

# Une transaction en droit belge de la concurrence ?

## Approche critique des propositions de la Direction Générale de la Concurrence et du Ministère de l'Économie\*

Laurent De Muyter\*\* & Norman Neyrinck\*\*\*

### I. Introduction

1. La Cour des Comptes a rendu, fin 2011, son audit de suivi de l'action de l'Autorité belge de la Concurrence. Ses conclusions sont claires. Si la réforme de 2006 a déjà permis de faire évoluer l'Autorité de la Concurrence vers une meilleure gestion, l'Autorité belge doit encore réformer son fonctionnement pour tendre à davantage d'efficacité et à plus d'effectivité dans l'application des règles de concurrence<sup>1</sup>. À cet égard, elle pourrait s'inspirer du niveau européen, où l'innovation procédurale la plus récente visant à atteindre ces objectifs a été l'adoption, en 2008, d'un règlement introduisant dans l'arsenal communautaire une procédure de transaction destinée à accélérer le traitement des affaires de cartels<sup>2</sup>.

2. La procédure de transaction – qui peut être définie de manière générale comme l'offre faite à une entreprise coupable d'infraction au droit de la concurrence de reconnaître ses agissements contre une réduction du montant de la sanction – a également fait florès dans de nombreux systèmes juridiques. Ainsi, au niveau national, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, mais aussi les Pays-Bas, l'Autriche et la République tchèque, pour ne citer que ces pays, appliquent, sous une forme ou une autre, un régime de transaction<sup>3</sup>.

3. En Belgique, le caractère limité des ressources de l'Autorité de la Concurrence<sup>4</sup> et la longueur des procédures<sup>5</sup> sont notoires. À l'heure où l'accord de gouvernement met la réforme de l'Autorité de la Concurrence à l'ordre du jour<sup>6</sup>, et

<sup>3</sup> OCDE, Policy Roundtables, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, 2008, DAF/COMP(2008)32.

<sup>4</sup> L. PARRET, « La perspective du Conseil de la concurrence », dans N. PETIT (dir.), *Le Nouveau droit belge de la concurrence. Bilan et perspectives après quatre années d'application*, CUP vol. 124, Liège, Anthémis, 2010, 293.

<sup>5</sup> Une décision de constatation d'infraction en matière d'ententes prend en moyenne 50 mois, à être adoptée (moyenne entre 2007 et 2010, calculée à partir des données du SPF Économie, Direction Générale de la concurrence, *Rapport annuel (2007 à 2010)*, accessibles à l'adresse [http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite\\_belge\\_concurrence\\_introduction/Directon\\_generale\\_concurrence/](http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite_belge_concurrence_introduction/Directon_generale_concurrence/) (dernière consultation en date du 15 janvier 2012). Selon la Cour des comptes, le délai moyen d'instruction des dossiers déposés au Conseil approche aujourd'hui les quatre ans. Cour des comptes, *op. cit.*, p. 12.

<sup>6</sup> Selon cette déclaration « Afin de renforcer l'efficacité de l'Autorité de la concurrence, assurer la coordination avec les régulateurs sectoriels et l'Observatoire des prix. Elle sera dotée de moyens suffisants et d'un cadre de sanctions dissuasif.

où la crise économique limite l'octroi de ressources supplémentaires, il n'est pas surprenant que la Direction Générale de la Concurrence (« la DG Concurrence ») propose l'adoption d'une procédure de transaction<sup>7</sup>, aujourd'hui relayée par les services du Ministère de l'Économie<sup>8</sup>.

4. Après une brève présentation de la procédure de transaction (Section II), nous examinerons la proposition de procédure de transaction faite par la Direction Générale de la Concurrence et le Ministère de l'Économie, et discuterons des questions institutionnelles et pratiques que cette proposition soulève (Section III). Nous conclurons en formulant plusieurs recommandations (Section IV).

### II. La procédure de transaction – aperçu

5. La présente section présente les avantages et inconvénients liés à l'adoption d'une procédure de transaction (A). Elle brosse ensuite un bref aperçu de la mise en œuvre de la procédure de transaction dans d'autres systèmes juridiques (B).

#### A. Ratio legis

6. Les avantages et les risques liés à la mise en œuvre d'une procédure de transaction sont relativement connus<sup>9</sup>.

7. **Pour l'Autorité de la Concurrence**, la conclusion de transactions permet d'accroître son efficacité décisionnelle. Grâce à un abrègement de la procédure, une diminution du volume de documents à fournir aux entreprises poursuivies, et à une réduction du travail de rédaction et de la probabilité

L'indépendance du Conseil de la concurrence sera garantie. » Projet de déclaration de Politique Générale 1 décembre 2011, 144, disponible à l'adresse <http://download.saipm.com/pdl/libre/polgenerale.pdf> (dernière consultation au 15 janvier 2012).

<sup>7</sup> Commission de la concurrence, *Explications des propositions de modifications de la LPCE*, CCE 2011-0917, 21 septembre 2011, pp. 8 à 11. Voir également SPF Économie – Conseil de la concurrence, *Modification de la LPCE – Nouvelles propositions suite à l'input de nos stakeholder*, 12 septembre 2011, 16-17.

<sup>8</sup> La présente contribution tient compte d'un avant-projet de loi sur la protection de la concurrence économique des services du Ministère de l'Économie : « *Avant-projet de loi portant insertion des 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 ».*

<sup>9</sup> M. KELLEY, « Settling for Settlement: the European Commission's New Cartel Settlement Procedure », dans *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, Vol. 9, 699 ; A. SCORDAMAGLIA, « The new Commission Settlement procedure for cartels: a critical assessment », dans *Global Antitrust Review*, Issue 2, 61-91 D. WÄLBRÖCK « The development of a new "settlement culture" in competition cases. What is left to the Courts? », in C. GHEUR et N. PETIT, *Alternative enforcement techniques in EC competition law – Settlements, commitments and other novel instruments*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 221.

d'appels, l'autorité est à même de clôturer rapidement certaines affaires et de libérer des ressources pour la détection d'autres infractions. Ainsi, la procédure de transaction peut renforcer l'effet dissuasif du droit de la concurrence en permettant un accroissement de la productivité décisionnelle et donc des probabilités de sanction.

8. Revers de la médaille, une réduction du montant des amendes peut limiter l'effet dissuasif des sanctions imposées<sup>10</sup>. En outre, le succès de la procédure de transaction n'est jamais garanti<sup>11</sup>.

9. **Pour l'entreprise poursuivie**, la procédure de transaction offre également plusieurs avantages. D'abord, la transaction permet une réduction du montant de l'amende et une diminution des frais de défense. En ce sens, la possibilité généralement reconnue de cumuler le bénéfice de la transaction à celui de la clémence permet de porter à un niveau significatif la réduction accordée à l'entreprise qui coopère avec l'Autorité de la Concurrence<sup>12</sup>. Au-delà de cet aspect immédiat, l'avantage le plus important de la procédure de transaction est peut-être d'ouvrir très tôt la discussion avec l'Autorité de la Concurrence quant à l'étendue du comportement reproché, que ce soit en ce qui concerne la nature de l'infraction, son imputabilité, sa durée, son champ d'application matériel et géographique ou les éventuelles circonstances aggravantes et/ou atténuantes.

10. En transigeant, l'entreprise s'expose néanmoins à certains risques dans la mesure où (i) elle reconnaît l'infraction et réduit ainsi ses moyens d'appels<sup>13</sup>, (ii) son droit d'accès au dossier est réduit et (iii) elle s'expose aux risques d'actions en dommages et intérêts des parties tierces (en ce compris

<sup>10</sup> W. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop (EUI, Florence, 6-7 June 2008), disponible à l'adresse : [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (dernière consultation au 15 janvier 2012).

<sup>11</sup> Ce type de risque est bien réel. Voyez la section III.C.5 *infra* sur les transactions hybrides, Voyez en particulier le cas de la société Timab, qui, en refusant de transiger, a contraint la Commission européenne à poursuivre une procédure classique à son encontre malgré les aveux de deux autres entreprises. Décision de la Commission du 20 juillet 2010 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/38.866 – Phosphates pour l'alimentation animale), JO, 9 avril 2011, C111/19.

<sup>12</sup> Notons toutefois que l'effectivité de la réduction est également fonction du montant principal de l'amende pour lequel les autorités de la concurrence gardent généralement une grande marge d'appréciation.

<sup>13</sup> Dans le cadre de la transaction, on ne peut exclure qu'une entreprise soit même amenée à reconnaître davantage que ce qu'elle ne serait prête à faire dans le cadre d'une procédure classique dans le seul but de transiger.

éventuellement aux risques d'actions de groupe (ou « class actions »))<sup>14</sup>.

### B. Éléments de droit comparé

11. Si le mécanisme de transaction présente des avantages tant pour l'autorité publique que pour l'entreprise poursuivie, ses modalités pratiques sont relativement variables, ainsi qu'en attestent les différentes procédures mises en œuvre dans d'autres systèmes juridiques.

12. Les quelques lignes qui suivent brossent un bref aperçu des procédures de transactions actuellement en vigueur aux États-Unis (1), en Europe (2) et en France (3).

#### 1. Le « guilty plea agreement » américain

13. Le *guilty plea agreement* américain présente la particularité de servir à la détection des infractions autant qu'à l'accélération de la procédure. Dans le modèle américain, le *guilty plea* est le seul moyen d'obtenir une clémence partielle<sup>15</sup> et peut être enclenché par les justiciables à tout moment de la procédure. Moyennant l'abandon d'une partie des droits qui lui sont en principe reconnus pour sa défense<sup>16</sup>, l'entreprise qui fait aveu de culpabilité peut obtenir du procureur que celui-ci fasse une recommandation de condamnation minorée au juge qui aura à connaître de l'affaire<sup>17</sup>. La réduction du montant de la sanction susceptible d'être obtenue dépend de la valeur de la coopération tout au long des investigations : plus la coopération est substantielle, plus le montant recommandé sera réduit<sup>18</sup>.

14. Le caractère dual de la procédure implique que les négociations de l'autorité d'enquête n'engagent pas l'autorité de décision (le juge). Toutefois, le juge défère le plus souvent aux recommandations du procureur, et le justiciable qui serait confronté à une augmentation de la sanction par rapport au maximum convenu avec le procureur conserve le droit, en

fonction des circonstances, soit de retirer ses aveux, soit de faire appel du jugement<sup>19</sup>.

#### 2. La procédure de transaction européenne

15. La procédure de transaction de l'Union européenne est moins radicale que celle mise en œuvre aux États-Unis. L'entreprise qui fournit des informations représentant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuves déjà en possession de la Commission ne peut prétendre qu'à une réduction de 10% du montant de son amende.

16. Cette différence de régime s'explique par le fait que le but poursuivi par la transaction européenne n'est pas de faciliter la récolte d'éléments probants – comme cherche à le faire le *guilty plea* américain, ou comme y contribue le programme de clémence européen – mais à uniquement pour but de permettre à la Commission de clôturer plus rapidement les procédures d'entente pour lesquelles elle dispose déjà d'éléments de preuve. Cette procédure<sup>20</sup>, qui ne s'applique qu'aux affaires d'ententes, supprime ainsi un certain nombre d'obligations procédurales pesant sur la Commission lorsque la matérialité des faits n'est pas contestée (accès à l'ensemble du dossier, traductions, auditions administratives, réponses aux critiques portées à l'encontre de la communication des griefs, etc.)<sup>21</sup>.

17. Afin de réduire ces obligations, la Commission peut aujourd'hui proposer la conclusion d'une transaction aux entreprises dont la participation à une affaire de cartel semble acquise. Dans l'administration de ces propositions, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire total, tant pour décider d'approcher les parties que pour mettre fin à la procédure de transaction à tout moment tant que la décision finale n'est pas adoptée<sup>22</sup>. Ce pouvoir discrétionnaire est exercé au regard d'un certain nombre de critères, dont la probabilité d'obtenir des parties une « appréciation com-

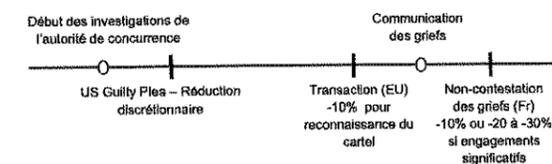
mune » de l'étendue des griefs, en tenant compte de facteurs tels que le nombre de parties en cause, les divergences de vue prévisibles quant à l'attribution des responsabilités et l'étendue de la contestation des faits<sup>23</sup>. Si les entreprises en cause manifestent leur intérêt pour une telle procédure, la Commission peut engager des contacts bilatéraux au cours desquels ces entreprises peuvent faire valoir leur point de vue sur les faits allégués, leur qualification, la gravité et la durée de l'entente alléguée ainsi que l'attribution des responsabilités<sup>24</sup>.

18. En cas d'appréciation commune des griefs et de la fourchette probable de l'amende infligée, les parties en cause peuvent chacune présenter une demande officielle de transaction par laquelle elles reconnaissent leur responsabilité dans les faits, et renoncent à demander plus avant l'accès au dossier<sup>25</sup>. Une communication des griefs abrégée est communiquée, que les parties doivent accepter pour bénéficier de la réduction forfaitaire de 10% du montant de la sanction<sup>26</sup>. L'audition est alors supprimée.

19. La procédure de transaction est marquée par un devoir de confidentialité s'imposant à toutes les parties<sup>27</sup>. Quelle que soit l'issue de la transaction, les parties conservent le droit de faire appel de la décision de la Commission.

3. La procédure de non-contestation des griefs française  
20. La procédure de non-contestation des griefs prévue par le droit français de la concurrence<sup>28</sup>, constitue une troisième illustration des modalités que peuvent prendre les procédures de transactions. Celle-ci présente plusieurs particularités, dont la principale est sans doute de n'être disponible qu'après la notification de la communication des griefs, soit avant que le rapport définitif ne soit établi, mais après que le dossier soit parvenu à un degré de solidité factuelle et juridique significatif.

Figure 1. Déroulement des transactions en droit français, américain et communautaire.



21. Par ailleurs, contrairement au régime européen, la procédure de non-contestation des griefs n'est pas limitée aux seuls cas d'ententes, mais s'applique à tous types d'infractions. Elle trouve ainsi à s'appliquer tant aux accords horizontaux que verticaux, et aux abus de position dominante<sup>29</sup>.

22. Les avantages liés à la procédure de non-contestation des griefs fixés dans la loi sont limités à une réduction de 50% du montant maximum de la sanction pécuniaire<sup>30</sup>. Le taux précis de réfaction de l'amende n'est pas fixé dans la loi<sup>31</sup> mais son calcul a été essentiellement développé par la pratique de l'Autorité de la Concurrence. Les avantages s'articulent en deux volets. Lorsque les entreprises renoncent à contester la matérialité des faits, la qualification juridique et l'imputation des griefs, elles peuvent prétendre à une réduction de 10% du montant de l'amende, en contrepartie de l'allègement de travail du Conseil. Si en outre, les entreprises proposent des engagements à même de remédier aux problèmes de concu-

<sup>14</sup> Le risque d'action en dommages et intérêts est toutefois réduit du fait du caractère succinct des décisions de transactions. A. ORTEGA GONZÁLEZ, « The cartel settlement procedure in practice », dans *European Competition Law Review*, 2011, 4, 175

<sup>15</sup> Le bénéfice du programme de clémence étant uniquement réservé à l'entreprise qui, la première, dénonce l'infraction, les opérateurs qui se manifestent avec un temps de retard ne disposent donc plus que du guilty plea pour réduire le poids de la sanction qu'ils devront subir.

<sup>16</sup> Parmi ceux-ci, le justiciable qui décide de plaider coupable doit en principe renoncer à son droit d'appel. US Federal Rules of Criminal Procedure, 11(b)(1)(N).

<sup>17</sup> S. HAMMOND, « The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements : A Good Deal With Benefits for All », dans OECD Competition Committee, Working Party N°3, Paris, France, 17 octobre 2006, disponible à l'adresse <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/219332.pdf> (dernière consultation au 15 janvier 2011).

<sup>18</sup> J. FARUGA, « Les procédures de transaction en droit de la concurrence : Esquisse de droit comparé », dans *Concurrences*, N°1, 2008, 216.

<sup>19</sup> S. HAMMOND, *op. cit.*, 19.

<sup>20</sup> N. PETIT, « Un aperçu de la procédure communautaire de transaction », *Concurrences*, N° 1-2009, n°23369, pp. 231-233 ; U. SOLTESZ et C. von Köckritz, « EU cartel settlements in practice – The future of EU cartel law enforcement ? », *E.C.L.Rev.*, 2011, pp. 258 et s.

<sup>21</sup> A titre d'exemple, les dossiers de cartels contiennent dix mille pages en moyenne, chacune d'entre elle devant être parcourue pour parer aux éventuelles risques d'atteinte à la confidentialité, alors que quelques centaines de ces pages seulement sont effectivement susceptibles de servir de preuve. K. MEHTA et L. TIerno CENTELLA, « Settlement procedure in EU cartel cases », dans *Competition Law International*, juin 2008, 12.

<sup>22</sup> A tout moment, la Commission (ou les parties en cause) peuvent mettre fin à la procédure. La procédure ordinaire trouve alors à nouveau à s'appliquer, et les parties récupèrent les droits auxquels elles avaient renoncé. Les éléments reconnus par les parties dans les propositions de transaction sont retirés et ne peuvent être retenus contre elles. *Communication de la Commission relative aux procédures de transaction*, *op. cit.*, para. 29.

<sup>23</sup> Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement n°1/2003 du Conseil dans les affaires d'ententes, JO, 2 juillet 2008, C 167/1, para. 5

<sup>24</sup> *Ibid.*, para. 14.

<sup>25</sup> *Ibid.*, para. 20.

<sup>26</sup> Si le montant de la réduction offert peut sembler peu attractif, de nombreuses voix font valoir que, nonobstant les affirmations de la Commission selon lesquelles elle ne négocierait pas la question de l'existence de l'infraction ou la sanction à y appliquer, en pratique, les contacts bilatéraux relatifs à l'étendue de l'infraction, ainsi que la marge de manœuvre dont dispose la Commission dans le cadre du programme de clémence, augmentent les opportunités de récompense. Dans l'affaire DRAM, par exemple, la Commission a récompensé, au titre des circonstances atténuantes disponibles dans le cadre du programme de clémence, le fait que la participation de certaines entreprises à l'entente n'avait été que sporadique. Ce type de circonstances atténuantes n'étant en général plus pris en compte par la Commission, certains commentateurs y ont vu la volonté de la Commission de récompenser plus amplement les parties qui avaient participé à la transaction. A. ORTEGA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 173. Voir également: A. ASCIONE et M. MOTTA, *Settlements in Cartel Cases*, dans 13th Annual Competition Law and Policy Workshop (Florence 6-7 June 2008), 3, disponible à l'adresse <http://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/Motta-Ascione-2008.pdf> ; A. O'BRIEN, *Cartel Settlement in the US and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, dans 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, 6 juin 2008, 11, accessible à l'adresse <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf> (dernière consultation au 15 mars 2012).

<sup>27</sup> Communication de la Commission relative aux procédures de transaction, *op. cit.*, para. 7.

<sup>28</sup> Loi n°2011-420 du 15 mai 2011 sur les nouvelles régulations économiques, JO, 16 mai 2011, 7776.

<sup>29</sup> Ainsi, entre 2003, date de son entrée en vigueur, et 2008, la procédure de non-contestation a trouvé à s'appliquer à neuf cas d'ententes horizontales, trois ententes verticales, et trois abus de position dominante. B. LASSERRE, « La non-contestation des griefs en droit français de la concurrence : Bilan et perspectives d'un outil pionnier », dans *Concurrences*, n°2-2008, 95.

<sup>30</sup> Article L. 464-2 (III) du Code de commerce. Il en résulte que la sanction pécuniaire ne peut excéder 1,5 million d'euros dans le cas où le bénéficiaire de la procédure est un organisme, et 5 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre dans le cas où il s'agit d'une entreprise.

<sup>31</sup> L'article L. 464-2. – II du Code de commerce français introduit en un alinéa la procédure de non-contestation, et ne définit pas de taux maximum de réfaction.

rence sur le marché, l'Autorité de Concurrence peut octroyer un taux de réduction de 25% total du montant de l'amende<sup>32</sup>.

23. Enfin, tout comme pour le *guilty plea* américain, l'organisation duale de l'Autorité de la Concurrence permet au Collège, investi du pouvoir de décision, de revoir à la hausse ou à la baisse le taux de réduction initialement négocié avec le Rapporteur général. L'insécurité juridique qui en découle pour les entreprises est cependant tempérée par le Collège qui a pour politique de procéder au renvoi à l'instruction lorsqu'il envisage de s'écarter substantiellement des propositions de l'instruction dans un sens défavorable aux entreprises<sup>33</sup>.

### III. La procédure de transaction en droit belge

24. Après un bref rappel des propositions de réforme relatives à l'introduction d'une procédure de transaction faites par la Direction Générale de la Concurrence et le Ministère de l'Economie (A), nous discuterons des questions institutionnelles (B) et pratiques (C) que cette proposition soulève.

#### A. Propositions de réforme

25. Lors de l'adoption de sa dernière note envisageant une série de modifications de la loi sur la protection de la concurrence économique (« L.P.C.E. ») (« la Note »)<sup>34</sup>, la DG Concurrence a proposé l'adoption d'une procédure transactionnelle en droit belge de la concurrence. Selon les informations dont nous disposons, celle-ci est aujourd'hui pour grande partie relayée par l'« avant-projet de loi » rédigé par les services du Ministère de l'Economie<sup>35</sup>.

26. La Note s'interroge d'abord sur la question de savoir si le cadre légal en vigueur offre déjà à l'Autorité de la Concurrence la possibilité de transiger (a). Vraisemblablement consciente des limites du régime actuel, la DG Concurrence propose, dans un deuxième temps, d'intervenir par voie de modification législative pour accorder à l'Auditorat un pouvoir transactionnel (b).

#### 1. Le cadre légal actuel

27. Selon la DG Concurrence, la L.P.C.E.<sup>36</sup> actuellement en vigueur permettrait à l'Autorité de la Concurrence de transiger dans trois cas de figure :

- D'abord, le Conseil de la concurrence pourrait tenir compte de la volonté des parties de conclure une transaction lors de l'exercice de son pouvoir de sanction ;
- Ensuite, des transactions sans amende pourraient être appliquées dans une procédure informelle par la Direction Générale, lorsqu'aucune procédure formelle n'est engagée ou lorsque l'Auditorat a classé une plainte ;
- Enfin, les transactions sans amende seraient également possibles lors d'une procédure formelle lorsque l'Auditorat classe l'affaire en fonction des priorités et des moyens disponibles.

28. A notre avis, les cas de transactions sans amende visés aux points (2) et (3) ne correspondent pas juridiquement à une véritable transaction. En effet, une transaction implique nécessairement des concessions réciproques : d'une part, la reconnaissance de l'infraction et le paiement d'une amende minorée et de l'autre, l'abandon des poursuites publiques. Or, les « transactions » sans amende n'incluent ni une concession formelle de l'entreprise – puisqu'elle ne reconnaît pas l'infraction et ne paye aucune amende – ni un renoncement formel aux poursuites. Dans ces circonstances, il ne s'agit donc que d'accords informels. Tout au plus l'entreprise pourrait-elle prendre des engagements mais dans ce cas, seul le Conseil est compétent, et non l'Auditorat<sup>37</sup>.

29. Dès lors, il semble que seul le Conseil puisse prendre attitude se rapprochant d'une pratique transactionnelle. En effet, le Conseil dispose d'une grande marge discrétionnaire pour fixer le montant de la sanction<sup>38</sup> et devrait pouvoir user de cette discrétion pour réduire le montant de la sanction imposée aux parties qui reconnaissent leur infraction. Il est d'ailleurs à noter que les lignes directrices sur le calcul des amendes qui ont été récemment publiées prévoient expressément que constitue une circonstance atténuante « *le fait que l'infraction soit reconnue pendant l'instruction ou au plus tard au cours de la procédure écrite devant le Conseil* »<sup>39</sup>. Le

Conseil dispose donc à présent<sup>40</sup> d'une compétence expresse pour transiger dans le cadre de la fixation de l'amende.

#### 2. La proposition de transaction de la DG Concurrence et l'avant-projet de loi du Ministère de l'économie

30. Selon la Note et l'avant-projet de loi, l'Auditorat peut, à tout moment avant le dépôt du rapport<sup>41</sup>, et pour autant qu'il dispose de suffisamment d'éléments pour constater l'existence d'une infraction bien définie, inviter la ou les entreprise(s) incriminée(s) à transiger.

31. A cette fin, l'Auditorat interroge les entreprises concernées en vue de vérifier leur disponibilité à transiger. Lorsque la réponse est positive, l'Auditorat indique aux entreprises en cause les griefs sur lesquels il pense pouvoir s'appuyer et donne accès aux preuves matérielles qu'il détient pour prouver ces griefs. Il informe également les entreprises du montant de l'amende envisagée ou à tout le moins de la fourchette envisagée. Ces informations sont échangées sous le sceau de la confidentialité.

32. La réduction d'amende proposée est, selon les documents, de 10 ou 20%<sup>42</sup>. En cas de reconnaissance de l'infraction et d'acceptation de la sanction, les parties présentent leur proposition de transaction. Trois auditeurs se prononcent à la majorité simple sur la proposition, leur décision équivalant à une décision du Conseil. La décision est ensuite transmise à l'entreprise concernée et à l'éventuel plaignant.

33. Lorsque la transaction ne comporte pas la reconnaissance de chacune des infractions qui faisaient l'objet de la plainte, l'Auditorat doit rejeter celle-ci pour le surplus et cette décision de classement est susceptible de recours par les tiers.

de l'article 63 de la Loi sur la protection de la concurrence économique, para. 36, disponible à l'adresse [http://economie.fgov.be/fr/binaries/Communication\\_Lignes\\_directrices\\_amendes\\_tcm326-158194.pdf](http://economie.fgov.be/fr/binaries/Communication_Lignes_directrices_amendes_tcm326-158194.pdf) (dernière consultation au 15 janvier 2012). Le projet de lignes directrices ne précise pas la réduction de sanction qui pourrait être liée à la reconnaissance de l'infraction. Il conviendra en tout état de cause de veiller à articuler correctement une telle circonstance atténuante avec l'application de la procédure de transaction.

<sup>40</sup> Par le passé, le Conseil n'avait pas considéré que la reconnaissance de l'infraction pouvait justifier une réduction du montant de l'amende. (Décision du Conseil de la concurrence, n° 2010-I/O-11, 20 mai 2010, affaires MEDE-I/O-04/0063 et MEDE-I/O-06/0032: *Staalplaatradiatoren*).

<sup>41</sup> L'avant-projet de loi fait état d'un dépôt de « *projet de décision* » de l'Auditorat.

<sup>42</sup> La Note de la DG Concurrence fait état d'une réduction de 20%, tandis que l'avant-projet de loi mis au point par le Ministère de l'Economie calque le modèle européen et se limite à 10% de réduction. Malencontreusement, la rédaction actuelle de l'avant-projet de loi suggère que la réduction de 10% ne serait pas automatique (Article XV.39 « [ ] l'Auditorat peut appliquer une réduction de 10% [ ] »).

#### B. Questions institutionnelles

34. Au niveau institutionnel, l'introduction d'une procédure de transaction en droit belge soulève essentiellement deux questions<sup>43</sup> : la possibilité de confier un pouvoir de transaction à une autorité administrative (1) et celle de confier un pouvoir de sanction à l'autorité chargée de l'instruction (l'Auditorat) (2).

##### 1. La transaction administrative en droit belge.

35. Si la transaction administrative est aujourd'hui une réalité du droit européen, son adoption en Belgique ne va pas nécessairement de soi. Elle est soumise à un certain nombre de contraintes imposées par la Constitution, le principe de séparation des pouvoirs et le principe de l'indisponibilité des compétences<sup>44</sup>. Ainsi, l'administration ne pourra se voir reconnaître de faculté de transiger sans fondement légal, et ce, en raison des effets que la transaction produit sur l'action publique<sup>45</sup>. En conséquence, l'administration ne peut transiger que dans les cas prévus par la loi. P. NIHOUL soulève même « *que la fixation du tarif de la transaction ou du délai de paiement des amendes transactionnelles, qui constituent des éléments essentiels du système, ne peut être laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif, la norme législative devant à tout le moins déterminer les montants maxima et minima de la somme à payer* »<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Au niveau institutionnel, il faut également noter que la proposition de transaction devra vraisemblablement faire l'objet d'une notification à la Commission européenne. (Article 11 § 4 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO, 4 janvier 2003, L 1/1).

<sup>44</sup> A. L. DURVIAUX, *Droit administratif, Tome I, L'action publique*, dans Collection de la Faculté de droit de l'université de Liège, De Boeck, Bruxelles, 2011, 433.

<sup>45</sup> Cass., 28 avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p.476. P. NIHOUL, « La transaction administrative », in R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 669-680. La nécessité d'une habilitation légale à transiger est toutefois débattue : P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection de l'Université de Liège, Larcier, 3ème éd., 2008, 232-233. Celui-ci note en tous cas que « *par principe, la transaction ne peut intervenir dans une matière d'ordre public, hors une disposition spéciale qui la permettrait* ».

<sup>46</sup> P. NIHOUL, « La transaction administrative », *op. cit.*, 670. La question se pose donc de savoir si l'expression d'une transaction en pourcentage sans que ne soit définie une fourchette de montants peut être admise en droit belge. En effet, la plupart des dispositions relatives à la transaction déterminent des fourchettes que l'administration ou le ministère public doivent respecter. Il n'en va cependant pas de même dans la proposition de la DG concurrence. Toutefois, il nous semble que ceci ne devrait pas constituer un obstacle dans la mesure où (i) l'article 63 de la LPCE fixe les montants maximums des sanctions (10% du chiffre d'affaires), (ii) les lignes directrices sur les amendes sont adoptées afin de fournir la prévisibilité requise et (iii) de telles réductions exprimées en pourcentages sont déjà appliquées dans le cadre du programme de clémence.

<sup>32</sup> D. BRAULT et R. MAULIN, « La procédure de non-contestation des griefs : Un succès non contestable », dans *Concurrences*, n°2-2011, 87. Autorité française de la concurrence, Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, disponible à l'adresse [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9\\_ncg\\_10fevrier2012.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_ncg_10fevrier2012.pdf), (dernière consultation au 15 mars 2012).

<sup>33</sup> OCDE, *op. cit.*, 47.

<sup>34</sup> DG Concurrence, Note à l'attention de la Commission de la concurrence, *Explications des propositions de modifications de la LPCE*, CCE 2011-0917, 21 septembre 2011, 8-11 (« la Note »). Notons que la transaction ne faisait pas partie de la première « *Note de discussion pour la consultation des stakeholders* » publiée le 12 mai 2011.

<sup>35</sup> Voyez la note de bas de page n° 11 *supra*.

<sup>36</sup> Loi sur la protection de la concurrence économique, 10 juin 2006, *M.B.*, 29 juin 2006, 32746.

<sup>37</sup> Article 53 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, *MB*, 29 septembre 2006.

<sup>38</sup> Le Conseil a, par exemple, déjà refusé d'imposer une amende dans des affaires où il venait pourtant de reconnaître l'existence d'une infraction. Décision du Conseil de la concurrence, n° 2010-I/O-30, 26 août 2010, aff. nr. CONC – I/O-01/0042: *Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars*.

<sup>39</sup> Communication du Conseil de la concurrence du 19 décembre 2011, Lignes Directrices sur le calcul des amendes imposées en matière de pratiques restrictives de concurrence en application

36. Le Conseil de la concurrence est, de par la loi, une juridiction administrative<sup>47</sup>. Si la présence de juges indépendants est à même d'atténuer les critiques tenant à l'intervention du pouvoir exécutif, ce statut ne dispense pas nécessairement les pouvoirs publics de l'obligation de doter la procédure de transaction d'un fondement légal. Au demeurant, le pouvoir de transaction reconnu en matière pénale au Ministère public est également encadré par la loi<sup>48</sup>. En conséquence, il s'impose au législateur de prendre soin de fixer les éléments essentiels de la procédure de transaction.

37. Il s'ensuit que la solution qui fut retenue en France, consistant à adopter un régime de transaction dont la quasi-totalité des modalités sont ensuite définies au gré de la jurisprudence<sup>49</sup>, est une solution constitutionnellement risquée qui ne pourrait pas être reproduite en Belgique.

2. Organisation duale de l'Autorité de la Concurrence

38. Il est également permis de s'interroger sur l'opportunité de confier la compétence de transiger à l'Auditorat plutôt qu'au Conseil. En effet, la Note et l'avant-projet de loi prévoient que l'Auditorat sera seul compétent non seulement pour inviter les parties à transiger, mais également pour adopter la décision finale de transaction. Or, si au sein de l'Autorité de la Concurrence, la compétence décisionnelle est partagée entre l'Auditorat et le Conseil<sup>50</sup>, ce dernier dispose jusqu'à présent d'un monopole décisionnel lorsqu'il s'agit de l'adoption de décisions répressives. L'approche prônée par la DG Concurrence et le Ministère de l'Economie déroge donc à la structure dualiste traditionnelle de l'Autorité de Concurrence belge telle qu'elle est actuellement organisée par la L.P.C.E<sup>51</sup>. Dans ces circonstances, on peut s'interroger sur

<sup>47</sup> Article 11, § 1<sup>er</sup> de la Loi sur la protection de concurrence économique, coordonnée par l'arrêté royal du 15 septembre 2006, M.B., 29 septembre 2006, 50613 ; X. TATON et J. MARCHANDISE, « Le droit processuel belge des pratiques restrictives de concurrence », in N. PETIT (dir.), *Le Nouveau droit belge de la concurrence. Bilan et perspectives après quatre années d'application*, CUP vol. 124, Liège, Anthémis, 2010, 166 et s.

<sup>48</sup> Voyez l'article 216bis du Code d'instruction criminelle.

<sup>49</sup> Le communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs comble à présent les incertitudes laissées dans le Code de commerce. Autorité française de la concurrence, Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs, disponible à l'adresse [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué\\_ncg\\_10février2012.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqué_ncg_10février2012.pdf), (dernière consultation au 15 mars 2012).

<sup>50</sup> X. TATON et J. MARCHANDISE, *op. cit.*, 164-165, considèrent que l'on ne peut limiter l'Auditorat à un parquet de la concurrence, celui-ci disposant de certains pouvoirs d'instruction et de décision.

<sup>51</sup> Malgré le fait que l'avant-projet de loi du Ministère de l'Economie soit remplacé par un Collège de la concurrence, l'avant-projet de loi semble maintenir la séparation de principe entre la compétence d'instruction et la compétence décisionnelle (Comparez les Compétences de l'Auditorat au Livre XV, Titre I, Chapitre 1, Section 4 et celles du Collège de la Concurrence

la légitimité d'une intervention qui aurait pour effet de créer une différence de traitement entre les entreprises qui bénéficient de la transaction, et celles qui sont dans l'obligation de se soumettre au jugement du Conseil<sup>52</sup>.

39. Par ailleurs, l'octroi de cette compétence à l'Auditorat aurait pour effet de créer une compétence concurrente avec le Conseil puisque celui-ci s'est expressément réservé, dans les lignes directrices sur les amendes, le pouvoir de réduire le montant de l'amende en cas de reconnaissance de l'infraction.

40. Les problèmes pratiques relatifs à l'articulation de la transaction avec le programme de clémence, avec les lignes directrices en matière d'amendes et dans les cas hybrides sont analysés à la section suivante.

C. Questions pratiques

41. Cette section aborde six questions relatives au fonctionnement pratique de la procédure de transaction proposée par la DG Concurrence et par le Ministre, à savoir son attractivité (1), son champ d'application (2), la prévisibilité des amendes (3), le taux de réduction (4), les cas hybrides et le pouvoir discrétionnaire (5), et la possibilité de faire appel (6).

1. Attractivité

42. Cela relève de la tautologie : pour que les entreprises qui font l'objet d'une plainte acceptent de transiger, encore faut-il qu'elles soient confrontées à un véritable risque de sanction. Or, sur ce point, force est de constater que le Conseil de la concurrence présente encore un tableau de chasse relativement clairsemé.

43. Les statistiques présentées par la DG Concurrence dans ses rapports annuels nous permettent de constater que, sur les septante affaires d'ententes que le Conseil a eu à connaître entre 2007 et 2010 (dont vingt-quatre demandes de clémence), seules onze d'entre elles ont fait l'objet d'une décision de constatation d'infraction, ou de mesures provisoires, les soixante-deux autres ayant été rejetées, ou classées pour prescription ou sur base des priorités et des moyens disponibles. Sur les trente-quatre affaires d'abus de position dominante que le Conseil a eu à connaître sur la même période, seules deux d'entre elles ont fait l'objet d'une décision de constatation d'infraction.

au Livre XV, Titre I, Chapitre 2, Section 3). Dans ce contexte, la compétence transactionnelle de l'Auditorat constituerait une dérogation à l'organisation essentiellement dualiste de l'Autorité de la concurrence.

<sup>52</sup> En ce sens, voyez C. Const. (anc. C. A.), 7 février 1995, arrêt 13/95.

Figure 2. Aperçu statistique de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence<sup>53</sup>

	Ententes		Abus de position dom.	
	Sanction	Rejet	Sanction	Rejet
2007	3	13	1	8
2008	5	21	0	9
2009	0	11	1	7
2010	3	17	0	8
Total	11	62	2	32
Répartition	15%	85%	6%	94%

44. On constate donc que, statistiquement, une entreprise confrontée à une procédure d'investigation pour ententes ne sera condamnée que dans 15% des cas. Cette statistique est encore plus basse en matière d'abus de position dominante où la probabilité de condamnation est de 6%.

45. Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'une décision de constatation d'infraction est prise qu'une amende est imposée. Sur un total de 13 infractions, seules 5 décisions d'amendes ont été adoptées. Ce n'est donc que dans 38% des cas d'infractions qu'une amende a été infligée. Ce résultat s'explique d'une part par le fait que certaines des décisions recensées ont été prises au contentieux du provisoire – et ne portent en toute logique aucune amende – et, d'autre part, par l'exercice par le Conseil de son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'imposer une amende. Cela a notamment été le cas dans plusieurs affaires relatives à l'organisation de certaines professions réglementées, telles que les agents immobiliers<sup>54</sup>, les architectes d'intérieurs<sup>55</sup>, les pharmaciens<sup>56</sup>, et les vétérinaires<sup>57</sup>.

46. Ensuite, même dans les cas où une amende est prononcée, le montant de l'amende demeure souvent limité. Ainsi dans l'affaire VEBIC, le montant total des amendes était d'environ

<sup>53</sup> Sources : SPF Economie, Direction Générale de la concurrence, *Rapport annuel (2007 à 2010)*, accessibles à l'adresse [http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite\\_belge\\_concurrence\\_Introduction/Directon\\_generale\\_concurrence/](http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite_belge_concurrence_Introduction/Directon_generale_concurrence/) (dernière consultation en date du 15 mars 2012). Les colonnes « sanction » comptabilisent les décisions de constatation d'infraction et de mesure provisoire. Les colonnes « rejet » comptabilisent les décisions de rejet, ou de classement pour prescription ou sur la base des priorités et des moyens disponibles.

<sup>54</sup> Dans le cadre de l'application des articles 101 et 102 TFUE. Décision du Conseil de la concurrence, n° 2010- I/O-30, 26 août 2010, aff. CONC – I/O-01/0042: *Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars*.

<sup>55</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2008-P/K-45, 25 juillet 2008, aff. MEDE-P/K-06/0006: *Review BVBA/Associatie van Interieurarchitecten van België vzw – [ ]*.

<sup>56</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2007-P/K-35, 20 décembre 2007, aff. CONC-P/K-05/0026 : *F.N.H. / Ordre des pharmaciens*.

<sup>57</sup> Décision du Conseil de la concurrence 2007-I/O-19, 21 août 2007, MEDE-I/O-00/0027: *Orde der Dierenartsen*.

29.000 EUR<sup>58</sup>. Dans l'affaire des auto-écoles ce montant était de près de 6.000 EUR<sup>59</sup>. En réalité, depuis 2006, seuls trois cas ont donné lieu à l'imposition d'amendes suffisamment substantielles pour justifier un intérêt à transiger. Il s'agit (i) du cartel dans le secteur chimique en 2008 (0,5 millions)<sup>60</sup>, (ii) de l'affaire BASE/BMB en 2009 (66 millions)<sup>61</sup>, et (iii) du cartel sur le marché des radiateurs en 2010 (3,5 millions)<sup>62</sup>.

Figure 3. Aperçu statistique de la pratique répressive du Conseil de la concurrence<sup>63</sup>

	Total des décisions de constatations d'infractions	Amendes	Montants (millions EUR)
2007	4	0	0
2008	5	3	0,5
2009	1	1	66
2010	3	1	3,5
Total	13	5	70

47. Enfin, il faut ajouter que les amendes peuvent encore être réduites ou annulées devant la Cour d'appel. Il est difficile à ce stade d'évaluer l'impact de la jurisprudence de la Cour d'appel au vu du nombre limité d'arrêts. Nous relèverons toutefois qu'au niveau européen, suite à l'intervention de la Cour de Justice, les amendes sont réduites en moyenne de plus de 7%<sup>64</sup>. Il s'agit là d'un élément de plus susceptible d'être pris en compte par les entreprises lorsqu'elles envisagent de transiger.

<sup>58</sup> Décision du Conseil de la concurrence, 2008-I/O-04, 25 janvier 2008, aff. MEDE-I/O-04/0045 : *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkeren*.

<sup>59</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2008-P/K-43, 7 juillet 2008, aff. CONC-I/O-98/0031 ISC c/ FAB et ses membres et CONC-P/K-05/0023 : *Test-Achats c/ auto-écoles de Belgique*.

<sup>60</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2008-I/O-13, 4 avril 2008, aff. CONC-I/O-04/0051 : *Bayer AG – Ferro (Belgium) SPRL – Lonza S.p.A et Solutia Europe S.A.*

<sup>61</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2009-P/K-10, 26 mai 2009, aff. CONC-P/K-05/0065 : *Base/BMB*.

<sup>62</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2010-I/O-11, 20 mai 2010, aff. MEDE-I/O-04/0063 et MEDE-I/O-06/0032: *Staalplaatradiatoren*.

<sup>63</sup> Sources : SPF Economie, Direction Générale de la concurrence, *Rapport annuel (2007 à 2010)*, accessibles à l'adresse [http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite\\_belge\\_concurrence\\_Introduction/Directon\\_generale\\_concurrence/](http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite_belge_concurrence_Introduction/Directon_generale_concurrence/) (dernière consultation en date du 15 mars 2012).

<sup>64</sup> Selon les données de la Commission européenne (Commission européenne, *Cartel statistics*, 7 décembre 2011, 1-2, disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (dernière consultation au 15 mars 2012)), le montant total des amendes de cartel décidées entre 1990 et 2011 a été réduit de 7,13% au cours de cette période. Le montant total des amendes de cartel décidées entre 2007 et 2011, a été quant à lui réduit de 4,04% au cours de cette même période. Toutefois, il faut noter que ces statistiques (i) reprennent les amendes qui n'ont pas fait l'objet d'un recours et (ii) les amendes qui ont fait l'objet d'un recours qui est toujours pendant. Le pourcentage de réduction des amendes est donc en réalité plus élevé.

48. Il résulte de ce premier constat qu'à défaut de faire évoluer sa pratique décisionnelle vers un plus grand équilibre entre les décisions contraignantes et les décisions de rejet ou de classement, on peut craindre que la procédure de transaction ne présente qu'un attrait réduit pour les entreprises, particulièrement si elle est proposée à un stade très préliminaire de la procédure. L'Autorité se trouve dans cette situation paradoxale où, pour pouvoir évacuer plus de décisions via une procédure de transaction, elle doit d'abord rendre plus de décisions selon la procédure normale.

## 2. Champ d'application

49. En ce qui concerne le champ d'application matériel, la transaction proposée n'est pas limitée à un type particulier d'infraction. Là où la procédure européenne limite la transaction aux ententes horizontales, la Note de la DG Concurrence et l'avant-projet de loi du Ministère de l'Economie semblent laisser ouverte la possibilité de transiger sur tous types de comportements anticoncurrentiels.

50. L'opportunité d'appliquer la transaction à des infractions telles que les abus de position dominante est sujette à débat<sup>65</sup>. En effet, quoi qu'on en dise<sup>66</sup>, la transaction implique nécessairement un certain degré de négociation entre l'Autorité de Concurrence et la ou les entreprises concernée(s). Or, là où la conclusion de transactions en matière de cartels ne donne généralement lieu qu'à des discussions de pur fait, circonscrites à l'ampleur de la transgression, les infractions plus complexes pourraient donner aux justiciables la possibilité de discuter le droit. Ainsi, l'application des articles 101 (3) TFUE ou 2 §3 de la L.P.C.E. nécessitent-ils une analyse des effets et du caractère indispensable de l'accord. De même, les abus de position dominante nécessitent une analyse du marché en cause, de la position dominante, du type d'abus, des effets, ou des justifications objectives éventuelles. En pratique, il pourrait donc s'avérer beaucoup plus difficile pour l'Auditorat d'aboutir avec les parties à une « appréciation commune » de l'infraction. Au-delà même de ces difficultés pratiques, un champ d'application étendu aux infractions plus complexes soulève la question de l'opportunité même de négocier ces éléments juridiques.

<sup>65</sup> Hungarian Competition Law Research Centre, *Comments on the Commission's draft legislative package introducing a settlement procedure for cartel cases*, 21 décembre 2007, 2, disponible à l'adresse [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/hclrc.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/hclrc.pdf) (dernière consultation au 15 mars 2012); White & Case, *Comments on draft legislative package to introduce settlement procedure for cartels*, 2, [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/wc.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/wc.pdf) (dernière consultation au 15 mars 2012).

<sup>66</sup> « *The settlement procedure does not involve any bargaining or negotiation on charges or evidence* ». N. Kroes, *Settlements in cartel cases*, 12<sup>th</sup> Annual Competition Conference, Fiesole, 19<sup>th</sup> September 2008 SPEECH/08/44519/09/2008; Press release, Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartels – frequently asked questions, 30 juin 2008, MEMO/08/458.

51. Il est vrai que ces difficultés sont surmontées avec succès par l'Autorité de la Concurrence française, dont la procédure de non-contestation des griefs est appliquée indistinctement aux restrictions de la concurrence par objet et par effet. Il faut pourtant se garder de croire que le précédent français est transposable sans condition dans notre droit.

52. D'une part, si les propositions de la DG Concurrence et du Ministère de l'Economie sont suivies, la situation de l'Auditorat belge sera moins favorable que celle du Rapporteur français en raison du moment où la transaction est supposée prendre place dans la procédure. Là où la procédure française est structurée de manière à ce que le Rapporteur n'approche les entreprises qu'après avoir rédigé la communication des griefs, à un moment où l'affaire a déjà atteint un fort degré de maturité, la transaction belge prendrait place plus en amont, à un moment où l'affaire est à un stade plus précaire et les certitudes de l'Auditorat vraisemblablement moins affirmées.

53. D'autre part, – et on retrouve ici dans un aspect qualitatif, la critique formulée plus tôt dans son aspect quantitatif – à ce jour, l'Autorité de la Concurrence belge ne bénéficie pas d'une jurisprudence aussi établie que celle de l'Autorité française. Or, cette dernière en atteste volontiers : si la non-contestation des griefs est appliquée avec succès à des infractions complexes, c'est précisément parce que le Rapporteur peut s'appuyer sur une jurisprudence claire, reposant sur des principes suffisamment établis<sup>67</sup>.

54. En ce qui concerne le champ d'application personnel de la transaction, la Note prévoit la possibilité d'imposer des amendes administratives aux personnes physiques. Si de telles peines sont introduites en droit belge, il faudra nécessairement étendre la transaction à ces personnes. C'est en effet ce qui semble résulter de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 février 1995 qui suggère qu'il pourrait être discriminatoire en matière de sanctions économiques, d'effectuer une différenciation quant au champ d'application personnel de la transaction sur base de la qualité des contrevenants<sup>68</sup>. Or, force est de constater qu'à ce stade, l'avant-projet de loi ne semble pas prévoir la possibilité d'une transaction pour les personnes physiques<sup>69</sup>, si ce n'est en cas d'intervention du

<sup>67</sup> Le Président de l'Autorité française exprimait cette idée dans les termes suivants « La France dispose d'une solide pratique décisionnelle en matière d'abus de position dominante. Il existe donc des précédents solides, qui clarifient le droit applicable dans de nombreux cas de figure, qu'il s'agisse des questions de fond ou de la sanction encourue, et contribuent par conséquent à inciter les entreprises à renoncer à contester les griefs. » B. LASSERRE, *op. cit.*, 96.

<sup>68</sup> C. Const. (anc. C. A.), 7 février 1995, arrêt 13/95, para. B4.

<sup>69</sup> Article XVI.7 §2 de l'avant-projet de loi.

ministère public pour les infractions relevant de la politique des prix et des réquisitions<sup>70</sup>.

## 3. Prévisibilité

55. Pour l'entreprise qui envisage de s'engager dans une procédure de transaction, il est indispensable de pouvoir anticiper, avec un degré de certitude suffisant, le montant de la sanction auquel elle s'expose si elle se retrouve devant le Conseil. Cela implique à la fois de pouvoir apprécier le montant de la réduction qui lui sera accordée en cas de coopération, mais également de pouvoir anticiper le montant de la sanction elle-même<sup>71</sup>.

56. Les lignes directrices sur le calcul des amendes adoptées très récemment par le Conseil<sup>72</sup> fournissent un éclairage bienvenu sur les sanctions auxquelles s'exposent les entreprises en cas d'infraction au droit de la concurrence<sup>73</sup>. Toutefois, on peut se demander si celles-ci ne torpillent pas toute velléité d'introduire une procédure de transaction au niveau de l'Auditorat dès lors qu'elle prévoit de récompenser la reconnaissance de l'infraction au titre de circonstances atténuantes<sup>74</sup>. En effet, une entreprise aura moins intérêt à transiger avec l'Auditorat si elle peut toujours le faire avec le Conseil au stade de l'amende. La seule incertitude est liée au fait que les Lignes Directrices sur les amendes ne précisent pas le niveau de réfaction de l'amende lié aux circonstances atténuantes. Si le législateur souhaite maintenir un certain attrait pour une transaction initiée par l'Auditorat, il faudra, à notre sens, préciser que le niveau de réfaction lié à la circonstance atténuante est significativement moindre que le niveau de

<sup>70</sup> Article XVI.5. §1 de l'avant-projet de loi.

<sup>71</sup> A. O'BRIEN, *Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions*, 13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italie, 6 juin 2008, 3, disponible à l'adresse <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf> (dernier accès au 7 décembre 2011) : « *The mere possibility of reduced sanctions usually will not be enough to induce a company to settle; the rewards must be transparent, predictable and certain. To assess settlement gains, a cartel participant must be able to predict, with a high degree of certainty, how it will be treated if it cooperates, and what the consequences will be if it does not. To maximize the goals of transparency, enforcers must not only provide explicitly stated standards and policies, but also clear explanations of prosecutorial discretion in applying those standards and policies.* »

<sup>72</sup> Communication du Conseil de la concurrence du 19 décembre 2011, *op. cit.*

<sup>73</sup> L'avant-projet de loi du Ministère de l'Economie prévoit de remplacer le Conseil de la concurrence par un « Collège de la concurrence ». Il reste à voir si celui-ci reprendra à son compte les lignes directrices du Conseil de la concurrence ou les rejettera. L'avant-projet de loi prévoit qu'à défaut de lignes directrices de l'Autorité belge sur les amendes, celles de la Commission européennes s'appliqueront.

<sup>74</sup> *Ibid.*, para. 36. Notons que cette circonstance atténuante n'est pas reprise dans les Lignes Directrices de la Commission européenne.

10% ou 20% envisagé pour la procédure transactionnelle. Il faudra également que le taux de réfaction de l'amende lié à la transaction soit garanti<sup>75</sup>.

57. Par ailleurs, il faut noter que la Note suggère que l'offre de transaction contiendra « *le montant de l'amende proposé par l'Auditorat OU une fourchette de proposition de transaction* ». L'alternative semble difficilement explicable. Il faudrait de toute évidence que les deux montants soient inclus cumulativement : le montant de l'amende doit être mentionné (sous forme de fourchette ou de montant fixe) afin de pouvoir évaluer mathématiquement le montant de la réduction lié à la transaction. De manière plus satisfaisante, l'avant-projet de loi prévoit que l'Auditorat fournit d'abord une fourchette qu'il envisage de proposer pour amende dans son projet de décision au président du Collège de la concurrence puis, après « discussions ultérieures » et suite à la proposition de transaction de l'entreprise concernée, reprend le montant précis de l'amende dans le projet de décision de transaction<sup>76</sup>.

58. Enfin, ni la L.P.C.E. ni l'avant projet de loi<sup>77</sup> ne prévoient une obligation pour l'Auditorat de mentionner le montant de l'amende dans le Rapport. La pratique actuelle de l'Auditorat n'est d'ailleurs pas uniforme à cet égard<sup>78</sup>. Il semble raisonnable que, si le montant de l'amende est indiqué en cas de transaction, l'on fasse de même pour les procédures « classiques ».

## 4. Taux de réduction

59. Alors que la Direction générale propose de fixer le taux de réduction de l'amende à 20% en cas de transaction, l'avant projet de loi du Ministère de l'économie ne retient qu'un taux de 10%<sup>79</sup>, semblable à celui retenu par la Commission. Ce taux reste toutefois inférieur à ceux applicables en France (où la réduction peut aller jusqu'à 25% en cas d'engagements) et aux Etats-Unis (où il n'existe pas de limite formelle). Le taux de 20% proposé par la DG Concurrence nous semble davantage de nature à constituer un véritable incitant pour les entreprises<sup>80</sup> que celui de 10% retenu dans l'avant-projet

<sup>75</sup> De manière surprenante, l'avant-projet de loi suggère que l'application de ce taux ne serait pas automatique (« *l'Auditorat peut appliquer une réduction de 10%* ») et suggère même que ce taux de 10% pourrait être augmenté ou réduit si l'entreprise s'engage à s'acquitter du paiement de dommages et intérêts.

<sup>76</sup> Article XV.37 et XV.39 de l'avant-projet de loi.

<sup>77</sup> Article XV.27 de l'avant-projet de loi.

<sup>78</sup> Décision du Conseil de la concurrence, n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, aff. CONC-P/K-05/0065 : *Base/BMB*; Décision du Conseil de la concurrence, n° 2010-I/O-11, 20 mai 2010, aff. MEDE-I/O-04/0063 et MEDE-I/O-06/0032 : *Staalplaatradia-toren*.

<sup>79</sup> Article XV.39 de l'avant-projet de loi.

<sup>80</sup> Il est notamment nécessaire que la réfaction liée à la transaction soit supérieure à la réduction que les parties peuvent espérer obtenir en faisant simplement appel de la sanction.

de loi. A nouveau, quel que soit le taux finalement retenu, il importe qu'il soit garanti.

60. La Note semble également suggérer que la réduction de l'amende sera cumulable avec les réductions obtenues dans le cadre du programme de clémence ; ce qui serait conforme à la procédure de transaction communautaire. Ce cumul soulève toutefois la question de l'articulation de la procédure de clémence avec celle de transaction dès lors que la clémence est accordée par la chambre du Conseil et que le Conseil n'est pas censé intervenir dans la procédure de transaction. L'avant-projet de loi semble également silencieux sur cette question alors qu'il maintient la décision de clémence au Collège de la concurrence (et non à l'Auditorat)<sup>81</sup>.

61. Deux solutions sont envisageables. Il est possible de prévoir une révision du programme de clémence. Le plus simple nous semble toutefois de maintenir le caractère dualiste de la procédure de concurrence, et de donner explicitement au Conseil le pouvoir de transiger.

#### 5. Cas hybrides et pouvoir discrétionnaire

62. Dans le cadre d'ententes anticoncurrentielles, il se peut que plusieurs entreprises soient concernées par l'investigation mais que seulement une partie d'entre elles accepte la procédure de transaction. Se pose alors la question de savoir si l'Autorité de la Concurrence est prête à transiger avec certaines entreprises seulement, alors même qu'elle doit poursuivre jusqu'au bout la procédure d'investigations à l'égard des autres contrevenants.

63. La Commission européenne tout comme l'Autorité française de la Concurrence permettent de telles procédures « hybrides » et ont, dans certaines affaires<sup>82</sup>, transigé avec les entreprises qui reconnaissent l'infraction tout en suivant en parallèle une procédure d'instruction classique à l'égard des entreprises la contestant.

64. La Commission est toutefois récalcitrante à adopter de telles procédures et a clairement indiqué qu'elle gardait un pouvoir discrétionnaire pour refuser ou accepter la procédure de transaction en fonction du nombre de parties qui manifestent leur intérêt pour la transaction<sup>83</sup>. Cette réticence s'explique par les multiples inconvénients que génère l'adoption de décisions hybrides. D'abord, les décisions

hybrides réduisent les gains d'efficacité que la transaction est supposée produire. Ainsi, le refus de la transaction par une entreprise renvoie l'autorité à ses obligations procédurales vis-à-vis de cette dernière, telles que l'obligation de rédiger une communication des griefs en bonne et due forme et de donner accès à l'entièreté du dossier avec les précautions de confidentialité qui s'imposent. Ensuite, l'entreprise qui refuse la transaction puis qui se fait condamner est davantage susceptible de faire appel de la décision finale<sup>84</sup>. Enfin, l'attitude réfractaire de certaines entreprises peut, dans certains cas, compromettre la validité de la transaction conclue avec les autres. Ainsi, l'Autorité britannique de la concurrence (*UK Office of Fair Trading* – « OFT ») a-t-elle dû faire marche-arrière vis-à-vis des décisions de transactions qu'elle avait prises à l'égard de six enseignes de la grande distribution<sup>85</sup> qui avaient reconnu avoir procédé à des échanges d'informations ayant pour objet le prix de détail de produits laitiers (marchés du lait, du beurre et du fromage). Deux enseignes, Tesco et Morrisons, refusèrent de transiger et continuèrent à contester les allégations de l'autorité publique ce qui mena l'OFT à retirer, deux ans plus tard, tous les griefs formulés contre Morrisons et une majorité de ceux formulés contre Tesco<sup>86</sup>. Au regard des nouveaux éléments qui lui avaient été fournis dans cette procédure, l'OFT conclut qu'elle ne disposait pas de preuves suffisantes pour fonder l'intégralité des infractions pour lesquelles il y avait déjà eu transaction et s'engagea à rembourser près de 50 millions de livres aux parties qui avaient transigé<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> C'est notamment l'attitude adoptée par l'entreprise Timab Industries, laquelle, après avoir refusé la procédure de transaction entamée par la Commission européenne à l'égard du cartel des Phosphates pour l'alimentation animale, a décidé de contester sa condamnation devant le Tribunal de l'Union européenne. A l'appui de son recours – toujours pendant – Timab Industries fait valoir que la Commission aurait décidé de la punir pour avoir quitté la table des négociations en augmentant de manière excessive le montant de la sanction finale par rapport au montant de la sanction probable évoqué lors des discussions. Recours introduit le 1er octobre 2010 – Timab Industries et CFPR/Commission (Affaire T-456/10). Décision de la Commission du 20 juillet 2010 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/38.866 – Phosphates pour l'alimentation animale), JO, 9 avril 2011, C111/19.

<sup>85</sup> A. STEPHAN, « OFT Dairy Price-Fixing Case Leaves Sour Taste for Cooperating Parties in Settlements », dans *European Competition Law Review*, Vol. 30, No. 11, 2010, 14.

<sup>86</sup> OFT Press release, OFT drops a number of allegations against Tesco in Dairy investigation and agrees discount for Tesco not contesting remaining aspects, 30 avril 2010, 46/10, disponible à l'adresse <http://oft.gov.uk/news-and-updates/press/2010/46-10> (dernier accès au 25 mars 2012).

<sup>87</sup> Le montant total des amendes initialement imposées s'élevait à 120 millions de livres. OFT Press release, OFT update on Dairy investigation, 30 avril 2010, 45/10, disponible à l'adresse <http://oft.gov.uk/news-and-updates/press/2010/46-10> (dernier accès au 25 mars 2012).

65. Toutefois, ces éléments ne justifient pas, à notre avis, de conditionner l'acceptation d'une transaction à la réponse des autres entreprises. D'abord, s'il l'on peut comprendre l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'autorité pour décider d'inviter ou non les parties à transiger, il semble injuste de refuser le bénéfice de la transaction à une entreprise, uniquement parce que d'autres l'ont refusée. Ensuite, les gains procéduraux (ainsi que la réduction des moyens d'appel), mêmes réduits, restent totalement valables vis-à-vis des entreprises qui acceptent de transiger. Enfin, le cas de l'OFT susmentionné illustre précisément que, dans certains cas, les procédures hybrides permettent d'éviter que des entreprises soient sanctionnées à tort.

66. Selon nous, c'est donc à juste titre que la Note de la DG Concurrence prévoit l'obligation, pour l'autorité publique, de transiger, si l'entreprise répond aux exigences de cette dernière, soit « lorsque la proposition [de l'entreprise qui accepte de transiger] correspond aux griefs formulés et à la sanction proposée par l'Auditorat dans l'invitation à transiger, l'Auditorat doit accepter la proposition et prendre une décision de transaction. Dans les autres cas, l'Auditorat décide de l'admissibilité de la proposition »<sup>88</sup>. Il faudra toutefois clarifier le montant sur lequel l'accord doit être trouvé. À notre avis, il devrait s'agir du montant de l'amende (sur base duquel le taux de réduction de 10 ou 20% s'appliquera) ou, si des fourchettes sont utilisées, de la valeur supérieure de la fourchette (comprenant encore une fois le taux de réduction de 20%). Sur ce point, l'avant-projet de loi semble s'engager dans la bonne voie lorsqu'il suggère que l'Auditorat (i) prendra en considération les propositions de transaction des entreprises<sup>89</sup> et (ii) prendra une décision en cas de confirmation par l'entreprise du projet de décision de transaction<sup>90</sup>.

#### 6. L'appel

67. La Note de la DG concurrence souligne que les tiers, en particulier les plaignants, peuvent faire appel « lorsque la

<sup>88</sup> Note, p. 10. Nous soulignons. Il existe toutefois une incohérence avec les slides de la DG Concurrence qui stipulent que « l'auditorat peut mettre fin à la procédure de transaction à tout moment ». SPF Economie – Conseil de la concurrence, *Modification de la LPCE – Nouvelles propositions suite à l'input de nos stakeholder*, op. cit., 17.

<sup>89</sup> « Lorsque les propositions de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernée reprennent la teneur et l'acceptation de l'infraction mentionnée dans la communication de l'Auditorat, l'Auditorat notifie à l'entreprise ou à l'association d'entreprises concernée un projet de décision de transaction dans lequel ceci est confirmé et l'amende fixée » (Article XV.39). Ceci résulte également d'un lecture *a contrario* de l'article XV.38 qui dispose que « L'Auditorat n'est pas obligé de prendre en considération les propositions de transaction reçues après l'expiration du délai ».

<sup>90</sup> « Si l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée ont communiqué leur confirmation dans le délai fixé, l'Auditorat prend une décision, incluant l'amende, qui clôture la procédure. » (article XV.42).

transaction ne comporte pas la reconnaissance de chacune des infractions qui faisaient l'objet de la plainte ». Si la Note ne dit rien du droit des entreprises incriminées de faire appel de la décision de transaction, d'autres documents de travail préparés par la Direction Générale, ainsi que l'avant-projet de loi suggèrent que la décision de transaction ne serait pas susceptible de recours<sup>91</sup>.

68. Cette absence de recours est critiquable à trois égards.

69. Premièrement, la DG Concurrence semble confondre l'intérêt à faire appel et le droit de faire appel. S'il est vrai que l'entreprise qui a reconnu l'infraction, sa responsabilité et le montant de l'amende, voit ses moyens d'appel (et donc également son intérêt à faire appel) se réduire largement, cela ne signifie pas qu'il faudrait lui refuser le droit de faire appel. D'autres motifs d'appel justifient le maintien des droits de recours – comme cela peut par exemple être le cas, si la décision finale ne reflète pas l'accord transactionnel.

70. Deuxièmement, la transaction reste une mesure administrative qui impose une sanction. Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme nous paraît exiger que cette décision puisse faire l'objet d'un recours en pleine juridiction<sup>92</sup>. En effet, si les contestations ayant pour objet des droits ou des obligations à caractère civil, ou une accusation en matière pénale peuvent être portées devant une autorité administrative, la jurisprudence européenne requiert que cette décision puisse elle-même faire l'objet d'un recours devant une juridiction indépendante et impartiale<sup>93</sup>.

71. Enfin, on relèvera que la suppression des droits de recours n'a pas été jugée utile devant les autres ordres juridiques ayant adopté un mécanisme de transaction : si le droit de recours fait l'objet de modalités particulières aux Etats-Unis après que le contrevenant ait plaidé coupable<sup>94</sup>, en France et devant la Commission européenne, le droit d'appel après transaction ne fait l'objet d'aucune limitation<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> SPF Economie – Conseil de la concurrence, *Modification de la LPCE – Nouvelles propositions suite à l'input de nos stakeholder*, op. cit., 17 ; article XV.42, al. 4 de l'avant-projet de loi.

<sup>92</sup> Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>93</sup> CEDH, 4 mars 2004, *Sylvester's Horeca Service c. Belgique*, T.F.R., 2004, p. 636. CEDH, 27 Septembre 2011, *Menarini c. Italie*, non encore publié au Recueil.

<sup>94</sup> La procédure américaine du *guilty plea agreement* limite la possibilité de faire appel aux cas où l'autorité de décision dépasse le montant maximum de l'amende fixé par le haut de la fourchette prévue par l'autorité de poursuite. S. HAMMOND, op. cit., 19.

<sup>95</sup> La Cour d'appel de Paris considère par exemple qu'il est loisible aux parties de contester « l'insuffisante indulgence de l'Autorité ». La motivation de la Cour est sans détours : il est nécessaire « que l'entreprise qui ne conteste pas les griefs aperçoive ( ) quel bénéfice tangible elle tire de sa démarche de collaboration. ( ) Un abattement minime ( ) ne pourrait

72. Si appel il y a, la Cour d'appel de Bruxelles (ou Cour des marchés dans le modèle proposé dans l'avant-projet de loi) semble le forum le plus indiqué. Les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>96</sup> – imposant un recours de pleine juridiction –, de la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>97</sup> – sollicitant le maintien du canal de communication préjudiciel – et de la Cour constitutionnelle<sup>98</sup> requièrent que les meilleurs standards procéduraux soient respectés. En outre, dès lors que la Cour d'appel de Bruxelles connaît déjà des recours contre toutes les décisions administratives imposant une sanction en droit de la concurrence, c'est tout naturellement que les appels dirigés contre les décisions de transactions devraient être dirigés devant elle.

#### IV. CONCLUSION

73. La multiplication des procédures de transaction en droit de la concurrence européen et national suggère qu'il existe une certaine efficacité à introduire un tel mécanisme lorsque des autorités publiques sont confrontées à des contraintes de capacités. C'est donc sans surprise que l'Autorité belge de la concurrence envisage de se doter d'un tel mécanisme afin d'accélérer le traitement des affaires dont l'issue semble acquise.

74. La Note rédigée par la DG Concurrence et l'avant-projet de loi préparé par le Ministère de l'Economie tendent à modaliser la procédure de transaction à adopter en droit belge. Si les propositions qui y sont formulées ne devraient pas soulever de problèmes institutionnels majeurs, ces documents contiennent encore certaines zones d'ombre pratiques qu'il serait heureux de clarifier. A cette fin, nous formulons dix recommandations en cas de réforme de la L.P.C.E. :

- 1) Intensifier la pratique décisionnelle menant à des sanctions;
- 2) Articuler la procédure de transaction avec les lignes directrices sur le calcul des amendes;
- 3) Proposer la transaction par écrit sur base d'investigations complètes et de faits suffisamment établis;
- 4) Indiquer le montant de l'amende envisagé et clarifier le pouvoir discrétionnaire de l'Autorité de la Concurrence;
- 5) Fournir un taux de réduction de l'amende suffisamment prévisible et attractif;

*être considéré ni vécu comme juste et acceptable, ce que doit être toute sanction administrative ou judiciaire.* » Dès lors, confrontées à un taux de réduction fixé à 18% par l'Autorité, les appelantes étaient «fondées à estimer qu'elles pouvaient espérer un plus considérable abattement que la cour fixera à vingt-cinq pour cent ». CA Paris, 19 janvier 2010, *AMD Sud Ouest e.a.*, RG n°2009/334, 40 (recours contre la décision n°08-D-32), accessible à l'adresse [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca08d32\\_siderurgie.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca08d32_siderurgie.pdf) (dernier accès au 15 mars 2012).

<sup>96</sup> CEDH, 27 Septembre 2011, *Menarini c. Italie*, non encore publié au Recueil.

<sup>97</sup> CJ, 31 mai 2005, *Syfait c. GSK*, C-53/03, *Rec.*, 2005, I-4609

<sup>98</sup> C. const., 22 décembre 2011, arrêt n°197/2011.

- 6) Conserver le caractère dual de la procédure afin de maintenir la cohérence du système belge de sanctions (en particulier vis-à-vis de la clémence);
- 7) Réserver la procédure de transaction aux seules infractions par objet;
- 8) Autoriser les procédures hybrides;
- 9) Articuler la transaction avec le programme de clémence et avec les propositions de sanctions individuelles pour les personnes physiques (si celles-ci sont introduites); et,
- 10) Reconnaître un droit de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles.

# Een mededingingsrechtelijke checklist van onderaanneming

Filip Tuytschaever\*

## I. Inleiding

Deze bijdrage bevat een mededingingsrechtelijke checklist van onderaannemingsovereenkomsten, ook wel toeleveringsovereenkomsten genoemd of kortweg "subcontracting".

Een onderaannemingsovereenkomst is elke overeenkomst waarbij een partij (de opdrachtgever, afnemer of "contractor") de productie van een goed of de levering van een dienst toevertrouwt aan een andere partij (de onderaannemer, toeleverancier of "subcontractor"). Te dien einde stelt de opdrachtgever vaak technologie (intellectuele eigendomsrechten of "IER"; knowhow) en uitrusting ("tooling") ter beschikking van zijn onderaannemer. In ruil daarvoor eist de opdrachtgever even zo vaak dat de onderaannemer geen gebruik maakt van de technologie en de uitrusting voor enig ander doel dan de levering van de contractproducten of -diensten. Met andere woorden, de opdrachtgever wenst vaak te verhinderen dat de onderaannemer de markt onafhankelijk betreedt met de producten of diensten die hij heeft vervaardigd door middel van de technologie of de uitrusting van de opdrachtgever. De opdrachtgever wil daartoe doorgaans een exclusieve leveringsverplichting opleggen aan de onderaannemer. Deze vraag naar exclusiviteit is de meest voorkomende mededingingsrechtelijke vraag bij onderaannemingsovereenkomsten.

Richtlijnen voor de mededingingsrechtelijke analyse van onderaannemingsovereenkomsten konden oorspronkelijk worden gevonden in de Bekendmaking van de Commissie van 18 december 1978 betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85(1) van het EEG-Verdrag (de "Toeleveringsbekendmaking").<sup>1</sup> In die Bekendmaking, die tot op vandaag van toepassing is, somt de Europese Commissie ("Commissie") de beperkingen op die kunnen worden opgelegd aan toeleveranciers en niet worden gevat door het verbod van artikel 101(1) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU").

De Toeleveringsbekendmaking is niet langer het enige juridische instrument dat relevant is voor de mededingingsrechtelijke analyse van onderaannemingsovereenkomsten. Of een dergelijke overeenkomst binnen de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU valt en, zo ja, of de beperkingen die ze bevat in aanmerking komen voor vrijstelling onder artikel 101(3) VWEU, vereist op vandaag een behoorlijk complexe juridische analyse.

Wat volgt is een checklist van de parameters die van belang zijn bij die analyse. Daarbij komt het informele standpunt van het Directoraat-Generaal Concurrentie van de Commissie ("DG COMP") aan bod. De nadruk ligt op de vraag die de praktijkjurist het meest bezighoudt, namelijk de afdwingbaarheid van een exclusieve leveringsverplichting.

Het geschetste juridische kader is dat van artikel 101 VWEU. Subcontracting kan ook een structurele transactie uitmaken, waarbij er een duurzame wijziging van zeggenschap in de betrokken ondernemingen plaatsvindt, bijv. bij de outsourcing van IT-diensten die gepaard gaat met de overdracht van een interne bedrijfseenheid. Dat kan leiden tot de toepasselijkheid van Europese of nationale concentratiecontrole. Die wordt in deze bijdrage niet verder besproken. Richtsnoeren omtrent de toepassing van de regels inzake concentratiecontrole zijn te vinden in de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (nr. 25-27, 100 en 163).<sup>2</sup>

Doordat het geschetste juridische kader dat van artikel 101 VWEU is, gaat deze bijdrage ervan uit dat de besproken overeenkomsten de interstatelijke handel merkbaar kunnen beïnvloeden. Echter, zelfs indien dat niet het geval is, dan nog is het kader relevant voor de Belgische praktijkjurist. De reden daarvoor is dubbel. Ten eerste zoeken de Belgische autoriteiten inspiratie bij Europa voor de invulling van de bepalingen van het Belgische mededingingsrecht. Artikel

\* Advocaat aan de balie van Brussel en professor Faculteit Recht en Criminologie Vrije Universiteit Brussel.

<sup>1</sup> PB C 1/2 van 3 januari 1979.

<sup>2</sup> PB C95/1 van 16.4.2008.