

Les projets de réforme de la loi sur la protection contre les abus de puissance économique (*)

par Robert ANDERSEN

*Conseiller d'Etat — Chargé de cours
à la Faculté de Droit de l'U. C. L.*

La loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique (*Moniteur belge* du 22 juin 1960) occupe de manière récurrente l'actualité. Cette notoriété — toute relative — est moins due à l'une ou l'autre application spectaculaire qui en est faite qu'aux réactions souvent passionnées suscitées par les projets de réforme des ministres qui se sont succédés à la tête du département des affaires économiques.

Un important colloque, dont les actes ont été publiés dans un numéro spécial du *Bulletin de l'Institut international* de concurrence commerciale (Bruxelles, juillet 1977), a été consacré le 4 février 1977 à l'étude de l'avant-projet de loi sur la concurrence économique de M. F. Herman, à l'époque ministre des Affaires économiques.

L'abondante littérature inspirée par cet avant-projet justifie qu'il n'en soit plus ici question et que soient seuls examinés les projets de réforme qui ont suivi.

Retiendront l'attention, d'une part, l'avant-projet de loi sur la protection contre l'abus de puissance économique de M. le ministre des Affaires économiques W. Claes et, d'autre part, celui sur la concurrence économique de M. le ministre des Affaires économiques M. Eyskens, repris, moyennant certaines modifications, sous

(*) Texte révisé du rapport de l'auteur à la journée d'études du 13 novembre 1985 sur le « Renouveau du droit anti-trust belge » de l'A. E. D. C.

Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.

forme de projet de loi, par son successeur, M. Ph. Maystadt (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1).

SECTION 1

Les raisons des réformes projetées

Les deux projets de réforme, bien que d'inspiration sensiblement différente, ont le même point de départ. La loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique est obsolète. Ses défauts sont dénoncés et les remèdes propres à y remédier, proposés.

L'exposé des motifs de l'avant-projet Claes ne ménage pas ses critiques. La procédure prévue par la loi du 27 mai 1960 est longue et complexe. Le commissaire-rapporteur, qui doit être un magistrat du Parquet, est avant tout préoccupé de remplir correctement ses fonctions principales. En outre, il ne dispose pas d'un corps de fonctionnaires spécialisés en matière de concurrence.

Les informations statistiques nécessaires pour pouvoir mener une politique active de concurrence, font cruellement défaut — ce qui explique que le commissaire-rapporteur en soit réduit à agir sur plainte et sur la base de renseignements forcément incomplets. La procédure, telle qu'elle a été conçue, avec ses différentes phases successives, prend un temps considérable, décourageant ainsi les entreprises préjudiciées de déposer plainte. Les contrevenants ont, quant à eux, tout intérêt à traîner les choses en longueur et à attendre que des recommandations leur soient faites avant de changer leur comportement, puisqu'ils n'encourent jusqu'alors aucune sanction. La composition du Conseil du Contentieux économique est également critiquée au motif qu'elle ne fait pas une place suffisamment large aux représentants des milieux professionnels et syndicaux. Un autre défaut du système consisterait dans le caractère encore trop limité des pouvoirs du ministre, singulièrement en cas d'avis négatif du Conseil du Contentieux économique.

Les mêmes critiques se retrouvent dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi du ministre Eyskens, devenu le projet de loi du ministre Maystadt. La loi actuelle ne permet pas d'obtenir des informations sectorielles. Il n'existe pas un corps de fonctionnaires spécialisés. La procédure est complexe et lourde et assure en quelque sorte l'impunité au contrevenant. Ces déficiences explique-

raient le petit nombre de cas d'application de la loi. Les deux projets de réforme s'accordent également sur la nécessité de mener en Belgique une politique active de la concurrence et, par suite, de doter la Belgique d'une législation moderne et efficace.

SECTION 2

Les réformes préconisées

Les voies suggérées en vue de réformer la législation existante sont différentes.

§ 1. *Les lignes maîtresses de l'avant-projet Claes*

A l'instar de la loi du 27 mai 1960, l'avant-projet de loi Claes vise exclusivement la répression des abus de puissance économique, la puissance économique étant définie comme le pouvoir d'exercer une influence prépondérante sur le marché et l'abus, comme l'usage, contraire à l'intérêt général, de ce pouvoir (art. 1 et 2). Les pratiques restrictives de la concurrence ne sont pas en soi répréhensibles, mais elles le deviennent quand elles portent atteinte à l'intérêt général. L'avant-projet n'innove pas sur ce point.

Est par contre neuve la volonté omniprésente de concentrer, au nom de l'efficacité, tous les pouvoirs entre les mains du ministre et de son administration. Ainsi, l'Administration du commerce du ministère des Affaires économiques se voit-elle chargée de procéder à des enquêtes générales ou sectorielles dans le but de déceler l'existence d'un abus de puissance économique. Elle dispose, à cet effet, du pouvoir de réunir toute la documentation nécessaire et d'entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements utiles (art. 3). De la sorte, une banque de données pourra être constituée et un contrôle permanent, institué. Ainsi également, le ministre ou son délégué choisi parmi les fonctionnaires de l'Administration du commerce ou de l'Inspection générale économique, décide-t-il d'ouvrir une instruction. L'institution du commissaire-rapporteur, magistrat du Parquet, est supprimée. Le ministre ou son délégué agit soit d'office, soit sur plainte. Dans ce dernier cas, le ministre ou son délégué décide si la plainte est recevable et fondée et, dans la négative, classe l'affaire. Ce sont des fonctionnaires

mandatés par le ministre qui sont chargés de recueillir les preuves et qui disposent à cet effet des pouvoirs d'investigation les plus étendus (art. 4 et 5). Au terme de l'instruction, un fonctionnaire désigné par le ministre rédige un rapport motivé qui est transmis pour avis à la Commission de la protection contre l'abus de puissance économique (art. 6). L'institution de cette commission constitue une autre nouveauté. Elle est destinée à se substituer au Conseil du Contentieux économique et est, quant à sa composition et quant à son fonctionnement, conçue sur le modèle de la Commission pour la régulation des prix (art. 7). La présence en son sein de magistrats n'est pas prévue. Saisie du rapport, elle émet, à l'intention du ministre, un avis motivé sur l'existence ou non d'un abus de puissance économique dans un délai qui est normalement de 3 mois. Il est à noter que c'est seulement après la saisine de la commission que la procédure acquiert un caractère contradictoire et devient quasi-juridictionnelle (art. 9 à 11).

Le pouvoir de décision appartient au seul ministre. Son pouvoir d'appréciation est entier, en ce sens qu'il est libre de suivre ou non l'avis de la commission. S'il conclut à l'existence d'un abus de puissance économique, sa décision doit être motivée. En ce cas, il ordonne la cessation de l'abus et prescrit les mesures nécessaires pour y mettre fin. La procédure de négociations et de recommandations prévue à l'article 14 de la loi du 27 mai 1960, est supprimée. Le ministre peut prendre immédiatement les mesures qui s'imposent en vue de faire cesser l'abus.

En cas de constatation d'un abus de puissance économique, le ministre peut également interdire pendant le temps qu'il détermine, d'appeler aux fonctions d'administrateur une personne déjà titulaire d'un mandat d'administrateur ou de gérant dans une société concurrente, acheteuse ou vendeuse sur le marché relevant ou de fusionner avec une telle société, de l'absorber ou d'accroître la participation dans son capital ou de souscrire des emprunts émis par elle, ou encore ordonner la réalisation des participations financières jugées indésirables. L'arrêté ministériel constatant l'abus est publié in extenso au Moniteur belge (art. 15).

L'avant-projet de loi Claes donne également au ministre des Affaires économiques le pouvoir de réprimer les abus de puissance économique au moyen de sanctions qualifiées d'administratives. La répression est renforcée (art. 16 à 24). Tandis que sous l'empire de la loi du 27 mai 1960, c'est la violation de l'arrêté royal ordonnant la cessation de l'abus qui est érigée en infraction

sanctionnée de peines correctionnelles, dans l'avant-projet de loi Claes c'est l'abus de puissance économique qui constitue, en tant que tel, l'infraction que le ministre est en droit de sanctionner au moyen d'une amende administrative dont il fixe souverainement le montant dans les limites fixées à l'article 16 de l'avant-projet. De la sorte, le seul fait de mettre fin à l'abus avant sa contestation formelle par le ministre, ne permet plus au contrevenant d'échapper à la répression. Le même ministre peut non seulement prononcer des amendes administratives, mais également contraindre le contrevenant à exécuter les mesures qu'il a prescrites en vue de mettre fin à l'abus en assortissant les mesures d'astreintes pouvant aller jusqu'à 50.000 F par jour ou 1/2.000^e du montant de l'amende (art. 18). Le ministre décide souverainement s'il y a lieu ou non de prononcer des amendes administratives ou des astreintes. Leur recouvrement se fait comme en matière de contributions directes (art. 21).

Un recours auprès du Pouvoir judiciaire est prévu mais il est singulièrement limité. Les cours d'appel sont compétentes pour statuer en premier et dernier ressort sur toute contestation sur le montant — et uniquement sur le montant — de l'amende administrative ou de l'astreinte. Ce recours est à exercer dans les deux mois de la publication au Moniteur belge de l'arrêté ministériel infligeant ces sanctions administratives ou comminant les astreintes (art. 26). La prescription est prévue tant en ce qui concerne les poursuites que les sanctions (art. 23).

§ 2. *Les lignes maîtresses de l'avant-projet de loi Eyskens
devenu le projet de loi Maystadt*

La réforme envisagée procède ici d'une profession de foi dans les vertus de la concurrence. Cette foi n'est pas aveugle. L'objectif poursuivi est empreint de réalisme: il ne s'agit pas de faire fonctionner tous les marchés selon le modèle théorique et abstrait, pour ne pas dire utopique, de la concurrence parfaite, mais bien d'instaurer une concurrence maximale compte tenu de la structure et des autres données du marché. Référence est ainsi faite au concept de « concurrence praticable » ou de « concurrence effective » (*workable competition*) (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1, p. 7 et 13). La mise en œuvre d'une politique

active de concurrence ira de pair avec le démantèlement progressif de la politique des prix. Comme le déclarait le ministre Eyskens, l'objectif est : « *de werkzame concurrentie te stimuleren daar waar dat moet en daar waar dat kan en de tegenpool daarvan is: het ontmantelen van de prijzenreglementering* » (Conférence du 18 décembre 1984 à la Fédération des industries agricoles et alimentaires).

Pour pouvoir mener une politique active de concurrence, il faut se doter des instruments juridiques adéquats. L'avant-projet de loi Eyskens, devenu le projet de loi Maystadt, entend y pourvoir. Visiblement inspiré du droit européen de la concurrence, il distingue deux types de pratiques restrictives de concurrence : d'une part, les ententes qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence (effective) sur le marché relevant (relevant market) et, d'autre part, l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché relevant (art. 1 à 3 du projet), et se réfère à la jurisprudence tant de la Commission que de la Cour de Justice des Communautés européennes pour tout ce qui concerne l'interprétation des notions de base. Ainsi pour ne prendre qu'un exemple, le commentaire de l'article 1^{er}, c, du projet se réfère, sans le citer nommément, à l'arrêt de la Cour de Justice du 21 février 1973, Euroemballage Corporation et Continental Can Co Inc./Commission, affaire 6/72 (*Recueil* 1973, p. 215), pour souligner que constitue un abus de position dominante, le fait pour une entreprise de renforcer sa position dominante par voie de concentration avec une autre entreprise avec la conséquence que la concurrence qui aurait effectivement ou potentiellement subsisté malgré l'existence de la position dominante initiale est pratiquement éliminée pour les produits en cause (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1, p. 14).

Les ententes et abus de position dominante ne sont cependant visés que dans la mesure où l'entrave à la concurrence est localisée sur le territoire du Royaume ou une partie substantielle de celui-ci (art. 2). A l'instar du droit européen, le projet fait échapper à l'interdiction de principe les accords d'importance mineure. L'inapplicabilité est réputée acquise lorsque les entreprises satisfont aux conditions prévues à l'article 12, § 2, de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels et, de plus, occupent ensemble une part du marché relevant inférieure ou égale à 10 %, ce pourcentage pouvant être augmenté pour les secteurs qu'il désigne par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres,

après avis du Conseil supérieur des classes moyennes et du Conseil de la concurrence. Les entreprises qui souhaitent obtenir une déclaration d'inapplicabilité de la loi peuvent en faire la demande — ce qui correspond à l'attestation négative en droit communautaire (art. 5, § 1^{er}, b).

Le projet n'est pas non plus applicable aux pratiques restrictives de concurrence autorisées par une loi ou dans le cadre d'une procédure prévue par la loi (art. 5, § 1^{er}, a). Sont spécialement visés les accords entre entreprises en matière de production, de distribution, de vente, d'exportation et d'importation, dont les effets sont, à la demande des intéressés, étendus et rendus obligatoires par voie d'arrêté royal à l'ensemble des entreprises du secteur en application de l'arrêté royal n° 62 du 13 janvier 1935 (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1, p. 15).

Il ne l'est pas davantage aux institutions de crédit créées par ou en vertu d'une loi particulière, aux associations de crédit agréées par ces institutions, aux banques, aux caisses d'épargne privées et aux entreprises régies par le chapitre 1^{er} de la loi du 10 juin 1964 et par la loi du 9 juillet 1975 (art. 5, § 2). Toutes les autres entreprises sont soumises à la loi, sans qu'il y ait, en principe, lieu de distinguer selon qu'elles sont privées ou publiques. Toutefois, le Roi peut, s'agissant de ces dernières, prendre, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les mesures indispensables à l'accomplissement des missions particulières d'intérêt général qui leur sont imparties (art. 4) (comparez art. 90, § 2, du Traité C.E.E.).

Comme en droit européen de la concurrence, les ententes qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence sont, en principe, toutes interdites; de même, la position dominante n'est pas prohibée en tant que telle mais bien l'exploitation abusive qui en est faite (art. 3). On observe qu'aucune référence n'est faite au critère de l'intérêt général pour définir les pratiques restrictives de concurrence. L'atteinte à la concurrence est tenue pour être en soi contraire à cet intérêt général. Cette notion apparaît lorsqu'il s'agit de faire le départ entre les bonnes et les mauvaises ententes. En effet, comme en droit communautaire, les bonnes ententes peuvent être exemptées (art. 6). Une différence existe cependant. D'autres raisons d'intérêt général que celles figurant à l'article 85, alinéa 3, du Traité C.E.E. et reprises à l'article 6, a, du projet, peuvent justifier une exemption. Sont pris notamment en considération les impératifs de politique industrielle, commerciale, agricole, financière, technologique, culturelle, sociale ou régionale et de compétitivi-

té des entreprises sur les marchés étrangers (art. 6, b). Ces autres raisons — est-il précisé — ne seront qu'exceptionnellement retenues (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1, p. 8 et 15). Ces exemptions peuvent être accordées individuellement ou par catégories. Elles peuvent être subordonnées à des conditions et à des charges. Elles sont accordées pour une durée limitée (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1, p. 18). Curieusement, le projet n'impose pas aux entreprises de demander à bénéficier d'une exemption; il se contente de relever qu'elles y ont avantage pour des raisons de sécurité juridique (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet n° 360/1, p. 16). Il va bien entendu de soi qu'un abus de position dominante ne peut pas être exempté.

Sur le plan procédural, le projet présente certaines analogies avec l'avant-projet Claes. Le rôle du ministre des Affaires économiques et de son administration est également primordial. L'institution du commissaire-rapporteur disparaît et un service spécialisé, le Service de la concurrence, est créé au sein de l'Administration du commerce (art. 8). Ce service procède à des enquêtes générales ou sectorielles et acquiert de la sorte une meilleure connaissance de la structure des marchés et du comportement des entreprises — ce qui est la condition sine qua non de toute politique active de concurrence. Dans l'accomplissement de cette mission, il peut réunir toute documentation nécessaire et entendre toute personne à même de lui procurer des renseignements utiles (art. 14).

Le Service de la concurrence instruit les affaires. Bien que placés sous le pouvoir hiérarchique du ministre des Affaires économiques, ces agents bénéficient d'une certaine indépendance, dans la mesure où, d'une part, leur carrière est plane et où, d'autre part, ils ne peuvent être sanctionnés disciplinairement pour des faits commis dans l'exercice de leur mission spécifique qu'à la demande motivée du procureur général (art. 8).

Le Service de la concurrence ouvre une instruction :

- soit sur plainte;
- soit à la demande du ministre des Affaires économiques, singulièrement lorsque celui-ci est saisi d'une « demande d'information » par un tribunal ayant à connaître d'un litige dont la solution dépend de la licéité d'une pratique restrictive de concurrence;

- soit à la demande d'une entreprise concernée en cas de demande d'inapplicabilité ou d'exemption;
- soit d'office lorsqu'il existe des indices sérieux de l'existence de pratiques restrictives de concurrence (art. 12, § 1^{er}).

Les agents du Service de la concurrence sont compétents pour rechercher et constater les infractions. A cet effet, ils disposent de pouvoirs d'investigation extrêmement étendus. Il est toutefois à noter qu'ils doivent être porteurs d'un mandat écrit délivré par le fonctionnaire dirigeant le Service, précisant l'objet et le but de leur mission. Dans l'exercice des missions qui leur sont confiées, ils sont soumis à la surveillance du procureur général (art. 12, §§ 2 et 3).

Lorsque le Service de la concurrence est saisi d'une plainte, il peut, sans instruction préalable, proposer au Conseil de la concurrence de classer l'affaire sans suite lorsqu'il lui paraît d'emblée que la plainte est irrecevable ou non fondée. Toutefois s'il lui semble que la plainte est irrecevable mais qu'il existe des indices sérieux de l'existence d'une pratique restrictive de concurrence, rien ne l'empêche d'ouvrir d'office une instruction. Lorsqu'il y a instruction, celle-ci se termine par l'établissement par le Service de la concurrence d'un rapport motivé, après audition des entreprises intéressées (art. 13, § 1^{er}). Ce rapport contient, selon le cas, une proposition de règlement par arrêté royal, de décision par arrêté ministériel, de réponse à la « demande d'information » du tribunal, ou encore de classement. Le dossier de l'affaire et le rapport sont transmis au Conseil de la concurrence (art. 13, § 2). Ce Conseil est chargé de donner au ministre des Affaires économiques un avis sur les pratiques restrictives de concurrence ayant fait l'objet d'une instruction, ainsi que sur toute question relative à la politique de concurrence (art. 9). Il est composé de membres ayant voix délibérative nommés par le Roi parmi les magistrats de l'ordre judiciaire et de membres ayant simplement voix consultative qui sont tous des fonctionnaires (art. 10). La procédure devant le Conseil est de type quasi-juridictionnel. Les entreprises dont l'activité a fait l'objet de l'instruction (et si le Conseil le juge opportun, le plaignant) reçoivent copie du rapport, peuvent obtenir copie du dossier de l'instruction et sont entendus par le Conseil en leurs moyens de défense, réserve étant faite du cas où le Conseil fait sienna la proposition de classement du Service de la concurrence. Le Conseil peut entendre toute personne ou entreprise et peut

demander au Service de la concurrence de procéder à une enquête ou à un complément d'enquête (art. 15).

Le pouvoir de décision est partagé entre ce Conseil, le ministre des Affaires économiques et le Roi. Le pouvoir de décision revient, dans deux cas, au Conseil de la concurrence :

- lorsque soit immédiatement, soit au terme de l'instruction menée devant lui, le Conseil conclut à l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence, auquel cas le ministre est tenu par cette décision et se limite à en informer l'entreprise qui a fait l'objet de l'instruction ainsi que le plaignant (art. 16, § 3);
- lorsque le ministre a omis de statuer dans le délai prescrit, auquel cas l'avis du Conseil tient lieu de décision (art. 17, § 4).

A l'expiration du délai dont dispose le Conseil de la concurrence pour rendre son avis, le ministre, au vu du dossier de l'affaire et de l'avis motivé du Conseil, peut, suivant les cas :

- soit proposer au Roi d'exempter, par catégories, certaines ententes;
- soit, par la voie d'un arrêté ministériel motivé, prononcer une exemption à titre individuel, délivrer une attestation négative ou constater l'existence d'une pratique restrictive de concurrence et ordonner, s'il y a lieu, la cessation de celle-ci dans le délai qu'il prescrit, ou encore constater l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence (art. 17, §§ 1^{er} et 2).

Le ministre peut également, par arrêté motivé, prévoir des astreintes pour non-respect de ses décisions et ce, à raison d'un montant journalier de maximum 250.000 F pour chacune des entreprises concernées (art. 17, § 3). Les décisions du ministre et les avis en tenant lieu du Conseil de la concurrence sont publiés au Moniteur belge et notifiés aux entreprises dont les pratiques restrictives ont fait l'objet de l'instruction (art. 17, § 5).

Ces mêmes décisions et avis peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction auprès de la Cour d'appel compétente en vertu de l'article 624 du Code judiciaire, dans les 30 jours de la date de leur publication au Moniteur belge (art. 19, al. 1 et 2). Initialement, le recours prévu à l'article 19 était un recours en

annulation auprès des cours d'appel de l'ordre judiciaire. L'influence de l'article de M. le procureur général émérite F. Dumon « Projets de réforme et fonction juridictionnelle » (*J. T.* 1977, p. 540 et 541) fut déterminante sur le choix de cette solution. Pour mémoire, ce haut magistrat y critique la compétence que l'avant-projet de loi du ministre F. Herman donne au Conseil d'Etat, compétence d'annulation en ce qui concerne les décisions administratives et de pleine juridiction pour ce qui est des amendes et astreintes. L'attribution de cette compétence au Conseil d'Etat n'est pas, selon lui, compatible avec les dispositions constitutionnelles, spécialement l'article 92, car les dispositions de l'avant-projet de loi limitent et réglementent la liberté contractuelle et la liberté du commerce et de l'industrie, permettent de frapper le patrimoine et mettent ainsi directement en cause des droits civils. Les contestations qui s'élèveraient à propos des limitations apportées à ces droits par l'avant-projet seraient, par suite, des contestations relatives à des droits civils, qui, en vertu de l'article 92 précité, sont de la compétence exclusive du pouvoir judiciaire, de telle sorte que les recours juridictionnels envisagés ne pourraient être introduits que devant une juridiction relevant du pouvoir judiciaire, par exemple les Cours d'appel. Pour le haut magistrat, il ne serait ni logique ni opportun ni même indiqué d'accorder au juge un pouvoir de pleine juridiction, sauf en ce qui concerne les amendes prononcées. Sous cette réserve, le juge du pouvoir judiciaire ne devrait avoir qu'un pouvoir d'annulation. Devançant l'objection que dans l'état actuel de la législation, seuls la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat ont le pouvoir d'annuler pour violation des règles de droit et notamment de celles qui prescrivent des formes substantielles ou prévues à peine de nullité, il répond que ce n'est point là une raison suffisante pour ne pas adopter sa suggestion et de citer à cet égard l'exemple de la loi du 16 mars 1976 relative aux recours devant la cour d'appel en matière de contributions directes qui autorise le contribuable à soulever en degré d'appel des moyens nouveaux, pour autant qu'ils invoquent une contravention à la loi ou une violation des formes de procédure prescrites à peine de nullité.

Cette solution a été critiquée par la section de législation du Conseil d'Etat qui a fait valoir qu'elle dérogeait à la compétence générale que les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat attribuent à la section d'administration; que les décisions contre lesquelles le projet prévoit un recours en annulation sont des décisions administratives causant grief qui entrent dans le champ d'application de

l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; qu'il n'y a aucune raison de soustraire ce contentieux au Conseil d'Etat alors que le législateur a voulu conférer à une juridiction administrative spécialisée, qui est précisément le Conseil d'Etat, une compétence générale d'annulation des décisions de l'Administration et que la circonstance que ces décisions ont des implications patrimoniales ne peut être utilement invoquée pour déroger à cette compétence générale du juge de l'excès de pouvoir, d'autant moins que la procédure civile de type accusatoire ne se prête guère à un recours en annulation (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 47 et 48).

La solution retenue réalise un compromis: comme souhaité par M. le procureur général émérite F. Dumon, les cours d'appel sont compétentes, mais, pour répondre à l'objection du Conseil d'Etat, leur compétence n'est pas une compétence d'annulation, mais une compétence de pleine juridiction. Autrement dit, elles bénéficient d'une compétence élargie qui leur permet de contrôler sous tous ses aspects la décision entreprise et, à la suite de ce contrôle, de l'amender, de la réformer ou, plus simplement, de lui dénier tout effet. Ce recours ne porte pas seulement sur l'astreinte dont la décision entreprise est assortie. Il n'est pas, en principe, suspensif de l'obligation de payer l'astreinte, mais la cour peut, à la demande de l'intéressé, décider cette suspension jusqu'au prononcé de son arrêt (art. 19, al. 3 et 4). Le recours en cassation est ouvert contre l'arrêt de la cour d'appel.

A l'inverse de ce que prévoit l'avant-projet Claes, le ministre des Affaires économiques n'a pas ici le pouvoir d'assortir ses décisions à la fois d'amendes administratives et d'astreintes. Il peut seulement prononcer des astreintes. Des sanctions de nature pénale sont prévues en cas de transgression d'une décision prise en application de la loi par le Conseil de la concurrence ou le ministre, selon le cas. Ces sanctions — amende, confiscation, paiement d'une somme correspondant au bénéfice indûment réalisé ou publication dans les journaux ou par tout autre moyen — sont prononcées par les Cours et Tribunaux. Si la décision administrative fait l'objet d'un recours de pleine juridiction auprès de la cour d'appel, le juge pénal devant lequel le prévenu est poursuivi pour ne pas avoir respecté ladite décision administrative, est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps que la cour d'appel ne s'est pas prononcée par un arrêt coulé en force de chose jugée sur le recours spécifique introduit auprès d'elle par l'intéressé (art. 20, § 5).

Le juge civil est, de son côté, compétent pour se prononcer, à l'occasion des litiges dont il est saisi, sur l'existence d'une pratique restrictive de concurrence. Le projet dispose, en son article 18, que lorsque la solution du litige dépend de la licéité d'une pratique restrictive de concurrence, le tribunal peut surseoir à statuer et saisir le ministre. Au terme de la procédure administrative normale, celui-ci répond aux questions que le tribunal lui a posées et, s'il néglige de se prononcer dans le délai prévu à l'article 17, §§ 1^{er} et 2, c'est l'avis du Conseil de la concurrence qui tient lieu de réponse (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 10). Cette procédure est visiblement inspirée du droit européen de la concurrence, avec toutefois une différence essentielle. Comme l'observe la section de législation du Conseil d'Etat (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 46), le renvoi de l'affaire devant le ministre ne se fait pas au titre de question préjudicielle, car le principe de la séparation des pouvoirs s'y opposerait, mais au titre de demande d'information. Le juge civil n'est donc nullement obligé de surseoir à statuer, encore que ce soit souhaitable, singulièrement lorsqu'une demande d'inapplicabilité ou d'exemption a été introduite auprès du ministre.

Le premier volet du projet de loi est consacré à la politique de concurrence. Le second l'est à la politique des prix. Ce second volet repose sur une prise de position de politique économique d'inspiration nettement néo-libérale, qui peut être résumée comme suit. Le contrôle des prix est le plus souvent inefficace. Il s'attache aux manifestations extérieures de l'inflation, sans s'attaquer à ses causes profondes. Pour reprendre une image très souvent utilisée, c'est mettre un couvercle sur une marmite où l'eau bout au lieu de réduire la température sous la casserole. Cette politique peut avoir des effets contraires à ceux espérés. Ainsi, les entreprises, de peur de ne pouvoir ensuite rehausser leurs prix, peuvent s'abstenir de pratiquer des baisses de prix lorsque les circonstances le leur permettent, d'où une certaine rigidité des prix à la baisse. Si le prix fixé d'autorité se situe à un niveau trop bas, une altération de la quantité ou de la qualité des produits ou services en résultera. Les prix réglementés peuvent également favoriser la formation d'ententes au niveau du secteur professionnel concerné.

Le démantèlement de l'arsenal législatif et réglementaire existant en matière de contrôle des prix doit toutefois être progressif et aller de pair avec la mise en œuvre d'une politique active de concurrence,

car autrement, le marché livré à lui-même ferait l'objet de régulations stratégiques de la part du secteur privé — ce qui reviendrait à substituer une régulation privée à une régulation publique (v. interview du professeur A. Jacquemin de l'U.C.L. au journal *Le Soir*, publiée dans l'édition du 26 avril 1985, p. 2). Le maintien dans certains secteurs, singulièrement les secteurs abrités où la concurrence ne joue pas ou guère est, par ailleurs, justifié (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 12).

Concrètement, ceci se traduit dans le projet de la manière suivante :

- le Roi détermine, par arrêtés délibérés en Conseil des ministres, les secteurs, catégories de produits ou services et produits ou services soustraits au régime de la déclaration des hausses de prix et de la fixation d'un prix maximum individualisé, instauré par la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix;
- dans les secteurs ainsi libérés, le ministre peut instaurer un système de notification des hausses de prix dans un but de simple information;
- dans certains secteurs libérés, ceux où il a été fait droit à une demande d'inapplicabilité ou d'exemption, le ministre peut refuser tout ou partie des hausses de prix notifiées dans un délai de deux mois à dater de la notification, après examen des justifications demandées et sur avis de la Commission pour la régulation des prix;
- dans les secteurs non libérés, la réglementation publique des prix reste d'application.

Le démantèlement du contrôle des prix suivra de six mois l'entrée en vigueur des dispositions du chapitre II relatives aux institutions chargées de la mise en œuvre de la politique de concurrence, soit le Service et le Conseil de la concurrence, et le même jour que les autres dispositions de ce chapitre.

SECTION 3

Quelques réflexions sur les réformes envisagées

De propos délibéré sont écartées de la discussion comme relevant du domaine de la politique, deux questions importantes. La première est de savoir s'il est opportun de légiférer en droit interne en matière d'ententes et d'abus de puissance économique compte tenu du champ d'application territorial extrêmement étendu du droit communautaire. En effet, d'une part, toute entente susceptible d'affecter le commerce intracommunautaire affecte nécessairement aussi les marchés de tous les pays où les entreprises participant à l'entente exercent leurs activités et, d'autre part, une entente, qui concerne de manière directe et immédiate un seul marché national, peut néanmoins affecter le commerce entre Etats membres. La seconde question est celle de la coexistence entre politique de concurrence et politique des prix. Les deux sont-elles complémentaires ou s'excluent-elles ?

Sous le bénéfice de cette observation préliminaire, on consacre ci-après quelques premières réflexions aux réformes envisagées.

§ 1. *L'avant-projet Claes*

Au crédit de l'avant-projet, il y a incontestablement lieu de porter la volonté de créer un corps de fonctionnaires spécialisés disposant des pouvoirs nécessaires pour récolter les informations générales et sectorielles indispensables et les tenir, de manière permanente, à jour ainsi que pour recueillir auprès des entreprises faisant l'objet d'une instruction et auprès des tiers tous les renseignements et éléments de preuve.

L'accélération voulue de la procédure constitue également un point positif de l'avant-projet, même si concrètement, elle se traduit seulement par la fixation d'un délai dans lequel la Commission de la protection contre l'abus de puissance économique doit remettre son avis motivé au ministre. (Aucun délai n'est, par contre, prévu en ce qui concerne l'instruction menée par les fonctionnaires du département et la prise de décision par le ministre.)

A côté de ses aspects positifs, l'avant-projet comporte également des aspects négatifs. Comme il a déjà été relevé lors de l'examen

des principales dispositions de l'avant-projet, tous les pouvoirs sont réunis dans les mains du ministre. Face à ces pleins pouvoirs, les administrés paraissent bien démunis. C'est le ministre qui décide s'il y a lieu ou non d'ouvrir une instruction, qui sera menée par des fonctionnaires placés sous ses ordres. En cas de plainte, le même statue, apparemment sans recours, sur la suite qu'il compte y donner. C'est encore lui qui désigne le fonctionnaire chargé d'établir le rapport de l'instruction et de le transmettre pour simple avis à la Commission de la protection contre l'abus de puissance économique. La décision finale lui revient sans aucun partage. L'instruction est entièrement secrète et ce n'est qu'après la saisine de la Commission précitée que les entreprises ont connaissance des charges qui pèsent sur elles et sont entendues en leurs explications et moyens de défense par ladite commission. Elles ne sont pas entendues par le ministre, pas même s'il décide, contre l'avis de la commission, qu'elles ont commis un abus de puissance économique. Pire, elles ne le sont même pas dans le cas où il déciderait de prononcer à leur charge des amendes ou des astreintes. Les droits de la défense sont de la sorte compromis.

Quant aux voies de recours juridictionnelles, elles sont réduites à peu de chose. Il semble bien en effet que l'intention de l'auteur de l'avant-projet de loi soit de soustraire les décisions du ministre à tout contrôle juridictionnel approfondi, au motif que l'appréciation de ce que l'intérêt général requiert revient au pouvoir politique et à lui seul. C'est ainsi que le plaignant ne dispose d'aucun recours et que l'entreprise reconnue coupable par le ministre d'avoir commis un abus de puissance économique n'en a d'autre que celui extrêmement limité qui lui est ouvert auprès de la cour d'appel contre le seul montant de l'amende administrative ou de l'astreinte. Ce recours n'a même pas un caractère suspensif.

§ 2. L'avant-projet de loi Eyskens devenu le projet de loi Maystadt

Certains points sont communs avec l'avant-projet de loi Claes. La même volonté se manifeste de doter l'Administration d'un corps de fonctionnaires spécialisés en matière d'ententes et d'abus de position dominante. On y retrouve également le souci d'éviter que les affaires ne traînent en longueur. Des délais de rigueur sont

prévus qui marquent les différentes étapes de la procédure. Lorsque celle-ci est mue à l'initiative d'un tiers plaignant, celui-ci peut même solliciter le bénéfice de l'urgence auquel cas, si le Service de la concurrence accède à sa requête, ce service aura à transmettre le dossier et le rapport motivé qui clôture l'instruction au Conseil de la concurrence et ce dernier à rendre son avis, dans des délais abrégés (art. 13, § 4 et 16, § 2), le délai dont dispose le ministre pour prendre sa décision restant cependant inchangé (art. 17, §§ 1^{er} et 2). Dans le même souci d'accélérer la procédure, il est prévu, d'une part, que si le Conseil ne rend pas son avis dans le délai — normal ou abrégé — qui lui est assigné, il est désaïssi de l'affaire au profit du ministre et, d'autre part, que si, en possession de l'avis, le ministre ne se prononce pas dans le délai prévu, l'avis tient lieu de décision. Ce système, à première vue ingénieux, qui consiste à se passer, selon le cas, de l'avis de la Commission ou de la décision du ministre, n'est pas sans présenter des inconvénients. Le Conseil d'Etat, section de législation, a observé qu'en cas d'absence d'avis de la Commission dans le délai prescrit, l'instruction contradictoire menée devant elle n'a servi à rien et que le ministre décide en ce cas sans avoir préalablement entendu l'entreprise en ses moyens de défense, l'audition de l'entreprise par le ministre n'étant pas prévue par le projet (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 45 et 46). Le respect des droits de la défense est de la sorte plus ou moins bien assuré en fonction d'une circonstance tout à fait fortuite: la diligence mise par la Commission à rendre son avis. On peut se demander si cette observation est bien exacte et si l'audition de l'entreprise par le ministre ne s'impose pas dans ce cas, même sans texte, en vertu du principe du contradictoire et, en tout état de cause, lorsque le ministre se propose de comminer sa décision d'une astreinte. Il n'empêche qu'il serait préférable, ne fût-ce que par souci de sécurité, d'inscrire cette garantie dans l'article 17 du projet. L'ingéniosité n'est pas non plus sans faille. En effet, rien n'est prévu pour le cas où non seulement le Conseil, mais également le ministre omettraient de statuer dans les délais prescrits.

Le projet présente également certaines lacunes en ce qui concerne les recours juridictionnels. Selon l'article 19, les décisions prises par arrêté ministériel peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel. Ce recours peut être le fait de toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt direct et personnel et donc aussi bien de l'entreprise partie à une entente ou

disposant d'une position dominante sur le marché que des plaignants (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 11).

Aucun recours auprès de la cour d'appel n'est toutefois prévu contre les décisions de classement, qu'elles interviennent avant ou après instruction par le Conseil de la concurrence (art. 15, § 1^{er} et 16, § 3). Est-ce parce qu'en droit communautaire le plaignant ne dispose pas d'un recours contre l'acte par lequel la Commission lui annonce qu'elle n'entend pas engager la procédure ou faut-il plutôt y voir un simple oubli de la part de l'auteur de l'avant-projet? Pour sa part, la section de législation du Conseil d'Etat, tout en étant d'avis qu'en ce cas la décision du Conseil peut être considérée comme un acte administratif contre lequel le plaignant dispose du recours général en annulation auprès de la section d'administration du Conseil d'Etat, se demande cependant si ceci correspond bien aux intentions du gouvernement, alors que les avis-décisions du même conseil visés à l'article 17, § 4, du projet font eux l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 44 et 45).

Aucun recours n'est non plus expressément prévu contre les arrêtés royaux exemptant, par catégories, des pratiques restrictives de concurrence. Ici, aucun doute n'est permis. Il n'y a aucune raison d'exclure le recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'Etat.

Comme il a été relevé ci-dessus, la section de législation du Conseil d'Etat a considéré qu'il était contraire au principe de la séparation des pouvoirs que le juge civil, saisi d'un litige dont la solution dépend de la licéité d'une pratique restrictive de concurrence, soit tenu de renvoyer l'affaire devant le ministre au titre de question préjudicielle. On peut toutefois se demander s'il eut été contraire à ce principe de prévoir dans la même hypothèse qu'une instruction serait ouverte par l'administration à la demande du tribunal, à moins qu'elle ne fût déjà en cours, et qu'il serait sursis à statuer en attendant qu'intervienne, au terme de l'instruction, une décision définitive pouvant être soit la décision du ministre ou l'avis du Conseil de la concurrence en tenant lieu, soit l'arrêt de la Cour d'appel en cas de recours spécifique, le juge civil étant tenu de se conformer à la décision, à l'avis ou à l'arrêt, selon le cas. Le principe de séparation des pouvoirs ne s'oppose certainement pas à ce qu'au sein du même pouvoir judiciaire, un tribunal soit tenu de surseoir à statuer et de se conformer à la décision d'un autre tribunal. Sur la suggestion de la section de législation du Conseil

d'Etat, l'article 20 du projet n'a-t-il pas d'ailleurs été complété par un § 5 qui, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, prévoit que lorsque les faits soumis au juge pénal font par ailleurs l'objet du recours spécifique visé à l'article 19, la juridiction répressive est tenue de surseoir à statuer tant que le recours spécifique n'a pas donné lieu à une décision coulée en force de chose jugée? On n'aperçoit pas pourquoi la même solution ne s'appliquerait pas au juge civil dans l'hypothèse de l'article 18. L'existence même d'un recours spécifique ouvert auprès d'une juridiction de l'ordre judiciaire, la cour d'appel, contre la décision du ministre ou l'avis du Conseil de la concurrence en tenant lieu, lequel recours doit, sous peine de déchéance, être exercé dans un délai de 30 jours, n'est-il pas de nature à écarter l'objection tirée de la séparation des pouvoirs et soulevée à l'encontre du caractère obligatoire pour le juge — tant le juge civil dans le cas de l'article 18 que le juge pénal dans celui de l'article 20 — de la décision ministérielle ou de l'avis en tenant lieu? En décider autrement ne serait-il pas priver le recours spécifique de l'essentiel de son utilité?

Par ailleurs, le projet de loi s'expose également à la critique dans la mesure où il contient des dispositions qui, malgré la volonté clairement exprimée dans son exposé des motifs (Doc. Parl., Sénat, session 1985-1986, projet 360/1, p. 6) de respecter le principe de la primauté de la règle communautaire solennellement affirmé par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son célèbre arrêt du 13 février 1969, *Walt Wilhem e.a./Bundeskartellamt*, affaire 14/68 (*Recueil* 1969, p. 1), adoptent des solutions qui s'écartent de celles consacrées par le droit communautaire. Ainsi, plutôt que de soustraire du champ d'application du projet de loi les pratiques restrictives autorisées par une loi ou dans le cadre d'une procédure prévue par la loi, ainsi que les pratiques restrictives dans le secteur bancaire (art. 5), l'auteur du projet eût été bien mieux inspiré de prévoir que toutes les pratiques restrictives de concurrence sont, en principe, interdites, à moins que, pour reprendre la formule de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 9 juillet 1969, *Völk/Vervaecke*, affaire 5/69 (*Recueil* 1969, p. 295), elles n'affectent le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché de produits ou de services en cause, ou encore qu'elles ne puissent bénéficier d'une exemption dans les conditions prévues à l'article 85, § 3, du Traité C.E.E. En effet, les entreprises ayant participé à une entente ayant pour objet ou

pour effet de restreindre la concurrence ne peuvent pas se prévaloir, comme d'un alibi, de la circonstance que l'autorité publique l'a rendue obligatoire pour tout le secteur concerné, pour échapper à l'application de l'article 85, § 1, du Traité C. E. E. (C. J. C. E., arrêt du 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac/G. Clair, affaire 123/83, *Recueil* 1985, p. 424, attendu 23). De même, il est indifférent, du point de vue du droit communautaire, que les pratiques restrictives soient le fait d'entreprises du secteur bancaire (G. Bernini, *Les règles de concurrence, Trente ans de droit communautaire*, 1981, p. 362).

Plus regrettable encore, le projet admet expressément au littéra b de l'article 6 que l'exemption peut être accordée pour d'autres raisons d'intérêt général que celles prévues au littéra a du même article, lesquelles coïncident avec celles limitativement énumérées à l'article 85, § 3, du Traité C. E. E. A l'heure où le marché unique se profile à l'horizon, une mise en concordance du droit interne avec le droit communautaire s'impose plus que jamais.