



AVIS

CCE 2012 - 0963

COMMISSION DE LA
CONCURRENCE

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB



Avis

Avant-projet de loi portant insertion du livre IV. "Protection de la concurrence" et du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" dans le Code de droit économique

**BRUXELLES
14.09.2012**

Avis

Avant-projet de loi portant insertion du livre IV. "Protection de la concurrence" et du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" dans le Code de droit économique

Saisine

Par sa lettre du 26 juillet 2012, le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Economie, des Consommateurs et de la Mer du Nord, Johan Vande Lanotte, a demandé l'avis de la Commission de la Concurrence sur l'avant-projet de loi portant insertion du livre IV. "Protection de la concurrence" et du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" dans le Code de droit économique.

La Commission de la Concurrence, ci-après dénommée la Commission, s'est réunie les 20 août et 4 septembre 2012 sous la présidence de Monsieur J. BOURGEOIS afin d'élaborer le présent avis qui a été approuvé unanimement par les membres.

Avis

1 Remarques générales

C'est avec intérêt que la Commission a pris connaissance de l'avant-projet de loi portant insertion du livre IV. "Protection de la concurrence" et du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" dans le Code de droit économique. La Commission apprécie et appuie pleinement l'objectif général qui sous-tend les réformes du droit de la concurrence, à savoir l'amélioration de l'efficacité et de l'efficacéité de la mise en œuvre de la politique de concurrence. Dans plusieurs avis, la Commission a en effet réitéré le souhait que la réduction de la durée de l'instruction soit une priorité de la politique de l'Autorité de la concurrence.¹

En outre, la Commission n'a eu de cesse de souligner dans ses avis que l'Autorité de la concurrence doit disposer de moyens suffisants pour remplir sa mission.² Elle remarque que l'accord de gouvernement actuel relève aussi l'importance de doter l'Autorité de la concurrence de moyens suffisants. Dans une publication de 2009, l'OCDE a également mis en évidence le fait que les ressources de l'Autorité belge de la concurrence sont relativement limitées par rapport à celles des économies comparables et qu'elles se révèlent insuffisantes pour traiter les dossiers en souffrance, répondre aux recours devant les tribunaux et jouer un rôle anticipatif, par exemple en effectuant des études de marché.³

¹ Entre autres : CCE 2011-0513 Avis relatif au rapport annuel 2010 de la Direction générale de la Concurrence du SPF Économie (12/05/2011), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc11-513.pdf> et CCE 2010-0931 Avis relatif au rapport annuel 2009 de la Direction générale de la Concurrence du SPF Économie (10/06/2010).

² Entre autres : CCE 2009-1052 Avis relatif au rapport annuel 2008 de la Direction générale de la Concurrence du SPF Économie (6/07/2009), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc09-1052.pdf> et CCE 2009-49 Avis relatif au rapport annuel 2007 de la Direction générale de la Concurrence du SPF Économie (5/02/2009), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc09-49.pdf>.

³ OCDE, Études économiques de l'OCDE, Vol. 2009/12, Belgique, juillet 2009, pp. 17-18 et 127-154.

Bien que la Commission ait conscience des difficultés engendrées par la période actuelle de restrictions budgétaires, elle estime qu'une politique de concurrence efficace et efficiente ne pourra être menée que si l'Autorité de la concurrence est dotée de moyens adéquats. Une réforme ne modifie donc en rien ce besoin de moyens adéquats au niveau tant de l'instruction que de la décision et des appels éventuels à l'encontre de la décision.

2 Modifications structurelles et procédurales

Organisation de l'Autorité belge de la concurrence

La Commission apprécie que l'Autorité belge de la concurrence devienne désormais un service autonome jouissant de la personnalité juridique et donc une institution indépendante. La Commission se félicite des efforts mis en œuvre pour observer ce qui est fait au-delà des frontières nationales par d'autres autorités de concurrence et pour réaliser un « benchmarking ». Désormais, l'Autorité belge de la concurrence ressemblera nettement plus au modèle français, modèle que de nombreux experts considèrent comme étant l'un des meilleurs en termes de fonctionnement dans l'Union européenne. Selon la Commission, la nouvelle structure déboucherait aussi sur une meilleure rationalisation des moyens étant donné que l'instruction gagnerait en efficacité parce qu'elle relèverait dorénavant de l'auditeur général et de l'auditorat. La Commission estime en outre qu'il est d'une importance cruciale que la séparation stricte de l'instruction et de la décision reste garantie dans la nouvelle structure.

On donnerait ainsi suite aux recommandations de l'OCDE qui estimait dès 2009 que l'indépendance de l'Autorité belge de la concurrence est mise sous pression parce qu'elle est une direction générale au sein du SPF Économie et parce que les moyens qui lui sont alloués sont fixés par le gouvernement.⁴ Il a également été tenu compte des conclusions et recommandations de la Cour des comptes dans son audit de suivi du fonctionnement de l'Autorité de la concurrence. Bien que la Cour des comptes ne porte en cela aucun jugement d'opportunité quant au choix entre la réorganisation de la gestion actuelle des instructions et la création d'une Autorité de la concurrence indépendante, elle souligne toutefois que la constitution d'une Autorité de la concurrence indépendante pourrait être un levier pour accroître l'efficacité de la politique de lutte contre les pratiques restrictives de la concurrence.⁵

La Commission est par ailleurs convaincue que le mode de constitution du Collège de la concurrence accroîtra l'expertise et le professionnalisme du fait de la présence d'assesseurs provenant d'horizons différents et ayant une bonne connaissance du fonctionnement du marché. Une enquête concernant l'impact du droit de la concurrence sur l'économie en Belgique révèle que les juristes d'entreprise accordent beaucoup d'importance à la prise en compte des sensibilités commerciales (commercial awareness) par l'Autorité de la concurrence.⁶ Selon la Commission, la nouvelle structure peut être un pas important dans le sens d'un renforcement de la conscience commerciale de l'Autorité de la concurrence.

⁴ OESO, Études économiques de l'OCDE, Vol. 2009/12, Belgique, juillet 2009, p. 17-18 en 127-154.

⁵ Audit de suivi « Vers un contrôle efficace des pratiques restrictives de la concurrence », adopté par l'assemblée générale de la Cour des comptes le 7 décembre 2011, <https://www.ccrek.be/FR/Publications/Fiche.html?id=8A3CD684-682E-48C6-BFB4-4D2093875A47>.

⁶ G. PAUWELS et J. YSEWYN, : « The impact of competition law and compliance on Belgian businesses », TBM, 2011-4, p. 288, n° 26

La Commission se demande toutefois si la capacité d'inflexion dont le président de l'Autorité de la concurrence disposerait selon cet avant-projet de loi est bien opportun. Si ce n'est en cas de conflit d'intérêts ou d'indisponibilité motivée, le président fait en effet toujours partie du Collège de la Concurrence. Selon la Commission, cette question peut être résolue en prévoyant pour chaque affaire un assesseur rapporteur qui rédige un projet de décision. A cet effet, la Commission propose soit de stipuler à l'article IV.25 que le Comité de direction sera aussi chargé d'établir un règlement d'intérieur du Collège de la concurrence précisant qu'il doit y avoir un assesseur rapporteur, soit de prévoir un assesseur rapporteur dans un arrêté royal qui détermine les modalités du fonctionnement du Collège de la concurrence. Dans un cas comme dans l'autre, la Commission souhaite que son avis soit recueilli à ce sujet en temps utile.

Selon l'avant-projet, le Comité de direction fixe annuellement les priorités politiques (article IV.25). La Commission recommande que ces priorités soient rendues publiques.

Recours

La Commission constate, qu'en dépit de pistes de réflexion antérieures dans ce sens, l'avant-projet de loi ne prévoit pas la création d'une instance de recours commune indépendante (la "Cour du Marché") pour ce qui est des décisions de l'Autorité de la concurrence et des régulateurs sectoriels. D'après la Commission, une réponse serait ainsi donnée aux nombreuses objections constitutionnelles qui pourraient surgir si une juridiction administrative devait faire office d'instance d'appel. Le maintien de la possibilité d'interjeter appel devant une instance juridictionnelle, à savoir la Cour d'appel de Bruxelles, est, selon la Commission, indispensable puisque le Conseil de la Concurrence est désormais remplacé par un organe administratif. La Commission se demande cependant comment la disposition selon laquelle la Cour d'appel statue avec pleine juridiction (art. IV. 79 §2) pourra être effectivement appliquée.

Différents articles de l'avant-projet de loi stipulent que la décision visée ne peut faire l'objet d'un recours distinct. La Commission estime que cette règle est acceptable puisqu'en cas de recours à l'encontre d'une décision finale, la décision prise antérieurement peut être remise en cause. En ce qui concerne les perquisitions, la Commission constate qu'une autorisation préalable du juge d'instruction est nécessaire. De ce fait, un recours peut être introduit à l'encontre de la décision du juge d'instruction ainsi que prévu dans le code d'instruction criminelle.

La Commission fait par ailleurs remarquer, à la lumière de l'arrêt VEBIC, que l'avant-projet de loi prévoit que l'Autorité belge de la concurrence peut être représentée par le président en cas de recours à l'encontre d'une décision du Collège de la concurrence devant la cour d'appel. La Commission comprend que ce soit là l'objectif de l'art. IV. 79 § 1, 2e alinéa. Selon la Commission, l'Autorité de la concurrence devra toujours être présente en tant que défendeur dans les procédures devant la cour d'appel, et ce parce qu'elle devient une autorité administrative.

Délais

La Commission constate avec satisfaction que l'avant-projet de loi prévoit dans diverses dispositions des délais plus stricts et espère que cela contribuera à raccourcir le temps qui s'écoule entre le dépôt de la plainte et la décision. Aucun délai n'est cependant prévu en ce qui concerne le temps dont l'auditorat dispose pour achever son instruction. Il apparaît en effet que dans le cadre de l'actuelle LPCE, certaines instructions peuvent durer très longtemps. La Commission se demande dès lors si un tel délai plutôt qu'un délai pour la décision finale ne pourrait pas être envisagé à l'instar du délai du contrôle des concentrations.

Selon la Commission, il faut en particulier un changement de culture juridique en Belgique afin d'éviter de devoir attendre d'avoir la certitude qu'aucun autre fait à charge ne peut être mis en lumière pour pouvoir clôturer une affaire. Sans quoi, il est difficile de prendre des décisions dans des délais raisonnables. On peut à cet égard trouver un exemple dans les expériences de certaines juridictions administratives qui ont une lourde charge de travail, où il ressort de la structure de la décision que des considérations procédurales jouent un rôle.

Protection des principes fondamentaux du droit

La Commission fait remarquer que dans cet avant-projet de loi, on a tenté de trouver un équilibre entre, d'une part, l'efficacité et, d'autre part, une protection juridique suffisante. La Commission estime qu'on semble y parvenir dans la majorité des cas, notamment parce que la possibilité d'un contrôle juridictionnel par la cour d'appel est maintenue. On ne le saura cependant pleinement que lors des premières applications concrètes de la loi lors des litiges. La Commission se dit donc encore préoccupée par le risque de voir un certain nombre de principes fondamentaux du droit, tels que les droits de la défense, le "due process" et le principe du contradictoire, compromis dans certaines dispositions si l'accent est par trop mis sur l'efficacité:

- article IV.46, § 3: il est contraire à la présomption d'innocence de prévoir que les pièces et les renseignements fournis par le demandeur de clémence valent jusqu'à preuve du contraire à l'égard des autres personnes poursuivies;
- article IV.64, § 3: au sein de la procédure de mesures provisoires, un délai de trois jours pour répondre à des observations de l'Auditorat est déraisonnable et ne permet pas un exercice effectif des droits de la défense;
- article IV.66, § 2: en vertu du droit à la vie privée, les noms des personnes physiques doivent être omis des publications de décisions sur le site internet de l'autorité lorsque (i) ces personnes physiques n'ont pas été elles-mêmes poursuivies, (ii) que la publication leur causerait un préjudice disproportionné.

Cela serait contreproductif: une atteinte aux principes fondamentaux du droit peut entraîner des recours devant la Cour constitutionnelle, la Cour européenne des droits de l'Homme ou la Cour de Justice européenne, recours qui peuvent trainer particulièrement longtemps.

Les personnes qui ont introduit une plainte n'ont toujours pas accès au dossier de procédure et au dossier d'instruction à moins que le président ne prenne une autre décision à cet effet s'agissant du dossier de procédure. Le plaignant et les personnes physiques ou morales ayant justifié d'un intérêt suffisant pour être entendues éprouvent de ce fait des difficultés à défendre leur position de manière fondée lors d'une audition. Selon la Commission, le principe des droits de la défense inclut également le droit à la défense du plaignant et non seulement les droits des entreprises ou personnes physiques sur lesquelles l'instruction porte. L'accès au dossier de procédure ou au dossier d'enquête doit assurer le respect de la protection des secrets d'affaires et des informations confidentielles émanant tant de l'entreprise ou de la personne physique sur lesquelles l'instruction porte que de toute autre entreprise ou personne physique intervenant dans la procédure.

Mesures provisoires

La Commission entend bien les motifs qui sont à la base des modifications des procédures relatives aux mesures provisoires, en particulier celles qui ont trait au renforcement de l'effectivité de la mise en œuvre des règles de concurrence. Même si l'urgence est propre au concept de mesure provisoire, les droits procéduraux des parties concernées ne peuvent être négligés. L'absence de garanties adéquates des droits procéduraux et d'une analyse solide du dossier pourrait en effet engendrer un contentieux sous la forme de moyens d'illégalité ou de procédures devant la cours d'appel et nuire ainsi à l'efficacité et à l'efficience de cette réforme. La Commission plaide dès lors pour que, s'agissant de ces garanties, les meilleures pratiques des autres Etats membres de l'Union européenne soient étudiées de façon approfondie et le cas échéant introduites en Belgique.

En ce qui concerne la confidentialité des pièces, la Commission a constaté qu'il y a encore et toujours un manque de clarté en pratique. Il en va de même de la confidentialité des pièces lors de la procédure quant au fond. La Commission prône donc la rédaction de directives qui définiraient avec précisions les pièces à considérer comme confidentielles. La Commission se dit disposée à contribuer à cet exercice de réflexion. De même, la protection de la confidentialité en "ICT forensics" n'est pas claire.

La Commission souligne par ailleurs que non seulement le plaignant mais aussi l'auditorat, le Ministre de l'Economie et le Ministre qui est compétent pour le secteur concerné peuvent introduire une demande de mesures provisoires. La Commission part toutefois de l'idée que des mesures provisoires ne peuvent être prises qu'à certaines conditions strictes, à savoir "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".

3 Modifications matérielles

Concurrence et évolutions des prix

La Commission a étudié avec attention les dispositions du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" qui décrit une mission entièrement neuve pour l'Autorité de la concurrence. La Commission constate qu'il s'agit de veiller à renforcer la coordination entre l'Observatoire des prix et l'Autorité de la concurrence lorsque les observations et les analyses de l'Observatoire des prix mettent un dysfonctionnement en lumière sur un marché. La Commission souligne que la politique des prix constitue, pour les entreprises, un facteur important dans la prise des décisions d'investissement à long terme.

Dans le souci de garantir la qualité et l'objectivité des analyses de l'Observatoire des prix sur les marges et variations de prix anormales, la Commission estime qu'il est extrêmement important que celui-ci dispose d'informations correctes et transparentes concernant les prix et surtout la structure des prix. Les concepts utilisés dans l'avant-projet de loi - à savoir: "un problème en matière de prix ou de marges, une évolution anormale de prix, ou un problème structurel de marché" - semblent plutôt vagues et susceptibles d'être interprétés de façons diverses. N'est-il par exemple question d'évolution anormale des prix qu'en cas de prix (trop) élevés ou sort-on aussi de la normalité si les prix sont (trop) bas? La Commission fait ici référence à titre d'illustration aux accords passés en 2009, en concertation avec l'Autorité de la concurrence, entre les producteurs de lait et les acheteurs au sujet des prix minimums lorsque le prix du lait était extrêmement bas⁷. La Commission pense dès lors qu'il conviendrait de fixer au moins un certain nombre de critères d'interprétation de ces concepts.

Par ailleurs, il apparaît que le Collège de la concurrence dispose lui aussi, selon cette nouvelle compétence, de la possibilité de prendre des mesures provisoires. La Commission s'interroge cependant sur le champ d'application précis de ces mesures provisoires. En cas de mesures provisoires, la Commission considère qu'il est d'une importance cruciale de ne donner au Collège de la concurrence que la compétence d'imposer des mesures provisoires face aux pratiques qui portent atteinte aux règles de la concurrence, comme par exemple lorsque des prix excessifs sont imposés et constituent un abus de position dominante. Le Collège de la concurrence doit en d'autres termes juger le dossier dans le seul cadre du droit de la concurrence. Si cela ne devait pas être le cas, la Commission craindrait que l'application du Titre 1 du Livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" ne donne lieu à un certain nombre de problèmes, notamment lorsque la cour d'appel modifie ou annule dans un délai de six mois la décision du Collège de la concurrence tandis que le gouvernement aurait, dans l'intervalle, imposé un plan comprenant un changement structurel du fonctionnement du marché dans le secteur concerné.

⁷ Rapport annuel 2009 de la Direction générale de la Concurrence, 10, http://economie.fgov.be/fr/binaries/Rapport_Annuel_E1_2009_fr_tcm326-100091.pdf

Sanctions administratives pour les personnes physiques

Il ressort de l'avant-projet de loi sur lequel porte le présent avis qu'on n'envisage plus d'introduire des sanctions pénales, mais bien des sanctions administratives pour les personnes physiques; il s'agirait plus précisément d'amendes administratives. La Commission souhaite rappeler à cet égard son avis du 4 février 2010 sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence.⁸

La Commission constate que la possibilité d'une demande de clémence personnelle serait prévue parce qu'une sanction administrative pourrait dissuader les administrateurs et les employés de coopérer à une demande de clémence de l'entreprise. La Commission souligne que de nombreuses entreprises sont actives sur le plan international et que certains travailleurs ont des responsabilités internationales au sein de leur entreprise. À cet égard, le risque existe que des « repentis » dans le cadre d'une instruction belge soient poursuivis par d'autres juridictions qui n'appliquent pas ce type de régime. Selon la Commission, il est souhaitable que des initiatives soient prises sur les plans européen et international afin de garantir une protection dans ces cas de figure.

Engagements et transactions

La Commission constate que l'avant-projet de loi développe aux articles 51 et suivants une procédure en matière de transactions qui s'inscrit dans la ligne de l'exemple européen et s'en inspire. Par ailleurs, l'article IV. 49 § 1 prévoit que les entreprises ont la possibilité de prendre certains engagements que le Collège de la concurrence peut rendre obligatoires. Cette disposition provient de l'article 53 § 1 de la LPCE. En dehors du fait qu'une transaction ne peut plus être conclue au-delà d'un certain stade de l'instruction alors qu'un engagement peut encore être pris, la Commission ne relève que peu de différences de contenu entre les deux actions. La Commission se demande dès lors quels sont les champs d'application précis d'un engagement et d'un arrangement. La Commission propose que l'on s'inspire à ce sujet des positions des autres Etats membres européens et que l'on procède en outre à un échange d'idées à ce sujet au sein du REC.

⁸ CCE 2010-0233 Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence (4/02/2010), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc11-513.pdf>.