

Association des avocats de droit de la concurrence belge

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

Cette note a pour objectif, au nom de l'association des avocats de droit de la concurrence belge (ci-après : « AADCB »), d'aborder un certain nombre de questions importantes soulevées par l'avant-projet de loi insérant les livres I, « Définitions », IV « Protection de la concurrence », V, « La Concurrence et les évolutions de prix », XIV, « Instruments de gestion de crise », XV « Application de la loi » et XVI, « Sanctions » dans le Code de droit économique (ci-après : « l'avant-projet »).

La note traite des points suivants :

- Les orientations de la politique du gouvernement et du SPF Economie dans l'avant-projet ;
- La problématique de l'indépendance de l'autorité belge de la concurrence ;
- La question de l'utilisation de la structure institutionnelle modifiée ;
- L'introduction d'une nouvelle réglementation des prix ;
- L'introduction de sanctions administratives pour les particuliers ;
- Certaines questions de procédures ;
- La demande formulée par l'association des avocats de droit de la concurrence belge ;
- Le rôle et la structure de l'association des avocats de droit de la concurrence belge.

1. ORIENTATIONS DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE DANS L'AVANT-PROJET

L'AADCB est pleinement consciente de l'intérêt de la mise en œuvre effective des règles de droit de la concurrence et supporte un nombre important des objectifs poursuivis en matière de politique de la concurrence par l'avant-projet. Une autorité de la concurrence et une politique de la concurrence plus efficaces méritent le soutien de tous les acteurs du marché.

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

La recherche d'une plus grande efficacité procédurale est sans aucun doute un élément important qui reçoit pleinement le soutien de l'AADCB (voir *le exposé des motifs*, 1.2). En outre, le fait que pour la plupart des questions de contenu – comme les accords restrictifs de concurrence, l'abus de position dominante et le contrôle des concentrations – l'on s'inspire et développe les textes existants est une bonne chose, étant donné que cela garantit que les précédents sur le plan belge et européen continueront à être utilisés et à se développer.

La loi sur la protection de la concurrence économique a fait l'objet, à plusieurs reprises de modifications institutionnelles. Pour rappel, lors des précédentes modifications, divers acteurs (entre autres : les autorités, les entreprises et les avocats en droit de la concurrence) ont indiqué qu'une plus grande efficacité ne reposait pas tant sur la structure mais dépendait plutôt du manque de moyens (et/ou de formation) à d'autres niveaux. L'AADCB supporte tous les essais visant à rendre l'autorité de la concurrence plus efficace mais considère que la proposition actuelle suit la même voie que les précédentes propositions. À nouveau, une modification institutionnelle approfondie est réalisée, sans qu'il ne soit garanti que le fonctionnement devienne plus efficace (*infra*, point 3). En outre, l'AADCB craint que l'avant-projet soulève plusieurs nouvelles problématiques constitutionnelles, procédurales et européennes qui ralentiront le traitement des dossiers.

Par conséquent, l'AADCB est d'avis qu'un certain nombre de points importants nécessite une analyse plus détaillée. Cette note traite – dans les limites des courts délais dans lesquels elle a été réalisée – de quelques éléments essentiels de l'avant-projet et ne prétend à aucune exhaustivité. Entretemps, un groupe de travail constitué au sein de l'AADCB va réaliser une note qui analysera l'avant-projet point par point.

2. DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE BELGISCHE MEDEDINGINGS-AUTORITEIT

3. PRATICABILITÉ DE LA STRUCTURE INSTITUTIONNELLE RÉVISÉE

La structure institutionnelle telle que redessinée soulève une série de questions importantes en termes de praticabilité. Les points suivants requièrent une attention particulière et, éventuellement, une révision substantielle :

- L'emploi des termes « président » et « directeur général » peut faire l'objet d'une harmonisation plus poussée, à moins que l'utilisation, dans l'Avant-projet, de cette double terminologie pour désigner la même personne ne traduise un objectif spécifique et systématique (ce qui ne semble actuellement pas être le cas dans l'Avant-projet). La réunion, dans le chef d'une seule et même personne, de plusieurs fonctions essentielles pose également une question plus fondamentale qui est de savoir s'il n'est pas irréaliste d'attribuer des tâches aussi étendues et lourdes au Président / Directeur général. Outre ceci, il convient de garder à l'esprit que le Président fait apparemment systématiquement partie de chaque collège décisionnel, en sus de toutes les autres tâches qui lui sont confiées dans l'Avant-projet.

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

- La fonction des assesseurs mérite davantage d'attention. Ces personnes, qui occupent une fonction n'étant pas à temps plein, semblent désormais faire partie du Collège décisionnel et de la Cour des marchés. Ils sont même susceptibles de prendre part simultanément à plusieurs affaires de ces deux instances. L'Exposé des Motifs prévoit certes – à juste titre – l'impossibilité de « siéger » deux fois dans une même affaire, mais l'on se demande – pour plusieurs raisons – s'il est bien approprié et opportun qu'une même personne soit à la fois auteur de décisions « en première instance » et membre de l'instance de recours. Il existe bien un précédent en la matière dans le cadre du fonctionnement du Conseil, mais l'on s'interroge néanmoins sur le caractère adéquat de cette situation.
- Quant à la praticabilité de la nouvelle structure, il convient également de tenir compte du temps qui s'avérerait nécessaire pour mettre celle-ci intégralement en place, en ce compris l'ensemble des nouvelles procédures de sélection et les nominations requises à cette fin. Il y a également lieu de s'interroger sur la manière dont se poursuivrait entre-temps le traitement des affaires en cours. Cela pose par ailleurs plus généralement la question de la nécessité de détailler davantage les mesures transitoires relatives aux affaires et procédures pendantes.

4. **L'INTRODUCTION D'UNE NOUVELLE RÉGLEMENTATION EN MATIÈRE DE PRIX**

L'Avant-projet attribue à l'Autorité de concurrence la compétence de régler les prix en cas de « dysfonctionnement du marché ».

Il peut être question de dysfonctionnements du marché en cas de violation des règles de concurrence (accords de prix ou pratiques concertées entre deux ou plusieurs entreprises, ou abus par une entreprise de sa position de marché par le biais de l'application de prix excessifs, de prix ciseaux etc.). Même si (la preuve d') une telle infraction n'existe pas, il demeure possible que la structure d'un marché déterminé (par exemple, un oligopole) donne lieu à une concurrence moins intense que celle qui serait observée dans le cadre d'une autre structure. On peut regretter l'existence de certaines structures de marché, mais la question est de savoir s'il est judicieux pour une autorité de régler la formation des prix sur de tels marchés (sur lesquels il n'est donc pas question d'ententes ou d'abus de position de marché). Le contrôle des prix n'est pas seulement une technique de longue date obsolète (et qui a en pratique souvent favorisé l'émergence de comportements collusifs), il s'agit également d'une technique difficilement conciliable avec le concept d'économie de marché. Il est donc surprenant que l'Avant-projet, s'appuyant sur la législation d'après-guerre, introduise désormais un système général de réglementation des prix.

Nous identifions notamment les problèmes suivants :

- Tout d'abord, le test prévu à l'article V, 3 est – pour le moins – imprécis et laisse une très large place à l'interprétation. Les concepts de « prix supérieurs

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

aux prix normaux » ou de « marge bénéficiaire supérieure aux marges normales » sont très extensifs. Contrairement à ce que l'Exposé des Motifs indique, l'on peut difficilement parler d'«objectivation » de ces concepts du simple fait que leur mise en œuvre serait à présent confiée à une instance spécifique. Il convient plutôt de préciser si les concepts et critères substantiels dont il est fait usage (« prix normaux », « marges bénéficiaires normales ») diffèrent de ceux compris dans l'« ancienne » législation des prix qui n'était d'application que dans des circonstances très exceptionnelles, alors que l'Avant-projet semble retenir une application plus extensive de cette législation – sans toutefois l'exprimer clairement. Bien que l'Avant-projet ne soit pas entièrement clair sur ce point, il semble en tout cas difficilement acceptable qu'une « opinion » de l'Observatoire des prix crée une sorte de présomption de « violation » qui justifierait la poursuite d'une procédure et la saisine du Collège de la Concurrence et / ou de la Cour des marchés. Il convient de faire usage de critères d'évaluation objectifs, or, ces derniers font défaut en l'état actuel de l'Avant-projet.

- L'introduction de réglementations additionnelles, en ce compris la réglementation des prix en tant que telle et les mesures qui seraient édictées sur cette base pour agir contre les « dysfonctionnements du marché », soulève également des questions de compatibilité avec des régulations sectorielles (européennes) à propos desquelles la jurisprudence a déjà pu confirmer qu'il s'agit, au moins dans des circonstances déterminées, de mesures maximales qui sont par ailleurs assorties d'une série d'obligations de consultation et de notifications préalables.
- Dans ce contexte, la procédure applicable est également totalement imprécise et non élaborée. La seule exigence procédurale est que le Collège de la concurrence (et, à un stade ultérieur, la Cour des marchés) entende les parties concernées. Il n'existe aucune disposition concernant l'accès aux informations rassemblées par l'Observatoire des prix, ni concernant la possibilité de formuler une réaction écrite. Même pour la collecte des informations pertinentes, aucune règle n'est prévue. Les convocations de la Cour des marchés ne sont pas davantage décrites.
- En ce qui concerne les éventuelles mesures à imposer, l'Avant-projet ne prévoit à peu près rien. Est-il uniquement question de dispositions prohibitives, ou également de dispositions impératives, uniquement de mesures comportementales ou également de mesures structurelles ? En fonction de la nature des éventuelles mesures à imposer, des questions additionnelles se posent à chaque fois.
- La compatibilité des mesures à prévoir devra par ailleurs également être vérifiée vis-à-vis du droit européen et du droit de la concurrence (*sensu stricto*) (voir, notamment, la jurisprudence européenne concernant les accords-programmes conclus avec les autorités publiques, la jurisprudence de la Cour en matière de prix maximaux imposés par les autorités publiques et la

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

jurisprudence du Conseil concernant les pratiques de prix maximal des associations professionnelles qui semblent systématiquement être considérées comme problématiques.

5. SANCTIONS ADMINISTRATIVES POUR LES PERSONNES PHYSIQUES

L'Avant-projet de Loi introduit la possibilité pour l'Autorité de Concurrence belge d'imposer, en cas d'infraction à l'Art. IV.1., §4, des amendes administratives aux personnes physiques, comprises entre 100 et 10 000 euros.

Le nouvel Art. IV.1., §4 interdit à toute personne physique de négocier au nom et pour le compte d'une entreprise, ou de convenir, de fixer les prix de vente de produits ou services aux tiers. Cette interdiction devrait être limitée aux cas où ces négociations sont conduites avec des concurrents et qui, dès lors, constituent des infractions au droit de la concurrence.

L'AACB souhaite faire part des observations suivantes concernant l'introduction des amendes administratives pour les personnes physiques :

- En premier lieu, la pratique, dans certains pays voisins, n'a pas démontré l'efficacité des amendes administratives pour les personnes physiques, en tant que sanction, en cas d'infraction aux règles de concurrence. Ce manque d'efficacité est - implicitement - reconnu par l'Exposé des Motifs. L'expérience, en la matière, a d'ailleurs démontré que, dans la majorité des cas, les amendes individuelles sont prises en charge par les entreprises/employeurs. L'effet dissuasif des amendes individuelles est ainsi entièrement atténué, ce qui augmente, en même temps, le niveau - déjà élevé - des amendes auxquelles les entreprises sont exposées.
- En citant une étude empirique de l'Office of Fair Trading, l'Exposé des Motifs souligne que ce sont bien les sanctions pénales qui dissuadent le plus efficacement les entreprises, ainsi que la déchéance du droit d'exercer des mandats d'administration. L'Exposé des Motifs craint, avec raison, que la sanction de la déchéance du droit d'exercer des mandats d'administration puisse être assimilée, au regard de la CEDH, à l'imposition de sanctions pénales, impliquant le nécessaire respect de l'ensemble des garanties prévues dans le droit de la procédure pénale. Or ceci n'est pas envisagé par l'Avant-projet de Loi (voir supra 2.1).
- En outre, la compatibilité avec l'Art. 6 CEDH des amendes administratives pour les personnes physiques pourrait être contestée. En effet, selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une autorité administrative (telle que l'Autorité de Concurrence) peut imposer des sanctions ou amendes administratives, pour autant qu'un appel puisse être interjeté auprès d'un tribunal qui réponde aux critères de l'Art. 6 CEDH (cf. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Menarini*). Les modifications institutionnelles proposées par l'Avant-projet, réduisent non seulement l'indépendance de l'Auditorat et du Collège de la Concurrence, mais également l'indépendance de la Cour des Marchés. Selon

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

l'Avant-projet, les juges de la nouvelle Cour des Marchés seront nommés par Arrêté Royal, pour un mandat de six ans. Par conséquent, il apparaît peu probable que la Cour des Marchés réponde aux exigences de l'Art. 6 CEDH ; la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ayant d'ores et déjà jugé qu'un tribunal doit notamment être indépendant du pouvoir exécutif.

- La question se pose également de savoir s'il peut être remédié au manque d'efficacité de la politique de concurrence du Conseil de la Concurrence par l'introduction de sanctions administratives visant les personnes physiques. Tel que précédemment mentionné, il est considéré que le manque d'efficacité du Conseil de la Concurrence résulte essentiellement du manque de moyens financiers mis à la disposition de l'Autorité.

6. CONSIDERATIONS PROCEDURALES

Une série de points procéduraux soulèvent également des questions quant à leur compatibilité avec le TFUE et la CEDH. Ces points sont particulièrement inquiétants et conduiront vraisemblablement à des débats tant devant le Collège de la concurrence que devant la Cour des marchés et, *in fine*, plus que probablement devant la Cour constitutionnelle, la Cour de justice européenne et la Cour européenne des Droits de l'Homme. Ceci entraînera un retard considérable dans le traitement des dossiers individuels et risque de mettre en péril l'objectif de l'Avant-projet visant à améliorer l'efficacité procédurale.

6.1 L'ajout de pièces additionnelles devant le Collège de la concurrence

Ainsi, l'Art. XV. 30, paragraphe 3 (tout comme une série d'autres dispositions de l'Avant-projet) prévoit qu'après l'ouverture de la procédure devant le Collège de la concurrence, les parties « *ne peuvent pas ajouter des pièces qui n'ont pas déposées au cours de l'instruction préalable, sauf si cela concerne la preuve directe d'un fait* ». Il s'agit d'une méconnaissance flagrante des droits de la défense et de la dynamique des procédures en droit de la concurrence. En effet, dans la plupart des cas, les entreprises concernées ne prendront connaissance des éléments et des griefs qui sont retenus à leur encontre par l'Auditorat que lors du dépôt du projet de décision (actuellement le Rapport). Eu égard à cette situation, il n'est pas acceptable et par ailleurs contraire aux droits de la défense et de la CEDH de leur interdire de déposer de nouvelles pièces, en ce compris par exemple des analyses économiques. En outre, lorsqu'il s'agit également de violations du TFUE, cela paraît également contraire au TFUE dont fait notamment partie la « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » qui intègre pour sa part ces droits de la défense et ne permet pas de telle restriction. Des observations similaires peuvent être émises vis-à-vis de la procédure en matière de contrôle des concentrations où une restriction similaire aux droits de la défense est imposée.

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

6.2 Garanties procédurales en première instance

L'Exposé des Motifs suggère que moins de soin et d'attention, en ce compris moins de garanties procédurales, pourraient être accordés aux décisions « de première instance » dès lors que des procédures d'appel sont de toute façon introduites de manière quasi-systématique. On perçoit difficilement la logique d'un tel raisonnement, d'autant plus que le même texte indique que l'objectif ne peut pas être de refaire intégralement l'affaire devant la Cour des marchés. Il existe ainsi un risque, en comparaison avec le régime procédural actuel, que le niveau de protection juridique se trouve affaibli aux deux niveaux. La combinaison de ces deux éléments soulève également des questions de compatibilité avec la CEDH (voir également point 6.6 ci-après).

6.3 Régime de fixation des délais

L'intégralité du régime de fixation des délais dans l'Avant-projet nécessite davantage d'attention. Outre le fait que les délais de recours contre les décisions de certaines autorités sectorielles soient réduits de moitié, plusieurs étapes procédurales se voient assorties de dispositions fixant des délais (particulièrement serrés). Plusieurs de ces délais paraissent peu réalistes.

6.4 Régime en matière d'immunité

L'Art. XV, 31, paragraphe 3 qui traite de la procédure d'immunité prévoit que « *après l'adoption de l'avis de clémence ou l'octroi de l'immunité à des personnes physiques, les pièces et renseignements fournis par le demandeur comme preuve à l'appui de sa demande valent jusqu'à preuve du contraire* ». Cela confère un poids disproportionné aux déclarations des personnes physiques. Or, comme il est apparu par le passé, les déclarations faites par des individus s'inspirent souvent de divers motifs.

6.5 Recours – Procédure

L'Art. XV.26 §4 tient seulement partiellement compte de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle. Certes, l'Avant-projet prévoit la possibilité d'un recours (immédiat), mais il ne prévoit pas de règles substantielles à propos de l'examen à effectuer dans le cadre d'un tel recours, ni à propos du mode de traitement des nullités et autres incidents de procédure (voir les réponses à la deuxième question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle). Comme la Cour constitutionnelle l'a relevé, cette situation est contraire à la Constitution et plus particulièrement au principe de l'égalité de traitement.

Les délais prévus dans cette disposition sont également trop courts pour être réalistes. L'expérience récente le confirme. Lorsqu'il est question de saisie de volumes de documents et de données (particulièrement) importants, il est impossible de les traiter en détail endéans un délai de cinq jours ouvrables (en vue de l'introduction d'un recours) et de compter sur le fait qu'une décision tenant compte de tous les aspects pertinents soit ensuite rendue dans les cinq jours ouvrables (tout en assurant le respect du droit de toutes les parties concernées à être entendues).

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

L'Avant-projet ne stipule par ailleurs pas ce qu'il advient des informations concernées durant le délai de recours et pendant le traitement du recours lui-même par un des juges de la Cour des marchés. Il faudrait à tout le moins prévoir qu'un tel recours ait un effet suspensif et qu'en cas de contestation, les informations litigieuses ne puissent être rendues accessibles à aucun organe d'instruction (mais soient conservées sous scellés). A défaut, des procédures parallèles devraient encore être menées en vue d'obtenir un ordre de suspension – ce qui pourrait en soi constituer une violation des normes supérieures prescrivant l'existence d'un recours effectif.

Il n'est pas non plus prévu que le juge en charge de ce recours ne pourra plus intervenir à un stade ultérieur dans la même affaire.

6.6 Recours – Pleine juridiction

Dans la mesure où il s'avère qu'un recours ne peut aboutir que lorsque l'instance de recours conclut que le Collège de la concurrence « *ne pouvait à raison prendre la décision attaquée* », l'article XV.65 n'est pas conciliable avec la CEDH. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on tient compte de ce qui a été relevé au point 6.2. Bien que l'arrêt récent de la Cour de cassation dans l'affaire Honda ait accepté que la notion de « pleine juridiction » peut s'interpréter de manière flexible, il faut bien se rendre compte que cet arrêt est intervenu dans le contexte du régime légal actuel dans lequel le Conseil de la concurrence constitue une juridiction indépendante. Dans la nouvelle structure, cependant, la Cour des marchés siège comme « cour d'appel », suite à l'intervention d'un « premier juge » (à savoir, le Collège de la concurrence) qui ne satisfait pas aux conditions de la CEDH pour être qualifié de juge indépendant (voir points 2 et 6.2 ci-avant). Sans préjudice de ce qui a été déjà été mentionné ci-avant, la CEDH exige dans de telles circonstances que l'instance en charge des recours contre les décisions du Collège de la concurrence (c'est-à-dire la Cour des marchés) présente toutes les garanties d'un juge indépendant. Selon nous, la formulation de l'article XV.65 ne rencontre pas cette exigence.

7. DEMANDE

Au vu de la complexité d'un certain nombre des points susmentionnés et du risque que, dans des procédures individuelles, des questions de droit soient soulevées qui créeront de l'insécurité juridique et des ralentissements, il nous paraît essentiel qu'une brève consultation soit réalisée avec les personnes concernées et que les éventuels commentaires soient intégrés dans l'avant-projet, pour autant qu'ils soient justifiés.

8. ASSOCIATION DES AVOCATS DE DROIT DE LA CONCURRENCE BELGE

De Vereniging van Belgische Mededingingsadvocaten/Association des avocats de droit de la concurrence belge est fondée pour servir de porte-parole aux avocats spécialisés en droit de la concurrence par rapport aux initiatives concernant la politique de la concurrence, principalement au niveau belge mais également, si cela s'avère utile, au niveau européen. L'Association peut également formuler des

Association des avocats de droit de la concurrence belge

Note sur les orientations de la politique de la concurrence dans l'avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique de 2012

suggestions et servir d'organe de concertation pour les problèmes de procédure et de fond identifiés par les avocats spécialisés en droit de la concurrence.

Les membres de l'AADCB ont au minimum 8 années d'expériences comme avocat et public et/ou enseigne régulièrement dans le domaine du droit de la concurrence.

Les huit membres fondateurs – membres du comité de coordination – sont :

- Dirk Arts, Allen & Overy
- Laurent Garzaniti, Freshfields Bruckhaus Deringer
- Hans Gilliams, Eubelius
- Dirk Vandermeersch, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton
- Dirk Van Liedekerke, Olswang
- Frank Wijckmans, Contrast
- Peter Wytinck, Stibbe
- Johan Ysewyn, Clifford Chance, coordinateur de l'AADCB

Vu l'intérêt de l'avant-projet, un groupe de travail sera créé au sein de l'AADCB qui analysera plus en détail les différents éléments soulevés par l'avant-projet.

Bruxelles, 23 février 2012