

L'avant-projet de loi sur la concurrence et le rôle du pouvoir judiciaire

par Robert ANDERSEN,

Avocat

L'avant-projet de loi sur la concurrence économique est l'œuvre de M. le Ministre F. Herman.

En le concevant, son auteur a été mû par le souci de doter la Belgique d'une législation moderne, permettant de lutter avec efficacité contre tous les comportements susceptibles d'affecter sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire national. L'avant-projet est destiné à remplacer la loi du 27 mai 1960 relative aux seuls abus de puissance économique.

Avant d'examiner le contenu de l'avant-projet et le rôle qui y est attribué au pouvoir judiciaire, il n'est pas sans intérêt d'évoquer brièvement la loi du 27 mai 1960 et la place qu'elle fait au pouvoir judiciaire. Le caractère permanent de certains problèmes liés à l'intervention du pouvoir judiciaire en matière de concurrence économique n'en apparaîtra que mieux.

Comme il vient d'être dit, la loi du 27 mai 1960 a pour but la protection contre l'abus de puissance économique.

L'abus est défini comme le fait pour une ou plusieurs entreprises détentrices de puissance économique de porter atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou qui restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs, soit le développement de la production ou des échanges.

L'on observera que la seule existence de pratiques anti-concurrentielles ne suffit pas, dans la définition retenue, à caractériser l'abus; il faut encore que ces pratiques aient pour effet de porter atteinte à l'intérêt général (Ch. del Marmol, « La protection contre les abus de puissance économique en droit belge », Fac. de Droit de Liège, 1960, p. 192).

De l'intérêt général, qui est de la sorte un élément constitutif de l'abus de puissance économique et même l'élément essentiel, la loi ne donne aucune définition.

C'est la référence ainsi faite, sans aucune prévision, à la notion d'intérêt général qui a été principalement invoquée pour justifier la reconnaissance au profit de l'exécutif (le Ministre des Affaires économiques et le Roi) du pouvoir de constater l'existence d'un abus de puissance économique et de prescrire les mesures destinées à y mettre fin.

L'avis rendu le 21 janvier 1954 par la Section de Législation du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi Duvieusart a joué à cet égard un rôle déterminant.

L'on se rappellera que ce projet, d'une part, prévoyait la création d'un organisme consultatif, le Conseil des pratiques restrictives, chargé notamment d'adresser aux entreprises des recommandations visant à la cessation ou à la modification de pratiques restrictives tenues par lui pour contraires à l'intérêt général et, d'autre part, confiait à la Cour d'appel le pouvoir, au cas où ces recommandations ne seraient pas acceptées, de juger si ces pratiques sont ou non contraires à l'intérêt général et d'enjoindre, s'il échet, d'y mettre fin ou de les modifier de la manière qu'elle indiquera.

Dans son avis, la Section de Législation du Conseil d'Etat a estimé que déterminer souverainement et sans avoir à se référer à quelque norme que ce soit ce qui, à un moment donné, constitue en matière économique l'intérêt général, en apprécier les exigences et prescrire, avec une égale autonomie, les mesures que sa sauvegarde exige, sont des tâches qui ressortissent aux attributions normales du pouvoir exécutif. Elles ne sauraient être confiées au pouvoir judiciaire (Avis reproduit par Ch. Del Marmol, op. cit., pp. 95 à 97).

Cet avis a été vivement critiqué, notamment par les professeurs P. De Visscher (article paru dans le journal *La Métropole* du 30 novembre 1957, p. 2, cité par Ch. Del Marmol, op. cit., p. 1100) et C. Cambier (« Principes du contentieux administratif », Larcier, 1964, t. 2, pp. 220 et 221 et « Le Conseil du Contentieux économique : un aspect de l'organisation professionnelle et de son contentieux » in Album Prof. Fernand Van Goethem, Louvain, 1964, pp. 459 et 460).

Tous deux objectent que « l'intérêt général n'est pas une notion à l'usage réservé des gouvernants; qu'un contenu lui revient qui, appliqué à la solution de difficultés juridiques, en fait un élément de solution de celles-ci que le juge est normalement appelé à vérifier

et à appliquer; que l'intérêt général n'est pas dissociable des principes de légitimité ».

A ceux qui, pour mieux justifier le changement d'orientation, ajoutent que les juges sont des civilistes ignorants des réalités économiques et que la procédure judiciaire est trop lente pour assurer une répression efficace de l'abus de puissance économique, le premier rétorque que « l'organisation judiciaire et la procédure relèvent de la compétence de la loi » et que « si le Parlement voulait s'en donner la peine, il ne serait pas difficile de modifier notre code de procédure et d'instituer au sein du pouvoir judiciaire des chambres économiques de la même manière que l'on a organisé des chambres civiles, pénales et fiscales, des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes ».

Les mêmes arguments seront invoqués à propos de l'avant-projet de loi sur la concurrence économique de M. le Ministre F. Herman. Mais n'anticipons pas.

Dans la loi du 27 mai 1960, la procédure qui conduit à la constatation d'un abus de puissance économique est, pour les raisons qui ont été indiquées, de nature essentiellement administrative. C'est le Ministre des Affaires économiques qui, par voie de recommandations, propose et ensuite le Roi qui, par voie de décisions, prescrit les mesures destinées à mettre fin à l'abus de puissance économique qu'ils ont constaté.

Un organisme d'administration contentieuse, le Conseil du Contentieux économique, tempère l'exercice des pouvoirs que le Ministre et le Roi se voient ainsi conférés. La procédure une fois engagée, c'est au Conseil qu'il appartient, au terme d'une procédure contradictoire, d'apprécier si les pratiques dont il a à connaître constituent un abus de puissance économique et si donc elles portent atteinte à l'intérêt général.

Sa compétence n'est pas seulement d'avis; un pouvoir de décision lui revient. En effet, si le Conseil, quand il conclut à l'existence d'un abus, émet un simple avis dont le Ministre et, après lui, le Roi restent libres de se départir, il rend par contre une décision qui lie les mêmes lorsqu'il conclut à l'inexistence d'un abus.

Les entreprises sont-elles privées de tout recours juridictionnel contre les décisions de l'administration ?

Il n'en est rien. D'une part, elles peuvent poursuivre au contentieux de l'excès de pouvoir l'annulation des décisions administratives qui, quelle qu'en soit la qualification, leur causent grief (H. Swennen, « De bevoegdheid van de Raad voor Economische Geschillen »,

Actes du colloque sur la magistrature économique, Oyez-Bruylant, 1976, I.4, 7 à 10). D'autre part, c'est au juge judiciaire et, plus précisément aux juridictions répressives, qu'il appartient, lorsque les entreprises persistent envers et contre tout dans leurs pratiques, de se prononcer sur la compatibilité de celles-ci avec l'intérêt général (C. Cambier, ouvrage cité, p. 222 et article cité, p. 460).

Ainsi donc, le dernier mot revient au pouvoir judiciaire.

Dans cette mesure même, n'est-il pas excessif et même inexact de parler d'empiètement du pouvoir exécutif sur les attributions du pouvoir judiciaire ? N'est-ce pas une tempête dans un verre d'eau ? Nous sommes enclins à le croire.

Voyons maintenant ce qu'il en est de l'avant-projet de loi sur la concurrence économique de M. le Ministre Herman.

Cet avant-projet, du moins dans sa dernière version, porte-t-il atteinte aux attributions conférées par la Constitution au pouvoir judiciaire ? L'émoi que cet avant-projet a suscité chez certains magistrats est-il justifié ?

Pour répondre à ces questions, il nous faut tout d'abord, ne fût-ce que brièvement, indiquer le but de l'avant-projet et les moyens envisagés en vue de sa réalisation.

Le but de l'avant-projet est de maintenir dans l'intérêt général un degré de concurrence suffisante sur les marchés intérieurs. Au départ, une présomption existe que l'intérêt général est le mieux servi par le jeu de la concurrence. Ainsi s'explique que les ententes, qui ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser ce jeu, soient, au même titre que l'exploitation abusive d'une position dominante, interdites.

Pour la même raison, les concentrations et fusions ayant pour effet d'acquérir ou de renforcer le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation préalable.

La présomption n'est toutefois pas absolue : après avoir mis en balance avantages et inconvénients, il peut s'avérer que l'intérêt général s'accommode — et parfois même fort bien — de la mise en œuvre de certaines pratiques restrictives ou de la réalisation d'une concertation, éventuellement moyennant le respect de certaines conditions; que ces comportements présentent pour l'économie nationale des avantages qui l'emportent sur l'effet négatif qu'ils ont sur la concurrence. D'où il vient que ce qui est en principe interdit peut être exceptionnellement autorisé.

Les rouages institutionnels sont relativement complexes. L'avant-projet prévoit d'abord la création au sein du Ministère des Affaires économiques d'un corps de fonctionnaires spécialisés, l'Administration de la Concurrence. Cette administration dispose de pouvoirs étendus, trop étendus même, en vue de rechercher et de constater les infractions. Elle est chargée d'instruire les affaires, de faire rapport au Conseil de la Concurrence et même de soumettre à l'approbation de ce dernier des accords transactionnels qui, une fois acceptés, lient le Ministre.

L'avant-projet prévoit également la création d'un organisme d'administration contentieuse, l'ancien Conseil du Contentieux économique revu dans sa composition et rebaptisé du nom de Conseil de la Concurrence.

Ce conseil exerce conjointement avec le Ministre des Affaires économiques le pouvoir de prendre des mesures individuelles et conseille le Roi dans l'exercice de son pouvoir réglementaire (pouvoir d'exempter certaines catégories d'ententes — art. 16 — et pouvoir d'étendre certains types de pratiques lorsqu'il existe des indices sérieux d'exploitation abusive de puissance économique — art. 26 de l'avant-projet).

C'est auprès de lui que les entreprises introduisent, en matière d'ententes, leurs demandes de non-application et d'autorisation.

La constatation par le Conseil que l'entente ne restreint pas sensiblement le jeu de la concurrence, lie le Ministre.

Lorsqu'au contraire le Conseil estime que l'entente est susceptible d'avoir un tel effet, il transmet, pour autant qu'une demande d'autorisation ait été faite, le dossier au Ministre, en y joignant, le cas échéant, une proposition d'exemption. La décision appartient en ce cas au Ministre, lequel ne peut toutefois autoriser l'entente que si celle-ci satisfait aux critères prévus par la loi. En cas de silence, le Ministre est réputé faire sienne la proposition du Conseil (la procédure est légèrement différente lorsqu'il s'agit d'apprécier si une entente relève d'une des catégories exemptées par arrêté royal — art. 16 de l'avant-projet).

Si, alors qu'aucune demande de non-application ou d'autorisation n'a été introduite, le Conseil constate l'existence d'une entente interdite, il peut proposer les mesures nécessaires en vue de mettre fin à l'infraction. De plus, il peut, si l'infraction a été commise de propos délibéré ou par négligence inexcusable, assortir sa proposition d'un projet d'amende.

Le Ministre, à qui revient la décision finale, peut confirmer ou modifier — mais non infirmer — la proposition du Conseil; il peut également supprimer ou réduire — mais non majorer — l'amende. Comme dans le cas précédent, le Ministre est, en cas de silence, présumé avoir adopté la proposition du Conseil (exposé des motifs — commentaire de l'art. 17).

En matière de positions dominantes, la procédure est pratiquement la même, à ceci près que si, saisi d'une demande de non-application, le Conseil estime qu'il y a exploitation abusive de position dominante, le Ministre ne peut, pour autoriser la pratique litigieuse, se contenter de constater que les critères d'exemption prévus par la loi sont réunis; il faut encore que le Conseil lui ait proposé d'accorder une exemption, éventuellement à certaines conditions.

Pour ce qui est des concentrations et fusions, la procédure est sensiblement la même qu'en matière d'ententes. Des différences apparaissent cependant. Ainsi, en cas de silence du Conseil, la concentration n'est pas *ipso facto* autorisée. Le dossier est transmis au Ministre pour décision.

Autre différence, les critères légaux qui permettent au Ministre d'exempter au nom de l'intérêt général, une concentration en principe interdite sont définis de manière plus large.

Autre particularité encore, le Conseil peut ordonner aux entreprises de surseoir à la réalisation de la concentration jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande.

Notons enfin que tant pour les ententes et positions dominantes que pour les concentrations, le Conseil peut, à la demande motivée du plaignant, prescrire, en cas d'urgence, des mesures provisoires sans préjuger de la décision finale et sanctionner d'une amende le non-respect de ces mesures.

Comme l'on peut le constater, le contrôle est essentiellement de nature administrative. D'une manière générale, le Conseil de la Concurrence décide si les comportements des entreprises tombent ou non sous le coup d'une interdiction de principe et le Ministre si cette interdiction peut être levée — et à quelles conditions — au nom de considérations d'intérêt général. Est-ce à dire que les pouvoirs qui reviennent ainsi à l'exécutif s'exercent à l'abri de tout contrôle juridictionnel, que l'avant-projet de loi sur la concurrence économique consacre un empiètement de l'exécutif sur le judiciaire ?

Pour répondre à ces questions, il nous faut examiner le rôle que l'avant-projet de loi entend faire jouer aux cours et tribunaux.

Une première disposition retient notre attention. Il s'agit de l'article 83. Celui-ci confère à la Cour d'appel compétence pour connaître des recours introduits contre les décisions du Conseil de la Concurrence ou du Ministre infligeant des amendes. Il s'agit des cas où l'infraction aux règles de la concurrence a été commise de propos délibéré ou par négligence inexcusable, ainsi que du cas où les mesures provisoires ordonnées par le Conseil n'ont pas été respectées.

Le recours doit être porté devant la cour dans les trente jours de la date à laquelle l'entreprise ou l'association d'entreprises ont été informées de la décision administrative leur infligeant une amende.

Commentons cette disposition.

- Relevons d'abord que, dans sa version première, la compétence actuellement dévolue aux Cours d'appel était attribuée à une chambre spécialisée du Conseil d'Etat, qui, pour la circonstance, se voyait conférer une compétence de pleine juridiction, compétence calquée sur celle qui revient à la Cour de Justice des Communautés européennes en la même matière. Cette disposition a été à juste titre critiquée. M. l'Avocat général Dumon dans sa récente mercuriale « Projet de réformes et fonction juridictionnelle » (*J. T.* 1977, p. 540) s'en explique.

« La compétence ainsi conférée au Conseil d'Etat n'est pas compatible avec les dispositions constitutionnelles, spécialement l'article 92.

Il n'est pas contestable que les amendes, peines pécuniaires, frappant le patrimoine, affectent un droit civil; les contestations relatives spécialement à la légalité de ces amendes ne peuvent être soustraites à la compétence des cours et tribunaux du pouvoir judiciaire. Les lois relatives à d'autres amendes « administratives » ou à des amendes fiscales n'ont pas mis ce principe en doute. »

Sensible à cette critique de constitutionnalité, l'avant-projet a été remanié pour confier cette compétence aux Cours d'appel.

- La compétence qui échoit de la sorte aux Cours d'appel est une compétence de pleine juridiction, c'est-à-dire que le contrôle portera sur l'examen des faits, la régularité de la procédure administrative ayant conduit au prononcé de l'amende, en ce compris le respect des droits de la défense et la relation entre la gravité de l'infraction et l'amende. L'examen des faits porte

non seulement sur leur existence matérielle, mais également sur leur qualification juridique. Les faits incriminés constituent-ils également une infraction ?

- La suppression d'un degré de juridiction n'est pas contraire à la Constitution. En effet, le principe du double degré de juridiction n'est pas inscrit dans la Constitution. C'est une règle de procédure dont l'application et les modalités sont déterminées librement par le législateur (concl. de Mr l'avocat général Janssens de Bisthoven précédant Cass., 30 mars 1942, Pas. 1942, I, 81).
- L'arrêt de la Cour d'appel est soumis à la censure de la Cour de Cassation (art. 609, 1^o, du C. J.).
- Le recours doit être formé devant la Cour d'appel dans un délai de rigueur. Il s'ensuit qu'en cas d'absence de recours ou de recours tardif, les décisions infligeant des amendes deviennent définitives. Lorsque la cour est saisie d'un recours, sa décision a autorité absolue de la chose jugée, vu qu'elle statue en matière répressive.
- Les « amendes administratives » soumises à la censure des Cours d'appel ne sont point les seules à pouvoir être infligées aux entreprises. Il y a encore les amendes administratives faisant l'objet de la section première du chapitre VI de l'avant-projet de loi pour lesquelles aucun recours n'est prévu, même pas devant le Conseil d'Etat, celui-ci étant incompétent pour les mêmes raisons que celles déjà indiquées. Il y a là une importante lacune.

En sus des « amendes administratives », l'avant-projet prévoit, à la section 2 du chapitre VI, des sanctions pénales.

A la différence des amendes administratives dont il vient d'être question et qui sont infligées par le Conseil de la Concurrence, ces sanctions pénales sont infligées par les juridictions répressives de l'ordre judiciaire, tribunaux correctionnels et, en degré d'appel, les Cours d'appel. Sur ce point, l'avant-projet n'innove pas.

Là par contre où il innove, c'est lorsqu'en ses articles 15, 25 et 34, il prévoit que si la solution d'un litige dépend de la licéité d'une entente, d'une pratique restrictive émanant d'une ou de plusieurs entreprises détenant une position dominante sur le marché ou d'une concentration, le tribunal saisi surseoit à statuer et saisit le Conseil.

La situation envisagée est celle où est soulevé à titre incident devant une juridiction quelconque le problème de la licéité d'une entente, d'une pratique restrictive émanant de firmes dominant le

marché ou d'une concentration. Si la juridiction estime que la question soulevée n'est pas pertinente, elle peut trancher le litige sans y avoir égard. Si par contre, elle estime la question pertinente, elle doit surseoir à statuer.

Deux hypothèses peuvent alors se présenter.

Ou bien, une demande de non-application ou d'autorisation a été introduite, auquel cas le juge devra attendre que le Conseil de la Concurrence ou le Ministre, selon le cas, se soient prononcés. Ou bien, aucune demande n'a été introduite.

Dans cette hypothèse, le juge est tenu de saisir le Conseil de la Concurrence d'une demande de non-application ou d'autorisation, étant entendu qu'en ce dernier cas l'autorisation, si elle est accordée, ne pourra, au mieux, que rétroagir au jour de la saisine par le juge du Conseil de la Concurrence (art. 14, 24 et 33).

La procédure est insolite. Ce qui est pire est que les dispositions envisagées conduiraient à une usurpation par le pouvoir exécutif des attributions du pouvoir judiciaire si elles devaient s'interpréter comme signifiant que le juge est lié par la décision administrative prise à la suite de la surséance.

En effet, à quel titre et en vertu de quel principe, le pouvoir exécutif serait-il, dans un Etat de droit comme le nôtre, dispensé de l'obligation de se mouvoir dans le cadre des règles de droit existantes et échapperait-il au contrôle juridictionnel ?

Depuis quand l'exécutif jouirait-il du privilège de l'infailibilité ?

Mais le juge qui surseoit à statuer est-il réellement tenu de trancher le conflit juridique qui lui est soumis en fonction de la réponse qui lui sera dictée par l'Administration ?

Certes, si l'Administration décide qu'il y a infraction aux règles de concurrence et inflige une amende, sa décision liera le juge; mais elle ne s'imposera à lui que si l'entreprise ou les entreprises qui en font l'objet n'ont pas exercé devant la Cour d'appel le recours de pleine juridiction prévu à l'article 83 de l'avant-projet.

C'est uniquement en raison de l'institution, au sein même du pouvoir judiciaire, de cette voie de recours spéciale que la décision administrative, faute d'avoir été entreprise dans le délai, liera le juge.

Mais quid des décisions contre lesquelles un tel recours n'est pas prévu : les décisions de non-application, d'interdiction non assorties d'amendes administratives ou d'autorisation ?

En l'absence d'une disposition formelle de l'avant-projet conférant à ces décisions un caractère obligatoire à l'égard du pouvoir

judiciaire, disposition qui serait d'ailleurs inconstitutionnelle, c'est dans l'article 107 de la Constitution que le juge, tenu de surseoir à statuer, puise le pouvoir du dernier mot. Il n'appliquera les décisions de l'administration qu'après en avoir contrôlé la légalité interne et externe (dans le même sens, J. Steenberg, *Bulletin de l'Institut international de Concurrence commerciale*, numéro spécial, actes du Colloque du 4 février 1977 consacré à l'avant-projet de loi belge sur la concurrence économique, t. 1, p. 194).

Dans cette mesure, l'obligation de surseoir à statuer prévue aux articles 15, 24 et 34 de l'avant-projet de loi nous paraît échapper à une critique de constitutionnalité.

Elevons maintenant quelque peu le débat. Nous avons relevé que la raison qui avait déterminé l'auteur de la loi du 27 mai 1960 à confier à l'exécutif le rôle principal dans la protection contre les abus de puissance économique était le recours à la notion de l'intérêt général en tant qu'élément constitutif de l'abus de puissance économique et, plus encore, l'absence de définition de cette notion dans la loi. Avait également été invoquée l'inaptitude du juge à saisir des phénomènes économiques complexes. Ce sont les mêmes arguments que l'on retrouve dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi. Que faut-il en penser ?

Relevons tout d'abord que la notion d'intérêt général n'est inscrite dans l'avant-projet de loi que pour permettre d'autoriser des comportements qui sont en principe interdits par cela seul qu'ils ont pour effet actuel ou potentiel de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire national. L'argument tiré de l'indétermination de la notion de l'intérêt général ne vaut donc pas à l'égard des règles d'interdiction de l'avant-projet.

Par ailleurs, apprécier si des comportements ont pour effet d'entraver sensiblement le commerce n'est pas un problème qui, par sa nature, échappe à l'entendement du juge. La meilleure preuve en est que les dispositions des articles 5 et 18 de l'avant-projet sont directement inspirées des articles 85, § 1, et 86 du traité C. E. E., qui sont d'application courante dans nos prétoires. D'où viendrait-il donc que le juge judiciaire belge, jugé compétent par le législateur communautaire pour apprécier si une entente ou l'exercice d'une puissance économique sont susceptibles d'affecter le commerce intra-communautaire, deviendrait techniquement incompétent pour juger si les mêmes comportements affectent la concurrence à l'intérieur de nos étroites frontières ?

De plus, comment justifier ce paradoxe qui consiste, d'une part, à prétendre que le juge judiciaire est techniquement incompétent et, d'autre part, à attribuer à la Cour d'appel, qui est précisément une juridiction de l'ordre judiciaire, une compétence de pleine juridiction pour connaître des recours formés contre des décisions administratives constatant l'existence d'une pratique anti-concurrentielle ?

Le juge judiciaire est non seulement techniquement compétent; il est également juridiquement compétent. Il n'est pas en effet contestable que les règles d'interdiction de l'avant-projet portent directement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle est, comme le rappelait déjà M. le professeur P. De Visscher à propos de la loi sur la protection contre l'abus de puissance économique, un droit subjectif (eod. cit.).

Que l'on qualifie ce droit de droit civil — ce que nous croyons qu'il est — ou de droit politique importe peu. C'est, aux termes des articles 92 et 93 de la Constitution, aux cours et tribunaux qu'il appartient de trancher les contestations portant sur les droits civils et politiques.

Ces quelques considérations nous amènent à proposer des amendements à l'avant-projet, qui sont de nature à revaloriser le rôle du juge judiciaire.

Un premier amendement consiste à supprimer l'obligation de surseoir à statuer inscrite dans les articles 15, 24 et 34 de l'avant-projet, réserve étant momentanément faite du cas où une demande d'autorisation a été introduite avant l'instance auprès du Conseil de la Concurrence (dans le même sens, R. Joliet, « Les aspects institutionnels de l'avant-projet de loi belge sur la concurrence économique », numéro spécial du *Bulletin de l'Institut international de concurrence commerciale*, p. 119).

Cette suppression s'impose d'autant plus qu'en vertu du droit communautaire, les juridictions nationales non spécialement chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence n'ont pas l'obligation de surseoir à statuer, lorsqu'une procédure a été engagée par la Commission; mieux, elles ne sont invitées à le faire que si elles l'estiment nécessaire pour des motifs de sécurité juridique (C. J., arrêt Sabam du 10 janvier 1974, *J. T.* 1974, p. 262).

Lorsqu'on sait qu'une entente ou l'exploitation d'une position dominante sur le marché belge sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre les Etats membres, l'on comprend encore mieux ce que cette obligation de surseoir à statuer a d'absurde.



Un second amendement consiste à étendre la compétence de pleine juridiction de la Cour d'appel à tous les cas où l'administration interdit un comportement. Il est en effet irrationnel qu'une même mesure — en l'espèce, une interdiction — puisse faire l'objet tantôt d'un recours de pleine juridiction (devant la Cour d'appel), tantôt d'un recours en annulation (dans l'avant-projet, devant le Conseil d'Etat; devant le pouvoir judiciaire comme suggéré par d'aucuns) selon que cette mesure est ou n'est pas assortie d'amendes.

La compétence de pleine juridiction de la Cour d'appel devrait également être étendue aux sanctions administratives faisant l'objet de la section 1^{re} du chapitre VI de l'avant-projet.

Reste l'argument selon lequel le juge judiciaire serait incompétent pour apprécier ce que l'intérêt général requiert.

Si l'on entend dire par là que la simple référence dans une règle de droit — fût-elle de droit économique — à la notion de l'intérêt général aurait, pour vertu magique, de rendre le pouvoir judiciaire incompétent, l'argument est sans valeur. Dégager les exigences de l'intérêt général n'est pas l'apanage du pouvoir exécutif; c'est une mission qui revient à chaque pouvoir dans la sphère de ses attributions. Lorsque le juge se meut sur son terrain, qui est de trancher une contestation juridique sur la base de la règle de droit et que cette règle se réfère, sans autre précision, à l'intérêt général, le juge ne sort pas de ses attributions en donnant à cette notion un contenu; il en a, au contraire, le devoir. L'on peut donc fort bien concevoir un système dans lequel la loi confie au juge judiciaire compétence pour apprécier, cas par cas, si tel ou tel comportement économique est interdit parce que portant atteinte à l'intérêt général. C'est d'ailleurs, à regarder les choses de plus près, la solution que la loi du 27 mai 1960 consacre. Dans cette loi, c'est, en effet, le juge pénal qui décide en fin de compte s'il y a abus de puissance économique et donc atteinte à l'intérêt général.

Le système adopté par l'avant-projet de loi est autre. La notion d'intérêt général y joue un rôle différent. Elle n'est plus un élément constitutif d'une infraction ou d'une interdiction, elle est le critère qui permet d'apprécier si des comportements en principe interdits parce que faussant le jeu de la concurrence peuvent néanmoins être autorisés dans la mesure où ils comportent d'autres aspects, bénéfiques pour l'économie du pays.

Déterminer en fonction de l'intérêt général si des activités économiques peuvent être autorisées relève, à notre sens, des attributions normales de l'exécutif. C'est pourquoi nous ne voyons aucune

objection à ce que le juge soit tenu de surseoir à statuer lorsqu'une demande d'autorisation est en cours d'instruction à l'administration.

Ceci ne veut évidemment pas dire que le pouvoir d'appréciation de l'exécutif en matière d'autorisations puisse s'exercer arbitrairement. Ces décisions, comme toutes celles de l'administration, sont soumises à un contrôle de légalité, par les cours et tribunaux exerçant la censure négative de l'article 107 de la Constitution et par le Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation. La compétence de ce dernier se justifie dans la mesure où l'entreprise n'a pas un droit civil à obtenir l'autorisation. Celle-ci lui est donnée en fonction d'un jugement de valeur porté par le Ministre dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

En résumé, nous estimons qu'un recours de pleine juridiction doit être ouvert auprès du pouvoir judiciaire contre toutes les décisions de l'administration constatant des infractions aux règles de la concurrence économique. La solution esquissée par l'avant-projet qui consiste à centraliser ce contentieux au niveau des Cours d'appel nous paraît devoir être retenue et étendue. Quant aux décisions de l'administration en matière d'autorisations, elles doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle de légalité, tant de la part des cours et tribunaux que du Conseil d'Etat.

* * *

En guise de conclusion, il sied d'émettre quelques réflexions au sujet de la magistrature économique. Nombreux sont ceux, en effet, qui voient dans la concurrence économique un domaine qui lui est tout désigné. De multiples propositions ont déjà été faites qui visent à la création d'une telle magistrature. Elles sont difficilement réductibles à l'unité. Les buts recherchés divergent.

Pour les uns, il s'agit, prétextant de l'incompétence technique des magistrats du pouvoir judiciaire, de *confier* à des juridictions d'exception ou à des pseudo-juridictions, plus enclines à se conformer aux desiderata de l'exécutif, le contentieux économique.

Pour les autres, il s'agit au contraire de *rogner* les compétences discrétionnaires dont les autorités administratives sont le plus souvent dotées dans le domaine économique. *Pour eux, la fonction de cette ou de ces magistratures économiques*, à créer au sein ou en dehors du pouvoir judiciaire, consiste à réduire, sinon à supprimer, *par les procédés les plus divers* le pouvoir d'appréciation de l'exécutif.

Ces dernières propositions, quelque généreux que soient les mobiles qui les inspirent, nous laissent souvent sceptiques.

Certaines d'entre elles, visent à associer les juges à la prise de décision administrative. A cet égard, il nous paraît que des organismes consultatifs composés de représentants de tous les milieux concernés par la réglementation sont mieux aptes que des juges à dégager par voie d'avis, au stade de l'élaboration de l'acte administratif, les exigences de l'intérêt général.

S'il s'agit par contre de soumettre les interventions économiques de l'administration à un contrôle s'exerçant a posteriori et à un contrôle qui est de nature juridique, les juges sont mieux que quiconque à même de l'exercer. Mais quels juges ?

En raison des garanties d'indépendance et d'impartialité à nulles autres pareilles qu'offrent les juges judiciaires, c'est au sein de l'ordre judiciaire que ces juridictions doivent se situer.

Nombreux sont ceux qui proposent de confier le contentieux économique aux tribunaux de commerce. Nous préférons une autre solution qui, inspirée au droit néerlandais, consiste à créer au sein des tribunaux de première instance et des cours d'appel des chambres économiques. Certes, nous n'ignorons pas que la fonction du juge est différente de celle de l'expert, mais il n'en reste pas moins que la complexité de la matière requiert que le juge dispose de connaissances théoriques et pratiques plus étendues que celles de l'honnête homme.

Encore faut-il s'entendre sur la portée et l'étendue du contrôle que l'on entend confier au juge économique.

Une chose doit être claire. Il ne peut s'agir d'ériger le juge en juge de l'opportunité des décisions économiques de l'administration. Le contrôle est et ne peut être que de légalité. Il variera en étendue en fonction de la marge de pouvoir discrétionnaire plus ou moins grande dont dispose l'administration. Certes les pouvoirs de l'exécutif dans le domaine économique paraissent et sont souvent exorbitants. La tentation est dès lors grande de confier au juge, en qui l'on a toute confiance, le pouvoir de substituer son appréciation à celle de l'exécutif. Mais ce pouvoir il ne l'a pas et il ne peut l'avoir. Là où la loi a conféré à l'exécutif un pouvoir discrétionnaire, le juge ne peut que contrôler si ce pouvoir a été exercé dans le cadre des règles de droit existantes et dans le respect des principes de légitimité.

La création d'une magistrature économique permettra sans doute d'exercer un contrôle plus affiné de la légalité des interventions de

l'administration économique; c'est là sa justification. Reduire le pouvoir discrétionnaire de l'administration, voire l'annihiler, est, par contre, affaire de législation. Assurer une plus grande précision des textes législatifs et réglementaires s'impose autant, sinon plus, dans l'ordre des priorités, que la création d'une magistrature économique. Mais c'est là un autre problème.
