrêté royal, "des renseignements inexacts ou dénaturés équivalent à des renseignements incomplets".

Selon l'article 5, § 2 du même arrêté, "si le Service constate que les renseignements figurant dans la notification sont incomplets sur un point important, il en informe sans délai par écrit les parties notifiantes ou le représentant commun et fixe un délai approprié pour qu'ils puissent les compléter".

Aux termes de l'article 5, § 4 le Service peut dispenser de l'obligation de communiquer tout renseignement particulier requis par le formulaire CONC C/C - 1 qui ne lui apparaît pas nécessaire pour l'examen du cas. Dans ce cas, leur non communication ne rend pas la notification incomplète.

2. Les dispositions susmentionnées confèrent au Service un large pouvoir d'appréciation sur le caractère complet de la notification au sens de l'article 33, qu'il exerce sans intervention du Conseil ni du président du Conseil.

Le Service n'ayant par ailleurs aucun pouvoir de décision, le Conseil en a déduit qu'il n'est pas lié par l'opinion du Service sur le calcul du délai de décision qui a été imparti au Conseil, et qu'il lui appartient de trancher une éventuelle controverse sur ce point entre le Service et les parties notifiantes.

Il est important de faire observer que n'étant au courant de cette éventuelle controverse qu'après réception du dossier et du rapport ou réception d'un mémoire, le risque existe que le Conseil constate que la présomption d'admissibilité a joué avant même qu'il ait été saisi de l'affaire par le Service.

Les textes qui ont été largement inspirés par le règlement CEE n° 4064/89 du 21 décembre 1989 n'ont sans doute pas tenu assez compte du fait que le pouvoir de décision et le pouvoir d'instruction ont été confiés en Belgique à des organes distincts contrairement à ce que prévoit le droit communautaire.

3. L'article 23, § 2.3 de la loi dispose que si une entreprise ne fournit pas les renseignements dans le délai imparti par le Service ou les fournit de façon incomplète, inexacte ou dénaturée, le président du Conseil de la concurrence peut, sur simple requête du Service, exiger les renseignements par décision motivée.

La même disposition précise que cette décision suspend les délais visés à l'article 33, §§ 2 et 3 jusqu'au jour de la fourniture des renseignements ou au plus tard le jour de l'expiration du délai fixé par le président du Conseil.

Cette disposition ne vise pas le cas où les renseignements requis au moment de la notification seraient incomplets, inexacts ou dénaturés. Dans ce cas, le délai ne saurait en effet être suspendu puisqu'il n'a pas commencé de courir.

Force est donc de constater que dans l'état actuel des textes, si les entreprises sont toujours au courant d'une cause de suspension du délai de décision vu l'intervention du président, elles ne sont par contre pas nécessairement informées du moment où le délai prend cours, ce qui est regrettable.

Dans l'intérêt des entreprises, il eut été préférable selon le Conseil de préciser qu'une notification fait courir le délai de décision imparti au Conseil, mais que ce délai peut être suspendu à la requête du Service par décision du Conseil ou de son président dans certains cas, notamment quand les renseignements à fournir lors de la notification sont incomplets, inexacts ou dénaturés, et de prévoir que la requête du Service suspend de plein droit le délai de décision jusqu'à la décision du Conseil ou de son président.

b. La suspension du délai de décision.

L'article 23, § 2.3 de la loi dont il a été question plus haut n'a jamais été appliqué durant la période examinée dans les affaires qui concernent des concentrations lors de l'examen de l'affaire par le Service durant la première phase, et ce bien que plusieurs demandes de renseignements du Service soient restées sans réponse. En effet, en raison des délais de décision, le Service ne dispose pas du temps nécessaire pour adresser une requête au président du Conseil à l'expiration du délai qu'il avait fixé aux entreprises interrogées, ou ne désire pas en prendre le risque en raison des conséquences qu'aurait le refus du président d'exiger les renseignements souhaités sur le pouvoir de décision du Conseil qui s'éteint un mois à compter du lendemain de la notification.

De telles requêtes auraient été déposées par le Service si la loi avait prévu que la requête même suspendait le délai de décision en matière de concentration, jusqu'à la date de la décision du président du Conseil.

On ne peut déduire par ailleurs avec certitude de cette disposition que la décision du président puisse avoir pour effet de suspendre les délais visés à l'article 33, §§ 2 et 3 lorsque la décision concerne les renseignements à fournir par d'autres entreprises que les parties notifiantes. Si tel était le cas, il faudrait notifier la décision à ces dernières ce qui n'est pas prévu dans la loi.

Chapitre II. Le déroulement de la procédure en deux phases.

L'article 33, § 2, 2 de la loi ne détermine pas le type de décisions que peut prendre le Conseil lorsque le dossier qui lui est transmis par le Service au terme de l'instruction de l'affaire, ne lui permet pas de décider si la concentration tombe ou ne tombe pas dans le champ d'application de la loi, et lorsqu'il estime que sur ce point un complément d'instruction s'impose.

Il faut souligner que l'examen de la condition relative à la part de marché telle qu'elle a été formulée par le législateur, implique que le Conseil détermine cas par cas le(s) marché(s) de produits concerné(s) compte tenu des caractéristiques des produits, et précise également le marché géographique concerné qui peut être plus limité que le territoire national, ce qui ne peut se faire que sur base de données précises et d'une analyse fouillée.

S'agissant de la concentration qui a fait l'objet de la décision du 15 décembre 1993⁴⁹, le Conseil avait par décision du 7 octobre 1993 chargé le Service d'une instruction complémentaire afin notamment de recueillir certains éléments d'information qui lui semblaient nécessaires pour établir si l'opération tombait sous le champ d'application de la loi. Il a donc décidé d'engager la procédure prévue à l'article 33, § 3 sans avoir constaté que la concentration tombait dans le champ d'application de la loi ni qu'elle soulevait des doutes sérieux quant à son admissibilité.

Bien que cette solution ne puisse trouver appui dans une disposition expresse de la loi, elle est apparue au Conseil mieux justifiée qu'une décision par laquelle il constaterait ne pas pouvoir s'opposer à une concentration au seul motif qu'il ne disposerait pas de renseignements suffisants concernant les marchés sur lesquels les entreprises opèrent.

⁴⁹93 - C/C 23, Reed Elsevier plc/ Official Airlines Guides, Inc/ OAG Travel Marketing Services, Inc.

Chapitre III. L'absence de publication des notifications de concentrations.

La loi n'a pas prévu une obligation de publier les notifications de concentrations tombant sous son champ d'application. Une telle obligation existe pour les concentrations de dimension communautaire soumise au contrôle de la Commission Européenne.

Les tiers ne peuvent dès lors faire valoir leurs observations que s'ils en sont informés, par exemple grâce à la Commission de la concurrence, ou lorsqu'ils sont interrogés par le Service de la concurrence.

Le délai dans lequel le Service doit instruire l'affaire est cependant tellement court qu'il n'est pas toujours en mesure d'interroger les entreprises actives sur le marché concerné, ou de tenir compte de leurs réponses qui lui parviennent souvent après le dépôt du rapport au Conseil.

Chapitre IV. La notion de marché concerné.

Introduction.

La détermination du marché à prendre en considération tant pour apprécier si le seuil de contrôle relatif à la part de marché est atteint que pour examiner par la suite les effets de la concentration, a donné lieu à des discussions que le Conseil se doit de relater avant d'exposer les solutions qu'il se propose à l'avenir de suivre.

Tant l'article 10, § 2 que l'article 11, § 1er font référence à la notion de marché concerné. Aux termes de l'article 10, § 2 "ne peuvent être admises que les concentrations qui n'ont pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci". Aux termes de l'article 11, § 1er, les dispositions de la section 2 relatives aux concentrations ne s'appliquent que "lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble un chiffre d'affaires, déterminé selon les critères visés à l'article 46, de plus d'un milliard de francs et contrôlent ensemble plus de 20 % du marché concerné".

La position du Service de la concurrence quant aux critères qui permettent d'établir le caractère contrôlable d'une opération de concentration sera tout d'abord exposée. Cette position a eu une grande incidence sur la jurisprudence du Conseil ainsi que sur le nombre de notifications de concentrations⁵⁰.

Ensuite, la jurisprudence du Conseil sera analysée. Il ne sera toutefois pas fait état de toutes les décisions rendues jusqu'au 30 septembre 1994, mais seulement de celles qui s'écartent de la position du Service de la concurrence et illustrent les difficultés que le Conseil a rencontrées dans la recherche de critères délimitant son champ d'action.

Enfin, le Conseil fera part de la façon dont il entend à l'avenir interpréter la notion de marché concerné visée à l'article 10, § 2 et 11, § 1er de la loi du 5 août 1991, tout en invitant le législateur à intervenir si les choix que le Conseil a cru devoir opérer entre les différentes thèses en présence afin de répondre aux besoins de la sécurité juridique des entreprises, devaient ne pas correspondre aux objectifs que le législateur a poursuivis en confiant au Conseil de la concurrence, le contrôle préalable des concentrations.

A. La position du Service de la concurrence.

1. Le Service de la concurrence considère que la seconde condition édictée à l'article 11, § 1er de la loi est remplie lorsque les entreprises concernées ou l'une d'elles contrôlent plus de 20 % d'un marché national de produits.

En d'autres termes, un marché serait "un marché concerné" **parce que** les entreprises en cause y détiennent une part supérieure à 20 %, de telle sorte qu'il n'y aurait pas lieu lors de l'examen du caractère contrôlable de l'opération, de rechercher préalablement sur quels marchés la concentration est susceptible d'avoir des effets au regard de la concurrence.

⁵⁰Selon le texte du formulaire CONC C/C 1, il est conseillé aux entreprises de prendre officieusement ~~contact~~ avec le Service de la concurrence, préalablement à la notification d'une concentration.

Le seul correctif apporté à cette thèse concerne les marchés sur lesquels seules les entreprises qui font partie du groupe de celle qui fait l'objet de l'acquisition de contrôle sont actives. Ces marchés ne sont pas pris en considération par le Service pour le calcul du seuil lorsque l'entreprise cédée n'y est pas présente. De même, en cas d'acquisition de contrôle par cession d'éléments d'actifs, il n'est tenu compte que de la part de marché en rapport avec les actifs cédés dans le chef du cédant laquelle pour le calcul du seuil, s'ajoute à la part de marché de l'acquéreur.

Le Service de la concurrence estime d'autre part que lorsqu'il s'agit d'examiner ultérieurement l'admissibilité de la concentration, l'attention du Conseil ne peut porter que sur les effets de la concentration sur les marchés retenus pour justifier le caractère contrôlable de la concentration par application du critère susmentionné, c'est à dire les marchés sur lesquels les entreprises détiennent ensemble ou séparément une part supérieure à 20 %.

Le Service attribue ainsi à la notion de marché concerné visée à l'article 10, § 2 et à l'article 11, § 1er de la loi une portée identique. Il est toutefois important de relever que pour la définir, le Service n'a pas estimé important de rechercher d'abord ce que recouvrait cette notion au sens de l'article 10, § 2 de la loi, mais lui a donné le contenu qu'il croyait devoir lui attribuer à la lecture de l'article 11, § 1er.

Deux exemples peuvent illustrer la démarche suivie par le Service de la concurrence.

S'agissant de la concentration réalisée par la reprise par le groupe SARA LEE des activités du groupe SMITHKLINE BEECHAM dans le secteur des produits de soins personnels, affaire qui donna lieu à la décision du 12 juillet 1993⁵¹, le Service de la concurrence avait estimé que la condition relative à la part de marché fixée à l'article 11 § 1er était remplie eu égard à l'importance des parts de marché du groupe SARA LEE sur les marchés des insecticides, du café et du thé. Il a considéré par ailleurs que l'analyse des conséquences de l'opération sur ces marchés était dépourvue d'intérêt au motif que l'opération ne présentait aucun lien avec ces marchés, et que les effets de l'opération sur le marché en cause des produits de soins personnels ne devaient pas être examinés en raison du fait que ce marché ne serait pas un marché concerné, la part qu'y détenait SMITHKLINE BEECHAM ne dépassant pas 20 %.

Dans l'affaire qui donna lieu à la décision du Conseil du 12 octobre 1993⁵², l'opération notifiée concernait la fusion des sociétés AMAX et CYPRUS, toutes deux présentes sur le marché du molybdène à destination de l'industrie métallurgique. Selon le rapport du Service dans cette affaire, ce marché ne pouvait constituer un marché concerné ni être pris en considération lors de l'examen de l'admissibilité de la concentration au motif que le caractère contrôlable de l'opération ne découlait pas de la part combinée des sociétés sur ce marché qui était inférieure au seuil fixé à l'article 11, § 1er, mais uniquement de l'importance de la part du marché des produits chimiques dérivés du molybdène détenue par la société AMAX.

2. La position que le Service de la concurrence a adoptée découle selon lui des définitions reprises dans la section 5 du formulaire Conc C/C 1 dont le modèle figure en annexe de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations visées à l'article 12 de la loi.

⁵¹1993 C/C 5.

⁵²1993 C/C 12.

La section 5 de ce formulaire vise d'après son intitulé "les informations relatives aux marchés concernés visés à l'article 11 de la loi"⁵³. Les entreprises qui notifient une concentration doivent fournir les informations requises sur les marchés en se rapportant aux définitions relatives au **marché de produits concerné** (relevante produktenmarkt), au **marché géographique concerné** (relevante geografische markt), au **marché concerné** (betrokken markt) et au **marché affecté** (beïnvloede markt).

En précisant les marchés sur lesquels doivent porter les informations à donner au moment de la notification, ces définitions déterminent également selon le Service de la concurrence, le champ d'application des dispositions de la loi du 5 août 1991 relatives au contrôle préalable des concentrations ainsi que le champ d'analyse des effets de la concentration.

Il résulte des rapports du Service dans plusieurs affaires que bien que les trois définitions qui suivent soient précédées de la phrase "Par "**marché affecté**" on entend un **marché concerné**, où", le Service assimile en réalité au marché concerné visé à l'article 11, § 1er et à l'article 10, § 2, le marché où:

"a) deux ou plusieurs parties à la concentration (y compris les entreprises appartenant au même groupe suivant la définition de la section 3) exercent des activités sur le même marché de produits ou dans le même groupe de produits et lorsque la concentration entraîne une part de marché combinée de plus de 20 % (ce sont des relations horizontales)

ou

"b) l'une quelconque des parties concernées (y compris les entreprises appartenant au même groupe suivant la définition de la section 3) exerce des activités sur un marché de produits situé en amont ou en aval par rapport à un marché de produits ou un groupe de produits dans lequel une autre partie exerce son activité, lorsque l'une des parts de marché est supérieure à 20 %, qu'il y ait ou non une relation de fournisseur-client entre les parties en cause (ce sont des relations verticales)

ou

"c) l'une quelconque des parties concernées (y compris les entreprises appartenant au même groupe suivant la définition de la section 3), même en l'absence de relation horizontale ou verticale, détient une part de marché de plus de 20 % d'un marché de produits ou d'un groupe de produits (aspect congloméral)".

Ainsi, s'agissant de la concentration réalisée par l'acquisition des actions de la S.A. ROC, active sur divers marchés de produits cosmétiques, par le groupe JOHNSON & JOHNSON, actif dans le domaine des produits pharmaceutiques⁵⁴, le Service avait proposé au Conseil de considérer que l'opération était contrôlable bien que les parts de marché que détenait le groupe ROC étaient inférieures au seuil fixé à l'article 11, § 1er de la loi. Le Service estimait que le caractère contrôlable de l'opération résultait de l'importance des parts du groupe JOHNSON & JOHNSON sur certains marchés de médicaments. Il défendait l'idée qu'il fallait, pour établir si le seuil était atteint, prendre en considération tous les marchés de produits sur lesquels la société acquérante était

⁵³C'est le Conseil qui souligne.

⁵⁴Décision du 6 décembre 1993, 93 - C/C 22.

active, ce qui découlait selon lui de la troisième définition du marché affecté en l'absence de relation horizontale ou verticale, telle qu'établie par le formulaire CONC C/C 1.

B. Analyse des décisions du Conseil de la concurrence.

1. Dans bon nombre d'affaires, le Conseil a fait sienne -la plupart du temps implicitement-, la position du Service de la concurrence selon laquelle tout marché national de produits sur lequel les entreprises en cause exercent des activités est un marché concerné lorsque les entreprises concernées ou l'une d'entre elles y détiennent une part supérieure à 20 %, et appliqué ce même critère lorsqu'il s'agissait d'examiner si la concentration n'avait pas pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur le marché concerné ou une partie substantielle de celui-ci.

Ceci explique notamment qu'un grand nombre de décisions ne contiennent pas de précisions quant au type de relation entre les parties concernées (relation horizontale, verticale ou conglomérale). L'absence de données précises dans les décisions publiées, sur la manière dont le Conseil a procédé au calcul du seuil relatif à la part de marché s'explique également par le souci de veiller à la protection des secrets d'affaires.

Toutes les décisions ne seront pas analysées. Il a paru plus important au Conseil de faire état dans ce premier rapport des décisions souvent isolées qui témoignent des difficultés qu'il a rencontrées dans l'interprétation du seuil de contrôle relatif à la part de marché tel que formulé par le législateur et de rendre compte des hésitations qui furent les siennes durant ses premiers mois d'activité quant à la détermination de critères permettant de préciser son champ d'action en matière de concentration.

2. Dans sa décision du 6 décembre 1993⁵⁵, le Conseil a estimé que les définitions du formulaire Conc C/C 1, dont le modèle est repris en annexe de l'A.R. du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations visées à l'article 12 de la loi, n'avaient pas pour but de préciser la portée de l'article 11, § 1er ni ce qu'il fallait entendre par marché concerné au sens de cette disposition puisque l'A.R. du 23 mars 1993 ne s'applique que lorsque les seuils de contrôle sont atteints.

Ce formulaire ne contient par ailleurs aucune définition du marché concerné puisque l'adjectif "concerné" est repris dans la description même du "marché concerné", soit "un marché de produits concerné ou un groupe de produits, sur un marché géographique concerné", du moins dans la version française du texte. Dans la version néerlandaise du même texte, c'est l'adjectif "pertinent" (relevant) qui est utilisé.

Les définitions relatives au "marché affecté" reprises dans le formulaire indiquent donc sous ce vocable, suivant le type de relation entre les parties concernées, le marché concerné au sujet duquel les entreprises qui notifient une concentration **doivent fournir des informations** au moment de la notification, ce qui apparaît clairement de la phrase qui précède ces définitions, soit "Par marché affecté on entend un marché concerné où:...").

⁵⁵93 C/C 22, Johnson & Johnson/ LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton.

3. Comme en témoignent certaines décisions rendues au cours de la période examinée, le Conseil s'est à plusieurs reprises écarté de la proposition de décision que le Service de la concurrence avait formulée dans son rapport sur le point de savoir si une opération de concentration devait être notifiée.

Dans sa décision du 12 juillet 1993⁵⁶, le Conseil a décidé que la concentration réalisée par l'acquisition par SARA LEE des actifs de SMITHKLINE BEECHAM relatifs au secteur des produits de soins personnels, ne devait pas être soumise à son contrôle préalable, les parties n'ayant pas sur ce marché une part supérieure à 20 %. Le Conseil n'a pas suivi le Service de la concurrence qui proposait de constater que l'opération était contrôlable en raison de l'importance des parts de SARA LEE dans d'autres marchés de produits distincts. Il a précisé que par marché concerné, il fallait entendre "*le marché sur lequel porte l'accord de concentration*".

Dans sa décision du 6 décembre 1993⁵⁷, le Conseil a estimé que les marchés à prendre en considération pour vérifier si le seuil était atteint, étaient "*ceux sur lesquels la concentration s'opère ou ceux sur lesquels celle-ci a une incidence directe*", et précisé que tel était le cas lorsque les parties exercent des activités sur le même marché de produits (relation horizontale), ou lorsque l'une d'entre elles exerce des activités sur un marché de produits qui se situe en amont ou en aval par rapport à un marché de produits dans lequel une autre partie exerce son activité (relation verticale). Selon le Conseil, la comparaison avec le droit communautaire que faisait le Service de la concurrence pour justifier que tout marché devait être pris en considération (aspect congloméral) n'était pas pertinente au stade de l'examen du champ d'application des dispositions de la loi du 5 août 1991 sur les concentrations, puisque le caractère contrôlable d'une concentration de dimension communautaire n'était déterminé que par un seuil relatif au chiffre d'affaires exprimé en valeur absolue.

Dans cette affaire, après avoir constaté d'une part que les parts de marché combinées de ROC et du groupe JOHNSON & JOHNSON, l'un et l'autre présents sur divers marchés de produits cosmétiques, ne dépassaient pas 20 %, d'autre part que les marchés de produits pharmaceutiques où le groupe Johnson & Johnson détenait une part supérieure à 20 % ne se situaient pas en aval ou en amont par rapport aux marchés sur lesquels portait l'opération de concentration, le Conseil a décidé que l'acquisition du contrôle de la S.A. ROC par le groupe JOHNSON & JOHNSON ne devait pas être notifiée.

Dans l'affaire qui donna lieu à la décision du 24 juin 1994⁵⁸, le Conseil a décidé que la prise de contrôle de l'entreprise INVESTMENT AB CARDO par INCENTIVE AB ne constituait pas une opération de concentration contrôlable, bien que INVESTMENT AB CARDO avait sur quatre marchés une part de marché supérieure à 20 %, et ce au motif que la société acquérante n'était pas présente sur ces marchés ni sur des marchés situés en amont ou en aval par rapport au marché sur lequel intervenait la concentration.

⁵⁶93 C/C 5, Sara Lee/DE NV/ SmithKline Beecham plc.

⁵⁷93 C/C 22, Johnson & Johnson/ LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton.

⁵⁸94 C/C 22, Incentive Ab/ Investment AB Cardo.

4. Force est de constater que le Conseil a adopté dans ces trois affaires des positions peu concilia-
bles entre elles, bien qu'elles rejettent toutes trois la prise en considération de l'aspect congloméral
pour la détermination du marché à prendre en considération pour le calcul du seuil.

Dans l'affaire SARA LEE / SMITHKLINE BEECHAM, le Conseil a considéré que par marché
concerné à l'article 11 § 1er, il fallait entendre le marché national de produits sur lequel porte
l'accord de concentration. Il s'agit donc du marché sur lequel la société acquérante acquiert une
part par l'effet de la concentration.

Dans l'affaire JOHNSON & JOHNSON/ ROC et dans l'affaire INCENTIVE AB /INVESTMENT
AB CARDO, le Conseil a au contraire estimé que le marché sur lequel porte la concentration
n'était pas nécessairement un marché concerné au sens de l'article 11 § 1er, même si par l'effet de
la concentration, la société acquérante contrôle plus de 20 % de ce marché.

Il ressort en effet de ces deux décisions que le marché sur lequel s'opère la concentration serait
un marché concerné lorsque la société acquérante y est déjà présente avant la concentration, en
Belgique ou à l'étranger, ou lorsque ce marché se situe en amont ou en aval par rapport aux
marchés sur lesquels la société acquérante exerce des activités au moment de la concentration et
dans ce dernier cas, quelle que soit sa part de ces marchés.

Il ressort par ailleurs de ces deux décisions qu'un marché de produits distinct de celui sur lequel
porte la concentration devrait également être pris en considération pour le calcul du seuil de plus
de 20 %, lorsqu'il se situe en amont ou en aval par rapport au marché sur lequel porte l'opération
de concentration et lorsque la société acquérante y est présente, et ce quelle que soit la part des
entreprises concernées sur le marché sur lequel porte la concentration.

5. Les trois décisions suivantes qui concernent chacune une concentration entre entreprises acti-
ves, ou potentiellement actives **sur le même marché de produits** (relation horizontale), mais
dont l'une seulement réalisait sur le marché national de produits, des achats, ventes ou autres
transactions, méritent également d'être mentionnées pour illustrer les difficultés qu'a rencontrées
le Conseil dans l'interprétation de la condition relative à la part de marché concerné.

Dans l'affaire qui donna lieu à la décision du Conseil du 16 juillet 1993⁵⁹, le Conseil a constaté que
le seuil de 20 % était dépassé en raison du fait que la société AMYLUM, qui se proposait d'ac-
quérir la presque totalité des actions de la société bulgare TSAREVICHNI dont les installations
n'étaient pas encore productives, contrôlait plus de 20 % du marché de l'amidon naturel.

S'agissant de la concentration réalisée par l'acquisition par COLGATE-PALMOLIVE Cy des
marques Benelux relatives à certains produits "hygiène-beauté" de BARENDS UNICURA, le
Conseil a constaté dans sa décision du 25 août 1994⁶⁰ que l'opération était contrôlable au motif
que COLGATE PALMOLIVE contrôlait plus de 20 % des marchés concernés du gel douche et
du savon liquide. Il ressort de la décision que BARENDS UNICURA n'était pas présente sur le
marché belge de ces deux produits, n'ayant exploité ses marques Benelux qu'aux Pays-Bas.

⁵⁹93 C/C 6, Amylum/ GmbH Tsarevichni Produkti.

⁶⁰94 C/C 27, Colgate-Palmolive Company/ Barends Unicura B.V.

Dans l'affaire qui donna lieu à la décision du Conseil du 29 août 1994⁶¹, la S.A. WATERS se proposait d'acquérir les actifs de la S.A. MILLIPORE dans le domaine des instruments de chromatographie liquide, suite à la décision du groupe MILLIPORE de ne plus exploiter cette branche d'activité. Le Conseil a décidé que l'opération ne devait pas être soumise à son approbation préalable bien que la part de marché qu'acquerrait le groupe WATERS par l'effet de la concentration dépassait 20 %. Il a dans cette décision considéré que les termes "contrôler ensemble plus de 20 % du marché concerné" impliquent en cas de relation horizontale, que la société acquérante et la société cédée soient actives sur le marché, et que pour l'appréciation de cette condition, il ne pouvait être tenu compte d'une activité potentielle qui ne résulterait que de la formulation statutaire de l'objet de la société. En l'espèce, ni la société acquérante qui venait d'être constituée, ni les sociétés du groupe auquel elle appartient, n'avaient été actives dans le marché des instruments de chromatographie liquide. Le Conseil a en outre précisé que l'opération était du point de vue économique moins une concentration qu'une scission.

Ces trois affaires posent la question de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression les "entreprises concernées, qui contrôlent ensemble plus de 20 % du marché concerné", comme condition d'application des dispositions relatives au contrôle des concentrations (art. 11, § 1). L'adverbe "ensemble" signifie: l'un avec l'autre et en même temps. Dès lors que les termes "entreprises concernées" visent d'une part la société acquérante (y compris celles du groupe auquel elle appartient), et d'autre part l'entreprise qui fait l'objet de l'acquisition de contrôle (y compris celles dont elle a le contrôle), la condition ne serait remplie que si l'une et l'autre exercent des activités sur le même marché national de produits avant la concentration. Cette interprétation aurait par elle-même pour effet d'exclure du champ d'application des dispositions de la loi relatives au contrôle préalable des concentrations:

- les concentrations entre entreprises qui opèrent sur des marchés de produits distincts ce qui est le cas en l'absence de relation horizontale;
- les concentrations entre entreprises qui exercent des activités sur le même marché de produits, lorsque l'une d'entre elles seulement est active sur le marché national des produits concerné.

Elle n'a pas été celle du Conseil qui a durant la période examinée admis le caractère contrôlable des concentrations entre entreprises qui exercent des activités sur des marchés de produits distincts ou sur des marchés géographiques distincts, sans toutefois donner au terme "ensemble" un sens précis.

C. Discussions.

Afin de mettre un terme à des controverses qui sont source d'insécurité juridique pour les entreprises, le Conseil a procédé au cours de plusieurs réunions à l'analyse des mérites et des faiblesses des différentes thèses en présence et recherché les solutions qui lui paraissent devoir être retenues.

⁶¹94 C/C 29, Millipore/ Waters.

La démarche suivie par le Service de la concurrence pour apprécier si le seuil de contrôle relatif à la part de marché est atteint a tout d'abord le mérite de proposer un critère relativement simple⁶². En effet, lorsque le seuil relatif au chiffre d'affaires est atteint, il suffirait de constater que les entreprises concernées détiennent soit seules, soit conjointement, une part de marché supérieure à 20 %, tout marché sur lesquelles elles exercent des activités étant pris en considération pour le calcul du seuil sans qu'il faille au préalable définir les marchés susceptibles de subir un effet par la concentration.

Cette démarche présente également l'avantage d'inclure de façon automatique dans le champ d'application des dispositions légales relatives aux concentrations, les concentrations entre entreprises qui opèrent sur des marchés de produits distincts qui ne se situent pas en amont ou en aval l'un par rapport à l'autre, dès que sur l'un de ces marchés le seuil de 20 % est dépassé.

Elle aboutit à un résultat qui peut être comparé à celui obtenu par la fixation de seuils de contrôle qui n'exigent pas pour leur application la définition préalable du marché concerné, et peut en ce sens trouver appui dans le droit communautaire.

Cependant, le raisonnement du Service de la concurrence pour déterminer le marché à prendre en considération tant pour l'évaluation du seuil de contrôle que pour l'examen ultérieur des effets de la concentration sur la concurrence, est selon le Conseil critiquable à plusieurs égards.

L'expérience des premiers mois d'activité du Conseil a tout d'abord démontré que l'application de ce critère entraînait bon nombre de notifications de concentrations qui n'avaient aucune incidence sur les marchés pris en considération pour conclure au caractère contrôlable de l'opération. Cette observation a son importance eu égard tout d'abord aux coûts qu'entraîne pour les entreprises l'obligation de notifier une concentration, ensuite en raison du fait que le nombre important de notifications de concentrations a paralysé l'action du Service dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence.

Il est apparu d'autre part que dans la mesure où il convient de donner à la notion de marché concerné visée aux articles 10, § 2 et 11, § 1er de la loi, une portée identique, le critère proposé par le Service pour déterminer dans chaque cas le marché concerné, s'il favorise la prise en considération de l'aspect congloméral au stade de l'examen du caractère contrôlable d'une concentration, nuit par contre à l'examen de cet aspect au stade de l'évaluation des effets de la concentration, ce qui est paradoxal.

En effet, l'adoption de ce critère aux marchés de produits au sujet desquels les entreprises doivent fournir des informations au moment de la notification, a pour effet que les entreprises ne fournissent des données que sur les marchés sur lesquels elles détiennent une part supérieure à 20 %, que ces marchés coïncident ou non avec les secteurs économiques concernés par la concentration, lorsqu'elles ne sont pas dispensées par le Service de fournir ces informations⁶³.

⁶²La définition d'un marché géographique de produits implique toutefois toujours l'examen des caractéristiques des produits et la détermination du marché géographique qui ne coïncide pas nécessairement avec le territoire national.

⁶³A.R. du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations, article 5, § 4.

Ainsi par exemple, dans l'affaire SARA LEE/SMITHKLINE BEECHAM⁶⁴ évoquée plus haut, le Conseil ne disposait ni d'informations sur les marchés du café, du thé, et des insecticides, lesquels constituaient selon le Service des marchés "concernés" au sens de l'article 11, § 1er mais ne présentaient aucun lien avec l'opération notifiée ce qui a justifié la dispense du Service, ni d'informations sur les marchés relatifs à certains produits de soins personnels qui étaient directement visés par l'accord notifié, lesquels ne constituaient pas des marchés "concernés" selon le Service.

L'objection fondamentale que l'on peut faire à la thèse du Service est cependant qu'elle omet la référence expresse au marché concerné faite aussi bien à l'article 10 qu'à l'article 11, § 1er de la loi. Cette référence implique selon le Conseil, que le législateur n'a pas entendu viser tout marché de produits sur lesquels les entreprises exercent des activités, auquel cas la condition aurait été formulée comme suit : "lorsque les entreprises contrôlent ensemble plus de 20 % d'un marché géographique de produits", mais impose de définir d'abord dans chaque cas les marchés pertinents, c'est-à-dire ceux sur lesquels la concentration est susceptible d'avoir des effets au regard de la concurrence.

La distinction faite par le Conseil de la Concurrence dans certaines affaires sur base du type de relation existant entre les marchés sur lesquels les entreprises concernées sont actives, si elle permet d'éliminer du champ d'application des dispositions relatives au contrôle préalable des concentrations bon nombre de concentrations qui n'entraînent pas de modifications sur les marchés, n'apparaît cependant pas non plus satisfaisante à tous égards.

En premier lieu, cette distinction ne trouve pas appui ni dans le texte de la loi ni dans les travaux préparatoires. Rien ne permet d'affirmer que les concentrations entre entreprises actives sur des marchés distincts échapperaient pour cette seule raison automatiquement au contrôle préalable.

Ensuite, rien ne permet de présumer qu'une concentration entre entreprises actives sur des marchés distincts qui ne se situent pas dans une relation verticale, serait sans incidence sur ces marchés ou aurait été présumée telle par le législateur. L'importance des effets de synergie entre les marchés sur la concurrence effective est d'ailleurs reconnue depuis longtemps.

Enfin, il semble que tout argument de texte qui pourrait fonder la thèse selon laquelle une obligation de notifier ne peut résulter uniquement de l'aspect congloméral, entraîne également la non-application du contrôle préalable aux concentrations entre entreprises actives sur des marchés de produits distincts mais situés en aval ou en amont l'un par rapport à l'autre.

Ainsi, si l'on peut pour défendre cette thèse tirer argument des termes "contrôler ensemble plus de 20 % du marché concerné" et en particulier de l'adverbe "ensemble", dans la mesure où cette précision pourrait vouloir indiquer que tant l'entreprise acquérante que l'entreprise cédée doivent être présentes sur le même marché de produits au moment de la concentration, il faut constater que le même raisonnement, dans l'hypothèse d'une relation verticale, conduit également au caractère non contrôlable de l'opération, ce qui n'a certainement pas été la volonté du législateur.

La thèse selon laquelle il faut entendre par marché concerné, le marché sur lequel porte l'opération de concentration n'est pas apparue non plus satisfaisante, car trop restrictive.

⁶⁴93 C/C 5 - décision du 12 juillet 1993.

D'autre part elle conduit aussi à l'examen de l'admissibilité de concentrations qui n'ont aucun effet sur les marchés. On peut citer à titre d'exemple, l'acquisition par une société qui vient d'être constituée des actifs d'une autre société qui aurait décidé de se retirer d'un marché.

D. Conclusions

Aux termes de ces discussions le Conseil préconise les solutions suivantes qui devraient dans l'état actuel des textes guider sa jurisprudence quant à la définition des marchés à prendre en considération tant pour déterminer le caractère contrôlable d'une opération que pour évaluer ultérieurement ses effets.

La référence au marché concerné à l'article 11, § 1er indique selon le Conseil que pour apprécier si le seuil de plus de 20 % est atteint, il faut au préalable définir cas par cas quels sont les marchés nationaux de produits sur lesquels l'opération de concentration pourrait avoir des effets, aussi minimes soient-ils, et définir également le marché géographique concerné.

Cette conclusion implique que lorsque le seuil relatif au chiffre d'affaires est atteint, la circonstance que les entreprises concernées contrôlent ensemble ou séparément plus de 20 % d'un marché de produits ne suffit pas pour conclure que l'opération doit être contrôlée : l'opération ne doit pas être notifiée lorsqu'il est certain qu'elle n'a d'incidence sur aucun marché.

En confiant au Conseil de la concurrence le contrôle préalable des concentrations, le législateur n'a certainement pas entendu lui confier le contrôle de toute concentration, mais seulement celles qui sont susceptibles d'avoir des effets sur les marchés. En outre l'on ne peut déduire ni des dispositions de la loi, ni des travaux parlementaires, que le législateur aurait introduit une présomption selon laquelle la détention d'une part de marché supérieure à 20 % fait nécessairement de ce marché un marché concerné ou serait nécessairement de nature à produire des effets sur la concurrence effective sur les autres marchés sur lesquels opèrent les entreprises concernées.

Cette première conclusion n'exclut nullement par elle-même la prise en considération par lui lors de l'examen du caractère contrôlable d'une concentration, de l'aspect congloméral. Elle n'implique pas que le Conseil considère soit qu'une concentration n'est susceptible de produire des effets que sur le marché sur lequel elle s'opère ou sur les marchés situés en amont ou en aval par rapport à ce marché, soit que la position que l'entreprise qui acquiert le contrôle d'une autre entreprise occupe sur des marchés de produits distincts de ces marchés ne serait pas susceptible d'avoir une incidence sur ces marchés, ce qui ne serait par ailleurs pas conforme à la jurisprudence des instances européennes. Elle a par contre pour conséquence qu'un tel effet ne peut être simplement présumé lorsque les entreprises concernées contrôlent 20 % d'un marché national de produits ou d'une partie substantielle de celui-ci mais que c'est cas par cas qu'il convient de rechercher si la position qu'occupe l'entreprise qui acquiert le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises sur des marchés de produits distincts, et celle qu'elle occuperait après la concentration sur le marché sur lequel celle-ci s'opère sont susceptibles d'avoir des effets sur la concurrence sur les marchés sur lesquels elle est présente après concentration.

Pour calculer d'autre part si le seuil de maîtrise du marché concerné est atteint, il faut:

- entendre par "entreprises concernées", l'entreprise et celles du groupe auquel elle appartient, qui par l'effet de l'accord de concentration, acquièrent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises,
- et prendre en considération leurs parts de marché après concentration.

Selon le Conseil, le législateur n'a pas entendu exclure du champ d'application des dispositions relatives au contrôle préalable les concentrations entre entreprises qui n'exercent pas, au moment où l'opération est envisagée, des activités sur le même marché national de produits.

Le terme "ensemble" à l'article 11, § 1 ne signifie donc pas selon le Conseil que l'entreprise qui acquiert le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une autre entreprise, et cette dernière doivent être présentes sur le même marché national de produits pour que la concentration soit contrôlable mais rappelle à titre superfétatoire qu'il faut prendre en considération, non seulement les parts que détient l'entité acquérante, mais aussi celles que détiennent les entités de son groupe.

Ce mode de calcul tient compte d'autre part, pour le calcul des parts, de l'effet de la concentration, quel que soit le type de relation qui existe avant sa réalisation, entre les marchés sur lesquels opèrent les entreprises concernées.

Une fois établi le caractère contrôlable de l'opération, les effets de la concentration sur la concurrence doivent être examinés sur tous les marchés sur lesquels l'entreprise acquérante exerce des activités après concentration. Cette conclusion repose sur la considération que les critères pris en considération pour établir le caractère contrôlable de l'opération ne peuvent avoir une incidence sur l'examen du fond de l'affaire.

Chapitre V. Le caractère contrôlable de l'opération.

A. La nature de l'opération.

Dans la plupart des affaires examinées au 30 septembre 1994, une société se proposait d'acquérir la majorité ou la totalité du capital d'une autre société, ou le contrôle d'une partie d'une entreprise par achat d'éléments d'actifs, de telle sorte qu'il était clair que l'opération notifiée constituait une concentration au sens de l'article 9 de la loi.

Le but ou l'effet de l'opération devant être l'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises, le Conseil a estimé que ne constitue pas une opération de concentration au sens de l'article 9, l'acquisition par une société de la totalité du capital d'une autre société lorsque la même personne détient, avant l'opération, le contrôle de la société acquérante et de la société cédée⁶⁵.

Constitue par contre une opération de concentration, celle qui consiste en l'intégration verticale par le distributeur européen de son distributeur local⁶⁶.

Aux termes de l'article 9, § 2 alinéa 2 de la loi, la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre les entreprises fondatrices, soit

⁶⁵Décision du 2 juillet 1993, 93 - C/C 3, Eugen O. Btz GmbH Fabrik für Kraftfahrzeugteile/ Ieper Industries NV.

⁶⁶Décision du 11 août 1993, 93 - C/C 8, Sega Europe Overseas Ld/ Adsum/ Atoll.

entre celles-ci et l'entreprise commune, constitue une concentration au sens de l'article 9, § 1er b.

Le Conseil a considéré que la convention entre la compagnie financière SFAC et l'Office National du Dueroire (OND) menait à la transformation de la Compagnie belge d'Assurance-crédit (COBAC) en une entreprise commune au sens de cette disposition, les clauses relatives à la majorité qualifiée au sein du conseil d'administration permettant à l'OND malgré la participation minoritaire qu'il acquerrait dans la COBAC, d'influencer conjointement avec la SFAC le comportement de la COBAC qui restait par ailleurs en mesure d'intervenir comme opérateur indépendant sur le marché et de déterminer sa propre politique commerciale⁶⁷.

Le risque que la concentration entraîne une coordination du comportement concurrentiel a été dans la même affaire jugé inexistant ou insignifiant, en raison tout d'abord du fait que les parties à la convention et l'entreprise commune opéraient chacune dans des domaines différents de l'assurance-crédit, et en raison du fait que dans le seul secteur du marché où l'OND et la COBAC pouvaient se trouver en réelle concurrence, celui de l'assurance-crédit couvrant les risques des entreprises à l'exportation court terme pays OCDE (hors Turquie), l'OND se retirait et transférait son portefeuille à la COBAC.

B. Les seuils de contrôle.

Lorsqu'elles répondent à la définition que donne l'article 9 § 1, le Conseil de la concurrence est chargé d'apprécier au regard de la concurrence économique, les concentrations lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble un chiffre d'affaires de plus d'un milliard de francs et contrôlent ensemble plus de 20 % du marché concerné sauf, bien entendu, pour celles des concentrations soumises au contrôle exclusif de la Commission des Communautés européennes.

Les seuils précités sont fixés par l'article 11, § 1er de la loi et s'entendent cumulativement. Lorsqu'ils sont atteints, la concentration doit être notifiée au Service de la concurrence en vertu de l'article 12, § 1er.

Les entreprises concernées au sens de l'article 11, § 1er sont celles qui sont parties à l'acte, quelle qu'en soit la forme, qui a pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises, celles qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées.

Les termes "entreprises concernées" ne peuvent donc être confondus avec "entreprises notifiantes" ou celles à qui incombe l'obligation de notifier.

1. Le seuil relatif à la part de marché concerné.

Les questions relatives à la notion même de marché concerné au sens de l'article 11, § 1 de la loi ont été examinées au chapitre III de la présente partie.

⁶⁷Décision du 23 juin 1993, 93 - C/C 2, L'Office National du Dueroire/ COBAC/ SFAC.

Il sera question dans le présent chapitre de certaines décisions qui montrent combien est délicate tant pour les entreprises que pour le Conseil la mise en oeuvre d'un seuil de contrôle relatif à la part de marché qui implique que soient définis le marché de produits concerné et le marché géographique concerné avant d'aborder l'examen de l'admissibilité de la concentration.

Un marché de produits concerné comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

En ce qui concerne la concentration SFAC / OND / COBAC dans le secteur de l'assurance crédit, les parties notifiantes considéraient qu'il fallait inclure dans le marché concerné celui du factoring. Il ressort de la décision du 23 juin 1993⁶⁸ que le Conseil a implicitement rejeté cette thèse, et considéré que le marché du factoring constitue un marché de service distinct non substituable, bien que le résultat économique du factoring soit sous certains aspects comparable à celui de l'assurance crédit.

Dans l'affaire TUBOLIT/ STORAMA qui donna lieu à la décision du 31 janvier 1994⁶⁹, le Conseil a constaté que les tuyauteries en matière synthétique et celles en grès ou en béton étaient suffisamment substituables pour faire partie d'un même marché, et constaté que la concentration ne tombait dès lors pas dans le champ d'application de la loi vu l'importance des parts de marché des parties concernées.

S'agissant de la concentration dans le domaine du hardware et du software pour jeux domestiques et des systèmes périphériques y relatifs, le Service a proposé au Conseil de conclure à l'existence de quatre marchés distincts correspondant aux quatre systèmes de jeux suivants, et ce en raison de caractéristiques propres au niveau de leurs prix et de leur usage :

- systèmes informatisés pour jeux domestiques;
- systèmes de jeux video domestiques;
- jeux programmables portatifs;
- systèmes interactifs à multiples joueurs.

Le Conseil a implicitement fait sienne cette approche, puisqu'il a constaté que le seuil de 20 % était atteint sur le marché des jeux video domestiques⁷⁰.

S'agissant de la concentration dans le domaine de la diffusion d'informations relatives aux vols aériens destinées aux voyageurs telles que les horaires de vol, les routes, les tarifs, le Service avait proposé au Conseil de considérer que ce marché comprenait tous les produits destinés à fournir une telle information, sans les distinguer selon le support. Cette proposition a été suivie par le Conseil⁷¹.

Dans certains secteurs, il est extrêmement malaisé de déterminer les critères qui permettent de calculer la part de marché. Dans cette même affaire, ni les parties concernées, ni le Service n'avaient pu établir de façon précise les parts de marché des parties concernées, en raison notam-

⁶⁸93 C/C 2.

⁶⁹Décision 94 - C/C 4, Tubolit Belgium.

⁷⁰Décision du 11 août 1993, 93 - C/C 8, Sega/ Adsum/ Atoll.

⁷¹Décision du 15 décembre 1993, 93 - C/C 23.

ment du fait qu'aucune donnée précise n'existait quant à l'utilisation de l'information par le consommateur pour la réservation des vols.

La détermination du marché géographique concerné a également fait l'objet de débats dans plusieurs affaires⁷².

L'expérience des premiers mois a sans aucun doute révélé que la complexité des questions que soulève le seuil de part de marché, et l'insécurité juridique qu'elles créent pour les entreprises qui risquent de se voir infliger des sanctions lourdes lorsqu'elles procèdent à une concentration sans l'avoir notifiée, sont de nature à les inciter à notifier une concentration tout en prétendant que celle-ci échappe au contrôle préalable des concentrations.

Selon le Conseil de la concurrence, une modification de l'article 11, § 1er s'impose afin que les entreprises soient en mesure de déterminer de façon précise si une obligation de notifier une concentration existe dans leur chef.

2. Le seuil du chiffre d'affaires.

En général, le seuil relatif au chiffre d'affaires n'a pas soulevé de difficultés.

Dans sa décision du 15 décembre 1993⁷³, qui concernait une concentration par acquisition de parties d'une entreprise, le Conseil a toutefois dû préciser que l'article 46, § 2 de la loi selon lequel dans cette hypothèse seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont ainsi l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef du ou des cédants, ne signifiait pas qu'il ne pouvait être tenu compte, pour le calcul du seuil, du chiffre d'affaires dans le chef de l'acquéreur.

L'article 13 de la loi écarte l'application des dispositions relatives au contrôle préalable des concentrations aux concentrations de dimension communautaire, et ce conformément au règlement 4064/89. Pour les concentrations notifiées qui ont fait l'objet d'une décision durant la période examinée, aucune n'était susceptible de relever de la compétence des autorités communautaires. Le Conseil est conscient qu'il serait souhaitable qu'il fasse état dans ses décisions des vérifications qu'il effectue sur ce point.

C. Le bilan concurrentiel.

1. Lorsqu'une opération tombe sous le champ d'application de la loi, le Conseil doit en application de l'article 10 de la loi, déterminer si elle est ou n'est pas admissible.

Il doit examiner si la concentration a pour effet l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante qui entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci, et dans l'affirmative, vérifier si la concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser l'atteinte à la concurrence qui en résulte.

⁷²Décision du 2 juillet 1993, 93 - C/C 3, Eugen O. Butz GmbH Fabrik für Kraftfahrzeugteile/ Ieper Industries; décision du 18 octobre 1993, 93 - C/C 13, Mark IV Industries Inc./ Pirelli S.p.A.

⁷³93 C/C 23, Reed Elsevier.

Le Conseil doit, dans cette analyse, tenir compte de l'intérêt économique général, de la compétitivité des secteurs concernés au regard de la concurrence internationale ainsi que de l'intérêt des consommateurs.

2. L'analyse des décisions du Conseil prises durant la période examinée ne saurait se faire sans tenir compte de la détermination des marchés au sujet desquels les entreprises concernées doivent fournir des informations.

Il résulte en effet du formulaire CONC C/C 1 à l'aide duquel les entreprises concernées doivent notifier une concentration, que seuls les marchés sur lesquels elles détiennent une part de plus de 20 % doivent faire l'objet des informations exigées dans le même formulaire.

D'autre part, la portée que le Service de la concurrence a cru devoir attribuer à la notion de marché affecté définie sous la section 5 du formulaire CONC C/C 1 a eu pour conséquence que les entreprises ont donné des informations sur tous les marchés sur lesquels elles détenaient ensemble ou séparément une part supérieure à 20 %, quel qu'était le lien qui pouvait exister entre l'opération notifiée et ces marchés. Dans bien des cas, le Conseil ne disposait donc pas d'informations au sujet des secteurs économiques concernés directement par la concentration.

3. La grande majorité des concentrations notifiées concernaient des entreprises actives sur des marchés de dimension communautaire ou mondiale. Un certain nombre de concentrations transfrontalières examinées par le Conseil étaient d'ailleurs soumises à une procédure de contrôle dans différents pays.

Il ressort de plusieurs décisions que le Conseil a tenu compte, lors de son examen de l'incidence de la concentration sur le marché concerné, de la **dimension internationale** de celui-ci.

S'agissant de la concentration dans le secteur de l'armement⁷⁴, le Conseil a estimé que la position du groupe HERSTAL avant et après l'acquisition de la société CANON DELCOURT ne saurait être qualifiée de position dominante, bien que la SA CANON DELCOURT soit le seul producteur belge de canons d'armes et que le groupe HERSTAL en soit le seul utilisateur sur le territoire belge, à l'exception de quelques acheteurs indépendants pour un chiffre d'affaires extrêmement réduit.

Le fait que la production des entreprises concernées est destinée dans sa quasi-totalité à l'exportation, l'existence d'une concurrence internationale acharnée sur le marché de l'armement, la présence d'une quinzaine de producteurs européens pouvant satisfaire la demande des quelques utilisateurs belges, sont autant d'éléments qui justifiaient la prise en compte de la dimension internationale du marché dans l'examen de l'impact de la concentration sur le marché belge.

L'examen de l'incidence de la concentration sur le marché belge du film photorésistant à sec utilisé dans la fabrication des "printed circuit boards", marché entièrement approvisionné par le biais d'importations en provenance du Royaume-Uni, d'Allemagne et des Pays-Bas, les unités de fabrication étant situées principalement au Royaume-Uni, en Allemagne, aux Etats-Unis et au Japon, le Conseil a estimé que la position importante qu'occupe MORTON sur le marché belge (part de marché : 49 %), et le renforcement minime de cette position résultant de la concentration

⁷⁴Décision du 16 juillet 1993, 93 - C/C 7.

(+ 2 %) ne lui conféraient toutefois pas une position dominante eu égard au contexte international dans lequel l'opération devait être examinée⁷⁵. Il ressortait notamment des éléments recueillis que le marché belge est suffisamment ouvert à l'entrée de concurrents potentiels, qu'au niveau européen ou mondial ce marché se caractérise par une surcapacité de l'offre entraînant une concurrence particulièrement vive, et que la taille considérable des utilisateurs leur permettait de modifier facilement leurs sources d'approvisionnement en fonction moins du prix des produits, que de leur qualité au regard des applications envisagées⁷⁶.

C'est encore eu égard à la dimension internationale du marché de la production et de la vente d'électrodes en graphite pour fours et des blocs de graphite que le Conseil ne s'est pas opposé à l'acquisition par le groupe HOECHTS des activités de PECHINEY dans ce domaine, qui prenait l'engagement de se retirer du secteur. Il ressortait de l'examen du dossier que bien qu'à l'issue de l'opération, le groupe HOECHTS occuperait une position très importante sur le marché belge, la concurrence n'était pas susceptible d'être entravée de manière significative par l'opération en raison du faible volume de la demande sur le marché belge (0,48 % de la demande mondiale) approvisionné également par des importations, en raison des parts de marché dans les pays industrialisés du monde occidental des différents producteurs, et le fait que l'industrie sidérurgique couvrait ses besoins en électrodes de graphite pour fours auprès de six à sept fournisseurs en fonction moins du prix du produit que de sa qualité ou sa spécificité pour les applications envisagées⁷⁷.

4. Le Conseil a également lors de l'examen du bilan concurrentiel des concentrations, tenu compte de **l'évolution probable du marché**. Ainsi, lors de l'examen de l'impact de la concentration dans le secteur de l'assurance crédit par la transformation de la COBAC, initialement filiale à part entière de la Compagnie financière SFAC, en entreprise commune de celle-ci et de l'OND, en particulier de l'impact du transfert du portefeuille d'assurance-crédit court terme couvrant le risque d'insolvabilité et le défaut de paiements des débiteurs privés établis dans un pays de l'OCDE (hors Turquie) de l'OND à la COBAC, le Conseil a estimé que la position importante qu'occuperait la COBAC à l'issue de l'opération n'était pas susceptible d'entraver la concurrence, compte tenu notamment de l'expansion prévisible du marché caractérisé par sa libéralisation récente.

S'agissant de l'intégration verticale par SEGA EUROPE OVERSEAS Ld de son distributeur belge, le Conseil a estimé que la concentration, qui avait lieu dans un marché jeune caractérisé par une évolution incessante et une constante progression, n'était pas susceptible de modifier la structure du marché des systèmes de jeux vidéo domestiques⁷⁸.

5. L'incidence de la concentration sur la concurrence a aussi dans certaines affaires été analysée en tenant compte **des accords** qui existaient entre les parties avant la concentration.

⁷⁵Décision du 21 juin 1993, 93 - C/C 1.

⁷⁶Décision du 21 juin 1993, 93 - C/C 1, Morton/ Hoechts.

⁷⁷Décision du 30 septembre 1993, 93 - C/C 11.

⁷⁸Décision du 11 août 1993, 93 - C/C 8, SEGA/ ADSUM/ ATOLL.

Ainsi, s'agissant de l'acquisition du contrôle des sociétés DUVANCO/ B.K.V. et FIVANCO par KORAMIC REDLAND BRICKS, les effets de la concentration sur la concurrence ont paru au Conseil insignifiants eu égard aux liens de participation qui existaient entre les différents groupes au moment de la concentration et à l'existence d'une organisation commune de vente⁷⁹.

6. La valeur très faible du marché belge concerné est également un élément parmi d'autres qui a été pris en considération par le Conseil pour justifier l'admissibilité d'une concentration⁸⁰.

7. Dans un nombre relativement important d'affaires, le Conseil ne s'est pas opposé à la concentration après avoir constaté que celle-ci n'avait pas d'effet, sinon minime, sur le marché belge.

Ainsi le Conseil ne s'est pas opposé à la reprise par OSI Specialities Benelux, des activités de Union CARBIDE Benelux dans le secteur de l'organosilicone, qui n'entraînait pas de modification de la structure du marché, l'entreprise acquérante n'étant pas active sur ce marché avant la concentration⁸¹.

De même, il ne s'est pas opposé à l'acquisition par MB CARADON du contrôle de certaines sociétés du groupe RTZ actives sur le marché "des produits destinés à informer les habitants d'un immeuble de la présence d'une personne à l'extérieur souhaitant entrer", marché sur lequel la société acquérante n'exerçait pas d'activités avant la concentration⁸².

S'agissant de l'acquisition par AMYLUM GmbH du contrôle de la société bulgare TSAREVICH-NI, le Conseil après avoir constaté que cette dernière n'était pas encore productive et que l'importation ultérieure de ses produits était peu probable eu égard aux frais de transport et de douane, a considéré que la concentration n'avait pas d'incidence sur le marché belge concerné⁸³.

C'est également après avoir constaté que les parts de marché n'étaient pas modifiées par la concentration que le Conseil ne s'est pas opposé à l'acquisition par CATHAY PACIFIC AIRWAYS du contrôle de AIR HONG KONG⁸⁴, à l'acquisition d'actifs d'EUROLYSINE par ORSAN⁸⁵, ou encore à l'acquisition par AMYLUM du contrôle de la société ORSAN⁸⁶.

⁷⁹Décision du 19 mai 1994, 94 - C/C 15.

⁸⁰Décision du 25 août 1994, 94 - C/C 26, Marvel Comics Italia/ Panini Publishing International/ **Mixed** Communications Italia.

⁸¹Décision du 8 juillet 1993, 93 - C/C 4.

⁸²Décision du 20 septembre 1993, 93 - C/C 10.

⁸³Décision du 16 juillet 1993, 93 - C/C 6.

⁸⁴Décision du 27 juin 1994, 94 - C/C 23.

⁸⁵Décision du 7 juin 1994, 94 - C/C 19.

⁸⁶Décision du 7 juin 1994, 94 - C/C 18.

L'absence d'affectation du marché belge ou une affectation marginale devrait sans doute à l'avenir sur base des conclusions prises par le Conseil sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner à l'article 11 de la loi qui précise un seuil de maîtrise du marché concerné, conduire à écarter l'application de la loi.

8. Le Conseil a parfois souligné aussi **les avantages** que pouvait entraîner au regard de la concurrence économique, une concentration.

Ainsi, il a indiqué que la prise de contrôle de JONCKHEERE Bus et Coach par BERKHOF Belgium, sociétés actives sur le marché de la fabrication et de la commercialisation de carrosseries pour autobus et autocars, renforçait utilement la position de la société acquérante à l'égard des constructeurs de châssis et de moteurs pour autobus et autocars⁸⁷.

9. La décision du 18 mai 1994⁸⁸ est la seule décision négative rendue au cours de la période examinée. Elle fait l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel de Bruxelles.

⁸⁷Décision du 29 septembre 1994, 94 - C/C 30.

⁸⁸94 - C/C 14, Parfumerie Douglas/ Compartilux S.A.

CINQUIEME PARTIE. - LES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE.

Des quelques rares décisions rendues en matière de pratiques restrictives de concurrence au cours de la période écoulée, il n'est pas possible de dégager des orientations jurisprudentielles ou de tirer certaines conclusions.

Entre le 1er avril 1993 et le 30 septembre 1994, 49 affaires relatives à des pratiques restrictives de concurrence ont été introduites sur base de la loi du 5 août 1991. Sept d'entre elles ont fait l'objet d'une décision du Conseil.

	<u>Affaires</u>	<u>Déc</u>
<u>isions</u>		
- demandes d'attestation négative ou d'exemption individuelle:	111	
- demandes de mesures provisoires:	55	
- plaintes:	21	
- demandes d'instruction émanant du Ministre ou du Conseil:	5/	

Les causes de ce bilan ont été indiquées dans la première partie du présent rapport.

Il ne sera fait état, dans cette partie, que des questions relatives à la recevabilité ou au classement d'une affaire.

Chapitre unique. La recevabilité des demandes et les décisions de classement d'un dossier.

Aux termes de l'article 24, le Service examine si la demande est recevable avant de procéder à l'instruction et s'il conclut à l'irrecevabilité, il soumet au Conseil de la concurrence une proposition de classement du dossier.

1. Le Conseil a pris une première décision de classement le 6 septembre 1994⁸⁹. Il a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'instruire la plainte qui avait été introduite par la firme DEGHELDERE laquelle reprochait à son fournisseur, la S.A. REGMA BELGIUM son *intention* de rompre toute relation d'affaires entre les parties. DEGHELDERE prétendait se trouver en situation de dépendance économique vis à vis de la S.A. REGMA dès lors que celle-ci était selon lui la seule à pouvoir assurer l'entretien des machines de cette marque et lui fournir les pièces et fournitures nécessaires à leur exploitation.

Le Conseil a décidé qu'une simple manifestation d'intention, non suivie de refus de livraison et la crainte que le fournisseur mette son projet de rompre à exécution ne justifiaient pas une demande d'instruction quant à l'existence d'une pratique restrictive de concurrence.

⁸⁹DEGHELDERE / REGMA Belgium NV, décision du 6 septembre 1994.

Le Service de la concurrence avait toutefois proposé le classement sur base d'autres motifs que le Conseil n'a pas fait siens.

Le Service invoquait tout d'abord le fait qu'au cours de l'enquête qu'il avait menée dans le cadre d'une demande de mesures provisoires introduite également par la firme DEGHELDERE, que celui-ci pouvait obtenir des fournitures auprès d'autres entreprises présentes sur le marché.

Le Conseil a relevé que cet élément pouvait justifier le cas échéant une décision constatant l'absence de pratique anticoncurrentielle, mais non un classement du dossier, celui-ci devant être proposé par le Service avant qu'il ne procède à l'instruction et non pas sur base d'éléments recueillis au cours d'une enquête. En prévoyant la possibilité pour le Conseil de déclarer une saisine irrecevable, le législateur s'est en effet montré soucieux d'éviter que l'action du Service ne soit paralysée par des instructions qui ne se justifient pas, but qui ne saurait être atteint si le Service procède à une instruction avant de proposer le classement du dossier, et ne formule une telle proposition que plusieurs mois après l'introduction de la demande.

Le Service invoquait comme autre motif de classement le fait que la convention entre les parties relative à l'entretien d'un appareil REGMA contenait une clause de résiliation. Le Conseil a jugé que cet élément ne pouvait en rien faire obstacle à son action qui peut s'étendre à la licéité au regard du droit de la concurrence de l'exercice d'un droit contractuel.

Le Service prétendait enfin que l'affaire relevait de la compétence du juge des cessations. Le Conseil a relevé que le fait qu'une pratique pouvait donner lieu à une action en cessation sur base de la loi du 14 juillet 1991 n'entraînait pas l'irrecevabilité d'une saisine sur base de la loi du 5 août 1991.

Le Conseil a estimé opportun à l'occasion de cette affaire, d'indiquer dans quels cas un dossier pouvait être classé par lui.

S'il ressort incontestablement de l'article 23, § 1, c) qu'une plainte est irrecevable lorsque le plaignant ne démontre pas un intérêt direct et actuel dans son chef, il a semblé au Conseil que l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt ne pouvait constituer le seul motif de classement d'un dossier.

Il est en effet d'autres circonstances qui peuvent justifier une décision de non-lieu à procéder à une instruction. Le Conseil a relevé les saisines qui ne concernent pas sa compétence d'attribution définie par les dispositions de la loi du 5 août 1991 et celles qui ne sont pas accompagnées d'éléments suffisamment probants quant aux faits allégués permettant au Service de procéder à une instruction.

Il convient de rappeler que le Conseil conserve la possibilité de saisir d'office le Service d'une demande d'instruction des pratiques qui lui ont été soumises et que le Service peut également de sa propre initiative instruire une affaire de telle sorte que les parties ne peuvent être assurées que le Conseil ou le Service ne poursuivront pas leurs investigations.

2. Les décisions par lesquelles le Conseil classe un dossier par application de l'article 24, § 1er de la loi ne sont pas publiées au Moniteur belge, malgré l'intérêt qu'elles peuvent avoir pour les acteurs de la vie économique encore peu familiers avec les dispositions de la loi du 5 août 1991. Leur large diffusion permettrait de mieux saisir la place qu'occupe le Conseil de la concurrence parmi les diverses instances chargées de l'application du droit économique et de réduire le nombre de saisines manifestement mal fondées.

Bien que la loi n'ait pas prévu que les décisions de classement prises en application de l'article 24, § 1er soient notifiées, il a paru au Conseil qu'il était évident que les parties concernées en soient informées, et qu'il s'agissait là d'une lacune qu'il pouvait de sa propre initiative combler.

3. Aux termes de l'article 24, § 5 de la loi, si le Service de la concurrence estime **non fondées** les plaintes visées à l'article 23, § 1, c), il soumet au Conseil de la concurrence **sa proposition de classement**.

Le Conseil estime que lorsqu'il suit cette proposition, il constate en réalité l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence, type de décisions visées à l'article 31, 2, de la loi qui doivent être publiées conformément à l'article 34.

Le terme "classement" utilisé à l'article 24, § 5 semble inapproprié, puisque le Conseil a dans ce cas au terme d'une instruction pris une décision qui porte sur l'existence ou l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence.

4. Le législateur n'a pas confié au Conseil de la concurrence le soin de vérifier si une saisine sur base de la loi du 5 août 1991 est recevable, mais chargé le Service de la concurrence de le faire et de soumettre une proposition de classement s'il conclut à l'irrecevabilité.

Ce régime peut avoir pour conséquence que le Service de la concurrence procède à une instruction de l'affaire lorsqu'il estime à tort que la demande est recevable, ce que pourrait constater le Conseil après réception de son rapport contenant une proposition de décision.

Par ailleurs, le législateur n'a pas prévu un délai pour l'examen de la recevabilité ni confié au Conseil ou à son président le soin de le fixer. Le Conseil a constaté dans plusieurs affaires que de longs mois s'étaient écoulés entre l'introduction de la plainte et la réception du rapport du Service contenant une proposition de classement, délai durant lequel le plaignant et les entreprises concernées sont restées dans l'incertitude sur le sort qui sera donné à la demande d'instruction adressée au Service.

SIXIEME PARTIE. - LES AVIS DU CONSEIL.

Durant la période examinée, le Conseil de la concurrence a pris l'initiative d'adresser au Ministre des Affaires économiques deux avis qui concernent le bon fonctionnement des organes créés par la loi du 5 août 1991.

Le premier du 26 avril 1994 concerne le Service de la concurrence et les mesures nécessaires pour en assurer le bon fonctionnement en tenant compte de la nécessité spécifique de stabilité, de spécialisation et de continuité du service (article 15 de la loi).

Le second du 6 septembre 1994 concerne le Conseil de la concurrence et la nécessité de modifier le statut du président et du vice-président du Conseil, afin qu'ils puissent mieux veiller à ce que le Conseil assume les missions dont il a été investi.

Le Conseil a par ailleurs été saisi d'une demande d'avis concernant une proposition de majoration des seuils en matière de contrôle préalable des concentrations entre entreprises, modifiant l'article 11, § 1er de la loi.

La modification proposée par le Ministre est la suivante:

- le seuil exprimé en chiffre d'affaires cumulé passerait de plus d'un milliard à plus de huit milliards de francs;
- le seuil exprimé en parts de marché cumulées passerait de plus de 20 % à plus de 30 % dudit marché.

Dans l'avis qu'il a adopté en sa réunion plénière du 16 juin 1994, le Conseil a proposé au Ministre de ne pas modifier les seuils en attendant l'évaluation à laquelle le Conseil doit procéder deux ans après l'entrée en vigueur de la loi conformément à l'article 19, § 6 de la loi.

Cette obligation d'évaluer les seuils prévus aux articles 5 et 11 de la loi, donne en effet au Conseil l'occasion d'aborder le problème des seuils dans une perspective très vaste et de proposer le cas échéant des critères qui seraient mieux adaptés aux objectifs du contrôle préalable des concentrations et qui répondraient mieux aussi à la sécurité juridique que réclame les entreprises eu égard aux difficultés que la référence au marché concerné entraîne, lesquelles ont été longuement exposées dans le présent rapport. Une majoration substantielle des seuils avant leur évaluation par le Conseil risque selon le Conseil, d'hypothéquer l'utilité de l'examen des seuils auquel il procède. Le Conseil souhaitait d'autre part procéder à des analyses sectorielles pour évaluer l'impact de la majoration proposée sur certains marchés. Enfin, le Conseil a indiqué dans son avis que selon lui, le niveau des seuils de contrôle ne pouvait être déterminé en fonction des difficultés que rencontre le Service de la concurrence, vu l'insuffisance de son cadre, dans l'accomplissement de sa mission mais que c'était l'importance de cette dernière qui devait déterminer le cadre du Service.

Le Conseil a également été saisi le 3 août 1994 d'une demande d'avis relative à un projet de modification du formulaire CONC C/C 1 dont le modèle figure en annexe de l'A.R. du 23 mars 1991 relatif à la notification des concentrations entre entreprise.

Ce projet propose d'introduire la possibilité d'une notification à l'aide d'un formulaire simplifié lorsque certaines conditions sont réunies. Il modifie en outre les définitions relatives aux marchés auxquelles les entreprises doivent se rapporter lors de la notification.

Enfin, le Conseil a reçu le 30 septembre 1994 le rapport du Service de la concurrence relatif à un avant-projet d'arrêté ministériel concernant l'application de l'article 2, § 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique à des catégories d'accords de franchise.

x

x x

Ce premier rapport a été approuvé à l'unanimité des membres du Conseil lors des séances plénières des 6 septembre, 11 octobre et 22 novembre 1994.

Christine SCHURMANS,
Président.

Annexe au rapport

Affaires introduites sur base de la loi du 5 août 1991.
Répartition par secteurs.

Tableau au 30/09/94

NOTIFICATIONS DE CONCENTRATIONS	
Edition	2
Informatique	2
Agro-alimentaire	9
Produits de soudage	1
Matériaux de construction	2
Transport	1
Chimie et pétrochimie	15
Briquetterie	1
Fabrication de machine d'industrie	4
Emballage	2
Industrie métallurgique - Recyclage	3
Fabrication métallique - mécanique - électrique	4
Parfumerie - Droguerie - Produits d'hygiène	6
Assurances	2
Marchés publics - Halles	1
Matériel de laboratoire	1
Services	3
Automobile	2

Tableau au 30/09/94

NOTIFICATIONS D'ENTENTES	
Télécommunication	2
Services	3
Agro-alimentaire - bétail	2
Matériaux de construction	1
Edition	1
Parfumerie	2

Tableau au 30/09/94

INSTRUCTIONS OUVERTES A LA SUITE D'UNE PLAINTE, D'UNE DEMANDE DU MINISTRE OU DU CONSEIL.	
Distribution	6
Alimentation	1
Sport	1
Droguerie - Parfumerie	4
Elevage	1
Edition	1
Télécommunication	2
Optique	3
Assurances - Banque	5
Services (divers)	7
Banques	1
Transport	1

DEMANDES DE MESURES PROVISOIRES	
Distribution	1
Services	2
Sport	1
Parfumerie	1

SOMMAIRE

- Introduction.
- Première partie - Bilan d'ensemble des premiers mois d'activité du Conseil
- Deuxième partie - Les organes créés par la loi du 5 août 1991
Chapitre I - Le Conseil de la concurrence
A. Mission du Conseil de la concurrence.
B. Autonomie du Conseil.
C. Division en chambres et répartition des affaires.
D. Réunion en assemblée plénière; décisions et avis.
E. Relation avec le Service de la concurrence.
Chapitre II - Le Service de la concurrence
A. Missions.
B. Composition.
C. Relation Service de la concurrence - Ministre des Affaires économiques
Chapitre III - La Commission de la concurrence
- Troisième partie - Les questions générales de procédure
Chapitre I - La saisine du Conseil
A. Le dépôt du rapport du Service : mode de saisine du Conseil ?
B. Le dépôt du rapport du Service contenant sa proposition de réponse à la Cour d'Appel de Bruxelles : mode de saisine du Conseil ?
Chapitre II - Les pouvoirs d'investigation et d'enquête du Conseil de la concurrence.
Chapitre III - La protection du secret des affaires.
Chapitre IV - La notification et la publication des décisions.
Chapitre V - Le recours auprès de la Cour d'Appel.
- Quatrième partie - Le contrôle préalable des concentrations - Analyse des décisions
Introduction
Chapitre I - Les questions relatives aux délais
A. Le délai de notification
B. Le délai de décision
a. Point de départ du délai de décision
b. La suspension du délai de décision
Chapitre II - Le déroulement de la procédure en deux phases
Chapitre III - L'absence de publication des notifications de concentrations
Chapitre IV - La notion de marché concerné
Introduction
A. La position du Service de la concurrence
B. Analyse des décisions du Conseil de la concurrence
C. Discussions
D. Conclusions

Chapitre V - Le caractère contrôlable de l'opération	
A. La nature de l'opération.	
B. Les seuils de contrôle.	
1. Le seuil relatif à la part de marché concerné	
2. Le seuil du chiffre d'affaires	
C. Le bilan concurrentiel	
- Cinquième partie - Les pratiques restrictives de concurrence	
Chapitre unique - La recevabilité des demandes et les décisions de classement d'un dossier	
- Sixième partie - Les avis du Conseil	
- Annexe :	
Affaires introduites sur base de la loi du 5 août 1991 - Répartition par secteurs	
- Concentrations	
- Ententes	
- Instructions ouvertes à la suite d'une plainte, d'une demande du Ministre ou du Conseil	
- Mesures provisoires	