

LE PROJET DE LOI BELGE SUR LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE

Les relations avec le règlement CE 1/2003 *

Paul NIHOUL* **

Het wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging aangenomen op 21 december 2005 is thans hangende voor de Kamer. Dit artikel bespreekt de aspecten van het wetsontwerp die verband houden met de toepassing van Verordening (EG) 1/2003, en onderzoekt meer in het bijzonder of het wetsontwerp de bepalingen invoert die op adequate wijze de werking van Verordening 1/2003 in het Belgisch rechtstelsel zullen toelaten. Op institutioneel vlak analyseert de studie de aanwijzing en de samenstelling van de mededingingsoverheid, de toegekende bevoegdheden en het type van beslissingen dat deze overheid kan nemen. Bijzondere aandacht gaat naar de voorgestelde regeling van de bevoegdheden op internationaal vlak, met een kritiek van de bepalingen die de Raad voor de mededinging blijken uit te sluiten van de deelname aan internationale vergaderingen van de mededingingsautoriteiten. De auteur neemt de gelegenheid te baat om de gevolgen van het Syfait-arrest van het Hof van Justitie op te geven wat betreft de mogelijkheden van de

Raad om alsnog prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Wat betreft het materiële recht gaat het artikel diepgaand in op de bepalingen van het wetsontwerp die gestalte geven in de interne rechtsorde aan het stelsel voorzien in artikel 3 van Verordening 1/2003, namelijk wat betreft de verplichting om artikelen 81 en 82 EG toe te passen wanneer de tussenstaatse handel wordt beïnvloed en het verbod om op basis van het nationale recht een praktijk te verbieden die niet verboden is door artikel 81 (1) EG. of aan de voorwaarden voldoet van artikel 81(3) EG. In dit verband bekritiseert de auteur onder meer de bepaling van het wetsontwerp die een voorwaarde toevoegt die beperkend is t.o.v. de communautaire regelgeving. Wat betreft de situatie waar het communautair recht niet van toepassing is, gaat het wetsontwerp integendeel verder in de beperking van de toepassing van het nationaal recht dan hetgeen het EG-recht vereist. De auteur keurt deze oplossing goed op grond van het principe van de vrijwaring van het “nuttig effect” van het communautair recht. Tenslotte bespreekt de bijdrage een aantal bepalingen van procedurele aard, meer in het bijzonder wat betreft de samenwerking en de uitwisseling van informatie met de Commissie of met de andere nationale mededingingsoverheden. Opvallend is dat het wetsontwerp de mededeling aan de Commissie van ontwerpen van beslissingen niet regelt maar overlaat aan de rechtstreekse werking van de verordening.

* Pour désigner les dispositions pertinentes, on utilise la numérotation en vigueur actuellement en droit communautaire (articles du traité CE, de règlements, etc.). S'agissant du projet de loi, le présent article est fondé sur le texte adopté par le Conseil des Ministres le 2 décembre 2005 et introduit sous le numéro 2180 à la Chambre des représentants.

** Professeur, Université catholique de Louvain, Belgique; Professeur Jean Monnet sur la société européenne de l'information; Directeur, Centre de droit de la consommation UCL; Bijzonder Hoogleraar, Rijksuniversiteit Groningen, Nederland. L'auteur remercie les membres du comité de rédaction pour les commentaires – éclairants – qu'il a reçus sur la première version.

I. Introduction

1. Projet de loi.- Un projet de loi se trouve en discussion, à l'heure actuelle, en Belgique, pour réformer la législation existante en matière de protection de la concurrence économique. On sait que, sur le plan juridique, la matière de la concurrence relève, en grande partie, du droit communautaire. Le Règlement (CE) 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (« Règlement 1/2003 »)¹ a modifié les modalités concernant l'application des deux dispositions communautaires. Le présent article examine dans quelle mesure le projet de loi transpose correctement en droit national les dispositions introduites par ce règlement.²

¹ J. O. L 1, p. 1. Sur le Règlement, v. K. LENAERTS, « Modernisation of the application and enforcement of European Competition Law - An introductory overview », in J. STUYCK and H. GILLIAMS (ed.), E. BALLON (ass. ed.), *Modernisation of European Competition Law*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2002, 11; E. PAULIS et C. GAUER, « La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité », *Journal des tribunaux – droit européen* 2003, 65; J.-F. BELLIS, « Les défis de la modernisation du droit européen de la concurrence », *Journal des tribunaux – droit européen* 2003, 73; K. DEKEYSER, « Une nouvelle ère dans l'application des règles européennes antitrust – Les grands principes et les mécanismes du nouveau régime pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE », in P. NIHOUL (ed.), *Op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 73; E.H. PIJNACKER HORDIJK, « De richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 81 lid 3 EC », *Markt en mededinging* 2004, 129; P.J. SLOT, F.O.W. VOGELAAR, « Het definitieve moderniseringspakket », *Markt en mededinging* 2004, 124; B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « La décentralisation du droit européen de la concurrence – Présentation de la réforme », in P. NIHOUL (éd.), *Op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 21; D. WAELEBROECK, « Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le Règlement (CE) 1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 CE », in A. PUTTEMANS (éd.), *Aspects récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1.

V. aussi les ouvrages suivants: les ouvrages suivants: EUROPEAN COMMISSION, *Modernisation of EC antitrust enforcement rules: Council regulation (EC) No 1/2003 and the modernisation package*, Luxembourg, EUR-OP, 2004; D. GERADIN (ed.), *Modernisation and enlargement: two major challenges for EC competition law*, Antwerp: Intersentia, 2004; L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles: Bruylant; Paris: Forum européen de la communication, 2004; P. NIHOUL (éd.), *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2004; W. P. J. WILS, *Principles of European antitrust enforcement*, Oxford-Portland (Or.), Hart, 2005.

² Sur ce sujet précis, v. l'étude suivante, qui a été réalisée avant la préparation du projet de loi: D. SZAFRAN, « Incidences en droit belge du Règlement 1/2003 sur le régime des pratiques restrictives de concurrence et du Règlement 139/2004 sur le régime des concentrations », in A. PUTTEMANS (éd.), *Op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 101.

2. Division.- Dans la première partie, on rappelle les principales règles européennes concernant l'application des articles 81 et 82 CE. Puis, on examine successivement les dispositions qui, dans le Règlement 1/2003 et le projet de loi, ont un caractère institutionnel (II), substantiel (III) et procédural (IV).

II. L'application des articles 81 et 82 CE

3. Traité CE.- Commençons par rappeler les règles essentielles introduites par le traité CE, en ce qui concerne la mise en œuvre des règles formulées dans les articles 81 et 82 CE qui interdisent respectivement les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante.

4. Article 83 CE – cadre institutionnel.- La première disposition importante est l'article 83 CE, qui organise, sur le plan institutionnel, le cadre dans lequel cette mise en œuvre doit avoir lieu. Dans cette disposition, c'est au Conseil qu'est confiée l'adoption des mesures requises pour mettre en œuvre les articles 81 et 82 CE. L'intervention du Parlement est prévue, mais elle est limitée à une consultation. Quant à la Commission, il lui revient de rédiger les propositions de mesure sur lesquelles délibérera le Conseil.³

Article 83 CE.- [1] «Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 81 et 82 sont établis par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen ». [2] «Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment: (a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82, par l'institution d'amendes et d'astreintes; (b) de déterminer les modalités d'application de l'article 81, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif; (c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 81 et 82; (d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe; (e) de définir d'une part, les rapports entre les législations nationales, et, d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article».

5. Article 84 CE – phase transitoire.- La seconde disposition importante est l'article 84 CE, selon lequel les auto-

³ Dans la pratique, le Conseil a délégué, à plusieurs reprises, à la Commission, le pouvoir d'adopter les réglementations mettant en œuvre les articles 81 et 82 CE.

rités nationales de concurrence sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 CE. On voit ainsi que le Traité prend directement position sur la question des compétences requises pour l'application des dispositions. On peut toutefois s'interroger sur la durée de la compétence qui est attribuée aux autorités nationales. Comme l'indiquent les termes utilisés dans la disposition, cette compétence semble en effet limitée à la période nécessaire à la mise en place, par le Conseil, du cadre réglementaire et institutionnel nécessaire. (Cf. article 83 CE et paragraphe précédent).⁴

Article 84 CE. - « Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 83, les autorités des Etats membres statuent sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun, en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 81, notamment paragraphe 3, et 82 ».

6. Article 85 CE – Commission européenne. - Le caractère transitoire en principe de la compétence ainsi accordée aux autorités nationales est confirmé par l'article 85 CE. Par cette disposition, l'application des articles 81 et 82 CE (cas individuels)⁵ est confiée à la Commission européenne. Les autorités nationales ne sont pas exclues pour autant. Tout d'abord, les Etats membres ont la possibilité de saisir d'une plainte la Commission, comme le prévoit l'article 85 CE lui-même. Ensuite, la Commission est tenue de travailler en coopération avec les Etats membres aux termes de cette même disposition.

Article 85 CE. - « [1] Sans préjudice de l'application de l'article 84, la Commission veille à l'application des principes fixés par les articles 81 et 82. Elle instruit, sur demande d'un Etat membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des Etats membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin. [2] S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les Etats membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation ».

⁴ Comme nous le verrons ci-dessous, cette période durant laquelle les autorités nationales sont amenées à intervenir perdure dans certains secteurs – particulièrement dans le secteur des transports.

⁵ Ou collectifs. Une procédure individuelle concerne une entreprise. Une procédure collective en concerne plusieurs, sans que ces dernières soient envisagées comme une catégorie générale et abstraite.

7. Un ensemble relativement cohérent. - Les trois articles examinés ci-dessus forment un ensemble qui présente une certaine cohérence. En principe, l'application concrète des règles de la concurrence revient à la Commission. Le pouvoir de réglementation (adoption de règles générales et abstraites précisant, dans la mesure du possible, les principes contenus dans les articles 81 et 82 CE) est attribué au Conseil. Quant aux autorités nationales, elles ont le rôle et la compétence que veut bien leur reconnaître le Conseil dans l'exercice de son pouvoir de réglementation. Dans l'attente, ces autorités nationales se trouvent en première ligne. Pour ne pas qu'elles soient exclues, le traité CE prévoit que la Commission devra travailler, en la matière, en coopération avec ces autorités nationales. Il indique aussi que les Etats membres, c'est-à-dire, concrètement, les autorités nationales mentionnées ci-dessus, peuvent demander à la Commission d'intervenir.⁶

8. Règlement 17/62. - Sur la base de ces dispositions, et en particulier de l'article 83 CE, le Conseil a adopté divers instruments. L'un d'entre eux est communément appelé le « Règlement 17/62 » et est particulièrement réputé car c'est dans cette réglementation que le Conseil a introduit les principes guidant les diverses instances compétentes dans l'application des articles 81 et 82 CE.⁷ Cet instrument indiquait comment, à l'avenir, seraient appliqués les articles 81 et 82 CE, ainsi que les autres dispositions relevant du droit communautaire de la concurrence. C'est sous l'empire de ce règlement qu'a été adoptée la loi belge sur la protection de la concurrence économique, qu'entend modifier le projet de loi.

9. Règlement 1/2003. - Le Règlement 17/62 a été remplacé par le Règlement 1/2003. C'est notamment pour tenir compte de ce nouveau règlement que le gouvernement belge propose de modifier la loi actuelle.⁸ Dans les pages qui suivent, notre intention n'est pas d'analyser de manière systématique le Règlement 1/2003. De telles études ont déjà été réalisées. Notre objectif est plus limité: il s'agit d'examiner comment les modifications introduites par cet instrument communautaire sont intégrées dans le projet de loi.

⁶ Comme nous le verrons ultérieurement, l'article 70 du projet de loi fait référence aux articles 83 et 84 CE.

⁷ CEE Conseil: Règlement n°17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité *J. O.* 13, p. 204.

⁸ Des modifications étaient déjà intervenues, pour parer au plus pressé, dès l'adoption du Règlement 1/2003. Voir l'arrêté royal du 25 avril 2004, modifiant la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999, *Mon. Belge* du 3 mai 2004, entré en vigueur le 1er mai 2004.

III. Dispositions ayant un caractère institutionnel

A. Les instruments communautaires

10. Désignation de l'autorité compétente.- Commençons par les dispositions ayant un caractère institutionnel. Ces dispositions désignent les autorités qui sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 CE. A cet égard, le Règlement 1/2003 établit une distinction entre trois types d'autorités: la Commission européenne, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales. Examinons tour à tour ces institutions, et voyons dans quelle mesure les règles communautaires les concernant ont été prises en compte par le législateur national.

11. Commission européenne.- Le Règlement 1/2003 indique que la Commission européenne est compétente pour appliquer les articles 81 et 82 CE. Cette compétence est organisée dans diverses dispositions, notamment la possibilité d'évoquer des affaires examinées par des autorités nationales de concurrence lorsque les circonstances le justifient. A cette compétence de principe, et à ces dispositions organisant cette compétence, le projet de loi n'ajoute, ni ne retranche rien. Cette matière relève du droit communautaire, que le législateur national n'a pas le pouvoir de modifier.

12. Juridictions nationales.- Le Règlement 1/2003 indique que la compétence pour l'application des articles 81 et 82 CE appartient aussi aux juridictions nationales. Cette indication n'est pas entièrement neuve. Ces juridictions avaient déjà, sous l'empire de l'ancien règlement, le pouvoir d'appliquer l'article 81 par. 1 et 2 CE ainsi que l'article 82 CE. Ce pouvoir découlait de l'« effet direct » reconnu à ces dispositions. Selon la jurisprudence communautaire, un tel effet permet aux particuliers et aux entreprises de revendiquer l'application de ces dispositions devant le juge national. A cette compétence le Règlement 1/2003, qui adopte le système de « l'exception légale », ajoute celle de pouvoir appliquer l'article 81 par. 3 CE. De manière concrète, ce pouvoir permet aux juridictions nationales de se prononcer sur la possibilité, pour des parties, de bénéficier d'une exemption à l'interdiction frappant les accords anticoncurrentiels, en application de l'article 81 par. 3 CE.⁹

⁹ Sous l'empire de l'ancien règlement, les juridictions nationales disposaient de certaines compétences en relation avec l'article 81 par. 3 CE. (a) Tout d'abord, elles pouvaient se prononcer sur le point de savoir si un accord remplissait bien les conditions prévues dans un « règlement communautaire d'exemption par catégorie », c'est-à-dire un règlement adopté par le Conseil ou, sur délégation donnée par ce dernier, par la Commission, et précisant, par la voie réglementaire, pour le type d'accord visé, les conditions auxquelles l'accord pouvait bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81 par. 3 CE. (b) De la même manière, les juridictions nationales avaient le pouvoir de déterminer si des parties ayant obtenu

Le projet de loi ne touche pas à ces compétences. Comme il est indiqué dans de nombreuses sources doctrinales, les juridictions nationales sont appelées à intervenir, en ce qui concerne le droit de la concurrence, dans la majorité des cas, dans des litiges concernant des droits subjectifs. Ainsi, elles seront saisies, le plus souvent, dans le cadre d'actions visant à obtenir la nullité d'un contrat, la réparation d'un dommage ou encore la suspension d'une pratique anti concurrentielle.¹⁰

B. L'autorité nationale de concurrence

13. Identification.- Il reste à examiner le sort réservé dans le projet de loi aux autorités nationales de concurrence.¹¹ A ces autorités, le Règlement 1/2003 accorde des compétences, et impose des obligations.¹² Il importait, conformément à l'obligation prévue à l'article 35 du règlement, d'identifier le ou les organes qui, en droit belge, sera(en)t investi(s) de ces compétences et se verrai(en)t imposer ces obligations. La réponse est fournie à l'article 2 du projet de loi. Selon cette disposition, ces compétences sont réparties entre le « Conseil de la concurrence » et le « Service de la concurrence » (ci-après « Service »).

Article 2, 4° du projet de loi.- « Pour l'application de la présente loi, on entend par ... 4° Autorité belge de concurrence: le Conseil de la concurrence et le Ser-

de la Commission une « décision d'exemption individuelle » (décision indiquant que, pour un accord déterminé, une exemption pouvait être donnée sur la base de l'article 81 par. 3 CE) remplissaient bien les conditions prévues dans les conditions (comparaison entre les conditions mentionnées dans la décision et la situations dans laquelle se trouvent les parties concernées). (c) En continuation des deux compétences mentionnées dans cette note, les juridictions nationales avaient enfin le pouvoir de « retirer » une exemption, c'est-à-dire d'ôter le bénéfice de l'exemption, lorsque les parties concernées ne remplissaient plus les conditions qui leur avaient permis d'obtenir, dans un premier temps, l'exemption individuelle ou le bénéfice de l'exemption par catégorie. (d) Dans ces trois cas, la compétence dont disposaient les juridictions nationales était liée à la nature de l'acte adopté par l'autorité communautaire: décision ou règlement. En application du traité CE, les décisions et les règlements ont un effet direct dans l'ordre interne. Cet effet implique que ces actes – que distinguent seulement le caractère singulier ou général – peuvent être invoqués directement par des particuliers ou des entreprises devant des juridictions nationales. Sur le sujet, v. e. a. L. IDOT et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Le besoin de sécurité juridique », *Cahiers de droit européen* 2001, p. 160.

¹⁰ Voir not., sur le sujet, le Livre vert COM(2005)672 final du 19 décembre 2005, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

¹¹ Sur le sujet, v. F. MOERMAN, « Vers une autorité belge de concurrence », in P. NIHOUL (éd.), *Op. cit.*, 253; B. PONET, « L'impact du règlement de modernisation sur le Conseil belge de la concurrence », in P. NIHOUL (éd.), *Op. cit.*, 139.

¹² Cf. not. l'article 5 du Règlement 12/2003, qui définit les compétences accordées aux autorités de concurrence des Etats membres.

vice de la concurrence auprès du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, chacun agissant selon ses compétences telles que définies dans la présente loi. L'autorité belge de concurrence est l'autorité de concurrence qui est compétente pour l'application des articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne telle que visée à l'article 35 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ».

14. Changement.- La définition qui est ainsi donnée au concept communautaire « autorité de concurrence » est distincte, dans le projet, de celle existant dans la législation actuelle. Comme indiqué ci-dessus, le Règlement 1/2003 a été mis en oeuvre, une première fois, dans l'ordre interne, par l'Arrêté royal du 25 avril 2004.¹³ Aux termes de cet Arrêté, l'autorité de concurrence, au sens du Règlement 1/2003, était composée du Conseil de la concurrence, du Service de la concurrence et du Corps des rapporteurs. Comme on le sait, le Corps des rapporteurs est remplacé, dans le projet, par l'Auditorat. La modification introduite par le projet, en ce qui concerne l'identification de l'autorité de concurrence au sens du Règlement 1/2003, consiste donc à limiter la désignation au Conseil et au Service, l'Auditorat étant intégré dans le Conseil.¹⁴

Article 1 de l'Arrêté royal.- « Au chapitre 1er de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999, il est inséré, après l'article 1er, un nouvel article 1bis, libellé comme suit: 'Art. 1^{er} bis. Pour l'application de l'article 35 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, il y a lieu d'entendre par 'autorité de concurrence' le Conseil de la concurrence, le corps des rapporteurs et le Service de la concurrence, chacun agissant selon ses compétences telles que définies dans la présente loi'. »

C. Les compétences reconnues à l'autorité nationale

15. Appliquer l'article 81 par. 3 CE.- Comment le projet de loi donne-t-il écho à la compétence donnée par le Règlement 1/2003 aux autorités nationales de concurrence, en ce qui concerne l'application des articles 81 et 82 CE ? Sous l'empire de l'ancien règlement, ces autorités

disposaient déjà du pouvoir d'appliquer l'article 81 par. 1 et l'article 82 CE. En revanche, elles ne pouvaient décider, de leur propre initiative, sur la base de l'article 81 par. 3 CE, que certains accords pouvaient être exemptés de l'interdiction figurant à l'article 81 par. 1 CE. Cette compétence leur est désormais reconnue.¹⁵

Article 5 du Règlement 1/2003.- « Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes: - ordonner la cessation d'une infraction, - ordonner des mesures provisoires, - accepter des engagements, - infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. Lorsqu'elles considèrent, sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, elles peuvent également décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir ». ¹⁶

16. Projet de loi.- La compétence de l'autorité belge de la concurrence est organisée aux articles 49 s. du projet de loi, en ce qui concerne le type de décision qui peut être prise. Aux termes de l'article 52, la chambre désignée, au sein du Conseil,¹⁷ pour statuer sur une affaire, peut décider que, dans cette affaire, il n'y pas lieu d'intervenir.¹⁸ Selon l'article 53 du projet de loi, le Conseil de la concurrence peut constater par décision motivée l'existence d'une pratique restrictive¹⁹ ou l'inexistence d'une telle pratique. Il peut aussi retirer le bénéfice d'une exemption, lorsqu'un accord anticoncurrentiel ne semble pas conforme aux conditions pour l'obtention d'une telle exemption. Exami-

¹⁵ Sous l'empire de l'ancien règlement, les autorités nationales de concurrence avaient également, s'agissant de l'article 81 par. 3 CE, les compétences qui ont été examinées ci-dessus en relation avec les juridictions nationales: voir note 14.

¹⁶ La question s'est posée de savoir si, ayant un effet direct, le Règlement 1/2003 confère, par lui-même, aux autorités nationales de concurrence le pouvoir d'appliquer les articles 81 et 82 CE et de prendre les actes qu'il prévoit à cet effet. Une discussion a eu lieu à ce sujet dans l'affaire *Coca-Cola*. (V. décision du Conseil de la concurrence, 30 novembre 2005 N°2005-1/O-52, spécialement les par. 73 à 85). Dans cette affaire, le Conseil a décidé qu'il pouvait accepter des engagements en se fondant directement sur l'article 5 du Règlement 1/2003 en l'absence d'un acte national mettant en oeuvre ce dernier.

¹⁷ Aux termes du projet, le Conseil est divisé en chambres. Le président distribue les affaires entre les chambres. V. articles 20 et 21 du projet de loi.

¹⁸ Cette disposition traduit l'article 5, dernier alinéa de l'article 5 du Règlement 1/2003, qui se trouve cité au paragraphe précédent dans le corps du présent article.

¹⁹ Dans le projet de loi, l'expression « pratique restrictive » renvoie aux accords anticoncurrentiels et aux abus commis par des firmes en position dominante. V. l'article 5 du projet de loi.

¹³ V. l'Arrêté royal, précité, du 25 avril 2004.

¹⁴ Dans le projet de loi, le Conseil de la concurrence est composé de trois entités: l'assemblée générale du Conseil, l'Auditorat et le greffe (article 12). L'assemblée générale du Conseil est composée, quant à elle, des conseillers (articles 13 et 23). Aux termes du projet, le greffe est institué « auprès » du Conseil: la formulation est malheureuse car le greffe fait partie de cette autorité (article 33).

nons successivement les hypothèses qui sont mentionnées dans la disposition, après en avoir cité le texte.

Article 53 du projet de loi. - « La chambre du Conseil ... peut constater ... 2° l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence pour autant qu'il n'y ait pas d'affectation du commerce entre Etats membres de la communauté européenne; 4° retirer le bénéfice d'un règlement ... dans un cas individuel, lorsque la pratique restrictive produit des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3 du traité CE sur le territoire national ou une partie de celui-ci, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct »

17. Déclaration d'inexistence. - Dans l'hypothèse visée à l'article 53 2°, le comportement investigué ne constitue pas une pratique restrictive de concurrence au sens de la législation nationale. Dans une telle hypothèse, le Conseil est habilité, dans le projet, à constater l'inexistence d'une telle pratique. Aux termes du projet, une déclaration d'inexistence (de pratique restrictive) peut seulement intervenir, toutefois, lorsque le commerce intercommunautaire n'est pas affecté. Cette condition implique, si l'on admet une interprétation *a contrario*, que, lorsque le commerce intracommunautaire est affecté, le Conseil n'est pas habilité à adopter une telle déclaration. Cette absence de compétence peut être expliquée par deux raisons, qui peuvent et doivent sans doute être combinées.

(a) *Première raison.* - Si la pratique a un effet sur le commerce entre les Etats membres, il faut considérer, en application du droit communautaire, que celui-ci est applicable. Le Conseil ne peut alors déclarer l'inexistence d'une pratique restrictive sur la base du seul droit national. Son appréciation doit être fondée également sur le droit communautaire. Dans cette interprétation, la disposition analysée signifierait que le Conseil ne peut conclure à l'inexistence d'une pratique sur la base du droit national seulement.

(b) *Seconde raison.* - Le droit communautaire est applicable en raison de l'effet produit par la pratique sur le commerce entre les Etats membres. Or, les autorités nationales de concurrence n'ont pas la compétence de conclure à l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence en application du droit communautaire. En application du Règlement 1/2003, elles peuvent appliquer les articles 81 et 82 CE²⁰ mais cette compétence ne leur permet pas de déclarer inapplicable ces dispositions aux affaires

²⁰ Cfr. Règlement 1/2003, article 5. « Les autorités de concurrence des Etats membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels ».

*qui leur sont soumises. Une telle compétence est réservée, dans ledit règlement, à la Commission européenne.*²¹

Supposons, donc, que l'autorité nationale de concurrence examine une pratique prétendument restrictive – un accord dont certains prétendent qu'il est anticoncurrentiel. Imaginons qu'en application du droit national, l'autorité de concurrence estime que le caractère restrictif du comportement n'est pas établi. En application du droit national, l'autorité devrait conclure à l'inexistence d'une pratique restrictive. En application du projet de loi, qui est conforme sur ce point au droit communautaire, elle ne pourra pas formuler une telle conclusion lorsque la pratique a un effet inter étatique puisque, lorsque le droit communautaire s'applique, une telle décision appartient exclusivement à la Commission.

18. Retrait. - Dans l'hypothèse envisagée à l'article 53 4°, le Conseil de la concurrence peut retirer le bénéfice d'un règlement communautaire lorsque les conditions prévues dans ce règlement ne sont pas réunies. Cela est-il neuf ? Sous l'empire du Règlement 17/62,²² les autorités nationales avaient la compétence de vérifier si, dans les cas individuels portés devant elles, les conditions prévues dans un règlement d'exemption par catégorie, ou dans une décision individuelle ayant le même objet, étaient bien remplies. Lorsque cela n'était pas le cas, elles avaient le pouvoir de déclarer la pratique incompatible avec l'article 81 CE. Dans certaines situations, les conditions prévues par la décision ou le règlement d'exemption étaient remplies – puis cessaient de l'être. Les autorités nationales de concurrence avaient alors la compétence de retirer le bénéfice de cette exemption. L'hypothèse visée à l'article 52 4° répond à cette possibilité – elle suscite deux commentaires.

Premier commentaire: le Règlement 1/2003 permet aux autorités nationales d'aller plus loin que la vérification des conditions établies dans un règlement ou une décision communautaire d'exemption, et le « retrait » de l'exemption éventuellement accordée à une pratique. Avec cet instrument, les autorités nationales ont le pouvoir d'appliquer elles-mêmes l'article 81 par. 3 CE. Dans ce cadre, elles peuvent, et doivent, procéder, elles-mêmes, aux évaluations que requiert l'application de cet article, en tenant

²¹ Cfr. Règlement 1/2003, article 10. « Lorsque l'intérêt public concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont remplies ».

²² CEE Conseil: Règlement n°17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité J. O. 13, p. 204.

compte de la jurisprudence communautaire et de la possibilité pour la Commission d'évoquer l'affaire lorsque celle-ci l'estime opportun.

Second commentaire: une (double) condition doit être satisfaite, selon le projet de loi, pour que le Conseil belge de la concurrence puisse « retirer » le bénéfice d'une exemption communautaire. Aux termes du projet, le « retrait » peut seulement intervenir (a) lorsque les effets produits par la pratique et jugés incompatibles avec l'article 81 par. 3 CE sont observés sur le territoire national, et (b) que ce marché présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct. Cette dernière précision reproduit un texte repris dans diverses dispositions communautaires.²³ L'objectif poursuivi par ces dispositions est d'éviter qu'une autorité ou une juridiction nationale adopte une décision ayant un effet dépassant le territoire où elles exercent leur compétence.²⁴

19. Engagements proposés par des entreprises. Dans les compétences attribuées à l'autorité belge de la concurrence, il faut aussi mentionner, en raison de l'importance du mécanisme, la capacité, reconnue à cette autorité, d'accepter des engagements. Cette compétence figure à l'article 54 du projet de loi. Aux termes de cette disposition, la chambre du Conseil peut accepter des engagements proposés par des entreprises lorsque ces engagements apportent une réponse aux raisons pouvant conduire à considérer des pratiques incompatibles avec les règles de la concurrence. Dans un tel cas, elle peut demander à l'auditeur de déposer un rapport sur les propositions d'engage-

ment formulées par les entreprises. Si elle accepte ces propositions, la chambre le manifeste dans une décision. Elle déclare alors qu'il n'y a plus lieu, pour le Conseil, d'agir.²⁵

La procédure peut être rouverte lorsque disparaissent les raisons ayant conduit le Conseil à adopter la décision: informations incomplètes, inexacts ou dénaturés; changement important dans le ou les faits ayant servi de base à la décision; non-respect des engagements par les entreprises concernées. La procédure étant rouverte, le Conseil retrouve alors la possibilité de conclure à l'existence d'une pratique restrictive – et de prendre les mesures qui s'imposent pour sanctionner les auteurs de l'infraction et les inciter à abandonner leurs comportements.

Notons que la possibilité d'accepter des engagements, ainsi prévue dans le projet de loi est inspirée de la possibilité, similaire, existant en droit communautaire. Cette possibilité, précisément, est prévue par le Règlement 1/2003. Les termes apparaissant dans le projet de loi sont identiques à ceux qui figurent dans le règlement (article 9).

Article 54 par. 1er du projet de loi. – « Lorsque la chambre du Conseil qui connaît de l'affaire envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, elle peut, par voie de décision, rendre les engagements obligatoires pour les entreprises. Elle peut demander à l'auditeur de déposer un rapport sur les propositions d'engagements dans le délai qu'elle détermine. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclure qu'il n'y a plus lieu que le Conseil agisse. Cette décision est sans préjudice de la faculté des juridictions nationales de constater l'existence de pratiques restrictives pour le passé et

²³ V. l'article 29 (2) du Règlement 1/2003. V. aussi l'article 9 du Règlement (CE) 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises *J. O. L* 24, p. 1; l'article 6 par. 2 du Règlement 1400/2002/CE de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *J.O. L* 203, 30; et l'article 7 du Règlement 2790/1999/CE de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées *J.O. L* 336, 21.

²⁴ Dans la mesure où elle reproduit une idée reprise dans plusieurs dispositions communautaires, la règle prévue dans le projet de loi ne peut sans doute être critiquée. On peut toutefois s'interroger sur les limites de ces dispositions communautaires. Comme indiqué ci-dessus, l'idée est de permettre aux autorités et aux juridictions nationales de retirer le bénéfice d'un règlement lorsque la pratique ou le comportement affecte un territoire qui peut être considéré comme distinct sur le plan de la concurrence. Qu'arrivera-t-il lorsque la pratique ou le comportement affectent plusieurs marchés nationaux ? La compétence reconnue aux autorités et aux juridictions nationales étant limitée, le bénéfice du règlement est-il alors acquis sauf intervention exclusive de la part de la Commission européenne ? Une telle organisation de compétences ne va-t-elle pas à l'encontre de la décentralisation qui est recherchée dans l'application des règles de la concurrence ?

²⁵ Une telle décision a un double intérêt pour les entreprises. Elle clarifie l'application de la disposition concernée (article 81 et/ou 82 CE) pour le futur et elle implique que le Conseil ne prononce pas une amende pour le passé. Si l'(les) entreprise(s) se conforment à la décision, elles ne commettent en principe plus d'infraction puisque on peut supposer que la décision interprète correctement les dispositions concernées. Une action peut être introduite devant une juridiction nationale pour le dommage éventuellement causé par les entreprises en cause avant l'adoption de la décision. La proposition d'engagements par les entreprises n'implique pas que ces dernières reconnaissent, en une quelconque manière, que les comportements passés étaient incompatibles avec le droit communautaire. A défaut, des actions pourraient être immédiatement entamées, en responsabilité, contre des entreprises proposant des engagements, avec la certitude d'obtenir gain de cause.

n'implique aucune reconnaissance préjudiciable de la part de l'entreprise concernée ». ²⁶

D. Compétences internationales

20. Le projet de loi.- Autre question institutionnelle: quelle instance sera chargée, en Belgique, de la représentation de l'Etat, dans les organisations ou les enceintes internationales ? La réponse fournie par le projet de loi est complexe. Deux dispositions doivent être consultées à cet effet. (a) La première est l'article 22 du projet. Selon cette disposition, le Conseil de la concurrence participe aux réunions rassemblant des autorités juridictionnelles. La participation du Conseil aux autres réunions européennes et internationales est soumise à une autorisation à donner par le Ministre belge de l'Economie. (b) L'autre disposition est l'article 35 2° du projet. Aux termes de cette disposition, le Service de la concurrence est chargé d'assurer la représentation de la Belgique dans les organisations européennes et internationales. Deux nuances encadrent cette compétence. Tout d'abord, celle-ci est exercée sur la base d'une délégation faite par le Ministre. Par là, il faut entendre que la compétence de représentation appartient au Ministre mais que celui-ci peut en déléguer l'exercice. Si le Ministre décide de déléguer la représentation à une réunion, c'est le Service qu'il doit désigner. Ensuite, cette compétence du Ministre et du Service ne porte pas atteinte au pouvoir, reconnu par l'article 22 examiné ci-dessus, au Conseil, de participer aux rencontres entre les autorités juridictionnelles.

Projet de loi, article 22.- « Le Conseil de la concurrence participe aux réunions internationales des autorités juridictionnelles ». *Projet de loi, article 35.-* « Le Service de la concurrence est chargé notamment: ... 2° d'assurer, sur délégation du Ministre, et sous réserve de l'article 22, la représentation de la Belgique dans les organisations européennes et internationales de concurrence ».

21. Questions.- On le voit: dans un pays où les équilibres sont fragiles, la situation est complexe. Comment ordonner ces compétences ? Un choix est fait en faveur de la participation du Conseil de la concurrence aux réunions internationales des autorités juridictionnelles. Notons qu'il s'agit dans ce cadre d'une « participation » plutôt que

d'une « représentation ». Par ailleurs, les rencontres concernées réunissent des « autorités juridictionnelles ». Sur ce point, le projet suscite des interrogations. Comme la loi en vigueur actuellement, il attribue au Conseil de la concurrence le statut de « juridiction ». Mais ce statut vaut pour le droit belge. Un statut différent peut avoir été conféré, par les autres Etats membres, à leurs autorités nationales de concurrence. Comment va-t-on dès lors déterminer que la réunion à laquelle il s'agit de participer rassemble des autorités « juridictionnelles » ? Faudra-t-il examiner au cas par cas, avant chaque réunion, la nature des organismes appelés à participer, avant de pouvoir décider, en ce qui concerne la Belgique, qui participera ?

De manière plus fondamentale, il faut signaler que, en droit communautaire, les autorités nationales de concurrence n'ont pas le statut de « juridictions » au regard de l'article 234 CE. Cela résulte de l'arrêt *Syfait* rendu récemment par la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.). ²⁷ Que vaut dans ce cadre l'idée exprimée dans le projet belge que le Conseil de la concurrence participe aux réunions impliquant des « autorités juridictionnelles » ? Cette précision, combinée à l'arrêt qui vient d'être mentionné, implique l'impossibilité, dans le projet actuel, pour le Conseil, de participer aux réunions des autorités nationales de concurrence, sauf autorisation donnée par le Ministre. Mais cette autorisation elle-même n'est-elle pas problématique ? Dans le projet, comme dans la loi d'ailleurs, le Conseil se voit reconnaître le statut de « juridiction ». Ce statut ne peut être un concept abstrait: il a des implications concrètes, notamment pour ce qui concerne l'indépendance des conseillers et celle du collège. Cette indépendance est-elle bien respectée si la participation du Conseil est soumise à l'autorisation d'un membre du pouvoir exécutif ?

22. La pratique.- Relevons encore que le choix réalisé dans le projet ne semble pas correspondre à la pratique. A l'heure actuelle, le Conseil participe aux réunions tenues par des organisations internationales en matière de concurrence, particulièrement les réunions organisées par le « Competition Committee » (OCDE) ²⁸ et le « Interna-

²⁶ Sur ce point, il faut aussi mentionner l'application « avant la lettre » faite de cette disposition communautaire, par le Conseil belge de la concurrence, dans l'affaire *Coca-Cola* citée à la note 182 du présent article. Dans cette affaire, le Conseil a accepté des engagements proposés par une entreprise en l'absence d'une base juridique prévue en droit national à cet effet. Pour poser cet acte, le Conseil s'est fondé directement sur le Règlement 1/2003. Ainsi, il a interprété le règlement comme lui fournissant directement une telle base juridique sans que cette dernière doive être reprise, et organisée, de manière spécifique, en droit interne.

²⁷ C.J.C.E., arrêt du 31 mai 2005, C-53/03, *Syfait*. Cet arrêt est analysé plus longuement ci-dessous. Pour notre propos, il suffit de relever ici qu'aux termes de cet arrêt, lesdites autorités ne peuvent être considérées comme des « juridictions » habilitées à poser à la Cour des questions préjudicielles en application de l'article 234 CE.

²⁸ Organisation de coopération et de développement économiques. V. <http://www.oecd.org/>. Cette organisation publie, notamment, chaque année, un rapport sur les développements, par pays membre, en droit de la concurrence. Ces rapports sont discutés au sein du « Comité sur la concurrence » (« Competition Committee »). Participent à ces réunions, à la fois, le Service, et le Conseil de la concurrence, sans qu'une limite soit imposée à l'une ou l'autre de ces instances quant à la faculté de s'exprimer dans cette instance.

tional Competition Network ». ²⁹ S'il était adopté en l'état, le projet de loi impliquerait que le Conseil se voit désormais interdire la participation à ces réunions de sa propre initiative. ³⁰ Par ailleurs, il ne semble pas exister, à l'échelle européenne ou internationale, une instance réunissant de manière spécifique des juridictions appelées à intervenir en matière de concurrence. La disposition figurant dans le projet, et qui autorise le Conseil de la concurrence à participer à des réunions rassemblant des représentants de juridictions, paraît donc dépourvue de pertinence pratique dans la situation actuelle.

23. Le Comité consultatif. - Un « Comité consultatif » existe depuis plusieurs années dans la Communauté européenne pour assister la Commission dans l'application des articles 81 et 82 CE. Ce comité est composé des représentants des autorités de concurrence des Etats membres. Il exerce plusieurs fonctions dans l'application des articles 81 et 82 CE. Tout d'abord, il conseille la Commission dans les procédures ouvertes par cette dernière pour appliquer ces dispositions. Le Règlement 1/2003 prévoit que le Comité doit être consulté par la Commission avant que cette dernière puisse adopter une décision dans ce cadre. ³¹ Ensuite, le Comité peut débattre d'affaires qui sont traitées par des autorités nationales de concurrence pour l'application des mêmes dispositions. A la demande de l'une de ces autorités, la Commission inscrit à l'ordre du jour du comité les affaires qui sont traitées par une autorité de concurrence. ³²

Une question importante est de déterminer qui, parmi les entités constituant l'autorité belge de concurrence, sera admis à participer aux réunions du Comité consultatif.

²⁹ Cette enceinte (en français: « réseau international de concurrence ») rassemble les autorités chargées de la mise en œuvre du droit de la concurrence. Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>. Le site indique que, s'agissant de la Belgique, le Service, et le Conseil, sont considérés comme membres, et participent, dans ce cadre, aux réunions.

³⁰ Une autorisation du Ministre reste possible – mais la participation n'a pas lieu alors à l'initiative du Conseil comme cela semble pourtant être le cas à l'heure actuelle. On notera le rôle central attribué au Ministre dans le projet de loi: c'est lui qui permet au Service de participer dans le cadre d'une délégation; c'est lui aussi qui autorise le Conseil à participer à une réunion où sont également présentes des autorités n'ayant pas une nature juridictionnelle. C'est donc bien le Ministre qui entend jouer le rôle d'arbitre entre ces instances.

³¹ Comme il est indiqué dans le Règlement 1/2003, la Commission doit tenir le plus grand compte de l'avis émis par cet organe. Le Comité doit être informé de la façon dont la Commission a tenu compte de son avis. Si l'avis est rendu par écrit, il doit être joint au projet de décision. Il peut également être publié, si la publication est recommandée par le Comité. V. le Règlement 1/2003, art. 14.

³² Le Comité consultatif peut également adopter des positions sur des questions qui ne concernent pas des cas individuels. V. article 14, par. 2 du Règlement 1/2003.

Dans une première version du projet, le gouvernement belge indiquait que la participation serait réservée au Service. Le Conseil se voyait ainsi exclu de manière expresse. A ce titre, il ne pouvait pas recevoir les documents dont l'échange est prévu dans le cadre des consultations qui ont lieu avec la Commission européenne et entre les autorités nationales de concurrence. Cette disposition antérieure a été supprimée dans le projet soumis au Parlement. Faut-il déduire de cette suppression que la participation du Conseil est désormais acceptée par le gouvernement ? Si l'on se réfère à l'article 22 du projet (v. ci-dessus), il faudrait répondre par la négative car cette disposition limite la participation du Conseil aux réunions rassemblant des autorités juridictionnelles – sauf autorisation donnée par le Ministre. Les autorités de concurrence des autres Etats, qui siègent au Comité, n'ont pas nécessairement ce statut juridictionnel.

Projet de loi, version antérieure. - « Le Conseil ne prend pas part aux réunions du Comité consultatif visé à l'article 14 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévue aux articles 81 et 82 du Traité et à l'article 19 du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Le Conseil ne reçoit pas les pièces relatives aux affaires discutées dans ces Comités consultatifs ni celles visées à l'article 11, § 2 du Règlement (CE) n° 1/2003 précité et à l'article 19 du Règlement (CE) n° 139/2004 précité ».

Peut-on réellement imaginer que le Conseil de la concurrence soit exclu des discussions et des délibérations du Comité ? La position adoptée par le gouvernement belge est-elle cohérente – il semble contradictoire d'indiquer que le Conseil constitue avec le Service l'autorité belge de concurrence, mais de limiter au Service la participation aux réunions rassemblant au niveau européen les autorités nationales de concurrence ? Par ailleurs, l'absence du Conseil ne met-elle pas en péril le fonctionnement du Comité ? Rappelons que ce dernier est appelé à examiner, notamment, les décisions envisagées dans des cas individuels, l'idée étant d'assurer une certaine convergence entre les autorités. Une telle fonction peut-elle être exercée de manière utile si est exclue, ou même seulement susceptible d'être exclue, l'instance qui, dans l'un des Etats membres, est amenée à prendre la plupart des décisions en matière de concurrence ? ³³

³³ Les questions examinées ici concernent le Comité consultatif mis en place au niveau communautaire pour traiter les questions relatives aux ententes et abus de position dominante (art. 81 et 82 CE). Les mêmes questions se posent pour la participation au « Comité consultatif en matière de

E. Questions préjudicielles

24. Le statut de « juridiction ». Avant de clôturer les aspects institutionnels, il faut se demander si le Conseil constitue, ou non, une « juridiction ». Le statut de « juridiction » lui est attribué sans conteste en droit national, où il résulte de la loi elle-même: le texte en vigueur actuellement indique de manière spécifique que le Conseil constitue une telle juridiction.³⁴ Cette affirmation est reprise, de manière expresse, dans le projet de loi.³⁵ Comme nous examinons ici les relations entre le projet de loi et le Règlement 1/2003, il faut toutefois se demander dans quelle mesure le Conseil dispose, en droit communautaire, d'un tel statut. Force est de répondre à cette question par la négative au vu de l'arrêt *Syfait* rendu récemment par la C.J.C.E.³⁶

25. Arrêt *Syfait*. Dans cet arrêt, la C.J.C.E. décide que l'autorité hellénique de concurrence ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE et ne peut donc lui adresser des questions préjudicielles en application de cette disposition. Pour étayer son argumentation, la Cour relève plusieurs traits caractérisant cette autorité.

(a) Tout d'abord, l'autorité était soumise à la tutelle du Ministre hellénique du développement.³⁷ Cette tutelle permettait au Ministre de contrôler, dans certaines limites, la légalité des décisions prises par l'autorité. Cette dernière ne disposait pas, ainsi, de l'indépendance requise pour constituer une juridiction au sens de la disposition précitée. (V. par. 30 de l'arrêt).

(b) Ensuite, les membres de l'autorité hellénique de la concurrence ne semblaient pas disposer de l'indépendance attachée aux juridictions. En particulier, les conditions dans lesquelles ces membres pouvaient être nommés et/ou révoqués ne paraissaient pas entourés de garantie assurant que leurs tâches pouvaient être exercées à l'abri de pressions ou interventions de la part de l'exécutif. (V. par. 31 de l'arrêt).

(c) Enfin, la fonction exercée par le président de l'autorité s'étendait à l'organe chargé de l'instruction des dossiers – organe appelé « Secrétariat » dans la législation hellénique. Aux termes de cette législation, le président de l'autorité était chargé de la coordination de ce Secrétariat. Il était responsable de son orientation générale. Il exerçait le pouvoir hiérarchique, ainsi que le pouvoir disciplinaire,

concentrations », qui est organisé par le Règlement 139/2004 (v. article 19 par. 2 et s.) avec des compétences analogues en matière de concentrations. Le projet de loi n'introduit pas une différence pour la représentation de la Belgique à ces deux comités.

³⁴ Loi, article 16.

³⁵ Projet de loi, article 12, par. 1.

³⁶ C.J.C.E., arrêt du 31 mai 2005, C-53/03, *Syfait*.

³⁷ *Sic.* Sans doute s'agit-il du « développement économique ».

sur le personnel travaillant au sein de cet organe. (V. par. 32 et 33 de l'arrêt). Or, étant chargé de l'instruction, le Secrétariat ne pouvait être considéré comme neutre mais devait être assimilé à une partie à la procédure. L'autorité était ainsi liée de manière institutionnelle à une partie, ce qui empêche de considérer qu'elle disposait de la neutralité requise pour constituer une juridiction.

On peut se demander dans quelle mesure la situation est différente dans le projet de loi.³⁸ Mais une telle analyse serait superflue car l'argument décisif fourni par la Cour ne concerne pas, de manière spécifique, l'autorité hellénique de la concurrence: il est fondé sur la nature même de ces autorités désignées par les Etats membres pour l'application des articles 81 et 82 CE en conformité avec le Règlement 1/2003. Selon la Cour, c'est l'« étroite collaboration » entre l'autorité de concurrence et la Commission

³⁸ *Par rapport à la lettre (b) ci-dessus.* Aux termes du projet, les conseillers bénéficient d'un statut analogue à celui des magistrats. *Par rapport à la lettre (c).* Le Service n'est pas assujéti au pouvoir hiérarchique ou disciplinaire de l'assemblée générale du Conseil ou de son président. Il faut noter, toutefois, que ce dernier dispose d'un pouvoir disciplinaire sur les auditeurs. (V. l'article 32 par. 2 du projet loi). Cela est dû à l'intégration de l'Auditorat dans le Conseil. *Par rapport à la lettre (a).* L'analyse est plus complexe en ce qui concerne la tutelle. A cet égard, il faut mentionner par la possibilité, prévue par la loi, pour le Conseil belge des ministres, d'autoriser une concentration déclarée inadmissible par le Conseil de la concurrence. (Article 34 bis). Cette possibilité est maintenue dans le projet de loi. (Article 61). La question se pose de savoir dans quelle mesure ce mécanisme peut être analysé comme étant une tutelle. En droit administratif, la tutelle permet à un pouvoir supérieur de réformer un acte adopté par une instance inférieure sur la base de considérations liées à la loi ou à l'intérêt général. En l'occurrence, le concept devrait être défini selon le droit communautaire puisqu'il intervient dans la définition d'un concept communautaire. De l'arrêt, il apparaît que le pouvoir de tutelle reconnu au Ministre hellénique n'était pas limité à quelques décisions mais couvrait l'ensemble des actes pouvant être adoptés par l'autorité de concurrence. Il en va différemment en Belgique, où le pouvoir reconnu au Conseil des ministres est limité aux décisions négatives prises par le Conseil en matière de concentrations. Par ailleurs, la tutelle dont disposait le Ministre hellénique permettait à ce dernier « de contrôler la légalité des décisions » prises par l'autorité (par. 30). Or le pouvoir reconnu au Conseil des ministres en Belgique est fondé seulement sur l'intérêt général. « Dans un délai de trente jours à compter de la notification de la décision du Conseil de la concurrence, le Conseil des Ministres peut autoriser la réalisation d'une concentration pour des raisons d'intérêt général qui l'emportent sur le risque d'atteinte à la concurrence constaté par le Conseil de la concurrence. Dans ce cas, le Conseil des Ministres peut également lever totalement ou partiellement les conditions et charges éventuellement prononcées par le Conseil de la concurrence. Dans son appréciation et sa motivation, le Conseil des Ministres tient compte notamment de l'intérêt général, de la sécurité nationale, de la compétitivité des secteurs concernés au regard de la concurrence internationale, ainsi que de l'intérêt des consommateurs et de l'emploi. » (Article 34 bis de la loi).

européenne qui empêche de considérer la première comme une juridiction. Sur ce point, la Cour souligne le pouvoir attribué par le règlement à la Commission de dessaisir les autorités nationales lorsque diverses conditions sont remplies.³⁹ De ce pouvoir, la C.J.C.E. déduit que les autorités nationales de concurrence ont la même nature que la Commission européenne – une nature administrative et non pas juridictionnelle. Cela implique, selon elle, que, comme la Commission européenne, ces autorités ne peuvent pas utiliser le renvoi préjudiciel visé à l'article 234 CE.

Par. 35 à 37 de l'arrêt. - « [L]a Cour ne peut être saisie que par un organisme appelé à statuer sur un litige pendant devant lui dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel ... Chaque fois que la Commission dessaisira une autorité nationale de la concurrence ..., la procédure engagée devant cette dernière n'aboutira pas à une décision de caractère juridictionnelle. Il découle des éléments examinés ... que ... [l'autorité hellénique de la concurrence] ne présente pas un caractère juridictionnel au sens de l'article 234 CE ».

26. Commentaires. - On ne saurait analyser ici l'arrêt de manière approfondie car il ne forme pas le cœur de notre examen.⁴⁰ Qu'il me soit seulement permis de relever, sur le plan technique, que la référence faite dans l'arrêt à la faculté de dessaisissement n'est peut-être pas entièrement judicieuse. Ce n'est pas parce qu'elle risque un jour d'être dessaisie qu'une autorité perd le caractère juridictionnel qu'elle aurait autrement. Prenons le cas des juridictions nationales intervenant dans un contentieux de nature civile. De telles juridictions n'ont pas seulement le statut juridictionnel en droit interne: ce statut leur est également reconnu en droit communautaire. A ce titre, elles peuvent adresser à la C.J.C.E. des renvois préjudiciels en application de l'article 234 CE. Pourtant, la compétence reconnue

à de telles juridictions pour mettre en œuvre les articles 81 et 82 CE n'est pas illimitée. Cette compétence est aussi affectée de limites au bénéfice de la Commission. Mais ces limites n'affectent pas leur nature juridictionnelle au regard du droit communautaire et donc leur compétence à poser à la C.J.C.E. des questions préjudicielles.⁴¹

Pour le reste, on peut sans doute expliquer l'arrêt par la séparation des pouvoirs: peut-être la Cour a-t-elle voulu éviter toute interférence dans l'organisation du réseau constitué pour améliorer l'application des articles 81 et 82 CE au niveau communautaire. Aux termes du Règlement 1/2003, ce réseau est formé de la Commission et des autorités nationales de concurrence. En principe, il doit assurer l'émergence d'une certaine convergence dans les solutions retenues par ces instances pour l'application des articles 81 et 82 CE. Quel aurait été l'effet de renvois préjudiciels sur le fonctionnement de ce réseau? Supposons qu'une solution prônée par une autorité nationale ne soit pas partagée par la Commission européenne. Cette autorité aurait pu saisir la Cour dans l'espoir que celle-ci reconnaît sa position. Le renvoi préjudiciel aurait pu être utilisé par des autorités nationales comme un moyen pour contraindre la Commission à accepter leur position au sein du réseau.

Peut-être une telle perspective a-t-elle « effrayé » la Cour. Notons que l'arrêt n'enlève pas à celle-ci le dernier mot dans l'interprétation des règles communautaires, notamment les règles de concurrence. Il met les membres du réseau dans une situation où ils doivent s'entendre sur la solution à donner aux problèmes de concurrence dans l'ensemble de la Communauté. Sur le plan du droit, il est vraisemblable qu'un tel ordonnancement – la nécessaire

³⁹ V. l'article 11 par. 6 du Règlement 1/2003. Aux termes de cette disposition, l'ouverture d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision par la Commission européenne dessaisit les autorités de concurrence des Etats membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 CE. Si une autorité de concurrence traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité.

⁴⁰ Pour une analyse détaillée, v. H. TAGARAS et M. WAELBROECK, « Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du traité - Un étrange arrêt de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen* 2005, 465. Dans cette contribution, les auteurs critiquent l'attitude adoptée par la Cour. Cette attitude leur semble peu conforme à la jurisprudence développée antérieurement autour de la notion de « juridiction » dans le cadre de l'article 234 CE. Par ailleurs, ils estiment qu'il aurait été opportun de permettre aux autorités nationales de concurrence de recourir au mécanisme préjudiciel au regard des nouvelles fonctions qui leur sont attribuées par le Règlement 1/2003.

⁴¹ V. not. l'article 16 par. 1 du Règlement 1/2003. Aux termes de cette disposition, les juridictions nationales doivent éviter de rendre des décisions contraires à celles adoptées par la Commission européenne dans les affaires où celle-ci s'est déjà prononcée. Une obligation analogue pèse sur elles lorsqu'elles interviennent dans une affaire où une procédure a été ouverte par la Commission, sans qu'une décision ait déjà été prise par cette dernière: les juridictions ont alors l'obligation d'éviter de prendre une décision qui pourrait être contraire à celle envisagée par la Commission. Dans un tel cas, elles sont même invitées à suspendre la procédure pendante devant elle. Sur le sujet, et de façon générale la position des juridictions dans l'application des règles de la concurrence, v. S.A.C.M. LAVRIJSEN, « De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging », *S.E.W. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2004, 18; Ch. SCHURMANS, « Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence », dans P. NIHOUL (éd.), *Op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 89; R. WHISH, « The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States », in L. GORMLEY (editor), *Current and Future Perspectives on EC Competition Law – A Tribute to Professor M.R. Mok*, Kluwer Law International, 1997, p. 73.

définition d'une approche commune – conduira à des solutions davantage réfléchies.⁴²

IV. Relations entre le droit national et le droit communautaire

27. Dispositions ayant un caractère « substantiel ». – Regardons à présent les dispositions qui, dans le Règlement 1/2003, ont un caractère davantage « substantiel ». En utilisant ce qualificatif, je désigne les dispositions qui ont trait aux solutions à appliquer par les autorités aux affaires dont elles sont saisies. Dans la plupart des cas, ces dispositions n'introduisent pas de règles nouvelles pour le traitement à apporter aux ententes ou aux abus de position dominante. De telles règles sont à chercher dans les articles 81 et 82 CE, et dans les règlements adoptés par le Conseil ou, à la suite d'une délégation, par la Commission, en application de ces dispositions.⁴³ Les dispositions « substantielles » figurant dans le Règlement 1/2003 ont, pour la plupart, un autre objet. Elles prennent position sur la possibilité, et/ou l'obligation, d'appliquer, le cas échéant, de manière concurrente, les dispositions nationales et les dispositions communautaires. De manière plus générale, elles réglementent les relations qui peuvent, et doivent, exister entre les règles nationales et les règles européennes relatives à la concurrence.⁴⁴

A. Champ d'application

28. Le règlement communautaire. – Avant d'examiner ces dispositions substantielles, une remarque s'impose concernant le champ d'application du Règlement 1/2003. Dans l'une de ces dispositions, le projet de loi renvoie à l'article 84 CE qui concerne l'application concurrente des droits national et européen de la concurrence durant la période transitoire. (V. Ci-dessus). Cette période devait durer jusqu'à l'adoption des règlements et directives prévus par l'article 83 CE. Ladite période transitoire a-t-elle pris fin ? Le Règlement 17/62 a été adopté il y a près de 50 ans. Il a été remplacé par le Règlement 1/2003. Ne faut-il

pas en déduire que la période transitoire a pris fin et que l'article 84 CE est désormais sans objet ?⁴⁵

Répondre affirmativement à la question reviendrait à oublier que les Règlements 17/62 et 1/2003 n'ont (n'avaient) pas un champ d'application universel. Ils ne s'appliquent (s'appliquaient) pas à l'ensemble des matières soumises au droit de la concurrence. Des secteurs économiques en ont été exclus.⁴⁶ Dans ces secteurs, il faut considérer que les règles prises en application de l'article 83 CE n'ont pas été adoptées; que l'article 84 CE garde son actualité; et que, en application de cette dernière disposition, les autorités nationales restent responsables, en première ligne, dans ces secteurs, pour l'application des règles communautaires de la concurrence, concurremment à l'application des règles nationales ayant le même objet.⁴⁷

Article 70, al. 1 du projet de loi. – « Lorsque l'Autorité belge statue, en application de l'article 84 du Traité instituant la Communauté européenne, sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun, la décision est rendue en conformité avec l'article 81, paragraphe 1^{er} et 82 du Traité, selon la procédure et les sanctions prévues par la présente loi ».

B. Directives et règlements communautaires

29. Projet de loi. – L'article 70 du projet de loi renvoie, en son alinéa 2, à l'article 83 CE, qui donne à l'autorité belge de la concurrence la compétence, et lui impose l'obligation, d'appliquer les règlements ou les directives adoptés

⁴² Au sein du réseau: l'arrêt laisse intacte la possibilité, voire l'obligation, pour les juridictions nationales, particulièrement les juridictions de l'ordre civil, de saisir la Cour à titre préjudiciel. Ainsi, les plaideurs ne voient pas disparaître une voie de droit. Le renvoi préjudiciel reste possible en matière de concurrence, mais il devra passer par les instances qui sont définies comme des juridictions au sens de l'article 234 CE.

⁴³ Comme indiqué précédemment, la base juridique pour l'adoption de telles règles est l'article 83 CE.

⁴⁴ J.-Fr. BELLIS, « Les relations entre le droit national et le droit communautaire de la concurrence », in P. NIHOUL (éd.), *Op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 61; M.M. SLOTBOOM, « De Mededingingswet: niet met handen en voeten gebonden aan het EG-recht », *SEW* 1999, 42; R. NAZZINI, « Parallel and Sequential Proceedings in Competition Law: An Essay on the Modes of Interaction between Community and National Law », *European Business Law Review* 2005, 245.

⁴⁵ L'article 69, par. 1 du projet fait aussi allusion à l'application des articles 81 par 1 et 82 CE. La mention de ces deux dispositions renvoie à la période antérieure à celle ouverte par le Règlement 1/2003. Dans cette période antérieure, les autorités nationales ne pouvaient pas appliquer l'article 81 par. 3 CE. Cette période est aujourd'hui révolue.

⁴⁶ Cela est le cas, de manière particulière, pour les transports maritimes internationaux du type « services de tramp »; pour les services de transport maritime assurés exclusivement entre des ports situés dans un même Etat membre; pour les services de transport aériens entre les aéroports de la Communauté et des pays tiers. Pour ces trois services, voir l'article 32 du Règlement 1/2003, qui les exclut expressément de son champ d'application. Pour les deux premiers types de services, voir le Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes *J. O. L* 378, p. 4, respectivement: article 1er, par. 3, point a) et article 1er, par. 2, a contrario.

⁴⁷ Cette compétence est sans préjudice de l'application des règles nationales de la concurrence. En application de l'article 84 CE, les autorités des Etats membres doivent également appliquer leur droit national relatif à la concurrence. Une doctrine et une jurisprudence ont été développées sur les relations entre les deux corps de droit, dans les situations où des conflits peuvent émerger. Ces questions sont évoquées plus loin, à propos des relations entre le droit national et le droit communautaire de la concurrence.

par les institutions communautaires et donnant application aux principes contenus dans les articles 81 et 82 CE. C'est en application de cette disposition qu'ont été adoptés les divers règlements définissant les conditions à satisfaire pour obtenir une exemption au titre de l'article 81 par. 3 CE. La disposition prévue dans le projet de loi prévoit, pour l'autorité belge de la concurrence, l'obligation de respecter les prescriptions contenues dans ces instruments de droit dérivé.

Article 70, al. 2 du projet de loi. - « Lorsque l'Autorité belge statue, en application de règlements ou de directives pris sur la base de l'article 83 du Traité instituant la Communauté européenne, sur l'application des principes inscrits aux articles 81 et 82 de ce Traité, la décision est rendue en conformité avec ces règlements ou directives, selon la procédure et les sanctions prévues par la présente loi ».

30. Effet direct.- Que penser de cette obligation ? Elle semble aller de soi car ces textes de droit dérivé ont souvent un effet direct dans l'ordre interne. Tel est le cas, en tout cas, des règlements, qui, en vertu du Traité CE, sont directement applicables dans l'ordre interne.⁴⁸ Pour ce qui les concerne, la précision apportée dans le projet semble donc redondante. La question est plus délicate pour les directives: elles requièrent un acte de l'autorité nationale pour les transposer dans l'ordre interne mais peuvent recevoir directement un effet interne lorsque plusieurs conditions sont satisfaites.⁴⁹ Qu'apporte la disposition examinée, en ce qui concerne cette catégorie d'instruments ? Cette disposition impose à l'autorité belge de la concurrence de respecter les directives communautaires. L'obligation n'est pas soumise, dans le texte, à une transposition. Faut-il en déduire qu'en application du projet, l'autorité belge de la concurrence doit respecter les directives adoptées par des institutions communautaires à défaut même d'une transposition dans l'ordre interne ?⁵⁰

⁴⁸ Cf. article 249 CE: « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

⁴⁹ Les hypothèses où cette obligation serait applicable sont toutefois limitées. A notre connaissance, aucune directive n'a été adoptée par des institutions communautaires sur la base de l'article 83 CE. Sur l'effet direct en général, v. K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet and Maxwell, 1999, 572; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 4^e éd. 2002, 832.

⁵⁰ Sans doute le législateur belge a-t-il simplement reproduit l'article 83, al. 1 CE, qui mentionne les règlements et les directives, sans vouloir conférer *a priori* un effet direct aux directives. En pratique, les articles 81 et 82 CE ont toujours été mis en œuvre, jusqu'ici, par des règlements. Toutefois, le recours à des directives n'est pas exclu. Imaginons des mesures communautaires pour harmoniser les législations natio-

C. Obligation d'appliquer le droit communautaire

31. Application concurrente.- Le Règlement 1/2003 impose aux autorités, et aux juridictions nationales, l'obligation d'appliquer le droit communautaire de la concurrence lorsqu'elles s'apprêtent à appliquer le droit national de la concurrence et que les conditions sont remplies pour l'application des règles communautaires correspondantes.⁵¹ Cette disposition a été rencontrée ci-dessus, mais nous ne l'avons pas examinée alors de manière approfondie. L'idée qui la sous-tend est d'inviter les organes nationaux à appliquer aussi souvent que possible les dispositions communautaires, sans se limiter aux règles nationales. Le danger inhérent au système mis en place par le Règlement 1/2003 est que l'application du droit communautaire est laissée dans une grande mesure à la discrétion d'organes nationaux dont le personnel n'est pas toujours formé en droit communautaire et pour qui il est tentant de recourir principalement, ou même exclusivement, aux règles nationales. Ce danger est au cœur de la préoccupation du législateur communautaire, et de l'obligation introduite par ce dernier, d'appliquer aussi le droit communautaire, lorsque le droit national va l'être.

Article 3 par. 1 du Règlement 1/2003. - « Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du traité, elles appliquent également l'article 82 du traité ».

32. Projet de loi.- Comme je l'ai indiqué auparavant, cette disposition communautaire trouve un écho dans le projet de loi, à l'article 53 2°. Aux termes de cette disposition, le Conseil de la concurrence peut constater l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence lorsque les comportements qui sont examinés n'affectent pas le commerce entre les États membres. Si le commerce inter étatique est affecté, le Conseil de la concurrence n'a

nales en matière de recours civils en conséquence d'une infraction au droit communautaire: la directive serait alors l'instrument approprié.

⁵¹ Pour distinguer les règles nationales et les règles européennes relatives à la concurrence, le critère tiré de l'affectation du commerce entre les États membres est décisif. Rappelons que, sur ce sujet, la Commission a publié un document important: Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité *J. O. C* 101, 81.

pas la possibilité de déclarer que le comportement ne constitue pas une pratique restrictive. Il se trouve alors dans l'obligation d'appliquer le droit communautaire, pour peu que soient remplies les conditions prévues pour l'application de ce dernier. Or, le droit communautaire ne lui permet pas de déclarer inapplicable les articles 81 et/ou 82 CE. Cette compétence est réservée à la Commission par le Règlement 1/2003. (V. ci-dessus).

Article 53, 2° du projet de loi.- « La chambre du Conseil ... peut constater ... l'inexistence d'une pratique restrictive de concurrence pour autant qu'il n'y ait pas d'affectation du commerce entre Etats membres de la communauté européenne ».

D. Interdiction par le droit national, d'une pratique échappant à l'interdiction formulée à l'article 81 par. 1 CE

33. Projet de loi.- L'article 6 par. 2 du projet de loi envisage la situation d'un accord qui échapperait à l'interdiction mentionnée à l'article 81 par. 1 CE. Un tel accord n'est pas interdit, en application du droit communautaire. Se pose alors la question d'une interdiction éventuelle par le droit national. Le droit national peut-il interdire une pratique ne tombant pas sous le coup d'une interdiction communautaire ?

Article 6 par. 2 du projet de loi.- « L'interdiction de l'article 3, § 1er, ne s'applique pas aux accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées, qui n'affectent pas le commerce entre Etats membres, ou qui ne restreignent pas, n'empêchent pas ou ne faussent pas la concurrence dans le marché commun et qui auraient bénéficié de la protection d'un règlement au sens du paragraphe précédent, dans le cas où ils auraient affecté ce commerce ou restreint, empêché ou faussé cette concurrence ».

34. La question.- Reprenons les éléments de la discussion. L'interdiction prévue à l'article 81 par. 1 CE suppose, en vue de son application, que plusieurs conditions soient remplies. Parmi ces conditions, deux sont visées de manière spécifique dans la disposition nationale – l'existence d'une restriction à la concurrence et la présence d'un effet sur le commerce intra communautaire. Lorsque ces conditions, ou même l'une d'entre elles seulement, ne sont pas satisfaites, l'interdiction communautaire ne s'applique pas. Le droit national peut-il alors intervenir pour interdire la pratique ? Deux scénarii peuvent être envisagés: ils sont examinés dans les paragraphes suivants.

1° Premier scénario

35. Effet entre Etats membres, pas de restriction.- Dans un premier scénario, un accord affecte le commerce intracommunautaire mais ne contient pas de restriction à

la concurrence. Comme il ne contient pas une telle restriction, l'accord n'est pas interdit en droit communautaire. Cette situation est appréhendée de manière explicite par le Règlement 1/2003, selon lequel un accord dépourvu d'objet ou effet concurrentiel mais tombant sous le coup du droit communautaire (effet sur le commerce entre les Etats membres) ne peut pas être interdit par le droit national.

Article 3 par. 2 du Règlement 1/2003.- « L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité ».

36. Projet de loi.- On trouve une référence à cette position dans le projet de loi, aux termes duquel l'interdiction frappant en principe les accords anti concurrentiels en vertu du droit national ne peut pas être appliquée à des accords n'ayant pas pour objet ou effet une restriction de la concurrence au sens de la disposition communautaire applicable. En d'autres termes, le droit national ne peut interdire un accord non interdit par le droit communautaire.

Article 6 du projet de loi.- « L'interdiction de l'article 3, § 1er, ne s'applique pas aux accords ... qui ne restreignent pas, n'empêchent pas ou ne faussent pas la concurrence dans le marché commun ... ».

37. Commentaire.- Remarquons que, dans le projet de loi, la non-application de l'interdiction nationale est soumise à une condition qui ne figure pas dans le texte communautaire. Cette condition n'apparaît pas dans l'extrait fourni ci-dessus mais va être analysée dans le présent paragraphe. Aux termes du projet de loi, un accord dépourvu d'objet ou effet anticoncurrentiel ne peut être interdit par le droit national s'il aurait été exempté dans l'hypothèse où il aurait contenu une telle restriction à la concurrence. Comment l'indique le « Commentaire par article », cité ci-dessous, l'idée est que les accords n'ayant pas un « caractère communautaire », ⁵² et auxquels seule la législation nationale est applicable, ne peuvent être interdits par cette dernière législation si, au cas où ils auraient eu un tel caractère communautaire, ils auraient bénéficié d'une exemption.

Article 6 par. 2 du projet de loi.- « L'interdiction ... ne s'applique pas aux accords ... qui ne restreignent pas, n'empêchent pas ou ne faussent pas la concurrence ».

⁵² *Sic*, cf. Exposé des motifs du projet de loi.

rence dans le marché commun et qui auraient bénéficié de la protection d'un règlement au sens du paragraphe précédent, dans le cas où ils auraient affecté ce commerce ou restreint, empêché ou faussé cette concurrence ». Projet de loi, commentaire par article.- « [S]ous l'empire du Règlement n°1/2003, des règlements CE d'exemption par catégorie continueront d'exister. Pour les ententes dont la licéité a été reconnue au niveau communautaire, l'interdiction de l'article 3, §1er, est déclarée inapplicable. Pour les ententes qui n'ont pas eu un caractère communautaire mais qui, si elles avaient eu un tel caractère, auraient bénéficié d'un règlement d'exemption communautaire, l'interdiction de l'article 3, § 1er est également déclarée inapplicable ».

Pour comprendre la disposition, reprenons les éléments qu'elle contient. (a) Un accord est conclu par des entreprises. (b) Cet accord n'a pas un objet ou un effet anticoncurrentiel, au sens du droit communautaire. (c) Pour cette raison, il n'est pas visé par l'interdiction formulée à l'article 81 par. 1 CE. (d) La question se pose de savoir si une interdiction nationale peut être appliquée. (e) Cette possibilité est écartée par le projet de loi. (e) Le projet met toutefois à cela une condition: l'interdiction nationale peut être écartée lorsque, et dans la mesure où, une exemption aurait été accordée si l'accord avait eu un objet ou un effet anticoncurrentiel.

La condition discutée au point (e) ne paraît pas conforme au droit communautaire. En vertu de celui-ci (v. l'article 3 cité ci-dessus), une interdiction nationale ne peut pas être appliquée à une entente laissée intacte par le droit communautaire. Pour le dire autrement: le législateur national ne peut interdire un comportement « autorisé » par le droit communautaire. Le projet de loi ajoute donc, au droit communautaire, une condition qui n'est pas conforme à ce dernier.

2 ° Second scénario

38. Pas d'effet sur le commerce entre les Etats membres.- Dans le second scénario, l'accord n'affecte pas le commerce intracommunautaire. Cette condition faisant défaut, le droit communautaire n'est pas applicable. Que devient alors l'accord au regard du droit national ? Dans le projet de loi, il est prévu qu'un tel accord peut être soustrait à une interdiction nationale. A lire attentivement le texte de la disposition (v. ci-dessus), la condition (e) évoquée dans le premier scénario semble toutefois applicable dans le second également. Si cela est bien exact, le projet indique que le droit national ne peut pas interdire une pratique échappant au droit communautaire en raison d'une absence d'effet sur le commerce communautaire – mais il soumet cette attitude, comme dans le scénario précédent,

à la condition que, si le droit communautaire avait été applicable, l'accord aurait bénéficié d'une exemption.

39. Pas d'instrument communautaire spécifique.- A notre connaissance, aucune disposition communautaire n'envisage expressément la situation évoquée dans le second scénario. Pour le dire autrement: aucun instrument communautaire spécifique ne limite de manière explicite l'application du droit national dans une situation où le droit communautaire est écarté en raison de l'absence d'effet sur le commerce entre les Etats membres. La solution prévue dans le second scénario ne heurte donc pas de plein fouet une disposition communautaire particulière. Cette solution présente toutefois un intérêt particulier: elle semble pousser plus loin l'idée selon laquelle une convergence devrait exister entre les solutions retenues en droit belge et en droit communautaire de la concurrence, le premier s'alignant sur le second. L'approche suivie dans le projet paraît être la suivante. « Supposons qu'un accord produise des effets de manière exclusive sur le territoire national. Un tel accord échapperait au droit communautaire. Nous pourrions appliquer le droit national. Mais nous ne voulons pas, dans cette application du droit national, promouvoir une solution qui aille à l'encontre d'un choix fait par des autorités communautaires dans des textes généraux tels que des règlements introduisant des exemptions par catégories ».

Cette approche sera sans doute appréciée par divers observateurs. Si le lecteur le permet, j'aimerais toutefois tempérer les louanges qui pourraient être adressées sur ce point à l'auteur du projet. Comme indiqué ci-dessus, aucune disposition spécifique ne limite explicitement la liberté du législateur national lorsque les règles communautaires de la concurrence ne sont pas applicables (absence d'effet sur le commerce entre les Etats membres). Je propose d'aller toutefois au-delà de telles dispositions, et d'examiner les principes généraux du droit communautaire. Parmi ces principes, celui qui concerne l'« effet utile » du droit communautaire me semble important. Selon moi, l'application, en droit national, de solutions différentes de celles prévalant en droit communautaire porte atteinte à l'« effet utile » du droit communautaire car, en l'absence même d'une application immédiate de ce dernier, elle introduit une incertitude quant au contenu des règles de la concurrence.⁵³ Les entreprises sont confrontées à des règles qui portent le même nom et ont souvent la même formulation que celles ayant cours en droit communautaire. Supposons que l'interprétation donnée à ces règles nationales par les autorités et/ou les juridictions nationales soit différente de celle retenue par les instances

⁵³ Sur le sujet, v. P. NIHOUL, *La concurrence et le droit – La position occupée par les entreprises, les consommateurs et les autorités*, Paris, Editions Management et société, 2001, 275.

communautaires. Une telle situation me semble difficilement compatible avec les obligations découlant de l'article 10 CE pour les Etats membres: une interprétation divergente de règles nationales identiques, ou similaires, à des règles communautaires, ne serait pas compatible avec l'obligation imposée, aux Etats membres, par ce dernier, de prendre toutes les mesures requises pour assurer la pleine et entière réalisation des objectifs communautaires, et de s'abstenir de toute mesure pouvant entraver, ou rendre plus difficile, la réalisation de ces objectifs.⁵⁴

3° L'arrêt « Gilde van Vlaamse Antiquairs »

40. L'arrêt.- En analysant ces scénarii, on doit mentionner⁵⁵ l'arrêt « Gilde van Vlaamse Antiquairs » rendu par la Cour d'appel de Bruxelles sur la question de l'application du droit national de la concurrence en relation avec des règles correspondantes issues du droit communautaire.⁵⁶ L'affaire concernait une décision prise par l'Association des antiquaires flamands, et interdisant à ses membres de participer à d'autres foires que celles organisées par elle-même. En référé, le président du Conseil de la concurrence avait ordonné la suspension de cette décision en considérant, notamment, qu'une telle mesure tombait *prima facie* sous l'interdiction belge frappant les pratiques restrictives de concurrence. Cette ordonnance fut confirmée, sur recours, par la Cour d'appel de Bruxelles, qui décida toutefois de limiter la suspension au 1^{er} mai 2004. A cette date, le Règlement 1/2003 entrainait en vigueur. Comme il s'agit d'un règlement, et que ce type d'instrument, en vertu du droit communautaire, est directement applicable dans les Etats membres, la Cour considéra que le Règlement 1/2003 produisait ses effets, directement, dans l'ordre interne, à partir de cette date. En l'occurrence, la décision prise par l'Association des antiquaires flamands n'affectait pas de manière sensible la concurrence entre les Etats membres. Elle ne tombait donc pas

sous le coup de l'interdiction formulée à l'article 81 CE. Echappant à cette interdiction, elle devait échapper également, selon la Cour, à l'interdiction nationale correspondante, à partir du moment où le Règlement 1/2003 entrainait en vigueur. (Voir l'article 3, analysé ci-dessus, dudit règlement).

41. Critique.- Dans la doctrine, on a mis en évidence une confusion commise par la Cour entre deux critères à remplir pour l'application de l'article 81 CE – critères qui sont énoncés dans les scénarii examinés ci-dessus. Le premier de ces critères est l'affectation du commerce entre les Etats membres et le second, l'existence d'une restriction à la concurrence. En l'occurrence, la Cour aurait confondu ces critères en exigeant que la concurrence (critère 2) intracommunautaire (critère 1) soit affectée de manière sensible. Outre qu'elle serait erronée sur le plan conceptuel, cette confusion aurait une incidence sur la solution à donner au litige. Lorsqu'une pratique affecte le commerce entre les Etats membres mais ne contient aucune restriction à la concurrence, le droit national devrait suivre le droit communautaire (scénario 1). Il en irait différemment lorsque la pratique n'affecte pas le commerce entre les Etats membres: dans un tel cas, le droit national resterait libre d'interdire les pratiques qui lui semblent inacceptables (scénario 2). En l'occurrence, la confusion opérée par la Cour ne permettrait pas de déterminer dans quel scénario se situait la pratique. Pire: cette pratique correspondait sans doute au second scénario (non-application du droit communautaire). Il aurait alors fallu permettre au droit national de sortir ses effets sans être limité par le droit communautaire. La pratique pouvait donc être interdite par le droit national sans égard à une solution éventuellement différente découlant du droit communautaire.

42.- Effet utile.- Notons seulement ceci pour notre propos: si l'on se fonde sur la théorie de l'« effet utile » comme je l'ai proposé ci-dessus, la critique formulée à l'encontre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel n'est pas entièrement fondée. Dans l'interprétation que je lui donne, cette théorie veut que le droit national soit limité par le droit communautaire même lorsque ce dernier ne comporte pas une disposition spécifique applicable. Dans le cas d'une pratique ne tombant pas sous le coup de l'article 81 CE, la dite théorie requiert que le droit national adopte une position équivalente à celle qui aurait été adoptée par le droit communautaire si l'article 81 CE avait été applicable. Si l'on accepte cette interprétation, la Cour d'appel ne s'est pas trompée en suspendant l'interdiction nationale à partir du 1^{er} mai 2004 dans l'affaire en cause même si une meilleure distinction entre les critères aurait été utile sur le plan conceptuel.

⁵⁴ Sur l'« effet utile », v. spéc. J. TEMPLE LANG, « The Core of the Constitutional Law of the Community – Article 5 EC », in L. GORMLEY (editor), *Op. cit.*, Kluwer Law International, 1997, p. 41.

⁵⁵ Je ne peux analyser ici l'arrêt de façon approfondie car un tel examen déborderait le cadre de notre propos. Mais il faut quand même le mentionner car cet arrêt concerne des questions examinées dans le présent paragraphe.

⁵⁶ Bruxelles, 29 septembre 2004, R.W. 2005, 1627. Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires: J. YSEWYN en T. SNELS, « Merbkare beperking van de mededinging, merkbare beïnvloeding van de handel en verdeling van bevoegdheden – Een Babylonische spraakverwarring », R.W. 2005, 1629; G. ZONNEKEYN, *R.D.C.-T.B.H.* 2005, 108. Cet arrêt a été rendu sur appel formé contre une décision rendue par le président du Conseil de la concurrence. Décision du président du Conseil de la concurrence, du 27 mai 2002, nr. 2002-V/M-38, *NV M.S.A./Gilde van Vlaamse Antiquairs*, B.S. 12 februari 2002, p. 7229 et décision du président du Conseil de la concurrence, du 24 décembre 2002, n° 2002-V/M-95, *NV M.S.A./Gilde van Vlaamse Antiquairs*, B.S. 4 décembre 2003, p. 57990.

Synthèse des scénarii

Premier scénario	Second scénario
La pratique affecte le commerce entre les Etats membres.	La pratique n'affecte pas le commerce entre les Etats membres.
Donc: le droit communautaire est applicable.	Donc: le droit communautaire n'est pas applicable.
Mais: la pratique ne comporte pas une restriction de concurrence au sens du droit communautaire.	Ainsi, on ne doit pas examiner si la pratique comporte une restriction à la concurrence au sens du droit communautaire.
Donc: l'interdiction prévue à l'article 81 par. 1 CE n'est pas applicable.	De la même manière, on n'a pas à s'interroger sur l'application éventuelle de l'interdiction figurant à l'article 81 par. 1 CE.
Dans ces conditions, la question se pose de savoir si la pratique peut être interdite par le droit national.	En revanche, la question examinée dans la colonne de gauche doit également être posée: la pratique peut-elle être interdite par le droit national ?
Réponse apportée par le projet de loi: la pratique ne peut être interdite par le droit national si elle aurait donné lieu à une exemption au cas où le droit communautaire aurait été appliqué.	La même réponse est apportée par le projet de loi: la pratique ne peut être interdite par le droit national si elle aurait donné lieu à une exemption au cas où le droit communautaire aurait été appliqué.
Critique de cette réponse: la solution proposée dans le projet de loi ajoute une condition qui réduit l'effet du droit communautaire. La situation est en effet visée de manière explicite dans le Règlement 1/2003 (art. 3). Aux termes de ce règlement, le droit national ne peut interdire une pratique laissée intacte par le droit communautaire. Cette règle n'est pas limitée aux situations où une exemption aurait été accordée dans l'hypothèse où une interdiction aurait été appliquée.	Critique de cette réponse: pour la plupart des observateurs, le législateur national est libre lorsque le droit communautaire ne comporte aucune disposition explicite applicable. Selon mon analyse, l'« effet utile » à reconnaître au droit communautaire peut être interprété, pour ce qui concerne le droit de la concurrence, comme interdisant aux Etats membres de promouvoir en droit interne des solutions différentes même lorsqu'une pratique ne tombe pas sous l'interdiction figurant à l'article 81 CE.

E. Interdiction, par le droit national, d'une pratique bénéficiant d'une exemption communautaire

43. Projet de loi.- L'article 6 par. 1 du projet de loi fait allusion à une autre situation, qui peut être décrite de la manière suivante. Un accord anticoncurrentiel est conclu par des entreprises. Cet accord tombe sous l'interdiction prévue à l'article 81 par. 1 CE. Une exemption est toutefois accordée sur la base de l'article 81 par. 3 CE. Dans ce cas, l'interdiction (nationale) prévue dans le projet de loi ne sera pas appliquée.¹

Article 6, par. 1 du projet de loi.- « L'interdiction de l'article 3, § 1er, ne s'applique pas aux accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées pour lesquelles l'article 81, paragraphe 3 du traité CE a été déclaré d'application par un règlement du Conseil des Communautés européennes ou un règlement ou une décision de la Commission européenne ».

glement ou une décision de la Commission européenne ».

44. Règlement 1/2003.- Cette disposition est conforme à l'article 3 du Règlement 1/2003. Aux termes de cet article, une exemption donnée par une institution communautaire sur la base du droit communautaire ne peut être écartée par une interdiction imposée par une autorité nationale en application du droit interne. Lorsqu'un accord anticoncurrentiel bénéficie d'une exemption communautaire, il ne peut être interdit sur la base du droit national. Notons que toutes les formes d'exemption communautaires sont visées. La solution prévue dans le projet de loi s'applique que l'exemption découle de l'article 81 par. 3 CE directement, ou qu'elle résulte d'une organisation dans le cadre d'un règlement communautaire adopté en vue de préciser cette disposition en application de l'article 83 CE.

Article 3, par. 2 du Règlement 1/2003.- « L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui ... satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité ».

¹ L'hypothèse visée dans la disposition peut encore être décrite en utilisant une autre formulation. L'accord tombe sous l'interdiction prévue à l'article 81 CE. Cela signifie qu'il comporte une restriction à la concurrence et que cette restriction affecte le commerce intracommunautaire. Le principe appliqué dans le projet signifie qu'on ne peut pas interdire par application de la loi nationale une pratique qui est acceptée au niveau communautaire car elle remplit les conditions pour obtenir une exemption communautaire.

45. Jurisprudence.- La solution consacrée par le Règlement 1/2003 et le projet de loi est conforme à la jurisprudence communautaire. Aux termes de cette dernière,² le droit national peut être appliqué de manière concurrente au droit communautaire. Mais cette application ne peut avoir pour effet de porter atteinte à l'application pleine et uniforme de ce dernier.³ Il existait dans la doctrine une discussion sur la manière de traiter les situations où une exemption est accordée à un accord qui, autrement, serait anticoncurrentiel. Soit on considérait qu'une exemption signifiait que le droit communautaire ne s'oppose pas à la pratique mise en œuvre dans l'accord. Dans cette interprétation, l'intervention communautaire a la forme d'une abstention.⁴ Soit on analysait l'exemption comme un acte par lequel l'autorité communautaire fait un choix relevant d'une politique concurrentielle. Dans cette interprétation, une exemption communautaire ne saurait être contredite par un acte national contraire car cela porterait atteinte à « l'application pleine et uniforme du droit communautaire ». ⁵

Cette discussion n'a jamais été véritablement tranchée dans la jurisprudence. Aussi est-on satisfait de voir qu'une réponse y a été apportée par le Règlement 1/2003. Aux termes de ce dernier, une « autorisation » communautaire ne peut être contredite par une interdiction nationale. La forme donnée à cette « autorisation » importe peu – une exemption peut être fondée sur l'article 81 par. 3 CE, sur une décision de non-application adoptée par la Commission européenne dans un cas particulier (article 10) ou sur un règlement adopté en vue de préciser dans un secteur donné les conditions à remplir pour obtenir une exemption en application de cette disposition. En optant pour cette solution, le Conseil a ainsi choisi l'interprétation qui

accordait un poids substantiel aux exemptions communautaires.

46. Une question.- Une question subsiste à la lecture du projet de loi et de la disposition communautaire correspondante. Dans le projet de loi, une allusion est faite aux exemptions dont le bénéfice est accordé par un règlement communautaire. Dans le Règlement 1/2003, la référence est faite au-delà de ces situations à celles où une exemption est possible sur la base de l'article 81 par. 3 CE, sans qu'il faille que cette exemption ait fait l'objet d'un règlement. La question est alors la suivante: le projet de loi autorise-t-il l'application d'une interdiction nationale à des accords remplissant les conditions de l'article 81 par 3 CE en l'absence d'un règlement communautaire ? A cette question il faut apporter, selon moi, une réponse négative. Cette réponse est fondée sur le Règlement 1/2003 qui, comme nous l'avons vu, cherche à éviter les contradictions entre les actes que peuvent adopter les autorités nationales de concurrence en application du droit national de la concurrence et les actes qui sont adoptés – ou pourraient être adoptés – dans les mêmes situations en application du droit communautaire.

F. Abus de position dominante

47. Règlement 1/2003.- L'article 3 par. 2 du Règlement 1/2003 permet aux Etats membres de disposer d'une législation plus restrictive en matière d'abus de position dominante. En application de cette disposition, les Etats membres peuvent interdire, sur la base de leur législation, des comportements qui ne tomberaient pas sous l'application de l'interdiction prévue à l'article 82 CE – soit que ces comportements ne soient pas considérés comme étant abusifs sous l'angle de cette disposition, soit que la pratique *prima facie* abusive puisse être justifiée par une raison objective.

Article 3 par. 2 du Règlement 1/2003.- « *Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise* ».

48. Projet de loi.- De cette possibilité, le projet de loi ne semble pas faire usage. Sur ce point, laisse-t-il à l'autorité belge de la concurrence la liberté de définir les comportements à interdire d'une manière éventuellement plus stricte que celle qui prévaut dans la jurisprudence communautaire ? Cela n'est pas à exclure. La plus grande précaution s'impose toutefois. On notera en effet que le règlement communautaire ne se réfère pas aux autorités nationales de concurrence – mais aux Etats membres – lorsqu'il reconnaît la compétence des Etats membres à disposer de règles plus restrictives dans ce domaine. Par ailleurs, le règlement indique que ces règles plus strictes doivent résulter de lois, à adopter et à mettre en œuvre.

² Arrêt de la C.J.C.E., du 13 février 1969, Walt Wilhelm et autres contre Bundeskartellamt, Affaire 14/68, *Recueil*, p. 377.

³ On trouve là une application de la théorie de l'« effet utile ». En vertu de cette théorie, le droit national doit être écarté lorsque son application porterait atteinte à l'effet utile du droit communautaire même s'il ne contredit pas de manière explicite ce dernier dans un domaine où les institutions communautaires disposent d'une compétence non discutée. Sur le sujet, v. not. L'article écrit par Temple Lang J., et cite ci-dessus à la note 43.

⁴ Le droit communautaire tolère une pratique. Pour cette raison, il la soustrait à une interdiction – celle énoncée à l'article 81 par. 1 CE. Dans une exemption, on ne peut pas voir une affirmation forte liée à un objectif relevant d'une politique concurrentielle. Dans une telle hypothèse, l'effet utile du droit communautaire ne saurait être affecté par un acte national allant en sens contraire.

⁵ Sur cette question, v. notamment Conclusions de l'avocat général Tesaro présentées le 8 juin 1995.- Bayerische Motorenwerke AG contre ALD Auto-Leasing D GmbH, affaire C-70/93, *Recueil*, p. I-3439; Conclusions de l'avocat général Tesaro présentées le 8 juin 1995.- Bundeskartellamt contre Volkswagen AG et VAG Leasing GmbH, Affaire C-266/93, *Recueil*, 1995, p. I-3477, et les études qui s'y trouvent citées.

Bien sûr, les Etats membres restent maîtres, dans le système communautaire, d'organiser les responsabilités comme ils le souhaitent à l'intérieur de leur appareil administratif et juridictionnel interne. L'idée sous-jacente à la formulation communautaire semble être toutefois que les entreprises doivent avoir la possibilité d'identifier les Etats membres où des règles plus restrictives existent. Cela est lié à des raisons de sécurité juridique, et de transparence. Dans ces conditions, il est, à notre sens, exclu que les autorités et/ou juridictions d'un Etat ayant une disposition nationale identique à l'article 82 CE puissent interpréter ce dernier d'une manière plus rigoureuse que dans la jurisprudence communautaire lorsque cet Etat n'a pas clairement indiqué à l'avance qu'il entendait faire usage de cette possibilité ouverte par le règlement – et que, en dépit d'une formulation identique, la disposition semblable à l'article 82 CE serait interprétée d'une manière plus restrictive.

V. Dispositions ayant un caractère procédural

49. Dispositions procédurales. – La troisième catégorie de dispositions à examiner présente un caractère procédural. Il s'agit des dispositions qui réglementent l'application des articles 81 et 82 CE en ce qui concerne la procédure à suivre.⁶

50. Notification préalable. – Dans cet ordre d'idées, la principale modification introduite par le Règlement 1/2003 est la suppression du régime de « notification préalable » dans le cadre de l'article 81 CE. Autrefois, les parties à un accord devaient notifier ce dernier dans le but d'obtenir une exemption sur pied de l'article 81 par. 3 CE. Cette notification n'est plus possible désormais. C'est aux parties qu'il appartient d'évaluer le caractère légal de leurs accords. Pour cette évaluation, elles peuvent se fonder sur les règlements d'exemption adoptés par le Conseil et, sur délégation, par la Commission. Elles peuvent également se baser sur les documents publiés par la Commission – communications, lignes directrices, encadrements, etc. Une autre source d'information est la jurisprudence communautaire, qui est devenue abondante au fil des années.

Article 1er du Règlement 1/2003 - Application des articles 81 et 82 du traité. – [1] « Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui ne remplissent pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire

à cet effet. [2.] « Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité ne sont pas interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet ». [3] « L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du traité est interdite, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet ». ⁷

51. Projet de loi. – Le régime de notification préalable avait été introduit dans la législation belge puisqu'il existait alors en droit communautaire. La question se posait de savoir si le législateur national suivrait l'évolution du droit communautaire. C'est chose faite dans le projet: désormais, l'interdiction nationale frappant les ententes pourra, et devra, même, être appliquée, « sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet », comme cela était déjà le cas pour l'article 82 CE.

Article 3 du projet de loi. – « Sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci ... ». *Projet de loi, article 4.* – « Est interdit, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci ... ».

⁷ Notons toutefois que, le régime de notification préalable ayant été soumis, il reste pour les entreprises la possibilité de demander à la Commission des « orientations informelles » sur l'application des articles 81 et 82 CE à leur situation. Il faut également mentionner la possibilité pour la Commission d'adopter une décision acceptant des engagements pris par des entreprises. De telles décisions peuvent sans doute être analysées comme des documents indiquant, au préalable, comment les dispositions seraient appliquées, en cas d'application, aux entreprises concernées. Pour les engagements, v. l'article 9 du Règlement 1/2003. Pour les orientations informelles, v. la Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation) *J. O. C* 101, 78. Notons que la possibilité de fournir des « orientations informelles » n'a pas été reprise dans le projet de loi. En revanche, la possibilité pour le Conseil de la concurrence d'accepter des engagements y figure bien: v. article 54 du projet de loi. Dans l'affaire *Coca-Cola*, déjà citée dans plusieurs notes dans le présent article, le Conseil avait déjà décidé, de sa propre initiative, que le Règlement 1/2003 lui donnait la compétence d'accepter des engagements en l'absence même d'une disposition nationale spécifique.

⁶ Sur le sujet, v. not. K. LENAERTS and I. MASELIS, « Procedural Rights and Issues in the Enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty », *Fordham International Law Journal*, 2001, 1615, publié également dans B.E. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute. International Antitrust Law & Policy*, New York, Juris Publishing Inc., 2001, 279.

52. Classement.- Le projet de loi prévoit que, dans un certain nombre de cas, une affaire peut être classée. Deux situations nous intéressent au premier chef. (a) La première est celle où une plainte ou une demande est introduite auprès de l'Auditorat aux fins de l'application des règles de concurrence. Aux termes du projet (article 46), l'Auditorat prend position sur la recevabilité de la plainte ou demande et, le cas échéant, sur son fondement. En cas de non-recevabilité, ou de non-fondement, l'affaire est classée. Un recours est ouvert auprès du Conseil contre la décision prise par l'Auditorat. Mais en cas de nouveau rejet, le plaignant ou le demandeur ne peut pas saisir une autre instance. L'affaire se termine alors devant le Conseil. (b) La seconde situation nous intéressant concerne une demande de mesure(s) provisoire(s). Aux termes du projet (article 62), la demande doit être introduite, également, devant l'Auditorat. Lorsque ce dernier considère que la demande n'est pas recevable, ou n'est pas fondée, il la classe par une décision motivée. Comme dans la situation examinée ci-dessus, un recours est alors possible. En l'occurrence, ce recours a lieu devant le président du Conseil. La décision prise par ce dernier n'est pas susceptible, elle-même, d'un recours (article 63 par. 4).

Article 46 du projet de loi (demande ou plainte).- « S'il conclut à l'irrecevabilité ou au non-fondement de la plainte ou de la demande, l'Auditorat classe la plainte ou la demande par décision motivée ... [Le plaignant ou le requérant] peut intenter un recours contre la décision de classement auprès du Conseil ... La décision de la chambre du Conseil ⁸ n'est pas susceptible de recours ou d'opposition ». Article 63 par. 4 du projet de loi (mesures provisoires).- « Un recours contre une décision de classement [prise par l'Auditorat] peut être intenté devant le président du Conseil ... [Les] décisions du président ne sont pas susceptibles de recours ... »

Dans les deux hypothèses examinées, une décision de classement est prise, le cas échéant, par l'Auditorat. Un recours est possible auprès du Conseil ou de son président – mais pas au-delà. *Première remarque.-* Le choix fait par le gouvernement belge pour régler les recours dans ces deux situations diffère du mécanisme qui est autrement applicable de manière générale dans le projet de loi. Ce mécanisme général est que les décisions peuvent donner lieu à un recours devant la Cour d'appel. Dans ce cas-là, une instance totalement différente de celles intervenues antérieurement est ainsi amenée à s'exprimer. Par ailleurs, un pourvoi, limité à des questions de droit, reste possible devant la Cour de cassation, contre l'arrêt rendu par la

⁸ L'affaire est attribuée, au sein du Conseil, à une chambre, qui rend une décision.

Cour d'appel.⁹ *Seconde remarque.-* Le choix fait par le gouvernement belge pour un recours limité devant le Conseil ou le président semble également différent de celui réalisé au niveau communautaire. S'agissant des instances communautaires, les mesures provisoires sont prises, en matière de concurrence, par la Commission, un recours étant possible devant le T.P.I. avec, au-delà, encore, la possibilité d'un pourvoi, limité, comme en droit interne, aux questions de droit. Le même régime s'applique, en droit européen, aux décisions prises par la Commission lorsque celle-ci rejette une plainte ou une demande parce qu'elle l'estime non fondée, même si le contrôle opéré par les juridictions communautaires est, dans ce cas, relativement limité.

La question doit donc être posée: le choix opéré par le gouvernement belge est-il bien judicieux, pour ce qui concerne le traitement des plaintes et des demandes de mesures provisoires ? Bien sûr, il faut éviter des procédures inutiles. Or il est certain que l'Auditorat et le Conseil seront saisis de plaintes ou demandes non recevables et/ou non fondées. L'idée d'une première décision à prendre par l'Auditorat, puis d'une seconde à prendre par le Conseil (président, chambre selon le cas) est donc intéressante. Fallait-il toutefois exclure une instance ultérieure ? On en doute, dans le cadre d'un projet qui vise à encourager, également, les parties, à jouer un rôle actif dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, notamment par les plaintes qu'elles pourraient déposer.¹⁰

53. Assistance et vérifications.- Le projet de loi prévoit que les auditeurs et le service de la concurrence sont chargés des missions d'assistance, de vérification ou autres dans le cadre du contrôle du respect des règles communautaires de concurrence. (Projet de loi, Article 71). Cela relève de la coopération entre les autorités nationales

⁹ Ce mécanisme général est également applicable pour les décisions de classement qui peuvent être prises dans d'autres situations, notamment lorsque la pratique fait l'objet d'un règlement communautaire déclarant l'article 81 par. 1 CE inapplicable; ou, sans doute, de façon plus générale, lorsque, après réception du rapport établi par l'auditeur, le Conseil décide qu'en fonction des éléments dont il a connaissance, il n'y a pas lieu pour lui d'intervenir.

¹⁰ V. l'art. 7 du Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE J. O. L 123, 18. Rappelons toutefois que les autorités nationales ne sont pas les seules à disposer de la faculté de vérifier si sont remplies les conditions prévues pour l'obtention d'une exemption. Cette compétence appartient également aux juridictions nationales, depuis l'adoption du règlement 17/62. Elle a été confirmée dans le Règlement 1/2003. Sans doute une partie déboutée dans une affaire conduisant à un classement pourra-t-elle encore saisir la juridiction nationale compétente en vertu des règles internes, pour tenter d'obtenir une décision différente.

de concurrence et la Commission européenne. Cette coopération est organisée par le Règlement 1/2003.

Article 71 du projet de loi. - « Les auditeurs et le Service de la concurrence sont chargés, en application de l'article 20, § 5, du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, d'accomplir auprès des entreprises, des missions d'assistance, de vérification ou autres dans le cadre du contrôle du respect des règles de concurrence des traités des Communautés européennes, de leur propre initiative, à la demande de la Commission européenne ou à la demande d'une autorité ».

54. Coopération avec la Commission et les autorités nationales de concurrence. - Le Règlement 1/2003 comporte diverses dispositions destinées à assurer, et organiser, une coopération avec les autorités nationales de concurrence. Cette coopération concerne, notamment, les inspections et enquêtes; les échanges d'information; et les demandes de renvoi en matière de contrôle des concentrations.

55. Inspections et enquêtes. - S'agissant des inspections et enquêtes, le Règlement prévoit que les agents de l'autorité nationale de concurrence doivent prêter activement assistance aux agents mandatés par la Commission.¹¹ Cette assistance doit être fournie, par ces agents, à l'initiative de l'autorité dont ils dépendent. Elle peut aussi être requise directement par la Commission européenne. Une troisième possibilité est que ces agents soient requis par une autorité de concurrence relevant d'un autre Etat membre. On pourrait voir ainsi, en Belgique, des agents du Service de la concurrence opérer des inspections et enquête sur la base d'une demande formulée auprès d'eux directement par une autorité relevant d'un autre Etat membre – par exemple la Nederlandse Mededingingsautoriteit (Nma) (Pays-Bas).

Article 71 du projet de loi. - « Les auditeurs et le Service la concurrence sont chargés, en application de l'article 20, § 5, du Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil, d'accomplir auprès des entreprises, des missions d'assistance, de vérification ou autres dans le cadre du respect des règles de concurrence des traités des Communautés européennes, de leur propre initiative, à la demande de la Commission européenne ou à la demande d'une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne, conformément à leurs règles de concurrence ».

56. Echanges d'information. - Le Règlement 1/2003 organise par ailleurs l'échange d'informations entre les autorités nationales de concurrence, de même qu'entre ces au-

torités et la Commission européenne. Les dispositions communautaires pertinentes sont transposées à l'article 72 du projet de loi. Aux termes de cette disposition, aucune limite n'affecte l'échange d'informations vers, ou en provenance, des instances belges, dans le cadre de l'application des articles 81 et 82 CE. Ces instances (Service, Conseil, Auditorat) peuvent donc recevoir des informations portant sur des violations alléguées des articles 81 et 82 CE et qui auraient été obtenues par la Commission européenne ou par une autre autorité nationale de concurrence. De la même manière, les instances belges peuvent librement communiquer à la Commission et aux autres autorités nationales de concurrence les informations dont elles disposent, et qui concernent la violation des dispositions communautaires précitées.

Article 72 du projet de loi. - « Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne, le Service de la concurrence, l'Auditorat et le Conseil peuvent communiquer à la Commission européenne et aux autorités de concurrence des Etats membres tout élément de fait ou de droit, en ce compris des informations confidentielles, ainsi que, le cas échéant, utiliser comme moyen de preuve de telles informations obtenues de la Commission européenne ou des autorités de concurrence des autres Etats membres ».

57. Usage d'information. - En application du Règlement 1/2003,¹² ces informations peuvent être utilisées comme moyens de preuve par ces autorités. Il faut toutefois noter que cette faculté est circonscrite aux dispositions pour l'application desquelles les informations ont été obtenues. Ainsi, les informations dont question, qui ont été rassemblées dans le cadre d'une procédure visant à l'application des articles 81 et 82, ne peuvent être utilisées que dans des procédures visant à l'application de ces dispositions. Une seconde limite est que l'usage des informations doit être limité à l'objet pour lequel ces dernières ont été obtenues. Une autorité ne peut donc se saisir d'une information en vue de mener à son terme une procédure ayant un objet différent de celui poursuivi dans le cadre de la procédure qui a permis de les rassembler.

A ces limites le Règlement 1/2003 prévoit une exception. En application de cet instrument, une autorité nationale de concurrence (en l'occurrence, donc, ici, le Service et/ou le Conseil) peuvent utiliser comme moyens de preuve dans une procédure concernant l'application du droit national de la concurrence des informations qui ont été rassemblées, et communiquées, par la Commission européenne, et/ou par une autorité de concurrence relevant d'un autre Etat membre, lorsque: (a) il s'agit de la même affaire; (b)

¹¹ Sur ce point, v. le Règlement 1/2003, article 20 par. 6.

¹² V. l'article 12, par. 2.

les deux droits¹³ sont appliqués de manière parallèle; (c) cette application parallèle conduit aux mêmes résultats.¹⁴

Ces précisions ne figurent pas dans le projet de loi. Cela signifie-t-il que les limites introduites par le Règlement 1/2003 à l'usage d'informations recueillies d'autres autorités, ou de la Commission, ne sont pas de rigueur dans les procédures nationales ? Et que la faculté ouverte par le Règlement d'utiliser quand même ces informations dans des procédures nationales, aux conditions mentionnées dans la disposition communautaire concernée, ne peuvent être invoquées ? Il me semble que non: le Règlement 1/2003 est directement applicable – il organise donc directement l'usage des informations par l'autorité belge de la concurrence, et ses différentes instances, en dépit de spécifications dans le droit national.

58. Notification des projets.- Aux termes du Règlement 1/2003, les autorités nationales de concurrence sont tenues de communiquer à la Commission le texte des décisions qu'elles comptent adopter dans les affaires où elles appliquent les articles 81 et/ou 82 CE. Cette obligation doit permettre à la Commission de vérifier l'application qu'entend faire de cette (ces) disposition(s) l'autorité nationale. Elle fournit également à la Commission la possibilité d'informer de ces projets les autres autorités nationales opérant dans les autres Etats membres. Munies de cette information, ces autorités peuvent demander que l'affaire en cause soit mise à l'ordre du jour d'un Comité consultatif – et échanger ainsi à propos du traitement à donner à une affaire déterminée.

Ces différentes raisons montrent combien est importante la communication de ces documents par les autorités nationales. Le projet de loi reste toutefois muet à propos de cette obligation. Faut-il en déduire que le Conseil belge de la concurrence ne peut pas soumettre ses projets de décision ? Une telle solution irait à l'encontre de l'effet direct à reconnaître au Règlement 1/2003. En vertu de cet effet, il faut considérer qu'en l'absence même d'une disposition nationale l'autorisant ou l'obligeant à une telle communication, le Conseil de la concurrence est tenu de notifier ses projets.¹⁵

Article 11, par. 5 du Règlement 1/2003.- « Au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission.

À cet effet, elles communiquent à la Commission un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres ... Les informations fournies à la Commission peuvent être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres ... ».

59. Renvoi en matière de concentrations.- Sur le plan procédural, il faut encore analyser la possibilité, pour l'autorité belge de la concurrence, de renvoyer des affaires vers la Commission européenne, dans le cadre du contrôle des concentrations. Cette possibilité se trouve organisée à l'article 30 7° du projet de loi. Elle ne concerne pas directement le Règlement 1/2003 mais plutôt l'application du Règlement 139/2004 relatif aux concentrations d'entreprises. L'examen de cette possibilité déborde ainsi le cadre de la présente étude mais il vaut la peine de la mentionner en raison de son importance pour les entreprises. En application de cet article 30 7° en projet, ce sont les auditeurs qui sont chargés de formuler la demande de renvoi vers la Commission européenne.

Article 30, § 1er, 7° du projet de loi.- « Les auditeurs sont chargés: ... 7° de demander le renvoi d'une concentration à l'autorité belge de concurrence et de renvoyer une concentration à la Commission européenne en application des articles 4 et 9, d'une part et de l'article 22, d'autre part du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil de l'Union européenne du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ».

60. Prescription.- Aux termes du projet de loi (article 88), une prescription vaut à l'égard des pratiques ou comportements pouvant faire l'objet de procédures en vue d'appliquer les articles 81 et 82 CE. Cette prescription est de cinq ans, conformément à ce qui est prévu dans le Règlement 1/2003 sur la même question (article 25). Le point de départ est, selon le cas, la date à laquelle la décision a été prise par l'Auditorat de procéder à une instruction d'office, ou la date à laquelle l'Auditorat a été saisi. Le délai est ramené à trois ans pour les infractions aux dispositions relatives aux demandes d'information ou à l'exécution d'inspections. Dans ce cas, la prescription commence à courir le jour où l'infraction a été commise.

¹³ Le droit national et le droit européen.

¹⁴ En d'autres termes, l'application du droit national conduit à la même conclusion que l'application du droit communautaire.

¹⁵ Sur ce point, v. la décision prise en ce sens par le Conseil de la concurrence dans l'affaire *Coca-Cola*, déjà citée.