

L'emprise du droit de la concurrence devient plus forte



The Showbizz Politics

Il y a quelques années, le droit de la concurrence était encore relégué au rang des disciplines exotiques dont l'obscur objet échappait aux préoccupations concrètes des citoyens et des entreprises. Aujourd'hui, la donne a changé. Non seulement il est devenu une discipline stratégique que les entreprises ne peuvent se permettre d'ignorer, mais, plus fondamentalement, il touche à l'inquiétude principale des consommateurs européens, à savoir leur pouvoir d'achat. Cette évolution se concrétise dans deux tendances majeures : l'amplification de l'impact du droit de la concurrence et sa grandissante médiatisation.

"Les entreprises pèchent souvent par ignorance des règles", martèle l'avocat Jacques Derenne, partner au cabinet Hogan Lovells à Bruxelles et maître de conférences à l'ULg pour le droit des aides d'État. Une enquête récente relative à l'impact du droit de la concurrence sur le secteur privé en Belgique le confirme : le degré de spécialisation des quelque 200 juristes d'entreprise ayant participé au sondage est relativement faible, alors que 50% d'entre eux indiquent que leur entreprise a déjà été accusée d'une violation du droit de la concurrence (avec, dans 20% des cas, une condamnation à la clé). C'est que le droit de la concurrence est intrinsèquement lié à la vie de l'entreprise. Tout d'abord, le prescrit des règles de concurrence mises en œuvre à l'échelon européen vise pratiquement toute entreprise, quelles que soient sa taille, son importance sur le marché et son activité. Ensuite, chacun des comportements commerciaux, chacune des relations d'affaires, chaque contrat, échange d'informations ou rapprochement entre entreprises (réseau de distribution, joint-venture, opération de fusion-acquisition, candidature à un subside public, bénéfice d'une exemption fiscale spécifique, participation à un processus de certification...) peuvent être appréhendés.

La Commission européenne joue un rôle de premier ordre dans l'essor du droit de la concurrence. Ses pouvoirs d'investigation ont été considérablement renforcés. Elle peut mener des perquisitions surprises tant au siège des entreprises soupçonnées que, depuis 2004, au domicile privé de leurs dirigeants. Elle a également amplifié sa

capacité de détection des infractions en établissant un réseau d'autorités nationales de concurrence disposant de compétences similaires et chargées de détecter et de sanctionner les infractions de moindre ampleur impactant leur territoire. Les petites et moyennes entreprises peuvent, elles aussi, être inquiétées pour participation à un cartel ou pour restriction de concurrence illicite dans le cadre d'un contrat de distribution, par exemple.

Sous l'ère Kroes – commissaire à la Concurrence de 2006 à 2009 –, l'on ne comptait plus les critiques dénonçant la médiatisation – voire même la 'peopleisation' – du droit de la concurrence. Selon ses détracteurs, la Commission privilégierait une mise en œuvre purement négative des règles de concurrence, axant la majorité de ses ressources sur la sanction et négligeant de donner des orientations aux entreprises en vue de les épauler dans l'auto-évaluation de leurs pratiques. Pire, elle concentrerait ses foudres sur les entreprises à grand rayonnement médiatique auprès du grand public (telles que Intel, Microsoft ou Google). Enchaînant campagnes publicitaires et propositions de loi visant à permettre aux consommateurs victimes d'un comportement anticoncurrentiel d'en obtenir réparation, la Commission serait en train de transformer le droit de la concurrence en instrument de relations publiques... *"N'en déplaise à certains politiques, le droit de la concurrence est intrinsèquement lié à la construction de l'Europe, et la crise systémique qui a ébranlé la planète financière vient de démontrer l'utilité extrême du contrôle des aides d'État notamment. Ainsi, la Commission a-t-elle pu convaincre les États membres (à la suite de l'examen du régime irlandais de garantie en octobre 2008) que la solution résidait notamment dans l'application, certes ajustée, de ce contrôle plutôt que dans sa 'désactivation', préconisée par certains ministres des Finances en 2008",* réplique l'avocat Jacques Derenne. ●

CHG et CHS

DANS CE DOSSIER

30 Épée ou bouclier pour sortir de la crise ?

Enquête dans les dédales du droit de la concurrence

37 Belgique : les ententes caractérisées sont une priorité absolue

Rencontre avec les "gendarmes" nationaux

Le droit de la concurrence aide-t-il les entreprises à sortir de la crise ?

Épée ou bouclier ?

Aimez-vous être devancé par un concurrent dominant sur le marché ? Ou trouvez-vous plutôt que vos possibilités d'expansion sont limitées par les règles du droit de la concurrence ? Selon notre vision occidentale, l'entrepreneuriat exige quelques règles du jeu. La question est toutefois de savoir quel but elles servent. Notre droit de la concurrence est-il une épée, qui permet aux entreprises de se développer et de jouer en première division parmi les champions du monde, ou un bouclier, qui les protège contre les concurrents mais leur offre en même temps peu de marge de manœuvre ? Notre droit de la concurrence fait-il les bons choix pour aider les entreprises à vaincre la crise ? Enquête.



1. Quels sont les risques encourus par les entreprises ?



Ce pourrait être le coup d'envoi médiatique de la carrière européenne de l'Espagnol Joaquin Almunia, commissaire à la Concurrence depuis un peu moins d'un an. À la mi-décembre 2010, la Commission a ouvert une enquête pour constitution de cartel contre huit producteurs de ciment comptant parmi les ténors

“Ce qui heurte, c'est l'absence de séparation entre le pouvoir d'enquête et le pouvoir décisionnel” Philippe Lambrecht

mondiaux du secteur. Une fois une telle procédure lancée, les entreprises font généralement profil bas, se contentant de réagir par de laconiques communiqués de presse... Car les enjeux, pour celles qui sont pointées du doigt, sont énormes.

Sécurité juridique compromise

Les amendes, dont l'augmentation exponentielle inquiète le monde des entreprises, sont la face la plus visible de l'iceberg (lire encadré). Elles sont théoriquement plafonnées à 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise qui se serait rendue coupable de pratiques anticoncurrentielles. À quelques nuances près : si une filiale détenue à presque 100% par une société holding est con-

damnée pour des restrictions à la concurrence, la limite des 10% peut s'appliquer au chiffre d'affaires de la maison mère (celle-ci étant censée ne constituer qu'une seule entreprise avec sa filiale).

Pour des pratiques illégales de longue durée, on peut donc être confronté à des cas où une amende serait supérieure au chiffre d'affaires de la filiale incriminée !



© D. Rys

Dans ce domaine, les méthodes de calcul et les procédures de la Commission sont souvent pointées du doigt en raison d'une certaine opacité. Il arrive, par exemple, que les sanctions soient rabotées en bout de course 'sur la base de l'appréciation de la situation particulière et de la position financière' de l'entreprise mise à l'amende : arguant de son incapacité à payer, Almamet, fabricant allemand de réactifs destinés à l'industrie sidérurgique, a ainsi vu sa sanction

fondre de 20% en 2009. *“Ce qui nous heurte n'est pas tant le montant des amendes, qui doivent absolument avoir un effet dissuasif, que l'absence de séparation entre le pouvoir d'enquête et le pouvoir décisionnel et, dans certains cas, le non-respect de droits fondamentaux”*, souligne **Philippe Lambrecht**, administrateur-secrétaire général de la FEB et président de la nouvelle Brussels School of Competition.

Un rapport rédigé, en France, par plusieurs personnalités en appelle à 'plus de sécurité juridique' pour les entreprises. Il faut dire que la Cour d'appel de Paris a infligé un sévère camouflet au

gendarme national de la concurrence en divisant par huit le montant de l'amende record (575 millions EUR) infligée à onze entreprises de négoce de produits sidérurgiques. "De telles situations ne se sont pas encore produites en Belgique et, au niveau européen, la Cour de justice donne le plus souvent raison à la Commission en cas de recours, quand elle n'augmente pas le montant de la sanction", commente Philippe Lambrecht. Pour tenter, malgré tout, de couper court aux critiques et éviter des jurisprudences discordantes, la Direction générale de la Concurrence a initié, en janvier 2010, une vaste consultation publique 'destinée à renforcer la transparence et la prévisibilité des procédures de concurrence'. Depuis, chacun peaufine ses arguments...

Un business model à revoir

Outre l'inflation des amendes, l'entreprise suspectée de pratiques anticoncurrentielles doit faire face à d'autres risques. **Charles Gheur**, conseiller à la FEB, en épingle trois. Tout d'abord, l'immixtion des autorités de la concurrence dans les affaires d'une entreprise mobilise le temps et l'énergie du management et détourne celui-ci de ses objectifs stratégiques, avec, dans certains cas, "des conséquences néfastes, sinon funestes, sur le plan financier". Vient, ensuite, le risque d'image : la publicité négative découlant du tapage médiatique impacte sans doute peu le consommateur dans sa stratégie d'achat, mais il en va tout autrement au niveau des analystes financiers et des investisseurs, "ce qui pourrait avoir des répercussions négatives sur la valorisation boursière". Enfin, et ce risque est loin d'être le plus

“La Commission veille à ne pas répliquer le système en vigueur aux États-unis” Luis Ortiz Blanco

anodin, la Commission peut contraindre une entreprise à modifier son business model. Certaines banques belges en ont fait les frais après les aides d'État massives dont elles ont bénéficié pendant la crise financière (lire en page 36). Dans les opérations de fusions-acquisitions, les parties concernées peuvent être amenées à céder une marque, une filiale, voire un pan complet d'activités.

La menace du recours collectif

D'autres nuages encore s'amoncellent à l'horizon. D'aucuns voudraient

que des sanctions pénales (compétence exclusive des États membres) s'ajoutent aux amendes administratives, comme c'est le cas aux États-Unis ou en Grande-Bretagne. "Un avant-projet de loi avait été élaboré en ce sens, en 2009, à la demande du ministre Van Quickenborne, mais cette idée a été abandonnée en raison de la difficulté à bien articuler la procédure administrative et la procédure pénale. Dans d'autres pays, comme l'Irlande, la menace est cependant plus tangible", commente Charles Gheur (lire également en page 37). À moyen terme, ce que le monde économique redoute le plus, c'est la mise en place de recours collectifs émanant de consommateurs lésés par une pratique anticoncurrentielle et introduisant une procédure en dommages et intérêts (une sorte de 'class action' sur le modèle américain). Même si le recours collectif est un peu l'Arlésienne du droit européen de la concurrence, l'idée lancée par l'ex-commissaire Neelie Kroes – et que la FEB a combattue jusqu'au dernier jour de son mandat – n'est pas



Le prix à payer

En 2010, le montant des sanctions anti-trust infligées par la Commission a atteint 3,1 milliards EUR. Soit six fois l'enveloppe globale des amendes décidées par Leon Brittan ou Karel Van Miert durant l'entièreté de leur mandat ! Ceux qui espéraient un peu plus de modération après le départ de Neelie Kroes – la commissaire la plus épinglée par le milieu des affaires pour sa 'politique spectacle' – en sont donc pour leurs frais. En novembre dernier, au terme d'une longue enquête, la Commission a infligé une de ses plus lourdes amendes collectives (799 millions EUR) à onze compagnies aériennes ayant constitué un cartel dans le transport de fret durant les années 1999-2006. Et quelques semaines plus tard, elle mettait à l'amende (649 millions EUR) quatre fabricants d'écrans plats taiwanais et un fabricant sud-coréen, coupables de s'être réunis une soixantaine de fois pour s'entendre sur les prix et échanger de l'information sur leurs plans de production et l'utilisation de leurs capacités de production entre 2001 et 2006. "Pour déterminer le montant des amendes qu'elle inflige, la Commission se base sur deux

critères essentiels : le volume d'affaires affecté par la restriction de la concurrence et la durée de l'infraction. Ainsi, deux entreprises qui échangent des informations sur les prix futurs – et constituent donc un cartel aux yeux de la Commission – sur un marché dont le chiffre d'affaires s'élève à 5 millions EUR s'exposent en théorie à une amende qui peut monter jusqu'à 30% de ce montant... par année d'infraction. Si les échanges ont duré trois ans, ce montant sera donc multiplié par trois ! Dans la pratique, on constate que les amendes sont en général comprises entre 15 et 20% des montants en jeu, avec, toutefois une tendance certaine à l'inflation", commente **Luis Ortiz Blanco**.

Des amendes qui flambent

Total des amendes infligées aux entreprises accusées de cartel par l'UE depuis 1990 (en milliards EUR)



Leon Brittan



Karel Van Miert



Mario Monti



Neelie Kroes

Les mandats des commissaires ne coïncident pas avec les années calendrier. Il ne s'agit donc pas forcément d'années complètes.
Source : Commission européenne

En lot de consolation, les entreprises prises sur le fait pourront, en Belgique en tout cas, déduire fiscalement les amendes infligées. Malgré une circulaire du 13 août 2008 du ministre des Finances allant contre le principe de la déduction fiscale, la jurisprudence reste favorable aux contribuables.

►► enterrée, loin s'en faut. La Commission, à qui certains reprochent ses maigres avancées dans le domaine de la protection des consommateurs, pourrait s'en servir pour redorer son blason, après avoir lancé une vaste consultation sur le sujet. *"La Commission veut avancer dans ce sens, mais reste prudente pour ne pas répliquer le système en vigueur aux États-unis. Là-bas, on a même vu des entreprises spécialisées qui achètent les droits de clients lésés pour attaquer des contrevenants présumés aux règles de la concurrence"*, indique **Luis Ortiz Blanco**, avocat spécialisé en droit de la concurrence et partner au cabinet Garrigues, à Madrid. À ce stade, *"les entreprises européennes sont parvenues à convaincre la Commission qu'un système à l'américaine serait aussi néfaste pour les entreprises que pour les consommateurs"*. ●

Qui joue au gendarme et le contrôle est-il démocratiquement organisé ?

À u niveau européen, 900 fonctionnaires environ travaillent au sein du service du droit de la concurrence. Cela semble beaucoup, mais concrètement cela signifie, par exemple, 15 personnes pour tout le secteur européen des transports. *"La DG Concurrence couvre le contrôle des fusions, la politique antitrust dont l'abus de position dominante et les affaires de cartels, ainsi que le contrôle des aides d'État qui peuvent fausser la concurrence. En raison de la répartition des effectifs entre les différents instruments et du fait que tout le marché européen est couvert, ce nombre de personnes est loin*

d'être un luxe", commente-t-on en coulisses.

À ce service européen s'ajoutent les autorités nationales. Leur efficacité varie d'un pays à l'autre, même si les législations nationales et les possibilités d'enquête sont relativement similaires à ce qui se fait au niveau européen. La répartition des tâches et la coordination entre les autorités sont réalisées par le Réseau européen de la concurrence. C'est l'autorité nationale qui, bien entendu, s'occupera d'une affaire purement locale, un cartel de boulangers dans telle ville par exemple, et appliquera la législation



2. Deux entreprises d'un même secteur peuvent-elles encore échanger des informations sur leurs domaines d'activités, voire simplement se parler ?

La question est évidemment très sensible et s'aventurer dans une réponse générique comporterait une part de risque non négligeable. C'est qu'on ne badine pas avec les entorses à la concurrence ! Si, traditionnellement, la Commission européenne cherchait à établir des faits concrets avant de se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel d'un échange d'informations, elle a opéré récemment un durcissement de sa politique. Elle considère désormais certains échanges comme anticoncurrentiels au regard de leur seul objet. La Commission suit ainsi la Cour de

Des entreprises actives dans un secteur ne pourraient-elles donc même plus se parler ? Une fois encore, tout dépendra de l'environnement de marché en question et du poids relatif des entreprises concernées sur ce marché. Néanmoins, deux règles d'or doivent être respectées à la lettre en cas d'échange d'informations : ne jamais discuter des prix – et encore moins des prix futurs (auquel cas on parlera de cartel) – et ne pas divulguer de renseignements sur les clients. Autre précaution qui permet de réduire les risques de se retrouver dans la ligne de mire de

la Commission : externaliser la collecte des renseignements. Un tiers sera ainsi chargé de consolider les données sur l'ensemble d'un secteur et assurera une certaine 'neutralité' aux échanges. C'est d'ailleurs une règle qui prévaut pour les réunions des associations professionnelles et autres fédérations sectorielles. *"Les associations sont aussi tenues à des règles jurispruden-*

tielles très strictes, poursuit Luis Ortiz Blanco. Lorsqu'elles communiquent des informations ou des statistiques à leurs membres, elles doivent, d'une part, s'assurer qu'il s'agit de données agrégées sur l'ensemble du secteur pour que les données individuelles de l'une ou l'autre entreprise concernée ne puissent pas être divulguées. D'autre part, elles doivent observer un certain décalage dans le temps. Des données trop récentes pourraient être considérées comme suspectes aux yeux des autorités. Une précaution supplémentaire consiste à inviter aux réunions un expert en droit de la concurrence qui veillera à ce que les échanges ne sortent pas du cadre législatif autorisé."

“Une précaution supplémentaire consiste à inviter aux réunions un expert en droit de la concurrence” Luis Ortiz Blanco

justice qui, en 2009, dans son arrêt T-Mobile Netherlands, a jugé qu'une simple réunion pour échanger des informations entre concurrents dispense de rechercher ses éventuels effets anticoncurrentiels. *"Il régnait jusqu'alors une certaine tolérance de la part de la Commission par rapport à des échanges pour lesquels elle n'avait pas pu établir d'effet restrictif sur la concurrence, explique l'avocat Luis Ortiz Blanco. Mais le 14 décembre dernier, elle a durci ses règles pour l'appréciation des accords de coopération entre entreprises. La Commission examinera désormais de plus près les effets anticoncurrentiels dérivés de l'échange d'informations."*



locale. S'il s'agit d'un dossier local, mais que celui-ci a une incidence sur le commerce entre États, l'autorité nationale restera en charge du dossier, mais devra appliquer le droit européen. Si, dans les faits, l'affaire s'étend à plusieurs pays, il y a de grandes chances pour que la Commission s'en charge et applique bien sûr la législation européenne.

Il y a donc une grande uniformité au niveau du contenu, mais pas en pratique. Chaque autorité est organisée à sa manière. Cela vaut à la DG Concurrence pas mal de critiques. "Elle est à la fois juge et partie", estime **Peter L'Ecluse**, partner du cabinet d'avocats Van Bael & Bellis. Et bien que l'on travaille aux contrôles internes et que presque toutes les affaires (il y en a environ 200 en instance actuellement) partent vers la Cour européenne de justice au Luxembourg pour une procédure d'appel, ce contrôle démocratique est long,

beaucoup trop long, admettent aisément les autorités européennes elles-mêmes. Pour résoudre ce problème, deux affaires se sont soldées par un arrangement l'année dernière. Si les parties adhèrent au verdict de la Commission et acceptent les sanctions imposées, elles peuvent bénéficier d'une réduction de 10%. Une bonne affaire en échange de la sécurité juridique à court terme. Par ailleurs, les entreprises qui ont eu recours au programme de clémence, ont dénoncé le cartel dont elles faisaient partie et ont collaboré à une affaire peuvent réduire au total leur amende de 60% au niveau européen. Si une entreprise se rend à la Commission d'elle-même avec des informa-

tions importantes, elle peut même s'en sortir avec une exonération complète de sanction.

"Le programme de clémence et les transactions remporteront encore un vif succès à l'avenir", prédit notre contact au sein de la DG Concurrence. Au niveau belge, l'enquête (l'Auditorat et le service de la concurrence du SPF Économie) et le pouvoir de décision (Conseil de la concurrence) sont clairement distincts. Et il est, bien sûr, toujours possible de faire appel de l'une ou l'autre décision.



Pour en savoir plus sur vos droits en tant qu'entreprise en cas d'enquête concernant des infractions à la législation de la concurrence par la Commission : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf

SBR

La Commission s'intéresse principalement aux grandes entreprises, mais les PME ne sont pas immunisées pour autant. Pour les entreprises de moins de 250 travailleurs, ce sont les autorités nationales qui prendront le relais, avec souvent une conception plus étroite des marchés... et donc des risques accrus d'y déceler des pratiques anti-concurrentielles. En mai 2010, le Conseil de la concurrence a ainsi condamné quatre producteurs de radiateurs en acier – les principaux acteurs sur le marché belge – qui avaient conclu un accord

visant l'échange d'informations sensibles en matière de concurrence, mais aussi la coordination de l'augmentation de leurs prix de vente en gros. L'un d'eux a bénéficié de l'immunité d'amende pour avoir apporté les premières preuves permettant d'établir l'infraction. Dénoncer ou ne pas dénoncer ? Un autre enjeu stratégique pour les entreprises car toute demande de clémence va requérir une coopération sans faille avec le gendarme de la concurrence, qu'il soit national ou européen. À défaut, c'est l'effet boomerang garanti. ●

Chantal Samson et Christian Dominici



3. Les entreprises européennes sont-elles bridées dans leur volonté de croissance ?

On affirme parfois que le droit de la concurrence actuel empêche les entreprises européennes de devenir des acteurs mondiaux. "C'est absurde", réagit l'avocat **Peter L'Ecluse** de Van Bael & Bellis. "Si nous examinons les entreprises qui sont dans le collimateur de la Commission européenne, nous remarquons que cela n'a rien à voir avec leur taille, et encore moins avec leur caractère européen ou non. On trouve des cartels pour accords tarifaires dans toutes sortes de secteurs, avec des entreprises de toutes tailles et de toutes origines." Les plus grands cartels récemment épinglés par la Commission européenne – dans les domaines des panneaux LCD et du transport aérien – concernaient, en effet, beaucoup d'entreprises asiatiques et, dans les dossiers d'abus de position dominante, les plus grosses amendes ont été distribuées à des entreprises américaines comme Microsoft et Intel. Mais cela ne prouve pas non plus que les entreprises européennes ne rencontrent aucune entrave une fois qu'elles ont

acquis une position de force. Peter L'Ecluse : "Pour le contrôle des concentrations, on examine la part de marché, et cela est bien différent de la taille. Même si les plus grandes entreprises risquent davantage de se trouver en difficulté. Mais le nombre de transactions interdites au cours des 20 années d'existence du contrôle des

"Le nombre de transactions interdites au cours des 20 années d'existence du contrôle des concentrations est extrêmement limité" Peter L'Ecluse

concentrations est extrêmement limité. Cela ne présente pas non plus de problème à mes yeux."



Marché pertinent

Faut-il alors pointer du doigt la délimitation du marché ? S'il devient trop petit, cela a, en effet, des conséquences sur les possibilités d'ex- ►►



► pansion des entreprises. Cet exercice repose sur des analyses économiques, au cas par cas. Nos interlocuteurs admettent cependant que cet aspect peut générer un certain flottement. "Il existe des secteurs pour lesquels cette délimitation est très claire ; pour d'autres, il y a matière à discussion", souligne Peter L'Ecluse. Pour la télévision

"Il ne faut pas fermer les yeux sur le travail de pression effectué auprès des autorités de la concurrence" Peter L'Ecluse

par câble, le marché pertinent peut être la Flandre ou la Wallonie, mais lorsque l'on vend des diamants, ce sera sans doute le marché mondial. Les entreprises du secteur de l'énergie font l'objet de débats. Electrabel voudrait prendre pour référence le marché européen ou, tout au moins, celui de l'Europe occidentale alors que les autorités s'en tiennent au marché national." Dans l'idéal, le droit de la concurrence devrait être un instrument neutre, un peu comme le code de la route. Ces règles ne font, en effet, de mal ou de bien à personne, mais il faut les respecter pour éviter des accidents. Il s'agit néanmoins ici d'une entreprise humaine, et il est très difficile d'appliquer exactement les mêmes règles à des entreprises très variées sur des marchés totalement différents. Ce que l'on appelle abus de position dominante l'illustre à la perfection. Même si l'expression

semble extrêmement négative pour les grosses entreprises, on nous affirme de toutes parts qu'une position dominante n'est pas en soi un problème, c'est au contraire un signe de réussite. Mais il n'est pas permis d'en abuser afin de faire concurrence d'une manière 'anormale'. "La question que l'on est en droit de se poser est celle-ci: qu'est-ce qui est anormal?", remarque Peter L'Ecluse. "C'est là un point extrêmement discutabile. Microsoft a récemment été condamné à une amende colossale, mais je me pose de grosses questions sur ce dossier. Le secteur pharmaceutique a, lui aussi, été sévèrement épinglé, mais il doit tout de même toucher des royalties sur ses brevets. Sinon, on paralyse l'ensemble du cycle d'investissement et d'innovation !"

De très nombreuses concertations internationales ont lieu entre les autorités de la concurrence, mais les plus grandes divergences d'interprétation subsistent entre les pays. "L'Europe est peut-être trop stricte", avance l'avocat. Malgré les règles strictes sur papier, il y a tout de même une marge d'interprétation, et c'est ce que l'on constate en s'enquérant du concept de 'champion national'. Personne ne semble savoir très précisément quelle définition cache cette expression. "Je pense qu'il s'agit d'entreprises qui sont importantes pour l'économie nationale et sont, à ce titre, choyées", répond Peter L'Ecluse avec prudence. "Peut-être devez-vous vous renseigner auprès de la Commission..." Là-bas, on parle franchement d'entreprises qui, pour certains gouvernements nationaux, doivent pouvoir jouir d'un traitement de faveur, par exemple dans le domaine des aides d'État ou des avantages fiscaux (récemment encore, en France, l'industrie automobile nationale a obtenu une aide spéciale) ou dans le domaine du contrôle des fusions. Ainsi, la fusion entre Volvo et Scania fut-elle interdite par le passé en raison d'une domination trop forte sur le marché scandinave. Les responsables politiques nationaux avaient pourtant fait pression sur Bruxelles pour que la fusion soit autorisée, en arguant du fait que leurs 'champions' devaient être mieux traités. 'Big' n'est donc pas synonyme de 'bad' en Europe, et surtout pas quand on a les bonnes personnes de son côté. "Il ne faut pas fermer les yeux sur le travail de pression effectué auprès des autorités de la concurrence", confirme Peter L'Ecluse. ●



4. Le droit de la concurrence constitue-t-il un handicap pour sortir de la crise ?

Si la théorie d'une politique de la concurrence ambitieuse tient debout, son application honnête et cohérente n'en reste pas moins, en pratique, un très gros défi. Mais la question fondamentale de savoir si un tel gendarme des marchés doit également aider économiquement nos entreprises à sortir de la crise reste sans réponse. **Paul Belleflamme**, professeur à l'UCL : "Il ne faut pas tout mélanger. La politique de la concurrence n'a pas de raison d'être appliquée différemment selon que l'on est en période de crise ou non. C'est comme si on se demandait si la police devait moins lutter contre la criminalité en période de

crise parce que davantage de gens ont des difficultés financières. D'autres outils de politique économique existent pour sortir de la crise (mécanismes fiscaux, transferts sociaux, etc.)." Est-il donc absolument

"Il n'y a pas de raison d'appliquer différemment la politique de concurrence en période de crise" Paul Belleflamme

impossible de quantifier les effets économiques de la politique en matière de concurrence ? "La réponse de la théorie micro-économique est simple : le bien-être total ►►



Brussels School of Competition

Une école de droit de la concurrence

Siège de la Commission européenne, des autorités belges de la concurrence, de nombreuses entreprises et de grands cabinets de conseil, la ville de Bruxelles est la capitale mondiale de la régulation de la concurrence. Pour autant, Bruxelles ne comptait aucune formation spécialisée en la matière. La FEB a comblé cette lacune en mettant sur pied la 'Brussels School of Competition' (BSC). Cette nouvelle école propose, depuis octobre 2010, un cycle complet de cours en droit et économie de la concurrence.

A la tête de la BSC, **Charles Gheur** et **Nicolas Petit** sont des directeurs d'école heureux. Il faut dire que le programme d'étude rencontre, dès sa première année, un vif succès. Il

compte déjà près de 80 étudiants, parmi lesquels de nombreux juristes d'entreprise, ainsi que des avocats et des étudiants étrangers.

"Une connaissance approfondie du droit de la concurrence est à l'heure actuelle, plus qu'un atout, une nécessité", souligne Charles Gheur, conseiller à la FEB. *"Le programme a pour ambition d'élever la connaissance des entreprises et de leurs conseils dans cette matière devenue incontournable."*

Pour mettre sur pied le programme, la FEB a pu compter sur l'expertise de Nicolas Petit, Professeur à l'Université de Liège où il dirige un Master complémentaire en droit de la concurrence. *"Les concepts mobilisés dans cette branche du droit requièrent une connaissance approfondie de théories économiques pointues et comple-*

tes." Chaque cours est ainsi coordonné par un duo de professeurs, le plus souvent composé d'un juriste et d'un économiste.

Le cycle de formation, sanctionné par un diplôme, se veut compatible avec les contraintes professionnelles. *"Les cours ont lieu tous les vendredis après-midis",* explique **Pierre Sabbadini**, assistant à la BSC, *"mais il est loisible, pour ceux qui ne pourraient pas suivre l'entièreté du programme, de choisir certains cours 'à la carte'".* Le programme se divise en effet en 12 modules, épousant les grandes thématiques de la matière : cartels, abus de position dominante, accords de distribution, fusions et acquisitions, aides d'État, etc.



© J.J. De Nayer / Trypique
Charles Gheur, Directeur de la Brussels School of Competition



© J.J. De Nayer / Trypique
Nicolas Petit, Professeur à l'Université de Liège



FEB
Federation of
Enterprises in
Belgium

BRUSSELS SCHOOL OF COMPETITION

The Brussels School of Competition is organized within the framework of the FEB. Its primary purpose is to organize a high profile, specialized course in **Competition Law and Economics**.

The LL.M. programme has been designed to meet in particular the needs of companies, their counsels and civil servants, faced with the increased complexity of the competition rules and the unprecedented economic challenges arising from its enforcement.

- 1 It offers **practical** training, thanks to an experienced contingent of competition lawyers, economic consultants, and senior officials;
- 2 It provides **high-level** lectures given out by outstanding academics;
- 3 It proposes a **flexible** training programme compatible with the requirements of professional practice;
- 4 It seeks to offer a **modern** approach to training, which embraces fully the interdisciplinary (law and economics) nature of competition policy;
- 5 It gives its students opportunities to **socialize** and meet fellow competition professionals on a regular basis.



www.brusselsschoolofcompetition.eu

www.brusselsschoolofcompetition.eu

Aides d'État au secteur financier : la valse des trillions

Les aides d'État constituent un pan important du droit de la concurrence. "Parce que les États sont parfois les premiers violeurs du droit !", lance Jacques Derenne, associé du cabinet Hogan Lovells et maître de conférences à l'ULg (master complémentaire en droit de la concurrence). "Sans les contrôles internes à l'Europe, dont certains dénoncent la lourdeur, l'espace européen serait proprement désintégré par le nationalisme pathologique des États." La crise financière a, selon cet



“Neelie Kroes a été autorisée, pendant deux ou trois mois, à prendre des décisions sans passer par la lourde procédure du collège des commissaires” Jacques Derenne

avocat spécialisé, montré l'utilité extrême du droit de la concurrence. "Il ne faut pas oublier trop vite qu'en Belgique, 51 milliards EUR ont été engloutis en quelques heures sous la forme de crédit exceptionnel d'urgence (de la BCE et des autres banques centrales) à Fortis autour du 29 septembre 2008, soit la moitié des recettes fiscales d'une année !".

À situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles : entre octobre 2008 et octobre 2010, les aides d'État au sec-

teur financier avalisées par la Commission européenne se sont élevées à 4.600 milliards EUR. L'essentiel de la manne a consisté en engagements de garanties, dont 32% seulement ont été réellement payés. Sur ces 4,6 trillions, 329 milliards ont été accordés à la Belgique, selon le dernier tableau de bord de la Commission publié en décembre. "C'est le résultat d'une pratique exceptionnelle de la Commission dont les agents ont travaillé sept jours sur sept et pris certaines décisions en une nuit. Plusieurs dizaines de personnes ayant une expérience en aides d'État ont été rappelées de tous les services de la Commission pour constituer une taskforce, et la commissaire Neelie Kroes a été autorisée, pendant deux ou trois

mois, à prendre des décisions sans passer par la lourde procédure du collège des commissaires. Sans cela, c'aurait été la jungle", raconte Jacques Derenne.

Une fois la menace d'implosion du système écartée, certains observateurs ont commencé à s'interroger. "Faut-il exiger des cures d'amaigrissement drastique au risque de voir des opérations de cession imposées aux uns mener à la création de nouveaux groupes toujours plus grands, plus puissants et

donc plus risqués ?", questionne le banquier Axel Miller dans un livre paru en 2010 (*). "La question soulevée est celle du point d'équilibre entre la viabilité nécessaire d'une banque et le sacrifice qu'elle doit consentir en compensation de l'aide reçue afin de limiter les distorsions de concurrence. Certaines banques ont subi de fortes réductions bilantaires, d'autres ont dû prendre des mesures favorisant l'ouverture du marché à de nouveaux concurrents, une banque allemande (WestLB) sera même privatisée... Le scénario est différent pour chaque banque, selon son profil de risque et ses difficultés propres, et il ne me paraît pas justifié de comparer un cas avec un autre, d'autant que le texte non confidentiel de toutes les décisions de la Commission n'a pas encore été publié", argumente Jacques Derenne. "Le constat principal me semble être le suivant : avant la crise, certaines banques étaient trop grosses pour que leur faillite soit envisageable, alors qu'aujourd'hui, dans chaque État membre, il devrait être possible d'examiner si une banque en situation difficile mérite d'être sauvée – eu égard à son utilité sur le marché – ou non, sans pour autant provoquer une crise systémique."

CHS

(*) Bruno Colmant et Axel Miller, *Le Capitalisme d'après*, Ed. De Boeck & Larcier, 2010.

► de la société (mesuré comme la somme du bien-être des producteurs – à savoir les profits – et le bien-être des consommateurs – à savoir la différence entre la valeur qu'ils accordent aux biens qu'ils consomment et le prix qu'ils paient pour ces biens) s'accroît avec le degré de concurrence sur les marchés. Il est vrai qu'une restriction de concurrence est susceptible d'accroître le profit des entreprises, mais cet accroissement de profit est toujours inférieur à la réduction de bien-être qui est imposée aux consommateurs. On trouve donc là les effets positifs macro-économiques de la politique de concurrence", explicite Paul Belleflamme.

“Il est toujours bon de surveiller le fonctionnement du marché, surtout en situation de crise” Peter L'Ecluse

En ce qui concerne l'impact sur la croissance, nous devons, selon le professeur, faire référence à l'innovation. Le lien entre la concurrence et l'innovation est difficile à établir, tant en pratique qu'en théorie. Pourtant, le droit de la concurrence tient compte aujourd'hui des exigences spécifiques des entreprises novatrices. Les monopoles peuvent être temporaires et des fusions enfreignant les règles habituelles sont autorisées. Ou, pour reprendre les termes de Peter L'Ecluse en réponse à la question de savoir si cette politique aide ou entrave nos entreprises, "il est toujours bon de surveiller le fonctionnement du marché, surtout en situation de crise, car cela permet de trier les brebis galeuses et les autres entreprises sont obligées de rester vigilantes."

SBR

Une politique de la concurrence active en Belgique

Les ententes caractérisées sont une priorité absolue

Depuis cinq ans environ, les autorités belges font, elles aussi, davantage parler d'elles. Se débarassant de leur poussiéreuse image de gratte-papier, elles enquêtent de plus en plus souvent activement. Ainsi l'Auditorat a-t-il récemment encore perquisitionné chez Belgacom et rendu visite aux entreprises de manutention de fret à l'aéroport. Ces enquêtes se fondent presque toujours sur des plaintes et des demandes de clémence. Ce n'est pas l'ambition de contrôler proactivement le marché qui manque, mais plutôt les effectifs.

En 2008, le Conseil de la concurrence a constaté pas moins de 5 ententes illégales. En 2009, il n'y a eu qu'une seule condamnation, à savoir la retentissante affaire Belgacom où l'entreprise, accusée d'abus de position dominante, s'est vu imposer une sanction de 66,3 millions d'euros. Pour 2010, les compteurs affichent 3 condamnations début décembre. On oserait presque y voir une sorte de cycle. Une impression que confirme Bert Stulens, auditeur général et responsable de l'équipe d'enquête de l'Autorité belge de la concurrence : *"Cela est dû au fait qu'une instruction requiert souvent plusieurs années. Le Conseil doit donc prendre un nombre important de décisions de condamnation en une année et presque aucune l'année d'après."* Un phénomène technique donc. Ou pourrait-il tout de même y avoir une explication conjoncturelle ? Il existe déjà une théorie à ce sujet. Il a, en effet, été démontré scientifiquement que les périodes de crise sont propices aux accords tarifaires entre entreprises. Bert Stulens estime toutefois que rien ne prouve, dans les cas concrets belges, qu'il y ait un lien évident entre la crise et certaines affaires. Afin de dissiper tout malentendu, rappelons qu'il est question ici de décisions de condamnation. Dans de nombreux autres dossiers, il a été conclu, après instruction, qu'il n'y avait pas d'infraction ou qu'il n'y avait pas assez de preuves. Dans certains cas, les autorités décident de mesures provisoires jusqu'à ce que l'affaire soit entièrement réglée. Ainsi, le groupe diamantaire De Beers a-t-il récemment été condamné à fournir des diamants à l'entreprise anversoise Spira. Cette dernière a été évincée lorsque De Beers a modifié son système de distribution. Abus de position dominante, a estimé Spira qui s'est empressé de porter plainte, assurant ainsi ses livraisons jusqu'au verdict définitif.

Mais où sont les concentrations ?

Les entreprises qui veulent fusionner ou faire des acquisitions doivent en informer les autorités belges si elles dépassent certains seuils. Celles-ci peuvent alors interdire ou approuver la fusion. Ou poser une condition. Ainsi, Belgacom, qui avait

voulu reprendre Scarlet en 2008, a été obligé de revendre le réseau de ce dernier. Depuis les modifications de 2005, les concentrations impliquant au moins 2 entreprises présentant un chiffre d'affaires de 40 millions EUR chacune et d'au moins 100 millions EUR ensemble doivent être notifiées. *"Ce contrôle des concentrations est intéressant, même si nous en approuvons la plus grande part"*, souligne **Stefaan Raes**, prési-



Demain, des peines d'emprisonnement ?



Dans certains pays, les ententes illégales font également l'objet de sanctions pénales. Ce n'est pas le cas actuellement en Belgique. **Stefaan Raes**, président du Conseil de la concurrence : *"C'est bien que ce ne soit pas le cas pour l'instant. Il vaut mieux d'abord mettre en place une politique publique stricte d'application de la législation par les autorités de la concurrence, avant d'en arriver aux sanctions pénales et surtout aux peines d'emprisonnement."* En Belgique, il semble plus probable d'envisager l'imposition d'amendes administratives aux personnes physiques, à savoir les administrateurs et les directeurs des entreprises ayant commis une infraction. Mais ce n'est pas tout. Les recours collectifs pourraient également représenter une menace supplémentaire pour les entreprises. *"Je crois que nous en passerons par là"*, déclare Stefaan Raes. *"Au niveau européen, on a déjà la ferme intention d'élaborer des règles uniformes pour tous les États membres, et je ressens également une volonté, au niveau belge, d'introduire des recours collectifs pour toutes les infractions où il y a ce que l'on appelle des dommages fragmentés. Les infractions au droit de la concurrence ne sont, en effet, pas les seules, mais elles en sont un exemple typique. Et les entreprises devront faire attention car, en plus des fortes amendes, elles seront également confrontées à des indemnisations 'salées' aux victimes, avec, comme conséquence, que les montants pourront être bien supérieurs à ce qu'ils sont aujourd'hui."*



► dent du Conseil de la concurrence. "Nous sommes ainsi informés des mouvements du marché." Depuis le relèvement des seuils en 2005, pas mal de choses échappent néanmoins à leur radar. Les autorités ont, par exemple, du mal à suivre la trace d'un acteur de marché qui effectue successivement plusieurs petites acquisitions, mais reste à chaque fois sous le seuil de notification, et ce, même si l'entreprise acquiert une position dominante. Stefaan Raes ne se dit pas mécontent pour autant. "À cause des seuils de notification trop peu élevés, nous passons notre temps sur le contrôle des concentrations. Depuis la modification, nous avons au moins le temps de nous attaquer aux pratiques restrictives de concurrence, à savoir les cartels et les abus de position dominante. Et c'est une évolution très positive." Autrement dit, il s'agit d'optimiser les moyens disponibles. Car la politique antitrust compte aujourd'hui parmi les priorités de presque toutes les autorités de la concurrence, y compris au niveau belge. Bert Stulens : "Lorsque le



bon fonctionnement du marché est mis hors-jeu, cela a un effet négatif immédiat sur la prospérité et sur le consommateur. Il ne faut pas oublier non plus que les entreprises sont

“Il ne faut pas oublier que les entreprises sont souvent victimes des ententes dans la sphère B2B”

Bert Stulens

bon fonctionnement du marché est mis hors-jeu, cela a un effet négatif immédiat sur la prospérité et sur le consommateur. Il ne faut pas oublier non plus que les entreprises sont



souvent victimes des ententes dans la sphère B2B. Les accords tarifaires minent l'envie d'innover et sont donc, à long terme, néfastes pour les entreprises membres du cartel elles-mêmes. Les ententes caractérisées sont pour nous une priorité absolue, même si l'honnêteté m'oblige à ajouter que – contrairement à la Commission européenne – la plupart des autorités nationales de la concurrence sont encore souvent confrontées à l'abus de position dominante. La libéralisation

2010 en un clin d'œil

Que retenir, finalement, d'une année de surveillance antitrust en Belgique ? Quelques perquisitions, la condamnation sans sanction pécuniaire d'une association professionnelle, celle – avec amende cette fois – de plusieurs fabricants de radiateurs, un jugement provisoire contre le numéro un du diamant... ainsi qu'un nombre significatif de classements sans suite par l'Auditorat auprès du Conseil de la concurrence, le délai de prescription étant atteint.

Janvier : L'Auditorat épingle des pratiques de hausses coordonnées dans le secteur des produits alimentaires vendus dans la grande distribution.

Mars : Le Conseil de la concurrence approuve la reprise de KPN Belgium Business par Mobistar, moyennant le respect de certaines conditions.

Avril : L'Auditorat suspecte des accords et/ou pratiques concertées dans le secteur du ciment et de la fabrication de béton prêt à l'emploi, en particulier la vente de laitier moulu.

Mai : Le Conseil impose des amendes (3,5 millions EUR) pour constitution d'un cartel dans le secteur des radiateurs.

Juin : Perquisitions au sein d'entreprises actives dans le secteur de l'acheminement du fret aérien à l'aéroport de Bruxelles national. Accords et/ou pratiques concertées dans le secteur des tests ESB, selon l'Auditorat.

Août : Le Conseil condamne l'Institut Professionnel des Agents Immobiliers pour avoir établi et diffusé des barèmes minima recommandés.



L'Auditorat peut parler d'un bon résultat si, au cours des années à venir, il parvient à transmettre 5 à 6 infractions par an au Conseil de la concurrence. 5 ou 6, ce n'est sans doute que le sommet de l'iceberg

de certains secteurs issus d'une position de monopole ne se déroule pas toujours bien. Ces affaires ont assez souvent trait à l'énergie et aux télécommunications. Et sont, par ailleurs, un peu plus difficiles à prouver. Car il n'existe pas de règles précises sur ce que l'on entend précisément par 'abus' de position dominante.

En vitesse de croisière ?

Nos autorités belges ont-elles atteint leur vitesse de

croisière ? Sans doute pas encore. Bert Stulens : *"De gros progrès ont été réalisés par rapport au passé, mais pas encore assez pour que nous puissions parler aujourd'hui d'une machine parfaitement huilée."* On se plaint surtout du manque d'adéquation entre les moyens accordés aux autorités et les compétences dont celles-ci disposent. Bert Stulens rêve, par exemple, d'instructions sectorielles proactives, mais les effectifs manquent. L'Auditorat peut parler d'un bon résultat si, au

cours des années à venir, il parvient à transmettre 5 à 6 infractions par an au Conseil de la concurrence. Cinq ou six, ce n'est sans doute que le sommet de l'iceberg, même si la situation sur le terrain est difficile à évaluer. Il semble, toute-

“À cause des seuils de notification trop peu élevés, nous passons notre temps sur le contrôle des concentrations”

Stefaan Raes

fois, trop tôt pour dire si les entreprises belges en concluront que des poursuites sont improbables. En 2010, l'Auditorat a réussi à déposer 8 dossiers et prétend ne pas laisser passer un signal sérieux du marché.

Au niveau européen comme en Belgique, c'est souvent une plainte qui met les autorités sur la voie. Mais dans 80% des dossiers, un participant à un cartel fait appel au programme de clémence qui, en échange de sa confession, lui assurera une exonération de sanctions. Ces amendes sont d'ailleurs toujours proportionnelles au chiffre d'affaires. Ce n'est donc pas parce que les autorités belges sont moins strictes que leurs amendes sont moins élevées que les amendes européennes. Il s'agit simplement d'entreprises présentant des chiffres d'affaires moins élevés.

Sofie Brutsaert

Septembre : Le Conseil rejette deux recours contre des décisions de classement de plaintes par l'Auditorat dans le secteur de la diffusion et de la distribution des livres français en Belgique.

Octobre : Perquisitions au siège de Belgacom, suspecté par d'autres opérateurs de "pratiques d'obstruction" dans les services de gros DSL.

Novembre : Le Conseil se prononce sur le maintien des conditions à l'égard de Telenet concernant la transmission en direct des matches du championnat de Belgique de football.

Décembre : Le Conseil décide que De Beers, le plus gros producteur de diamants au monde, doit continuer à fournir l'entreprise anversoise Spira. Mais l'affaire devra encore être traitée sur le fond.

L'avocat **Johan Ysewyn** du cabinet Linklaters, professeur à la Brussels School of Competition, pointe *"la volonté manifeste du*

Conseil de la concurrence de centrer sa surveillance sur les secteurs touchant particulièrement le consommateur final. Cette tendance a été illustrée dans différentes affaires impliquant les architectes, les auto-écoles, les boulangers et a été confirmée, en mai dernier, dans l'affaire des radiateurs. Elle sera vraisemblablement poursuivie dans les mois à venir au travers des décisions clôturant des affaires impliquant des acteurs de la grande distribution, du chocolat et des produits de droguerie, entre autres."

"On perçoit clairement une évolution dans la pratique décisionnelle des autorités belges de concurrence. Nous ne pouvons que nous réjouir de l'augmentation de la qualité croissante des décisions car elle améliore la sécurité juridique. On espère aussi, à terme, une réduction de la durée de traitement des affaires, un élément crucial pour les entreprises", conclut Johan Ysewyn.

CHS et PS