

Le droit de la concurrence et le droit de la publicité comparative au regard des notions d' « entreprise » et de « substituabilité »

Mémoire réalisé par
Lauranne Pauwels

Promoteur(s)
Paul Nihoul

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

TABLE DES MATIERES

<u>Introduction</u>	1
<u>Partie 1 : Origines, réglementation actuelle et objectifs du droit de la concurrence et du droit de la publicité comparative</u>	5
<u>Chapitre 1 : Origines, réglementation actuelle et objectifs du droit de la concurrence</u>	5
<i>Section 1 : Origines du droit de la concurrence</i>	5
Sous-section 1 : Des premières lois antitrust...	6
Sous-section 2 : ... au droit européen de la concurrence	7
<i>Section 2 : Droit européen et droit belge de la concurrence en vigueur</i>	8
Sous-section 1 : Dispositions légales européennes	9
Sous-section 2 : Pluralisme juridique	10
<i>Section 3 : Object et objectifs du droit de la concurrence</i>	12
Sous-section 1 : Objet	12
Sous-section 2 : Objectifs	13
§1 : Protection de la concurrence	13
§2 : Protection des concurrents et des consommateurs	14
<u>Chapitre 2 : Origines, réglementation actuelle et objectifs du droit de la publicité comparative</u>	15
<i>Section 1 : Origines de la publicité comparative</i>	16
<i>Section 2 : Droit en vigueur en Belgique</i>	17
Sous-section 1 : Historique	17
Sous-section 2 : Régime de la publicité comparative	19
<i>Section 3 : Objectifs de la publicité comparative et de sa réglementation</i>	20
Sous-section 1 : Information des consommateurs et stimulation de la concurrence	21

Sous-section 2 : Protection des consommateurs	22
<i>Section 4 : Arguments contre la publicité comparative</i>	24
 <u>Partie 2 : Domaine d'application rationae personae</u>	27
 <u>Chapitre 1 : Domaine d'application rationae personae en droit de la concurrence</u>	27
<i>Section 1 : A l'origine</i>	28
<i>Section 2 : Activité économique</i>	29
Sous-section 1 : Définition d'une activité économique	29
Sous-section 2 : Application du droit de la concurrence au secteur public	31
§1 : Exercice des prérogatives de puissance publique	32
§2 : Théorie « des actes détachables »	33
Sous-section 3 : Application du droit de la concurrence en matière sociale	35
Sous-section 4 : L'accomplissement d'une mission d'intérêt économique général	37
Sous-section 5 : La notion d'entreprise en droit belge	38
<i>Section 3 : Autonomie de comportement sur le marché et imputabilité d'un comportement anticoncurrentiel</i>	39
Sous-section 1 : Société mère et filiales	40
Sous-section 2 : Succession d'entreprises	41
 <u>Chapitre 2 : Domaine d'application rationae personae en droit de la publicité comparative</u>	42
<i>Section 1 : Du commerçant...</i>	42
<i>Section 2 : ... à l'entreprise</i>	43
Sous-section 1 : Définition de la notion d'« entreprise »	43
Sous-section 2 : Application de la notion au secteur public et en matière sociale	45
Sous-section 3 : Associations	46

Sous-section 4 : Exclusion des professions libérales	47
§1 : Exclusion des professions libérales dans la L.P.M.C.	47
§2 : Déclaration d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle	48
§3 : Introduction d'un livre spécifique dans le Code de droit économique	50
<i>Section 3 : Définition unique de l'« entreprise » dans le Code de droit économique</i>	53
 <u>Partie 3 : Notion de substituabilité</u>	 57
 <u>Chapitre 1 : Délimitation du marché en cause en droit de la concurrence</u>	 57
<i>Section 1 : Notion de marché en cause et importance de son rôle</i>	58
<i>Section 2 : Délimitation du marché en cause</i>	60
Sous-section 1 : Marché de produits ou de services	60
§1 : La demande de produits	61
§2 : L'offre de produits	63
§3 : Concurrence potentielle	65
Sous-section 2 : Le marché géographique	67
§1 : Fonction et facteurs pris en cause	67
§2 : Partie substantielle du marché	69
<i>Section 3 : Nuances</i>	70
 <u>Chapitre 2 : Définition de la publicité comparative et conditions de licéité</u>	 71
<i>Section 1 : Identification du concurrent</i>	72
<i>Section 2 : Rapport de concurrence entre les entreprises concernées</i>	74
Sous-section 1 : Substituabilité en droit de la publicité comparative	74
Sous-section 2 : Substituabilité en droit de la concurrence	75
Sous-section 3 : Différence d'objectifs	77

Sous-section 4 : Analyse des critères pris en compte	79
<i>Section 3 : Comparaison de biens et de services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif</i>	80
<u>Conclusion</u>	85
<u>Bibliographie</u>	89

Introduction

Le droit de la concurrence est constitué de l'ensemble des règles juridiques destinées à réguler la concurrence, notion qui peut se définir de la façon suivante : « Compétition, sur un marché dont la structure et le fonctionnement répondent aux conditions du jeu de la loi de l'offre et de la demande, d'une part entre offrants, d'autre part entre utilisateurs ou consommateurs de produits et de services qui y ont libre accès et dont les décisions ne sont pas déterminées par des contraintes ou des avantages juridiques particuliers »¹. Le droit de la publicité comparative régit, comme le terme l'indique, la publicité comparative, définie juridiquement comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent »².

Quel est le point commun entre ces deux branches du droit privé ? A première vue, il n'y en a pas. Néanmoins, elles mobilisent les mêmes concepts juridiques, il est par conséquent intéressant d'analyser si ces concepts sont définis et interprétés de la même manière. Ce faisant, l'objet de ce mémoire consiste principalement en une comparaison de différentes notions juridiques. Quant à la structure, elle se constitue de trois parties, chacune divisée en deux chapitres, l'un consacré au droit de la concurrence, l'autre au droit de la publicité comparative.

La première partie de ce mémoire est dédiée aux origines, à la réglementation actuelle et aux objectifs du droit de la concurrence et du droit de la publicité comparative. Ces deux ensembles de règles virent le jour aux Etats-Unis avant de faire leur apparition en Europe. Fortement influencées par le droit européen, les législations nationales en matière de droit de la concurrence coexistent avec celles du droit européen, l'application du droit de la concurrence est en effet caractérisé par un pluralisme juridique. Au contraire, les dispositions en matière de publicité comparative sont le résultat d'une harmonisation complète. Il n'existe dès lors que très peu de différences entre la réglementation européenne et son application en droit belge. Au niveau des objectifs principaux, le droit de la concurrence et le droit de la publicité comparative poursuivent respectivement un objectif de protection de la concurrence

¹ G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, p. 225.

² Article 2, c) de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), 27 décembre 2006, *J.O.*, L 376.

et de protection des consommateurs. Néanmoins, une convergence entre les objectifs poursuivis par ces deux corps de règles existe et mérite qu'on y prête attention.

La deuxième partie est consacrée au champ d'application *rationae personae* de ces deux ensembles de dispositions. L'application du droit de la concurrence requiert avant toute chose que les entités concernées soient qualifiées d'entreprises, sans quoi elles ne tombent pas dans le champ d'application personnel. Il en va de même pour le droit de la publicité comparative, seules les entités considérées comme des entreprises doivent se soumettre au prescrit légal. Néanmoins, il convient d'examiner si les définitions de la notion d'« entreprise » sont similaires. Récemment, le Code de droit économique fut introduit en droit belge dans lequel se retrouve les dispositions du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Celui-ci réunit dans son livre I des définitions applicables à l'ensemble des livres du Code de droit économique et reprend une définition de l'entreprise qui définit le champ d'application personnel de l'entière de ce code. Toutefois, il est opportun d'analyser si cette définition unique est interprétée de la même façon en droit de la concurrence et en droit de la consommation, deux branches du droit qui, au niveau européen, sont toujours bien séparées³.

Dans la troisième partie, un concept particulier sera étudié dans le cadre de ces deux domaines du droit, il s'agit de la notion de « substituabilité ». Cette notion intervient en droit de la concurrence lors de la délimitation du marché pertinent c'est-à-dire le marché dans lequel les entreprises exercent leurs activités, ce qui permet d'identifier « le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »⁴. A cette fin, il est fait appel à la notion de substituabilité. La définition de la publicité comparative requiert la rencontre de deux éléments : l'identification d'une entreprise et un rapport de concurrence entre l'annonceur et l'entreprise identifiée. Ce rapport de concurrence suppose un degré de substituabilité entre les produits et services que ces deux entreprises offrent. Enfin, une des conditions de licéité de la publicité comparative requiert la comparaison de produits et services répondant aux mêmes besoins et même objectif, c'est-à-dire qui sont interchangeables. Ces trois dispositions utilisent la notion de substituabilité, les similitudes et différences en seront par conséquent rapportées.

³ J. STUYCK, « Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales », *R.I.D.E.*, 2011, p. 456.

⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 2.

L'accent sera porté sur la réglementation européenne en ce qui concerne le droit de la concurrence. Les règles de droit belge seront également abordées afin d'exposer les différences. Quant à la publicité comparative, les définitions et conditions de licéité ont été transposées exhaustivement en droit belge, dès lors, aucune différence n'existe. Il sera par conséquent fait référence indistinctement au droit belge et au droit européen. Toutefois, dans l'étude du champ d'application personnel, les règles belges et les règles européennes relatives à la publicité comparative seront comparées.

Partie 1 : Origines, réglementation actuelle et objectifs du droit de la concurrence et du droit de la publicité comparative

Cette première partie a pour but de retracer les origines de chaque ensemble de règles pour ensuite analyser le droit en vigueur actuellement. Les objectifs respectifs du droit de la concurrence et du droit de la publicité comparative seront également analysés et comparés. Cette partie se divise en deux chapitres, tous deux suivant la même structure. Le premier est consacré au droit de la concurrence (Chapitre 1) et le second au droit de la publicité comparative (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Origines, réglementation actuelle et objectifs du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence moderne est un droit récent qui vit le jour avec les premières lois antitrust américaines, même si on retrace ses origines au temps des grecs. Le droit de la concurrence européen ne naquit, pour sa part, qu'avec la création de la CECA après la Seconde Guerre mondiale (Section 1). De nos jours, le droit européen de la concurrence a primauté sur les droits nationaux et s'applique lorsque le critère « d'affectation du commerce entre Etats membres » est rempli. Il existe néanmoins un pluralisme juridique et des règles de coopération et de compétence ont été mises en place afin d'éviter les conflits (Section 2). Ce droit moderne de la concurrence s'intéresse à la notion de concurrence, de compétition et a donc comme mission de réguler le marché. Il poursuit divers objectifs allant de l'efficacité économique jusqu'à la protection d'une concurrence efficace voire jusqu'à protéger les concurrents eux-mêmes et les consommateurs (Section 3).

Section 1 : Origines du droit de la concurrence⁵

La Constitution grecque de Zénon ainsi que la *Lex Julia* de Jules César protégeant le commerce de grains des augmentations artificielles de prix voire encore certaines règles du Moyen-âge et de l'Ancien régime sont parfois citées comme origines du droit de la concurrence. Cependant, il est admis que le droit de la concurrence est postérieur à la reconnaissance d'une concurrence, ce qui implique, dès lors, le rejet de ces précédents historiques comme origines du droit de la concurrence. En ce sens, le décret d'Allarde des 2 et

⁵ A propos de cette section, voy. : D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010. p. 11.

17 mars 1791, la liberté du commerce et de l'industrie forment les actes fondateurs d'une possible concurrence.

En outre, il y a lieu de ne pas séparer la logique d'économie de marché (dont l'expression principale est la fameuse main invisible d'Adam Smith) de celle de la liberté de commerce. D'ailleurs, concernant le droit de la concurrence déloyale, un ensemble de règles jurisprudentielles fut construit autour des articles 1382 et 1383 du Code civil à la fin du 19^{ème} siècle se basant sur la liberté des opérateurs. En ce qui concerne le droit pénal des ententes, l'article 419 du Code pénal de 1810⁶ interdisait et punissait les « délits d'accaparement »⁷. Cet article utilisait les notions de « coalitions » et, dans sa version modifiée, de « concurrence naturelle et libre du commerce ». Il constitue, par le vocabulaire utilisé ainsi que par les moyens de mesure utilisés, un pré droit de la concurrence. Quant au droit de la concurrence moderne, celui-ci vit le jour aux Etats-Unis (Sous-section 1) avant de naître en Europe (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Des premières lois antitrust...⁸

Le droit de la concurrence européen moderne fut indéniablement influencé par les lois américaines. Ces premières lois visant à contrôler les possibles abus de la liberté du commerce et de l'industrie⁹, plus connues sous la dénomination de lois antitrust, virent le jour il y a plus d'un siècle¹⁰. Celles-ci furent adoptées à la fin du 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème} siècle par les Etats-Unis. La première loi antitrust, le *Sherman Act*, fut votée en 1890 par le Congrès américain dans le but de diminuer le pouvoir de marché des groupes de sociétés dominant l'économie en interdisant les monopoles et les accords entre entreprises sur les prix et les parts du marché¹¹. Ensuite, le *Clayton Act* ainsi que le *Federal Trade Act* et la *Federal*

⁶ « Tous ceux ... qui, en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande ».

⁷ « Tous ceux ... qui, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce ».

⁸ A propos de cette sous-section, voy. : G. N. MANKIW et M. P. TAYLOR, *Principe de l'économie*, Bruxelles, De Boeck, 2010, pp. 386 et s.

⁹ V. B. BELLON, « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis », *Rev. éco, industr.*, 1993, n°63, p. 12.

¹⁰ En Europe, les lois antitrust sont généralement appelées lois ou politiques de la concurrence : G. N. MANKIW et M. P. TAYLOR, *Principe de l'économie*, Bruxelles, De Boeck, 2010, p. 386.

¹¹ V. B. BELLON, *op. cit.*, p. 12.

Trade Commission datant tous trois de 1914 furent adoptés afin de remédier aux insuffisances du *Sherman Act* et d'interdire les fusions menant à des monopoles.

Ces lois antitrust donnèrent de grandes possibilités au gouvernement américain qui se vit autorisé à démanteler des entreprises, à interdire des fusions entre entreprises ainsi qu'à empêcher les entreprises d'organiser leurs activités de façon à rendre moins concurrentiel le marché. Le droit antitrust américain est « le premier à avoir proposé une vision globale d'un marché, fondé sur un principe exprimé de liberté de la concurrence, et des outils permettant de faire respecter ce principe »¹².

Sous-section 2 : ... au droit européen de la concurrence¹³

L'Europe n'est pas fondatrice du droit de la concurrence mais elle l'a toutefois organisé et rationalisé. Il y a lieu de rappeler avant toute chose la primauté du droit européen qui veut que les règles de droit européen forment la base de toutes les législations européennes qui concernent la concurrence¹⁴. Les droits nationaux sont donc sous la dépendance du droit communautaire ; ceux-ci ne pouvant dès lors ni sanctionner ce que le droit communautaire valide, ni valider ce qu'il interdit¹⁵. Au surplus, dès que les conditions d'application des règles de droit européen sont remplies, les cours et tribunaux nationaux devront obligatoirement appliquer ce droit, tout en décidant d'appliquer au surplus leur droit national¹⁶. L'étude du droit européen de la concurrence est donc primordiale.

L'apparition du droit de la concurrence en Europe date de la fin de la Seconde Guerre mondiale et a plusieurs origines. Tout d'abord, les autorités américaines avaient imposé, dans la partie de l'Allemagne dont ils étaient en charge, une politique de « décartellisation » des cartels dont le pouvoir nazi s'était largement servi comme moyen de politique industrielle, les plus importants étant les cartels des armes, des banques, des assurances ainsi que du charbon et de l'acier. En outre et plus généralement, la mise en place d'un droit de la concurrence était une des conditions à respecter afin de se voir concéder les bénéfices du plan Marshall.

¹² D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 11.

¹³ A propos de cette section, voy. : *Ibidem*, pp. 12 à 26.

¹⁴ Voy. l'arrêt de principe *Costa contre Enel* : C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, C-6/64, *Rec. C.J.C.E.*, 1964, p. 1141.

¹⁵ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶ *Ibidem*.

En 1955, les six ministres des affaires étrangères de la CECA¹⁷ nouvellement créée se retrouvent afin de discuter de la construction européenne dans le champ économique ; la concurrence est à cette époque la dernière des politiques communautaires à instaurer dans le cadre du marché commun¹⁸. Ce n'est que dans le « rapport Spaak » de 1956 que la nécessité de mettre en œuvre une politique générale, visant à empêcher les entreprises de fausser la concurrence au sein du marché commun, est invoquée et trouvera son aboutissement dans les articles 85 et suivants du Traité de Rome [article 101 et suivants TFUE]¹⁹. Depuis ce jour, le droit de la concurrence joue un rôle fondamental dans le développement européen. Le droit de la concurrence permet que la concurrence soit libre et non faussée sur le marché commun. Il est également un outil nécessaire à la création du marché unique en établissant les instruments nécessaires au décloisonnement des marchés nationaux²⁰.

Comme mentionné, l'Europe n'a pas inventé le droit de la concurrence et s'est fortement basée sur les règles antitrust américaines. Cependant, une conception communautaire du droit de la concurrence s'est affinée au fil des années dont l'originalité ne peut être déniée d'une part comme outil de structuration et d'intégration du marché intérieur de l'Union Européenne ainsi qu'en raison de sa primauté sur les droits nationaux de la concurrence²¹ et de l'application cumulative du droit national et du droit européen de la concurrence à certaines opérations²².

Section 2 : Droit européen et droit belge de la concurrence en vigueur

Les dispositions européennes du droit de la concurrence seront exposées (Sous-section 1) avant d'étudier le pluralisme juridique entre les droits nationaux et le droit européen (Sous-section 2).

¹⁷ Communauté européenne du charbon et de l'acier qui fut créée par le Traité de Paris le 18 avril 1951.

¹⁸ D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, Collection Concurrence et pratiques du commerce, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 14.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ E. FARHI et N. LAMBERT, *Les entreprises face à la politique européenne de la concurrence*, Paris, Presses des Mines, 2006, p. 16.

²¹ Voy. l'arrêt de principe Costa contre Enel : C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, C-6/64, *Rec. C.J.C.E.*, 1964, p. 1141.

²² M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2013, p. 17.

Sous-section 1 : Dispositions légales européennes

Les dispositions concernant le droit de la concurrence de l'Union Européenne relatives aux entreprises forment trois domaines distincts. L'article 101 TFUE (ex-article 81 TCE) traite de l'interdiction des accords et pratiques concertées entre entreprises. L'article 102 TFUE (ex-article 82 TCE) sanctionne, quant à lui, les abus de position dominante. Ces deux articles sont complétés par un règlement traitant des règles applicables aux concentrations entre entreprises, autrement dit les fusions et acquisitions²³. Les articles 101 et 102 TFUE ont effet direct²⁴ dans les ordres juridiques nationaux et « engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder »²⁵. Quant au règlement sur les fusions et acquisitions, il est, par principe, d'applicabilité directe, les règlements disposant toujours de l'effet direct²⁶.

En ce qui concerne le droit belge de la concurrence, celui-ci trouve son origine dans le droit européen de la concurrence. La première législation belge en lien avec la notion de concurrence est la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (L.P.C.E.)²⁷. De nos jours, les normes belges de concurrence sont réunies dans le Code de droit économique. La L.P.C.E.²⁸ a été abrogée (sauf quelques articles) et remplacée par le Livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique²⁹. Peu de dispositions matérielles ont été changées et les quelques changements effectués tendent à assurer la convergence entre le droit européen et le droit belge de la concurrence³⁰. Néanmoins, la nouvelle loi contient deux nouveautés : la réforme de l'autorité belge de concurrence pour créer une autorité indépendante avec un organe de gestion unique ainsi que la création d'un

²³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 29 janvier 2004, *J.O.*, L 24.

²⁴ A propos de l'effet direct, voy. : C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, *Rec. C.J.C.E.*, 1963, p. 3.

²⁵ C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-6619, point 39.

²⁶ Article 288 TFUE.

²⁷ Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 27 avril 1999.

²⁸ Loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006, *M.B.*, 29 septembre 2006.

²⁹ Loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013 ; Une seconde loi du 3 avril règle un certain nombre de questions de procédure : Loi du 3 avril 2013 portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le Livre IV « Protection de la concurrence » et le Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013.

³⁰ B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Le Livre IV du Code de droit économique : protection de la concurrence », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 32.

instrument d'intervention en cas de problèmes concernant les prix. La nouvelle autorité de concurrence se voit ainsi confier le pouvoir d'adopter des mesures provisoires sur base de constatations d'anormalités provenant de l'Observatoire des prix (SPF Economie)³¹. De plus, la réglementation des prix n'est désormais plus laissée à l'appréciation de l'exécutif, celle-ci étant essentiellement règlementée par des arrêtés ministériels, mais les prix des biens et services se verront dorénavant déterminés « par le libre jeu de la concurrence »³².

S'agissant du contenu du droit matériel belge de la concurrence, les articles 101 et 102 TFUE retrouvent pratiquement leur copie conforme ou du moins leur analogue dans le Code de droit économique (anciennement dans les articles 2 et 3 de la L.P.C.E.) dans la mesure où leur libellé a été adapté au cadre national belge³³. Cette intention était voulue par le législateur afin que les entreprises « puissent *mutatis mutandis* se référer à la jurisprudence déjà établie par les instances (...) européennes »³⁴.

Sous-section 2 : Pluralisme juridique

On remarque qu'il existe un pluralisme juridique concernant l'application du droit de la concurrence dans l'Union Européenne étant donné que le droit national et le droit européen de la concurrence ont vocation à s'appliquer aux mêmes acteurs et/ou pratiques sur un territoire³⁵. Traditionnellement, une situation pouvait se voir appliquer le droit national et le droit européen parallèlement dans la mesure où « ils considèrent les pratiques restrictives sous des aspects différents »³⁶. Cependant, depuis le règlement (CE) n° 1/2003³⁷, tant les autorités nationales de concurrence que les juridictions des Etats membres sont compétentes pour appliquer pleinement et entièrement les articles 101 et 102 TFUE, en abrogeant la compétence exclusive de la Commission concernant l'article 101, §3 TFUE. Cette modification a donc

³¹ *Ibidem*.

³² Article V.2 du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » du Code de droit économique ; Voy. à ce sujet : N. THIRION, « Le Code de droit économique : présentation générale » in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 17 et s.

³³ Voy. à ce sujet : D. GERARD, « Le droit belge des pratiques restrictives de concurrence » in N. PETIT (sous la direction de), *Le nouveau droit belge de la concurrence - Bilan et perspectives après autre années d'application*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 12 et s.

³⁴ Projet de loi sur la protection de la concurrence économique, Exposé des motifs, *Doc parl.*, Ch. repr., sess. ord 2005-2006, n° 2180/001, p. 8.

³⁵ D. GERARD, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ C.J.C.E., 13 février 1969, *Walt Wilhelm e.a. / Bundeskartellamt*, C-14/68, *Rec. C.J.C.E.*, 1969, p. 1.

³⁷ Règlement (CE) n° 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, 4 janvier 2003, *J.O.*, L 1.

augmenté l'intensité d'application parallèle et/ou conjointe des droits nationaux et du droit européen de la concurrence.

Quelles sont les limites du droit européen de la concurrence ? Les articles 101 et 102 TFUE mentionnent tous les deux explicitement qu'ils s'appliquent aux situations « susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres ». Le critère d'affectation du commerce entre Etats membres est d'une importance considérable dans la mesure où il conditionne l'application du droit européen³⁸. Partant, les cours et tribunaux de chaque Etat membre ont compris l'importance de soumettre les faits de chaque situation au test de l'affectation du commerce entre Etats membres qui repose sur « l'identification d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait permettant d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que la (les) pratiques en cause puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, et sensible sur les courants d'échanges entre Etats Membres, c'est-à-dire fondamentalement, entraver le fonctionnement du marché unique »³⁹.

Comme mentionné, le Règlement n°1/2003 a augmenté l'intensité d'application du droit européen de la concurrence ce qui implique des risques de conflit avec les règles nationales en la matière. Des règles de conflits, de compétence et de coopération ont ainsi été mises en place. Lorsque le critère d'affectation du commerce est rencontré, les autorités et juridictions nationales peuvent n'appliquer que les règles européennes mais si elles souhaitent également appliquer leur droit national, elles doivent l'appliquer conjointement au droit européen⁴⁰. En matière d'accords et de pratiques concertées, les juridictions et autorités de concurrence nationales ne peuvent interdire une situation qui ne serait pas jugée anticoncurrentielle en vertu de l'article 101 TFUE⁴¹. En revanche, au niveau des pratiques concertées, les Etats Membres sont autorisés à adopter des dispositions plus strictes que l'article 102 TFUE, la Belgique ne fait cependant pas usage de cette possibilité⁴².

³⁸ D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 812 ; Selon la Cour, ce critère a pour but « de déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des Etats membres » : C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-6619.

³⁹ D. GERARD, *op. cit.*, pp. 15 et 16.

⁴⁰ J.-F. BELLIS, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 49.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² « De Belgische wetgever heeft hier echter geen gebruik van gemaakt en de nieuwe wet bevat geen bepalingen die strenger zijn voor eenzijdige handelingen » : D. ARTS, « Enkele krachtlijnen van de nieuwe Belgische mededingingswet », *T.B.M./R.C.B.*, 2007, p. 16

Il existe également des facultés de consultation de la Commission ainsi que de dessaisissement des juridictions nationales lors d'une ouverture d'une procédure par la Commission. Afin de garantir une unicité et codifiant ainsi la jurisprudence de la Cour de justice, les autorités de la concurrence et juridictions nationales ne peuvent prendre des décisions contradictoires avec une décision adoptée. Finalement, et en application de l'article 267 TFUE, il y a lieu de ne pas oublier la faculté (ou l'obligation pour les juridictions de dernière instance) de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Tous ces mécanismes permettent d'éviter les risques d'incohérence et de conflits entre les droits nationaux de la concurrence et le droit européen de la concurrence.

Section 3 : Object et objectifs du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence régle par définition la concurrence, il peut cependant être défini plus ou moins strictement (Sous-section 1). Quant aux objectifs qu'il poursuit, ceux-ci sont aux nombres de trois (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Objet

Il y a lieu de s'arrêter un instant sur l'objet du droit de la concurrence. Le terme anglais utilisé pour le droit de la concurrence permet de nous éclairer à ce sujet : « competition law » que l'on peut traduire par compétition économique. Selon le célèbre ouvrage de Gérard Cornu, ce terme peut se voir défini comme suit : « l'offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle. Compétition, sur un marché dont la structure et le fonctionnement répondent aux conditions du jeu de la loi de l'offre et de la demande, d'une part entre offrants, d'autre part entre utilisateurs ou consommateurs de produits et de services qui y ont libre accès et dont les décisions ne sont pas déterminées par des contraintes ou des avantages juridiques particuliers »⁴³.

Le droit de la concurrence régle donc la concurrence, la compétition. Plusieurs définitions du droit de la concurrence coexistent néanmoins. Selon une définition stricte, le

⁴³ G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, p. 225.

droit de la concurrence se constitue de l'ensemble des règles qui ont pour objet de réguler le marché ; le droit de la concurrence se limitant ainsi à réguler la façon dont une entreprise capte la clientèle des autres (il s'agit des articles 101 et 102 TFUE concernant les ententes et les abus de position dominantes ainsi que du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations)⁴⁴. Cette définition correspond au droit antitrust américain. Une deuxième définition y ajoute les « pratiques restrictives de concurrence », notamment l'interdiction de la revente à perte, la prohibition de discriminations⁴⁵. Enfin, selon une définition large, le droit de la concurrence est constitué de l'ensemble des règles contrôlant les actions des opérateurs économiques ; y sont inclus un certain nombre de règles civiles et pénales⁴⁶. L'objet de ce mémoire se limitera, pour sa part, à étudier certains aspects du droit de la concurrence *sensu stricto*.

Sous-section 2 : Objectifs

§1 : Protection de la concurrence⁴⁷

Dans sa conception américaine, le droit antitrust est un droit « moralement neutre », se limitant à assurer le contrôle du pouvoir de marché et non de la loyauté de la concurrence. Partant de cette conception, l'objectif du droit de la concurrence est d'assurer l'efficacité économique ainsi que le libéralisme économique, sans se soucier de protéger la concurrence ou d'assurer que l'équité soit respectée ; au détriment du petit commerçant vis-à-vis des grandes chaînes de distribution ainsi que du producteur contre le grand distributeur.

Fort heureusement, tant au niveau du droit européen que dans les droits internes de la concurrence, l'objectif visé dépasse la seule atteinte d'efficacité économique et vise également à assurer la protection de la concurrence, et ainsi garantir une concurrence efficace⁴⁸. L'objectif poursuivi est donc la concurrence effective, qui peut être vu comme un

⁴⁴ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ A propos de ce paragraphe, voy. : *Ibidem*, pp. 23 à 25.

⁴⁸ Voy. notamment : C.J.C.E, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, C-26/76, *Rec. C.J.C.E.*, p. 01875, « La concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace, c'est-à-dire la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant les conditions analogues à celles d'un marché intérieur. »

moyen d'atteindre l'efficacité économique⁴⁹. En outre, sans à proprement parler d'un souci d'équité, certaines dispositions du droit de la concurrence visent, tout de même, à protéger certains intérêts en plus d'interdire les comportements anticoncurrentiels.

Qu'entend-on par protection de la concurrence ? Il s'agit en premier lieu de protéger la concurrence, en d'autres termes le marché et le principe de libre concurrence. Cependant, libre concurrence n'équivaut pas à un laisser-faire absolu ; il est essentiel d'encadrer le marché et d'ainsi conserver les situations de concurrence effective, se situant entre le monopole et la concurrence parfaite⁵⁰. Les règles antitrust visent donc à casser les monopoles et les accords anticoncurrentiels ainsi qu'à baisser les prix et augmenter la qualité de la production, amenant une concurrence effective, i.e. non faussée, ce qui finalement permet « d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause »⁵¹.

Ainsi protéger la concurrence « assure également la pérennité d'une économie : la satisfaction des consommateurs suppose l'innovation permanente, technologique, mercatique, financière, etc. et contribue donc à la santé d'une économie fondée sur le marché »⁵². Notons à ce propos que la protection de la concurrence est vue comme nuisible pour la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire, la pérennité et stabilité de l'emploi, ainsi que pour la sauvegarde des trésors nationaux. Il est par conséquent nécessaire que le droit de la concurrence en tienne compte et compromette au mieux avec ces enjeux. Mission délicate quant on sait qu'une concurrence saine vise à éliminer les opérateurs inefficaces, ce qui signifie inévitablement des pertes d'emplois.

§2 : Protection des concurrents et des consommateurs

En deuxième lieu, protéger les concurrents, i.e. les opérateurs économiques, contre les comportements déloyaux de leurs concurrents, constitue également un objectif de la protection de la concurrence. C'est cet objectif que le premier acte de droit antitrust

⁴⁹ E. FARHI et N. LAMBERT, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ C. VERDURE, « L'abus de position dominante » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre VIII, livre 86, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 7. ; C.J.C.E., 20 juin 1978, *Tepea c. Commission*, C-28/77, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. I-01391.

⁵² D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 24.

américain, le *Sherman Act* de 1890, visait en voulant prohiber les trusts et ainsi protéger les consommateurs et les concurrents⁵³. Les dispositions relatives à la concurrence déloyale cherchent ainsi à protéger les opérateurs économiques contre les comportements de leurs pairs.

Quid de la protection des consommateurs ? A première vue, cet objectif semble être celui du droit de la consommation et non du droit de la concurrence qui, pour sa part, tend à protéger le marché. N'y a-t-il cependant aucun rapprochement entre ces deux ensembles de dispositions ? Après de plus amples réflexions, les deux corps de règles ne diffèrent pas à ce point et voient même leurs objectifs se rapprocher à certains égards. En ce sens, les règles du droit de la consommation interdisent les publicités trompeuses, les tromperies sur les marchandises, règlementent les publicités comparatives, etc., ces règles sont toutefois souvent mises en œuvre par des concurrents contrariés par ces actions qui troublent la concurrence⁵⁴. De plus, l'intérêt des consommateurs est pris en compte dans l'analyse de substituabilité effectuée lors de la délimitation du marché pertinent dans le cadre des comportements anticoncurrentiels⁵⁵.

Chapitre 2 : Origines, réglementation actuelle et objectifs du droit de la publicité comparative

L'historique de la publicité comparative aux Etats-Unis et en Europe sera premièrement retracé (Section 1) avant d'analyser le droit actuel (Section 2). Ensuite, les objectifs poursuivis par la publicité comparative ainsi que par la réglementation qui l'entoure seront examinés (Section 3) pour enfin présenter les arguments contre ce type de publicité (Section 4).

⁵³ V. B. BELLON, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁴ D. FERRIER, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », *Cah. Dr. Entr.*, 2000/3, p. 5.

⁵⁵ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 26. ; V. GIACOBBO PEYRONNEL, « La protection des consommateurs par le droit de la concurrence : bilan jurisprudentiel », *R.E.D.C.*, 2010, p. 73 ; Voy. à ce sujet *infra* : Partie 3, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1 : Marché de produits ou de services.

Section 1 : Origines de la publicité comparative⁵⁶

Une des premières publicités comparatives est une campagne publicitaire apparue au Etats-Unis au début des années trente, celle-ci mettait en scène une Chrysler au côté de deux autres voitures et proposait de les essayer toutes les trois avant l'achat. Plus récemment, en 1968, General Motors comparait également deux voitures : la Mustang et la Javelin. Bien que d'autres exemples pourraient être cités et que la publicité comparative existe depuis de nombreuses années, ce n'est qu'à partir des années septante qu'elle commença à être réellement utilisée. Les raisons sont triples : la crainte des chaînes de radio-télévision des réactions des marques attaquées, le rejet des professionnels ainsi que l'idée que nommer un concurrent offrirait à ce dernier de la publicité gratuite⁵⁷. Fin des années septante, la *Federal Trade Commission*⁵⁸ incita les annonceurs à recourir à cette forme d'expression et insistera pour que les supports les acceptent. Les raisons sont triples : la stimulation de la concurrence, la protection du consommateur et l'information du consommateur.

La naissance d'une réglementation concernant la publicité comparative en Europe sera, quant à elle, plus tardive. L'une des raisons est la difficulté à trouver un consensus sur le sujet ainsi que les arguments contre la publicité comparative⁵⁹. La première proposition de directive autorisant la publicité comparative date de 1978, or, ce n'est qu'en 1997 qu'une réglementation concernant la publicité comparative sera insérée dans une directive et il fallu encore attendre quelques années, à savoir l'an 2000, pour qu'elle soit applicable à l'ensemble des Etats-Membres. A la suite de sa concrétisation dans une directive, la mise en œuvre de la publicité comparative fut cependant encore inégale. Certains pays comme le Royaume-Uni, la Suède ou le Danemark en firent fréquemment usage notamment en raison d'une jurisprudence plus ouverte et d'une déontologie favorable et au contraire de pays comme la France, l'Allemagne et l'Italie. De nos jours, le chemin pour arriver à la reconnaissance de la publicité comparative est loin d'être achevé au vu du caractère marginal de son utilisation.

⁵⁶ A propos de cette section, voy. : C. DIANOUX et J.-L. HERRMANN, *Comparative Advertising in Europe: State of the Art and Perspectives*, Conférence, Metz, 24 novembre 2000, pp. 3 et s.

⁵⁷ C. J. ROMANO, « Comparative advertising in the United States and in France », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2005, p. 377.

⁵⁸ Voy. à ce sujet : Partie 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1 : Des premières lois antitrust...

⁵⁹ G. ANAGOSTARAS, « Bubble wars ! Trade mark use and protected designation of origin in comparative advertising », *E.L. Rev.*, 2009, p. 316. ; Concernant les arguments contre la publicité comparative, voy. : Partie 1, Chapitre 2, Section 4 : Arguments contre la publicité comparative.

On remarque que, comme aux Etats-Unis, l'impulsion pour l'autorisation de ce type de campagne publicitaire vint des pouvoirs publics et non des entreprises elles-mêmes. Au niveau des raisons qui ont poussé à autoriser et développer la publicité comparative, elles sont identiques à celles présentes aux Etats-Unis à savoir l'information du consommateur⁶⁰ et la stimulation de la concurrence⁶¹. De plus, l'objectif d'harmonisation européenne a également poussé l'Europe à créer un cadre réglementaire et ainsi ne pas créer des obstacles à la libre circulation des biens et des services⁶². On constate que la publicité comparative en Europe est un outil utilisé par les pouvoirs publics plus qu'une technique de communication publicitaire des entreprises.

Section 2 : Droit en vigueur en Belgique

D'abord interdite, la publicité comparative fut autorisée à la fin toute du 20^{ème} siècle afin de se conformer au droit européen (Sous-section 1). De nos jours, bien qu'autorisée, huit conditions de licéité sont à respecter (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Historique

La première législation belge traitant spécifiquement de la publicité est la loi sur les pratiques du commerce (L.P.C.) du 14 juillet 1971⁶³. Avant celle-ci la publicité était règlementée par le régime des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale. L'article 20, 2° de la L.P.C. interdisait toute publicité comparative, celle-ci était vue comme du parasitisme par la doctrine et la jurisprudence⁶⁴ sous réserve d'un tempérament : seule une

⁶⁰ Voy. : Considérant n° 2 de la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290, « La publicité comparative, quand elle compare des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives et qu'elle n'est pas trompeuse, peut être un moyen légitime d'informer les consommateurs de leur intérêt ».

⁶¹ Voy. : Considérant n° 3 de la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290, « Que la publicité comparative peut aussi stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services dans l'intérêt des consommateurs »

⁶² Voy. : Considérant n° 2 de la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290, « Les dispositions essentielles régissant la forme et le contenu de la publicité comparative doivent être les mêmes et les conditions de l'utilisation de la publicité comparative dans les États membres doivent être harmonisées ».

⁶³ Loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, *M.B.*, 30, juillet 1971.

⁶⁴ I. FERRANT, *Les pratiques du marché : depuis les lois du 6 avril 2010*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 48.

nécessité absolue pouvait justifier l'identification explicite ou implicite d'un concurrent⁶⁵. Remplacée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.C.)⁶⁶, l'interdiction de la publicité comparative et son tempérament furent néanmoins confirmés (article 23, 7° de la L.P.C.C.). Le basculement vers l'autorisation de la publicité comparative viendra du législateur européen⁶⁷.

En Belgique, l'autorisation de la publicité comparative fut introduite par la loi du 25 mai 1999⁶⁸, issue de la transposition de la directive 97/55/CE⁶⁹, qui a créé l'article 23*bis* de la L.P.C.C.⁷⁰. La L.P.C.C. fut ensuite à nouveau modifiée par la loi du 5 juin 2007⁷¹, et l'article 23*bis* de la L.P.C.C. devint l'article 94/1 de cette loi, lui-même abrogé par l'article 19 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (L.P.M.C.)⁷², adoptée afin de transposer la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁷³. Certaines modifications mineures furent introduites par l'article 19 de la L.P.M.C. au régime de la publicité comparative afin de se conformer aux exigences de la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁷⁴. Récemment, l'introduction du Code de droit économique a réuni dans une même réglementation les dispositions du droit de la concurrence et celles réglant la publicité comparative. Ainsi, la publicité comparative fut intégrée au chapitre 5 du Livre VI du Code de droit économique, intitulé « Pratiques du marché et protection du consommateur »⁷⁵ sans y

⁶⁵ F. DOMONT-NAERT et P. JADOUL, *Actualités du droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, FUSL, 2004, p. 43.

⁶⁶ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

⁶⁷ L. VAN BUNNEN, « La publicité comparative sous le régime du droit communautaire », *R.C.J.B.*, 2007, p. 562.

⁶⁸ Loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 23 juin 1999.

⁶⁹ Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290.

⁷⁰ A propos de l'article 23*bis*, voy. : B. FRANCO, « La publicité comparative », *J.T.*, 2001, pp. 499 et s.

⁷¹ Loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 21 juin 2007.

⁷² Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

⁷³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), 11 juin 2005, *J.O.*, L 149.

⁷⁴ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), 27 décembre 2006, *J.O.*, L 376.

⁷⁵ Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

apporter aucune modification. Quant au droit de la concurrence, les dispositions matérielles se retrouvent au Livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique⁷⁶.

In fine, il est important de préciser qu’au contraire du droit de la concurrence où il existe un pluralisme juridique, il n’y a pas lieu de différencier la réglementation de la publicité comparative en droit européen (contenue à l’article 4 de la Directive 2006/114/CE) et en droit belge (contenue à l’article VI.17 du Code de droit économique, ex-article 19 de la L.P.M.C.). En effet, la réglementation belge est une transposition de la directive européenne et il n’existe pas comme en droit de la concurrence de critère délimitant l’application de l’un ou de l’autre ensemble de règles. De surcroît, l’harmonisation en matière de publicité comparative est exhaustive, c’est-à-dire que des conditions plus strictes ne peuvent être adoptées ou maintenues par les Etats Membres et que les critères pour apprécier la licéité d’une publicité comparative sont uniquement ceux de la directive⁷⁷. Cette harmonisation complète n’existe pas pour chaque pratique du marché, ainsi, en matière de publicité trompeuse, les Etats membres sont libres de durcir les dispositions⁷⁸.

Sous-section 2 : Régime de la publicité comparative

Sans entrer dans les détails, il est important d’exposer en quelques mots le régime de la publicité comparative. La publicité comparative est autorisée de nos jours en droit européen et, par conséquent, en droit belge. Néanmoins, cette licéité est assortie de strictes conditions, au nombre de huit, si bien que l’on se demande si le régime de la publicité comparative n’est pas plutôt un régime d’interdiction sous réserve de quelques exceptions⁷⁹. Le non-respect d’une des conditions de licéité rend interdite cette publicité comparative⁸⁰. Les règles d’interprétation sont, malgré tout, propices à la publicité comparative dans la mesure où « les conditions exigées de la publicité comparative doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci »⁸¹. En outre, la notion de publicité comparative doit également être

⁷⁶ Voy. : Partie 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1 : Dispositions légales européennes.

⁷⁷ C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-03095, point 42.

⁷⁸ T. ISTASSE, « Arrêt Lidl : La Cour de Justice confirme la licéité de la publicité comparative impliquant des produits alimentaires », *R.E.D.C.*, 2011, p. 421.

⁷⁹ Y. DE CORDT, C. DELFORGE et T. LEONARD e.a., *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 536.

⁸⁰ Article VI.17., §2 du Livre VI du Code de droit économique.

⁸¹ C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-03095, point 42 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945, point 37.

définie car celle-ci conditionne l'application du régime de la publicité comparative⁸². Au sujet du champ d'application *rationae personae*, le concept d'entreprise est utilisé pour l'ensemble des pratiques du marché et de la protection des consommateurs⁸³. Ces dispositions sont applicables aux publicités comparatives, peu importe que le destinataire soit une autre entreprise ou les consommateurs⁸⁴.

S'agissant des 8 conditions de licéité, l'article VI.17. du Code de droit économique (ex-article 19 de la L.P.M.C.) soumet tout d'abord l'admissibilité de la publicité comparative au respect de trois conditions positives : « elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif », « elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie » et « pour les biens ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des biens ayant la même appellation ». Cinq interdictions viennent s'ajouter à ces trois conditions positives : « elle n'est pas trompeuse au sens des articles VI. 97 à VI. 100 et de l'article VI. 105, 1° », c'est-à-dire au regard de la quasi entièreté du régime des pratiques commerciales trompeuses, « elle n'engendre pas de confusion parmi les entreprises entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent », « elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situations d'un concurrent », « elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de biens concurrents » et « elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés ».

Section 3 : Objectifs de la publicité comparative et de sa réglementation

Un des objectifs principaux poursuivis par la publicité comparative est l'information des consommateurs (Sous-section 1). Néanmoins, les annonceurs peuvent vouloir abuser de la

⁸² Voy. à ce sujet : Partie 3, Chapitre 2, Chapitre 2 : Définition de la publicité comparative et conditions de licéité.

⁸³ Voy. à ce sujet : Partie 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1 : Définition de la notion d'« entreprise ».

⁸⁴ I. FERRANT, *op. cit.*, p. 49.

faiblesse des consommateurs, ce faisant, des règles de protection ont été mises en place (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Information des consommateurs et stimulation de la concurrence

La publicité comparative a pour principal objectif l'information des consommateurs quant aux produits et services disponibles sur le marché. Cet objectif poursuivi par la publicité comparative est logique sachant qu'elle fait partie du droit de la consommation et qu'un des droits fondamentaux des consommateurs est le droit à l'information⁸⁵. Au demeurant, les travaux préparatoires de la directive 97/55/CE présente le droit à l'information comme une des motivations ayant mené à la licéité de la publicité comparative⁸⁶. Selon le considérant n° 5 de la même directive, la publicité comparative « peut être un moyen légitime d'informer les consommateurs de leur intérêt ». Attention cependant, l'information doit être comparative et accessible⁸⁷.

Les propos du professeur McCarthy peuvent ainsi expliquer l'intérêt de la publicité comparative : « If the consumer knows quite a bit about brand A ... and relatively little about brand Z, then purchasing brand Z will appear to be a risky choice. The ideal solution in such a case would be to somehow make consumers fully informed, so that they knew as much about the second brand as about the first. The problem is that such process costs money. It takes time and effort for consumers to acquire information about the other brands for themselves, and they may rationally value the benefits of finding a lower-priced equivalent brand less than the effort required to find it »⁸⁸.

La publicité comparative a enfin pour objectif la stimulation de la concurrence dans l'intérêt du consommateur. L'harmonisation complète en matière de publicité comparative était nécessaire pour éviter que l'implantation de concurrents dans des pays où la publicité comparative était autorisée mais surtout pour garantir la liberté de circulation des biens et services ainsi parvenir à un marché unique. En informant le consommateur la publicité

⁸⁵ Considérant n° 5 de la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290.

⁸⁶ Explanatory Memorandum to the Draft of 1991, COM(91)147 final-SYN 343, Brussels, 21 June 1991.

⁸⁷ L. ARCELIN, « La publicité comparative, à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents : 1^{ère} partie », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, n° 13, p. 132.

⁸⁸ T. MCCARTHY, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4^e éd., Saint-Paul, West Group, 2003, § 1:1.

comparative stimule la concurrence. De plus, elle pousse les concurrents à ajuster leurs prix suite à une publicité comparative ou à améliorer l'écart de prix entre ses produits et ceux de son concurrent pour justifier l'écart de prix⁸⁹. Enfin, elle facilite l'accès aux marchés pour les petits fabricants ainsi que pour ceux qui lancent de nouveaux produits⁹⁰. Ces entreprises peuvent en effet recourir à la publicité comparative pour comparer leurs produits et services par rapport aux produits de leur concurrent. Elle permet donc de stimuler la concurrence au profit des consommateurs.

Sous-section 2 : Protection des consommateurs

Bien que jouant un rôle utile au regard de l'information des consommateurs, l'encadrement de la publicité comparative est néanmoins nécessaire afin de protéger les consommateurs des abus de la part des entreprises sachant que leur objectif est principal est la vente de leurs produits et non l'information du consommateur. Dès lors, un conflit entre les intérêts des consommateurs existe en matière de publicité comparative : d'un côté, elle va permettre de donner des informations aux consommateurs et d'ainsi les placer dans des conditions économiques optimales pour effectuer l'achat de bien et de services (servant dans ce sens également les intérêts des producteurs) mais d'un autre côté, les consommateurs ont également un intérêt à ne pas recevoir de messages trompeurs ou abusant de l'asymétrie d'informations dont ils souffrent dans leur relation avec les producteurs⁹¹. Afin de contrer ces abus potentiels, huit conditions de licéité ont donc été mises en place qui s'examinent par rapport à la notion de consommateur moyen⁹². Ce soucis pour la protection du consommateur s'explique aisément : le droit de la consommation a pour objet principal la protection du consommateur car l'état de ce dernier implique une certaine faiblesse et nécessite protection⁹³.

Il est intéressant de faire un parallèle avec le droit de la concurrence. Comme mentionné, les règles du droit de la consommation dont celles sur la publicité comparative sont la plupart du temps mises en œuvre par des concurrents contrariés par ces actions qui

⁸⁹ L. ARCELIN, « La publicité comparative ... », *op. cit.*, p. 132.

⁹⁰ ESCP, *Publicité comparative*, Paris, ODPP, 1982, p. 13.

⁹¹ L. FEDEL, « La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de publicité comparative, ou le refus du paternalisme judiciaire », in *De Rome à Lisbonne : Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 460.

⁹² Par rapport à cette notion de consommateur moyen, voy. : Partie 3, Chapitre 2, Section 3 : Comparaison de biens et services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif.

⁹³ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001, p. 44.

troublent la concurrence, servant ainsi l'intérêt des consommateurs. Mais est-ce que la protection des consommateurs est un objectif en tant que tel du droit européen de la concurrence ? La jurisprudence européenne reconnaît la protection des consommateurs comme un des objectifs du droit de la concurrence. Toutefois, l'importance accordée à celui-ci varie selon les décisions⁹⁴. Par exemple, le Tribunal de première instance a indiqué dans l'affaire *Irish Sugar* que « l'interdiction édictée à l'article 86 du traité [102 TFUE] se justifie également par le souci de ne pas causer de préjudice aux consommateurs »⁹⁵. Cependant, malgré cette reconnaissance jurisprudentielle, la protection des consommateurs reste principalement indirecte et se situe quasi exclusivement dans le domaine économique, ce qui est logique étant donné qu'il s'agit du domaine traditionnellement dévolu au droit de la concurrence⁹⁶.

L'intensité de cette protection, principalement indirecte, varie. L'analyse de substituabilité recourt à la notion de préférence des consommateurs lors de la délimitation du marché pertinent⁹⁷. Les articles 101, §3 TFUE et 102, alinéa 2, sous b) utilisent respectivement les expressions « utilisateurs » et « consommateurs ». Néanmoins, les règles européennes de concurrence ne sont que très faiblement interprétées à la lumière de l'objectif de protection des consommateurs bien qu'il s'agit d'un des objectifs du droit de la concurrence⁹⁸. En effet, dans une très vaste mesure, l'objectif de protection de la concurrence jouera un rôle prépondérant. Ainsi, au vu de l'interprétation donnée par les juridictions européennes, c'est indirectement que la protection de la concurrence protège le consommateur lorsque l'objectif de protection des consommateurs coïncide avec les autres objectifs du droit de la concurrence dont principalement selon de protection de la concurrence⁹⁹.

Une seconde différence avec le droit de la concurrence est à rapporter. Bien que les contours de la notion de consommateur ne furent qu'esquissés en droit de la concurrence européenne, ce concept signifie tant « un client final acheteur de biens ou de services » qu'un

⁹⁴ V. GIACOBBO PEYRONNEL, *op. cit.*, p. 467.

⁹⁵ T.P.I.C.E., 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, T-288/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. II-02969, point 5.

⁹⁶ S. HAUUKA, « Consumer Protection and EU Competition Law », in H. Kanninen, N. Korjus et A. Rosas (sous la direction de), *EU Competition Law in Context – Essays in Honour of Virpi Tiili*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 135.

⁹⁷ V. GIACOBBO PEYRONNEL, *op. cit.*, p. 473 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 26 ; Voy. *infra* : Partie 3, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1 : Marché des produits ou de services.

⁹⁸ V. GIACOBBO PEYRONNEL, *op. cit.*, p. 474.

⁹⁹ E. BUTTIGIEG, « Consumer interestes under EC's competition Rules on Collusive practices », *European Business Law Review*, 2005, p. 718.

« utilisateur intermédiaire »¹⁰⁰. La doctrine considère également que la notion de consommateur englobe les utilisateurs intermédiaires¹⁰¹. Au contraire, en droit de la consommation, ces deux catégories de sujet ne sont pas traitées de la même façon, le consommateur intermédiaire étant vu comme un « professionnel » et ce n'est que par exception que sa protection sera admise¹⁰². Enfin, la notion de consommateur est plutôt abstraite et économique en droit de la concurrence alors qu'elle fait appel à des critères juridiques en droit de la consommation¹⁰³. Là encore, la raison se trouve dans le fait que la protection des consommateurs est l'objectif principal du droit de la consommation alors qu'il n'est qu'un objectif parmi d'autres en droit de la concurrence dont la mise en œuvre est, qui plus est, indirecte.

Section 4 : Arguments contre la publicité comparative

Quels sont les arguments contre la publicité comparative ? L'argument principal est, sans aucun doute, le fait que ce type de publicité contient inmanquablement des affirmations incomplètes ainsi que des demi-vérités, celle-ci manque dès lors d'objectivité et est orientée¹⁰⁴. L'annonceur choisit les caractéristiques sur lesquelles porte la comparaison et peut ainsi délibérément cacher celles qui sont à son désavantage¹⁰⁵. La publicité comparative est ainsi considérée comme dénigrante¹⁰⁶. En outre, le consommateur peut être noyé sous les informations et l'effet bénéfique de la publicité comparative se voit ainsi annihilé¹⁰⁷. De plus, même si l'annonceur ne vante pas sa supériorité, le seul fait de souligner les affinités de son produit avec celui de son concurrent est considéré comme un « détournement de notoriété »¹⁰⁸. En citant son concurrent, la publicité comparative peut servir de publicité gratuite à l'annonceur qui profite ainsi de la bonne réputation de l'entreprise comparée¹⁰⁹. Enfin, certaines conditions, principalement la condition « d'interchangeabilité » limitent fortement les secteurs dans lesquels la publicité comparative peut être utilisée. Les secteurs les plus

¹⁰⁰ T.P.I.C.E., 7 juin 2006, *Österreichische Postsparkasse AG et Bank für Arbeit und Wirtschaft AG contre Commission*, aff. jtes T-213/01 et T-214/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. II-01601, point 114.

¹⁰¹ Voy. à ce sujet : S. HAUUKA, *op. cit.*, pp. 131 et s.

¹⁰² M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ ESCP, *op. cit.*, 20.

¹⁰⁵ E. BALATE, *Unfair advertising and comparative advertising*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 169.

¹⁰⁶ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 560.

¹⁰⁷ E. BALATE, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁸ L. VAN BUNNEN, *op. cit.*, p. 560.

¹⁰⁹ E. BALATE, *op. cit.*, p. 169.

adaptés sont ainsi la téléphonie, la grande distribution, l'informatique et l'automobile¹¹⁰.

L'une des raisons pour lesquelles le droit paraît hésiter envers la publicité comparative est qu'elle contrevient à l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». On peut examiner la publicité comparative comme un duel entre concurrents. L'entreprise qui utilise la publicité comparative n'attend pas la décision d'un juge mais « affronte » directement son concurrent sur le « champ d'honneur » du marché avec pour public l'ensemble des consommateurs¹¹¹. Bien plus agressive qu'un « simple duel », la publicité comparative permet à l'un des concurrents de forcer la participation du second et de décider par lui-même du choix des armes¹¹².

Il semblerait que les entreprises se montrent attentives au respect des règles de droit et ne les négligent ou ne les enfreignent pas par mégarde. Cependant, le problème vient des consommateurs qui restent à l'écart des contentieux commerciaux au vu du peu de publicité dont bénéficient les décisions de justice comparativement à la grande exposition des campagnes publicitaires¹¹³. Ainsi, si la plupart des consommateurs ont déjà croisé une publicité comparative, combien d'entre eux savent que plusieurs de ces publicités ont été attaquées en justice ? Au final, n'est-ce pas là la meilleure stratégie pour les entreprises ? Présenter une publicité comparative au plus grand nombre de consommateurs possibles et, malgré le risque d'être jugée illicite, celle-ci aura bel et bien été vue par les consommateurs. L'objectif des professionnels du marché sera, par conséquent, atteint, à savoir influencer les choix d'achat des consommateurs et plus particulièrement créer des transferts de la demande d'un produit d'une autre entreprise vers le produit de l'annonceur¹¹⁴.

Certains directeurs d'entreprises ont comparé la licéité de la publicité comparative à l'ouverture de la boîte de Pandore¹¹⁵. Au contraire, la Cour de justice a adopté une position largement favorable à la publicité comparative laissant ainsi sous-entendre que les avantages qu'elle peut apporter aux consommateurs priment sur les risques¹¹⁶. Cette vision positive est

¹¹⁰ C. DIANOUX et J.-L. HERRMANN, *op. cit.*, p. 9. C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 14.

¹¹¹ F. COCHOY, et R. ROLAND, « La publicité comparative ou comment se faire justice à soi-même en passant par le droit », *R.F.S.*, 2006, p. 92.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 108

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁶ L. FEDEL, *op. cit.*, p. 462.

également démontrée par la nécessité d'interpréter les conditions de la directive dans un sens favorable à la publicité comparative¹¹⁷. *In fine*, l'attitude de la Cour ne s'apparente-t-elle pas à l'adoption d'un « paternalisme judiciaire » ? Bien qu'en établissant la nature exhaustive de la liste de conditions de licéité, la Cour a interdit aux Etats membre de renforcer la protection des consommateurs en ajoutant des conditions et a ainsi privilégié les avantages de la publicité comparative, on peut néanmoins être interpellé par la dureté de ces conditions.

¹¹⁷ C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-03095, point 42 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945, point 37.

Partie 2 : Domaine d'application *rationae personae*

Relevant de deux branches différentes du droit privé, les champs d'application *rationae personae* du droit de la concurrence et du droit de la publicité comparative devraient *a priori* être différents. Néanmoins, les deux ensembles de règles font appel à la notion « d'entreprise » pour définir les sujets soumis à ces règles, concept utilisé dans de nombreux domaines du droit. Ainsi, la question est de savoir si sont visées les mêmes entités. S'attachant en premier lieu à définir la notion en droit de la concurrence (Chapitre 1), une comparaison sera effectuée dans un deuxième temps avec la notion en droit de la publicité comparative (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Domaine d'application *rationae personae* en droit de la concurrence

La notion d'entreprise est utilisée dans les dispositions du droit européen de la concurrence, comme c'est le cas dans de nombreux autres domaines du droit. Cependant, cette notion, en droit de la concurrence, n'est pas une simple commodité linguistique mais elle détermine les sujets du droit de la concurrence¹¹⁸. Par conséquent, le champ d'application *rationae personae* des règles européennes de concurrence dépend entièrement de ce concept.

Bien que présente dans les articles du traité traitant du droit de la concurrence¹¹⁹, le concept d'entreprise n'est défini ni dans celui-ci, ni dans les textes adoptés pour son application. On pourrait en premier lieu penser que, sous ce silence européen, la notion d'entreprise désigne « sous un vocabulaire extensible toutes les entités nationales auxquelles les droits respectifs de chaque État membre reconnaissent la qualité de personne juridique (société, trust, etc.) »¹²⁰. Il convient néanmoins de rappeler les principes d'autonomie, d'unité et de primauté du droit européen. En ce sens, le mot « entreprise » possède sa propre signification dans le système européen. La Cour de justice et la Commission ont d'ailleurs défini peu à peu ce concept. De plus, il est primordial d'établir une conception univoque de ce concept pour les trois volets formant le droit de la concurrence (ententes, abus de position

¹¹⁸ L. ARCELIN, *Droit de la concurrence : Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, PUR, 2009, p. 35.

¹¹⁹ L'article 101 du TFUE (ex-article 81 CE) traitent des « accords entre entreprises ». Selon l'article 102 (ex-article 82 CE), est interdit « pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun... ».

¹²⁰ P. AVGERI et M.-P. MAGNILLAT (sous la direction de), *Entreprises, concurrence et Europe*, 4^e éd., Vanves, Foucher, 2011, p. 2.

dominante et concentrations).

A l'origine, le concept d'entreprise était défini à partir d'un critère juridique (Section 1), la Commission s'est cependant départie de cette vision pour associer le concept d'entreprise à l'activité économique qu'elle exerce. La Cour de justice a, quant à elle, confirmé ce principe. Diverses exceptions touchant le secteur public et le secteur social viennent compliquer la tâche des autorités analysant les comportements anticoncurrentiels dans l'Union Européenne (Section 2). *In fine*, l'entreprise exerçant une activité économique doit également se comporter de manière autonome sur le marché. Cette condition crée des interrogations au regard des sociétés mères et filiales ainsi que dans le cadre des restructurations d'entreprises (Section 3).

Section 1 : A l'origine

Selon la première définition de la notion d'entreprise donnée par la Cour de justice en 1961, celle-ci correspondait « au concept de personne physique ou morale, étant donné que le traité fait essentiellement appel à cette notion pour désigner les titulaires de droits et obligations découlant du droit communautaire »¹²¹. Très vite, moins d'un an plus tard, et au vu des difficultés d'application, la Cour de justice a défini l'entreprise comme « étant constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé »¹²².

Quelques années plus tard, la Commission¹²³ a fait dépendre la notion d'entreprise non plus du concept de personne juridique mais de l'exercice d'une activité économique, se détachant ainsi d'un critère juridique. Déjà exprimé par la Cour de justice¹²⁴, ce principe sera expressément consacré dans l'arrêt *Höfner*¹²⁵ selon lequel est une entreprise « toute entité

¹²¹ C.J.C.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité*, aff. jtes C-42/59 et C-49/59, *Rec. C.J.C.E.*, 1961, p. 103, point 5.

¹²² C.J.C.E., 13 juillet 1962, *Mannesmann AG c. Haute Autorité*, C-19/61, *Rec. C.J.C.E.*, 1962, p. 675.

¹²³ Il s'agit de deux décisions rendues par la Commission concernant l'application des dispositions relatives aux ententes à une société mère et sa filiale. Voy. : Décision de la Commission, du 18 juin 1969, relative à une demande d'attestation négative (IV/22548 - Christiani & Nielsen), 5 juillet 1969, *J.O.*, L 165 ; Décision de la Commission, du 30 juin 1970, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité C.E.E. (IV/24055 - Kodak), 7 juillet 1970, *J.O.*, L 147.

¹²⁴ Voy. : C.J.C.E., 12 juillet 1984, *Hydrotherm c. Compact*, C-170/83, *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 2999.

¹²⁵ C.J.C.E., 23 avril 1991, *Hoefner et Elser*, C-41/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-1979, point 21.

exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». Par conséquent, étant donné l'indifférence quant à la structure juridique d'une entité, un comptoir de vente, une agence ou un simple établissement seront dorénavant considérés comme des sujets du droit de la concurrence¹²⁶.

Section 2 : Activité économique

L'approche par le critère de l'activité économique est essentielle et permet d'éviter que les opérateurs économiques se soustraient aux règles de concurrence en donnant aux entreprises un statut juridique qui exclurait l'application de ces règles à leur égard¹²⁷. Il convient de définir la notion d'activité économique (Sous-section 1) avant de s'intéresser à deux secteurs particuliers : le secteur public et le secteur social (Sous-sections 2 et 3). Le cas des entités exerçant une mission d'intérêt économique général sera également examiné (Sous-section 4). En dernier lieu, la notion belge d'entreprise sera évoquée afin de constater si des différences existent avec la notion européenne (Sous-section 5).

Sous-section 1 : Définition d'une activité économique

« Les entreprises se définissent, par tautologie, comme des entités exerçant une activité économique et comme des entités indépendantes¹²⁸ sur le marché en question »¹²⁹, étant entendu que « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹³⁰. Il convient de noter qu'est visée « l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché » et non « l'activité d'achat elle-même ». Cette précision est importante dans la mesure où lorsqu'une entité achète une grande quantité de produits mais n'en fait usage que dans le cadre d'une activité économique, cette dernière ne sera pas considérée comme une entreprise au sens du droit européen de la concurrence¹³¹. Il n'y a donc pas lieu de différencier l'activité d'achat de produits de leur utilisation ultérieure, seule cette utilisation ultérieure permettant de définir le caractère économique de l'activité¹³².

¹²⁶ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p.199.

¹²⁷ P. AVGERI et M.-P. MAGNILLAT (sous la direction de), *op. cit.*, p. 11.

¹²⁸ Au sujet de l'autonomie de comportement des entreprises sur le marché, voy. *infra* : Partie 2, Chapitre 1, Section 3 : Autonomie de comportement sur le marché et imputabilité d'un comportement anticoncurrentiel.

¹²⁹ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 198.

¹³⁰ C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-8089, point 19 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, C-35/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-3851, point 36.

¹³¹ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 13.

¹³² C.J.C.E., 11 juillet 2006, *FENIN c. Commission*, C-205/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-6295.

Le caractère lucratif de cette activité importe peu, en effet, « le seul fait que (la personne morale en cause) ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique... dès lors (qu')...elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer »¹³³. On peut résumer ce qui précède en citant une décision de la Commission selon laquelle « une activité de nature économique est une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques »¹³⁴, i.e. des activités marchandes, moyennant une contrepartie équivalant à sa valeur marchande¹³⁵. Partant du critère d'une rémunération correspondant à la contrepartie économique du produit ou service octroyé, la Cour de justice a considéré que le placement de travailleurs par des agences publiques¹³⁶, ainsi que le service de transport d'urgence de malades¹³⁷ sont des activités économiques.

Au vu du critère utilisé pour définir une entreprise, bien que les grandes entreprises industrielles ou commerciales sont celles qui sont le plus souvent soumises au droit européen de la concurrence, les personnes physiques (principalement les professions libérales¹³⁸), les associations (principalement les associations professionnelles mais également les associations sportives) ainsi que les sociétés coopératives peuvent également être considérées comme des entreprises. L'arrêt *Wouters*¹³⁹ précise que la soumission à des règles déontologiques n'enlève pas le caractère économique d'une activité, sont ainsi visés les avocats. Au contraire, l'existence d'un lien de subordination exclut nécessairement la qualification d'entreprise, comme indiqué par le Cour de justice dans l'arrêt *Bécu*¹⁴⁰. Concernant les indépendants, rien ne fait obstacle à leur soumission aux normes européennes en matière de concurrence¹⁴¹. Au regard du caractère large de la définition, les sociétés holdings sont également des sujets du

¹³³ C.J.C.E., 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1995, p. I-4013.

¹³⁴ Décision de la Commission, du 20 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998), 8 janvier 2000, *J.O.*, L 005.

¹³⁵ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ - Lextenso, 4^e éd., 2010, p. 56.

¹³⁶ C.J.C.E., 23 avril 1991, *Hoefner et Elser*, C-41/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-1979.

¹³⁷ C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-8089.

¹³⁸ Voy. notamment à ce sujet : L. IDOT, « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu... », *Europe*, 2002, p. 6 ; Voy. au sujet des activités médicales : C.J.C.E., 20 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C-180/94 à C-180/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. I-06451.

¹³⁹ C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1577.

¹⁴⁰ C.J.C.E., 16 septembre 1999, *Bécu*, C-2/98, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-5665 : des ouvriers se trouvant sous un lien de subordination par rapport à une entreprise ne forment pas une entreprise mais sont intégrés pendant le temps de la relation dans l'entreprise, formant ainsi une unité économique.

¹⁴¹ Voy. notamment : C.J.C.E., 20 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C-180/94 à C-180-98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. I-06451.

droit de la concurrence¹⁴². En ce sens, les entités sans personnalité juridique (notamment une société disparue après une fusion par absorption) ne font pas exception à la règle. Une question se pose cependant à leur égard qui sera analysée lors de l'analyse de l'imputabilité des comportements anticoncurrentiels dans le cadre des successions d'entreprises¹⁴³.

Presque aucun secteur n'est exclu du domaine d'application du droit de la concurrence tant qu'il présente une nature économique¹⁴⁴. Il existe toutefois une exception concernant l'agriculture¹⁴⁵. Le secteur bancaire¹⁴⁶ et celui des assurances¹⁴⁷ sont, pour leur part, bel et bien soumis aux règles de concurrence. Enfin, il semble en principe évident que toute entité exerçant une activité non économique est exclue du champ d'application des règles de concurrence européennes comme les activités administratives et les activités désintéressées, i.e. associatives, sportives, culturelles, religieuses, sociales, publiques, etc. Nonobstant cette apparence de claire césure entre les activités économiques et non économiques, la dichotomie est loin d'être parfaite : certaines activités pouvant être exercées à titre onéreux sans pour autant être économiques, d'autres pouvant revêtir l'apparence de non intérêt pécuniaire tout en relevant du domaine économique, notamment dans le domaine sportif, médical et mutualiste¹⁴⁸. En outre, il n'est pas correct de dire que les organismes de droit privé sont soumis au droit de la concurrence alors que les organismes de droit public et les associations ne le sont pas. Il s'agit en réalité d'une appréciation au cas par cas.

Sous-section 2 : Application du droit de la concurrence au secteur public

Il y a lieu de s'intéresser aux entités du secteur public. Qu'en est-il des activités qui relèvent de l'exercice de prérogatives de puissance publique ? En principe, les entités relevant du secteur public exercent des prérogatives de puissance publique et n'exercent pas d'activités

¹⁴² Voy. : Décision de la Commission, du 29 novembre 1995, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/34.179 – SCK et FNK), 23 décembre 1995, *J.O.*, L 312.

¹⁴³ Voy. *infra* : Partie 2, Chapitre 1, Section 3 : Autonomie de comportement sur le marché et imputabilité d'un comportement anticoncurrentiel.

¹⁴⁴ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 197.

¹⁴⁵ Voy. : Règlement (CEE) n° 26/62 du Conseil du 4 avril 1962, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, 20 avril 1962, *J.O.*, L 30. Selon ce règlement, les accords, décisions et pratiques qui font partie d'une organisation nationale du marché ou qui sont nécessaires à la réalisation de la politique agricole commune ne sont pas soumises aux règles du droit de la concurrence.

¹⁴⁶ Voy. par exemple : C.J.C.E., 14 juillet 1981, *Züchner et Bayerische Vereinsbank*, C-172/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 02021.

¹⁴⁷ C.J.C.E., 27 janvier 1987, *Affaire incendie*, C-45/85, *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 405.

¹⁴⁸ C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT / Eurocontrol*, C-364/92, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-0043.

économiques, évitant ainsi la soumission au droit de la concurrence. Partant, l'Etat, l'un de ses démembrements voire même une entreprise privée exerçant un service public par délégation ne sera pas considéré comme une entreprise lorsqu'il effectue ses missions régaliennes, le maintien de l'ordre ou de la justice, la protection de l'environnement, etc.¹⁴⁹. Au contraire, ces mêmes entités pourront être soumises au droit de la concurrence lorsqu'elles exercent une activité économique.

§1 : Exercice des prérogatives de puissance publique

Plusieurs arrêts permettent d'analyser cette exception. En premier lieu, l'arrêt *Eurocontrol* a créé une distinction entre les activités d'entreprise et les fonctions d'autorité d'une entité¹⁵⁰. Eurocontrol, organisme international siégeant à Bruxelles, assure la formation de contrôleurs aériens et la police de l'espace aérien, activité pour laquelle elle possède des pouvoirs de coercition ainsi que le droit de percevoir des redevances imposées aux usagers pour le compte des Etats cocontractants¹⁵¹. En analysant les missions confiées à Eurocontrol, la Cour de justice a conclu que cette entité ne devait pas être considérée comme une entreprise, en ces termes : « Prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du Traité ». Les éléments menant à cette conclusion sont au nombre de trois.

Premièrement, l'objet de la mission d'Eurocontrol est d'assurer la sécurité des passagers et des personnes dont les territoires sont survolés, cette mission relève d'une activité de police de l'espace aérien et est ainsi reliée à l'exercice de la souveraineté étatique¹⁵². Deuxièmement, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles Eurocontrol assure sa mission, cette dernière est investie de prérogatives de puissance publique. Dernièrement, les différents éléments de son activité sont indissociables et ne se voient donc pas appliquer la « théorie des actes détachables ».

¹⁴⁹ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 201.

¹⁵⁰ P. AVGERI et M.-P. MAGNILLAT (sous la direction de), *op. cit.*, p. 13.

¹⁵¹ A. AUTENNE, « La notion d'entreprise en droit européen de la concurrence: retour sur un concept clé pour déterminer la sphère d'application de l'ordre concurrentiel » in A. Puttemans (coord.), *Actualité du droit de la concurrence*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 154.

¹⁵² P. AVGERI et M.-P. MAGNILLAT (sous la direction de), *op. cit.*, p. 14.

Quelques années plus tard, la Cour de justice, dans l'arrêt *Cali*, a réitéré le principe selon lequel les règles de concurrence ne s'appliquent pas aux activités relevant de la puissance publique, en ces termes : « En ce qui concerne l'application éventuelle des règles de concurrence du traité, il convient de distinguer entre l'hypothèse où l'Etat agit en exerçant l'autorité publique et celle où il exerce des activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens ou des services sur le marché [...] Une telle activité de surveillance, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache ainsi à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elle ne présente pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité »¹⁵³. La Cour de justice a à nouveau examiné la nature, l'objet et les règles nationales auxquelles une activité est soumise en vue de déterminer l'applicabilité des normes européennes en matière de concurrence.

§2 : Théorie « des actes détachables »

Cet arrêt de la Cour de justice ne signifie néanmoins pas que les activités d'un Etat et, plus largement, des entités relevant du secteur public ne seront jamais soumises aux règles de concurrence européennes. En application de la théorie « des actes détachables », l'Etat pourrait être qualifié d'entreprise pour d'autres activités ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique et ainsi se voir appliquer le droit de la concurrence¹⁵⁴. A l'inverse de la solution adoptée dans l'arrêt *Cali* dans lequel les activités de l'Etat relatif à la surveillance des eaux d'un port ne sont pas soumises au droit de la concurrence étant donné que « la perception (...) de la redevance du fait de la surveillance préventive antipollution fait partie intégrante de son activité de surveillance du domaine maritime du port et n'est pas de nature à modifier la qualification juridique de cette activité »¹⁵⁵, la Cour de justice a estimé dans l'arrêt *Aéroports de Paris* que mettre à disposition des installations aéroportuaires moyennant une redevance (en d'autres termes une rémunération), dont le taux était fixé librement, devait être considéré comme une activité distincte des missions de police et ainsi être soumise aux règles de concurrence¹⁵⁶.

¹⁵³ C.J.C.E., 18 mars 1997, *Diego Cali*, C-343/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-01547, point 23.

¹⁵⁴ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁵ C.J.C.E., 18 mars 1997, *Diego Cali*, C-343/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-01547, point 24.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, C-82/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-9297.

Cette théorie fut précisée par la Cour de justice en 2009 dans l'arrêt *Selex Sistemi*¹⁵⁷ relatif aux activités de la société Eurocontrol. Dans l'arrêt donnant lieu à ce pourvoi en Cour de justice, le Tribunal en charge avait considéré que les activités d'assistance aux administrations nationales exercées par Eurocontrol au regard des systèmes ATM (Air Traffic Management) pouvaient être soumises au droit de la concurrence en vertu de la théorie des actes détachables, mentionné auparavant ; la justification reposant sur le fait que « l'assistance d'Eurocontrol ne couvrait que les spécifications techniques lors de la mise en œuvre de procédures d'appels d'offres, qu'elle n'était offerte que sur demande des administrations nationales et qu'il ne s'agissait donc nullement d'une activité essentielle ou indispensable à la garantie de la sécurité de la navigation aérienne »¹⁵⁸. Notons qu'Eurocontrol était considérée comme une entreprise seulement sur ce marché, étant donné que les activités d'une entité doivent être examinées individuellement et qu'on « ne saurait déduire de l'assimilation de certaines d'entre elles à des prérogatives de puissance publique que les autres activités ne puissent avoir un caractère économique »¹⁵⁹.

La Cour de justice n'a toutefois pas suivi ce raisonnement¹⁶⁰. Se basant sur la Convention internationale de coopération pour la sécurité de la navigation aérienne « Eurocontrol » du 13 décembre 1960, cette dernière a estimé qu'en assistant les parties contractantes « dans la planification, la spécification et la création de systèmes et de services de la circulation aérienne »¹⁶¹, Eurocontrol réalisait l'objectif d'harmonisation et d'intégration techniques qui lui a été confié dans le domaine de la circulation aérienne¹⁶². Cet arrêt a affiné les critères utilisés dans le cadre de la théorie des actes détachables et principalement au regard de l'intensité de leur rattachement à l'exercice des prérogatives de puissance publique : dès qu'une activité est en lien avec l'exercice de prérogatives de puissance publique, elle en relève, sans avoir égard à son caractère essentiel ou indispensable.

En fin de compte, s'agissant des activités relatives à l'exercice de la puissance publique, il y a lieu d'apprécier individuellement pour chacune des activités si elles

¹⁵⁷ C.J.C.E., 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c. Commission*, C-113/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-2207.

¹⁵⁸ T.P.I.C.E., 12 décembre 2006, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, T-155/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. II-4797, point 54.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ C.J.C.E., 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c. Commission*, C-113/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-2207

¹⁶¹ Telles sont les missions prévues par l'article 2, § 2, a) de la Convention « Eurocontrol ».

¹⁶² Article 1^{er}, sous e), f) et h de la Convention « Eurocontrol » : « d'adopter et d'appliquer des normes et spécifications communes, d'harmoniser les réglementations applicables aux services de la circulation aérienne et de favoriser l'acquisition commune de systèmes et d'installations de la circulation aérienne »

constituent des prérogatives typiquement régaliennes ou non, sachant que la frontière est floue et extrêmement politique¹⁶³. Si tel est le cas, ces activités bénéficieront d'une exception et ne seront pas soumises au droit européen de la concurrence. Néanmoins, si une part de l'activité exercée par une entité, détachable et dissociable des prérogatives de puissance publique, a un caractère économique, celle-ci sera considérée comme une entreprise au sens du droit européen de la concurrence mais seulement dans cette limite¹⁶⁴.

Sous-section 3 : Application du droit de la concurrence en matière sociale

Si toute activité à but lucratif implique nécessairement une activité économique, la réciproque n'est pas vraie : une activité à but non lucratif peut en effet impliquer des échanges économiques et, par conséquent, être considérée comme une activité économique¹⁶⁵. La notion d'activité économique ne recouvre pas celle d'activité à but lucratif, elle est plus large et se caractérise par « toute activité de la même nature que celle des autres opérateurs du marché actuels ou virtuels, abstraction faite de la recherche de bénéfices, c'est-à-dire un comportement de marché »¹⁶⁶. Partant, une entité à but désintéressée pourra exercer une activité économique tout en agissant conformément à sa nature et ses statuts. Néanmoins, ces entités nécessitent une analyse au cas par cas.

Il convient de rappeler avant toute chose que depuis l'arrêt *Höfner*¹⁶⁷, le statut juridique et le mode de financement ne sont pas pris en compte dans la qualification d'une entité en entreprise au sens du droit européen de la concurrence. Comme mentionné, l'absence de but lucratif n'est pas un critère suffisant pour exclure l'application du droit de la concurrence¹⁶⁸. La Cour a également essayé de déterminer ce qui consistait une activité économique en matière sociale. Selon celle-ci, lorsqu'une activité est susceptible ou potentiellement¹⁶⁹ susceptible d'être exercée par une entité privée à but lucratif et impliquée

¹⁶³ A. AUTENNE, *op. cit.*, p. 154.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 155. ; Voy. pour un autre exemple : C.J.C.E., 1^{er} juillet 2008, *Motoe*, C-49/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-4863, « Le pouvoir d'une telle personne morale de donner son avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de ces compétitions ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence en ce qui concerne ses activités économiques [d'organisation et d'exploitation de ces compétitions] ».

¹⁶⁵ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 80.

¹⁶⁷ C.J.C.E., 23 avril 1991, *Hoefner et Elser*, C-41/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-1979.

¹⁶⁸ Voy. notamment : C.J.C.E., 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1995, p. I-4013.

¹⁶⁹ Voy. au sujet du critère de potentialité : *Ibidem*.

dans la fourniture de biens et de services, cette activité a un caractère économique¹⁷⁰. Néanmoins, des difficultés d'appréciation se révèlent dans le critère de possibilité d'exercice d'une activité par le marché¹⁷¹. Ce pourquoi, la Cour a aménagé une série d'indices permettant de qualifier une entité en entreprise.

En premier lieu, la Cour de justice a dénié à plusieurs reprises le caractère d'entreprise à des régimes de sécurité sociale se basant notamment sur le principe de solidarité nationale auquel ces régimes obéissent. « Ces régimes poursuivent un objectif social et obéissent au principe de la solidarité. Ils visent, en effet, à assurer à l'ensemble des personnes qui en relèvent une couverture des risques de maladie, vieillesse, décès et invalidité, indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation »¹⁷². Présente donc un degré de solidarité, un organisme dont le montant des cotisations est forfaitaire et indépendant du montant des prestations reçues ainsi qu'un organisme dont les cotisations sont proportionnelles aux revenus mais les prestations sont identiques¹⁷³, cela constitue à chaque fois une redistribution des revenus entre les assurés.

Le second indice permettant de ne pas considérer ces organismes comme des entreprises repose sur le caractère obligatoire de l'affiliation à ses régimes de protection sociale, qui sont érigés sous forme de régimes légaux¹⁷⁴. Le caractère facultatif d'un régime est de nature à limiter drastiquement la portée du principe de solidarité¹⁷⁵. Troisièmement, le fait que cet organisme soit contrôlé par l'Etat¹⁷⁶ est également un élément étranger à la nature d'une entreprise. Ce contrôle se matérialise notamment par la « fixation en dernier ressort du montant des prestations et des cotisations »¹⁷⁷.

L'arrêt *Albany* présente des critères qui tendent à qualifier une entité d'entreprise. Ce fonds de pension, dont l'affiliation était obligatoire, était caractérisé par un fonctionnement par capitalisation c'est-à-dire « par des prestations dépendant du montant des cotisations et

¹⁷⁰ C.J.C.E., 11 juillet 2006, *FENIN c. Commission*, C-205/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-6295.

¹⁷¹ A. AUTENNE, *op. cit.*, p. 163.

¹⁷² C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. I-637, point 9.

¹⁷³ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁴ P. AVGERI P. et M.-P. MAGNILLAT (sous la direction de), *op. cit.*, p. 15 ; C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. I-637.

¹⁷⁵ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 83.

¹⁷⁶ C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-973 ; C.J.C.E., 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/7, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-1513 ;

¹⁷⁷ C.J.C.E., 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-00691, point 44.

des résultats financiers des investissements réalisés, »¹⁷⁸ ainsi que par le fait qu'il exerçait son activité « au sein d'un marché où il est en situation de concurrence avec les assureurs privés »¹⁷⁹. Néanmoins, la Cour atténue son jugement en appliquant l'article 106, §2 TFUE (ex-article 86, §2 TCE) relatif à l'exercice d'une mission d'intérêt économique général.

En fin de compte, la non qualification d'une entité à but non lucratif en entreprise se limitera aux entités dont les activités sont subordonnées à des règles de fonctionnement telles qu'aucun opérateur privé ne pourrait les exercer¹⁸⁰. Il est donc incorrect de penser que le secteur social n'est pas soumis aux règles du droit de la concurrence mais c'est au cas par cas et *in concreto* que la Cour détermine si les régimes de sécurité sociale sont soumis au droit européen de la concurrence.

Sous-section 4 : L'accomplissement d'une mission d'intérêt économique général¹⁸¹

Comme mentionné, l'article 106, §2 TFUE a permis, dans l'arrêt *Albany*, d'atténuer le jugement qualifiant le fonds de pension d'entreprise. Cet article constitue une troisième exception à la qualification d'entreprise en droit de la concurrence et mentionne que le droit de la concurrence n'est applicable aux entreprises exerçant une mission d'intérêt économique général que « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

Cet article trouve son application seulement après qu'une entité ait été soumise aux articles 101 et 102 TFUE en raison de la nature économique de ses activités. Ce n'est donc qu'après cette qualification que le caractère d'intérêt économique général de sa mission permettra une atténuation voire même une dérogation aux règles du droit de la concurrence, sachant que l'entreprise doit avoir été chargée de cette mission par la puissance publique¹⁸².

Le contenu de la notion reste assez flou en raison de son caractère sensible. Si les Etats ont le droit d'utiliser certaines de leurs entreprises comme « leviers d'action de leurs politiques économique, fiscale, sociale ou environnementale » et d'ainsi déterminer le

¹⁷⁸ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 210

¹⁷⁹ C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-05751, point 108.

¹⁸⁰ A. AUTENNE, *op. cit.*, p. 154.

¹⁸¹ Pour de plus amples informations concernant l'article 106, §2 du TFUE et l'exception relative à l'accomplissement d'une mission d'intérêt économique général, voy. notamment : J.-F. BELLIS, *op. cit.*, pp. 323 à 328.

¹⁸² A. AUTENNE, *op. cit.*, p. 159.

contenu de leurs services d'intérêts général, la Cour reste néanmoins sur ses gardes pour sanctionner les abus à l'application des règles de concurrence¹⁸³.

Sous-section 5 : La notion d'entreprise en droit belge

Un détour par le droit belge permet de montrer que les droits nationaux n'appréhendent pas la notion d'entreprise de la même manière que le fait le droit européen de la concurrence bien que, s'agissant du droit belge, le concept ne diffère que peu. Le législateur belge, au contraire de son homologue européen, a défini la notion d'entreprise comme « toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique »¹⁸⁴.

Cette notion fait appel à l'existence d'une personne physique ou morale alors que la jurisprudence européenne a exclu le critère de personnalité juridique. Il existe donc une assez grande différence juridique entre ces deux notions. Ainsi, un syndicat ne disposant pas de la personnalité juridique ne serait pas considéré comme une entreprise au sens du droit belge de la concurrence alors qu'il ne serait pas exclu de cette qualification sur base de ce critère en droit européen. Néanmoins, les associations professionnelles, les organisations corporatives et les syndicats, i.e. les entités à but corporatif assurant la défense de leurs membres n'exercent pas d'activités économiques au sens des règles de concurrence européennes (dans les limites de leur objet)¹⁸⁵. Partant, les règles de la concurrence tant belges qu'européennes ne s'appliquent pas à un syndicat, le motif de l'exclusion étant cependant différent¹⁸⁶.

La même analyse peut s'effectuer concernant un agent commercial et son commettant. Dans l'affaire *Daimler Chrysler*, le Tribunal de première instance a estimé qu'un agent commercial et son commettant formaient une unité économique. Ainsi, bien que l'agent commercial était *juridiquement* indépendant, il n'était cependant pas *économiquement* indépendant, ce dernier ne déterminant pas de manière autonome son comportement sur le

¹⁸³ *Ibidem*, p. 157.

¹⁸⁴ Article 1^{er} de la L.P.C.E. maintenant intégré dans à l'article I.1 du livre I « Définitions Code de droit économique du Code de droit économique.

¹⁸⁵ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁶ A. AUTENNE, *op. cit.*, p. 151.

marché¹⁸⁷. Le point important à souligner ici est le fait que cette décision n'aurait pas été possible en droit belge. En effet, la nécessité de personnalité juridique aurait rendu impossible de considérer ces deux entités comme ne formant qu'une entreprise.

Sous réserve de cette différence, les autorités de la concurrence ainsi que les cours et tribunaux belges interprètent la notion d'entreprise en droit belge en se référant systématiquement à l'approche européenne de cette notion qui est en lien avec l'activité économique exercée par une entité¹⁸⁸.

Section 3 : Autonomie de comportement sur le marché et imputabilité d'un comportement anticoncurrentiel

On peut affirmer, au vu de ce qui précède, que l'identification des participants au jeu prenant place sur le marché constitue ce qui importe en droit européen de la concurrence. Néanmoins, il ne faut pas simplement agir sur le marché, autrement dit exercer une activité économique, encore faut-il l'exercer de son propre chef, en d'autres termes se comporter de manière autonome¹⁸⁹. Cette autonomie sur le marché des entreprises est une condition nécessaire pour l'imputabilité d'un comportement anticoncurrentiel. De nombreuses questions se posent à ce sujet, l'analyse de deux d'entre elles sera effectuée dans cette section. Premièrement, le cas des sociétés mères et de leurs filiales par rapport au principe d'unité économique (Sous-section 1). D'autres situations mettent en œuvre le principe d'unité économique dont notamment le cas, mentionné précédemment, d'un commettant et d'un agent commercial non économiquement indépendant¹⁹⁰. Une seconde question sera examinée, à savoir l'imputation des pratiques dans le cadre des successions d'entreprise (Sous-section 2).

¹⁸⁷ T.P.I.C.E., 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler AG contre Commission*, T-325/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. II-03319, point 66 ; A propos de l'autonomie de comportement, voy. : Partie 2, Chapitre 1, Section 3 : Autonomie de comportement sur le marché et imputabilité d'un comportement anticoncurrentiel.

¹⁸⁸ A. PUTTEMANS, « Le champ de la commercialité. Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code du commerce et de la consommation » in *Bicentenaire du Code de commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel : Edition bilingue français-hollandais*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 62.

¹⁸⁹ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁰ T.P.I.C.E., 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler AG contre Commission*, T-325/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. II-03319, point 66.

Sous-section 1 : Société mère et filiales

Les filiales sont-elles autonomes sur le marché ? Il est de jurisprudence constante que la notion d'entreprise désigne une unité économique « même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »¹⁹¹. Ainsi, lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, une filiale « ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère [...] eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques »¹⁹², la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et ne forment qu'une seule et même entreprise au sens du droit européen de la concurrence. Il en découle que la société mère pourra se voir infliger une sanction pour violation des règles de concurrence sans devoir établir l'implication personnelle de cette dernière¹⁹³.

Au contraire, le simple fait pour la société mère de détenir des participations (même de contrôle) ne suffit pas à être considérée comme prenant part à l'activité économique de l'entreprise contrôlée lorsque ces participations donnent des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé ainsi qu'à la perception de dividendes¹⁹⁴. Par contre, si tout en détenant des participations de contrôle, la société mère s'immisce directement ou indirectement dans la gestion de sa filiale, cette action est considérée comme l'exerce effectif du contrôle¹⁹⁵. Il existe, en outre, une présomption simple¹⁹⁶ selon laquelle une société mère détenant 100% du capital de sa filiale, exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale¹⁹⁷. On peut donc conclure que des filiales peuvent être autonomes sur le marché mais ne le sont pas automatiquement, tout dépend du comportement de la société mère à leur égard.

¹⁹¹ C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a.*, C-97/08, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-8237, point 55 ; C.J.C.E., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-11987, point 40.

¹⁹² C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a.*, C-97/08, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-8237, points 58-59.

¹⁹³ *Ibidem*, point 59.

¹⁹⁴ C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-289, point 111.

¹⁹⁵ *Ibidem*, point 112.

¹⁹⁶ Au sujet de la difficulté de renversement de la présomption, voy. : J.-F. BELLIS, « Examen de jurisprudence (2006 à 2011) », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 639 et s.

¹⁹⁷ C.J.U.E., 20 janvier 2011, *General Química e.a.*, C-90/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-1, point 42 ; C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a.*, C-97/08, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-8237, point 60 ;

Sous-section 2 : Succession d'entreprises

Que se passe-t-il concernant les infractions commises par une entité lors d'une succession d'entreprises ? En principe, il incombe « à la personne physique ou morale qui dirigeait l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise de répondre de celle-ci, même si, au jour de l'adoption de la décision constatant l'infraction, l'exploitation de l'entreprise a été placée sous la responsabilité d'une autre personne »¹⁹⁸. Si un changement juridique ou organisationnel se produit, l'entreprise ne sera pas pour autant dégagée de sa responsabilité pour les comportements anticoncurrentiels commis « si, d'un point de vue économique, il y a identité entre les deux entités »¹⁹⁹. Il ne faut pas perdre de vue que l'entreprise est constituée d'éléments personnels, matériels et immatériels et est dirigée par les organes désignés dans les statuts. Ainsi, une sanction sera adressée à la direction statutaire de l'entreprise même si le coût financier sera supporté par d'autres, i.e. les actionnaires²⁰⁰.

Dans certains cas, il s'avère nécessaire d'imputer la sanction au successeur de l'entité impliquée. Comme mentionné précédemment, une difficulté se pose au regard des entités ayant fusionné par rapport au principe de « personnalité des peines » qui empêche qu'une société absorbante soit condamnée pour une pratique anticoncurrentielle dont la société absorbée est l'auteur²⁰¹. Néanmoins, par application du principe de « la continuité économique de l'entreprise », la personne morale ayant recueilli cette société auteur de la pratique anticoncurrentielle sera sanctionnée car il reprend les actifs et passifs, y compris les responsabilités²⁰².

Il en va de même pour la société bénéficiaire d'un apport ou pour le cessionnaire dans le cadre d'une cession de contrôle ; la personne assurant, en droit ou en fait, la continuité économique de l'entreprise sera, par conséquent, considérée comme partie à l'entente pour des faits antérieurs à la fusion, l'apport ou la cession de contrôle²⁰³. Une solution réside

¹⁹⁸ C.J.U.E., 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta c. Commission*, C-352/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-2359, point 164.

¹⁹⁹ C.J.C.E., 11 décembre 2007, *ETI e.a.*, C-280/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-10893, point 42.

²⁰⁰ A. AUTENNE, *op. cit.*, p. 169.

²⁰¹ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 199.

²⁰² J.-F. BELLIS, « Examen de ... », *op. cit.*, p. 644.

²⁰³ D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCE, *op. cit.*, p. 199.

toutefois dans l'adoption de garanties lorsque cette option est possible, tel est notamment le cas pour les cessions d'actions²⁰⁴.

Chapitre 2 : Domaine d'application *rationae personae* en droit de la publicité comparative

Les dispositions réglementant la publicité comparative se trouvant jusque très récemment dans la L.P.M.C., il y a lieu d'examiner la champ d'application de celle-ci pour définir quelles entités seront soumises au régime de la publicité comparative. Actuellement, le champ d'application personnel est défini par la notion d'« entreprise ». Néanmoins, avant d'arriver au champ d'application actuel, d'autres concepts étaient mobilisés pour définir les sujets de cette réglementation (Section 1). La notion d'entreprise est une notion fonctionnelle, basée sur l'exercice d'un but économique. Cette définition, bien que se rapprochant de celle de l'entreprise en droit de la concurrence, diffère néanmoins à certains égards (Section 2). Enfin, le Code de droit économique a repris la définition de l'entreprise de la L.P.M.C. pour en faire une définition générale applicable à l'ensemble des livres. Par conséquent, celle-ci est utilisée en vue de définir le champ d'application des dispositions relatives à la publicité comparative et au droit de la concurrence. Une remise en cause de cette définition unique applicable tant au droit de la consommation qu'au droit de la concurrence est cependant nécessaire compte tenu d'un arrêt récent de la Cour de justice (Section 3).

Section 1 : Du commerçant...²⁰⁵

Par la loi du 25 mai 1999²⁰⁶, issue de la transposition de la directive 97/55/CE²⁰⁷, la publicité comparative fut autorisée et un article 23bis fut introduit dans la L.P.C.C. L'ancienne loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1971 (L.P.C.) appliquait la théorie de la commercialité, au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce. Néanmoins, la L.P.C.C. abandonna cette conception et utilisa la notion de « vendeur » pour définir son champ

²⁰⁴ Au sujet des garanties dans les cessions d'actions en droit belge, voy. notamment : D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions : Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 89 et s.

²⁰⁵ Voy. à propos de cette section : A. PUTTEMANS, « Le champ de ... », *op. cit.*, p. 59.

²⁰⁶ Loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 23 juin 1999.

²⁰⁷ Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290.

d'application. Ce concept possède une acceptation propre qu'on ne retrouve dans aucune autre législation tant dans les droits nationaux qu'en droit européen. Bien qu'ayant essuyé de virulentes critiques, la notion de « vendeur » a considérablement élargi le champ d'application de la loi des la L.P.C.C comparativement à l'ancienne loi sur les pratiques du commerce en visant comme sujets d'autres opérateurs économiques que les commerçants. Ce concept de vendeur vient d'un compris entre l'ancienne conception du commerçant et la conception moderne de l'entreprise.

En ce qui concerne les règles relatives à la publicité (ainsi que celles concernant les ventes publiques, les achats forcés, les pratiques de vente illicites et les appellations d'origine), celles-ci avaient un champ d'application plus étendu que la notion de vendeur et s'appliquaient de manière générale²⁰⁸. L'ensemble de ces règles se referaient néanmoins aux notions de produits et de services, ce qui avait pour effet de réduire leur champ d'application. Ainsi, elles ne s'appliquaient que très rarement en dehors des relations entre vendeurs et consommateurs.

Section 2 : ... à l'entreprise

La L.P.M.C. a abrogé la L.P.C.C. ainsi que la notion de vendeur qui a été remplacée par la notion d'« entreprise ». Une définition de cette notion sera tout d'abord donnée (Sous-section 1) pour ensuite analysée le concept dans le cadre du secteur public et en matière sociale (Sous-section 2). L'inclusion des associations et l'exclusion des professions libérales de la définition d'« entreprise » seront également étudiées (Sous-sections 3 et 4).

Sous-section 1 : Définition de la notion d'« entreprise »

La notion d'« entreprise » est définie dans l'article 2, 1° de la L.P.M.C. comme étant « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». De nos jours, cette définition fut intégrée dans le Code de droit économique à l'article I.1 du Livre I « Définitions » et s'applique donc aux dispositions relatives à la publicité comparative.

²⁰⁸ A. PUTTEMANS, « Le champ de ... », *op. cit.*, p. 59.

Quelles réalités se cachent sous ce concept d'entreprise ? En premier lieu, il convient de déterminer ce que signifie « la poursuite d'un but économique ». Selon les travaux parlementaires, il y a lieu d'entendre par but économique la poursuite « d'une activité économique qui résulte de l'offre de biens et de services sur un marché »²⁰⁹. Au surplus, la forme juridique sous laquelle l'entité offre des biens et des services n'est pas importante, pas plus que la manière dont elle est financée²¹⁰. Qu'en est-il du but de lucre ? Un but de lucre n'est pas obligatoirement nécessaire afin qu'une entité soit qualifiée d'entreprise²¹¹. Par cette absence de nécessité de but du lucre, la définition de l'entreprise rompt avec la théorie de la commercialité. De plus, bien que ne faisant plus explicitement référence à la notion de « commerçant » ou à l'exercice « d'une activité à caractère commercial, financier ou industriel »²¹², il ne fait aucun doute que ces exigences sont incluses dans la notion d'activité économique²¹³. Quant aux salariés, ils ne sont pas considérés comme des entreprises étant sous lien de subordination²¹⁴.

La nature économique de l'activité est donc l'unique critère d'identification. Notons cependant que ce but économique doit exister de manière durable, en d'autres termes, un acte unique ne suffit pas, il doit être posé dans le cadre d'une certaine organisation²¹⁵. Qu'en est-il en droit de la concurrence ? Comme examiné précédemment, le droit européen de la concurrence a abandonné le critère de la personnalité juridique assez rapidement, au contraire de la L.P.C.E. qui maintient ce critère. Cependant, la différence entre les deux ensembles de règles s'arrête là, les autorités de la concurrence ayant même précisé que la notion d'entreprise devait s'analyser par référence à l'approche européenne. Ainsi, le droit de la concurrence tant européen que belge fait également appel à la notion fonctionnelle d'activité économique et s'interprète de la même façon : non importance du but de lucre, de la forme juridique et du mode de financement, le lien de subordination fait obstacle à la qualification en entreprise, etc.²¹⁶.

²⁰⁹ Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n°2340/001, p. 36.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

²¹¹ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *Les pratiques loyales*, Collection Concurrence et pratiques du marché, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 28.

²¹² Article 1^{er}, 6° L.P.C.C.

²¹³ H. JACQUEMIN, « Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de profession libérale », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Anthemis, 2013, p. 170

²¹⁴ I. FERRANT, *op. cit.*, p. 23

²¹⁵ Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre sess. ord., 2009-2010, n°2340/001, p. 13.

²¹⁶ Voy. *supra* : Partie 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1 : Définition d'une activité économique.

Sous-section 2 : Application de la notion au secteur public et en matière sociale

Le droit de la concurrence contient quelques exceptions concernant l'application du critère d'activité économique, celles-ci concernent le secteur public et le secteur social. Il convient d'examiner si les principes concernant ces deux secteurs mis en place dans le cadre de l'application de la L.P.M.C. sont équivalents à ceux du droit de la concurrence.

Qu'en est-il des organismes publics ? En droit de la concurrence, en application de la théorie des actes détachables, les entités relevant du secteur public peuvent être considérées comme des entreprises pour les activités qui ne relèvent pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique mais seulement dans ses limites là. Selon les travaux préparatoires²¹⁷ et d'après une jurisprudence constante, le même raisonnement peut s'appliquer concernant la L.P.M.C. Ainsi, les organismes publics seront considérés comme des entreprises mais seulement pour les activités ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique ou de leur mission d'intérêt général²¹⁸. Par conséquent, lorsqu'une entité publique exerce des activités qui ne doivent pas nécessairement être exercées par une autorité publique, elle sera considérée comme une entreprise. L'examen se fait au cas par cas.

Quid du secteur social ? En droit de la concurrence, des activités non lucratives peuvent néanmoins impliquer des échanges économiques et, par conséquent, être considérée comme des activités économiques. Ce faisant, une entité à but désintéressé pourra être considérée comme une entreprise qui exerce une activité économique tout en agissant conformément à sa nature et ses statuts. Des indices avaient également mis en place pour aider dans la qualification ou non d'une entité en entreprise. S'agissant du champ d'application de la L.P.M.C., les organismes de sécurité sociale, d'assurance maladie et les mutuelles seront considérés comme des entreprises lorsqu'elles n'effectuent pas des activités qui relèvent de la pure exécution de dispositions réglementaires ou légales, comme lorsqu'elles offrent des assurances complémentaires²¹⁹. Les travaux préparatoires font référence à l'arrêt *Poucet* en droit de la concurrence qui utilise le principe de solidarité

²¹⁷ Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre sess. ord., 2009-2010, n°2340/001, pp. 37 et 38.

²¹⁸ I. FERRANT, *op. cit.*, p. 23.

²¹⁹ Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre sess. ord., 2009-2010, n°2340/001, p. 13.

comme indice²²⁰. Ainsi, il semble que les mêmes indices peuvent être utilisés dans le cadre de la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence et de la L.P.M.C. Partant, la notion d'entreprise ne diffère pas non plus de celle du droit de la concurrence à cet égard. N'y a-t-il dès lors aucune différence entre les deux notions ?

Sous-section 3 : Associations

Une première différence avec la définition de l'entreprise en droit de la concurrence réside dans le fait que la définition en droit de la consommation englobe les associations, ce qui peut être surprenant. La notion d'association d'entreprises trouve son origine dans le droit européen de la concurrence, cette notion se retrouvait également auparavant dans la L.P.C.E. et maintenant dans le Livre IV du Code de droit économique²²¹. En droit de la concurrence, les associations professionnelles, n'exercent pas d'activités économiques dans les limites de leur objet. En effet, bien qu'une association d'entreprises puisse poursuivre un but économique et être par conséquent considéré comme une entreprise, cette dernière n'est pas, par définition, une entreprise. Les associations professionnelles ont généralement pour but la défense des intérêts de leurs membres et même lorsqu'elles offrent parfois des services, ils ne sont pas proposés sur le marché, elles n'exercent dès lors pas d'activité économique.

A la différence de la L.P.M.C., les associations d'entreprises ne sont incluses dans le champ d'application personnel du droit de la concurrence qu'en ce qui concerne les décisions qu'elle prennent si celles-ci influencent la concurrence sans qu'il ne soit requis qu'elles exercent une activité économique ou qu'elles soient actives sur le marché²²². Au contraire, la L.P.M.C. soumet les associations d'entreprises à l'ensemble de ses dispositions. Cette extension est peu logique et, en outre, on ne voit que peu de situations où une association d'entreprises, qui n'exerce pas d'activité économique, enfreindrait les dispositions de la loi²²³.

²²⁰ C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. I-637.

²²¹ I. FERRANT, *op. cit.*, p. 24.

²²² J. STUYCK, « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril*, Limal, Anthemis, 2010, p. 25 ; Article 101 TFUE et Article IV.1. § 1er. du Livre IV du Code de droit économique.

²²³ J. STUYCK, « Les nouvelles ... », *op. cit.*, p. 25.

Sous-section 4 : Exclusion des professions libérales

§1 : Exclusion des professions libérales dans la L.P.M.C.

Une seconde différence réside également dans l'exclusion des professions libérales du champ d'application personnel de la L.P.M.C. La définition très large de l'entreprise inclut les titulaires de professions libérales dans le champ d'application de la L.P.M.C. Néanmoins, sans motif valable de la part du législateur²²⁴, l'article 3, §2 de la L.P.M.C. mentionne que « la présente loi ne s'applique pas aux titulaires d'une profession libérale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes ». Quant aux titulaires d'une profession libérale, l'article 2, 2° de cette loi les définit comme étant « toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi ». Les deux conditions sont cumulatives. Sont ainsi visés les avocats, les médecins, les architectes, les notaires, les pharmaciens, les vétérinaires, les huissiers de justice, les experts comptables, les conseillers fiscaux, les réviseurs d'entreprise²²⁵.

Cette définition assujettit des professions qui sont traditionnellement considérées comme des professions libérales mais qui cependant ne sont pas soumises à un organe disciplinaire créé par la loi. Ainsi, les psychologues, les logopèdes, les journalistes ainsi que les détectives privés, n'étant pas soumis à un ordre disciplinaire, sont considérés comme des entreprises²²⁶. Quant aux agents immobiliers, leur activité étant considérée comme une activité commerciale, ils sont vus comme des entreprises au sens de la L.P.M.C. bien qu'ils soient soumis à un ordre disciplinaire²²⁷. Enfin, concernant les dentistes et les kinésithérapeutes, ceux-ci ne sont pas soumis à un organe disciplinaire, alors que l'exclusion nécessite le cumul des deux conditions. Dès lors, le législateur a créé une exclusion à l'égard de ces deux professions qui vient s'ajouter à celle de l'ensemble des professions libérales.

Ces titulaires de professions libérales sont soumis à la loi du 2 août relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à

²²⁴ J. STUYCK, « Pratiques du commerce et concurrence : vers un nouvel équilibre ? », *D.C.C.R.*, 2011, p. 19.

²²⁵ I. FERRANT, *op. cit.*, p. 25.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Ibidem*.

distance en ce qui concerne les professions libérales²²⁸ (L.P.L.). Quelles sont les différences concernant le régime de la publicité comparative ? L'article 6, §4 de cette loi reprend les mêmes huit conditions mais ajoute que les autorités professionnelles (ou en cas d'inexistence d'autorités professionnelles, le roi) « peuvent, selon le mode habituel de fixation de leurs règles déontologiques, interdire ou restreindre la publicité comparative dans la mesure nécessaire pour préserver la dignité et la déontologie de la profession libérale concernée ». Secondement, la condition de ne pas être trompeuse est une version « light »²²⁹ de l'article 88 de la L.P.M.C. (nouvel article Art. VI. 97 du Livre VI du Code de droit économique).

§2 : Déclaration d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle

On aurait pu penser que l'abrogation de la L.P.C.C. au profit de la L.P.M.C. aurait été l'occasion pour le législateur belge d'intégrer les professions libérales ainsi que les dentistes et kinésithérapeutes dans le champ d'application personnel de la loi. Ce faisant, la L.P.M.C. aurait été en conformité avec les dispositions européennes en la matière, à savoir la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales²³⁰ qui ne prévoit aucune exception pour les titulaires de professions libérales. Cela aurait mis fin à la discrimination entre les « entreprises » et les « titulaires de professions libérales ». En effet, il n'existe pas, à l'égard des titulaires de profession libérales, d'interdiction des pratiques déloyales à l'égard des consommateurs pas plus que pour les actes contraires aux pratiques du marché faute de dispositions similaires à celles des articles 84 et 95 de la L.P.M.C.²³¹. La Cour de justice a répété cette absence d'exception à de multiples reprises dans sa jurisprudence²³².

La Cour constitutionnelle belge a, quant à elle, confirmé l'existence d'une

²²⁸ Loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002.

²²⁹ B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 450.

²³⁰ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), 11 juin 2005, *J.O.*, L 149.

²³¹ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 22.

²³² Voy. notamment : C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1577, point 45 à 49 ; C.J.C.E., 20 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C-180/94 à C-180/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. I-0645, point 77, « Dans ces conditions, les médecins spécialistes indépendants membres de la LSV exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens des articles 85, 86 et 90 du traité, sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion » ; C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, C-35/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-3851, point 37 et 38.

discrimination entre les entités qualifiées d'« entreprise » et les titulaires de professions libérales dans un premier arrêt datant 6 avril 2011. Soulignant le fait que la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et la L.P.M.C. s'appliquent toutes deux aux « entreprises », elle mentionne ensuite que le droit européen n'exclut pas de son champ d'application personnel les titulaires de profession libérale. Poursuivant en expliquant les similitudes des situations entre les deux catégories, elle répond ensuite à l'argument du Conseil des ministres qui estimait que la distinction entre les deux catégories est justifiée « en ce que les titulaires d'une profession libérale ont une certaine responsabilité sociale, disposent d'une déontologie propre et se caractérisent par un haut degré d'indépendance et par une relation de confiance avec le client fondée sur la discrétion »²³³.

La Cour écarte néanmoins cette justification, en disant pour droit : « Même dans la mesure où ces caractéristiques et valeurs diffèrent de celles des entreprises qui ne relèvent pas de la définition de « profession libérale », elles ne justifient pas que, pour certains actes accomplis par les titulaires de professions libérales, les consommateurs et les concurrents ne bénéficient pas de la même protection que celle de la LPMPC. En effet, le Conseil des ministres ne démontre pas en quoi l'applicabilité de la LPMPC et la compétence du président du tribunal de commerce pourraient compromettre les caractéristiques et valeurs précitées. Ainsi qu'il ressort également de l'article 3, paragraphe 8, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, l'applicabilité de la LPMPC ne porte d'ailleurs nullement atteinte aux conditions d'établissement, aux régimes d'autorisation, aux codes de déontologie ou à d'autres dispositions spécifiques régissant les professions libérales en vue de garantir les caractéristiques et valeurs précitées »²³⁴. La Cour constitutionnelle a confirmé l'inconstitutionnalité de l'exclusion des professions libérales dans un arrêt du 15 décembre 2011²³⁵.

Quant à la portée de ces deux arrêts, l'autorité des arrêts rendus sur base d'une question préjudicielle est limitée en ce qu'elle interdit seulement le juge de renvoi d'appliquer les normes jugées inconstitutionnelles, celles-ci n'étant cependant pas annulées²³⁶. Elle dispense également toute juridiction appelée à statuer sur une affaire semblable de poser une question

²³³ C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, *M.B.*, 8 juin 2011, point B.7.1.

²³⁴ *Ibidem*, point B.7.2.

²³⁵ C.C., 15 décembre 2011, n° 192/2011, *M.B.*, 7 mars 2012. Cet arrêt concerne la liste noire des clauses abusives de l'article 74 de la L.P.M.C.

²³⁶ A. TALLON, *La procédure*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 83.

préjudicielle dans la mesure où elle se conforme à l'arrêt rendu²³⁷. Néanmoins, au vu de la portée générale de ces deux arrêts qui considère inconstitutionnelle l'exclusion des titulaires de professions libérales du champ d'application de la L.P.M.C., les juridictions pourront sans doute s'en prévaloir pour soumettre les professions libérales à la L.P.M.C. La question de la compatibilité de la L.P.M.C. et de la L.P.L. reste cependant à ce point de la jurisprudence en suspens et met en cause la sécurité juridique²³⁸.

Dans un arrêt du 9 juillet 2013²³⁹, la Cour a à nouveau confirmé sa position mais, était en cause, un recours en annulation. Par conséquent, en plus de considérer inconstitutionnelle cette exclusion, elle a également annulé les articles 2, 2° et 3, §2 de la L.P.M.C. sur base des mêmes arguments que ceux de l'arrêt du 6 avril 2011. La Cour a ainsi voulu régler le conflit du champ d'application personnel de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et de la L.P.M.C. Désormais, les dispositions de la L.P.M.C. devront être respectées par les titulaires de professions libérales, ce qui implique que les consommateurs pourront s'en prévaloir dans leurs relations avec ces derniers en plus des dispositions de la L.P.L. Néanmoins, cela ne règle pas pour autant la question de l'enchevêtrement de ces deux ensembles de règles pas plus que la mise en pratique de la L.P.M.C. au regard des professions libérales²⁴⁰.

La Cour constitutionnelle belge n'est pas la seule à contester l'exclusion des professions libérales du champ d'application de la L.P.M.C. En effet, la Commission Européenne a introduit un recours en manquement contre la Belgique par un arrêt du 10 juillet 2014 concernant les obligations qui incombaient à l'Etat belge au regard de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, notamment par rapport à l'absence de transposition de cette directive à l'égard des titulaires de professions libérales ainsi que des dentistes et des kinésithérapeutes²⁴¹.

§3 : Introduction d'un livre spécifique dans le Code de droit économique

Le Code de droit économique aurait pu être l'occasion de remédier à cette rupture

²³⁷ I. FERRANT, *op. cit.*, p. 27.

²³⁸ H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 180.

²³⁹ C.C., 9 juillet 2013, n° 99/2013, *M.B.*, 16 septembre 2013.

²⁴⁰ D. GOL, « Pratiques du marché et protection du consommateur » in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 109.

²⁴¹ C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-421/12, ECLI:EU:C:2014:2064.

d'égalité entre les titulaires de professions libérales et les entreprises. Le législateur a, à cette fin, créer un livre spécifique applicable aux professions libérales. Il s'agit du Livre XIV « Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale »²⁴². La définition des personnes exerçant une profession libérale a été modifiée par rapport à celle contenue dans la L.P.M.C. et celle-ci vise à présent « toute personne exerçant une profession libérale : toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1er du Code de commerce »²⁴³.

Le législateur a-t-il résolu tous les problèmes en créant ce livre spécifique ? Il semblerait que le législateur continue à pratiquer une distinction entre les titulaires de professions libérales et les entreprises qui ne trouve toujours aucun écho en droit européen²⁴⁴. Des problèmes se posent au sujet de la nouvelle définition. Tout d'abord, des ordres disciplinaires des dentistes et kinésithérapeutes n'existent pas, partant, les titulaires de ces professions sont considérés comme des entreprises. Ensuite, même lorsqu'un tel ordre existe, il y aura lieu de vérifier si une formation spécifique et une formation continue existent. La référence à la notion de commerçant n'est pas non plus claire. On peut, d'autre part, déplorer le recours à cette notion archaïque dans un code qui est censé moderniser le droit économique²⁴⁵. Enfin, le critère des prestations intellectuelles est compliqué à analyser en pratique. L'action pour un pharmacien de vendre un médicament sans ordonnance peut-elle véritablement être considérée comme une prestation intellectuelle²⁴⁶?

Concernant les dispositions de la L.P.M.C., celles-ci sont reprises quasiment à l'identique concernant les titulaires de professions libérales sous réserve d'adaptations que le

²⁴² Loi du 15 mai 2014 portant insertion du Livre XIV Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale, dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XIV et des dispositions d'application au Livre XIV, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014.

²⁴³ Article 1.8., 35° du Livre I du Code de droit économique. Il s'agit d'une définition particulière applicable au Livre XIV.

²⁴⁴ D. GOL, *op. cit.*, p. 111.

²⁴⁵ E. TERRY, « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013, p. 390.

²⁴⁶ *Ibidem*.

législateur considère comme justifiées au regard des spécificités des professions libérales. En effet, « les seules différences concernent uniquement les dispositions qui, de par leur nature, ne sont pas applicables aux professions libérales, compte tenu des caractéristiques spécifiques propres à ces professions »²⁴⁷. Plusieurs auteurs estiment qu'un livre distinct n'était pas nécessaire étant donné que seules certaines matières ne sont pas applicables aux professions libérales (le Livre XIX fait d'ailleurs l'économie de celles-ci)²⁴⁸. Le Livre VI aurait tout simplement pu préciser quelles dispositions ne s'appliquent pas aux personnes exerçant une profession libérale.

Les complications ne s'arrêtent pas là. L'article XIV.1, §1^{er}, précise que « le Livre XIV s'applique aux personnes exerçant une profession libérale pour les prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions qu'elles fournissent ». En effet, selon l'exposé des motifs, « le Livre XIV n'a vocation à s'appliquer aux activités exercées par les titulaires d'une profession libérale que dans la mesure où ces activités relèvent spécifiquement des prestations caractérisant ces professions libérales »²⁴⁹. Pour mieux comprendre cette distinction, les travaux préparatoires donnent des exemples. Ainsi, lorsqu'un pharmacien vend des médicaments, celui-ci est soumis au Livre XIV alors que lorsqu'il vend de la crème solaire, il se voit appliquer le Livre VI²⁵⁰. Le même raisonnement s'applique concernant le vétérinaire qui vend des compléments de vitamines pour animaux ou le comptable qui vend des produits d'assurances : ces activités ne relèvent des prestations intellectuelles caractéristiques de leur profession²⁵¹. L'application des deux régimes étant en outre non cumulative, l'application du Livre XIV exclue celle du livre VI. Il faudra « bien du plaisir » aux juges des tribunaux de première instance, qui sont compétents pour l'application du Livre XIV pour définir les actions qui relèvent des prestations « caractéristiques » et « non caractéristiques » des professions libérales²⁵². Là encore, on pourrait se demander si cette dissociation passerait le

²⁴⁷ Projet de loi portant insertion du Livre XIV « Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV, et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, Procédure d'évocation, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2013-2014, n° 5-2813/2.

²⁴⁸ Voy. notamment : D. GOL, *op. cit.*, p. 112 ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, p. 724.

²⁴⁹ Exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre XIV, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3423/001, p. 19.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 20

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² A. Puttemans (coord.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 8.

test de constitutionnalité des articles 10 et 11 de la Constitution²⁵³.

In fine, les titulaires de profession libérales se voient appliquer un régime quasiment identique à celui applicable aux autres entreprises, ce qui implique de grands changements par rapport au régime de la L.P.L. Concernant la publicité comparative, celle-ci était déjà réglementée même si son régime différait légèrement. Cependant, tel n'était pas le cas des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ou les actes contraires aux pratiques du marché. Les titulaires de professions libérales doivent donc instituer de grandes transformations dans leur comportement afin de respecter ces dispositions qui leur sont à présent applicables.

Section 3 : Définition unique de l' « entreprise » dans le Code de droit économique

Depuis l'introduction du Code de droit économique, la définition de l'entreprise se trouve à l'article I.1 du Livre I de ce code et vise « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Ce livre I reprend les définitions des principaux concepts du Code de droit économique ainsi que les définitions spécifiques à certains livres. S'agissant du concept d'entreprise, la définition est une définition générale qui vaut donc pour l'ensemble des livres. Ainsi, la même définition vaut pour le droit de la concurrence et le pour le droit de la publicité comparative. Cette définition provient de la L.P.M.C. qui l'a elle-même empruntée au droit européen et belge de la concurrence. Néanmoins, on peut se demander si cette définition générale de l'entreprise ne comporte pas en réalité deux significations sous couvert d'une seule²⁵⁴?

Pour répondre à cette question, il y a lieu d'examiner un arrêt récent de la Cour de justice, l'arrêt *BKK Mobil Oil* du 3 octobre 2013, qui met en cause une publicité trompeuse publiée par BKK, une caisse d'assurance-maladie du régime légal allemand constituée sous la forme d'un organisme de droit public. Cette entité estimait ne pas être soumise à la loi allemande qui a transposé la directive 2005/29/CE car elle ne pouvait pas être qualifiée de « professionnel ». La Cour a raisonné en plusieurs étapes. Elle commence par rappeler que les concepts de droit européen ont une signification autonome et uniforme de ceux des droits

²⁵³ N. THIRION, *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁴ A. AUTENNE et N. THIRION, « Le Code de droit économique : une première évaluation critique », *J.T.*, 2014, p. 710.

nationaux sauf si un renvoi exprès y est fait²⁵⁵. Elle continue en démontrant sur base du texte de la directive que les notions d'« entreprise » et de « professionnel » ont la même portée et signification même si elles sont utilisées indistinctement²⁵⁶. Elle se réfère ensuite à la notion de « professionnel » présente à l'article 2(b) de la directive 2005/29/CE et considère que le législateur européen a voulu lui donner une portée extrêmement large en visant « toute personne physique ou morale » dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée et n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public »²⁵⁷.

Elle ajoute que cette notion de professionnel doit être interprétée « par rapport à la notion, corrélatrice mais antinomique, de « consommateur » »²⁵⁸ tout en rappelant que l'objectif dans lequel cette notion doit être comprise c'est-à-dire « protéger pleinement les consommateurs contre des pratiques de cette nature, repose sur la circonstance que, par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant »²⁵⁹. Elle conclut logiquement en relevant que les affiliés de BKK doivent être considérés comme des consommateurs qui peuvent être induits en erreur par la publicité trompeuse, et que, dans ce contexte, « le caractère public ou privé de l'organisme en cause de même que la mission spécifique que ce dernier poursuit sont dépourvus de pertinence »²⁶⁰. Il s'en suit que BKK doit être considéré comme un professionnel au regard de la directive.

Quelles sont les conséquences de cet arrêt ? La Cour de justice a donné à la notion « de professionnel », qui est synonyme de celle d'« entreprise », un sens différent du concept d'« entreprise » en droit de la concurrence²⁶¹. En effet, dans le cadre du droit de la concurrence, la Cour de justice a estimé que les activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique ont un caractère non économique (arrêt *Selex Sistemi*)²⁶². Le même raisonnement a été effectué concernant les entités du secteur social qui sont fondées

²⁵⁵ C.J.C.E., 3 octobre 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV.*, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634, point 25 et 26.

²⁵⁶ *Ibidem*, points 27 à 31.

²⁵⁷ *Ibidem*, point 32.

²⁵⁸ *Ibidem*, point 33.

²⁵⁹ *Ibidem*, point 35.

²⁶⁰ *Ibidem*, point 37.

²⁶¹ A. PUTTEMANS et L. MARCUS, « L'interdiction des pratiques déloyales... envers les consommateurs » in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 26.

²⁶² C.J.C.E., 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c. Commission*, C-113/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-2207.

sur le principe de solidarité (arrêt *Poucet*)²⁶³. Néanmoins, le caractère public ou privé d'un organisme ainsi que la mission de ce dernier ne sont pas pris en compte dans le droit de la consommation afin d'exclure la qualité d'entreprise, il n'y a donc pas lieu d'examiner la nature réelle des activités de ces entités pour déterminer l'application de la directive à leur égard²⁶⁴. Il résulte, en droit belge, que la notion d'entreprise devrait être interprétée de façon extensive dans le cadre du Livre VI. Les travaux préparatoires révèlent cependant que pour le législateur belge les organismes publics exerçant une mission légale d'intérêt général ne doivent pas être considérés comme des entreprises pour ces activités²⁶⁵. Cette position ne peut cependant être maintenue compte tenu de la jurisprudence européenne récente²⁶⁶.

Dès lors que le Code de droit économique utilise la même notion de l'entreprise pour définir le champ d'application du Livre IV (droit de la concurrence) que du Livre VI (pratiques du marché et protection du consommateur) et que le droit national doit être interprété au regard de la jurisprudence européenne, il résulte que se cache, sous une apparence d'unité, deux significations du concept d'entreprise dans le Code de droit économique²⁶⁷.

²⁶³ C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. I-637.

²⁶⁴ C. VERDURE, « Chronique de jurisprudence en droit de la consommation de l'UE (2010-2013) », *C.D.E.*, 2014, p. 206.

²⁶⁵ Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n°2340/001, p. 37.

²⁶⁶ E. TERRY, *op. cit.*, p. 382.

²⁶⁷ A. AUTENNE et N. THIRION, *op. cit.*, p. 710.

Partie 3 : Notion de substituabilité

La notion de substituabilité est utilisée en droit de la concurrence lors de la délimitation du marché pertinent, étape primordiale dans l'analyse des comportements anticoncurrentiels, qui s'effectue en examinant la substituabilité du marché sur le plan des produits et services et l'étendue géographique de ce marché (Chapitre 1). Cependant, d'autres domaines du droit font appel à cette notion. Ainsi, le droit de la publicité comparative mobilise à deux reprises ce concept de substituabilité : une fois pour définir la notion de publicité comparative et une seconde fois dans le cadre des conditions de licéité de ces publicités (Chapitre 2). Une comparaison entre les notions de substituabilité utilisées dans ces deux branches du droit sera effectuée dans ce second chapitre. Une seconde comparaison du critère de substituabilité sera opérée concernant son utilisation pour la définition et pour l'admissibilité d'une publicité comparative.

Chapitre 1 : Délimitation du marché en cause en droit de la concurrence

La définition du « marché en cause » est une étape essentielle en droit de la concurrence dans l'analyse de comportements prétendument anticoncurrentiels qui permet de déterminer si d'autres entreprises entrent en concurrence avec les entreprises concernées²⁶⁸. Notion utilisée automatiquement dans l'analyse des abus de position dominante et pour le contrôle des concentrations, elle n'interviendra pas à chaque fois lors de l'examen d'une entente (Section 1). La délimitation du marché pertinent combine deux volets : le marché des produits et services et le marché géographique, qui eux-mêmes se subdivisent (Section 2). La Commission a joué un grand rôle en publiant une Communication sur la définition du marché en cause afin d'aiguiller la Cour de justice mais également les cours et tribunaux nationaux ainsi que les autorités de concurrence. Néanmoins, certaines difficultés existent quant à la détermination du marché déterminant qui voit son rôle s'effacer peu à peu au profit de nouveaux instruments basés sur l'analyse économique (Section 3).

²⁶⁸ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p.16.

Section 1 : Notion de marché en cause et importance de son rôle

La notion de « marché » est une notion essentielle en droit de la concurrence. Celle-ci possède deux significations. Dans un premier sens, le mot marché désigne « l'espace à l'intérieur duquel s'échange les marchandises et les services de toute nature »²⁶⁹. On emploie généralement l'expression « marché intérieur », qui remplace depuis le Traité de Lisbonne celle de « marché commun » afin de désigner le territoire des Etats membres à l'intérieur duquel circulent librement les produits, services et ainsi que les personnes et là où concurrence ne doit pas être faussée. Dans son second sens, le mot marché désigne le « marché en cause », notion primordiale en droit de la concurrence, signifiant, selon la Commission européenne, « le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »²⁷⁰. La définition du marché pertinent est le principal centre d'attention dans chaque enquête que ce soit en terme de longueur des discussions que dans le volume d'analyse économique et de preuves empiriques présentées²⁷¹. En effet, « plus le marché est en effet défini de façon étroite et plus l'opération envisagée risque d'affecter le maintien de la concurrence effective sur celui-ci »²⁷².

La notion de marché en cause est donc essentielle dans la détermination d'éventuels comportements anticoncurrentiels que ce soit pour déterminer un abus de position dominante, évaluer une concentration ou une entente, en d'autres termes dans le cadre des trois volets formant le droit de la concurrence *sensu stricto*. Néanmoins, la définition du marché en cause ne joue pas le même rôle dans les trois cas. Premièrement, dans le cadre de l'article 102 TFUE, « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité »²⁷³.

Deuxièmement, s'agissant des ententes, la détermination du marché pertinent n'est pas

²⁶⁹ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 99.

²⁷⁰ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 2.

²⁷¹ H. NEVO, *Definition of the relevant market : (lack of) harmony between industrial economics and competition law*, Collection European studies in law and economics, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 185.

²⁷² M. GLAIS, *Concentration des entreprises & droit de la concurrence*, Paris, Economica, 2010, p. 105.

²⁷³ T.P.I.C.E., 6 juillet 2000, *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-2707, point 230.

systématique. En effet, « l'obligation d'opérer une délimitation de marché dans une décision adoptée en application de l'article 101 TFUE (ex-article 85 TCE) s'impose à la Commission lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »²⁷⁴.

Troisièmement, s'agissant des concentrations, l'objet du contrôle des concentrations permet de comprendre l'importance que revêt la délimitation du marché en cause : l'objet principal étant d'apprécier si une concentration crée ou renforce une position dominante²⁷⁵ et plus généralement l'impact concurrentiel d'une opération de concentration. A cette fin, et comme mentionné précédemment concernant l'article 102 TFUE, il appartient à la Commission de définir en premier lieu le marché pertinent.

In fine, la question qui se pose est de savoir s'il existe une unicité de définition au vu de l'approche multiple des fonctions de l'analyse du marché en cause. Il ressort des conclusions de divers avocats²⁷⁶ que la définition du marché pertinent joue un rôle identique dans le cadre des trois régimes. En effet, seule la nature du comportement anticoncurrentiel reproché diffère, la définition du marché en cause se basant, au demeurant, sur des critères identiques. La Commission, quant à elle, établit une définition unique dans sa communication sur la définition des marchés. Partant, une seule définition est préconisée. Toutefois, les divers instruments utilisés dans cette analyse devront varier en fonction de chaque opération et, bien évidemment, de chaque cas d'espèce²⁷⁷.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ Voy. par exemple : T.P.I.C.E., 14 décembre 2005, *General Electric c. Commission*, T-210/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. II-5575, point 524 « Dans le cadre de son appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun, la Commission doit examiner, en vertu notamment de l'article 2 du règlement n° 4064/89, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, les effets concurrentiels d'une telle opération sur les marchés pour lesquels il existe un risque de création ou de renforcement d'une position dominante susceptible d'entraver de manière significative la concurrence ».

²⁷⁶ Voy. notamment : C.J.C.E., 24 septembre 2009, *Erste Group Bank AG e.a. c. Commission*, aff. jtes C-125/07, C-133/07, C-135/07 et C-137/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-8681, point. 162, concl. Av. gén. Y. Bot ; C.J.C.E., 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland c. Commission*, C-511/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-5843, point. 182, concl. Av. gén. P. Mengozzi.

²⁷⁷ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 18.

Section 2 : Délimitation du marché en cause

Après avoir établi la nécessité de délimiter le marché en cause, il convient d'analyser la méthode utilisée pour y parvenir. La délimitation du marché pertinent comprend deux dimensions à combiner : le marché de produits ou services en cause (Sous-section 1) et l'étendue géographique de celui-ci (Sous-section 2). « Le marché des produits englobe les produits qui font peser une contrainte concurrentielle effective sur les produits fournis par les entreprises en cause, alors que le marché géographique pertinent prend en compte la contrainte concurrentielle représentée par les entreprises implantées dans la zone où est située l'entreprise en cause »²⁷⁸.

Sous-section 1 : Marché de produits ou de services

Le marché de produits peut être défini comme un marché qui « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeable ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »²⁷⁹. Cette définition fait appel à la notion de substituabilité des produits ou des services en cause, qui traduit les trois grandes contraintes concurrentielles auxquelles sont soumises les entreprises : la substituabilité au niveau de l'offre, la substituabilité du côté de la demande et la concurrence potentielle²⁸⁰. Lors de l'analyse de substituabilité, devra être pris en compte un « faisceau » d'éléments comme les caractéristiques et spécificités du secteur ainsi que les produits ou services considérés²⁸¹. Ce recours à la notion de substituabilité est essentiel dans l'analyse du marché en cause, comme le rappelle la jurisprudence européenne, en ces termes : « La notion de marché concerné implique qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits ou les services qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits ou les services faisant partie d'un même marché »²⁸².

Ce critère de substituabilité se base sur la théorie économique de l'élasticité croisée de

²⁷⁸ P. DECHAMPS, « Notions d'économie du droit de la concurrence », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre VIII, Livre 91^{ter}, Bruxelles, Kluwer, 2012, p. 21.

²⁷⁹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 7.

²⁸⁰ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 95.

²⁸¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 25.

²⁸² C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, C-85/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. 461, point 28.

la demande qui repose sur l'idée suivante : « l'élasticité (*responsiveness*) de la demande sur un marché est forte ou faible, selon que la quantité demandée s'accroît fortement ou faiblement pour une baisse donnée du prix, et diminue beaucoup ou peu pour une hausse donnée du prix »²⁸³. Cette théorie n'a cependant pas été accueillie sans réserve par les juristes qui estiment que d'autres facteurs peuvent expliquer les variations. En outre, celle-ci pose un problème de sécurité juridique en raison de son imprécision quant au degré nécessaire et suffisant pour considérer deux produits comme substituables²⁸⁴.

§1 : La demande de produits

La substituabilité du côté de la demande est, d'un point de vue économique, le facteur d'évaluation « le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leur décision en matière de fixation de prix »²⁸⁵. La raison est simple : une entreprise ou un groupe d'entreprises ne sera pas en mesure d'exercer une influence sur les conditions de vente actuelles, notamment le prix, si ses clients peuvent aisément se tourner vers des produits de substitution voire d'autres fournisseurs. Il convient ainsi de déterminer l'existence d'autres sources d'approvisionnement pour la clientèle des entreprises que ce soit au niveau des produits et services que du point de vue de leur position géographique²⁸⁶.

Il ressort de la définition du marché de produit, mentionnée ci-dessus que deux produits ou deux services sont substituables si l'utilisateur les perçoit comme tels. En d'autres termes, bien que substituables par leurs caractéristiques physiques, deux produits ne le seront pas si les utilisateurs n'acceptent pas de les remplacer l'un par l'autre²⁸⁷. De plus, l'importance de cette perception subjective diffère selon la nature des produits et services : ainsi, s'agissant des produits de luxe, elle joue un rôle beaucoup plus important qu'en ce qui concerne des produits de consommation courante²⁸⁸. Evidemment, cette perception subjective n'est pas suffisante pour rendre substituables deux produits qui, objectivement, n'ont pas la

²⁸³ L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001, p. 249. Cette théorie a été développée par Alfred Marshall, économiste anglais dans son ouvrage de 1890 intitulé « Principes d'économie politique ».

²⁸⁴ L. ARCELIN, *Droit de la concurrence* ..., *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 13.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 104.

²⁸⁸ *Ibidem*.

même utilisation²⁸⁹. Au demeurant, les utilisateurs baseront souvent leur perception subjective sur les qualités objectives du produit ou du service, la perception des utilisateurs étant en quelque sorte liée²⁹⁰. Ainsi, le Tribunal de première instance a estimé en se basant sur des caractéristiques objectives que le marché des grilles hebdomadaires des programmes de télévision constitue un sous-marché du marché de l'information sur les programmes télévisés en général étant donné qu'eux seuls, « permettent aux usagers de prévoir à l'avance les émissions qu'ils souhaitent suivre et, le cas échéant, de planifier en conséquence leurs activités de loisirs de la semaine »²⁹¹.

En ce qui concerne les données subjectives, le point de vue des utilisateurs sera invoqué sur base d'enquêtes, d'études de marchés ou de constatations empiriques. L'arrêt *United Brands*, dit « Bananes Chiquita »²⁹², qui analyse le marché des bananes afin de déterminer si elles font l'objet d'un marché propre ou du marché des fruits frais en général permet d'illustrer ce point. Il ressort de l'analyse de la Cour « qu'une grande masse de consommateurs qui a un besoin constant de bananes n'est pas détournée d'une manière caractérisée et même sensible de la consommation de ce produit par l'arrivée sur le marché d'autres fruits frais et que même les points saisonnières ne l'affectent que d'une manière modérée dans le temps et très limitée au point de vue de la substituabilité », de telle sorte « que le marché de la banane constitue un marché suffisamment distinct de celui des autres fruits frais »²⁹³. Cet arrêt permet également de démontrer que le degré d'interchangeabilité exigé pour que des produits soient considérés comme substituables et donc qu'ils appartiennent au même marché est très élevé²⁹⁴. En ce sens, la Cour a estimé dans l'affaire *Tetra Pak*, que les cartons aseptiques et non aseptiques servant à conditionner les jus de fruits ne sont pas interchangeables au vu de la stabilité de la demande pour ces deux types de cartons²⁹⁵.

Le test du « monopoleur hypothétique », encore appelé « SSNIP test »²⁹⁶ est souvent utilisé afin de déterminer l'éventuelle substituabilité du côté de la demande. Ce test adopte un

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 109.

²⁹¹ T.P.I.C.E., 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireaan c. Commission*, T-69/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. II-485.

²⁹² H. NEVO, *op. cit.*, p. 188.

²⁹³ C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, C-27/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. 00207, point 25.

²⁹⁴ J.-F. BELLIS, *Droit européen de ...*, *op. cit.*, p. 240.

²⁹⁵ C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Tetra Pak c. Commission*, C-333/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-5951, point 13.

²⁹⁶ Acronyme pour « Small but Significant Non transitory Increase in Price ». Pour de plus amples informations sur le test SNIPP et son application en pratique, voy. : P. DECHAMPS, *op. cit.*, pp. 21 et 22.

point de vue plus subjectif que la théorie de l'élasticité croisée des prix et en forme ainsi une variante²⁹⁷. Il consiste à examiner si les clients des entreprises concernées « se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (5 à 10%), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause »²⁹⁸. Selon le Conseil français de concurrence, bien qu'utile, ce test pourrait néanmoins conduire à sous-estimer le marché des entreprises en cause et ainsi élargir artificiellement le marché, préconisant, par conséquent, une analyse quantitative et non pas une application systématique et aveugle du test²⁹⁹.

Dans l'affaire *France Telecom*, le Tribunal a conclu que l'accès à internet haut débit et à bas débit ne sont pas substituables en application de ce test, en ces termes : « Il s'avère, en second lieu, qu'un sondage effectué [...] montre que, en cas d'augmentation du prix du haut débit de l'ordre de 5 à 10 %, 80 % des abonnés au haut débit conserveraient leur abonnement. Or, en application du point 17 de la communication de la Commission sur la définition du marché aux fins du droit communautaire de la concurrence, ce pourcentage élevé d'abonnés qui n'abandonneraient pas le haut débit en cas d'augmentation du prix de 5 à 10 % constitue un fort indice d'absence de substitution du côté de la demande »³⁰⁰.

§2 : L'offre de produits

La substituabilité doit également être prise en compte au niveau de l'offre lorsque cette substituabilité possède des effets semblables à la substituabilité du côté de la demande du point de vue de l'efficacité et de l'immédiateté³⁰¹. Le critère est ainsi complémentaire à l'analyse de la substituabilité du côté de la demande et subsidiaire³⁰². Certaines entreprises, qui n'offrent pas de produits ou services substituables à ceux de l'entreprise dont on cherche à

²⁹⁷ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁸ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 17.

²⁹⁹ M. GLAIS, « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Économie rurale*, 2003, n° 277-278, p. 33.

³⁰⁰ T.P.I.C.E., 20 janvier 2007, *France télécom c. Commission*, T-340/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. II-00107, point 90.

³⁰¹ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 21.

³⁰² M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 100.

déterminer le marché sur lequel elle intervient, peuvent néanmoins aisément les commercialiser à court terme en réorientant leur production³⁰³, « sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel, en réaction à des variations légères mais permanentes, des prix relatifs »³⁰⁴.

Ainsi, les entreprises qui n'offrent pas de produits *a priori* substituables, doivent être aptes à modifier leurs méthodes de production dans une très courte période de temps afin d'offrir des produits considérés comme substituables par le consommateur³⁰⁵. Dans l'arrêt *Continental Can*, la Cour de justice se base sur la substituabilité du côté de l'offre pour déterminer l'existence d'une position dominante dans le secteur des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson, en ces termes : « la détention d'une position dominante sur le marché des emballages métalliques légers destinés aux conserves de viande et de poisson ne saurait être décisive tant qu'il n'a pas été démontré que les concurrents dans d'autres secteurs du marché des emballages métalliques légers ne peuvent pas, par une simple adaptation, se présenter sur ce marché avec une force suffisante pour constituer un contrepoids sérieux »³⁰⁶.

Deux facteurs sont pris en considération lors de l'analyse de la substituabilité au niveau de l'offre : le coût des investissements nécessaires à la réorientation et le temps, deux données économiques objectives³⁰⁷, au contraire de l'analyse de la substituabilité au niveau de la demande qui se base, comme mentionné, à la fois sur des données subjectives et objectives³⁰⁸. Ainsi, les techniques de production, les installations et les machines nécessaires ainsi que le niveau de technologie pour fabriquer les produits en question sont autant d'éléments à examiner³⁰⁹. Partant, lorsqu'une entreprise a besoin de délais et se voit obligée d'effectuer des lourds investissements afin d'adapter ses immobilisations corporelles et incorporelles existantes ainsi que de modifier profondément ses décisions stratégiques, elle ne

³⁰³ F.-J. SÄCKER, *The concept of the relevant product market : between demand-side substitutability and supply-side substitutability in competition law*, New York, Peter Lang GmbH, 2008, p. 41.

³⁰⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 20.

³⁰⁵ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 22.

³⁰⁶ C.J.C.E., 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c. Commission*, C-6/72, *Rec. C.J.C.E.*, 1973, p. 215, point 33.

³⁰⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 101.

³⁰⁸ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 114.

³⁰⁹ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 22.

sera pas considérée comme faisant partie du marché de référence³¹⁰. Généralement, la réorientation ne doit pas prendre plus de 6 mois à un an, en quel cas les entreprises ne seront pas prises en compte et le marché en cause sera défini plus étroitement³¹¹.

Dans sa communication, la Commission prend l'exemple de l'industrie du papier afin d'exemplifier la substituabilité du côté de l'offre³¹². Elle explique de cette communication qu'il existe toute une gamme de qualité de papier sur le marché et, du côté de la demande, ces différentes qualités ne sont pas utilisées indifféremment. Néanmoins, les papeteries sont capables d'adapter leur production dans un laps de temps très court et moyennant de faibles coûts afin de fabriquer une autre qualité de papier. Ainsi, les papeteries peuvent se faire concurrence pour les commandes de papier diverses qualités. Dès lors, la Commission conclut en disant que lors de la délimitation du marché pertinent, un marché distinct pour chaque qualité de papier et chaque usage ne serait pas défini mais bien un marché global regroupant toutes les qualités de papier. Un autre exemple peut être tiré de l'affaire *Kish Glass* dans laquelle le Tribunal de première instance a estimé, que dans le marché de la production de verre, l'épaisseur du verre n'était pas significative étant donné la facile conversion de la production vers d'autres épaisseurs sans coûts excessifs³¹³.

§3 : Concurrence potentielle

La concurrence potentielle est la troisième contrainte concurrentielle à laquelle sont soumises les entreprises. Celle-ci bien que différente de l'idée de substituabilité du côté de l'offre, elle n'en constitue pas moins le prolongement³¹⁴. Néanmoins, elle n'est prise en considération qu'après avoir défini le marché en cause et n'intervient donc qu'à un stade ultérieur lorsque la position des entreprises sur le marché laisse deviner qu'il existe un

³¹⁰ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 23 ; J.-F. BELLIS, *Droit européen de ...*, *op. cit.*, p. 241 ; C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 22.

³¹¹ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 23.

³¹² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 22.

³¹³ T.P.I.C.E., 30 mars 2000, *Kish Glass c. Commission*, T-65/96, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-1885.

³¹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 102 ; T.P.I.C.E., 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c. Commission*, aff. jtes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. II-327, point 834 relevant que « la concurrence potentielle et la substitution du côté de l'offre constituent des questions conceptuellement différentes », mais que « ces questions se chevauchent en partie ».

problème sous l'angle de la concurrence³¹⁵. La question de la concurrence potentielle revient à déterminer l'existence de barrières à l'entrée³¹⁶ auxquelles de nouveaux offreurs se heurteraient lors de leur entrée sur le marché et implique, par conséquent, une projection dans l'avenir. Au contraire, la délimitation du marché en cause s'effectue au regard des faits actuels et analyse ainsi le caractère immédiat de la limitation de la concurrence³¹⁷. Au stade de la délimitation du marché, la notion de contrainte concurrentielle pourra malgré tout intervenir en particulier concernant les barrières « naturelles » ou « structurelles »³¹⁸. Ainsi, lorsqu'une entreprise se trouve en position de monopole de fait ou de droit, la découverte de telles barrières influencera, généralement de façon sous-jacente, la délimitation des limites du marché en cause³¹⁹.

A titre d'exemple, une décision rendue par la Commission européenne concernant la concentration *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland* peut être citée. La Commission énonce que « même pour une société exerçant son activité dans un secteur connexe mais qui ne serait pas encore présente sur le marché des avions de transport régional - en pratique, il ne pourrait sans doute s'agir que de constructeurs de gros avions à réaction -, le développement d'un nouvel avion de transport régional à partir de zéro coûterait extrêmement cher » et « qu'en termes de temps, selon l'étude, il faut approximativement deux à trois années d'étude du marché pour déterminer quel est l'avion qui répond aux besoins prévus du marché » concluant ainsi « qu'il est certain que, lorsqu'un constructeur a mis un avion sur le marché avec succès, l'existence de coûts fixes élevés à l'entrée sur ce marché dissuade dans une large mesure les autres constructeurs d'y entrer »³²⁰. Notons, *in fine*, que les barrières à l'entrée peuvent également entraver la substituabilité du côté de l'offre³²¹.

³¹⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 24.

³¹⁶ Les barrières à l'entrée peuvent se définir comme des facteurs qui empêchent ou entravent l'entrée sur un marché donné.

³¹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 102.

³¹⁸ « Celles qui sont indépendantes du comportement des entreprises » : B. BRUN et A. TOULEMONT-DAKOURE,

« Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence », *Contrats con. consom.*, 2003, n° 11, p. 8.

³¹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 103.

³²⁰ Décision de la Commission, du 2 octobre 1991, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun (IV/M.053 - Aérospatiale-Alenia/de Havilland), 5 décembre 1991, *J.O.*, L 334 ; Pour un second exemple concernant le secteur de l'industrie aéronautique, voy. : Décision de la Commission, du 30 juillet 1997, déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace Economique européen, (IV/M.887 - Boeing / McDonnell Douglas) 8 décembre 1997, *J.O.*, L 336.

³²¹ Voy. : Décision de la Commission, 18 juillet 1988, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.178 - Napier Brown/British Sugar), 19 octobre 1988, *J.O.*, L 284, relevant qu'au vu des règles de droit européen « le gouvernement du Royaume-Uni a la possibilité, mais non l'obligation de redistribuer entre divers producteurs le contingent de base du sucre attribué aux producteurs britanniques. Il semble peu probable que le gouvernement britannique soit disposé à attribuer une part de ce contingent à un autre producteur, étant

Sous-section 2 : Le marché géographique

La délimitation du marché pertinent s'effectue par les produits et services en cause mais également par une zone géographique de substituabilité³²². Partant, la seconde dimension du marché à déterminer est son étendue géographique, c'est-à-dire « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »³²³.

§1 : Fonction et facteurs pris en cause³²⁴

La fonction du marché démographique est d'établir un territoire dans lequel l'entreprise en cause est en concurrence effective avec d'autres entreprises afin de pouvoir apprécier « le jeu de la puissance économique de l'entreprise intéressée »³²⁵. Il n'existe aucune limite à la délimitation de ce marché géographique qui peut être constitué par un marché mondial³²⁶ mais aussi se limiter à Etat membre, une région voire une ville. De quel facteur dépend la délimitation du marché géographique ? L'arrêt *United Brands* définit comme critère déterminant l'homogénéité des conditions de concurrence³²⁷. Tant dans des éléments de fait que des éléments juridiques sont analysés afin de conclure à l'homogénéité ou l'hétérogénéité des conditions de concurrence³²⁸.

S'agissant des facteurs de fait, le principal facteur est le coût de transport, au plus élevés sont les frais de transport, au plus le marché est réduit. Dans l'affaire *Boeing / McDonnell Douglas* précitée, la Commission a constaté que les avions à réaction commerciaux sont

donné que BS possède déjà des capacités suffisamment modernes et efficaces pour traiter la totalité du contingent de base britannique ».

³²² M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, p. 103.

³²³ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 09 décembre 1997, *J.O.*, C-372, point 8.

³²⁴ Voy. à propos de cette section : L. ARCELIN, *Droit de la concurrence ...*, *op. cit.*, pp. 50 et s.

³²⁵ C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, C-27/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. 00207, point 11.

³²⁶ Voy. notamment le marché mondial des avions : Décision de la Commission, du 30 juillet 1997, déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace Economique européen, (IV/M.887 - Boeing / McDonnell Douglas) 8 décembre 1997, *J.O.*, L 336.

³²⁷ C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, C-27/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. 00207, point 11.

³²⁸ D. GRISAY, *op. cit.*, p. 45.

vendus dans le monde entier et que les coûts de transport sont très faibles³²⁹. Au contraire, au vu du prix du coût du transport, les tuiles fabriquées en Alsace ne sont pas substituables à d'autres. Les caractéristiques des produits et services entrent également en jeu notamment la nature périssable des produits ainsi que les risques d'altération. Ainsi, le béton prêt à l'emploi de même que les produits de revêtement routier perdent leurs propriétés de température et d'humidité s'ils sont transportés sur de longues distances. En outre, le nombre et la répartition géographique des fournisseurs ou des clients, les infrastructures de transport ainsi que les préférences et habitudes d'achat des consommateurs sont autant de facteurs analysés. En prenant en compte le comportement des demandeurs, une appréciation des conditions de concurrence sur base de données subjectives est effectuée. Ainsi, dans l'affaire *British Airways*, le Tribunal de première instance a indiqué « qu'il n'est guère contestable que, dans leur très grande majorité, les voyageurs réservent les billets d'avion dans leur pays de résidence »³³⁰.

S'agissant des facteurs juridiques, les barrières à l'entrée empêchant ou entravant l'entrée de nouveaux offreurs sur le territoire en cause³³¹ ou les conditions d'obtention d'autorisations administratives font partie de ces facteurs. Il s'agit également des règles concernant l'importation ou la commercialisation de produits et services. Dans l'affaire *British Airways* précitée, en plus de se baser sur les habitudes des consommateurs, le Tribunal de première instance a ajouté, afin de délimiter le marché géographique, que les règles en vigueur « empêchent que des billets vendus en dehors du territoire du Royaume-Uni soient utilisés pour des vols au départ d'aéroports britanniques »³³².

Finalement, l'arrêt *United Brands* peut être cité comme exemple. Dans cet arrêt, après avoir délimité le marché des produits en cause à celui des bananes en excluant les autres fruits frais³³³, la Cour de justice a exclu du marché de référence, la France, l'Italie et le Royaume-Uni étant donné que les bananes produites par *United Brands* étaient discriminées par rapport

³²⁹ Pour un second exemple concernant le secteur de l'industrie aéronautique, voy. : Décision de la Commission, du 30 juillet 1997, déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace Economique européen, (IV/M.887 - Boeing / McDonnell Douglas) 8 décembre 1997, *J.O.*, L 336.

³³⁰ T.P.I.C.E., 17 décembre 2003, *British Airways c. Commission*, T-219/99, *Rec. C.J.C.E.*, p. II-05917, point 110.

³³¹ Voy. notamment : Décision de la Commission, 18 juillet 1988, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.178 - Napier Brown/British Sugar), 19 octobre 1988, *J.O.*, L 284.

³³² T.P.I.C.E., 17 décembre 2003, *British Airways c. Commission*, T-219/99, *Rec. C.J.C.E.*, p. II-05917, point 111.

³³³ Voy. *supra* : Partie 3, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, §1 : La demande de produits.

à celles provenant d'autres sources par les organisations nationales, qui elles bénéficiaient d'un régime préférentiel. Dans les six autres Etats Membres, les dispositions tarifaires et les coûts de transport ne se sont pas révélés discriminatoires bien que différents et se sont révélés similaires pour tous les producteurs. Ainsi un marché géographique global pour les six Etats membres a été défini. Il ressort également de cet arrêt que les conditions de concurrence ne doivent pas être parfaitement homogènes, le fait d'être similaires ou suffisamment homogènes est suffisant³³⁴.

§2 : Partie substantielle du marché

Le prescrit de l'article 102 TFUE mentionne que le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci doit être affecté, signifiant ainsi que le marché géographique en cause doit constituer une partie substantielle du marché intérieur³³⁵. Dans l'arrêt *Suiker Unie*, la Cour de justice a précisé que « en vue d'établir si un territoire déterminé revêt une importance suffisante pour constituer « une partie substantielle du marché commun » au sens de l'article [102 TFUE], il faut prendre en considération, notamment, la structure et le volume de la production et de la consommation dudit produit, ainsi que les habitudes et les possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs »³³⁶.

En principe, un marché de référence qui comprend au moins un Etat membre sera automatiquement considéré comme une partie substantielle du marché intérieur³³⁷. En revanche, la question est plus délicate concernant les marchés de référence constitués par un territoire plus petit qu'un Etat membre, à savoir ceux constitués d'une seule région, d'une ville ou d'un port. La Cour de justice a cependant estimé dans les arrêts *Hugin*, *Sydhavnens Sten & Grus* et *Porto di Genova* que les territoires d'une région d'un Etat membre, d'une ville ou d'un port pouvaient constituer respectivement une partie substantielle du marché commun³³⁸. Toutefois, cette position n'est pas inaltérable. Ainsi, le marché d'élimination des déchets non dangereux a été défini comme un marché local par la Commission dans l'affaire

³³⁴ J.-F. BELLIS, « Examen de ... », *op. cit.*, p. 721 ; C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Tetra Pak c. Commission*, C-333/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-5951, point 91.

³³⁵ J.-F. BELLIS, *Droit européen de ...*, *op. cit.*, p. 244.

³³⁶ C.J.C.E., 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. c. Commission*, aff. jtes C-40/73 à C-48/73, C-50/73, C-54/73 à C-56/73, C-111/73, C-113/73 et C-114/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1975, p. 1663 point 371.

³³⁷ Voy. notamment : C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-5197, point 79 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-4109, point 43 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-5751, point 92.

³³⁸ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 24.

Waste Management International pour des raisons de coûts de transports élevés et de réglementations³³⁹. Pour chaque cas d'espèce, il y a lieu d'examiner *in concreto* le contexte³⁴⁰.

Section 3 : Nuances³⁴¹

Certaines difficultés peuvent se révéler lors de la délimitation du marché pertinent. Le test SSNIP nécessite un grand nombre de données par rapport aux marges et à l'élasticité croisée et est, par conséquent, rarement utilisé en pratique³⁴². La délimitation du marché repose sur la question de savoir si un produit ou un service fait partie du marché mais cette question peut être difficile à appréhender à l'égard de substituts imparfaits et génère ainsi une incertitude juridique quant au résultat³⁴³. Une autre difficulté se pose au regard des marchés dans lesquels l'innovation joue un rôle primordial, ces marchés étant caractérisés par une évolution très rapide alors que la délimitation du marché est statique³⁴⁴.

Au surplus, il y a lieu de ne pas surestimer l'importance de la définition du marché en cause. Bien qu'étant une étape préliminaire et fondamentale dans le cadre de l'analyse des comportements concurrentiels que ce soit au niveau des articles 101 et 102 TFUE que du règlement sur les concentrations, cette analyse n'est pas une fin en soi. L'analyse des comportements anticoncurrentiels se concentre sur l'impact concurrentiel lui-même³⁴⁵. S'agissant du contrôle des concentrations, la délimitation du marché pertinent permet de calculer les parts de marché et les indicateurs structurels qui en dérivent sur base desquels est fondé le risque d'effets anticoncurrentiels. Néanmoins, ces indicateurs structurels ne permettent généralement pas d'évaluer correctement les sources de pression concurrentielle. Les Etats-Unis et la Grande-Bretagne ont d'ailleurs ouvert la voie en décidant d'utiliser un indicateur plus pertinent et s'intéressent désormais à l'analyse économique et ce, au détriment de l'approche traditionnelle de la définition des marchés pertinents et de l'analyse des concentrations via les parts de marché.

³³⁹ Décision de la Commission, du 20 décembre 1996, déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration, (IV/M. 868 - GKN/Brambles/Mabeg), 2 avril 1997, *J.O.*, L 363, point 13.

³⁴⁰ C. VERDURE, « L'abus de ... », *op. cit.*, p. 24.

³⁴¹ A propos de cette section : A. CHARPIN et G. DE MUIZON, « Délimiter les marchés pertinents ? Autant gratter une jambe de bois jusqu'à ce qu'elle saigne ! », *Concurrences*, 2012, n° 2, pp. 12 à 16.

³⁴² OCDE, *Table ronde sur le marché pertinent : Note de la délégation française*, 21 mai 2012, DAF/COMP/WD(2012)16, p. 5.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ P. DECHAMPS, *op. cit.*, p. 21.

Dans le cadre de la caractérisation des abus de position dominante, la détermination du marché en cause est un moyen pour déterminer l'existence d'un pouvoir marché, via le calcul des parts de marché et sert ainsi à caractériser la position dominante. Néanmoins, le pouvoir de marché d'une entreprise ne se reflète pas nécessairement dans sa part de marché, ce n'est d'ailleurs le cas que dans des conditions très restrictives. Ainsi, la caractérisation d'un abus de position dominante doit être examinée à partir de divers éléments combinés tels que les barrières à l'entrée qui s'inscrivent dans une appréciation totale du pouvoir de marché sans avoir besoin de définir le marché en cause.

On constate que la délimitation du marché en cause perd petit à petit du terrain pour laisser sa place à l'analyse économique afin de ne plus baser le droit de la concurrence sur une approche formaliste du droit. Servant de premier indicateur dans la détermination des effets anticoncurrentiels, son utilité est remise en question au profit de nouveaux tests moins formels et rigides.

Chapitre 2 : Définition de la publicité comparative et conditions de licéité

La compréhension de la notion de publicité comparative ne va pas de soi. On pourrait penser, à première vue, que toute publicité est comparative dans la mesure où elle propose un bien ou un service au détriment d'un autre³⁴⁶. Juridiquement, la publicité comparative est définie comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent »³⁴⁷. Cette définition est la transposition exacte de l'article 2, c) de la directive 2006/114/CE. L'identification dans la campagne publicitaire d'un concurrent de l'annonceur est une condition *sine qua non* pour considérer celle-ci comme une publicité comparative. Deux éléments doivent être rencontrés afin de répondre à la définition de la publicité comparative : l'identification explicite ou implicite d'une entreprise ou des produits et services qu'elle offre (Section 1) et un rapport de concurrence entre l'annonceur et l'entreprise identifiée. Ce rapport de concurrence suppose un degré de substituabilité, tout comme la délimitation des marchés en cause dans le droit de la concurrence. Il convient d'examiner si ces deux rapports de concurrence sont identiques (Section 2). Enfin, une des conditions de licéité de la publicité comparative exige une

³⁴⁶ Y. DE CORDT, C. DELFORGE et T. LEONARD e.a., *op. cit.*, p. 536.

³⁴⁷ Article I.8, 14° du Livre I du Code de droit économique.

comparaison de biens et services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif, ce qui implique à nouveau un degré de substituabilité entre les produits et services. Il y a lieu d'analyser si ce rapport de concurrence est le même que celui présent dans la définition de la publicité comparative (Section 3).

Section 1 : Identification du concurrent

Une des deux conditions pour qu'une campagne publicitaire soit considérée comme une publicité comparative est celle de l'identification concrète, explicitement ou implicitement, d'un concurrent. La publicité peut faire référence au nom d'une entreprise, au produits et services qu'elles offrent ou à un de ses spots publicitaires³⁴⁸. Toutefois, l'identification se fera généralement de manière implicite par les entreprises, par peur d'infraction au droit des marques de leur concurrent³⁴⁹. Partant, les entreprises feront référence à des produits anonymes facilement reconnaissables par les consommateurs. Rien dans la directive européenne, pas plus que dans le droit belge ne permet de définir le terme « identifiable ». Le texte fait appel à la notion de concurrent au singulier. Néanmoins, au fil de sa jurisprudence, la Cour a répété que la définition de la publicité comparative était une définition large qui permettait de couvrir toutes les formes de ce type de publicité³⁵⁰. Ce faisant, il n'y a pas lieu de se tenir à une approche littérale du texte et la référence à un ou plusieurs concurrents déterminés ou aux biens et services qu'ils offrent³⁵¹. Que plusieurs concurrents soient visés par le message publicitaire est donc sans pertinence sur le caractère comparatif de la publicité³⁵².

Toutefois, une interprétation trop large de la notion de publicité comparative pourrait avoir des effets néfastes dans la mesure où toute publicité qui ne respecte pas les conditions de licéité se voit interdite ; partant, un grand nombre de publicité considérées jusqu'à présent comme inoffensives par les ordres juridiques nationaux se verraient interdites³⁵³, i.e. les

³⁴⁸ G.-B. BALLON, « Het identificatievereiste bij reclame », *D.C.C.R.*, 2012, n° 95, p. 151.

³⁴⁹ M. VERHULST, « L'incidence du droit européen relatif à la publicité comparative sur les prérogatives des titulaires des marques concernées », *ICIP-Ing.Cons.*, 2008, p. 213.

³⁵⁰ C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-3095, point 35 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945, points 30 et 31.

³⁵¹ G.-B. BALLON, *op. cit.*, p. 151.

³⁵² E. BALATE et M. GOUVERNEUR, « L'affaire Christal c. ATAC : un cas d'application de la jurisprudence Lidl (II) de la Cour de Justice », *D.C.C.R.*, 2013, n° 98, p. 65.

³⁵³ A. PUTTEMANS, « Publicité comparative et appellation d'origine : la Cour de Justice veille à ne pas pousser le bouchon trop loin », *J.L.M.B.*, 2008/4, p. 140.

publicités affirmant l'exclusivité, la supériorité, etc.³⁵⁴. Ce faisant, seul une publicité qui identifie un ou plusieurs concurrents déterminés ou leurs produits ou services pourra être qualifié de comparative. La Cour consacre cette interprétation, en ces termes : « Un tel message est susceptible de relever de la publicité comparative pour autant qu'un concurrent ou les biens ou les services qu'il offre puissent y être identifiés comme étant concrètement visés par ladite publicité »³⁵⁵. Qu'en est-il d'une publicité comparative qui vise un groupe abstrait ou général ? Compte tenu de la position de la Cour, cette interprétation trop extensive ne peut être retenue sachant que la publicité doit permettre au consommateur moyen de reconnaître concrètement une ou plusieurs entreprises ou les biens ou les services qu'elles fournissent.

Au surplus, lorsqu'il y a de nombreux concurrents, il ne peut y avoir de publicité comparative illicite dès lors que l'identification précise des produits est impossible de même que celle du ou des concurrents. La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi jugé qu'une campagne publicitaire avec le slogan « Savez-vous que Dixan est préféré aux lessives en poudre qui se vendent le mieux ? » n'est pas une publicité comparative mais simplement une publicité qui déclare l'avis des consommateurs³⁵⁶. Par contre, lorsque le marché est dominé par un nombre restreint d'entreprises notoires, la référence à ce marché permet l'identification concrète des concurrents aisément et immédiatement par les consommateurs³⁵⁷. La Cour de justice confirme cette interprétation dans son arrêt *De Landtsheer Emmanuel*, en mentionnant que la « structure du marché en cause » peut permettre l'identification. La Cour fait ainsi une allusion implicite à l'identification des concurrents sur un marché duopolistique ou oligopolistique d'entreprises connues par le public³⁵⁸.

Enfin, concernant l'identification, même si implicite, celle-ci doit être claire, rapide et certaine pour un « lecteur naïf » sans avoir besoin d'une analyse pointilleuse et détaillée³⁵⁹. Néanmoins, l'identification ne doit pas être immédiate et se faire sans examen complémentaire³⁶⁰ ; un effort raisonnable de la part d'une personne moyennement informée, prudente et avisée peut être demandé qui ne doit pas seulement tenir compte du contenu de la

³⁵⁴ N. BERTHOLD et J. LIGOT, « Publicité comparative : référence au marché et utilisation de superlatifs », *ICIP-Ing.Cons.*, 2014, n° 1, p. 3.

³⁵⁵ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, point 19.

³⁵⁶ Bruxelles, 15 septembre 2005, *Ann. Prat. Comm.*, 2005, p. 304.

³⁵⁷ N. BERTHOLD et J. LIGOT, *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁸ A. PUTTEMANS, « Publicité comparative et appellation d'origine ... », *op. cit.*, p. 142.

³⁵⁹ B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 298.

³⁶⁰ Aucune des dispositions légales n'impose en effet une telle condition : B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 298.

réclame mais également des éléments contextuels³⁶¹. En ce sens, la position sur le marché doit par exemple être prise en compte³⁶². Les travaux préparatoires de la L.P.C.C. présentent des exemples d'identification implicite : tous signes distinctifs visuels ou sonores, slogans, signatures institutionnelles ainsi que toutes allusions permettant au consommateur de reconnaître le concurrent d'un annonceur³⁶³.

Section 2 : Rapport de concurrence entre les entreprises concernées

La nécessité d'une identification est un des deux éléments essentiels pour qu'une publicité soit considérée comparative. Cependant, s'il suffisait qu'une campagne publicitaire se réfère à une entreprise quelconque, l'exigence de l'article 2, c) de la directive 2006/114/CE ne serait pas rencontrée³⁶⁴. Ainsi, les entreprises concernées (à savoir l'annonceur et l'entreprise identifiée ou dont les biens ou services sont identifiés) doivent également être en situation de concurrence, ce qui implique un degré de substituabilité entre les produits et services qu'elles offrent (Sous-section 1). Le concept de substituabilité est également mobilisé dans le cadre de la délimitation du marché pertinent en droit de la concurrence. Une comparaison entre les deux concepts sera à cette fin effectuée (Sous-section 2). Les objectifs des deux ensembles de législation seront ensuite analysés pour expliquer les différences existantes (Sous-section 3). Enfin, les critères utilisés pour déterminer la substituabilité des produits et services offerts par les entreprises concernées seront examinés (Sous-section 4).

Sous-section 1 : Substituabilité en droit de la publicité comparative

Un rapport de concurrence entre les entreprises en cause est nécessaire et indispensable dans le cadre d'une publicité comparative, sans quoi cette campagne publicitaire ne serait pas une publicité comparative. En effet, la loi évoque la publicité comparative faite entre concurrents et non entre entreprises. Néanmoins il semble opportun de préciser qu'au vu de l'attitude favorable de la Cour envers la publicité comparative, il semblerait critique de soutenir que « la qualité d'entreprise non concurrente a pour effet de rendre toute publicité comparative interdite », inversement une telle publicité comparative

³⁶¹ Anvers, 2 mars 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 142 ; G.-B., BALLON, *op. cit.*, p. 153.

³⁶² G.-B., BALLON, *op. cit.*, p. 154.

³⁶³ Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 1998-1999, n°2050/1, p. 6.

³⁶⁴ A. PUTTEMANS, « Publicité comparative et appellation d'origine ... », *op. cit.*, p. 143.

entre entreprises non concurrentes ne pourraient simplement pas dépendre de l'article VI.17 du Code de droit économique (ex-article 19 de la L.P.M.C.) qui contient les conditions de licéité³⁶⁵. Cette publicité devrait satisfaire aux conditions de l'article VI.105 du Code de droit économique qui interdit toute publicité entre entreprises qui comporte des éléments trompeurs, dénigrants ou qui permettent d'identifier une ou plusieurs entreprises (sous-entendu non concurrentes) sans motif légitime³⁶⁶. Cette position a été consacrée par la Cour dans l'arrêt *De Landtsheer Emmanuel*, qui précise que ce type de publicité devra être soumis au respect des dispositions relatives à la publicité trompeuse, bien que moins protectrices du consommateur³⁶⁷.

La notion de concurrent n'a pas été définie en droit européen. La notion d'« entreprise » analysée dans le chapitre 2 de la partie précédente permet de comprendre quelles sont les entités qui vont devoir respecter les dispositions sur les pratiques du marché et par conséquent celles sur la publicité comparative. Il convient à présent d'examiner le concept de « concurrent » qui permet, quant à lui, de définir le champ d'application du régime de la publicité comparative et à défaut de rapport de concurrence, celui des publicités trompeuses. En l'absence d'intervention du législateur, la doctrine et la jurisprudence ont défini elles-mêmes le concept de concurrent comme « celui qui offre des produits ou services substituables aux yeux du public auquel la publicité est adressée »³⁶⁸. Selon la Cour de justice, « l'existence d'un rapport de concurrence entre des entreprises est subordonnée à la constatation que les produits [ou les services] qu'elles offrent présentent un certain degré de substitution entre eux »³⁶⁹. Par conséquent, le critère pris en compte est celui de la substituabilité des biens ou services offerts par les entreprises sur le marché.

Sous-section 2 : Substituabilité en droit de la concurrence

Ce rapport de concurrence est-il le même qu'en droit de la concurrence ? Il ressort de plusieurs décisions que ce critère de substituabilité ne correspond pas nécessairement à celui

³⁶⁵ B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 293 et 294 ; Pour une opinion contraire, voy. : I. FERRANT, *op. cit.*, p. 50.

³⁶⁶ M. VERHULST, *op. cit.*, p. 211 ; G.-B. BALLON, « Vergelijkende reclame in België : een overzicht », *D.C.C.R.*, 2013, n° 100-101, p. 134.

³⁶⁷ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, points 53 et 55.

³⁶⁸ Comm. Bruxelles, 3 novembre 2004, *R.G.*, n° 02395/04 ; Comm. Louvain, 4 novembre 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 265.

³⁶⁹ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, point 32.

utilisé en droit de la concurrence dans la délimitation des marchés pertinents³⁷⁰. Tout d'abord concernant la jurisprudence européenne, l'arrêt *De Landtsheer Emmanuel* analyse longuement cette question. En cause, la brasserie belge *De Landtsheer* qui commercialise des bières sous le nom « Malheur brut réserve » dont le procédé d'élaboration est inspiré de celui du champagne et fait de la publicité comparative en référence au champagne. La Cour de justice de l'Union Européenne est saisie de quatre questions préjudicielles concernant la publicité comparative³⁷¹. La deuxième question s'intéresse à la relation de concurrence en matière de publicité comparative. Selon la thèse de la société *De Landtsheer*, le rapport de concurrence exigé dans la définition de la publicité comparative doit se comprendre dans le sens du droit européen de la concurrence. Ainsi, le marché de la bière et celui des vins mousseux étant des marchés distincts, ces deux entreprises ne peuvent être considérées comme concurrentes pour la définition de la publicité comparative³⁷².

Néanmoins, l'avocat général M. Mengozzi s'éloigne de cette thèse et considère que le critère de substituabilité doit être interprété plus largement qu'en droit de la concurrence et ne doit pas nécessairement être significatif³⁷³. Alors que le droit de la concurrence se base sur une variation de prix de 5 à 10% pour définir la substituabilité des produits ; dans le cas de la publicité comparative, le rapport de concurrence sera établi même si l'effet de substitution ne se produit qu'en présence d'une forte variation des prix. La Cour suit ce raisonnement et considère que « le fait que des produits sont, dans une certaine mesure, de nature à satisfaire des besoins identiques permet de conclure à un certain degré de substitution entre eux »³⁷⁴.

La Cour se réfère non pas à sa jurisprudence concernant le droit de la concurrence, ce qui peut se comprendre vu l'exigence d'un niveau de substituabilité plus important mais, étonnamment, à deux arrêts relatifs au régime fiscal du vin et de la bière. Dans le premier arrêt, la Cour énonce que l'article 110 TFUE « a pour fonction d'appréhender toute forme de protectionnisme fiscal indirect dans le cas de produits qui, sans être similaires [...], se

³⁷⁰ M. VERHULST, *op. cit.*, p. 212.

³⁷¹ La première et la troisième question furent examinées dans la section précédente concernant l'identification d'un concurrent, voy. : Partie 3, Chapitre 2, Section 1 : Identification du concurrent ; La quatrième question concerne les appellations d'origine, voy. à ce sujet : N. ROLAND, « Quand la Cour de Justice des Communautés européennes risque de faire le « malheur » des appellations d'origine... », *D.C.C.R.*, 2007, pp. 272 et s.

³⁷² A. PUTTEMANS, « Publicité comparative et appellation d'origine ... », *op. cit.*, p. 143.

³⁷³ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, concl. Av. gén. P. Mengozzi, point 72.

³⁷⁴ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, point 30.

trouvent néanmoins dans un rapport de concurrence même partielle, indirecte ou potentielle »³⁷⁵. Elle déclare dans le second arrêt que « seuls les vins de consommation courante qui sont, en général, des vins bon marché présentent suffisamment de propriétés en commun avec la bière pour constituer une alternative de choix pour le consommateur et entrer dans un rapport de concurrence avec celle-ci »³⁷⁶. On peut penser que la Cour s'est référée à ces deux arrêts non seulement parce qu'ils présentaient des biens proches de ceux en cause mais également parce qu'elle estimait que « l'intensité du rapport concurrentiel à établir en matière de publicité comparative lui a semblé du même ordre que celui requis pour l'application de la règle luttant contre le protectionnisme fiscal intercommunautaire »³⁷⁷.

Cette position adoptée par la Cour de justice est suivie par les cours et tribunaux des Etats membres. Ainsi, le tribunal de commerce de Louvain a suivi cet enseignement dans un litige opposant deux opérateurs de téléphone, à savoir Belgacom à Base. En cause, une publicité comparative comparant le prix de l'abonnement prépayé de Base avec celui de la ligne fixe chez Belgacom. Alors que les marchés de la téléphonie mobile et de la téléphonie fixe sont des marchés indépendants au sens du droit de la concurrence, les deux sociétés sont cependant concurrentes dans le cadre du régime de la publicité comparative dans la mesure où les services offerts répondent à des besoins identiques et sont deux substituables, seul le point de vue du consommateur comptant³⁷⁸. Partant, il s'agit bel et bien d'une publicité comparative.

Sous-section 3 : Différence d'objectifs

Comment expliquer cette différence ? Le droit de la concurrence entendu au sens strict ne poursuit pas les mêmes objectifs que ceux de la réglementation de la publicité comparative. Le but principal poursuivi par les dispositions relatives à la publicité comparative est d'interdire les comparaisons qui pourraient avoir une incidence négative sur la décision d'achat, sans toutefois identifier les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises. La substituabilité sert donc dans l'intérêt du consommateur alors que la

³⁷⁵ C.J.C.E., 9 juillet 1987, *Commission c. Belgique*, C-356/85, *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 3299, point 7.

³⁷⁶ C.J.C.E., 17 juin 1999, *Société critouridienne de distribution (Socridis) contre Receveur principal des douanes*, C-166/98., *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-03791, point 18.

³⁷⁷ A. PUTTEMANS, « Publicité comparative et appellation d'origine ... », *op. cit.*, p. 145.

³⁷⁸ Comm. Louvain, 4 novembre 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 265.

délimitation du marché des produits sert principalement à sauvegarder la liberté des comportements commerciaux³⁷⁹.

Ainsi la délimitation du marché se base sur l'analyse des contraintes auxquelles sont soumises les entreprises par rapport à la concurrence afin d'évaluer le pouvoir de marché. Cette délimitation se base premièrement sur la substituabilité des produits du côté de la demande qui dépend de l'aptitude à satisfaire les besoins des consommateurs et requiert un degré de substituabilité significatif. Or l'application de ce critère dans la recherche d'un rapport de concurrence au sens l'article 2, c) de la directive 2006/114/CE ne semble pas approprié. Le but essentiel visé par les annonceurs est d'influencer le choix des consommateurs vers leur produit. Le législateur voit favorablement la publicité comparative comme un moyen d'informer les consommateurs et soumet ces dernières à des conditions dans le but de protéger les consommateurs. Il en résulte que le rapport de concurrence recherché « n'est pas celui qui représente l'indépendance de comportement commercial de l'entreprise intéressée, mais celui qui peut constituer un terrain fertile, d'une part, pour un élargissement des choix d'achat des consommateurs et, d'autre part, pour un intérêt des opérateurs à mettre en œuvre des conduites publicitaires incorrectes et, partant, pour le risque de mise en œuvre de telles conduites »³⁸⁰.

Outre le degré de substituabilité nécessaire, d'autres différences existent également dans l'analyse de ce critère. Alors que la concurrence potentielle est une des trois contraintes concurrentielles auxquelles sont soumises les entreprises, elle n'est néanmoins pas prise en compte lors de la délimitation du marché en cause. Dans le cadre de la publicité comparative, les concurrents potentiels sont pris en compte dans le rapport de concurrence exigé par l'article 2, c) de la directive 2006/114/CE de la directive. Comme l'indique l'avocat général M. Mengozzi, « eu égard au risque que l'entreprise identifiée dans la publicité subisse un préjudice concret dû à la comparaison publicitaire (ou dû seulement à l'identification opérée sans comparaison), il ne nous semble pas qu'il faille exclure la possibilité de reconnaître un rapport de concurrence au sens de l'article 2, point 2 bis, de la directive 84/450 [article 2, c) de la directive 2006/114/CE] également dans des cas dans lesquels l'annonceur n'offre pas actuellement des produits substituables, du côté de la demande, à ceux de ladite entreprise.

³⁷⁹ G. ANAGNOSTARAS, « The application of the harmonised standards on comparative advertising : some recent developments », *E.L. Rev.*, 2007, p. 246.

³⁸⁰ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, concl. Av. gén. P. Mengozzi, point 70.

L'annonceur pourrait constituer un concurrent potentiel de l'entreprise identifiée dans la publicité et posséder un intérêt à discréditer l'image de cette entreprise en vue de préparer le terrain à son entrée ultérieure sur le marché où celle-ci est active »³⁸¹.

Enfin, au niveau géographique, alors que la délimitation des marchés en droit de la concurrence possède une dimension géographique, dans le cadre de la publicité comparative, l'autorité nationale qui examine la publicité comparative ne pourra pas retenir l'existence d'un rapport de concurrence s'il se manifeste uniquement sur le territoire d'autres Etats membres et non sur le territoire national. L'existence d'un rapport de concurrence dans un autre Etat membre est cependant retenue lors de l'analyse des évolutions possibles des habitudes de consommation sur le territoire national³⁸².

Sous-section 4 : Analyse des critères pris en compte

Au niveau des critères pris en compte pour définir le caractère substituable des produits et services, la Cour en énonce trois : « l'état actuel du marché et des habitudes de consommation ainsi que leurs possibilités d'évolution, la partie du territoire communautaire dans laquelle la publicité est diffusée, sans pour autant exclure, le cas échéant, les effets que l'évolution des habitudes de consommation constatées dans d'autres États membres peut avoir sur le marché national en cause et les caractéristiques particulières du produit que l'annonceur vise à promouvoir ainsi que l'image qu'il entend lui imprimer »³⁸³.

Au regard des critères, on comprend à quel point le degré de substituabilité doit être moins significatif. On sait que la substituabilité du côté de l'offre est très importante en droit de la concurrence, à savoir la capacité pour les entreprises à modifier leur processus de production à moindre coût et à court terme. La publicité comparative, de son côté permet soit de renforcer la fidélité de la marque, soit au contraire, de suggérer aux consommateurs des succédanés au bien consommé. Ainsi, il faut également évaluer « si existent, entre les produits ou les services offerts par l'annonceur et ceux offerts par l'autre entreprise à laquelle la publicité se réfère, même s'ils ne sont pas encore substituables du point de vue des

³⁸¹ *Ibidem*, point 74.

³⁸² C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, point 39.

³⁸³ *Ibidem*, point 42.

consommateurs, des rapports propres à faire entrevoir un transfert potentiel, dans un futur proche, de la demande des uns vers les autres, fût-il partiel et limité »³⁸⁴.

Un second exemple se situe dans la manière dont l'annonceur présente son produit et l'image qu'il lui donne. « Si l'annonceur présente lui-même son produit comme étant une alternative valable par rapport à celui de l'autre entreprise à laquelle la publicité se réfère, même appartenant, par hypothèse, à un type de marchandise différent »³⁸⁵ il y a lieu de conclure à un rapport de concurrence sauf si la nature ou les caractéristiques du produit exclu tout transfert de clientèle. On peut conclure qu'il n'y a pas lieu de définir le marché global sur lesquels les entreprises en cause sont actives mais bien de partir du point de vue du public auquel s'adresse la publicité³⁸⁶.

Section 3 : Comparaison de biens et de services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif

L'exigence d'un rapport concurrentiel se retrouve également dans l'article 4, b) de la directive 2006/114/CE (Article VI.17, §1^{er}, 2^o du Livre VI du Code de droit économique) sous la forme d'une des conditions de licéité de la publicité comparative. Cet article énonce que la publicité comparative doit comparer « des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ». Les produits comparés dans la publicité doivent ainsi présenter un degré d'interchangeabilité. Quant au seuil exigé, la Cour a suivi le même raisonnement que celui dégagé pour la définition de la publicité comparative et ne requiert qu'un « degré suffisant d'interchangeabilité pour le consommateur »³⁸⁷. Pour rappel, la Cour a énoncé concernant la définition de la publicité comparative que des entreprises sont concurrentes si les produits qu'elles offrent sont substituables, c'est-à-dire qu'ils « sont, dans une certaine mesure, de nature à satisfaire des besoins identiques »³⁸⁸.

N'y a-t-il cependant aucune différence entre ces deux dispositions ? La réponse est négative. Premièrement les fonctions sont différentes. L'article 2, c) de la directive

³⁸⁴ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, concl. Av. gén. P. Mengozzi, point 80.

³⁸⁵ *Ibidem*, point 82.

³⁸⁶ Comm. Louvain, 4 novembre 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 265.

³⁸⁷ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, concl. Av. gén. P. Mengozzi, point 44.

³⁸⁸ *Ibidem*, point 30.

2006/114/CE fixe les critères servant à définir la notion de la publicité comparative tandis que l'article 4, b) de la même directive énonce l'une des conditions de licéité que doit respecter la publicité comparative. Deuxièmement, selon la Cour, « tandis que la définition de la publicité comparative donnée à l'article 2, point 2 bis, de la directive 84/450 [article 2, c) de la directive 2006/114/CE] suppose l'existence d'une relation concurrentielle entre des entreprises, et qu'il s'avère à cet égard suffisant de vérifier si les produits qu'elles offrent présentent, de façon générale, un certain degré de substitution entre eux, la condition énumérée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous b) [article 4, b)], de la même directive impose une appréciation individuelle et concrète des produits qui font spécifiquement l'objet de la comparaison dans le message publicitaire afin de conclure à l'existence d'une possibilité effective de substitution »³⁸⁹.

En d'autres termes, la définition de la publicité comparative requiert simplement que l'annonceur et la ou les autres entreprises visées soient concurrents et non les produits faisant l'objet de la comparaison, ainsi la concurrence doit exister pour « au moins une partie de la gamme de produits offerts par les entreprises en cause »³⁹⁰ alors que la licéité de la publicité comparative suppose une concurrence entre les produits et services comparés qui s'apprécie concrètement et individuellement.

Troisièmement, au niveau des critères présentés au point 41 de l'arrêt *De Landtsheer Emmanuel*, ceux-ci s'appliquent *mutatis mutandis* dans le cadre de la condition de licéité présente à l'article 4, b) de la directive 2006/114/CE³⁹¹. Cependant, la portée des critères est différente, la notion de concurrence reprise pour la définition de la publicité comparative devrait couvrir un plus grand nombre de cas que la condition de licéité visée à l'article 4, b), partant certaines publicités jugées comparatives ne satisferont pas à cette condition. Toute évaluation basée sur la substituabilité du côté de l'offre ne serait par exemple pas pertinente dans le cadre de l'article 4, b) de la directive 2006/114/CE alors que, comme mentionné précédemment, tel pourrait être le cas dans le cadre de la définition de la publicité comparative de l'article 2, c) de la même directive. Néanmoins, rien ne semble justifié que le degré de substituabilité nécessaire pour rendre la publicité comparative licite soit supérieur à

³⁸⁹ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, point 47.

³⁹⁰ *Ibidem*, point 33.

³⁹¹ *Ibidem*, point 48.

celui exigé entre l'annonceur et l'entreprise visée. Au contraire, « les conditions exigées de la publicité comparative doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci »³⁹².

Il résulte de la jurisprudence qu'un degré suffisant d'interchangeabilité pour le consommateur doit exister pour remplir la condition de licéité contenue à l'article 4, b) de la directive 2006/114/CE. On peut se demander si cette condition bien que moins exigeante qu'en droit de la concurrence est remplie concernant une comparaison entre des produits alimentaires dont le goût, la texture et le mode de fabrication varient par définition. La Cour de justice, dans l'arrêt *Lidl*³⁹³, a cependant indiqué que ces variations ne s'opposent pas à considérer des produits alimentaires comme interchangeables, justifiant cette décision par l'effet utile que peut apporter la publicité comparative³⁹⁴. Ainsi, cette condition implique seulement que les produits doivent répondre aux mêmes besoins ou au même objectif mais pas qu'ils soient de la même nature ou du même genre³⁹⁵. Toutefois, une condition relative au genre pourrait être la bienvenue étant donné qu'en se basant sur une interprétation littérale de la directive, une publicité comparative entre du chocolat et un bouquet de fleurs pourrait satisfaire aux exigences de la condition « même besoin et mêmes objectifs » dans la mesure où ils peuvent tous les deux être offerts³⁹⁶. On peut néanmoins se rassurer en sachant qu'il y a peu de chance que cette publicité passe le stade de l'examen d'objectivité³⁹⁷.

Enfin, dans l'arrêt *Lidl Belgium*, la Cour confirme la licéité des publicités comparant des assortiments de produits de consommation courante « constitués de produits individuels qui, envisagés par paires, satisfont individuellement à l'exigence de comparabilité », au motif qu'elle permet de fournir aux consommateurs « une information comparative portant sur le niveau général des prix pratiqués par les chaînes de grands magasins » ce qui « est susceptible

³⁹² C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-03095, point 42 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945, point 37.

³⁹³ C.J.U.E, 18 novembre 2010, *Lidl*, C-159/09, *Rec. C.J.C.E.*, 2010, p. I-11761.

³⁹⁴ C. BINET, « Arrêt « Lidl » : les critères pris en compte pour examiner la licéité d'une publicité comparative », *J.D.E.*, 2011, p. 35.

³⁹⁵ P. MAROZZI, « L'œuvre unificatrice de la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine de la publicité comparative : l'interprétation de la condition « mêmes besoins et même objectif » », *Revue libre de Droit*, 2014, p. 84.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 85 ; M. SPENCE et A. OHLY, *The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 68.

³⁹⁷ Article VI.17., §1^{er}, 3° du Livre VI du Code de droit économique et article 4, b) de la directive 2006/114/CE : « Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie ». A propos de cette condition, voy. : L. SNAUWAERT, « De controleerbaarheidsvereiste inzake vergelijkende reclame : een stand van zaken », in *Pratiques du marché*, Malines, 2011, Kluwers, pp. 127 et s.

de s'avérer plus utile pour le consommateur qu'une information comparative limitée aux prix de tel ou tel produit particulier »³⁹⁸.

Quelques dernières précisions concernant l'interprétation des conditions de licéité doivent être apportées. Premièrement, celles-ci ont un caractère limitatif, l'harmonisation des conditions étant complète. Deuxièmement, au vu des objectifs poursuivis par la directive, les conditions doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci »³⁹⁹. Dernièrement, alors que l'identification du concurrent exigée par la définition de la publicité comparative devait pouvoir s'effectuer par un effort raisonnable de la part d'une personne moyennement informée, prudente et avisée, la licéité de la publicité sera évaluée au regard du public cible moyen. Ce faisant, ce n'est pas au regard du concurrent faisant l'objet de la comparaison mais bien du public visé par la publicité que les conditions de licéité d'une possibilité comparative seront appréciées⁴⁰⁰. Cet enseignement est tiré de l'arrêt *Toshiba*, dans lequel la Cour dit, pour droit, qu'il y a lieu « de prendre en considération la perception de l'individu moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », ainsi que « de la nature du public auquel est destinée la publicité ». Il en résulte que la référence utilisée pour l'identification des concurrents d'une publicité comparative et celle utilisée pour l'admissibilité d'une publicité comparative sont les mêmes : il s'agit du public cible moyen.

³⁹⁸ C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl Belgium*, C-356/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-08501, points 34, 35 et 39.

³⁹⁹ C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-03095, point 42 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945, point 37.

⁴⁰⁰ M. VERHULST, *op. cit.*, p. 218.

Conclusion

On peut constater au vu de l'exposé qui précède que certaines similitudes existent entre le droit de la concurrence et la réglementation de la publicité comparative. Néanmoins certaines notions communes recouvrent des réalités différentes, ce qui s'explique aisément dans la mesure où ces deux ensembles de règles appartiennent à deux branches distinctes du droit privé. Cette conclusion permettra de faire un rappel de l'ensemble des similitudes et différences qui existent entre les règles de la concurrence et celles relatives la publicité comparative, dans les limites de celles qui ont été présentées dans ce mémoire.

Le droit de la concurrence et le droit de la publicité comparative ont des origines géographiques communes, c'est sur le territoire américain et plus précisément aux Etats-Unis que ces deux domaines du droit firent leur apparition. Le droit de la concurrence vit néanmoins le jour plus tôt, dès la fin du 19^{ème} siècle aux Etats-Unis. En ce qui concerne le droit de la publicité comparative, il fallut attendre la fin du 20^{ème} siècle. Le même décalage s'observe en Europe où le droit de la concurrence fut intégré dans les politiques européennes dès 1956, alors que la première directive en matière de publicité comparative fut créée en 1997.

Concernant le droit vigueur, les règles européennes relatives à la concurrence sont intégrées dans le TFUE. Il existe cependant également des droits nationaux de la concurrence, il peut dès lors y avoir une application conjointe d'un droit national de la concurrence et du droit européen de la concurrence à une pratique, lorsque le critère de « l'affectation du commerce entre Etats membres » est rempli. Des règles ont été créés pour éviter que des situations jugées non anticoncurrentielles en droit européen soient cependant interdites par l'application du droit national, sous réserve de l'exception contenue à l'article 102 TFUE. D'autres règles notamment de consultation et de dessaisissement ont également été mises en place afin d'éviter tout conflit et incohérence. Un tel système n'existe pas concernant la réglementation de la publicité comparative. En effet, le droit belge de la publicité comparative est une transposition de la directive européenne, la Belgique a donc dû se conformer au droit européen. Il s'agit d'une transposition complète, exhaustive : aucune condition de licéité d'une publicité comparative ne peut être ajoutée et seuls les critères européens doivent être utilisées pour juger de cette licéité. Il n'existe donc pas de pluralisme juridique.

Au niveau des objectifs poursuivis, le droit de concurrence va s'assurer dans un premier temps de contrôler le pouvoir de marché. Dans sa conception européenne, le droit de la concurrence a développé une seconde facette, celle de la protection de la concurrence. Il n'en reste pas moins que le droit de la concurrence est plutôt un droit régulateur. En revanche, le droit de la publicité comparative, faisant partie de la branche du droit de la consommation, a pour objectif principal la protection des consommateurs. Cet objectif de protection des consommateurs fait toutefois également partie des objectifs du droit de la concurrence. Sa mise en vigueur est néanmoins principalement indirecte et l'intensité de protection varie, les dispositions du droit de la concurrence étant interprétées à la lumière de cet objectif presque uniquement dans le cas où il coïncide avec les autres objectifs du droit de la concurrence. On remarque ici une première similitude entre les deux ensembles de règles. Outre des origines géographiques communes, le droit de la concurrence et le droit de la publicité partagent un objectif commun qu'ils poursuivent cependant à des intensités différentes.

Une deuxième similarité s'observe dans l'utilisation de la notion d'« entreprise » en vue de définir le champ d'application de ces deux corps de règles. A quelques différences près, les définitions de la notion se recoupent. Abstraction faite du problème de l'exclusion des professions libérales (que le législateur tenta de régler dans le nouveau Code de droit économique) et l'inclusion des associations, le concept d'entreprise se définit de la même manière. Cette similitude est facilement compréhensible dans la mesure où le législateur belge s'inspira de la conception de l'entreprise en droit européen de la concurrence et dans la L.C.E. Les travaux préparatoires de la L.P.M.C. mentionnent également qu'il y a lieu de se référer à la conception de l'entreprise en droit de la concurrence ainsi qu'à la jurisprudence européenne et nationale qui y est relative.

Jusque très récemment, on pouvait donc penser que, mis à part les quelques différences relevées, cette notion pouvait être définie et interprétée de la même façon. Par conséquent, la création d'une définition unique de l'entreprise ne posait aucun problème. C'est d'ailleurs ce que le législateur belge a fait dans le Code de droit économique, en insérant une définition unique de l'entreprise pour définir le champ d'application de l'entièreté du Code et donc logiquement des Livres IV et VI qui traitent respectivement de la protection de la concurrence et des pratiques du marché et de la protection du consommateur.

C'était compter sans l'arrêt *BKK* rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne le 3 octobre 2013⁴⁰¹. Bien qu'une législation belge ne soit pas directement en cause, cet arrêt a de lourdes conséquences au niveau de l'interprétation de la notion d'entreprise en droit de la consommation belge. La Cour de justice indique qu'il y a lieu d'interpréter la notion d'entreprise concernant les secteurs social et public sans tenir compte de la nature réelle des activités que ces entités exercent. Cette interprétation est en contraction avec la volonté du législateur belge. En effet, selon ce dernier, les indices dégagés en droit de la concurrence pour dénier le caractère d'entreprise à des entités du secteur social et du secteur public doivent également s'appliquer à la notion d'entreprise dans le cadre des pratiques du marché. La jurisprudence européenne n'est cependant pas de cet avis et, suivant l'interprétation de la Cour, la notion d'entreprise devra être interprétée plus extensivement dans le cadre du Livre VI que concernant le Livre IV. Sous le couvert d'une définition se cache en fait deux significations.

On peut se demander si le législateur va intervenir pour résoudre ce problème. Il semblait difficile pour celui-ci d'intervenir *a priori* sachant que cette définition unique fut insérée dans le Code de droit économique par une loi du 7 novembre 2013⁴⁰², soit à peine un peu plus d'un mois après l'arrêt *BKK*. Qui plus est, l'adoption de ce Code fut déjà très difficile notamment au niveau politique. De nombreuses critiques furent d'ores et déjà émises à l'égard du Code de droit économique notamment le fait qu'il ne s'agit pas d'une codification véritable comme annoncée au départ ou encore qu'à côté du livre de définitions générales, il existe des définitions spécifiques à certains livres, ce qui rompt avec l'objectif d'uniformisation des concepts⁴⁰³. L'arrêt *BKK* crée, quant à lui, une nouvelle brèche dans cet objectif d'uniformisation des concepts. La Belgique sera peut-être un jour sanctionner pour cette définition unique. Ce ne serait en tout cas pas la première fois que la Commission introduit un recours en manquement contre la Belgique concernant le champ d'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques du marché.

Enfin, une troisième et dernière similitude doit être soulignée. Le droit de la concurrence ainsi que le droit de la publicité comparative font appel à la notion de

⁴⁰¹ C.J.C.E., 3 octobre 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634.

⁴⁰² Loi du 7 novembre 2013 portant insertion du titre I^{er} « Définitions générales » dans le Livre I^{er} « Définitions » du Code de droit économique, *M.B.*, 29 novembre 2013.

⁴⁰³ N. THIRION, *op. cit.*, p. 19.

substituabilité. Ce concept utilisé en droit de la concurrence dans la délimitation des marchés pertinents ne s'interprète cependant pas entièrement de la même façon en droit de la publicité comparative. En droit de la concurrence, le degré d'interchangeabilité exigé pour que des produits soient considérés comme substituables et donc qu'ils appartiennent au même marché est très élevé. Au contraire, la définition de la publicité comparative ne requiert qu'un certain degré de substituabilité « entre au moins une partie de la gamme de produits offerts par les entreprises en cause »⁴⁰⁴ en vue de considérer deux entreprises comme concurrentes. Le même raisonnement s'applique à la condition de « même besoins et même objectif », dans la mesure où les produits qui font l'objet de la comparaison ne nécessitent également « qu'un degré suffisant d'interchangeabilité pour le consommateur »⁴⁰⁵.

Les objectifs et les fonctions des ces deux ensembles de règles peuvent expliquer cette variation dans le degré d'interchangeabilité requis. Tandis que le droit de la concurrence tend à protéger la liberté des comportements commerciaux⁴⁰⁶, la réglementation de la publicité comparative ne vient qu'entourer les possibles abus des producteurs tout en laissant ainsi sous-entendre que les avantages que peuvent apporter la publicité comparative aux consommateurs priment sur les risques⁴⁰⁷.

Bien que les différences entre les rapports de concurrence entre ces deux branches du droit privé furent étudiées dans l'arrêt *De Landtsheer Emmanuel* de la Cour de justice, on pourrait néanmoins aspirer à plus de précision. Cependant, les arrêts concernant l'interprétation à donner aux dispositions relatives à la publicité comparative sont rares, seuls neuf sont à dénombrer à ce jour⁴⁰⁸. On peut toutefois douter que ce faible nombre d'arrêts provienne de la clarté des dispositions, il semble plutôt être dû au caractère marginal de l'utilisation de la publicité comparative en Europe.

⁴⁰⁴ C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, point 33.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, point 44.

⁴⁰⁶ G. ANAGNOSTARAS, « The application of the harmonised standards on comparative advertising : some recent developments », *E.L. Rev.*, 2007, p. 246.

⁴⁰⁷ L. FEDEL, *op. cit.*, p. 462.

⁴⁰⁸ C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Lidl*, C-159/09, *Rec. C.J.C.E.*, 2010, p. I-11761 ; C.J.C.E., 18 juin 2009, *L'Oréal*, C-487/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-05185 ; C.J.C.E., 12 juin 2008, *O2*, C-533/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-04231 ; C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115 ; C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl Belgium*, C-356/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-08501 ; C.J.C.E., 23 février 2006, *Siemens*, C-59/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-08501 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-3095 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945 ; C.J.C.E., 16 janvier 1992, *Procédure pénale*, C-373/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1992, p. I-00131.

BIBLIOGRAPHIE

1 : LEGISLATION

1.1 LEGISLATION EUROPEENNE

- Articles 101 et 102 TFUE.
- Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, 27 décembre 2006, *J.O.*, L 376.
- Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), 11 juin 2005, *J.O.*, L 149.
- Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, 23 octobre 1997, *J.O.*, L 290.
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 29 janvier 2004, *J.O.*, L 24.
- Règlement (CE) n° 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, 4 janvier 2003, *J.O.*, L 1.
- Règlement (CEE) n° 26/62 du Conseil du 4 avril 1962, portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, 20 avril 1962, *J.O.*, L 30.
- Explanatory Memorandum to the Draft of 1991, COM(91)147 final-SYN 343, Brussels, 21 June 1991.

1.2 : LEGISLATION BELGE

- Livre IV, V, VI et XIV du Code de droit économique.
- Loi du 15 mai 2014 portant insertion du Livre XIV Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale, dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XIV et des dispositions d'application au Livre XIV, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014.
- Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions

propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

- Loi du 7 novembre 2013 portant insertion du titre I^{er} « Définitions générales » dans le Livre I^{er} « Définitions » du Code de droit économique, *M.B.*, 29 novembre 2013.

- Loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV «Protection de la concurrence» et du livre V «La concurrence et les évolutions de prix» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du Code de droit économique, *M.B.*, 26 avril 2013.

- Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

- Loi du 5 juin 2007 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 21 juin 2007.

- Loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006, *M.B.*, 29 septembre 2006.

- Loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002.

- Loi du 25 mai 1999 modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 23 juin 1999.

- Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

- Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 27 avril 1999.

- Loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, *M.B.*, 30, juillet 1971.

- Projet de loi portant insertion du Livre XIV «Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV, et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, Procédure d'évocation, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2013-2014, n° 5-2813/2.

- Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n°2340/001.

- Projet de loi sur la protection de la concurrence économique, Exposé des motifs, *Doc parl.*, Ch. repr., sess. ord 2005-2006, n° 2180/001.

- Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 1998-1999, n°2050/1.

2 : DOCTRINE

- ANAGNOSTARAS, G., « The application of the harmonised standards on comparative advertising : some recent developments », *E.L. Rev.*, 2007, pp. 246 et s.
- ANAGNOSTARAS, G., « Bubble wars ! Trade mark use and protected designation of origin in comparative advertising », *E.L. Rev.*, 2009, pp. 316 et s.
- ARCELIN, L., *Droit de la concurrence : Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, PUR, 2009.
- ARCELIN, L., « La publicité comparative, à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents : 1^{ère} partie », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, n° 13, pp. 132 et s.
- ARTS, D. « Enkele krachtlijnen van de nieuwe Belgische mededingingswet », *T.B.M./R.C.B.*, 2007, pp. 16 et s.
- AUTENNE, A., « La notion d'entreprise en droit européen de la concurrence: retour sur un concept clé pour déterminer la sphère d'application de l'ordre concurrentiel » in A. Puttemans (coord.), *Actualité du droit de la concurrence*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 147 et s.
- AUTENNE, A. et THIRION, N., « Le Code de droit économique : une première évaluation critique », *J.T.*, 2014, pp. 706 et s.
- AVGERI, P. et MAGNILLAT, M.-P. (sous la direction de), *Entreprises, concurrence et Europe*, 4^e éd., Vanves, Foucher, 2011.
- BALATE, E., *Unfair advertising and comparative advertising*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.
- BALATE, E. et GOUVERNEUR, M., « L'affaire Christal c. ATAC : un cas d'application de la jurisprudence Lidl (II) de la Cour de Justice », *D.C.C.R.*, 2013, n° 98, pp. 65 et s.
- BALLON, G.-B., « Vergelijkende reclame in België : een overzicht », *D.C.C.R.*, 2013, n° 100-101, pp. 127 et s.
- BALLON, G.-B., « Het identificatievereiste bij reclame », *D.C.C.R.*, 2012, n° 95, pp. 149 et s.
- BATTARD, O., LIGOT, J. et VANBOSSELE, F., *Les pratiques loyales*, Collection Concurrence et pratiques du marché, Bruxelles, Larcier, 2012.
- BELLIS, J.-F., *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- BELLIS, J.-F., « Examen de jurisprudence (2006 à 2011) », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 625 et s.
- BELLON, V. B., « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis », *Rev. éco, industr.*, 1993, n° 63, pp. 10 et s.
- BERTHOLD, N. et LIGOT, J., « Publicité comparative : référence au marché et utilisation de

superlatifs », *ICIP-Ing.Cons.*, 2014, n° 1, pp. 1 et s.

- BIDAUD, L., *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Paris, Litec, 2001.

- BINET, C., « Arrêt « Lidl » : les critères pris en compte pour examiner la licéité d'une publicité comparative », *J.D.E.*, 2011, pp. 34 et s.

- BOSCO, D. et PRIETO, C., *Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

- BRUN, B. et TOULEMONT-DAKOURE, A., « Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence », *Contrats con. consom.*, 2003, n° 11, pp. 8 et s.

- BUTTIGIEG, E., « Consumer interest under EC's competition Rules on Collusive practices », *European Business Law Review*, 2005, pp. 718.

- CHARPIN, A. et DE MUIZON, G., « Délimiter les marchés pertinents ? Autant gratter une jambe de bois jusqu'à ce qu'elle saigne ! », *Concurrences*, 2012, n° 2, pp. 12 à 16.

- COCHOY, F. et ROLAND, R., « La publicité comparative ou comment se faire justice à soi-même en passant par le droit », *R.F.S.*, 2006, pp. 81 et s.

- CORNU, G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014.

- DECHAMPS, P., « Notions d'économie du droit de la concurrence », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre VIII, Livre 91^{ter}, Bruxelles, Kluwer, 2012.

- DECOCQ, A. et DECOCQ, G., *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ - Lextenso, 4^e éd., 2010.

- DE CORDT, Y., DELFORGE, C. et LEONARD, T. e.a., *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011.

- DIANOUX, C. et HERRMANN, J.-L., *Comparative Advertising in Europe: State of the Art and Perspectives*, Conférence, Metz, 24 novembre 2000.

- DOMONT-NAERT, F. et JADOUL, P., *Actualités du droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, FUSL, 2004.

- ESCP, *Publicité comparative*, Paris, ODPP, 1982.

- FARHI, E. et LAMBERT, N., *Les entreprises face à la politique européenne de la concurrence*, Paris, Presses des Mines, 2006.

- FEDEL, L., « La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de publicité comparative, ou le refus du paternalisme judiciaire », in *De Rome à Lisbonne : Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp 460 et s.

- FERRANT, I., *Les pratiques du marché : depuis les lois du 6 avril 2010*, Waterloo, Kluwer, 2011.
- FERRIER, D., « Droit de la concurrence et droit de la consommation », *Cah. Dr. Entr.*, 2000/3, pp. 5 et s.
- FRANCO, B., « La publicité comparative », *J.T.*, 2001, pp. 497 et s.
- FRISON-ROCHE, M.-A. et PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006.
- GERARD, D., « Le droit belge des pratiques restrictives de concurrence » in N. PETIT (sous la direction de), *Le nouveau droit belge de la concurrence - Bilan et perspectives après quatre années d'application*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 11 et s.
- GIACOBBO PEYRONNEL, V., « La protection des consommateurs par le droit de la concurrence : bilan jurisprudentiel », *R.E.D.C.*, 2010, pp. 465 et s.
- GLAIS, M., *Concentration des entreprises & droit de la concurrence*, Paris, Economica, 2010.
- GLAIS, M., « Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence », *Économie rurale*, 2003, n° 277-278, pp. 23 et s.
- GRISAY, D., *Introduction au droit belge de la concurrence*, Collection Concurrence et pratiques du commerce, Bruxelles, Larcier, 2009.
- GOL, D., « Pratiques du marché et protection du consommateur » in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 99 et s.
- HAUKKA, S., « Consumer Protection and EU Competition Law », in H. Kanninen, N. Korjus et A. Rosas (sous la direction de), *EU Competition Law in Context – Essays in Honour of Virpi Tiili*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 131 et s.
- IDOT, L., « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu... », *Europe*, 2002, pp. 6 et s.
- ISTASSE, T., « Arrêt Lidl : La Cour de Justice confirme la licéité de la publicité comparative impliquant des produits alimentaires », *R.E.D.C.*, 2011, p. 419.
- JACQUEMIN, H., « Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de profession libérale », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Anthemis, 2013, p. 170.
- LECLERCQ, D., *Les conventions de cession d'actions : Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 89 et s.
- MAINGUY, D., RESPAUD, J.-L. et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010.
- MANKIW, G. N. et TAYLOR, M. P., *Principe de l'économie*, Bruxelles, De Boeck, 2010.

- MAROZZI, P., « L'œuvre unificatrice de la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine de la publicité comparative : l'interprétation de la condition « mêmes besoins et même objectif » », *Revue libre de Droit*, 2014, pp. 79 et s.
- MCCARTHY, T., *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4^e éd., Saint-Paul, West Group, 2003.
- MOUFFE, B., *Le droit de la publicité*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013.
- NEVO, H., *Definition of the relevant market : (lack of) harmony between industrial economics and competition law*, Collection European studies in law and economics, Cambridge, Intersentia, 2015.
- PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001.
- PUTTEMANS, A., « Le champ de la commercialité. Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code du commerce et de la consommation » in *Bicentenaire du Code de commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel : Edition bilingue français-hollandais*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 31 et s.
- PUTTEMANS, A., « Publicité comparative et appellation d'origine : la Cour de Justice veille à ne pas pousser le bouchon trop loin », *J.L.M.B.*, 2008/4, pp. 137 et s.
- PUTTEMANS, A. (coord.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 8 et s.
- PUTTEMANS, A. et MARCUS, L., « L'interdiction des pratiques déloyales... envers les consommateurs » in *Le droit de la consommation dans le nouveau code de droit économique*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 11 et s.
- ROLAND, N., « Quand la Cour de Justice des Communautés européennes risque de faire le « malheur » des appellations d'origine... », *D.C.C.R.*, 2007, pp. 272 et s.
- ROMANO, C. J., « Comparative advertising in the United States and in France », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2005, pp. 377 et s.
- SÄCKER, F.-J., *The concept of the relevant product market : between demand-side substitutability and supply-side substitutability in competition law*, New York, Peter Lang GmbH, 2008.
- SNAUWAERT, L., « De controleerbaarheidsvereiste inzake vergelijkende reclame : een stand van zaken », in *Pratiques du marché*, Malines, 2011, Kluwers, pp. 127 et s.
- SPENCE, M. et OHLY, A., *The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany*, Oxford, Hart Publishing, 1999.
- STUYCK, J., « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, et leurs conséquences », in *La protection du consommateur après les lois du 6 avril*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 19 et s.

- STUYCK, J., « Pratiques du commerce et concurrence : vers un nouvel équilibre ? », *D.C.C.R.*, 2011, pp. 3 et s.
- STUYCK, J., « Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales », *R.I.D.E.*, 2011, pp. 455 et s.
- TALLON, A., *La procédure*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- THIRION, N., « Le Code de droit économique : présentation générale » in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 9 et s.
- TERRY, E., « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013, pp. 369 et s.
- VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., « Le Livre IV du Code de droit économique : protection de la concurrence », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 32 et s.
- VERDURE, C., « L'abus de position dominante » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., Titre VIII, livre 86, Bruxelles, Kluwer, 2011, pp. 7 et s.
- VERDURE, C., « Chronique de jurisprudence en droit de la consommation de l'UE (2010-2013) », *C.D.E.*, 2014, pp. 201 et s.
- VERHULST, M., « L'incidence du droit européen relatif à la publicité comparative sur les prérogatives des titulaires des marques concernées », *ICIP-Ing.Cons.*, 2008, p. 194.
- VAN BUNNEN, L., « La publicité comparative sous le régime du droit communautaire », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 557 et s.

3 : JURISPRUDENCE

3.1 : JURISPRUDENCE EUROPEENNE

- C.J.U.E., 10 juillet 2014, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-421/12, ECLI:EU:C:2014:2064.
- C.J.C.E., 3 octobre 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV.*, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634.
- C.J.U.E., 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta c. Commission*, C-352/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-2359
- C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-973.
- C.J.U.E., 20 janvier 2011, *General Química e.a.*, C-90/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011 p. I-1.
- C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Lidl*, C-159/09, *Rec. C.J.C.E.*, 2010, p. I-11761.

- C.J.C.E., 24 septembre 2009, *Erste Group Bank AG e.a. c. Commission*, aff. jtes C-125/07, C-133/07, C-135/07 et C-137/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-8681, concl. Av. gén. Y. Bot.
- C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a.*, C-97/08, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-8237.
- C.J.C.E., 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland c. Commission*, C-511/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-5843, concl. Av. gén. P. Mengozzi.
- C.J.C.E., 18 juin 2009, *L'Oréal*, C-487/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-05185.
- C.J.C.E., 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c. Commission*, C-113/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-2207.
- C.J.C.E., 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/7, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-1513.
- C.J.C.E., 1^{er} juillet 2008, *Motoe*, C-49/07, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-4863.
- C.J.C.E., 12 juin 2008, *O2*, C-533/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-04231.
- C.J.C.E., 11 décembre 2007, *ETI e.a.*, C-280/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-10893.
- C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115.
- C.J.C.E., 19 avril 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, C-381/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-03115, concl. Av. gén. P. Mengozzi.
- C.J.C.E., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-11987.
- C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Lidl Belgium*, C-356/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-08501.
- C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-6619.
- C.J.C.E., 11 juillet 2006, *FENIN c. Commission*, C-205/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-6295.
- C.J.C.E., 23 février 2006, *Siemens*, C-59/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-08501.
- C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-289, point 112.
- C.J.C.E., 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-5197.
- C.J.C.E., 8 avril 2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-3095.
- C.J.C.E., 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, C-82/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-9297.
- C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1577.
- C.J.C.E., 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-00691.

- C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-8089.
- C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Toshiba Europe*, C-112/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-7945.
- C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, C-340/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. I-4109.
- C.J.C.E., 20 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C-180/94 à C-180/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. I-06451.
- C.J.C.E., 17 juin 1999, *Société critouridienne de distribution (Socridis) contre Receveur principal des douanes*, C-166/98., *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-03791.
- C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-05751.
- C.J.C.E., 16 septembre 1999, *Bécu*, C-2/98, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-5665.
- C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, C-35/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-3851.
- C.J.C.E., 18 mars 1997, *Diego Cali*, C-343/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, p. I-01547.
- C.J.C.E., 14 novembre 1996, *Tetra Pak c. Commission*, C-333/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-5951, point 13.
- C.J.C.E., 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1995, p. I-4013.
- C.J.C.E., 19 janvier 1994, *SAT / Eurocontrol*, C-364/92, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-0043.
- C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. I-637.
- C.J.C.E., 16 janvier 1992, *Procédure pénale*, C-373/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1992, p. I-00131.
- C.J.C.E., 23 avril 1991, *Hoefner et Elser*, C-41/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-1979.
- C.J.C.E., 9 juillet 1987, *Commision c. Belgique*, C-356/85, *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 3299.
- C.J.C.E., 27 janvier 1987, *Affaire incendie*, C-45/85, *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 405.
- C.J.C.E., 12 juillet 1984, *Hydrotherm c. Compact*, C-170/83, *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 2999.
- C.J.C.E., 14 juillet 1981, *Züchner et Bayerische Vereinsbank*, C-172/80, *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 02021.
- C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, C-85/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. 461.
- C.J.C.E., 20 juin 1978, *Tepea c. Commission*, C-28/77, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. 01391.
- C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, C-27/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. 00207.
- C.J.C.E., 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, C-26/76, *Rec. C.J.C.E.*, p. 01875.

- C.J.C.E., 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a. c. Commission*, aff. jtes C-40/73 à C-48/73, C-50/73, C-54/73 à C-56/73, C-111/73, C-113/73 et C-114/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1975, p. 1663.
- C.J.C.E., 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company c. Commission*, C-6/72, *Rec. C.J.C.E.*, 1973, p. 215.
- C.J.C.E., 13 février 1969, *Walt Wilhelm e.a. / Bundeskartellamt*, C-14/68, *Rec. C.J.C.E.*, 1969, p. 1.
- C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, C-6/64, *Rec. C.J.C.E.*, 1964, p. 1141.
- C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, *Rec. C.J.C.E.*, 1963, p. 3.
- C.J.C.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité*, aff. jtes C-42/59 et C-49/59, *Rec. C.J.C.E.*, 1961, p. 103.
- C.J.C.E., 13 juillet 1962, *Mannesmann AG c. Haute Autorité*, C-19/61, *Rec. C.J.C.E.*, 1962, p. 675.
- T.P.I.C.E., 20 janvier 2007, *France télécom c. Commission*, T-340/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. II-00107.
- T.P.I.C.E., 12 décembre 2006, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, T-155/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. II-4797.
- T.P.I.C.E., 7 juin 2006, *Österreichische Postsparkasse AG et Bank für Arbeit und Wirtschaft AG contre Commission*, aff. jtes T-213/01 et T-214/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. II-01601.
- T.P.I.C.E., 14 décembre 2005, *General Electric c. Commission*, T-210/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. II-5575.
- T.P.I.C.E., 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c. Commission*, aff. jtes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. II-327.
- T.P.I.C.E., 6 juillet 2000, *Volkswagen c. Commission*, T-62/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-2707.
- T.P.I.C.E., 30 mars 2000, *Kish Glass c. Commission*, T-65/96, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-1885.
- T.P.I.C.E., 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, T-288/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. II-02969.
- T.P.I.C.E., 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireaan c. Commission*, T-69/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. II-485.

3.2 : JURISPRUDENCE BELGE

- C.C., 9 juillet 2013, n° 99/2013, *M.B.*, 16 septembre 2013.

- C.C., 15 décembre 2011, n° 192/2011, *M.B.*, 7 mars 2012,
- C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, *M.B.*, 8 juin 2011.
- Anvers, 2 mars 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 142.
- Bruxelles, 15 septembre 2005, *Ann. Prat. Comm.*, 2005, p. 304.
- Comm. Bruxelles, 3 novembre 2004, *R.G.*, n° 02395/04
- Comm. Louvain, 4 novembre 2003, *Ann. Prat. Comm.*, 2003, p. 265.

4 : AUTRES

- Décision de la Commission, du 20 juillet 1999, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998), 8 janvier 2000, *J.O.*, L 005.
- Décision de la Commission, du 30 juillet 1997, déclarant la compatibilité d'une concentration avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace Economique européen, (IV/M.887 - Boeing / McDonnell Douglas), 8 décembre 1997, *J.O.*, L 336.
- Décision de la Commission, du 20 décembre 1996, déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration, (IV/M. 868 - GKN/Brambles/Mabeg), 2 avril 1997, *J.O.*, L 363.
- Décision de la Commission, du 29 novembre 1995, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/34.179 – SCK et FNK), 23 décembre 1995, *J.O.*, L 312.
- Décision de la Commission, du 2 octobre 1991, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun (IV/M.053 - Aérospatiale-Alenia/de Havilland), 5 décembre 1991, *J.O.*, L 334.
- Décision de la Commission, 18 juillet 1988, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/30.178 - Napier Brown/British Sugar), 19 octobre 1988, *J.O.*, L 284.
- Décision de la Commission, du 30 juin 1970, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité C.E.E. (IV/24055 - Kodak), 7 juillet 1970, *J.O.*, L 147.
- Décision de la Commission, du 18 juin 1969, relative à une demande d'attestation négative (IV/22548 - Christiani & Nielsen), 5 juillet 1969, *J.O.*, L 165.
- Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 9 décembre 1997, *J.O.*, C-372.

- OCDE, *Table ronde sur le marché pertinent : Note de la délégation française*, 21 mai 2012, DAF/COMP/WD(2012)16.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

