

Vers une révision de la loi sur la protection de la concurrence économique ?

Damien Gerard, Marc Abenhaïm, Laurent De Muyter, Joachim Marchandise,
Nicolas Petit & Xavier Taton*

Depuis quelques mois, le droit de la concurrence belge est – à nouveau – en chantier. L'arrêt *VEBIC*¹ de la Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne (la « CJUE ») a révélé au grand jour le caractère hybride de l'autorité belge de concurrence, entravée par les limitations que lui impose son statut légal de « *jurisdiction* » tout en étant compétente pour assurer la mise en œuvre des règles de concurrence dans l'intérêt public, comme le ferait une « *autorité administrative indépendante* ». ² Encore récem-

ment, la complexité qui en résulte et ses conséquences pratiques ont été confirmées par plusieurs arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles, de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle,³ par un audit de suivi de la Cour des comptes,⁴ auxquels s'ajoutent les recommandations répétées de l'OCDE,⁵ de la Commission européenne et de la Banque Nationale de Belgique.⁶

Pour répondre aux interrogations suscitées par le fonctionnement du système mis en place en 2006 par la Loi sur la protection de la concurrence économique (« LPCE »), la Direction Générale de la concurrence (« DG ») a décidé d'ouvrir un heureux et difficile débat : celui de la révision de la LPCE. Sa « *note de discussion pour la consultation des stakeholders* » publiée le 12 mai 2011 proposait un certain nombre de pistes de réflexions. Celles-ci furent débattues dans le cadre de groupes de travail puis d'un atelier public qui s'est tenu le 27 juin 2011. Une nouvelle version de ce document, datée du 21 septembre 2011, a ensuite été transmise pour consultation à la Commission de la Concurrence.

* Les auteurs ont participé à la rédaction de l'ouvrage collectif intitulé *Le nouveau droit belge de la concurrence – Bilan et perspectives après quatre années d'application* (Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2011, 320 p.).

¹ CJUE 7 déc. 2010, *VEBIC*, aff. C439/08, non encore publié au Recueil. La Cour d'appel de Bruxelles a récemment intégré les réponses de la CJUE à ses questions préjudicielles: CA Bruxelles 8 novembre 2011, *VEBIC* (arrêt interlocutoire), R.G. 2008/MR/3.

² Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, 2003, L1/1 (le « Règlement 1/2003 »), considérant 35. L'autorité belge de concurrence se compose essentiellement de trois organes distincts aux statuts juridiques différents : la Direction générale de la concurrence (rattachée budgétairement et hiérarchiquement au SPF Économie), l'Auditorat (organe rattaché au Conseil de la concurrence *au sens large* et responsable de l'instruction des dossiers) et le Conseil de la concurrence *au sens strict*, formellement en charge de la prise de décisions (injonctions, amendes, engagements, etc.). La Loi sur la protection de la concurrence économique (la « LPCE ») confère expressément au Conseil de la concurrence (dans son ensemble) un statut de « *jurisdiction administrative* » (article 11, § 1er). Il a été soutenu que le statut juridictionnel du Conseil l'empêchait de venir défendre ses décisions devant la Cour d'appel de Bruxelles en cas de recours. Or, dans son arrêt *VEBIC*, la CJUE dit pour droit que l'article 35 du Règlement 1/2003 s'oppose à une telle interprétation du cadre juridique national (en l'occurrence la LPCE). Pour la CJUE, l'effectivité des règles de concurrence de l'Union européenne commande que

l'autorité nationale de concurrence puisse, indépendamment de son statut juridique en droit interne, participer à une procédure judiciaire dirigée contre la décision *dont cette autorité est l'auteur* (voir *infra*). La CJUE ajoute notamment dans cet arrêt que la non-comparution systématique de l'autorité nationale de concurrence dans de telles procédures judiciaires compromettrait l'effet utile des articles 101 TFUE et 102 TFUE.

³ Cass., 21 octobre 2011, R.G. H.11.1.F ; CA Bruxelles 8 nov. 2011, précité ; Cour Constitutionnelle 22 déc. 2011, arrêt n°197/2011, *Belgacom*.

⁴ Cour des comptes, « Vers un contrôle efficace des pratiques restrictives de la concurrence », 7 décembre 2011.

⁵ OCDE, *Etude économique de la Belgique*, juillet 2009, spéc. p. 9. Synthèse disponible sur le site Internet de l'OCDE, à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/45/61/43248350.pdf>.

⁶ Cf. N. Petit, « Les vertus oubliées d'une politique de concurrence efficace », *Le Soir*, 17 juin 2011, p. 14.

Depuis lors, le nouveau gouvernement fédéral a également décidé d'emprunter le chemin des réformes afin de « renforcer l'efficacité de l'Autorité de la concurrence », de la « doter de moyens suffisants et d'un cadre de sanctions dissuasif », tout en garantissant son indépendance. La déclaration gouvernementale promet en outre que « des mesures concrètes et ambitieuses seront prises pour renforcer la concurrence dans certains secteurs et les obliger à maîtriser leurs prix ».⁷

Nul ne peut rester indifférent face aux difficultés récurrentes d'application du droit de la concurrence dans notre pays, ni à leurs conséquences pour le consommateur. Comme l'indiquait récemment un sondage Eurobaromètre, la Belgique est aujourd'hui le pays de l'Union européenne où les consommateurs perçoivent le moins bien les bénéfices de la politique de concurrence.⁸ C'est pourquoi l'initiative de la DG doit être saluée, tout comme la transparence qui a entouré la communication de la note de discussion, reflet d'une véritable volonté d'engager un débat de fond sur le modèle qui permettrait à la Belgique de développer une politique de concurrence efficace. Les réflexions partagées ci-dessous visent à contribuer utilement à ce débat. Celles-ci expriment une position commune, qui peut cependant diverger sur certains points de l'opinion personnelle de l'un ou l'autre de leurs auteurs.

Dans sa dernière version, la note communiquée par la DG à la Commission de la concurrence (la « Note ») comprend de nombreuses propositions d'ordre institutionnel et procédural. La plupart des difficultés auxquelles la DG entend répondre résultent du caractère hybride de l'autorité belge de la concurrence. Du choix institutionnel du législateur dépend donc la plupart des solutions pratiques à apporter à de nombreuses questions procédurales posées par plusieurs affaires récentes. C'est pourquoi la structure institutionnelle sera abordée en premier lieu. Les autres propositions formulées dans la Note seront ensuite commentées à la lumière des observations relatives à la structure institutionnelle.

I. De l'urgence d'un choix institutionnel clair et cohérent

Comme indiqué ci-dessus, il apparaît que la plupart des questions posées par les affaires récentes (*VEBIC*, *Belgacom*, *Ferrero*, etc.), comme par diverses autorités publiques, trouvent leur origine dans l'organisation institutionnelle de l'autorité belge de concurrence. A ce titre, elles témoignent des incertitudes qui sont apparues – ou qui ont perduré – depuis l'entrée en vigueur de la LPCE.

A. Quelle structure institutionnelle pour l'autorité belge de concurrence ?

(i) Structure tripartite et problèmes de coordination

En 2006, le législateur a fait le choix de doter l'autorité belge de concurrence d'une structure dite « dualiste ».⁹ L'avantage principal d'une structure (véritablement) dualiste est de permettre d'assurer un juste équilibre entre l'exercice légitime de l'autorité publique et le respect des droits de la défense: un organe se focalise sur l'instruction et l'opportunité des poursuites, tandis que l'autre détient le pouvoir de décision et se prononce en pleine connaissance du dossier, après avoir recueilli les observations de l'organe chargé de l'instruction, des parties et des tiers intéressés. Cependant, en réalité, la structure choisie par la LPCE est tripartite, puisque le traitement des dossiers est répartie entre trois organes fonctionnellement distincts : la DG, l'Auditorat et le Conseil au sens strict.

La pratique confirme que cette structure tripartite entraîne une perte d'efficacité.¹⁰ En effet, la répartition des tâches entre les différents organes de l'autorité de concurrence soulève de nombreux problèmes pratiques et procéduraux, qui se répercutent sur la définition de la politique de concurrence et sa mise en œuvre.¹¹ Le récent audit de suivi de la Cour des Comptes a particulièrement mis en lumière des problèmes de coordination entre l'Auditorat et la DG et notamment le fait que « [l]es auditeurs ne maîtrisent [...] pas les ressources qui seront disponibles pour les instructions », la LPCE ayant apparemment rendu « la maîtrise des instructions par les auditeurs [...] plus difficile » (pp. 16 et 19).

Aussi faut-il se pencher à nouveau sur les modalités de mise en œuvre de l'option dualiste et ce, dans un contexte caractérisé par une limitation de moyens, et requérant des solutions

⁷ Accord de Gouvernement du 1er décembre 2011, p. 114.

⁸ Voy. Flash Eurobarometer #264, *EU citizens' perception about competition policy*, summary, p.8.

⁹ La Communication de la Commission sur le réseau considère « dualiste » la structure institutionnelle au sein de laquelle l'application du droit de la concurrence est répartie « entre deux organismes, l'un chargé d'instruire l'affaire, l'autre — souvent un collègue — chargé de statuer » (Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence [2004] *J.O.* C101/03, pt. 2).

¹⁰ Cour des comptes, audit de suivi du 7 décembre 2011, précité, n.4, spéc. pp. 17-21.

¹¹ Dans l'état actuel de la LPCE, c'est la DG qui semble formellement chargée de représenter la Belgique dans les organisations européennes et internationales de concurrence (article 34, 2°) et d'exécuter la politique de concurrence (article 34, 3°), alors que les pouvoirs de décision permettant de définir cette politique semblent plutôt répartis entre l'Auditorat et le Conseil de la concurrence. Cette absence de choix clair a pour effet de diluer la responsabilité de chaque organe. De plus, l'indépendance de l'autorité belge de concurrence sortirait renforcée d'une simplification des structures, intégrant par exemple la DG et l'Auditorat.

claires et opérationnelles¹². Dans ses recommandations, la Cour des Comptes suggère d'étudier deux options afin de pallier à ces défauts et à leurs conséquences sur la gestion des instructions : (i) « réorganiser la gestion actuelle des instructions » ; ou (ii) « constituer une autorité de la concurrence indépendante » (p. 20). Le Conseil et l'Auditorat ont fait part de leur préférence pour la seconde option qui n'exclut pas, selon la Cour des Comptes, que la DG conserve certaines prérogatives « en matière de promotion de la concurrence et de prévention des pratiques restrictives ».

De ces prises de position, il ressort que la question centrale est celle du regroupement des moyens matériels, humains et juridiques nécessaires à l'exercice de la fonction d'instruction, soit sous l'égide d'un Auditorat indépendant, soit au sein de la DG. La constitution d'une autorité de concurrence autonome et indépendante du pouvoir exécutif (c'est-à-dire isolée de toute supervision décisionnelle, budgétaire et statutaire du ministre), qui resterait dualiste dans son fonctionnement (c'est-à-dire avec un organe d'instruction distinct de l'organe de décision), mettrait la Belgique en conformité avec les meilleures pratiques recommandées au niveau international. En outre, cette solution semble la mieux à même de réaliser un juste équilibre entre efficacité des poursuites et respect des droits de la défense. L'option alternative d'une réorganisation de l'instruction impliquerait un mouvement inverse d'intégration de la DG et de l'Auditorat au sein du SPF Economie. Cette deuxième option pourrait permettre une utilisation optimale des ressources du SPF Economie au profit de la politique de concurrence. Elle présente néanmoins un risque de perte d'indépendance, notamment au niveau du choix des poursuites. Ce risque pourrait être contenu, si l'opportunité des poursuites continuait à être appréciée par un organe autonome.

(ii) *Nature juridique du Conseil de la concurrence au sens strict*

Outre la rationalisation des ressources de l'instruction, une réforme utile et durable de l'autorité belge de concurrence nécessite également de clarifier la nature juridique du Conseil de la concurrence *au sens strict* (le « Conseil »). En effet, d'un

côté, l'Auditorat est chargé d'instruire les affaires et de porter celles-ci devant le Conseil,¹³ qui statue en tant que juridiction administrative.¹⁴ D'un autre côté, plusieurs dispositions de la LPCE confèrent au Conseil des attributs qui ne relèvent pas de la fonction juridictionnelle : le Conseil fait formellement partie de l'Autorité belge de concurrence,¹⁵ peut demander à l'Auditorat de procéder à une instruction complémentaire,¹⁶ a la compétence d'établir des communications relatives à l'application de la LPCE,¹⁷ et est sensé transmettre un rapport annuel au ministre de l'Economie et aux Chambres législatives.¹⁸ Bien que les membres du Conseil semblent attachés à son statut institutionnel ambigu,¹⁹ il semble qu'une réforme de la LPCE devrait opérer un choix clair entre une structure *interne*, où la prise de décision s'opère au sein d'une autorité intégrée (ce qui n'exclut pas une distinction fonctionnelle – et nécessaire – entre instruction et décision) et une structure *externe*, où l'organe chargé de l'instruction porte l'affaire devant une instance distincte, en vue d'obtenir une décision. En d'autres termes, soit le législateur choisit de privilégier l'intervention du Conseil comme un organe à part entière de l'autorité belge de concurrence, mais son statut juridictionnel paraît inadéquat. Soit le législateur choisit de privilégier le caractère juridictionnel de l'intervention du Conseil, et dans ce cas il devrait devenir une juridiction spécialisée, distincte de l'autorité de concurrence, vraisemblablement intégrée à l'ordre judiciaire (ou à tout le moins soumise au contrôle de la Cour de cassation) et chargée de juger les poursuites qui sont portées devant elle par l'autorité de concurrence.

→ Dans un souci d'efficacité et de cohérence, il est donc suggéré de ne pas limiter la révision de la LPCE à des questions spécifiques de procédure mais de **revoir la structure institutionnelle de l'autorité belge de la concurrence** dans son ensemble en envisageant une fusion entre la DG et l'Auditorat, d'une part, et en effectuant un choix clair quant au rôle du Conseil, d'autre part.

¹² Dans la perspective d'une réflexion globale, l'organisation des procédures devant les autorités de surveillance financière pourrait constituer une source d'inspiration utile. En effet, il s'agit aussi d'une organisation « dualiste », voire même quadripartite (services chargés de l'exécution des actes d'instruction, auditeur dirigeant l'instruction, comité de direction décidant du classement ou des poursuites, commission des sanctions décidant sur l'imposition éventuelle d'amendes en cas de poursuites). Dans cette configuration, c'est l'autorité qui décide de classer ou de poursuivre (le comité de direction) qui est chargé d'orienter la politique de surveillance financière. Voy. loi du 2 août 2002 telle que modifiée par la loi du 2 juillet 2010 pour la FSMA (spec. art. 49 et 70 à 72) ; loi du 22 février 1998 telle que modifiée par l'arrêté royal du 3 mars 2011 pour la BNB (spec. art. 19 et 36/8 à 36/11).

¹³ Article 29, §1er.

¹⁴ Article 11, §1er.

¹⁵ Article 1, 4°.

¹⁶ Article 48, §4.

¹⁷ Article 11, §3.

¹⁸ Article 11, §4.

¹⁹ Lors d'une demi-journée d'étude organisée par la Brussels School of Competition le 12 décembre 2011, le président du Conseil a simultanément plaidé pour le maintien du statut juridictionnel du Conseil (en vue de garantir le respect du droit au procès équitable) et pour la participation du Conseil à la structure de concertation entre l'Auditorat et la DG chargée de fixer les priorités en termes de poursuites des pratiques restrictives.

B. Quelle structure institutionnelle pour la juridiction de recours ?

Comme indiqué ci-dessus, du choix institutionnel du législateur dépend la plupart des solutions pratiques à apporter à de nombreuses questions procédurales posées par plusieurs affaires récentes. Ces questions procédurales sont traitées dans la Note. Au premier rang des questions récurrentes figurent (i) la position de l'autorité belge de concurrence devant l'instance de recours prévue par la loi et (ii) la nature des compétences juridictionnelles de cette instance de recours. Les propositions formulées dans la Note sont commentées ci-dessous à la lumière des observations effectuées précédemment.

(i) Qui doit défendre les décisions du Conseil devant la Cour d'appel de Bruxelles ?

Même si les commentateurs divergent sur ses conséquences pratiques,²⁰ l'arrêt *VEBIC* commande assurément une clarification de la position de l'autorité belge de concurrence devant l'instance de recours prévue par la loi, c'est-à-dire la Cour d'appel de Bruxelles. Cette question est liée au statut juridique du Conseil de la concurrence.²¹ Les deux problématiques doivent donc être abordées de concert.

- La Note envisage de conférer compétence à l'Auditorat afin d'intervenir devant l'instance d'appel pour défendre soit la décision du Conseil, soit « *son propre point de vue* ». Une telle proposition est paradoxale :
 - La proposition est imprécise au sujet des conséquences qu'implique la défense par l'Auditorat de « son propre point de vue » devant la Cour d'appel de Bruxelles²².

²⁰ Pour les premières opinions publiées sur ces questions, voy. X. Taton et J. Marchandise, "Le droit processuel belge des pratiques restrictives de concurrence" dans *Le nouveau droit belge de la concurrence*, Anthemis, Liège, 2011, pp. 195 à 198 ; N. Petit, "The Judgment of the European Court of Justice in *Vebic*: Filling a Gap in Regulation 1/2003", *J. Eur. Comp. L. & Pract.*, June 2011 ; F. Louis, "L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *VEBIC*: une opportunité de parfaire l'organisation de l'autorité belge de concurrence", *R.C.B.*, 2011, p. 12 ; B. van de Walle de Ghelcke, « De betekenis en de draagwijdte van het arrest *Vebic* van het Hof van Justitie », *R.C.B.*, 2011, p. 3 ; E. de Lophem, "L'arrêt *VEBIC* de la Cour de justice et ses conséquences sur les règles procédurales en droit belge de la concurrence", observations sous C.J.U.E., 7 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 245.

²¹ Voy. notamment F. Louis, "L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *VEBIC*", *op.cit.*, pp. 12 et s., spéc. p. 14. Dans son arrêt sur renvoi du 8 novembre 2011, la Cour d'appel de Bruxelles a toutefois considéré que l'arrêt de la Cour de justice ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction intervienne devant elle comme partie adverse du requérant (Bruxelles, 8 novembre 2011, R.G. 2008/MR/3, pt 25).

²² La note de discussion de la DG du 12 mai 2011 était plus précise en ce qu'elle prévoyait la compétence de l'Auditorat de former appel incident à l'encontre des décisions du Conseil. D'un point de vue pratique, si l'Auditorat est autorisé à défendre un point de vue différent de celui du Conseil devant la Cour d'appel,

Cela signifierait, semble-t-il, que l'Auditorat serait autorisé à critiquer devant la Cour d'appel la décision du Conseil de rejeter certains des griefs avancés dans le rapport de l'Auditeur ou de prononcer des sanctions différentes de celles qui étaient proposées dans ce rapport. Il faudrait alors considérer que la Cour d'appel devrait statuer sur le recours de l'Auditorat comme si elle était saisie d'un recours incident.

- L'arrêt *VEBIC* requiert de donner la possibilité à l'autorité belge de concurrence de défendre ses décisions en appel. En effet, le texte de l'arrêt *VEBIC* suggère clairement que c'est à l'auteur de la décision qu'il revient de la défendre en appel. En Belgique, c'est donc au Conseil de la concurrence qu'il revient normalement de « *défendre la décision qu'[il] a adoptée [...]* » (arrêt *VEBIC*, para 58 ; voir surtout le dispositif de l'arrêt). Il est vrai que l'on ne peut raisonnablement demander à l'Auditorat de défendre une décision dont il n'est pas l'auteur (contrairement au rapport). En réalité, la proposition permet aussi à l'Auditorat de critiquer les décisions du Conseil, ce qui paraît contraire à l'interprétation du principe d'effectivité que promeut la CJUE dans son arrêt.
- La proposition semble renforcer la position de l'Auditorat en lui permettant de rouvrir les débats devant la Cour d'appel de Bruxelles ; en revanche elle paraît réduire le rôle du Conseil à celui d'organe de jugement de première instance, dont la décision ne déterminerait plus le périmètre du litige de façon définitive. Elle risque d'allonger les débats et donc de diminuer la sécurité juridique ; sa justification n'est pas non plus évidente sous l'angle de l'économie de la procédure.
- Au regard de la solution retenue par l'arrêt *VEBIC*, c'est donc normalement au Conseil (c'est-à-dire l'organe de décision lui-même) de défendre ses décisions en appel. Outre qu'elle s'impose en vertu d'un arrêt préjudiciel de la CJUE, cette solution répond à une véritable logique d'efficacité décisionnelle (maîtrise de l'information et connaissance des motifs décisifs), de responsabilisation de l'autorité (« *accountability* »), d'effectivité des recours (incitations plus évidentes à la défense des décisions) et d'économie de moyens. Si le seul obstacle à ce qu'il puisse le faire utilement réside dans son statut de « *juridiction* » en vertu de l'article 11 LPCE,²³ il conviendrait de modifier ce statut, tout en maintenant la dualité fonctionnelle de l'autorité :
 - Le système dual est tout à fait envisageable au sein d'une autorité administrative « non juridictionnelle », indépendante ou intégrée, qui comporterait deux ou plusieurs organes distincts, dotés respectivement des

cela revient toutefois à reconnaître un droit de recours incident à l'Auditorat.

²³ *Contra* l'arrêt de renvoi précité de la Cour d'appel de Bruxelles du 8 novembre 2011 dans l'affaire *Vebic*.

pouvoirs d’instruction ou de décision (voy. à ce sujet CJUE, aff. C-53/03, Syfait, para 33).

- L’arrêt VEBIC ne tire aucune conséquence du statut de « *jurisdiction* » du Conseil en vertu de la loi ; il considère le Conseil comme l’organe décisionnel de l’autorité belge de concurrence, qu’il ne distingue pas de toute autre « autorité administrative » de concurrence.
- Dans son rapport sur le fonctionnement du Règlement 1/2003 (para 193),²⁴ la Commission européenne déclare expressément que le système belge est un « *traditional dual administrative system* », distinct d’autres modèles institutionnels où interviennent des juridictions en qualité d’organe décisionnel de première instance au sens de l’article 35(4) du règlement 1/2003 (par exemple, l’Irlande et l’Autriche).
- Le Conseil se comporte déjà comme une autorité administrative de concurrence. Par exemple, il notifie ses projets de décisions à la Commission en vertu de l’article 11(4) du Règlement 1/2003. Il peut également être dessaisi en vertu de l’article 11(6) du Règlement 1/2003 par l’ouverture d’une procédure par la Commission.²⁵
- Il est également paradoxal que le Conseil soit intervenu à la procédure devant la CJUE dans l’affaire VEBIC, tout en plaçant que son statut de « *jurisdiction* » lui interdirait de défendre son point de vue devant une autre juridiction.
- La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme ne requiert pas la présence d’un « juge » en première instance pour que les exigences de l’article 6 de la CEDH soient respectées. Au contraire, il est de jurisprudence constante qu’une contestation sur des droits ou obligations à caractère civil ou une accusation en matière pénale peut être portée devant une autorité administrative, pour autant que la décision de cette autorité puisse faire l’objet d’un recours devant une juridiction indépendante et impartiale, exerçant un contrôle de pleine juridiction.²⁶ Pour autant que la Cour d’appel de Bruxelles (ou tout autre organe d’appel) exerce sur la décision adoptée un contrôle de pleine juridiction, aucune violation de l’article 6 de la CEDH ne pourrait être déduite du seul statut administratif du Conseil de la concurrence.
- Les Commissions des sanctions de la FSMA et de la BNB démontrent que : (i) un système « dualiste » séparant les fonctions d’instruction et de décision peut être organisé au sein d’une autorité administrative à personnalité juridique unique (autorité administrative ne signifie donc pas autorité à organe unique) ; et (ii) que l’organe de décision d’une telle autorité peut même être composé de magistrats.²⁷ Un organe administratif de décision nous semble donc pouvoir fournir autant de garanties en termes de respect des droits de la défense qu’une juridiction administrative comme le Conseil de la concurrence actuel.²⁸
- L’opinion selon laquelle des tâches telles que la délivrance des autorisations d’inspection ou la connaissance des recours internes sur la constitution des dossiers d’instruction ne pourraient être adéquatement confiées qu’à des juridictions, ne paraît pas requérir que le Conseil revête nécessairement ce statut. Si l’objectif est d’assurer l’indépendance de l’autorité chargée de délivrer des autorisations d’inspection et de connaître des recours sur la constitution des dossiers d’instruction, il conviendrait plutôt de confier ces compétences à une autorité externe à l’autorité de concurrence (comme un juge d’instruction). Il en va de même des recours contre les décisions relatives aux dossiers d’instruction.²⁹
- Attribuer une nature administrative à l’autorité belge de concurrence permettrait également d’organiser un recours par requête contradictoire, et de mettre un terme aux bizarreries procédurales liées au recours actuel par requête unilatérale (cf. l’obligation de dénonciation à charge du requérant et la présence du seul requérant à l’instance de recours).
- Les juridictions belges ont déjà pointé l’ambiguïté du statut du Conseil de la concurrence, en particulier s’agissant du contrôle des concentrations. La Cour d’appel de Bruxelles – suivant en cela une partie de la doctrine³⁰ – considère ainsi qu’en matière de contrôle des concentrations, le Conseil de la concurrence n’agit pas en tant que

²⁴ Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council - Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009)206 final, pt. 193.

²⁵ Voy. également, Tribunal de l’Union Européenne, 8 mars 2007, *France Télécom SA c. Commission*, aff. T-339/04.

²⁶ C.E.D.H., 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, requête n° 43509/08, pt. 59 et références citées; C.E.D.H., 4 mars 2004, *Silvester’s Horeca Service c. Belgique*, T.F.R., 2004, p. 636; C.E.D.H., 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*; C.E.D.H., 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, spéc. pt. 56; C.E.D.H., 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, spéc. pt. 29. Pour une réception en droit de l’UE, voy. les Conclusions de l’Avocat général Sharpston du 10 février 2011 dans l’affaire C-272/09P, *KME Germany et al./Commission*.

²⁷ Article 48*bis* de la loi du 2 août 2002 ; article 36/8 de la loi du 22 février 1998. Les articles 296 du Code judiciaire et 108 des lois coordonnées sur le Conseil d’Etat permettent expressément au législateur de requérir ainsi des magistrats pour des fonctions de service public.

²⁸ Pour l’anecdote, on notera qu’à l’heure actuelle, aucun membre du Conseil ne doit obligatoirement être titulaire d’un diplôme de droit. Voy. A.R. du 31 octobre 2006 et du 21 mai 2008 sur les programmes d’examen des conseillers et auditeurs du Conseil de la concurrence.

²⁹ Comme cela semble découler de l’arrêt de la Cour constitutionnelle n° 197/2011 du 22 décembre 2011, *Belgacom*.

³⁰ P. Boucquoy et P-O. De Broux, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in X., *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, la charte, Bruxelles, 2007, p. 233, n° 24.

juridiction.³¹ La Cour de cassation quant à elle, tout en reconnaissant que « le Conseil de la concurrence exerce, sur le plan organique [sic], un pouvoir juridictionnel qu'il exerce en toute indépendance », souligne que « [l]a procédure de contrôle de concentration est une procédure d'autorisation administrative de nature différente des procédures en matière de pratiques restrictives ou en toutes matières opposant des parties se prétendant titulaires d'un droit subjectif ».³² Attribuer une nature administrative à l'autorité belge de concurrence mettrait également un terme à la possibilité de poser des questions préjudicielles en contrôle des concentrations, possibilité dénoncée en doctrine et dont l'opportunité n'a jamais vraiment été confirmée.

- Une modification du statut du Conseil pourrait comporter des implications statutaires et budgétaires différentes,³³ en fonction des options structurelles qui sont envisagées. Ces implications méritent de faire l'objet d'une étude objective qui tienne aussi compte des économies pouvant résulter d'une organisation simplifiée de l'autorité de concurrence et d'une application plus aisée des procédures. De façon générale, il paraîtrait à tout le moins paradoxal de faire dépendre d'une contrainte budgétaire le choix d'une structure plutôt qu'une autre en ce qui concerne une autorité répressive compétente pour imposer des amendes significatives. En outre, il ne faut pas négliger l'importance pour l'autorité de concurrence de recruter des cadres compétents et l'environnement particulièrement concurrentiel de la place de Bruxelles pour les individus disposant des compétences requises. C'est pourquoi la création d'une autorité indépendante dont les membres disposeraient d'un statut ad hoc, comme suggéré par la Cour des comptes dans son audit de suivi, semble préférable.
- Dans ce contexte, il convient de relever que des organisations internationales comme l'OCDE ont épinglé à plusieurs reprises les ressources budgétaires insuffisantes allouées à la politique de concurrence en Belgique. C'est pourquoi de nouvelles modalités de financement des autorités pourraient être mises à l'étude. Schématiquement, quatre systèmes non exclusifs sont envisageables pour financer une autorité de concurrence :

- **Enveloppe budgétaire de l'Etat spécifiquement allouée à l'autorité et renouvelée annuellement.** Ce

système présente l'avantage de garantir l'impartialité de l'autorité vis-à-vis des agents économiques, mais pas nécessairement vis-à-vis des pouvoirs publics. Il ne s'agit pas d'un système particulièrement incitatif car il n'est pas corrélé à la performance de l'autorité. Enfin, il s'agit d'un système coûteux pour les finances publiques, spécialement en période d'austérité budgétaire;

- **Charge financière prélevée sur la notification des opérations de concentration.** L'idée ici est que les entreprises payent le service de police économique que fournit l'Etat. Les prélèvements peuvent être directement versés au budget de l'Etat ou à celui de l'autorité. La somme à acquitter peut quant à elle être forfaitaire (ex. en République Tchèque, Grèce et Slovaquie), ou au contraire être modulée selon le chiffre d'affaires des entreprises (ex. au Royaume-Uni, en Espagne et au Portugal), la valeur de la transaction (ex. en Italie) ou encore le degré de complexité de l'opération (ex. aux Pays-Bas, au Portugal, en Allemagne et en Hongrie).
- **Affectation d'une fraction des amendes au budget de l'autorité.** Ce système assure une grande indépendance de l'autorité par rapport à l'Etat. Il réduit par ailleurs la charge de la politique de concurrence pour le budget de l'Etat. Le désavantage du système est le risque de distorsion sur les incitations des agents de l'autorité de concurrence. Il est possible de corriger partiellement ce problème en prévoyant un plafonnement de prélèvement/amende. Il est aussi possible d'agir sur la destination des amendes (par ex. affecter leur produit aux activités de conférence, de sensibilisation et de représentation de l'autorité). Le système du prélèvement d'une proportion des amendes est appliqué notamment au Portugal et en Bulgarie où les autorités peuvent utiliser respectivement 40 et 25% des amendes qu'elles imposent pour financer leurs activités.

→ Dans un souci d'efficacité, de cohérence et d'économie, il apparaît donc préférable de **confier au Conseil la faculté de défendre ses décisions en appel**, c'est-à-dire à l'organe de décision quel que soit le statut qu'on lui confère.

(ii) *Quelle compétence juridictionnelle pour la Cour d'appel de Bruxelles ?*

- La loi donne à la Cour d'appel de Bruxelles un « *pouvoir de pleine juridiction* » pour statuer sur les recours portés à l'encontre des décisions du Conseil (art. 75 LPCE).
- La Note de la DG vise à donner le choix à la Cour d'appel de Bruxelles d'exercer ou non un pouvoir de pleine juridiction avec pouvoir de substitution selon les questions portées devant elle, c'est-à-dire de déterminer elle-même son pouvoir juridictionnel. La proposition précise que

³¹ CA Bruxelles, 27 décembre 2007, *Tecteo-Brutele/Belgacom*, R.G. 2007/MR/6, pt. 18.

³² Cour de cassation, 22 janvier 2008, *Tecteo-Brutele/Belgacom*, RDC/TBH (2008/4), pp. 351 ss, pts 12 et 13.

³³ L'audit de suivi de la Cour des comptes du 7 décembre 2011 indique que la constitution d'une autorité de concurrence indépendante serait une solution plus onéreuse qu'une réorganisation de la gestion des organes d'instruction (p. 20). La Cour des comptes ne fournit toutefois aucune précision sur les coûts d'une telle réforme structurelle.

la possibilité qui serait laissée à la Cour d'appel de ne pas substituer son arrêt à la décision annulée du Conseil, concerne spécialement le contrôle des concentrations, la révision des conditions imposées lors de l'admission des concentrations, et les affaires de pratiques restrictives dans lesquelles la Cour d'appel pourrait juger qu'il pourrait y avoir infraction aux articles 101 ou 102 TFUE après que le Conseil ait jugé qu'il n'y avait pas d'infractions à ces dispositions. En ce qu'elle envisage de donner le choix à la Cour d'appel quant au contrôle approprié, cette proposition semble incompatible avec le principe de sécurité juridique et apparaît indéfendable devant la section de législation du Conseil d'Etat. En substance, la proposition doit sans doute être interprétée comme limitant le pouvoir de la Cour d'appel à un contrôle de légalité dans les trois matières précitées et comme lui maintenant un pouvoir de pleine juridiction dans les autres situations.

- A titre liminaire, cette proposition de modification semble manquer de cohérence avec l'idée – inappropriée, comme expliqué ci-dessus – d'un recours possible de l'Auditorat à l'encontre des décisions du Conseil : la Cour d'appel de Bruxelles ne devrait-elle pas dans ce cas-là disposer de toute façon d'un pouvoir de substitution ?
- Dans son arrêt Honda du 3 juin 2011,³⁴ la Cour de cassation a démontré que la notion de « pleine juridiction » au sens du droit belge, peut faire l'objet d'une interprétation souple et nuancée. L'arrêt reconnaît que la Cour d'appel de Bruxelles doit statuer elle-même sur l'existence d'une infraction, l'imposition d'une amende et le montant de celle-ci, tout en précisant que la Cour peut limiter son contrôle notamment en matière d'examen des faits. Compte tenu de cette flexibilité, il ne semble pas nécessaire que la LPCE autorise la Cour d'appel à ne pas exercer son contrôle de pleine juridiction.
- Dans la Note, la DG estime que la compétence de pleine juridiction de la Cour d'appel pourrait poser un problème au regard de l'article 11(4) du Règlement 1/2003. Cette disposition impose aux autorités nationales de concurrence de communiquer à la Commission européenne leurs projets de décision, dans tous les cas d'application des articles 101 et 102 TFUE. La DG considère que cette obligation pourrait trouver à s'appliquer à la Cour d'appel de Bruxelles, lorsque celle-ci « retient sa propre décision au fond ». Ce problème vise apparemment l'hypothèse où la Cour d'appel de Bruxelles sanctionnerait elle-même motu proprio une pratique restrictive de concurrence qui n'aurait pas été constatée par le Conseil de la concurrence et dont le projet de décision n'aurait donc pas été soumis à la consultation du Réseau européen de la concurrence. Dans l'hypothèse où le Conseil, organe décisionnel d'une autorité duale, continuerait à déterminer le périmètre du litige de façon définitive et défendrait lui-même ses décisions devant la Cour d'appel de Bruxelles, le problème ne se poserait pas

fréquemment.³⁵ Dans les cas où les conditions d'application de l'article 11(4) du Règlement 1/2003 seraient réunies pour la première fois au stade de l'instance de recours, il appartiendrait à la Cour d'appel d'interpréter la portée de cette disposition de droit supranational directement applicable, le cas échéant par le biais d'un renvoi préjudiciel à la CJUE. En tout état de cause, l'argument tiré de l'article 11(4) du Règlement 1/2003 ne convainc pas.

- L'expérience de la CJUE tend à démontrer les dangers associés à une compétence juridictionnelle « mixte » (en l'occurrence, contrôle de légalité sur le fond et de pleine juridiction sur les amendes) : glissements de l'un à l'autre, limitation de l'intensité du contrôle juridictionnel (« standard of review ») selon les matières, secteurs, pratiques ; détérioration de la sécurité juridique des justiciables, etc.
- Comme proposé par la Note, l'on pourrait envisager une modulation du pouvoir juridictionnel de la Cour d'appel de Bruxelles. Dans tout le champ de l'article 6 de la CEDH, les juridictions de recours doivent disposer d'une compétence dite de « pleine juridiction » pour mériter l'appellation de « tribunal ». Le contenu et la portée de cette notion peuvent toutefois varier selon que la procédure en cause relève du volet civil ou du volet pénal de l'article 6 de la C.E.D.H. Bien que la jurisprudence de Strasbourg semble s'orienter vers une approche plus nuancée,³⁶ les exigences de la notion de pleine juridiction sont traditionnellement interprétées de manière plus rigoureuse dans le champ de la matière pénale. En droit belge de la concurrence, il a déjà été soutenu qu'en cas d'imposition d'amendes pour pratiques restrictives de concurrence (relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH),³⁷ la Cour d'appel de Bruxelles devait être investie d'un pouvoir de pleine juridiction emportant pouvoir de substitution.³⁸ Le caractère pénal au sens de l'article 6 de la CEDH des poursuites pour pratiques restrictives justifierait ainsi d'attribuer à la Cour d'appel de Bruxelles un contrôle plus étendu que dans la matière administrative des concentrations (qui relève

³⁴ Cass., 3 juin 2011, R.G. C.09.227.N, spéc. pt. 3.

³⁵ Sauf recours incident de l'Auditorat, la seule hypothèse imaginable est celle où l'Auditorat déposerait un rapport reprochant une infraction, où le Conseil rejeterait les poursuites et où un plaignant ou un tiers intéressé introduirait un recours contre cette décision de rejet.

³⁶ V. en ce sens : C.E.D.H., 27 septembre 2011, *Menarini*, précité, dans lequel la Cour adopte une approche plus souple, en dehors des procédures pénales au sens strict du terme.

³⁷ Comme confirmé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt *Belgacom* du 22 décembre 2011.

³⁸ Voy. X. Taton, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 187 à 193. L'arrêt *Menarini* de la Cour européenne des droits de l'homme ne nous semble pas invalider cette analyse, dans la mesure où il constate qu'en l'espèce, les juridictions italiennes de recours auraient pu remplacer la sanction prononcée (CEDH, 27 septembre 2011, *Menarini*, précité, pt. 65).

en principe du volet civil de l'article 6 de la CEDH³⁹). La Note semble s'orienter dans cette voie, en proposant une distinction des pouvoirs juridictionnels en matière de pratiques restrictives, d'une part, et de contrôle des concentrations, d'autre part. Cela étant, une distinction plus fine pourrait consister à distinguer, non selon la matière (pratiques restrictives ou contrôle des concentrations), mais plutôt selon que la décision attaquée impose ou non une sanction.⁴⁰ Une telle distinction semble plus en phase avec la réalité des pouvoirs du Conseil de la concurrence, qui peut imposer toutes sortes de sanctions, y compris dans le domaine du contrôle des concentrations.⁴¹

→ Il est donc suggéré de **maintenir le texte de l'article 75 de la LPCE** en l'état (et d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation). La **suppression proposée de l'article 76, §2, alinéa 8, de la LPCE**, selon lequel la Cour d'appel pouvait demander à l'Auditorat de procéder à une instruction supplémentaire, semble opportune. En effet, l'instruction relève des prérogatives particulières de l'autorité de concurrence et paraît inadéquate pour une juridiction distincte de l'autorité de concurrence.

II. Observations sur les autres propositions de la Note

A. Possibilité d'intervenir comme *amicus curiae*

- La Note vise à donner à la Direction générale la possibilité de soumettre des observations devant les tribunaux civils dans le cadre des affaires de concurrence n'affectant pas le commerce intra-communautaire.⁴²
- La proposition de modification apparaît justifiée à condition de soumettre les observations de la Direction générale au **débat contradictoire**, comme les avis du ministère public en matière civile.
- Cependant, en cas de modification institutionnelle intégrant les trois organes actuels en une seule autorité de concurrence, il serait judicieux que la possibilité de soumettre des

observations revienne à son organe décisionnel. En effet, seule l'autorité de concurrence aurait – avec les cours et tribunaux – à connaître de cas concrets d'application des dispositions pertinentes de la LPCE. L'expérience acquise dans ce contexte lui permettrait de soumettre utilement des observations.

B. Abrogation des articles 8§6, 60 et 77 LPCE

- La Note de la DG propose d'abroger le pouvoir du Conseil des ministres d'autoriser des concentrations interdites ou soumises à conditions par l'autorité de concurrence.
- Cette proposition n'appelle pas de commentaire sur le plan juridique. Il n'apparaît pas non plus opportun de maintenir une telle faculté pour des raisons de politique économique, dans la mesure où elle n'a jamais été utilisée.

C. Sanctions administratives pour personnes physiques

- La Note propose d'introduire des amendes administratives individuelles à l'encontre des personnes physiques qui auraient négocié ou pris une décision donnant lieu à une pratique restrictive « *au nom et pour le compte d'une entreprise* ».
- Les ententes sont souvent conclues dans l'ignorance des actionnaires, alors que ce sont eux qui supportent le coût des amendes. Les ententes sont même parfois organisées à un niveau de décentralisation important au sein des entreprises, dans l'ignorance du comité de direction et/ou du conseil d'administration.⁴³ Des études confirment le caractère dissuasif et/ou éducatif de sanctions individualisées contre ceux qui, au sein des entreprises, sont les véritables organisateurs du cartel. En outre, les sanctions individuelles renforcent les incitations des gérants d'entreprises à recourir aux programmes de clémence, et donc à l'efficacité des politiques de détection des autorités.⁴⁴
- Les sanctions incapacitantes paraissent constituer une piste intéressante à explorer en matière de cartels. Elles ont d'ailleurs fait l'objet d'un regain d'intérêt de la part d'autres autorités européennes. L'Office of Fair Trading (« OFT »), qui disposait d'un tel instrument punitif depuis 2003, a récemment annoncé un renforcement de sa politique en la matière et d'adopter un document précisant les conditions d'application des sanctions incapacitantes.⁴⁵ Cependant, la note privilégie la piste des amendes administratives individuelles.

³⁹ L'article 6 de la CEDH, en ce qu'il requiert un pouvoir de pleine juridiction dans le chef de la juridiction de recours, devrait cependant être également respecté en cas d'amendes pour infraction relative à la procédure de contrôle des concentrations.

⁴⁰ Ce type de distinction guide, par exemple, la modulation des compétences juridictionnelles du Kartellsenat de l'Oberlandesgericht de Düsseldorf en Allemagne, compétent pour connaître des recours intentés contre les décisions du Bundeskartellamt (l'autorité de concurrence allemande) ; v. H. Schweitzer, *The European Competition Law enforcement system and the evolution of judicial review*, in C. D. Ehlermann, M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases* (Hart 2010), spéc. pp. 117-118.

⁴¹ V. article 86, §1er de la LPCE.

⁴² En ce qui concerne les affaires affectant le commerce intra-communautaire, cette faculté est déjà prévue par l'article 15§3 du Règlement 1/2003.

⁴³ Voy. J. Harrington, "How do Cartels Operate", *Foundations & Trends in Microeconomics* 1, 12 (2006). Certaines études tendent même à démontrer que l'autorité pour conclure le cartel est parfois déléguée stratégiquement à un niveau aval, afin de renforcer la stabilité du cartel. Voy. Z. Chen, "Strategic Delegation in Cartel Organization", mimeo.

⁴⁴ Voy., en ce sens, Harrington "Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion", mimeo.

⁴⁵ Voy. OFT1340 Company Directors and competition law, disponible à http://www.offt.gov.uk/shared_offt/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/offt1340.pdf.

- Qu'il s'agisse de sanctions incapacitantes ou d'amendes administratives, les modalités de mise en œuvre de telles sanctions requièrent cependant un examen attentif, en particulier sur les questions suivantes :
 - L'engagement de la responsabilité de l'entreprise : quel sens donner à « *la négociation ou la prise de décision au nom et pour le compte d'une entreprise* (au sujet des infractions) » ? La responsabilité de l'entreprise et de l'individu doit-elle être alternative ou cumulative ? Un individu pourrait-il être seul sanctionné pour une infraction commise par l'entreprise (spécialement en application du droit européen de la concurrence) ? Faut-il créer une nouvelle cause d'infraction dans le chef des personnes physiques ?
 - Comme le suggère la Note, l'imposition de sanctions individuelles en matière de pratiques verticales (par exemple, l'imposition de prix de revente), d'accord de coopération horizontale (par exemple, les accords d'échange d'informations) ou enfin en matière d'abus de position dominante ne semble pas souhaitable au regard : (i) du caractère incertain/controversé des effets anticoncurrentiels de telles pratiques ; et (ii) des frontières fluctuantes de la légalité et de l'illégalité dans ces domaines. Cela semble également difficilement compatible avec la nécessité d'introduire une procédure de clémence individuelle (ex. clémence pour pratique verticale ?). En outre, une référence expresse et exhaustive dans la loi aux quatre types d'ententes injustifiables les plus attentatoires au bien-être économique (fixation des prix, fixation de quotas de production, partage de marchés/clientèles, limitation des investissements) serait préférable à une référence à la communication *de minimis* de la Commission européenne.

→ De façon générale, l'introduction de sanctions individuelles semble aujourd'hui prématurée au sens où cela risque de noyer davantage le droit belge de la concurrence dans des questions de procédure dont il a déjà du mal à se défaire, et ce au détriment des questions de droit matériel. Il conviendrait avant toute chose de clarifier et de stabiliser la structure institutionnelle de l'autorité belge de concurrence afin de l'asoir sur une base solide, garante de son efficacité. En tout état de cause, il semble nécessaire de **préciser les conditions d'application** de toute sanction administrative destinée aux personnes physiques avant de s'engager dans cette voie.

D. Mesures provisoires

- La Note de la DG vise à créer une procédure en mesures provisoires devant le Président du Conseil, encadrée par des délais très stricts et sans intervention obligatoire de l'Auditorat.
- La modification proposée a pour effet de rapprocher la procédure au provisoire devant le président du Conseil de

la procédure en référé devant les présidents des tribunaux ordinaires. Or, le cadre de leurs interventions respectives diffère. Le Conseil de la concurrence statue dans le cadre d'un contentieux objectif destiné à défendre l'intérêt général. *A contrario*, les présidents des tribunaux de commerce sont compétents pour statuer « inter partes » en mesures provisoires ou en cessation. Outre le fait que le principe d'économie s'oppose à un dédoublement des procédures existantes, il ne semble pas opportun d'écarter à tout le moins la possibilité d'un recours aux pouvoirs d'enquête de l'Auditorat en matière de mesures provisoires. Au final, un aménagement de la procédure actuelle en l'encadrant dans des délais de rigueur (ex. décision dans les 3 mois avec audience dans les 2 mois et rapport de l'auditeur dans les 6 semaines) semble préférable à la proposition actuelle.

- La proposition de considérer l'absence de décision dans les délais impartis comme une décision tacite de rejet, mais avec possibilité de recours, pourrait s'inspirer de l'article 14§3 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.
- En sus de la modification envisagée, il conviendrait de s'assurer de l'existence d'un lien effectif entre les mesures provisoires et l'instruction au fond. A ce titre, il conviendrait de prévoir dans la loi une limitation dans le temps de la durée des décisions en mesures provisoires (ou d'en permettre la révision) afin de s'assurer que l'Auditorat instruira effectivement le dossier au fond. On pourrait par exemple envisager qu'une décision en mesures provisoires devienne caduque en l'absence d'instruction menée à terme endéans un certain délai.⁴⁶

→ Il est donc suggéré de maintenir une **nette distinction entre les procédures au provisoire** devant le président du Conseil (ou de l'autorité) de la concurrence (agissant dans l'intérêt général) et devant les présidents des tribunaux (statuant sur les intérêts particuliers), notamment en permettant au président d'avoir recours aux pouvoirs d'enquête de l'Auditorat (et/ou des services compétents). Seule cette différence de perspective justifie l'existence de deux procédures parallèles.

E. Procédure de transaction

- Une des principales innovations de la Note consiste à proposer l'introduction d'une procédure de transaction en droit belge de la concurrence, sur le modèle de ce qui s'est fait en 2008 au niveau européen. L'introduction de cette procédure dans l'arsenal européen ayant connu un franc succès, c'est tout légitimement que la DG s'interroge sur son éventuelle opportunité en droit belge. L'introduction d'une procédure de transaction dans la LPCE soulève cependant cinq questions générales:

⁴⁶ Voy. en ce sens Bruxelles, 19 octobre 2011, *De Beers UK Ltd*, R.G. 2010/MR/1.

- **L'introduction d'une procédure de transaction n'est-elle pas prématurée?** Nul ne contestera que la pratique administrative relative aux sanctions de l'Autorité belge de la concurrence est encore en formation et que les affaires ayant donné lieu à des amendes significatives sont encore limitées. Dans ce cadre, on peut s'interroger sur l'attrait que présenterait la procédure de transaction dans un cadre où les procédures dites « classiques » ne sont pas encore routinières. Par ailleurs, cet attrait est également fortement réduit par le fait que les Lignes Directrices sur les amendes qui ont été adoptées le 19 décembre 2011 prévoient que la reconnaissance de l'infraction « pendant l'instruction ou au plus tard au cours de la procédure écrite devant le Conseil » est une circonstance atténuante justifiant une réduction de l'amende (sans pour autant définir ce pourcentage de réduction). Il n'existe sans doute aucun inconvénient à anticiper ces développements en instaurant dès à présent ce mécanisme dans la LPCE. Si tel est le cas, il conviendra toutefois de s'assurer que l'autorité n'utilise pas la procédure de transaction de manière systématique, uniquement dans le but d'éviter l'analyse détaillée requise dans les procédures classiques.
- **La procédure de transaction doit-elle respecter le modèle de type dualiste de l'autorité?** La Note prévoit que l'Auditorat serait l'entité compétente pour proposer et octroyer le bénéfice de la transaction. Cette approche déroge donc à la structure à tendance dualiste de l'Autorité de concurrence belge organisée par la LPCE. Cette dérogation est uniquement justifiée par la volonté de permettre de transiger au stade le plus précoce possible de la procédure. A cet égard, il ne nous semble pas qu'une intervention du Conseil qui se limiterait par exemple à consacrer l'accord transactionnel serait de nature à retarder excessivement la procédure. Par ailleurs, l'intervention du Conseil permettrait d'éviter l'écueil que pose l'articulation entre procédures de transaction (octroyée par l'Auditorat) et de clémence (octroyée par le Conseil), qui seront nécessairement appelées à se chevaucher. Finalement, comme expliqué ci-dessus, les Lignes Directrices sur les amendes ont peut-être déjà instauré en pratique un système de transaction au niveau du Conseil, sous la forme de circonstances atténuantes.
- **La procédure de transaction est-elle appelée à s'appliquer à tous types d'infractions?** La Note prévoit que la procédure de transaction sera applicable à l'ensemble des pratiques restrictives. Cette position contraste avec la situation prévalant au niveau européen où seules les ententes peuvent faire l'objet d'une transaction. Il conviendrait d'examiner soigneusement s'il est opportun d'appliquer la transaction à des infractions qui peuvent nécessiter une analyse des effets et dont la nature est moins nette et établie qu'en matière de

cartels, et ce en particulier à un stade très précoce de la procédure.

- Quelle réduction d'amende convient-il d'octroyer? La Note prévoit une réduction de 20% par rapport à l'amende indiquée dans le rapport de l'Auditeur. Si ce pourcentage est plus attractif que celui proposé au niveau européen (10%), il faudrait néanmoins évaluer s'il l'est suffisamment, en particulier pour les entreprises qui ne bénéficient pas de la clémence. Il convient de noter par ailleurs la volonté de mentionner dans la proposition de transaction le montant de l'amende envisagée par l'Auditeur. Toutefois, il serait souhaitable d'étendre cette mesure aux rapports de l'Auditorat dans les procédures dites « classiques ».
- Les décisions de transaction doivent-elles pouvoir faire l'objet d'un recours? La Note ne précise pas si un appel est possible. Néanmoins, il ne faut pas oublier que la décision transactionnelle reste une mesure de sanction. Ainsi, on ne peut pas exclure que, dans certains cas, il existe des motifs valides pour faire appel, par exemple si la décision finale ne reflète pas l'accord transactionnel.

→ L'introduction d'une procédure de transaction en droit belge de la concurrence, si elle semble souhaitable, nécessite cependant de **clarifier un certain nombre de questions** connexes de nature essentiellement politique. L'articulation de la procédure de transaction avec le programme de clémence semble particulièrement délicate dans le cadre institutionnel actuel.

F. Confidentialité des pièces

- La Note développe plusieurs propositions destinées à faciliter le traitement des questions de confidentialité dans le cadre des instructions. Tout d'abord, elle suggère de ne transmettre au Conseil qu'un dossier limité aux pièces mentionnées dans le Rapport de l'Auditeur. Seules les parties auraient encore accès au dossier de l'instruction en tant que tel. Dans la mesure où il va de soi que les parties doivent impérativement avoir accès à l'entièreté du dossier de l'instruction, il n'est pas évident que la transmission au Conseil d'un dossier certes réduit mais néanmoins différent (c'est-à-dire supplémentaire) allège véritablement la charge de travail de l'Auditeur. Dans l'hypothèse de la création d'une autorité de concurrence regroupant les trois organes actuels, la distinction entre le dossier de l'instruction et le dossier de procédure ne semblerait en outre plus pertinente.
- La Note prévoit également d'imposer à la partie qui invoque la confidentialité de certaines pièces d'en fournir un résumé et une version non-confidentielle dans les dix jours ouvrables, à défaut de quoi l'Auditeur en charge du dossier pourrait automatiquement considérer que la pièce n'est pas confidentielle, et ce sans que la partie en cause ne puisse disposer d'un recours à cet égard. La proposition

de modification apparaît justifiée. Il serait néanmoins utile pour la bonne administration des affaires de **disposer de critères** permettant de déterminer *ex ante* la nature des informations que l'Auditorat consentirait à considérer comme confidentielles (sur le modèle de la pratique européenne en la matière), et ce sans exclure la possibilité d'un dialogue avec l'Auditorat dans chaque cas d'espèce.

G. Recours contre certaines décisions de l'Autorité belge de concurrence

- La Note vise à limiter le champ des décisions du Conseil susceptibles de faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles en vertu de l'article 75 LPCE, et à créer un recours interne devant le Président du Conseil afin de trancher *ex ante* les questions liées à la constitution du dossier d'instruction, ainsi que les questions accessoires déterminant le cours d'une instruction, comme la langue de la procédure.
- Compte tenu de leur caractère irréversible, les décisions de l'Auditorat (ou, de façon générale, de l'organe d'instruction) quant à la constitution du dossier de l'instruction et au choix de la langue de la procédure doivent pouvoir faire l'objet d'un recours en temps utile devant une autorité indépendante, afin de garantir le respect du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH.⁴⁷
- De façon générale, il semble préférable au regard du droit à un procès équitable de prévoir un recours externe devant une instance juridictionnelle indépendante de l'autorité de concurrence.⁴⁸ Ce recours devrait être encadré dans des délais très stricts et les actes d'instruction qui y seraient soumis limitativement définis afin d'éviter qu'ils ne soient utilisés à des fins dilatoires. En outre, le recours externe aurait l'avantage d'entraîner une purge des nullités dès le stade de l'instruction, ce qui permettrait d'éviter la réouverture de ces questions de procédure devant le Conseil et en degré d'appel et semble en conséquence mieux à même d'atteindre les objectifs d'efficacité et d'économie de procédure qui devraient guider toute réforme de la LPCE.
- *En cas d'instauration d'un recours interne auprès du Président du Conseil ou d'un conseiller désigné par celui-ci, deux conditions s'imposent :*
 - Comme l'indique la Note, le président ou le conseiller désigné ne pourrait pas être impliqué dans la procédure au fond ;⁴⁹
 - Cette procédure ne pourrait pas non plus impliquer une purge définitive des nullités éventuelles affectant l'instruction. En particulier, **tous les moyens de nullité**

de l'instruction devraient pouvoir être invoqués dans le cadre d'un recours devant l'instance d'appel. Pour des raisons d'impartialité structurelle, la purge définitive des nullités ne pourrait être envisagée qu'en cas de recours auprès d'une instance externe à l'autorité de la concurrence.

- Afin de prévenir les manœuvres dilatoires, un recours interlocutoire à l'encontre d'une décision d'instruction devrait être introduit dans un délai court, à peine d'irrecevabilité. Le délai de 5 jours pour introduire un recours à l'encontre des décisions de l'Auditorat en matière d'instruction, tel que proposé par la Note, semble davantage compatible avec la réalité des affaires que le délai de 3 jours prévus dans sa version initiale.

H. Autres modifications envisageables

- Les autres modifications envisagées par la Note – modalités de nomination des membres de la Commission de la concurrence, adaptation des références aux traités européens – n'appellent pas de commentaires particuliers.
- En revanche, la DG pourrait envisager une modification supplémentaire consistant à assurer l'**uniformité des procédures de recours à l'encontre des décisions des autorités de régulation en matière économique**, en sollicitant l'abrogation des articles 79 à 82 LPCE (recours contre les décisions des autorités sectorielles de régulation), des articles 29ter et 29quinquies de la loi électricité du 29 avril 1999 et des articles 15/20bis et 15/22 de la loi gaz du 12 avril 1965. La CREG est la seule autorité de régulation dont certaines décisions peuvent actuellement faire l'objet de recours devant le Conseil de la concurrence. Dans deux études du 5 novembre 2010, la CREG s'est prononcée en faveur de l'abrogation de cette procédure de recours spécifique et peu utilisée.⁵⁰ Cette abrogation se justifie d'autant plus que la loi du 8 janvier 2012 modifiant les lois électricité et gaz a rendu la Cour d'appel de Bruxelles compétente pour connaître des recours contre toutes les décisions de la CREG.⁵¹ Depuis l'entrée en vigueur de cette

⁴⁷ Voy. à cet égard l'arrêt 197/2011 de la Cour constitutionnelle du 22 décembre 2011 dans l'affaire *Belgacom*.

⁴⁸ Voy. C.E.D.H., 21 décembre 2010, *Canal Plus e.a. c. France*, req. n° 29408/08, spéc. pt. 36 ; C.E.D.H., 21 février 2008, *Ravon e.a. c. France*, req. n° 18497/03, spéc. pts. 27 et 28.

⁴⁹ Voy. à cet égard la jurisprudence de la Cour de Cassation française, dont très récemment Cass. Com., 14 février 2012, *Cemex bétons Sud-Est et Cemex France gestion* (FS-P+B).

⁵⁰ CREG, Etude (F)101105-CDC-986 du 5 novembre 2010 relative aux modifications à apporter à la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité en vue d'améliorer le fonctionnement et le suivi du marché de l'électricité et conformément à la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, <http://www.creg.be>, pp. 124 et 125; CREG, Etude (F)101105-CDC-984 du 5 novembre 2010 relative aux modifications à apporter à la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en vue d'améliorer le fonctionnement et le suivi du marché du gaz naturel et conformément à la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, <http://www.creg.be>, p. 92.

⁵¹ Articles 44 et 93 de la loi du 8 janvier 2012 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport

modification, la procédure de recours devant le Conseil de la concurrence est redondante.

- En outre, l'arrêté royal visant à organiser la **coopération entre le Conseil de la concurrence et l'IBPT** n'a jamais été adopté. Il pourrait être opportun de profiter de la modification législative envisagée pour garantir la possibilité pour le Conseil et l'Auditorat de transférer les informations en leur possession (suite notamment à des perquisitions) aux régulateurs sectoriels compétents. La nécessité d'assurer le transfert d'informations résulte notamment de l'article 3 (5) de la Directive Cadre⁵² et des lignes directrices de la Commission sur l'analyse des marchés et la désignation des opérateurs disposant d'une puissance de marché significative.⁵³ L'accord de Gouvernement reprend également cet objectif d'« *assurer la coordination avec les régulateurs sectoriels* ».⁵⁴
- Enfin, la Note n'aborde pas la question de l'applicabilité de la procédure de **question préjudicielle devant la Cour de cassation à la matière du contrôle des concentrations**, dépeinte en doctrine comme une anomalie du droit belge de la concurrence.⁵⁵ Les conséquences potentiellement dramatiques d'un recours au mécanisme préjudiciel dans cette matière, en particulier en ce qu'il fait peser une énorme incertitude sur le calendrier de conclusion de la transaction en cause, mériterait cependant que le législateur s'en saisisse.

de produits gazeux et autres par canalisations, *M.B.*, 11 janvier 2012, p. 909.

⁵² Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« Directive Cadre »), *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, p.33.

⁵³ Voy. Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, (2002/C 165/03), pt. 136.

⁵⁴ Accord de Gouvernement, p. 114.

⁵⁵ Voy. notamment, M. Pittie, « L'affaire Tecteo/Brutélé – Câble wallon ou le contrôle belge des concentrations au rythme des questions préjudicielles », *R.D.C./T.B.H.*, 2008/5, pp. 402-407 ; N. Petit, « L'application du droit de la concurrence par les juridictions belges – Une analyse tendancielle de la jurisprudence récente », in J.-F. Bellis (dir.), *Concurrence en droit belge et européen*, Larcier, 2009.