

## **Décision n°2001-P/K-25 du 23 mai 2001**

Affaire CONC-I/O-98/0019 - I.T.B. c./ S.N.C.B.

En cause :

La Société d'Investissement et de Transformation des Bois et des Bétons (ci-après ITB), groupe industriel et commercial dont le siège social est établi au zoning industriel de Mariembourg, 6, à 5660 Mariembourg, ayant pour conseils Maître Fernand de Visscher, Francis Herbert, Marc Pittie et François Renard.

Contre

La Société Anonyme de droit public Société Nationale de Chemin de Fer Belge (ci-après SNCB), sise rue de France 85 à 1060 Bruxelles, ayant pour conseils Maître Guy Block, Frédéric Louis et Anne Vallery.

Et

La Société Anonyme Chantier de Créosotage de Bruxelles (ci-après CCB), dont le siège social est établi Rue de Vilvorde, 302-304 à 1130 Bruxelles, représentée par Monsieur Claude Lambert.

\* \*

\*

Vu la plainte datée du 29 juin 1998, reçue le 1er juillet 1998 par le Service de la concurrence, déposée par la société ITB contre la SNCB.

Vu le rapport du Service de la concurrence déposé le 17 mars 1999 au Secrétariat du Conseil de la concurrence.

Vu les mémoires et notes d'observation déposées par ITB et par la SNCB le 20 et le 31 octobre 2000.

Entendu les parties aux audiences du 26 septembre 2000 et du 7 novembre 2000.

**En fait :**

Il est établi et non contesté :

1. que le 10 septembre 1997, la SNCB a pris par acquisition de 51 % de son actionnariat le contrôle de CCB, son fournisseur de traverses créosotées pour voies de chemin de fer, concurrent de la plaignante;

2. que cette opération constituait une concentration au sens de l'article 9 de la loi du 5 août 1991 et qu'elle imposait une notification prévue à l'article 12 dans la mesure où le chiffre d'affaires global des entreprises impliquées dans l'opération et les parts de marché concernés par cette concentration étaient supérieurs aux seuils fixés par l'article 11 de la loi tel que modifié par l'arrêté royal du 30 mars 1995 à savoir 3 milliards de FB et 25% du marché;

3. que le marché à prendre en considération est celui du créosotage de traverses de chemin de fer (et accessoirement de poteaux et de piquets de clôtures) sur lequel la part de CCB comme offrant, et la SNCB comme demandeur dépassait largement le seuil de 25 % prévu par la loi.

L'offre et la demande prises en considération se situent sur le marché belge sur lequel la concentration sort ses effets.

### Proposition du Service :

Suite à la plainte déposée auprès du Service le 29 juin 1998 par ITB, concernant "l'acquisition par la SNCB durant le second semestre de l'année 1997 de la société Chantier de Créosotage de Bruxelles..." et visant à faire constater que cette acquisition constituait une concentration au sens de la loi, qu'elle n'a pas fait l'objet d'une notification et que cette concentration renforçant une position dominante sur le marché du créosotage, il se justifiait d'ordonner la séparation des entreprises concernées, le Conseil a été saisi par le rapport du Service du 17 mars 1999 qui propose au Conseil de la concurrence :

- de constater l'absence de notification dans les formes légales de la concentration avenue entre SNCB et CCB, le 10 septembre 1997 alors qu'elle s'imposait et d'infliger à la SNCB pour cette infraction une amende de 1.000.000 FB à la SNCB;
- de faire bénéficier la SNCB de l'application de l'exemption prévue à l'article 10.3 de la loi du 5 août 1991.

### Position des parties :

A l'audience du 26 septembre 2000 à laquelle le Conseil a invité les parties à s'expliquer sur la loi applicable à l'opération de concentration litigieuse et ses conséquences sur la présente procédure.

#### 1. Position du plaignant

La partie plaignante argumente comme suit :

La plainte déposée ne limite pas la saisine du Conseil de la concurrence et par conséquent, toute infraction éventuelle à la loi du 5 août 1991 doit être constatée et des mesures appropriées prononcées.

La plaignante soutient dans son dispositif qu'il appartient au Conseil, "à titre principal, de déclarer les règles pertinentes de la loi du 5 août 1991 applicables au présent litige dans leur intégralité et d'ordonner la poursuite des débats sur la base de cette loi, et à titre subsidiaire, d'ordonner la poursuite des débats pour permettre de constater que la SNCB et le Groupe Lambert ont abusé de leur position dominante respective en effectuant l'opération en cause".

La partie plaignante considère qu'à l'époque où la transaction contestée intervient, le caractère notifiable de la concentration est incontestable.

La partie plaignante ne peut contester qu'aujourd'hui, la modification intervenue par la loi du 26 avril 1999, au terme de laquelle les seuils de l'article 11 ont été modifiés, soustrait l'opération à la loi, elle estime cependant que cette modification n'a aucune incidence sur les opérations faisant l'objet d'une procédure engagée auprès du Conseil au moment de l'entrée en vigueur de cet article dans sa version modifiée, à savoir le 1er juillet 1999, l'article 47 de la loi nouvelle prévoyant expressément que les dispositions de la présente loi "ne s'appliquent pas aux procédures engagées auprès du Conseil de la concurrence au moment de l'entrée en vigueur de la loi".

De manière plus précise, la partie plaignante soutient que l'article 47 de la nouvelle loi doit être interprété de manière cohérente par rapport aux règles générales d'application de la loi dans le temps; que comme les lois de procédure s'appliquent nécessairement de manière immédiate, le seul sens utile qu'il faut donner à l'article 47 est qu'il porte nécessairement sur les règles de fond, toute autre interprétation rendrait l'article 47 superflu.

Elle en déduit que le Conseil est toujours valablement habilité aujourd'hui à constater que le caractère notifiable de l'opération de concentration justifie pleinement qu'il examine la plainte au vu de la loi avant sa modification du 26 avril 1999.

La plaignante soutient également que la question de droit transitoire concernant les règles de fond reste en toute hypothèse entière et que l'article 47, al. 2, de la loi du 26 avril 1999 ne contient aucune dérogation ni expresse ni implicite à la règle générale de l'application immédiate et de la non-rétroactivité.

Elle soutient à cet égard qu'il ne peut être question d'étendre par analogie le principe général contenu dans l'article 2 al. 2 du Code pénal, à savoir l'application de la loi pénale la plus douce, étant entendu que la non-admissibilité d'une concentration et la déconcentration éventuelle ne sont pas des peines mais bien des mesures d'intérêt général de nature réparatrice et non dissuasive.

Elle estime, sans en tirer nécessairement tous les arguments de droit éventuel, qu'une telle règle aurait un effet discriminatoire vis-à-vis des délinquants dont le procès n'a pas traîné et qui sont déjà condamné avant la loi nouvelle, ce qui justifierait une stricte interprétation du principe.

Enfin, la plaignante soutient que la transaction contestée est un fait précis et consommé et produit avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Le caractère perfectible "de l'opération" ne peut évidemment selon le plaignant justifier que la loi nouvelle soit applicable.

## 2. Position de la SNCB

La SNCB soutient, quant à elle, que la lecture de l'article 47 de la loi du 26 avril 1999 conduit à considérer que seul le dépôt du rapport par le Service n'opère pas la saisine du Conseil, la procédure n'étant valablement engagée qu'au moment de la transmission par le Conseil dudit rapport.

Selon cette thèse, le rapport du Service ayant été transmis par le Secrétariat du Conseil de la concurrence aux parties et à la plaignante à la date du 3 février 2000, soit 7 mois après l'entrée en vigueur de la loi du 26 avril 1999, les dispositions de la loi nouvelle sont applicables tant sur le fond que sur la forme.

A titre subsidiaire, la SNCB soutient qu'au vu des travaux préparatoires, il est évident que l'intention du législateur était manifestement de dire que les dispositions nouvelles relatives au fond s'appliquent immédiatement à l'intégralité des affaires pendantes devant le Service et le Conseil tandis que les dispositions procédurales de l'ancienne loi continuent à régir la procédure. A défaut, il serait incompréhensible de justifier de l'emploi du terme "procédure" dans l'article 47.

En outre, la SNCB soutient que le droit de la concurrence relevant de l'ordre public économique, dès lors qu'elle ne commandait plus à ce que le Conseil examine des concentrations qui ne répondent plus aux nouveaux critères au motif qu'elles n'ont plus d'impact sur le marché et que le Conseil doit se concentrer à d'autres tâches, il faut respecter le choix du législateur et dès lors considérer que les opérations qui tombaient dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 sont, dès lors que le législateur entend ne plus les rendre notifiables, exemptées de notification et ce, d'autant plus que l'opération d'acquisition par la SNCB des parts dans le capital, entamée sous l'empire de la loi du 5 août 1991, se poursuit sous l'empire de la loi du 26 avril 1999 à défaut d'avoir reçu à la date d'entrée en vigueur de la loi son approbation.

Enfin, la SNCB relève que les sanctions sollicitées pouvant être assimilées à des amendes, il faut appliquer la loi la plus douce.

A ce sujet, la SNCB cite l'avis de la Commission dans l'affaire Stenuit v. France A/232, 1992, au terme de laquelle la Commission européenne des Droits de l'Homme, se prononçant sur l'ordonnance française du 30 juin 1945 relative à la protection de la libre concurrence, a considéré que l'affaire revêt au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme est suffisamment démontré par la hauteur des amendes et que partant, l'article 6 est applicable.

Un tel raisonnement permet, selon la défenderesse d'appliquer le principe général de la loi la plus douce au détriment de la loi ancienne.

Dès lors, par voie de dispositif, la SNCB invite le Conseil à déclarer que l'opération de concentration par laquelle la SNCB a acquis 51% des parts du capital de CCB ne remplit pas les critères fixés à l'article 11 et qu'elle ne rentre pas dans le champ d'application de la loi du 5 août 1991 telle que modifiée par la loi du 26 avril 1999, et que par conséquent, la plainte doit être déclarée non fondée.

## En droit :

L'appréciation de l'infraction visée par la saisine du Conseil et les mesures proposées par le Service ainsi que par le plaignant dépendent des modifications introduites par la loi du 26 avril 1999 aux conditions de notification des concentrations telles que fixées par la loi du 5 août 1991, applicable au moment de l'opération dénoncée et au moment de la plainte.

L'appréciation des mesures proposées doit également tenir compte de la portée de la saisine du conseil.

### 1. Saisine du Conseil

Bien que le Conseil ait été saisi par le dépôt du rapport du Service le 17 mars 1999, cette circonstance est sans incidence sur l'application par le Conseil des principes généraux énoncés ci-après.

### 2. Conditions de l'infraction

#### Modification des seuils

L'absence de notification conformément à l'article 12 constituait une infraction à la date de la concentration et de sa mise en œuvre.

Les critères légaux imposant la notification au moment de la conclusion de l'opération (article 11 de la loi du 5 août 1991 telle qu'adaptée par l'arrêté royal du 31 mars 1995) ont été modifiés par la loi du 26 avril 1999.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle - 1er septembre 1999- ne sont plus soumises à notification préalable que les concentrations donnant naissance à une entité réalisant sur le marché belge un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros mais dont les composantes absorbées réalisent chacune au moins 15 millions d'euros.

D'après les éléments résultant du rapport du Service, le chiffre d'affaires de CCB et de sa filiale Woodprotect, dont la SNCB s'assurait le contrôle par l'opération de concentration se situe en 1997 autour respectivement de 150.000.000 BEF et de 64.000.000 FB donc largement en dessous des seuils à prendre en considération pour l'application de la loi nouvelle.

Le Conseil ne dispose d'aucun élément - invoqué notamment par les parties - permettant de croire que ces chiffres auraient entre temps variés d'une façon telle qu'ils puissent influencer son appréciation.

## Prise en compte des principes généraux

Compte tenu des éléments précisés ci-dessus, la réalisation des conditions d'application de la sanction de l'absence de notification au moment de la conclusion de l'opération (10 septembre 1997), de la plainte (28 juin 1998), du dépôt du rapport du Service (17 mars 1999) et de la notification de ce rapport aux parties (3 février 2000) - en application de la loi du 5 août 1991 et leur modification après le 1er septembre 1999 date d'entrée en vigueur de la loi du 26 avril 1999 pose au Conseil le problème de la prise en compte des principes généraux régissant l'application de la loi (notamment pénale) dans le temps.

Tenant compte des principes d'interprétation suivants :

1. Toute disposition, serait-elle même qualifiée d'amende administrative comme c'est le cas des sanctions prévues par la loi sur la protection de la concurrence économique, comportant des sanctions significatives même de nature pécuniaire doit être assimilée à une sanction pénale et être donc du point de vue de l'exigence de l'égalité constitutionnelle traitée selon les mêmes principes qui régissent les sanctions pénales (Cour d'arbitrage, arrêt du 18/11/1992, considérant B.2.1 et B.2.2. publié au Moniteur belge de janvier 1993, page 699).

2. Un principe général de droit pénal (exprimé notamment par l'article 2.2 du Code pénal mais également par l'article 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York 19 décembre 1966 dont les effets directs en droit interne sont reconnus par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1984 - (RW 1984-1985 Col. 1147 -), imposent qu'en cas de modification de la législation ce soit la législation la plus clémente qui soit prise en considération en faveur de la partie poursuivie non seulement en ce qui concerne la peine appliquée mais également en ce qui concerne l'existence même de l'infraction (Cassation, 26 octobre 1982, Pas. 269), le Conseil considère que dans le cas d'espèce, la concentration concernée à laquelle la loi du 5 août 1991 était applicable au moment de sa réalisation a cessé de l'être depuis le 1er septembre 1999 et ne l'est plus au moment de la décision à prendre et qu'en conséquence, il y a lieu de considérer que l'infraction à l'article 12 de la loi ne peut plus faire l'objet d'une sanction.

3. Le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative dont le but est de veiller à ce que la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique soit correctement appliquée par les entreprises, et ce afin que les marchés belges conservent une structure concurrentielle optimale.

Pour remplir cette mission, le Conseil doit d'abord veiller scrupuleusement à respecter la volonté du législateur, celui-ci ayant par priorité la responsabilité de définir les opérations économiques auxquelles il entend réserver une attention particulière en présumant que leur importance justifie un contrôle préalable. Ce contrôle préalable vise à sensibiliser les entreprises et à éviter que celles-ci, par les rapprochements qu'elles opèrent, acquièrent des prises de position qui seraient contraires à la structure concurrentielle du marché.

Le filtre que constitue le contrôle des concentrations est évidemment, dans un concept d'ordre public économique, une technique de politique de prévention qui, en aucun cas, n'élimine la nécessité d'effectuer un contrôle a posteriori à supposer même que le contrôle préalable n'ait révélé aucun risque d'atteinte à la concurrence.

Dans cet esprit, c'est au législateur et au législateur seulement qu'il appartient de définir quelles sont les opérations qui, en raison précisément de leur importance, doivent faire l'objet d'un contrôle préalable, en ayant à l'esprit que les moyens humains et techniques doivent être mis à la disposition du contrôle des opérations les plus significatives et présentant les risques les plus importants d'atteinte à la structure concurrentielle du marché.

Ces principes et observations expliquent que par la loi du 26 avril 1999, le législateur belge a estimé devoir redéfinir par rapport à ces critères, le rôle du Conseil en réduisant la part d'intervention du

Conseil à une série d'opérations dont les enjeux étaient manifestement plus élevés que ce qui avait été retenu auparavant.

A l'encontre de l'application des principes généraux et des dispositions de droit positif qui les met en œuvre, invoqués ci-dessus, il serait vainement invoqué qu'en application de l'article 47 alinéa 2 de la loi du 26 avril 1999 - à titre de disposition transitoire - l'ancienne législation resterait applicable aux procédures introduites avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

En effet, cette disposition ne concerne explicitement que la procédure.

A défaut d'une précision dans l'intention du législateur, il ne peut être supposé que cette disposition puisse avoir pour but une dérogation à des principes généraux au demeurant exprimés par des normes internationales s'imposant à lui.

L'article 6 de la loi du 26 avril 1999 en ce qui concerne les seuils de notification des concentrations entre en vigueur le jour de la publication au Moniteur belge de l'arrêté royal du 7 mai 1999, soit le premier juillet 1999. Il n'est pas contestable à la lecture des travaux préparatoires que l'objectif de la disposition modifiant les anciens seuils est de créer des seuils pertinents et vérifiables en matière de contrôle de concentration et de réduire le nombre d'opérations à examiner à celles qui ont un réel impact sur le marché belge.

La modification intervenue devait tenir compte également de la circonstance de ce que le Conseil pouvait être amené à traiter des dossiers qui avaient été engagés avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

Il ne faut pas perdre de vue que la loi du 26 avril 1999, sur le plan procédural, amène à des modifications substantielles. Le bouleversement auquel aurait conduit l'application immédiate de la nouvelle loi, en terme de procédure, aux affaires engagées auparavant devait être pris en compte par le législateur, ce qui a justifié l'adoption de l'article 47, §2, déclarant les dispositions de loi inapplicables aux procédures engagées auprès du Conseil, l'intention étant dans un tel cas de veiller à ce que les affaires pendantes devant le Service et devant le Conseil soient régies par les dispositions de l'ancienne loi sur le plan procédural.

Le fait d'avoir utilisé le terme "procédure" et non le terme "affaire" confirme cette interprétation.

Toute autre interprétation de l'article 47 conduirait inévitablement à créer une contradiction évidente entre le but poursuivi par le législateur qui réduit le nombre d'opérations notifiables par la modification des seuils alors que suivre la thèse du plaignant ferait resurgir indirectement devant le Conseil le traitement d'opérations que précisément le législateur entend ne plus soumettre à son contrôle.

Cette survivance artificielle au terme de cette interprétation large de l'article 47 de la loi ne correspond pas à l'objectif poursuivi par le législateur. Il faut en déduire qu'aucun argument de droit ne peut être tiré de l'article 47 pour justifier de l'applicabilité des dispositions de l'ancienne loi quant au fond à l'opération litigieuse.

Il y a en considération de ce qui précède lieu de décider que l'infraction invoquée par la plainte et retenue par le rapport du Service n'est plus hic et nunc sanctionnable.

### 3. Examen d'une exemption (article 10.3) et d'un abus de position dominante

#### 3.1 Application de l'article 10.3 de la loi du 5 août 1991

Sans même examiner la question de savoir si en application de l'article 47, §2, de la loi du 26 avril 1999, l'application de l'article 10.3 de la loi ancienne peut encore se justifier, le Conseil considère qu'en tout état de cause, l'application de l'article 10.3 suggérée - apparemment d'initiative par le Service- n'a pas d'objet en raison de la décision constatant l'absence d'infraction.

Surabondamment le Conseil relève que pareille décision ne pourrait être prise que dans l'hypothèse où une notification a effectivement été introduite, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

#### 3.2 Examen en dehors de la procédure d'infraction d'un abus de position dominante.

La plaignante se prévaut de la possibilité pour le Conseil en dehors de l'hypothèse d'une infraction à l'article 12 d'examiner l'abus de position dominante dont la SNCB se serait rendue coupable.

Le Conseil n'est pas saisi par le rapport du Service de cet aspect de la violation de la loi du 5 août 1991. Il ne peut donc statuer sur ce point.

Le Conseil estime qu'il appartient à la / ou aux parties intéressées de fournir au Service des éléments nécessaires pour réorienter l'instruction en vue d'un réexamen du dossier et éventuellement de déposer une nouvelle plainte.

Par ces motifs,

#### Le Conseil de la concurrence

- déclare la plainte recevable mais non fondée en ce qu'elle tend à faire constater une infraction à la loi du 5 août 1991, infraction qui n'existe plus en raison de la modification des seuils prévus par la loi du 26 avril 1999,
- déclare irrecevable la demande tendant à faire prendre d'office, en dehors de sa saisine par le Conseil une décision sur un abus de position dominante de la SNCB,

Ainsi décidé le 23 mai 2001 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, Président, et de Messieurs Jacques Schaar, Robert Sacré et Eric Balate, Membres.