

Décision n°2002-V/M-91 du 20 décembre 2002

Affaire CONC-V/M 02/0037: Ministre de l'Économie / ARGB et consorts

Vu la lettre datée du 13 juin 2002 émanant du Ministre de l'Économie dénonçant au Conseil de la concurrence l'existence d'indices d'une entente en matière de prix des contrôles d'installations au gaz naturel effectués par les organismes agréés et demandant d'ouvrir une instruction sur base de l'article 23, §1er C de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (en abrégé LPCE) et de prendre des mesures provisoires sur base de l'article 35 de cette loi ;

Vu le dossier d'instruction et le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 20 septembre 2002 transmis au Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure en mesures provisoires;

Vu la fixation de la procédure en mesures provisoires à l'audience du 23 octobre 2002 ;

Vu la demande de remise du 21 octobre 2002;

Vu l'audience du 23 octobre 2002 à laquelle étaient présents :

- Monsieur F. de Lichtervelde représentant l'ARGB, assisté par Me F. Herbert et Me D. Arts;
- Monsieur R. Byl, représentant AIB Vinçotte;
- Messieurs Yves Lemense et Michel Smekens, représentants de BTV;
- Monsieur Alain Verhoyen, représentant SGS;
- Monsieur Sébastien Ledure, représentant Apragaz. ;
- Monsieur Patrick Marchand représentant le Corps des Rapporteurs.

Vu le plumeitif d'audience du 23 octobre 2002 remettant l'examen de l'affaire au 22 novembre 2002 et fixant un échéancier pour le dépôt des observations des parties;

Vu les notes déposées par les parties et spécialement :

- le mémoire d'observations de l'ARGB daté du 15 novembre 2002 ;
- le mémoire de l'ASBL AIB-Vincotte daté du 15 novembre 2002 ;
- le mémoire de l'ASBL Bureau Technique Verbruggen daté du 15 novembre 2002 ;
- la note de plaidoirie reçue le 22 novembre 2002 de l'ASBL Apragaz ;

Entendu à l'audience du 22 novembre 2002

- Pour l'ARGB : Monsieur F. de Lichtervelde, son Secrétaire général assisté par Maître F. Herbert et Maître D. Arts, avocats à Bruxelles ;
- Pour AIB-Vincotte : Maître R. Byl, avocat à Bruxelles ;
- Pour BTV : Monsieur Miesse ;
- Pour Apragaz : Maître S. Ledure, avocat à Bruxelles ;
- Pour SGS : Monsieur A. Verhoyen ;
- Pour OCB : Monsieur Croas ;
- Pour le Corps des Rapporteurs : Monsieur P. Marchand, Rapporteur assisté par Mesdames Fassin, Godin et Dubois ;

Vu les pièces de la procédure ;

Vu les dispositions de la LPCE et spécialement l'article 35 qui prévoit que « le Président du Conseil de la concurrence peut, sur demande d'un plaignant ou du Ministre de l'Économie, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave,

imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général ».

I. Les parties incriminées

1.1. L'Association Royale des Gaziers Belges

L'Association Royale des Gaziers Belges, société technique de l'Industrie du Gaz (en abrégé ARGB et en néerlandais, KVBG, Koninklijke Vereniging van de Belgische Gasvaklieden, Technische Maatschappij van Belgische Gasvaklieden) est une association sans but lucratif dont le siège est établi avenue Palmerston 4 à 1000 Bruxelles, et dont le siège d'exploitation est établi à Linkebeek, Rodestraat, 125 ;

1.2. Les organismes agréés de contrôle pour les installations au gaz naturel

Les organismes de contrôle agréés sont actuellement les suivants:

- AIB-Vinçotte Belgium asbl, ayant son siège avenue André Drouart 27-29 à 1160 Bruxelles ;
- Association des propriétaires de récipients à gaz comprimés, liquéfiés ou dissous (en abrégé APRAGAZ), ayant son siège chaussée de Vilvorde 156 à 1120 Bruxelles ;
- Vereniging voor Arbeidsveiligheid door Techniek en Controle vzw (en abrégé ATK), ayant son siège Rijmenansesweg 109 à 2820 Bonheiden ;
- Bureau Technique Verbruggen asbl (en abrégé BTV), ayant son siège boulevard Clovis 15 à 1000 Bruxelles;
- OCB vzw, ayant son siège Koningin Astridlaan 60 à 2550 Kontich ;
- SGS Bureau Nivelles asbl, ayant son siège boulevard Sylvain Dupuis 243 à 1070 Bruxelles ;
- Electro Test Opleidingscentrale vzw, ayant son siège Kerkstraat 35 à 1820 Melsbroek.

II. Les faits

Par lettre du 23 janvier 2002 (doc. 01 003), le Ministre de l'Économie a été informé des faits suivants :

Un particulier dénommé Pierre Richard souhaitant ouvrir le compteur de gaz de son fils et devant obtenir pour ce faire une attestation de conformité de l'installation, s'est adressé à plusieurs organismes de contrôle agréés, habilités à délivrer une telle attestation de conformité.

Cette personne a dans un premier temps pris contact avec l'asbl AIB VINCOTTE qui lui a signalé que le prix du contrôle était de 151 € quelle que soit l'importance de l'installation, et ce pour chaque compteur de l'immeuble. L'asbl AIB VINCOTTE lui a précisé que ce prix (qui lui paraissait excessif), était fixé par l'ARGB et que les organismes de contrôle étaient tenus d'en reverser une partie à cette dernière.

Monsieur Richard a ensuite pris contact avec l'asbl BTV. Cette association pratiquait le même prix. Le préposé de cet organisme de contrôle lui a confirmé que le montant était imposé par l'ARGB et lui a signalé qu'il avait entendu dire qu'une partie du prix devait être ristournée à l'ARGB.

Monsieur Richard a ensuite pris contact avec l'ARGB qui a nié ces allégations et affirmé, (toujours selon les propos de Monsieur Richard repris dans son courrier adressé le 23 janvier 2002 au Ministre de l'Économie), que les organismes de contrôle s'abritaient derrière elle pour pratiquer des tarifs exorbitants.

Par ailleurs, le Ministre de l'Économie est également entré en possession d'un procès-verbal (portant les références HAB/OC/PV 01-02) d'une réunion du 7 novembre 2001 tenue entre l'ARGB et les

organismes de contrôle suivants: AIB VINCOTTE, APRAGAZ, ATK, BTV, OCB, SGS Bureau Nivelles (doc. 01.010).

Au point 4 de ce procès-verbal intitulé «Afspraken voor 2002», une distinction est opérée entre les contrôles effectués par les organismes agréés d'une part, dans le cadre de l'habilitation et d'autre part, dans le cadre de la filière libre.

Pour les contrôles effectués dans le cadre de l'habilitation, un prix de 75 € hors TVA est fixé pour la facturation en 2002.

Le procès verbal HAB/OC/PV 01-02 révèle également que dans le cadre de la filière libre, une fourchette de prix variant entre 125 et 200 € hors TVA a été fixée pour des contrôles standard d'installations effectuées par un client installateur ordinaire ("gewone installateur klant"), à savoir un installateur "non habilité" ou un particulier.

Le point 4.2.2. de ce procès-verbal mentionne également que pour les contrôles demandés par un installateur ayant introduit une demande d'habilitation recevable, les organismes agréés facturent leurs prestations à concurrence de 65 €(+TVA) au client (c'est à dire à l'installateur « non habilité » ou au particulier) et 15 €(hors TVA) à l'ARGB.

Par ailleurs, des fonctionnaires du ministère des affaires économiques appartenant respectivement à l'administration de la qualité et de la sécurité et à l'administration de l'énergie (division gaz – électricité) siègent également en qualité d'observateurs au sein du conseil de l'habilitation.

Par courrier du 7 mars 2002 adressé au secrétariat du conseil de l'habilitation, ces fonctionnaires avaient déjà fait remarquer que «l'organisme de contrôle doit agir en toute indépendance vis-à-vis du client. Il doit en être de même pour les organismes agréés travaillant pour le secrétariat du conseil de l'habilitation. Dès lors, la mention d'un prix établi et fixe nous paraît être en totale contradiction avec la liberté des prix dont doivent bénéficier les organismes de contrôle».

III. Griefs invoqués

Il est fait grief aux organismes de contrôle agréés et au secteur gazier de s'être concertés sur le prix à pratiquer lors des contrôles des nouvelles (parties d') installations intérieures au gaz naturel exigés avant l'ouverture de compteur.

IV. Le cadre réglementaire

1. les arrêtés royaux applicables aux installations construites sur le domaine public

Deux arrêtés royaux datés respectivement du 11 mars 1966 et du 28 juin 1971 déterminent les mesures de sécurité à prendre lors de l'établissement et l'exploitation des installations de distribution de gaz par canalisations. Ces arrêtés précisent notamment les conditions de construction, d'entretien et d'exploitation des installations de distribution de gaz construites sur le domaine public par les sociétés distributrices de gaz.

2. les règlements applicables aux installations intérieures

A. Les dispositions normatives

Le chapitre VII de l'arrêté royal du 28 juin 1971 susvisé est consacré aux installations intérieures et détermine en son article 48 qu' « à l'ouverture du compteur, le distributeur de gaz s'assure que les installations intérieures sont étanches à la pression de distribution. De plus, s'il s'agit d'une installation ou partie d'installation neuve, le distributeur exigera de l'installateur une attestation de conformité de

l'installation aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur ». L'article 49 de cet arrêté royal prévoit que « les essais, épreuves et contrôles prévus par le présent arrêté sont exécutés à la diligence et aux frais du distributeur de gaz ».

B. Le « règlement - type » du « Comité de Contrôle de l'Électricité et du Gaz »

Le Comité de Contrôle de l'Électricité et du Gaz (en abrégé CCEG) dans une recommandation du 13 décembre 1989 a établi un « règlement type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique ». Ce règlement régit les rapports entre le distributeur et l'abonné. Il détermine les conditions relatives au branchement, les conditions en matière d'installation, les conditions de mise à disposition et de prélèvement de gaz et enfin, des règles en matière de sécurité

Le règlement-type prescrit qu'à l'ouverture du compteur, le distributeur de gaz s'assure que les installations intérieures sont étanches à la pression de distribution, et impose au distributeur d'exiger de l'installateur une attestation de conformité aux normes correspondantes en vigueur s'il s'agit d'alimenter une installation neuve ou partie d'installation neuve. Par installations intérieures, il faut entendre les installations constituées de la tuyauterie et des accessoires en aval du compteur.

Les distributeurs de gaz ayant constaté que de nombreux incidents voire d'accidents parfois très graves étaient encore à déplorer en raison de l'absence ou du non-respect des normes de sécurité, ont souhaité pouvoir mieux maîtriser les facteurs de risques et n'approvisionner en gaz naturel que les installations alimentant des appareils de qualité, installés dans des locaux correctement ventilés, disposant de conduits efficaces d'évacuation de fumées, alimentés par des canalisations correctement construites à l'aide de matériaux appropriés et d'accessoires spécialement conçus pour le combustible gazeux.

Dans cette optique, il a été décidé au sein du secteur concerné que l'alimentation en gaz naturel d'une installation intérieure neuve ou partie d'installation intérieure neuve, devait être subordonnée à la remise au distributeur, lors de l'ouverture du compteur, soit d'une attestation de conformité établie par un installateur "habilité", soit d'une attestation établie par un installateur non-habilité, mais accompagnée d'un schéma de l'installation réalisée et validée, après contrôle sur les lieux, par un rapport favorable d'un organisme agréé pour le contrôle des installations intérieures alimentées au gaz naturel.

L'article IV du règlement type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique précité a dès lors été modifié par la recommandation du CCEG du 12 juillet 2000. Cette modification de l'article IV du règlement type est entrée en vigueur le 1er janvier 2002 et est imposée contractuellement à tout abonné depuis cette date.

Le nouvel article IV du règlement type est libellé comme suit :

« L'installation intérieure (c.-à-d. en aval du compteur gaz), les appareils d'utilisation ainsi que le placement et le raccordement des appareils d'utilisation sont soumis aux dispositions légales et aux règlements en vigueur au moment du placement ou du raccordement, dont notamment les normes NBN D 51-003 « Installations alimentées en gaz combustible plus léger que l'air, distribué par canalisations » et NBN D 51-004 « Installations alimentées en gaz combustible plus léger que l'air distribué par canalisations – Installations particulières » publiées par l'Institut Belge de Normalisation, complétées par les conditions techniques particulières du distributeur. Celles-ci comprennent également des exigences en matière de ventilation et d'évacuation des produits de combustion telles que celles reprises dans la NBN D 51-001, et respectivement dans les NBN B 61-001 ou NBN B 61-002.

A l'ouverture du compteur de gaz, le distributeur s'assure que l'installation intérieure est étanche à la pression de distribution.

De plus, s'il s'agit d'une installation ou partie d'installation intérieure neuve, l'installateur est tenu de fournir au distributeur une attestation de la conformité de l'installation intérieure aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur. Cette attestation est constituée d'une déclaration en ce sens de l'installateur, c'est-à-dire celui qui a réalisé l'installation, accompagnée d'un schéma de principe de l'installation qu'il a réalisée ; l'attestation doit être validée, après contrôle sur les lieux, par un rapport d'un « organisme de contrôle agréé ». Au cas où celui qui a réalisé l'installation est « installateur habilité », l'installation est présumée conforme aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur et la validation par un « organisme de contrôle agréé » ne sera pas demandée par le distributeur.

Est « installateur habilité », l'installateur qui est habilité conformément au règlement établi par le Conseil de l'Habilitation, composé de représentants d'organisations professionnelles belges qui rassemblent les installateurs d'installations gaz naturel, de l'a.s.b.l. Figaz et des Ministres ou Secrétaires d'Etat fédéraux ayant l'énergie et la protection de la consommation dans leur compétence.

Est « organisme de contrôle agréé », l'organisme de contrôle qui est reconnu conformément à l'article 8 de l'arrêté royal du 11 mars 1966 déterminant les mesures de sécurité à prendre lors de l'établissement et dans l'exploitation des installations de transport de gaz par canalisations. Deux ans après l'entrée en vigueur de la réglementation précisant les procédures nécessaires, un organisme de contrôle devra être accrédité par BELTEST, système d'accréditation mis en place par l'arrêté royal du 22 décembre 1992, pour le contrôle des installations intérieures au gaz naturel pour être « organisme de contrôle agréé ... ».

C. Le « règlement » établi par le conseil de l'habilitation et la procédure d'habilitation

Les acteurs du secteur du gaz ont estimé devoir créer un « conseil de l'habilitation » composé de membres issus des associations professionnelles d'installateurs (FBIC, UBIC, NACEBO INSTALLATEURS) et de représentants de l'industrie gazière (ARGB). Des fonctionnaires du ministère des affaires économiques assistent également aux réunions de ce conseil en qualité d'observateurs (pour ce qui concerne les aspects réglementaires et normatifs en rapport avec la sécurité des appareils à gaz et des installations).

Ce conseil de l'habilitation n'a toutefois aucun statut, ni aucune personnalité juridique.

La présidence du conseil de l'habilitation est assurée par un représentant du secteur gazier. L'Association Royale des Gaziers Belges assure son secrétariat et l'héberge dans ses locaux.

Ce conseil de l'habilitation statue à la majorité des voix exprimées (sauf dans le cas d'une modification du règlement où l'unanimité des voix est requise); en cas d'égalité de voix, celle du président est prépondérante.

Ce conseil a élaboré le 24 août 2000 un « règlement pour l'habilitation des installateurs gaz naturel » qui définit les droits et devoirs des installateurs habilités d'installations intérieures au gaz naturel, des centres de formation et des organismes de contrôle dans le cadre de l'habilitation.

Seules les personnes morales ou les personnes physiques ayant un statut d'employeur ou de travailleur indépendant autonome comme profession principale peuvent introduire une demande valable.

Pour être reconnu en tant qu'installateur habilité, le demandeur - personne physique ou pour les personnes morales, le chef d'entreprise,- doit avoir obtenu un certificat d'établissement au titre d'installateur-sanitaire, d'installateur en chauffage central ou d'installateur d'appareils de chauffage indépendant et doit introduire une demande auprès du secrétariat du conseil de l'habilitation qui examine la recevabilité de celle-ci. Il doit également avoir suivi une formation technique spécifique ayant pour objet les installations au gaz naturel dans un centre de formation agréé. Les frais de cette formation sont à charge du demandeur.

Endéans les deux semaines suivant la communication de la recevabilité de la demande, le demandeur doit verser le montant de l'inscription fixé par le conseil de l'habilitation.

Pour obtenir un numéro d'habilitation, l'installateur établit une liste des dix travaux les plus récents qu'il a effectués sur des installations intérieures au gaz naturel au cours des dix-huit derniers mois.

Le secrétariat du conseil de l'habilitation désigne deux installations de cette liste et charge un organisme de contrôle agréé de contrôler dans un délai d'un mois lesdits travaux en vérifiant leur conformité aux normes applicables. Les frais résultant de ces contrôles sont payés par l'ARGB pour le compte du conseil de l'habilitation. Si le rapport de l'organisme de contrôle est favorable, le conseil attribue un numéro d'habilitation à l'installateur. La décision du conseil de l'habilitation doit être rendue endéans un délai de 100 jours après la réception du paiement du montant de l'inscription.

L'installateur est habilité pour une période de 5 ans.

Chaque année, il communique au conseil de l'habilitation une liste des travaux qu'il a réalisés sur les installations et appareils au gaz naturel -y compris les nouvelles installations- au cours de l'année précédente. Le secrétariat choisit (généralement) un travail (très rarement plusieurs travaux) dans cette liste et demande à un organisme de contrôle agréé et retenu par le conseil de procéder à une vérification de conformité de l'installation réalisée. L'organisme de contrôle dispose pour ce faire d'un délai de 2 mois après réception de la demande. Les frais de ce(s) contrôle(s) sont également payés par l'ARGB pour compte du conseil de l'habilitation.

Le conseil de l'habilitation sur base du rapport de l'organisme de contrôle, décide si l'habilitation de l'installateur peut être maintenue. Dans le cas contraire, l'installateur est informé des insuffisances constatées et du fait que ces dernières empêchent le maintien de l'habilitation.

De plus, afin de conserver son habilitation, l'installateur habilité est tenu de suivre une formation permanente, dont le programme est défini chaque année par le conseil de l'habilitation en tenant compte des lacunes et des insuffisances relevées lors des contrôles effectués par les organismes de contrôle. Le conseil peut décider de définir un programme complémentaire particulier si les normes font l'objet de modifications majeures ou si de nouvelles normes sont publiées. L'article 9.6 prévoit que les frais éventuels sont à charge du demandeur.

Par ailleurs, l'habilité doit verser annuellement au conseil de l'habilitation une somme fixée par celui-ci. Cette somme n'est pas versée la première année mais seulement les quatre dernières années de son habilitation.

Le règlement ne prévoit pas encore les règles applicables lors du renouvellement de l'habilitation qui a lieu tous les 5 ans. Le Conseil de l'habilitation s'engage à compléter ce point en temps utile.

D. Maintien de la procédure en filière libre

L'article IV du règlement type tel que modifié par la recommandation du 12 juillet 2000 du CCEG rappelle en préambule que l'installation peut également être réalisée par un installateur (non habilité) ou un particulier qui doit dans ce cas faire valider au préalable une attestation destinée au distributeur par un organisme de contrôle agréé.

Par cette attestation, l'organisme de contrôle atteste de la conformité de l'installation intérieure aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur. Cette attestation est constituée d'une déclaration en ce sens de l'installateur (c'est-à-dire celui qui a réalisé l'installation), accompagnée d'un schéma de principe de l'installation qu'il a réalisée. L'attestation doit ensuite être validée, après contrôle sur les lieux, par un rapport d'un organisme de contrôle agréé". L'article 14.5.2 du règlement de l'habilitation précise que l'organisme agréé dispose d'un délai de 5 jours pour effectuer ce contrôle.

V. Marchés concernés

Le Corps des Rapporteurs propose de retenir comme marché de services concerné, celui du contrôle des installations intérieures alimentées au gaz naturel, et d'établir une distinction entre les contrôles effectués dans le cadre de l'habilitation et ceux effectués dans le cadre de la filière libre.

Si on peut retenir à ce stade de l'instruction, dans le cadre de la présente procédure de mesures provisoires, cette définition du marché concerné, encore faudra-t-il vérifier dans le cadre de l'instruction au fond si d'autres marchés de services ne sont pas également concernés, et notamment le marché des installations intérieures au gaz naturel.

En effet, les éléments recueillis à ce jour dans le cadre de cette procédure semblent indiquer *prima facie* que le marché du placement et de la rénovation d'installations intérieures au gaz naturel pourrait également être concerné.

VI. En droit

En vertu de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, « le Président du Conseil de la concurrence peut sur demande du plaignant ou du Ministre, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts économiques sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général. »

Conditions d'octroi de mesures provisoires

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 LPCE puissent être prononcées par le Président du Conseil de la concurrence, il faut que trois conditions soient cumulativement remplies :

1. l'existence d'une instruction ouverte sur base d'une plainte d'une entreprise préjudiciée ou d'une demande du Ministre de l'Économie ;
2. l'existence *prima facie* d'une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique;
3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef du plaignant ou de nature à nuire à l'intérêt économique général.

1. Existence d'une instruction

La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique prévoit expressément en son article 23, § 1er c, que l'instruction des affaires par le Corps des rapporteurs peut également se faire sur demande du Ministre de l'Économie lorsque des indications sérieuses le justifient. L'article 24, § 1er de cette loi précise que ces demandes et les plaintes relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont introduites devant le Conseil de la concurrence qui les transmet au Corps des Rapporteurs pour instruction.

Dans le cas d'espèce, la demande a été introduite par le Ministre de l'Économie auprès du Conseil de la concurrence le 12 juin 2002. Cette demande a été transmise pour instruction au Corps des Rapporteurs le 14 juin 2002.

Ce point n'est pas discuté par les parties

2. Existence d'une infraction prima facie

Comme le fait remarquer Laurence IDOT , "les exigences relatives à l'établissement de l'infraction ne sauraient être les mêmes pour une demande de mesures provisoires et pour une interdiction finale. L'appréciation doit nécessairement être plus souple dans le premier cas."

Il convient par conséquent d'examiner si sur base des éléments dont on dispose à ce stade de la procédure, une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique au sens des articles 2 et/ou 3 de cette loi, existe prima facie.

Dans le cas d'espèce, il est fait grief aux parties de s'être entendus au niveau de la fixation des prix des contrôles à opérer par les organismes de contrôle lors de l'ouverture des compteurs de gaz, en violation de l'article 2 LPCE.

Pour rappel, l'article 2 LPCE est libellé comme suit :

« § 1er. Sont interdits, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

§ 2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

Il importe ainsi de vérifier si les conditions d'application de l'article 2 LPCE sont ou non réunies sur base des éléments repris au dossier et d'analyser les arguments des parties.

a. Les parties sont-elles des entreprises ou des associations d'entreprises ?

L'article 2 LPCE interdit toutes pratiques restrictives de concurrence entre entreprises ou associations d'entreprises.

En vertu de l'article 1er, a, LPCE, par entreprise, il faut entendre toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique.

Les organismes de contrôle agréés effectuent contre rémunération, divers contrôles et notamment des contrôles portant sur les installations intérieures de gaz naturel. Ils sont donc indubitablement des entreprises au sens de la loi.

Les organismes de contrôle présents ou représentés dans le cadre de cette procédure ne contestent d'ailleurs pas cette qualité. Ce concept d'entreprise doit en effet être entendu dans son acceptation la plus large et couvrir toute entité engagée dans des activités économiques, industrielles ou commerciales telles que production, distribution ou prestation de services. Cette notion d'entreprise

atteint ainsi toute personne physique ou morale même constituée sous forme d'ASBL, qui prend part à une activité économique.

L'Association Royale des Gaziers Belges conteste être une association d'entreprises au sens de l'article 2 de la loi. Elle soutient que ses membres ne représentent ni n'engagent l'entreprise à laquelle ils appartiennent ou à laquelle ils auraient appartenu.

L'ARGB a précisé lors de l'instruction et dans son mémoire d'observations qu'elle est une association sans but lucratif composée de deux catégories de membres, en l'espèce des membres effectifs et des membres associés.

Les membres effectifs doivent être attachés à une exploitation gazière en qualité d'administrateur, directeur, ingénieur soit de société de production, de transport ou de distribution du gaz, ou avoir la qualité de fonctionnaire, effectif ou honoraire soit de services communaux, intercommunaux, provinciaux ou gouvernementaux.

Les membres associés doivent soit être attachés à une société de construction d'appareils, d'engins, de matériaux ou de produits concernant spécialement l'industrie du gaz, en qualité d'administrateur, directeur, ingénieur, technicien ou représentant, soit s'occuper de questions se rattachant à l'industrie gazière. La qualité de membre associé peut être attribuée à toute firme, société ou association de personnes dont l'activité s'exerce soit complètement, soit partiellement, dans tout domaine se rattachant directement à l'industrie du gaz. Le nombre des membres associés est limité par le Comité. Les membres associés ne peuvent en outre participer à la direction et à la gestion de l'ARGB.

« Deux comités exécutifs, le Comité Exécutif Marketing (CEM) et le Comité Exécutif Technique (CET) composés des responsables des entreprises membres de Figaz, pilotent les missions confiées à l'ARGB par Figaz. ».

Elle a notamment pour objet en vertu de l'article 3 de ses statuts:

- d'établir des échanges d'informations entre ses membres ;
- de propager parmi ses membres les découvertes et procédés utiles et de les informer des progrès scientifiques et industriels du secteur ;
- de publier les travaux de ses membres et ceux des tiers intéressant le secteur ;
- de mettre en place des moyens d'étude sur les questions relatives à l'industrie gazière qui offrent un intérêt général ou qui ne concernent qu'un membre en particulier ;
- de mettre à la disposition de ses membres la documentation dont elle dispose ;
- de vulgariser, parmi les autorités et le public, l'emploi du gaz dans toutes ses applications ;
- de défendre par tous les moyens utiles et même par la voie judiciaire, les intérêts généraux de l'industrie du gaz.

Un examen attentif des pièces du dossier révèle que l'Association Royale des Gaziers Belges doit être considérée comme une association d'entreprises et ce pour divers motifs.

Outre le fait que par sa dénomination sociale, cette association semble déjà vouloir indiquer qu'elle se considère comme étant l'association des gaziers belges, force est également de constater que l'ARGB est une instance composée de responsables des entreprises membres de la Fédération de l'Industrie du Gaz (FIGAS) et se voit conférer par cette fédération des missions spécifiques. Le siège de l'ARGB est le même que celui de la Figaz. Le Secrétaire général de la Figaz est également le Secrétaire général de l'ARGB.

L'examen des procès-verbaux joints au dossier révèle d'ailleurs que la distinction entre la Figaz et l'ARGB, n'est pas toujours évidente (cfr notamment le pv du 24 avril 2002 repris sous doc. 03 057).

En outre, il est peu crédible de soutenir que les décisions prises par l'ARGB ne sont pas en fait suivies par les entreprises du secteur.

Il échet également de relever que c'est l'ARGB qui a introduit dans le courant de l'après-midi du 21 novembre 2002, soit à quelques heures de l'audience de plaidoirie fixée dans le cadre de la présente procédure de mesures provisoires, une demande d'attestation négative et à titre subsidiaire, d'exemption fondée sur les articles 6 et 7 LPCE, et ce en qualité d'association d'entreprises (cfr page 2 du formulaire section 1. Identité des participants 1.1 identité du demandeur ou du notifiant et le libellé de l'article 6 indiquant les personnes ayant qualité pour introduire cette demande).

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que tous les membres d'une association soient des entreprises au sens de la loi pour la qualifier d'association d'entreprises.

En effet, dans la décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 1er juillet 2002 (réf. 2001/MR/10 Daems Racing B./Autosportfeder), il est spécifié au deuxième considérant "Overwegende dat er alleen maar sprake is van een ondernemingsvereniging wanneer de natuurlijke of rechtspersonen die er leden van zijn, of sommigen ervan, ondernemingen zijn in de zin van artikel 1 a van de wet, d.i. op duurzame wijze een economisch doel nastreven".

De même, dans les conclusions précédant l'arrêt du 15 décembre 1995 de la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'Avocat général Carl Otto Lenz précise que "il ne fait pas de doute que les différentes associations de football doivent être considérées comme des associations d'entreprises au sens de l'article 85. La circonstance que, en plus des clubs professionnels, de nombreux clubs amateurs en fassent partie n'y change rien".

b. L'existence d'une infraction prima facie

Il importe également de vérifier si les éléments du dossier révèlent l'existence d'une infraction prima facie.

i. arguments de l'ARGB

1. Motivation de l'instauration d'un système d'habilitation

L'ARGB précise dans son mémoire d'observations que le système qui fait l'objet de la présente procédure est le fruit d'une collaboration entre plusieurs entités : l'ARGB, plusieurs associations professionnelles d'installateurs d'installations intérieures au gaz naturel (FBIC, UBIC et NABIC), des représentants du ministère des affaires économiques ainsi que les organismes de contrôle agréés pour les installations au gaz naturel. Ce système repose sur deux piliers :

- le souci d'un renforcement de la sécurité des installations intérieures alimentées au gaz naturel ;
- la mise en place d'un « label de qualité » pour les installateurs appelés à réaliser des installations au gaz naturel.

L'ARGB met en outre en exergue que la profession d'installateur n'est pas adéquatement réglementée et le contrôle des installations intérieures au gaz naturel n'est pas formellement organisé.

Compte tenu de l'insuffisance du cadre normatif applicable, l'ARGB reconnaît que, guidée par le souci d'une plus grande sécurité des installations intérieures au gaz naturel, elle est à l'origine du système de l'habilitation et des contrôles dans le cadre de la filière libre.

Elle précise avoir établi une check-list (indication des différents éléments à contrôler) que les organismes agréés doivent suivre lors des contrôles effectués dans le cadre de la procédure d'habilitation. Cette check-list a ensuite été étendue aux contrôles effectués dans le cadre de la filière libre. En effet, l'ARGB considère que ces contrôles doivent être effectués avec la même rigueur que ceux prévus dans le cadre de l'habilitation pour atteindre l'objectif d'une meilleure sécurité. L'ARGB estime que puisqu'elle connaît les prestations minima à réaliser, elle connaît également leurs coûts.

2. Fixation du prix des contrôles dans le cadre de l'habilitation

Dans le cadre de l'habilitation, le prix des contrôles est à payer par l'ARGB (pour le compte du conseil de l'habilitation) puisqu'elle est mandante et cliente de l'organisme agréé (c'est elle qui indique à ce dernier les contrôles à réaliser). Par conséquent, l'ARGB estime qu'en tant que cocontractant, elle doit avoir la liberté de négocier le prix à payer. Elle a donc convenu avec les organismes de contrôle agréés que le prix serait de 75 € par prestation.

Ce prix résulte donc d'une négociation contractuelle entre l'ARGB et les organismes de contrôle. L'ARGB précise que l'organisme de contrôle aurait pu ou pourrait proposer un prix différent, qui ferait l'objet d'une (nouvelle) négociation. Jusqu'à présent, cette situation ne s'est jamais présentée, mais l'ARGB ne l'exclut pas.

3. Fixation d'une fourchette indicative de prix des contrôles dans le cadre de la filière libre

Dans le cadre de la filière libre, une fourchette de prix a été prévue dans le règlement du conseil de l'habilitation. Cet article stipule en effet que:

"L'organisme de contrôle détermine les tarifs applicables aux prestations pour les particuliers et les installateurs, en tenant compte des exigences imposées et des exigences de planification et d'organisation résultant du présent règlement.

Le conseil de l'habilitation détermine annuellement les fourchettes tarifaires dans lesquelles se situent ces tarifs pour respectivement des contrôles durant les heures et les jours de travail normaux, des contrôles opérés en dehors des jours de travail ou des heures de travail habituelles et des contrôles dans un délai inférieur à 3 jours ouvrables après réception de la demande".

L'ARGB explique que ces contrôles doivent être réalisés dans un court délai et que les organismes agréés ne connaissent pas leurs volume et débit; de surcroît il ne leur est pas possible de s'organiser comme dans la filière de l'habilitation (possibilité de regrouper les contrôles par secteur géographique, ce qui permet une rationalisation du temps et des coûts) (cf. doc. 03.034).

Pour ces raisons, l'ARGB précise qu'il n'a pas été possible de déterminer un prix, en accord avec les organismes de contrôle, mais seulement une fourchette de prix indicatifs. Une fourchette de prix entre 125 et 200 €(HTVA) a été retenue pour l'année 2002.

L'ARGB insiste sur le fait qu'elle n'est pas co-contractante en ce qui concerne ces contrôles puisque le co-contractant de l'organisme de contrôle est l'installateur non habilité ou le particulier. Cependant, elle estime avoir un intérêt certain d'une part, à ce que les contrôles soient effectués au moyen de la check-list, et d'autre part, à ce qu'ils le soient endéans le court délai qui a été fixé, et ce avec tout le sérieux et toute la compétence professionnelle requis.

Interrogée sur la portée du procès-verbal de la réunion du 7 novembre 2001 où il est fait état que dans certains cas exceptionnels visant des contrôles hors cadre de l'habilitation mais effectués par des installateurs qui ont introduit valablement une demande d'habilitation, et dans lesquels l'organisme de contrôle agréé facture 65 €(hors TVA) au client et 15 €(hors TVA) à l'ARGB, l'ARGB explique que dans les premiers mois de la procédure, des retards dans le traitement des demandes d'habilitation ont été à déplorer. Ces retards n'étaient pas imputables aux installateurs qui avaient introduit valablement leur demande. Ces installateurs subissaient néanmoins un préjudice du fait de ce retard. En effet, n'ayant pas obtenu de numéro d'habilitation, ils devaient logiquement être considérés comme des installateurs non habilités conformément au règlement type. Leurs installations devaient dès lors être également contrôlées par un organisme agréé avant l'ouverture du compteur de gaz et le prix de ces contrôles correspondait à celui qui est convenu pour la filière libre.

Pour accélérer et garantir le démarrage du système de l'habilitation, et donc pour promouvoir la sécurité, les parties ont convenu que pendant une période déterminée (du 1er janvier 2002 au 30 juin 2002), et pour ces cas exceptionnels, le contrôle coûterait 80 €. L'ARGB a convenu avec les installateurs qu'elle paierait elle-même 15€ étant entendu que 65 € seraient payés par le client de l'installateur en voie d'habilitation.

Dans la même optique, et pour inciter les organismes de contrôle à effectuer leurs prestations dans le délai imparti, une réduction de 10 % par mois de retard a été négociée entre les parties. L'ARGB est d'avis que rien n'interdit aux parties contractantes d'introduire une telle clause dans leur convention.

ii. arguments des organismes de contrôle agréés

Les organismes de contrôle agréés considèrent également qu'il y a lieu de distinguer la filière de l'habilitation de la filière libre.

En ce qui concerne la filière de l'habilitation, ils confirment le point de vue de l'ARGB et ne nient pas avoir convenu un prix unique avec cette association.

APRAGAZ décrit l'accord comme suit: «le prix résulte d'une négociation contractuelle entre le commanditaire, c'est-à-dire l'ARGB, et le prestataire (Apragaz) (cf. doc. 14 255). Il n'y a donc aucune entrave à la libre détermination du prix, lequel résulte au contraire d'un consentement entre les parties contractantes». APRAGAZ confirme que le prix des contrôles dans le cadre de l'habilitation tient compte du fait qu'ils peuvent être regroupés par région et que le délai d'exécution est de 60 jours.

Selon SGS, l'ARGB propose les prix qui sont acceptés après un tour de table, et les critères retenus pour déterminer le prix des contrôles sont la tarification horaire moyenne des organismes de contrôle (50 à 60 €) et le temps nécessaire pour effectuer les contrôles visés dans la check-list établie par l'ARGB (cf. doc. 16 262).

Pour BTV, le montant de 75 € est basé sur une prestation de contrôle pour des prestations groupées dans le cadre d'un mode d'organisation préétabli (cf. doc. 18 271).

En ce qui concerne la filière libre, Electro-Test indique pour sa part n'être entré que plus tard dans le système, mais s'être conformé aux prix convenus (cf. doc. 22 282).

SGS précise que les organismes ne sont pas réellement d'accord mais le tarif semble toutefois répondre à une réalité de terrain. SGS ajoute que le forfait de 123,97 € HTVA qu'il applique n'est pas excessif vu le temps nécessaire pour un contrôle (en moyenne 1h30 à 2 heures) et la prise en compte du déplacement. (cf. doc. 16 262)

Pour BTV, les contrôles se font à la demande de la personne qui a réalisé les travaux ou qui est propriétaire de l'installation et se font d'une manière non groupée. Vu que ces contrôles se font sur base d'une check-list de l'ARGB par des organismes pour lesquels l'ARGB a des exigences d'accréditation, cette dernière a émis une fourchette de prix pour un contrôle standard (appartement seul, maison seule). (cf. doc. 18 271)

AIB Vinçotte quant à lui définit un ensemble de critères économiques ayant présidé à la fixation tant du prix dans le cadre de l'habilitation que de la fourchette dans le cadre de la filière libre (cf. doc. 09.239).

Tous les organismes de contrôle ayant répondu nient rétrocéder ou avoir rétrocedé une partie de leurs honoraires à l'ARGB.

iii. Analyse des PV des réunions du conseil de l'habilitation - RGB/Organismes de contrôle agréés

Dans le procès-verbal de la réunion 23 décembre 1999 tenue à la Figaz (réf. AGB/PV/99001), le point 2.1. spécifie que "le prix convenu de 2.275,- BEF (hors taxes) pour le contrôle dans le cadre de l'habilitation en 2000 est approuvé étant donné qu'il s'agit d'un prix moyen tenant compte des spécificités retenues [...]. Si après une période de rodage (tour d'expérience), il s'avère que ce prix n'est pas réaliste (en moyenne), les parties concernées réexamineront la chose". Pour les contrôles en "alternative à l'habilitation", le point 2.2 précise que la fourchette de prix proposée pour 2000 a été acceptée. (doc. 3 038-039)

Dans le procès-verbal de la réunion du 20 juin 2000 (réf. AGB/PV/00005), il est spécifié au point 1.2 que les conditions pour l'année 2000 sont confirmées, à savoir 2.275,- BEF hors TVA pour les contrôles dans le cadre du règlement de l'habilitation, et une fourchette comprise entre un minimum de 3.575,- hors TVA pour un particulier (cas simple) et un maximum de 8.000,- hors TVA (cas compliqué ou spécifique) pour les contrôles en dehors de l'habilitation. (doc. 03 041 - 042)

Dans le procès-verbal de la réunion du 18 juin 2001 (réf. AGB/HAB/PV/0101), le point 5 concerne les honoraires et précise que les organismes de contrôle acceptent la proposition globale, à savoir: 2.548 BEF + TVA à partir du 1er avril 2001 pour les contrôles dans le cadre de l'habilitation, 5.000 à 8.000 BEF + TVA pour les contrôles hors habilitation (demande directe du client ou de l'installateur). Une évaluation approfondie des réalités est prévue avant de fixer les honoraires pour 2002. (doc.03 045-046) ;

Dans le procès-verbal de la réunion du 7 novembre 2001 (réf. AGB/HAB/PV/0102), le point 4 intitulé « afspraken voor 2002 » indique d'une part, que pour les « controles binnen de habilitatie , Voor de facturatie in 2002 wordt een prijs van 75 €+ 21 % BTW afgesproken » et d'autre part, que pour les « controles buiten de habilitatie op aanvraag van een « gewone » installateur klant, voor een standaardcontrole wordt de prijslage tussen 125€(+ BTW) en 200 €(+ BTW) bevestigd et op en aanvraag van een installateur met een « geldige » habilitatieaanvraag, KVBG zal aan de betrokken installateurs een « geldigheidsbewijs » met limietdatum verstrekken. In deze uitzonderingsgevallen factureert het CO, 65 €(+ BTW) aan de klant en 15 €(+ BTW) aan KVBG ... (doc. 03 048-049) ;

Dans le procès-verbal de la réunion du 29 janvier 2002 (réf. AGB/HAB/PV/0201), le point 2.3. se réfère à la procédure spéciale temporaire. Le Secrétaire remet à chaque membre un exemple du certificat que le Secrétaire enverra au demandeur (installateur ayant introduit une demande d'habilitation mais n'étant pas encore habilité) et que le client devra remettre à l'OC pour bénéficier du contrôle à prix réduit (65 €). Le point 2.4. intitulé « prix pratiqués en 2002 » précise notamment qu'en cas de re-contrôle (procédure 25 intra habilitation), le même tarif que pour le contrôle initial est appliqué et que pour les contrôles groupés, au même moment et au même endroit, les organismes de contrôle proposent 5.000 BEF pour le premier contrôle et 3.000 BEF par contrôle complémentaire. (doc. . 03 052)

Le document intitulé "Frais en 2002" (réf. HAB/NOTE/02005) confirme que le prix dans le cadre de l'habilitation est de 75 €+ 21 % BTW, soit 90,75 € par contrôle TTC, tout en reprenant le souhait suivant « Ne pourrions nous pas obtenir un moindre prix pour les recontrôles car client plus motivé et vérification de seulement ce qui était mauvais ? Par exemple 65 euro ». Ce procès verbal précise en outre que pour les contrôles « hors habilitation, contrôle standard van 125 tot 200 €(= BTW) bij herkeuring zijn er geen minimum prijzen vastgelegd ; les coûts en cas de re-contrôle n'ont pas été fixés » Pour la procédure « rose » (procédure spéciale temporaire) deux factures par contrôle doivent être établies, à savoir, une facture de 65 €(+ TVA) au demandeur et de 15 €(+ TVA) à l'ARGB). L'ARGB remet à l'installateur une attestation type, l'installateur en remet une copie au client qui la remet à l'organisme de contrôle s'il veut bénéficier du prix spécial pour le contrôle de son installation... (doc.03 056)

Dans le procès-verbal de la réunion du 24 avril 2002 (réf. ARGB/HAB/OC/02-02/PV), le point 4 concerne «l'application des tarifs convenus ». Le secrétaire général de l'ARGB et de la FIGAZ, « Monsieur de Lichtervelde rappelle que les tarifs fixés dans la note HAB/NOT/02-00T du 30 janvier 2002 visent à permettre aux organismes de contrôle d'effectuer un travail de qualité, ce qui est un élément essentiel pour garder une habilitation crédible. Il ajoute que malheureusement, il faut constater que certains organismes disposent de beaucoup de créativité pour effectuer des contrôles à des prix inférieurs. Ceci indiquerait que:

- soit le niveau de qualité n'est pas respecté, ce qui est inadmissible; si un organisme de contrôle est pris en flagrant délit, une sanction grave sera prise immédiatement;
- soit les prix convenus sont surfaits; dans ce cas il faudra au 01 janvier 2003 revoir les prix à la baisse.

D'un large tour de table, il ressort que les organismes de contrôle appliquent les prix convenus quand il s'agit de contrôles complets « art. 48 » mais qu'il y a différents contrôles qui ne tombent pas dans cette définition... En conclusion, le Groupe confirme que... la fourchette fixée est réaliste et continuera à être appliquée pour les contrôles « art. 48 » ; on indiquera simplement dans le document que les prix des contrôles hors habilitations sont des prix indicatifs ... ». (Doc. 03 057 -058)

iv. Examen des factures

L'examen des factures révèle très clairement que de manière (quasi) systématique, le prix facturé pour les contrôles des installations effectués dans le cadre de la filière libre s'est élevé soit à 150 €TVAC (123,97 €HTVA), soit à 125 €HTVA (151,25 €TVAC), et ce dans le chef des différents organismes de contrôle. Quant à la différence existant entre le tarif pratiqué par de nombreux organismes de contrôle et le seuil de la fourchette déterminé, on peut comprendre que pour des raisons de facilité, certaines entreprises ont décidé de veiller à ce que le prix TVAC à réclamer lors du contrôle soit un montant sans décimale (soit 150 €plutôt que 151,25 €).

Cette constatation ne fait ainsi que conforter les déclarations énoncées dans le courrier de M. Pierre Richard et les mentions reprises dans les procès verbaux de réunions.

Il échet de remarquer alors que l'examen des factures s'avère essentiel dans le cas d'espèce pour déterminer si une entente en matière de prix existe (ou a existé) et a été suivie d'effets, que certains organismes de contrôles n'ont pas satisfait à la demande de renseignements et de communication d'une copie de ces factures, émanant du Service de la concurrence et perturbent ainsi l'instruction des faits visés dans la présente procédure. Il s'avère dès lors indispensable de prévoir des astreintes pour inciter ces entreprises restant en défaut de satisfaire aux demandes du Service de la concurrence, à communiquer les renseignements et documents demandés.

v. Conclusion

En ce qui concerne les prix fixés pour les contrôles effectués par les organismes agréés dans le cadre de l'habilitation, il y a lieu sur base des éléments actuellement réunis, de suivre l'argumentation telle que développée par les entreprises incriminées et en conséquence, de considérer que l'existence prima facie d'une infraction à l'article 2 de la loi n'est pas établie. Dans la mesure où toutes les conditions visées à l'article 35 LPCE doivent être cumulativement remplies pour que des mesures provisoires puissent être prononcées, à défaut d'une des conditions requises (soit l'existence d'une infraction prima facie), aucune mesure provisoire ne pourra être prononcée dans le cadre de la procédure dite de l'habilitation.

Il ressort par contre des éléments du dossier et notamment des procès-verbaux des réunions repris au dossier ainsi que des plaidoiries et des explications fournies lors de l'audience du 22 novembre 2002, que les parties incriminées se sont entendues, et ce depuis au-moins le 23 décembre 1999 (doc. 03 037-0039), en matière de prix des contrôles pour les installations intérieures au gaz naturel effectués dans le cadre de la filière libre. L'existence prima facie d'une infraction à l'article 2 § 1er de la loi est donc établie dans le cadre des contrôles opérés en filière libre.

3. L'urgence d'éviter une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général

a. Notion d'intérêt économique général

La notion d'intérêt économique général visée notamment à l'article 35 LPCE, n'est définie ni dans la loi, ni dans ses travaux préparatoires.

Cette notion a par ailleurs déjà été invoquée au niveau communautaire dans l'affaire Ford Werke AG . La Commission avait estimé que l'application du système de distribution d'automobiles mis en place compromettrait d'une manière inadmissible le régime de concurrence de la Communauté et ne pouvait être toléré, même temporairement. La Commission a jugé ce système de distribution comme une atteinte intolérable à l'intérêt général à l'intérieur de la Communauté. Elle avait ainsi estimé que des mesures provisoires s'imposaient dans l'intérêt d'un très grand nombre d'utilisateurs et de nombreux distributeurs qui se voyaient privés des avantages d'un marché commun. Il s'agissait de facto d'une volonté de Ford de cloisonner les marchés et d'empêcher des importations parallèles.

Par un arrêt 28 février 1984 la Cour de Justice des Communautés Européennes a annulé cette décision de la Commission sans pour autant remettre en cause la notion d'intérêt général, cette notion n'ayant pas été abordée. La Cour a en effet considéré que la Commission avait, en adoptant des mesures provisoires dans le cadre de cette affaire, outrepassé les limites de ses compétences .

Il en résulte qu'une situation lésant les intérêts des consommateurs en général est une situation qui peut nuire à l'intérêt économique général.

b. Application de la notion d'intérêt général au cas d'espèce

i. Champ d'application

Dans le cadre de la filière libre, l'obligation d'avoir recours à un organisme de contrôle agréé est imposée dans de très nombreux cas et vise ainsi de très nombreux consommateurs demandant une ouverture de compteur . Au demeurant, cette exigence ne résulte généralement pas d'une disposition normative, en l'espèce l'article 48 de l'arrêté royal du 28 juin 1971 mais découle d'une part, d'un « règlement- type » décidé au sein d'un « conseil de l'habilitation » n'ayant aucun statut juridique créé à l'initiative de la fédération de l'industrie du gaz qui regroupe les entreprises chargées de l'importation, du transport, du stockage ou de la distribution de gaz au moyen de canalisations et composé d'opérateurs du secteur du gaz et d'autre part, d'une obligation imposée par les distributeurs de gaz et ce par le biais, du règlement général de fourniture des intercommunales approuvé par la CCEG. (doc. 03 043 et 052)

En outre, l'étendue exacte de cette obligation d'avoir recours à un organisme de contrôle agréé, imposée après la réalisation (d'une partie) d'une installation intérieure neuve par un particulier ou par un installateur ayant accès à la profession mais n'étant pas "installateur habilité", n'est pas clairement définie. Il en est de même de la définition des notions « d'installation intérieure neuve » ou de « partie d'installation intérieure neuve » et de ce que recouvre la notion d'ouverture et de réouverture d'un compteur.

L'arrêté royal du 28 juin 1971 définit l'installation intérieure comme étant constituée de la tuyauterie et des accessoires en aval du compteur. Cette définition est également reprise par la norme NBN D 51-003.

Le règlement pour l'habilitation des installateurs d'installations au gaz naturel précise davantage cette notion en l'élargissant. Les installations intérieures au gaz naturel y sont définies comme "les installations destinées à la distribution du gaz naturel depuis le compteur de gaz jusqu'aux appareils d'utilisation compris, en incluant également l'influence qu'en vertu de certaines normes ces

appareils et leur placement exercent sur les autres éléments du bâtiment spécialement sur le plan de la ventilation et de l'évacuation éventuelle des produits de combustion."

Les organismes de contrôle agréés retenus par le conseil de l'habilitation (soit à ce jour la totalité des organismes de contrôle agréés pour les installations au gaz naturel) ont pour tâche de vérifier ces installations soit à la demande du particulier ou de l'installateur non habilité dans le cas de la filière libre, soit à la demande du secrétariat du conseil de l'habilitation dans le cas des contrôles effectués pour l'obtention de l'habilitation ou pour le (ou les) contrôle(s) annuel(s) des installateurs habilités.

Il faut donc constater que le placement et le remplacement d'appareils d'utilisation, de conduites d'évacuation ou de ventilation devraient également donner lieu à un contrôle par un organisme de contrôle agréé.

Le particulier au même titre que l'installateur non-habilité aurait donc l'obligation de signifier avant une ouverture de compteur, l'installation ou la partie d'installation neuve qu'il a réalisée. En effet, dans le nouvel article IV du règlement-type, l'installateur est défini comme "celui qui a réalisé l'installation".

A ce stade de l'instruction, ces notions n'ont pas été clarifiées (cf. doc. A01 et svts).

Dans un premier temps, l'Association Liégeoise de Gaz (ci-après ALG) a informé le Service de la concurrence lors d'un contact téléphonique, de la difficulté qu'elle éprouvait pour définir ces notions. Le 18 septembre 2002, l'ALG a précisé dans sa réponse écrite:

« - L'ALG, comme les autres distributeurs belges de gaz naturel, entend par ouverture ou fermeture du compteur l'ouverture ou la fermeture physique du compteur par un agent mandaté par le distributeur.

En cas de déménagement du client et de reprise du compteur, un document type de transfert établi par le distributeur, est rempli par les deux parties et enregistré par le distributeur. Dans ce cas, il n'y a ni fermeture, ni ouverture du compteur ; ceci est considéré comme succession administrative... » (cf. doc. A02 bis).

Pour ce qui concerne la définition de « tuyauterie et ses accessoires en aval du compteur », l'ALG répond que « Vu la diversité des travaux, il est difficile de donner une liste complète des réalisations de parties d'installations neuves qui devraient entraîner une déclaration de l'installateur.

Vu que l'occupant est le gardien de l'installation intérieure, le distributeur ne peut pas être au courant de tous les changements aux installations existantes. Lors de l'ouverture du compteur, le distributeur vérifie cependant l'étanchéité de l'installation et s'inquiète des modifications éventuelles ».

INTERLUX a décidé de se mettre en rapport avec la FIGAZ pour répondre à la demande de renseignements du Service de la concurrence.

Il convient de constater que même pour les entreprises du secteur qui doivent exiger l'attestation de conformité validée, les différents cas de figure donnant lieu à une obligation de contrôle de l'installation intérieure par un organisme agréé ne sont pas aussi facilement déterminables que la lecture de la réglementation ne le laisse envisager.

ii. La tarification du contrôle constitue-t-elle une entrave à la concurrence ?

Force est de constater que le prix du contrôle n'est pas librement déterminé par l'organisme agréé vu l'existence de la fourchette tarifaire « indicative » révélée par l'examen des pièces jointes au dossier.

Il semble en outre pour le moins étonnant que le principe d'une fourchette tarifaire pour les contrôles effectués dans le cadre de la filière libre soit expressément prévu dans le règlement pour l'habilitation

des installateurs gaz naturel (article 14.5.5.), qui ne devrait logiquement concerner que le système de l'habilitation.

Il faut également rappeler que la fixation de tarifs indicatifs est considérée par la jurisprudence européenne comme une atteinte à la libre concurrence. En effet, concernant la diffusion de tarifs conseillés, la Cour de justice dans son arrêt *Cementhandelaren/Commission* a dit pour droit que "si un régime de prix de vente imposés est manifestement contraire à cette disposition (article 85 du traité), le régime des prix indicatifs l'est tout autant;

qu'on ne saurait en effet supposer que les clauses de l'entente relatives à la détermination des prix indicatifs seraient dénuées de toute portée utile;

qu'en effet, la fixation d'un prix même simplement indicatif affecte le jeu de la concurrence par le fait qu'il permet à tous les participants de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix poursuivie par leurs concurrents".

Dans la décision FENEX, la Commission européenne n'a pas retenu l'argument de l'association selon lequel, l'intention de l'association n'était pas d'affecter le bon fonctionnement du marché, mais de fournir une aide à ses membres. La Commission a estimé que "s'il est normal pour une organisation professionnelle de fournir à ses membres une aide à la gestion, celle-ci ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence, notamment en prenant la forme de tarifs applicables à toutes les entreprises indépendamment de leur propre structure de prix de revient."

La Commission a également considéré que "la diffusion par une organisation professionnelle de tarifs conseillés est de nature à inciter les entreprises en cause à aligner leurs tarifs, abstraction faite de leurs prix de revient.[...] Un tel risque n'est en revanche pas inhérent à la diffusion d'indications facilitant pour les entreprises le calcul de leurs propres structures de prix de revient afin de leur permettre d'établir de façon autonome leur prix de vente."

Ces considérations émises par la Commission européennes s'appliquent également dans la présente affaire. En effet, comme déjà signalé ci-avant, l'examen des factures émises et communiquées sur demande au Service de la Concurrence par les organismes de contrôle, révèle que quasi systématiquement le prix minimum a été réclamé par les organismes de contrôle pour des contrôles ordinaires.

Par ailleurs, l'examen des factures communiquées en annexe au mémoire d'observations déposé avant l'audience du 22 novembre 2002 par un des organismes de contrôle, révèle que le prix réclamé par cet organisme lors des contrôles effectués en octobre 2002 dans le cadre de la filière libre, s'élève à 77 € TVAC.

Interrogé lors de l'audience du 22 novembre 2002, le représentant de cet organisme de contrôle a précisé qu'il était possible d'effectuer moyennant ce prix un contrôle de qualité des installations intérieures de gaz naturel, tout en dégageant une marge bénéficiaire.

L'examen des factures émises par d'autres organismes de contrôle confirme que le plancher de la fourchette des prix fixés au sein de l'ARGB est nettement trop élevé.

Cette fourchette de prix permet ainsi sur base des éléments actuellement recueillis dans le cadre de cette procédure, de maintenir le prix de ces contrôles artificiellement plus élevé que le coût réel du service presté. Cette constatation est d'autant plus inadmissible que cette obligation est imposée à un grand nombre d'abonnés (de toutes conditions sociales) demandant l'ouverture d'un compteur de gaz, sur base d'un « règlement-type » arrêté au sein d'un conseil d'habilitation n'ayant aucun statut juridique et composé d'opérateurs du secteur.

Il n'est pas contesté que le système de l'habilitation imaginé au sein de l'ARGB et organisé au sein de ce forum de discussion que constitue le conseil de l'habilitation, a généré d'importants frais notamment de formation dans le chef des organismes de contrôles. Certains ont d'ailleurs précisé lors de l'audience du 22 novembre 2002, que les organismes de contrôle doivent répercuter une quotité de ces frais dans le prix à réclamer lors des contrôles. La détermination de la fourchette des prix des contrôles à réclamer tient ainsi notamment compte de ces frais. Il est également évident que dans le chef des organismes de contrôle, ces prestations de services ne peuvent réellement être financièrement « rentables » que pour autant que plusieurs contrôles puissent être regroupés et réalisés dans des mêmes zones géographiques, permettant ainsi d'éviter de longs déplacements et des pertes de temps.

S'il s'avère incontestable que des procédures tendant à renforcer la sécurité des installations intérieures au gaz naturel, doivent exister, il n'appartient pas aux acteurs du secteur du gaz de créer au sein d'un forum de concertation informel, des règlements (-types) rendus par ailleurs obligatoires et de fixer des fourchettes de prix des procédures de contrôle tendant à privilégier certains installateurs acceptant de se soumettre à cette procédure d'habilitation conçue et organisée sans textes normatifs, par une instance dénuée de statut juridique.

iii. Effets sur la concurrence

Comme le relève la Commission, les effets en matière de concurrence du prix de vente minimum et du prix de vente fixe sont néfastes car les distributeurs ne peuvent plus se faire concurrence ...

En l'espèce, la fixation de la fourchette tarifaire dans la filière libre nuit à l'intérêt économique général, dans la mesure où le client final ne peut plus faire jouer valablement la libre concurrence sur le prix des contrôles. Il s'agit d'une des infractions les plus graves au regard du droit de la concurrence.

Conformément à la jurisprudence *Camera Care*, confirmée dans l'ordonnance du Président du Tribunal de Première Instance du 26 octobre 2001, l'intérêt général tendant au maintien d'une concurrence effective sur le marché concerné exige dans certains cas l'adoption de mesures provisoires de protection.

Dans la présente affaire, bien que plusieurs organismes de contrôle soient présents sur le marché belge concerné, aucune concurrence n'est possible du fait de l'entente.

Compte tenu de ce qui précède, la fixation de la fourchette tarifaire pour les contrôles effectués dans le cadre de la filière libre doit être considérée comme constituant une situation qui nuit à l'intérêt économique général.

c. La notion d'urgence

Le Président du Conseil de la concurrence peut prendre des mesures provisoires s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général.

La jurisprudence du Conseil de la concurrence confirme la nécessité d'une urgence sous-jacente. Dans sa décision *SmithKline Beecham c/ IMS*, le Président du Conseil a estimé que l'intérêt économique général demande une saine concurrence et qu'il y a urgence à prendre des mesures pour faire cesser les comportements qui y font obstacle.

Par ailleurs, dans l'affaire *Ford Werke AG*, la Commission a estimé que l'application du système de distribution d'automobiles mis en place compromettrait d'une manière inadmissible le régime de concurrence de la Communauté et ne pouvait être toléré, même temporairement. La Commission a jugé ce système de distribution comme une atteinte intolérable à l'intérêt général à l'intérieur de la Communauté. L'urgence ne découlait pas de la menace de la disparition des distributeurs, mais simplement du fait qu'on ne pouvait pas demander à un client d'attendre une décision au fond avant d'acheter un véhicule FORD à conduite à droite. Les mesures provisoires ont donc été accordées pour

protéger un grand nombre d'utilisateurs en assurant le maintien d'une concurrence sur le marché concerné entre Etats membres.

Dans le cas d'espèce, on constate, comme déjà exposé ci avant, d'une part que l'obligation incriminée a un champ d'application relativement flou. Les distributeurs eux-mêmes sont dans l'incapacité d'exposer clairement les hypothèses dans lesquelles ils doivent réclamer une attestation de contrôle. Ce flou juridique engendre en outre nécessairement une discrimination entre les consommateurs, lesquels, en fonction de l'endroit où ils habitent et donc du distributeur dont ils dépendent, devront ou non fournir ladite attestation.

Qui plus est, l'ensemble des consommateurs peut être potentiellement touché par cette réglementation (soit plus de 2 millions de ménages).

D'autre part, il y a lieu de relever la gravité de l'infraction à savoir une entente sur les prix, infraction par nature injustifiable au regard du droit de la concurrence. En effet, l'examen des factures communiquées révèle que l'ensemble des organismes respectent la fourchette de prix et appliquent le tarif minimal dans l'hypothèse d'un contrôle standard. Le consommateur se voit donc proposer le même prix quel que soit l'organisme de contrôle auquel il s'adresse et quelle que soit l'importance des vérifications à effectuer. En outre, ce prix paraît sur base des éléments recueillis à ce stade de la procédure, excessif par rapport au prix coûtant.

d. effets de l'introduction d'une demande d'attestation négative ou d'exemption sur la présente procédure

Une demande d'attestation négative et à titre subsidiaire, d'exemption a été introduite au Conseil de la concurrence la veille de l'audience du 22 novembre 2002, dans le courant de l'après-midi.

L'ARGB considère que « le Président du Conseil de la concurrence doit, dans son appréciation des conditions légales pour la prise éventuelle des mesures provisoires au sens de l'article 35 LPCE, intégrer l'existence de cette notification, en tant que celle-ci élargit le cadre juridique de référence ».

Selon l'ARGB, « l'appréciation ne doit plus uniquement porter sur l'existence *prima facie* d'une pratique restrictive de concurrence interdite au sens de l'article 2 LPCE, mais doit être étendue à la possibilité d'exemption... Eu égard au fait qu'entre-temps, il est procédé à une demande d'attestation négative/ notification, il faut de surcroît qu'il soit également établi *prima facie* qu'une exemption est tout à fait exclue : l'on imagine en effet pas la prise de mesures provisoires, par exemple de suspension, à l'égard de pratiques dont il est raisonnablement à prévoir qu'elles puissent bénéficier d'une exemption, au cas où il serait préalablement établi qu'elles sont en effet restrictives de concurrence ».

La procédure d'instruction de cette demande déposée quelques heures avant l'audience du 22 novembre 2002 n'est pas encore terminée et risque encore de durer un certain temps.

On ne peut compte tenu des éléments de la cause et de la gravité des faits qui sont y sont révélés *prima facie*, surseoir à la prise de mesures provisoires notamment en raison de l'urgence de suspendre les pratiques restrictives de concurrence mises en place par l'ARGB et certains organismes de contrôle.

VII. Conclusion

Compte tenu du nombre de personnes potentiellement concernées par l'entente en cause et de la gravité de l'infraction (entente sur les prix) révélée *prima facie* par les éléments recueillis à ce stade de la procédure, on ne peut tolérer, même temporairement le maintien du système de fourchette de prix mis en place en matière de contrôles des installations intérieures alimentées au gaz naturel effectués par des organismes agréés dans le cadre de la filière libre.

Les organismes de contrôle agréés doivent pouvoir librement déterminer le prix des prestations de services qu'ils effectuent, et notamment des contrôles des installations au gaz naturel opérés dans le cadre de la filière libre.

Par ces motifs,

Nous, Patrick De Wolf, Vice-président du Conseil de la concurrence faisant fonction de Président, décidons qu'il y a lieu :

- de déclarer la demande de mesures provisoires sollicitées par le Ministre de l'Économie dans sa lettre du 13 juin 2002, et enregistrée au secrétariat du Conseil de la concurrence sous la référence CONC-V/M 02/0037, recevable ;
- de déclarer cette demande de mesures provisoires non fondée pour ce qui concerne les contrôles des installations intérieures au gaz naturel effectués dans le cadre de la procédure d'habilitation, la condition d'existence *prima facie* d'une infraction à la LPCE n'étant pas établie à ce stade de la procédure ;
- de déclarer cette demande de mesures provisoires fondée pour ce qui concerne les contrôles des installations intérieures alimentées au gaz naturel effectués par des organismes agréés dans le cadre de la filière libre, en ce que la fixation d'une fourchette tarifaire indicative nuit à l'intérêt économique général et que l'entente sur les prix constitue une infraction *prima facie* à l'article 2 § 1er de la loi ;
- d'interdire à l'ARGB et aux organismes de contrôle agréés concernés, dès la notification de la présente décision, la fixation d'une fourchette tarifaire même indicative pour le prix des contrôles effectués dans le cadre de la filière libre, sous peine d'une astreinte de 4.000 € par infraction et par entreprise ou association d'entreprise, limitée toutefois à un montant journalier maximum de 6.197,34 € par entreprise et association d'entreprises;
- d'interdire à l'ARGB et aux organismes agréés concernés, dès la notification de la présente décision, toutes références à l'application d'une fourchette tarifaire indicative pour le prix des contrôles effectués dans le cadre de la filière libre, que ce soit via leur site Internet ou via tout autre document accessible aux installateurs visés par la filière libre, sous peine d'une astreinte de 4.000 € par infraction et par entreprise ou association d'entreprise, limitée toutefois à un montant journalier maximum de 6.197,34 € par entreprise et association d'entreprises;
- d'ordonner à l'ARGB et aux organismes agréés concernés de publier durant un mois le dispositif de cette décision sur leur site Internet et dans toute revue périodique habituellement destinée à l'information de leur clientèle.
- d'ordonner aux parties incriminées n'ayant pas satisfait aux demandes de renseignements et/ou de communications de pièces, émanant du Service de la concurrence et/ou du Corps des Rapporteurs, d'y satisfaire dans les quinze jours de la notification de la présente décision sous peine d'une astreinte de 500 € par jour ouvrable et par entreprise restant en défaut de satisfaire à ses obligations, en l'espèce :
 - en ce qui concerne ATK asbl : la communication des factures des mois d'avril et de mai 2002 réclamées par le service de la concurrence par lettre du 3 juillet 2002 (doc. 19 272) ;
 - en ce qui concerne OCB asbl : la communication des factures des mois d'avril et de mai 2002 réclamées par le service de la concurrence par lettre du 3 juillet 2002 (doc. 23 283) ;

Ainsi décidé le 20 décembre 2002 par Patrick De Wolf, Vice-président faisant fonction de Président du Conseil de la Concurrence.