

RECHTSLEER

DOCTRINE

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGULEERDE SECTOREN/DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

Amendes, droit belge de la concurrence, réforme des lignes directrices en matière d'amendes – Une nouvelle politique en matière d'amendes dans le droit de la concurrence belge

Yvan Desmedt¹

1. Introduction	956
2. L'élaboration des lignes directrices	957
3. Objectifs des lignes directrices	959
3.1. Les incertitudes liées au calcul de l'amende	959
3.2. Les considérations procédurales	960
4. Le champ d'application des lignes directrices	960
4.1. Application ratione materiae	960
4.2. Application ratione temporis	961
5. La méthode de calcul de l'amende	961
5.1. La base du calcul: le chiffre d'affaires concerné	962
a) Pas de limitation au chiffre d'affaires belge	962
b) Le chiffre d'affaires en cas d'entreprises 'mono-productrices'	963
c) Le chiffre d'affaires impliquant un groupe d'entreprises	963
d) Le chiffre d'affaires d'une association d'entreprises	964
5.2. Gravité de l'infraction	965
5.3. Circonstances atténuantes et aggravantes	967
6. Conclusion	969

RÉSUMÉ

L'adoption de nouvelles lignes directrices en matière d'amendes par le Conseil de la concurrence a permis d'apporter des clarifications importantes quant au sort qui est réservé aux entreprises coupables de comportements anticoncurrentiels en droit belge. Ce faisant, le Conseil rejoint les rangs d'autres autorités de la concurrence qui ont également adopté des lignes directrices en la matière et reconnaît, plus fondamentalement, l'importance que revêt le principe de sécurité juridique, de non-discrimination et de proportionnalité dans ce domaine compte tenu de l'absence de précision dans les textes législatifs et, partant, du large pouvoir discrétionnaire dont est investie l'autorité de la concurrence. Néanmoins, ces lignes directrices laissent certaines zones d'ombre qui sont relevées dans cet article.

La méthodologie, qui devra certes être affinée en fonction de son application dans la pratique, est fondée sur deux éléments essentiels: la définition de l'assiette pour le calcul de l'amende et l'élaboration d'une typologie des infractions.

L'adoption des lignes directrices par le Conseil soulève des questions quant à leur application dans le temps. Elles ont été adoptées à la hâte par un Conseil qui semble en fin de mandat, à la veille d'une profonde refonte institution-

¹ Avocat au barreau de Bruxelles, associé au sein du cabinet Jones Day. L'auteur remercie Mlle Justine Piret pour sa contribution à cet article.

nelle, ce qui posera inévitablement la question de leur pertinence dans le nouveau cadre législatif. On peut aussi regretter que le Conseil n'ait pas décidé de profiter de l'adoption de ces lignes directrices pour lancer un débat plus général à propos de la politique en matière d'amende pour les infractions au droit de la concurrence, débat qui aurait pu être mené de concert avec certains autres régulateurs sectoriels investis de pouvoirs de sanction similaires.

SAMENVATTING

Met het aannemen van de nieuwe richtsnoeren voor de berekening van geldboeten inzake restrictieve mededingingspraktijken heeft de Raad voor de Mededinging een belangrijke verduidelijking aangebracht over de mogelijke gevolgen waarmee ondernemingen die zich schuldig maken aan inbreuken op de Belgische mededingingswet kunnen worden geconfronteerd. Zodoende vervoegt de Raad de rangen van andere mededingingsautoriteiten die eveneens richtsnoeren over het boetebeleid hebben aangenomen. Fundamenteeler erkent de Raad het belang van de principes van rechtszekerheid, non-discriminatie en proportionaliteit op dit gebied, principes die van bijzonder belang zijn gelet op de algemene bewoordingen van de toepasselijke wetgeving en, bijgevolg, op de ruime discretionaire bevoegdheid van de mededingingsautoriteit. Deze richtsnoeren laten echter een aantal vragen onbeantwoord die in dit artikel worden onderzocht.

De basis voor de berekening van de boete en de verschillende soorten inbreuken zijn fundamentele elementen voor de methodologie die verder zal moeten worden uitgewerkt in functie van haar toepassing in de praktijk.

Het aannemen van de richtsnoeren roept ook vragen op met betrekking tot hun toepassing in de tijd. De Raad lijkt inderdaad, op het einde van zijn mandaat, de richtsnoeren met een zekere spoed te hebben aangenomen en dit op de vooravond van een belangrijke institutionele hervorming, wat onvermijdelijk de vraag doet rijzen naar de relevantie van deze richtsnoeren in het nieuwe wetgevende kader. De Raad had ook gebruik kunnen maken van het aannemen van deze richtsnoeren om een breder debat te lanceren over het boetebeleid voor inbreuken op het mededingingsrecht, debat dat in samenspraak had kunnen worden gevoerd met andere sectoriële regulatoren die over soortgelijke bevoegdheden beschikken.

1. INTRODUCTION

1. Le 19 décembre 2011, le Conseil de la concurrence a adopté et communiqué ses nouvelles lignes directrices sur la méthode gouvernant le calcul des amendes imposées en matière de pratiques restrictives de concurrence². Celles-ci font suite aux précédentes "lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des articles 36 à 39 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1^{er} juillet 1999"³ qui, en réalité, n'étaient plus applicables aux infractions poursuivies sur la base de la nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique (ci-après la 'LPCE'), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007⁴. Il s'agit des dernières lignes que le Conseil de la concurrence

adoptera compte tenu de la profonde réforme institutionnelle en vue.

2. L'objectif de ces lignes directrices est de clarifier la pratique décisionnelle du Conseil quant au calcul des amendes en question et ainsi d'accroître la transparence et la sécurité juridique pour les entreprises concernées. Le Conseil sera en effet lié par ses propres lignes directrices, ce que confirme d'ailleurs le texte même de la communication au considérant 10⁵. Reste aussi à voir dans quelle mesure la nouvelle autorité de la concurrence (en particulier le Collège de la concurrence qui devrait voir le jour avec l'adoption de la

² Communication du Conseil de la concurrence sur le calcul des amendes imposées en matière de pratiques restrictives de concurrence en application de l'art. 63 de la loi sur la protection de la concurrence économique (MB 18 janvier 2012, p. 3.217) (ci-après les 'lignes directrices').

³ MB 30 avril 2004.

⁴ Le Conseil avait indiqué que ces précédentes lignes directrices n'étaient en principe plus d'application depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LPCE, sauf dans le cas particulier visé au considérant n° 50 de la communication du Conseil du 22 octobre 2007 sur l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires dans les affaires portant sur les ententes (MB 22 octobre 2007, pp. 54.708-54.718): "50. Les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des articles 36 à 39 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1^{er} juillet 1999 (Moniteur belge du 30 avril 2004, 2^{ème} éd., pp. 36.261-36.264) restent applicables aux affaires pour lesquelles une requête de clémence a déjà été déposée avant la date de l'entrée en vigueur de la communication du Conseil de la concurrence sur l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires dans les affaires portant sur des ententes."

⁵ Le caractère liant des lignes directrices découle également de l'adage 'patere legem quam ipse fecisti' qui est une déclinaison du principe de sécurité juridique dont l'application en droit belge a été reconnue par le Conseil d'Etat (CE 16 octobre 2003, n° 124.312, EB / RW). Son application a également été reconnue à l'égard de la Commission européenne par la Cour de justice (TFP 14 décembre 2010, n° F-25/07, Bleser / Cour de justice, JOUE C 38 du 5 février 2001, p. 18, considérant 145; TPI 17 décembre 1991, n° T-7/89, Hercules, Rec. 1991, p. II 1739, considérant 53).

nouvelle loi sur la protection de la concurrence) se considérera liée par les lignes directrices. En tant que successeur du Conseil, elle pourra sans doute continuer à les appliquer. Elle pourrait cependant aussi considérer, comme le fit le Conseil par rapport aux lignes directrices de 2004, que les lignes directrices ne sont pas conformes au nouveau cadre législatif, avec pour conséquence qu'elles n'auront alors eu qu'une durée de vie bien éphémère.

L'article 63 de la LPCE prévoit que l'amende infligée à chacune des entreprises concernées peut s'élever jusqu'à 10% du chiffre d'affaires (sur le marché national et à l'exportation)⁶. Les conséquences financières qui découlent d'une infraction au droit de la concurrence peuvent donc être considérables et les lignes directrices visent à pallier l'absence de méthode de calcul plus précise dans la loi.

En adoptant les lignes directrices, le Conseil rejoint les rangs de nombreuses autres autorités de la concurrence, notamment de la Commission européenne et de plusieurs autorités nationales qui disposent également de lignes directrices relatives à ce sujet⁷.

3. Certes, les amendes imposées par le Conseil sont, à ce jour, restées assez limitées⁸. L'évolution observée dans la pratique décisionnelle de la Commission et des autres auto-

rités nationales de la concurrence démontre cependant que le montant des amendes risque bien d'augmenter dans les années à venir⁹. Une des priorités du Conseil est d'ailleurs de mettre en place une politique active de lutte contre les cartels qui sont en général lourdement sanctionnés¹⁰. Selon toute vraisemblance, cette politique ne changera pas lors de l'installation du probable futur Collège de la concurrence, qui vise surtout à améliorer l'efficacité de la procédure et, partant, à accroître le nombre d'affaires traitées par l'autorité de la concurrence.

Si les lignes directrices remplissent un vide juridique et présentent, comparées aux lignes directrices précédentes, des évolutions positives vers plus d'objectivité et de prévisibilité, elles suscitent aussi certaines observations que nous ne manquerons pas de relever.

4. Nos commentaires porteront sur:
 - le processus qui a conduit à l'élaboration des lignes directrices;
 - une volonté affichée du Conseil de maintenir un élément d'incertitude dans la méthodologie utilisée;
 - le champ d'application des lignes directrices; et enfin
 - la méthode de calcul de l'amende.

2. L'ÉLABORATION DES LIGNES DIRECTRICES

5. Les lignes directrices constituent un développement important pour l'application du droit belge de la concurrence.

Le Conseil indique au considérant 10 qu'il "utilisera cette communication comme cadre de référence et s'estime lié par elle pour calculer et infliger des amendes dans le cadre juridique en vigueur".

Il est donc important que les acteurs (principalement le

monde économique, les associations de consommateurs et les autres instances publiques concernées par l'application du droit de la concurrence) qui ne sont pas représentés au sein du Conseil (qui est une instance administrative juridictionnelle) aient eu l'occasion de faire valoir leur point de vue. A cet effet, le Conseil a organisé une consultation publique en octobre 2011 en publiant sur son site un projet de lignes directrices. Il ressort également des lignes directrices que la direction générale de la concurrence ainsi que la DG

⁶ Loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006 (MB 29 septembre 2006).

⁷ Voy. par exemple les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'art. 23, par. 2, sous a) du règlement (CE) n° 1/2003, JO C 210, 1 septembre 2006, p. 2 (ci-après les 'lignes directrices UE'). Pour des lignes directrices nationales, voy. notamment:

– le communiqué de l'autorité française de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après les 'lignes directrices françaises'), disponibles à l'adresse www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf;

– *Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009*, nr. WJZ/9150320, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Raad van Bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit is belast met het toezicht op de naleving (ci-après les 'lignes directrices néerlandaises'), disponibles sur le site www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2009/09/23/2-beleidsregels-van-de-minister-van-economische-zaken.html;

– *Notice no. 38/2006 on the imposition of fines under Section 81 (4) sentence 2 of the German Act against Restraints of Competition (GWB) against undertakings and associations of undertakings – Guidelines on the setting of fines – of 15 September 2006* (ci-après les 'lignes directrices allemandes'), disponibles sur le site www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Bussgeldleitlinien-E.pdf.

⁸ L'amende la plus élevée imposée par le Conseil de la concurrence s'élève à 66.300.000 EUR et fut imposée à Belgacom pour abus de position dominante dans le marché des services de télécommunications mobiles (décision n° 2009-P/K-10, du 26 mai 2009, C-2009/11265, *Base / BMB*, MB 29 juin 2009, p. 44.264). Cette amende – qui fait l'objet de recours – représente d'après les statistiques du Conseil à elle seule près de 94% du montant total des amendes imposées par le Conseil de la concurrence entre 2007 et 2012. Durant cette période de cinq ans le montant total des amendes imposées s'élève en effet à 70,5 millions euros (voy. Sénat 2011-12, question écrite n° 5-5517).

⁹ En ce qui concerne l'évolution des amendes imposées par la Commission européenne, voy. notamment les statistiques publiées par la Commission européenne relatives à l'imposition d'amendes, disponibles sur le site <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

¹⁰ L. PARRET, *La perspective du Conseil de la concurrence*, CUP, février 2011, vol. 124, Liège, Athémis, p. 269.

concurrence de la Commission européenne ont été consultées¹¹.

6. Il est remarquable que seul un nombre limité de parties intéressées aient exprimé leur point de vue par rapport au projet soumis à consultation. Au total, onze soumissions ont été reçues par le Conseil, dont huit émanant de cabinets d'avocats. Il n'est donc pas étonnant que le texte final des lignes directrices n'ait pas changé de manière substantielle par rapport au projet originaire.

Compte tenu de l'importance de la matière, il nous semble qu'il aurait été opportun d'organiser une consultation plus large, par exemple au travers de l'élaboration d'un rapport, par la désignation d'un groupe de travail ou au moyen d'une journée d'étude. De telles démarches auraient été susceptibles de susciter un *momentum* propre à favoriser le débat et à nourrir l'intérêt à propos de la proposition du Conseil. La rédaction de lignes directrices similaires en France a notamment été précédée par l'établissement d'un groupe de travail 'ad hoc' et par une consultation de fond avec l'ensemble des acteurs concernés ayant conduit à l'adoption d'un rapport élaboré¹².

Dans cette optique, une implication de la cour d'appel de Bruxelles aurait également été souhaitable. En vertu de l'article 75 LPCE, la cour d'appel dispose en effet d'un pouvoir de pleine juridiction, ce qui lui confère le pouvoir de revoir le montant des amendes. Ainsi, dans l'affaire *Honda Motor Europe*, la cour d'appel a confirmé que sa compétence de pleine juridiction consiste à vérifier l'application des principes établis dans les lignes directrices mais aussi d'en 'assurer l'application dans le cas d'espèce'¹³.

Le Conseil aurait aussi utilement pu impliquer d'autres régulateurs sectoriels, tels que l'IBPT ou la CREG, dans son exercice. Certains de ces régulateurs sont en effet investis d'un pouvoir de sanction permettant l'imposition d'amendes administratives¹⁴. Certaines infractions risquent d'ailleurs de

conduire à l'imposition d'amendes tant pour la violation du droit de la concurrence que pour la violation du cadre réglementaire. Ainsi, l'IBPT a déjà eu l'occasion d'imposer une amende pour une pratique tarifaire contraire à des obligations sectorielles qui avait également été considérée comme constitutive d'un abus de position dominante dans le cadre d'une procédure en cessation¹⁵.

La pratique de certains régulateurs confirme au demeurant que ceux-ci suivent une méthode similaire à celle des autorités de la concurrence en appréciant la gravité et la durée du manquement, la présence de circonstances aggravantes ou atténuantes, le chiffre d'affaires des entreprises concernées¹⁶. Nonobstant l'absence de concertation avant l'adoption des lignes directrices, il est souhaitable que les autres régulateurs s'engagent dans la même voie que le Conseil en procédant à leur tour à l'adoption de lignes directrices.

7. Comme nous l'avons déjà relevé (ci-dessus, n° 2 et note infrapaginale n° 7), plusieurs autorités de la concurrence en Europe ont adopté des lignes directrices concernant le calcul des amendes retenant des méthodologies souvent différentes. Ceci peut soulever un problème d'équité dans la mesure où une même pratique mise en œuvre dans plusieurs Etats membres pourrait être sujette à des amendes fort divergentes en fonction de l'Etat membre ayant poursuivi l'infraction. Une certaine coordination, au niveau du réseau européen des autorités de la concurrence (le 'European Competition Network'), serait donc opportune.

8. Enfin, on y a déjà fait allusion, une discussion relative à une révision de la LPCE a été entamée à l'initiative de la direction générale de la concurrence et un projet de loi est actuellement en cours d'élaboration.

Le projet devrait aboutir à une refonte considérable du cadre institutionnel. Par ailleurs, ce projet introduira potentiellement, d'une part, la possibilité pour les entreprises incrimi-

¹¹. Considérant 2.

¹². Nous faisons référence à la 'mission sur l'appréciation des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles' ayant débouché sur le rapport 'Folz' disponible sur le site www.minefe.gouv.fr/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf, ci-après dénommé le 'rapport Folz'.

¹³. Bruxelles 2 février 2009, RG 2005/MR/3, *Jb.Hand.Med.* 2009, 870, note H. BUREZ, considérant 75 "[w]egens het toezicht met volle rechtsmacht op de wettigheid van de opgelegde boeten en de bevoegdheid van het hof om op dit vlak een substituierende beslissing te treffen, staat het aan het hof om niet enkel op de toepassing van de genoemde beginselen toe te zien, maar eveneens om in het voorliggende geval de toepassing van dezelfde beginselen te verzekeren".

¹⁴. L'IBPT est investi d'un pouvoir d'imposer des amendes pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires de l'opérateur concerné conformément à l'art. 21, § 1^{er} de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. La CREG est investie d'un pouvoir d'imposer des amendes administratives conformément à l'art. 31 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

¹⁵. Voy. (i) décision du Conseil de l'IBPT du 25 juillet 2008 infligeant une amende administrative à un opérateur pour non-respect de la décision du 11 août 2006 en ce qui concerne les tarifs des appels vers les réseaux mobiles et (ii) Prés. Comm. Anvers 17 juillet 2008, n° A/07/6775.

¹⁶. Ceci ressort très clairement des décisions de l'IBPT imposant des amendes dans le secteur des télécommunications et postal. Voy. décision du Conseil de l'IBPT du 14 septembre 2010 concernant l'imposition d'une amende administrative à un opérateur pour le non-respect de l'art. 14, § 2, 2° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et de l'art. 137 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, décision du Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2010 concernant l'imposition d'une amende administrative à un opérateur pour la violation de l'art. 45ter, § 4 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, décision du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2010 visant l'imposition d'une amende administrative à un opérateur pour non-respect de l'art. 108, § 2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, décision du Conseil de l'IBPT du 25 juillet 2008 infligeant une amende administrative à un opérateur pour non-respect de la décision du 11 août 2006 en ce qui concerne les tarifs des appels vers les réseaux mobiles. Décisions publiées sur le site de l'IBPT (www.ibpt.be).

nées de conclure des ‘transactions’ et, d’autre part, la possibilité pour l’autorité de la concurrence d’infliger des amendes administratives à des personnes physiques¹⁷.

Cette évolution entraînera sans doute la caducité, au moins partielle, des lignes directrices. Toutefois, quel que soit le

nouveau paysage institutionnel, il est souhaitable que soit poursuivi l’objectif de sécurité juridique, que ce soit par l’adoption de nouvelles lignes directrices par les nouvelles autorités ainsi créées ou de toute autre façon propre à atteindre cet objectif.

3. OBJECTIFS DES LIGNES DIRECTRICES

9. Par l’adoption des lignes directrices, le Conseil a voulu “*offrir plus de transparence et de sécurité juridique aux entreprises [...]*”¹⁸.

L’objectif ne peut qu’être approuvé mais on ne peut se défaire de l’idée que, du moins en partie, le Conseil de la concurrence semble reprendre d’une main ce qu’il donne de l’autre: les lignes directrices introduisent certaines incertitudes tant au niveau du calcul de l’amende, qu’au niveau procédural.

3.1. Les incertitudes liées au calcul de l’amende

10. Les lignes directrices laissent une grande latitude au Conseil de la concurrence pour s’écarter de la méthode de calcul préconisée.

Ainsi:

- le considérant 21 indique que le chiffre d’affaires concerné constitue ‘*en principe*’ la base de calcul;
- en ce qui concerne la gravité, le Conseil précise les infractions qui peuvent ‘*notamment*’ être considérées comme graves ou très graves. Il ajoute qu’“*en règle générale, et pour autant que possible, il peut être tenu compte*”¹⁹ de l’incidence du comportement anticoncurrentiel (considérant 26, al. 2) et que “*le Conseil considère [qu’]en règle générale le pourcentage maximal est [de] 30%*”²⁰ (considérant 29);
- dans les observations générales, le Conseil prévoit une réserve générale lui permettant de réviser le montant total de l’amende à la lumière des principes de proportionnalité et d’équité. Il indique également que dans des cas spécifiques, ces principes pourraient même justifier l’imposition d’une ‘*amende symbolique*’ (voy. considérants 42-44).

11. Le Conseil admet avoir consciemment fixé une méthodologie de calcul qui ne permet pas de déterminer préalablement le montant potentiel de l’amende.

Au considérant 6, le Conseil indique que “*l’amende spécifique qui est infligée pour violation de l’interdiction d’entente ou pour abus de position dominante ne [doit] pas [pouvoir] être estimée à l’avance par les entreprises dans la mesure où, dans le cas contraire, elles pourraient effectuer un calcul des conséquences financières d’une infraction*”.

Selon le Conseil, une méthode trop précise de calcul de l’amende permettrait à une entreprise d’effectuer un calcul mettant en balance les possibles conséquences financières liées à l’imposition d’une amende par rapport aux bénéfices financiers d’une infraction. Cette considération reflète la jurisprudence du Conseil en la matière dans l’affaire des radiateurs²¹ ainsi que celle de la cour d’appel de Bruxelles²².

La crainte de voir les entreprises effectuer un calcul précis des risques associés à des pratiques prohibées nous paraît cependant excessive.

Une telle analyse serait déjà en soi très aléatoire. De nombreux facteurs influent sur les répercussions financières que peut avoir une infraction au droit de la concurrence. Et le risque d’être poursuivi par plusieurs autorités différentes ou de devoir indemniser d’éventuelles victimes, rend très difficile, voire impossible, une estimation précise des risques financiers liés à une pratique potentiellement illégale.

De plus, si une autorité pouvait démontrer qu’une entreprise a effectué ce type d’arbitrage, cela pourrait avoir pour conséquence une augmentation du montant de l’amende puisque cela pourrait contribuer à démontrer le caractère intentionnel de l’infraction, ce qui peut être considéré comme une circonstance aggravante.

Il ne nous semble donc pas justifié de refuser une plus grande sécurité juridique à l’ensemble des entreprises au motif d’un risque d’arbitrage qui semble exceptionnel et qui peut être appréhendé plus adéquatement en le retenant comme une circonstance aggravante.

¹⁷. A propos de l’introduction d’un régime de ‘transactions’ en droit belge, voy. L. DE MUYTER et N. NEYRINCK, “Une transaction en droit belge de la concurrence? Approche critique des propositions de la direction générale de la concurrence et du ministère de l’Economie”, *RCB* 2012, n^{os} 2-3, pp. 106-108.

¹⁸. Considérant 5.

¹⁹. Nous soulignons.

²⁰. Nous soulignons.

²¹. Décision n^o 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, C-2010/11304, *Staalplaatradiatoren*, considérant 187, *MB* 9 août 2010, p. 50.918.

²². Bruxelles 2 février 2009, RG 2005/MR/3, *Jb.Hand.Med.* 2009, 870, note H. BUREZ, considérant 75.

3.2. Les considérations procédurales

12. Afin de permettre une plus grande transparence, le Conseil prévoit l'inclusion dans le rapport motivé de l'auditorat²³ des "facteurs qui sont pertinents pour l'auditeur dans le calcul de l'amende"²⁴. Cette exigence permettra incontestablement un meilleur exercice des droits de la défense en ce qu'elle facilitera un débat contradictoire à propos de l'amende²⁵. Il s'agit là d'un principe sur lequel la cour d'appel de Bruxelles avait déjà eu l'occasion d'insister dans l'affaire *Honda Motor Europe*²⁶.

On peut cependant regretter que le Conseil se soit arrêté à mi-chemin en ne prévoyant pas un calcul de l'amende dans le rapport motivé. Le Conseil reste ainsi attaché à sa jurisprudence qui rejette le moyen tiré de la violation des droits de la défense lorsque le rapport motivé ne contient pas un calcul de l'amende pour autant que les principaux facteurs qui ont eu une incidence sur le calcul de l'amende aient fait l'objet d'un débat contradictoire²⁷.

Aussi, conviendra-t-il de déterminer la manière dont le calcul de l'amende sera mis en œuvre dans le cadre de la nouvelle procédure préconisée dans la refonte de la LPCE. La première question qui se posera dans ce contexte est de savoir dans quelle mesure le probable futur Collège de la concurrence se considérera lié par les lignes directrices. Le Collège pourrait considérer (comme le Conseil le fit avec les lignes directrices de 2004) que celles-ci ne sont pas compatibles avec la nouvelle loi et ainsi ne sont donc plus applicables²⁸. Dans l'éventualité où le Collège de la concurrence considérerait que les lignes directrices puissent continuer à s'appliquer, il serait justifié de prévoir un calcul de l'amende préalable à la décision finale. Ainsi, dans l'hypothèse où, conformément à l'état actuel du projet²⁹, la nouvelle procédure prévoirait l'élaboration d'un 'projet de décision' devant être soumis pour approbation au Collège de la concurrence, il semble souhaitable que ce projet inclue le calcul du montant de l'amende.

4. LE CHAMP D'APPLICATION DES LIGNES DIRECTRICES

4.1. Application *ratione materiae*

13. Les lignes directrices confirment³⁰ qu'elles ne traitent pas, contrairement aux anciennes lignes directrices de 2004, des 'infractions procédurales' telles que:

- les remises d'information tardives ou incomplètes (art. 64, § 1^{er} LPCE);
- les amendes imposées pour notification tardive de concentration ou défaut de notification d'une concentration (art. 64, § 2 LPCE);
- les amendes pour cause d'infraction à l'article 9, § 4 LPCE (mise en œuvre de la concentration avant la décision de la chambre du Conseil sur son admissibilité) (art. 65 LPCE); ou encore
- celles pour cause de non-respect des décisions visées aux articles 58, § 2, 1^o, 59, § 6 (les conditions et/ou charges qui sont liées à l'admissibilité de la concentration) et 59, § 7 LPCE (le rétablissement d'une concurrence effective lorsque la concentration n'est pas admissible).

La première décision du Conseil, depuis la publication des lignes directrices constatant une infraction procédurale (à savoir la fourniture d'informations incomplètes dans le cadre de l'examen de la concentration par l'auditorat), confirme que les lignes directrices ne sont pas applicables à ce type d'infraction. Elle confirme également que les anciennes lignes directrices de 2004 ne sont pas non plus applicables. Le Conseil y fixe dès lors une amende sur base de l'appréciation de l'impact de l'infraction, en l'espèce une amende de 75.000 EUR³¹.

14. On peut s'étonner du fait que le Conseil de la concurrence ait décidé d'exclure de ses lignes directrices certaines infractions qui peuvent pourtant être sanctionnées sur pied de l'article 63 LPCE avec une amende pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires, à savoir, en particulier, le non-respect des décisions visées aux articles 58, § 2, 1^o, 59, § 6 (les conditions et/ou charges qui sont liées à l'admissibilité de la concentration) et 59, § 7 LPCE (le rétablissement d'une con-

²³ Art. 29, § 1^{er}, 4^o, 44, § 6, 45, § 4, 55, § 3 LPCE.

²⁴ Lignes directrices, considérant 9.

²⁵ En ce sens voir le rapport Folz, p. 32.

²⁶ Bruxelles 2 février 2009, RG 2005/MR/3, *Jb.Hand.Med.* 2009, 870, note H. BUREZ, considérants 80 et s.

²⁷ Décision n° 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, C-2010/11304, *Staalplaatradiatoren*, considérant 183, MB 9 août 2010, p. 50.917.

²⁸ A cet égard, il convient de souligner que le principe de sécurité juridique, développé par un arrêt de la Cour de cassation (*Pas.* 1992, I, n° 405, 680), reconnaît que les citoyens puissent avoir confiance en les règles établies par l'administration et que les comportements de l'administration doivent être prévisibles pour le citoyen. Ce principe justifie selon nous une application des lignes directrices par la nouvelle Autorité de la concurrence jusqu'à l'adoption de nouvelles lignes directrices.

²⁹ Avant-projet de loi portant insertion du livre IV 'Protection de la concurrence' et du livre V 'La concurrence et les évolutions de prix' du Code de droit économique, juillet 2012.

³⁰ En leur note infrapaginale n° 2.

³¹ Décision n° 2012-C/C-06 du 5 avril 2012, C-2012/11175, *Belgacom / Wireless Technologies BVBA*, considérants 76 et 77, MB 26 avril 2012, p. 25.554.

currence effective lorsque la concentration n'est pas admissible).

Il nous semble en effet que l'importance du montant pouvant être imposé justifie l'inclusion de ce type d'infractions dans les lignes directrices. Le Conseil ne semble d'ailleurs pas exclure du champ d'application des lignes directrices les infractions qui consistent à ne pas respecter une décision d'engagements adoptée sur pied de l'article 53, § 1^{er} LPCE. Or, la nature de ces types d'infractions est fort similaire et pourrait donc justifier une approche cohérente dans l'imposition d'amendes.

4.2. Application *ratione temporis*

15. Le considérant 46 des lignes directrices indique que celles-ci sont entrées en vigueur le jour de leur publication au *Moniteur belge*, soit le 18 janvier 2012, et précise qu'elles ne sont donc pas applicables aux affaires dont l'audience de la Chambre du Conseil a eu lieu avant cette date.

Partant, les lignes directrices s'appliqueront aux pratiques ayant précédé leur publication au *Moniteur belge* lorsque, à cette date, l'audience de la Chambre du Conseil n'a pas eu lieu.

En vertu du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, elles ne pourront cependant pas s'appliquer aux pratiques qui seraient, le cas échéant, encore poursuivies sur base de l'ancienne LPCE et ce même si l'audience a lieu après la publication au *Moniteur belge* des lignes directrices (sauf si leur application devait conduire à l'imposition d'une amende plus basse, ce qui peut justifier une exception au

principe de non-rétroactivité)³². En vertu du principe de légalité, on pourrait même se demander si les lignes directrices peuvent s'appliquer à des faits ayant précédé son adoption si cela conduit le Conseil à retenir une amende plus élevée³³, même s'il est vrai que la jurisprudence communautaire va dans un sens contraire³⁴.

16. Les lignes directrices ne précisent pas la manière dont elles doivent être appliquées en cas d'annulation d'une décision du Conseil par la cour d'appel de Bruxelles qui peut avoir pour conséquence que le Conseil doive se prononcer à nouveau sur les pratiques concernées. Certes, la cour d'appel s'est déjà substituée au Conseil pour la détermination de l'amende. Cependant, dans l'hypothèse où la cour d'appel se limite à une annulation (compte tenu du pouvoir discrétionnaire dont est investi le Conseil), il reviendra au Conseil d'adopter, le cas échéant, une nouvelle décision.

Dans la mesure où une nouvelle audience avec un débat contradictoire aura lieu à propos de l'amende, la logique suivie par le Conseil voudrait que les lignes directrices puissent s'appliquer pour autant que l'infraction ne concerne pas des pratiques poursuivies sur la base de l'ancienne LPCE.

17. A ce jour, le Conseil n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer formellement ses nouvelles lignes directrices.

La seule affaire dans laquelle le Conseil a été amené à imposer une amende depuis la publication des lignes directrices est l'affaire *NMPP / Tondeur*, dont l'audience s'est cependant tenue le 30 novembre 2011, c'est-à-dire avant la publication des lignes directrices³⁵.

5. LA MÉTHODE DE CALCUL DE L'AMENDE

18. La méthode de calcul de l'amende s'inspire (très librement) de celle adoptée par la Commission européenne et la plupart des autorités nationales de concurrence en Europe en ce qu'elle détermine le montant de l'amende en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction.

Il s'agit d'une méthode en trois temps qui peut être résumée comme suit:

- dans un premier temps, le Conseil établit un montant correspondant au 'facteur gravité'. Ce montant est un pourcentage allant de 0 à 30% du 'chiffre d'affaires concerné';
- sur la base de ce premier montant (facteur gravité), un deuxième montant est calculé pour tenir compte de la durée de l'infraction. Le montant pour le 'facteur durée' correspond à 10 à 30% du montant 'facteur gra-

³². Même si les amendes imposées par le Conseil de la concurrence sont des amendes administratives, il convient de relever que, conformément à la convention européenne des droits de l'homme, celles-ci doivent respecter les principes généraux applicables aux sanctions pénales. Voy. en ce sens D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Kluwer, 2007, 17-01. Voy. aussi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge qui confirme l'application de certains principes généraux issus du droit pénal à certaines amendes administratives (C.const. 18 novembre 1992, n° 72/92, *MB* 1993, p. 699 et n° 76/99 du 30 juin 1999, *MB* 1999, p. 43.214). Voy. plus généralement D. RENDERS, M. JOASSART, G. PIJCKE et F. PIRET, "Le régime juridique de la sanction administrative" in R. ANDERSEN, D. DÉOM et R. RENDERS (drs.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 183.

³³. Les lignes directrices néerlandaises prévoient que celles-ci ne s'appliquent qu'aux infractions commises après la date de publication de celles-ci (à savoir le 1^{er} octobre 2009). Voy. art. 21.

³⁴. Voir en ce sens CJCE 28 juin 2005, aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e.a. / Commission des Communautés européennes*, Rec. 2005, I-05425, considérants 202 à 232; CJCE 18 mai 2006, C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Co. et Archer Daniels Midland Ingredients Ltd / Commission des Communautés européennes*, Rec. 2006, I-04429, considérants 15 à 27.

³⁵. Décision n° 2012-P/K-20 du 30 juillet 2012, C-2012/11346, *Tondeur Diffusion SA / Presstalis SARL*, considérant 132, *MB* 3 septembre 2012, p. 53.910.

tivité’, multiplié par le nombre d’années d’infraction. L’addition du facteur gravité, au facteur durée constitue le ‘montant de base’;

- le montant de base, ainsi déterminé, est adapté en fonction des circonstances spécifiques à chaque entreprise. Il s’agit de prendre en compte d’éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes ainsi que, dans certains cas, l’équité et la proportionnalité³⁶.

19. Le lien étroit de la méthodologie entre la gravité et la durée de l’infraction devrait, a priori, conduire à l’imposition d’amendes proportionnelles. Il reste cependant de nombreuses questions pratiques telles que le mode d’établissement du montant de base, l’appréciation de la gravité de l’infraction et, enfin, les circonstances atténuantes et aggravantes envisageables.

5.1. La base du calcul: le chiffre d’affaires concerné

20. Le considérant 21 prévoit que le montant de base doit être calculé en partant du “*chiffre d’affaires concerné, à savoir la valeur des ventes des produits ou services concernés par l’entreprise concernée, en relation directe ou indirecte avec l’infraction ou les infractions constatées*”³⁷.

Cette nouvelle méthode de calcul du montant de base est nettement plus précise que celle retenue par les précédentes lignes directrices qui prévoyaient uniquement que les infractions ‘très graves’ pouvaient conduire à l’imposition d’une amende dont le montant pouvait atteindre “10% du chiffre d’affaires total de l’entreprise concernée, réalisé au cours de l’exercice social précédent sur le marché national et à l’exportation” reprenant ainsi principalement les dispositions de la loi applicable à l’époque³⁸.

La nouvelle méthode retenue par le Conseil correspond aussi à l’approche suivie dans sa jurisprudence³⁹ et est conforme à la méthode adoptée par la Commission⁴⁰ et par d’autres autorités de concurrence⁴¹.

21. La définition du chiffre d’affaires concerné peut cependant encore conduire à des situations problématiques pour plusieurs raisons.

a) Pas de limitation au chiffre d’affaires belge

22. Il est regrettable que, contrairement au Conseil de la concurrence français⁴², le Conseil ne limite pas le montant servant de base de calcul au chiffre d’affaires réalisé en Belgique.

En l’absence d’une telle précision, les amendes imposées par le Conseil courent le risque d’être totalement disproportionnées par rapport à l’importance des activités menées en Belgique. Ceci pourrait particulièrement désavantager les entreprises présentes en Belgique et actives sur un marché transnational (qu’il soit régional, européen ou mondial) par rapport à d’autres entreprises actives sur le même marché mais qui, n’ayant pas d’activités en Belgique, échapperaient à l’action du Conseil de la concurrence.

23. De plus, une même pratique peut faire l’objet d’enquêtes par plusieurs autorités nationales. Limiter le montant de base aux activités réalisées au niveau national éviterait une juxtaposition excessive des amendes.

Il semble d’ailleurs que le Conseil de la concurrence ait été sensible à ce problème dans l’affaire du cartel de BBP qui concernait une pratique ayant également fait l’objet de poursuites dans d’autres Etats membres. Le Conseil y a délibérément limité le chiffre d’affaires pertinent au chiffre d’affaires pour la Belgique en considérant que “[l]a limitation aux ventes du BBP en Belgique, qui représente une importante restriction par rapport au marché concerné par l’entente, est uniquement motivée par le souci de limiter la présente décision aux effets sur la concurrence sur le marché belge (ci-dessus sous les nos 2 et s.)”⁴³. Conformément à cette jurisprudence, le Conseil devra, de toute manière, veiller au respect du principe *non bis in idem* dans le cadre d’une juxtaposition de procédures nationales impliquant la même pratique commerciale.

A la lumière de l’analyse faite par le Conseil dans l’affaire *Honda Motors*, on pourrait aussi se poser la question de savoir si une amende basée sur un chiffre d’affaires qui ne se limite pas aux activités belges est conforme au principe de non-discrimination⁴⁴.

24. Il est vrai que la LPCE plafonne l’amende à 10% du chiffre d’affaires total réalisé au cours de l’exercice social

³⁶. Lignes directrices, considérant 19.

³⁷. Lignes directrices, considérant 21.

³⁸. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des art. 36 à 39 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1^{er} juillet 1999, p. 4.

³⁹. Voy. notamment, décision n° 2012-P/K-20 du 30 juillet 2012, C-2012/11346, *Tondeur Diffusion SA / Presstalis SARL*, MB 3 septembre 2012, p. 53.900; décision n° 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, C-2010/11304, *Staalplaatradiatoren*, MB 9 août 2010, p. 50.904; décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, C-2009/11265, *Base / BMB*, MB 29 juin 2009, p. 44.264 et décision n° 2008-I/O-13 du 4 avril 2008, C-2008/11172, *Bayer AG – Ferro (Belgium) SPRL – Lonza SpA et Solutia Europe SA*, MB 9 mai 2008, p. 26.034.

⁴⁰. Lignes directrices UE, considérant 13.

⁴¹. A titre d’illustration, l’Allemagne (lignes directrices allemandes) prend comme base de départ une portion du chiffre d’affaires réalisé dans le ou les produits affectés par la pratique anticoncurrentielle. Cette portion peut aller jusqu’à 30%. L’Espagne et le Royaume-Uni utilisent des bases similaires.

⁴². Lignes directrices françaises, considérant 34.

⁴³. Décision n° 2008-I/O-13 du 4 avril 2008, C-2008/11172, *Bayer AG – Ferro (Belgium) SPRL – Lonza SpA et Solutia Europe SA*, considérant 71, MB 9 mai 2008, p. 26.041.

⁴⁴. Voy. H. BURLEZ, *o.c.*, p. 909.

précèdent sur le marché national et à l'exportation⁴⁵, ce qui limite les risques d'excès identifiés ci-dessus. Une entreprise pourrait cependant avoir des activités diversifiées en Belgique tout en n'ayant qu'une activité marginale sur le marché concerné qui peut être régional, européen voire mondial.

Une telle entreprise ne paraît pas protégée par le plafond prévu dans la LPCE. Il n'est cependant pas exclu que le Conseil ait anticipé ce type de scénario en indiquant au considérant 5 de ses lignes directrices qu'il "*tient compte dans chaque cas individuel des caractéristiques spécifiques du marché, de l'entreprise et de l'infraction*", précision qui a été rajoutée à la suite de la consultation publique.

b) Le chiffre d'affaires en cas d'entreprises 'mono-productrices'

25. Pour déterminer la valeur des ventes en relation avec l'infraction constatée qui constitue la base du calcul de l'amende, le Conseil se référera normalement – et en fonction des données disponibles – à la dernière année complète de l'infraction en cause⁴⁶.

Force est donc de constater qu'en pratique, l'application des lignes directrices à des entreprises qui ne sont actives que sur un seul marché de produit en Belgique (sur lequel par hypothèse l'infraction sera établie) sera difficile voire discriminatoire.

Les critères établis dans les lignes directrices feront que le plafond des 10% prévu à l'article 63 de la LPCE sera quasiment systématiquement atteint pour les entreprises 'mono-productrices' puisque leur chiffre d'affaires annuel est équivalent à la valeur de leurs ventes annuelles. Par exemple, toute infraction grave (tel qu'un cartel) doit être sanctionnée, au titre du critère de gravité, d'une amende de minimum 15% de la valeur des ventes alors que le plafond absolu est fixé à 10% du chiffre d'affaires. Certes, les bases chronologiques ne sont pas strictement identiques puisque dans un cas il s'agit de '*la dernière année complète de l'infraction*' et dans l'autre de '*l'exercice social précédent*'⁴⁷ et que les services à l'exportation sont expressément visés dans un cas et pas dans l'autre. Toutefois, force est d'admettre que les

chiffres seront vraisemblablement très proches. L'entreprise mono-productrice risque donc quasi systématiquement d'atteindre le plafond des 10% sans même que ni le facteur de durée et ni les circonstances aggravantes ne soient prises en compte. Les lignes directrices ne semblent pas offrir un cadre adéquat pour ce type de situation.

Légalement, cette situation peut également amener une discrimination. Prenons le cas d'un cartel de prix incluant trois sociétés dont aucune ne bénéficie de la clémence: sous réserve des différences marginales de base de calcul chronologique, si l'une d'entre elles est mono-productrice, elle se verra imposer une amende de maximum 10% (de son chiffre d'affaires belge et à l'exportation) alors que les autres se verront imposer des amendes nettement supérieures (au minimum 15%) du seul fait qu'elles sont actives dans plus d'un marché en Belgique. Le risque d'une telle discrimination pourrait amener le Conseil de la concurrence soit à réduire les amendes des sociétés ayant des activités diversifiées en Belgique, soit à écarter l'application des lignes directrices. Le commissaire à la Concurrence a d'ailleurs confirmé que cette situation est également problématique au niveau communautaire et justifie l'adaptation de la méthodologie suivie par la Commission européenne⁴⁸.

c) Le chiffre d'affaires impliquant un groupe d'entreprises

26. En ce qui concerne l'entreprise dont le chiffre d'affaires doit être appréhendé, les '*remarques générales*' prévoient, au considérant 43, que lorsque celle-ci fait partie d'un groupe d'entreprises, le chiffre d'affaires considéré sera en principe celui de l'entité juridique à laquelle l'infraction peut être imputée.

Le Conseil se réserve cependant le droit de considérer l'entreprise mère, qui forme une unité économique avec sa filiale, comme responsable du comportement d'une filiale lorsque cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché.

Le concept de la responsabilité parentale est un sujet particulièrement disputé et difficilement conciliable avec le droit

45. Art. 86, § 1^{er} LPCE.

46. Lignes directrices, considérant 21.

47. Art. 86 LPCE.

48. Lors d'une conférence à l'International Bar Association Antitrust Conference à Madrid le 15 juin 2012, le vice-président de la Commission européenne a dit, évoquant le cartel des producteurs de quincaillerie de fenêtres: "*Let me add that the fines of nearly all of these nine companies would have reached 10% of their total turnover. Given this specific situation, we reduced the fines taking into account the mono-product nature of the companies and their different degrees of involvement in the cartel. This was possible because the fines reached a sufficient level of deterrence even after the reduction. This shows how I interpret our responsibility to impose fines on cartelists. On the one hand, the fines must be large enough to be a real deterrent against this unacceptable and harmful practice; on the other, we ensure that they remain proportionate.*" Nous traduisons: "*Permettez-moi d'ajouter que les amendes de la quasi-totalité de ces neuf sociétés auraient atteint 10% de leur chiffre d'affaires total. Compte tenu de cette situation particulière, nous avons réduit les amendes en tenant compte de la nature mono-productrice des entreprises et de leurs différents degrés d'implication dans le cartel. Cela a été possible parce que les amendes atteignaient un niveau suffisant de dissuasion, même après la réduction. Cela illustre la façon dont j'interprète notre rôle lors de l'imposition d'amendes aux membres d'un cartel. D'une part, les amendes doivent être suffisamment importantes pour avoir un effet dissuasif réel contre cette pratique inacceptable et nuisible, de l'autre, nous nous assurons qu'elles restent proportionnées.*" Discours disponible à l'adresse internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-453_en.htm?locale=FR.

belge⁴⁹. La cour d'appel de Bruxelles a jugé dans un arrêt du 10 septembre 2004 que ce principe relève de l'ordre public belge et que l'autonomie qui est reconnue à la filiale implique que celle-ci dispose de son 'propre intérêt' qui doit aussi être respecté par la société mère, nonobstant le pouvoir de contrôle que cette dernière détient. Elle rappelle qu'au sein d'un groupe de sociétés, chacune conserve son autonomie⁵⁰.

Dans ce contexte, la position adoptée par le Conseil dans ses lignes directrices, c'est-à-dire la possibilité pour l'autorité de la concurrence belge de faire abstraction du concept de responsabilité individuelle, n'est pas de nature à clôturer le débat relatif à la responsabilité parentale.

Le Conseil ne fournit pas non plus de détails à propos des situations dans lesquelles il prendra en considération le chiffre d'affaires de la société mère, alors même que cela peut avoir un impact important sur le montant de l'amende.

Enfin, le Conseil ne détermine pas non plus les conditions sur la base desquelles il estimera qu'une entreprise ne détermine pas de façon autonome son comportement. Il existe une jurisprudence européenne abondante à ce propos, laquelle confirme l'existence d'une présomption *juris tantum* – c'est-à-dire non irréfragable et donc susceptible de preuve contraire – d'absence d'autonomie lorsqu'une entreprise est contrôlée par une autre entreprise⁵¹. Préciser la manière dont ces principes devraient être appliqués en l'espèce, compte tenu aussi du principe de responsabilité de toute entité juridique en droit belge, aurait certes été utile mais aurait sans doute excédé les limites de l'exercice, celui-ci se limitant au calcul d'amendes. Le débat relatif à la responsabilité parentale reste donc entier.

d) Le chiffre d'affaires d'une association d'entreprises

27. Le Conseil prévoit au considérant 22 que "*lorsque l'infraction est imputée à une association d'entreprises et que ladite infraction est en rapport avec les activités des membres, le Conseil peut retenir le chiffre d'affaires total des membres de l'association et déterminer ensuite la base de calcul selon la méthode décrite au numéro 21*".

Cette approche semble diverger de l'approche suivie par le Conseil dans l'affaire relative aux auto-écoles dans laquelle il semble avoir basé le calcul de l'amende sur le chiffre d'affaires '*de l'association*', ce qui a conduit le Conseil à imposer une amende assez basse⁵².

La nouvelle méthode semble d'ailleurs être difficilement conciliable avec le fait que la LPCE se réfère au chiffre

d'affaires des 'entreprises' ou des 'associations d'entreprises'. L'interprétation donnée par le Conseil pourrait donc être considérée comme *contra legem* en ce que le chiffre d'affaires d'une association d'entreprises n'est pas la même chose que le chiffre d'affaires combiné des membres de l'association d'entreprises.

28. Les lignes directrices ne clarifient en outre pas la manière dont le plafond de 10% prévu à l'article 63 combiné à l'article 86 LPCE doit être appliqué à l'égard d'une association d'entreprises.

Cela signifie-t-il que le plafond maximal de l'amende qui peut être imposée à une association d'entreprises ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires cumulé de l'ensemble des membres?

Une telle approche pourrait, encore, conduire à l'imposition d'amendes extrêmement élevées. Or, la pratique démontre que les associations d'entreprises disposent souvent de moyens financiers réduits (et ce même si les membres de l'association sont des entreprises d'une certaine envergure) avec pour conséquence qu'une amende qui prend comme base de calcul le chiffre d'affaires de l'ensemble des membres sera totalement disproportionnée par rapport aux moyens dont dispose l'association. Il n'est pas exclu qu'une telle situation conduise à la disparition de l'association, ce qui peut aussi entraîner des conséquences néfastes pour la concurrence ou les intérêts industriels d'un secteur. Les associations d'entreprises peuvent en effet jouer un rôle favorisant la concurrence, en aidant, par exemple, des concurrents de plus petite taille à se développer.

29. Autre question à laquelle les lignes directrices ne donnent pas de réponse: l'impact que peut avoir le changement dans la composition des membres de l'association entre le moment où l'infraction a eu lieu et le moment où la décision imposant une amende est adoptée. Le Conseil de la concurrence retiendra-t-il en effet le chiffre d'affaires des membres lors de l'adoption de la décision, lors de l'infraction ou un autre chiffre d'affaires fictif permettant de tenir compte d'une éventuelle évolution de la composition de l'association?

Quoi qu'il en soit, limiter les amendes pouvant être imposées aux associations qui, sur la base des textes actuels, sont exposées à des amendes très élevées, aurait sans doute été utile. Les anciennes lignes directrices prévoyaient d'ailleurs à cet égard qu'il convenait, "*dans toute la mesure du possible de rendre les entreprises membres de ces associations destinataires des décisions et de leur infliger des amendes*

⁴⁹. En vertu de l'art. 2 du Code des sociétés belge, qui identifie les sociétés bénéficiant de la personnalité juridique (lui conférant ainsi un statut juridique distinct des autres sociétés du même groupe) les sociétés appartenant à un même groupe constituent des personnes juridiques distinctes.

⁵⁰. Bruxelles 10 septembre 2004, *Dr.banc.fin.* 2006, liv. 1, 25.

⁵¹. Voy. CJUE 10 septembre 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel e.a. / Commission, Rec.*, 20 janvier 2011, p. I-8237, point 60.

⁵². Décision n° 2008-P/K-43 du 7 juillet 2008, C-2008/111315, *ISC / FAB et ses membres et Test-Achats / auto-écoles de Belgique*, considérant 80, MB 25 juillet 2008, p. 38.965.

individuelles” et que, lorsque ceci était matériellement impossible, d’infliger une amende ‘globale’ à l’association, calculée selon les principes des lignes directrices et équivalente à la *“totalité des amendes individuelles qui auraient pu être infligées à chacun des membres de cette association”*⁵³.

Ces considérations qui n’ont, à notre connaissance, jamais été appliquées par le Conseil, n’étaient certes pas exemptes de toute critique mais avaient au moins le mérite d’être explicites et de réduire le risque, pour les associations d’entreprises, de se voir infliger une amende puisque celles-ci n’en faisaient l’objet qu’en ultime recours.

5.2. Gravité de l’infraction

30. En ce qui concerne la gravité de l’infraction, le Conseil prévoit deux catégories d’infractions, à savoir (i) les infractions graves et très graves pour lesquelles le Conseil retient *‘en général’* un pourcentage compris entre 15% et 30% et (ii) les autres infractions.

Le Conseil retient donc une autre distinction que celle des anciennes lignes directrices qui distinguaient les infractions ‘moins graves’ et les infractions ‘très graves’.

En réalité, les infractions ‘très graves’ des anciennes lignes directrices regroupaient toutes les infractions qui pouvaient être sanctionnées par une amende pouvant aller jusqu’à 10% du chiffre d’affaires (les infractions ‘moins graves’ concernaient les infractions à la LPCE pouvant être sanctionnées par une amende allant de 500 à 25.000 EUR, principalement les infractions procédurales).

Les nouvelles lignes directrices concernent donc uniquement les anciennes ‘infractions très graves’ et effectuent une nouvelle segmentation en distinguant deux fourchettes de pourcentages pouvant être appliquées pour le calcul du montant de base (0-15% et 15-30%).

Le plafond de 30% semble être un pourcentage que le Conseil a entendu fixer comme un plafond maximal absolu. Le Conseil a en effet supprimé la phrase qui était initialement prévue dans la version soumise à consultation et qui prévoyait qu’*“exceptionnellement, ce pourcentage pourra être dépassé”*⁵⁴.

31. Il appartiendra au Conseil de développer une vision cohérente sur la notion d’infractions graves et très graves afin de les distinguer d’autres types d’infractions.

Cette qualification ne correspond pas à une distinction établie dans la loi et ne semble pas non plus être un concept bien

défini dans la jurisprudence du Conseil ou de la cour d’appel.

Les lignes directrices n’apportent pas davantage de clarté en indiquant uniquement les infractions qui *‘peuvent notamment’* être considérées par nature comme des infractions graves ou très graves.

32. La description des infractions ‘graves ou très graves’ reprend (apparemment à titre illustratif) trois types d’infractions:

- les accords ou pratiques ‘horizontales’ visant à *“coordonner le comportement concurrentiel sur le marché et/ou à influencer les paramètres pertinents de la concurrence par des pratiques telles que la fixation des prix d’achat ou de vente, l’attribution de quotas de production ou de vente, le partage des marchés ou la limitation des importations ou des exportations”*⁵⁵;
- les accords verticaux qui contiennent des restrictions de concurrence caractérisées; et
- toute forme d’abus de position dominante qui mène à l’exclusion de concurrents effectifs ou potentiels ou qui préjudicie gravement aux consommateurs.

33. Les lignes directrices ne distinguent pas, au sein de ces trois types d’infractions, les infractions graves des infractions très graves. Tant les infractions graves que les infractions très graves tombent d’ailleurs dans la même fourchette (de 15 à 30%). Néanmoins, le Conseil donnera probablement un sens à la distinction qu’il opère dans ses lignes directrices, ce qui aura des répercussions sur le pourcentage retenu pour le calcul du montant de base.

34. La distinction entre infraction ‘grave’ et ‘très grave’ trouve son origine dans les anciennes lignes directrices de la Commission européenne de 1998 mais n’a plus été retenue dans la refonte de 2006.

Dans les lignes directrices de 1998, la Commission européenne définissait en effet les infractions graves comme étant des *“restrictions horizontales ou verticales de même nature que dans le cas précédent [à savoir les infractions peu graves], mais dont l’application est plus rigoureuse [,] dont l’impact sur le marché est plus large et qui peuvent produire leurs effets sur des zones étendues du marché commun. Il pourra également s’agir de comportements abusifs de position dominante (refus de vente, discriminations, comportements d’exclusion, rabais fidélisant accordés par une entreprise en position dominante afin d’exclure ses concurrents du marché, etc.)”*⁵⁶.

^{53.} Même si la pertinence de ces considérations relatives aux associations d’entreprises reprises dans les anciennes lignes directrices était contestable compte tenu du fait que les associations d’entreprises ne pouvaient en tout état de cause pas être sanctionnées par une amende faute de base légale dans l’ancienne LPCE. Voy. Décision n° 2007-I/O-05 du 29 janvier 2007, C-2007/11064, *VZW Fedoba*, considérants 16-21, MB 22 février 2007, p. 8.699 et 8.700 et décision n° 2007-I/O-19 du 21 août 2007, C-2007/11451, *Orde der Dierenartsen*, MB 18 septembre 2007, p. 49.428.

^{54.} Même si le considérant 29 se réfère encore au fait que le pourcentage de 30% est en règle ‘générale’ un pourcentage maximal.

^{55.} Considérant 24.

^{56.} Communication de la Commission – Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l’art. 15, par. 2 du règlement n° 17 et de l’art. 65, par. 5 du traité CECA, JO C 009, 14 janvier 1998, p. 3.

Les infractions très graves étaient quant à elles définies comme des “*restrictions horizontales de type ‘cartels de prix’ et de quotas de répartition des marchés, ou autres pratiques portant atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur, telles que celles visant à cloisonner les marchés nationaux ou d’abus caractérisés de position dominante d’entreprises en situation de quasi-monopole*”.

Lors de la révision des lignes directrices, la Commission européenne a décidé d’éliminer la distinction entre les infractions graves et très graves, réalisant sans doute que celle-ci était peu claire.

On se demande dès lors pourquoi avoir repris cette distinction en droit belge sans pour autant y attacher de sanction spécifique.

35. Le seul point sur lequel le Conseil distingue une infraction grave d’une infraction très grave concerne les abus de position dominante.

Il semble en effet que le Conseil considère ces pratiques comme des infractions graves, ou très graves “*suivant l’étendue du pouvoir de marché de l’entreprise*”⁵⁷. Cette précision est en accord avec l’ancienne référence que faisait la Commission européenne à la situation de quasi-monopole détenue par l’entreprise en position dominante pour identifier les infractions très graves⁵⁸.

La jurisprudence du Conseil suggère que cet élément permettant de qualifier une infraction comme ‘très grave’, sera sans doute appliqué de manière restrictive dans la mesure où le Conseil a seulement qualifié une pratique d’amenuisement des marges comme une infraction ‘grave’ nonobstant l’étendue du pouvoir de marché de l’opérateur concerné sur le marché belge⁵⁹. Il est aussi intéressant de constater à cet égard que l’avant-projet de loi en cours d’examen exclut la possibilité d’imposer des amendes personnelles pour des pratiques d’abus de position dominante compte tenu de la relative difficulté de prévoir le caractère abusif d’une pratique. Cette considération pourrait aussi permettre de distinguer des infractions ‘graves’ et ‘très graves’.

De même, dans la récente décision *NMPP / Tondeur* rendue

après l’adoption des lignes directrices (mais n’appliquant pas encore formellement ces principes), le Conseil a également considéré l’abus de position dominante comme étant une infraction ‘grave’ nonobstant les parts de marché particulièrement élevées de l’entreprise NMPP/Presstalis et la constatation que NMPP/Presstalis dispose d’un “*pouvoir de marché très important*”⁶⁰. Il sera intéressant de vérifier si le Conseil (à supposer que celui-ci existe encore) utilisera la première application effective de ses lignes directrices pour durcir cette jurisprudence.

L’affaire des radiateurs confirme également que des ententes entre concurrents (en l’espèce l’échange d’information et la concertation concernant les prix de gros) ne sont pas nécessairement considérées comme une infraction ‘très grave’ mais peuvent être considérées comme une infraction ‘grave’⁶¹. Il aurait été utile que le Conseil précise dans quelle mesure cette qualification serait encore suivie par lui, compte tenu du fait qu’elle se distingue d’une approche a priori plus sévère suivie par la Commission européenne dans l’affaire des bananes, dans laquelle la Commission a considéré une pratique similaire comme étant une infraction qui, de par sa nature, compte parmi les plus restrictives de la concurrence⁶².

36. On peut se demander pourquoi le Conseil n’a pas considéré les restrictions verticales comme des infractions ‘graves’ (plutôt que non ‘très graves’) voire même comme un type de pratiques qui n’est pas considéré comme une infraction ‘grave ou très grave’ tombant dans la fourchette de 0 à 15%.

Dans certains pays, les restrictions verticales ne sont même pas considérées comme illégales par objet⁶³. Au considérant 23 des lignes directrices UE, la Commission se limite à reprendre les “*accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production, qui sont généralement secrets*” comme les “*restrictions de concurrence les plus graves*”.

Dans les lignes directrices de 1998, la Commission considérerait certes encore que les restrictions verticales pouvaient être analysées comme des infractions graves, mais elle ne

⁵⁷. Considérant 26 des lignes directrices.

⁵⁸. Communication de la Commission – Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l’art. 15, par. 2 du règlement n° 17 et de l’art. 65, par. 5 du traité CECA, *JO C* 009, 14 janvier 1998, p. 3, point 1 (A).

⁵⁹. Décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, C-2009/11265, *Base / BMB*, *MB* 29 juin 2009, p. 44.264.

⁶⁰. Décision n° 2012-P/K-20 du 30 juillet 2012, C-2012/11346, *Tondeur Diffusion SA / Presstalis SARL*, considérant 143, *MB* 3 septembre 2012, p. 53.911.

⁶¹. Voy. le considérant 198 de la décision n° 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, C-2010/11304, *Staalplaatradiatoren*, *MB* 9 août 2010, p. 50.919.

⁶². Voy. décision de la Commission européenne dans l’affaire COMP/39188, *Bananas*, 15 octobre 2008, *JOUE C* 189, 12 août 2009, pp. 12 à 14.

⁶³. Aux Etats-Unis, la Cour suprême a par exemple considéré en 2007 dans l’affaire *Leegin* qu’une pratique imposant un prix de revente minimal n’est pas illégale par définition (*per se*). *Leegin Creative Leather Prods. / PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). De même, le Canada a aboli les sanctions pénales pour une pratique de *retail price maintenance* en prévoyant qu’une telle pratique ne peut être considérée comme illégale que dans l’hypothèse où une entreprise dispose d’un certain pouvoir de marché (voy. loi sur la concurrence (LRC (1985), ch. C-34) art. 76 ‘maintien des prix’). Dans le cadre de la révision des règles applicables aux restrictions verticales, la Commission a reçu de nombreux commentaires visant à insister sur le fait que les restrictions verticales peuvent aussi avoir des effets pro-concurrentiels ou être de nature à générer des bénéfices pour le consommateur. Voy. notamment la soumission de l’Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence commentaires en réponse à la consultation publique de la Commission européenne à l’occasion de la révision du règlement n° 2790/1999 et des lignes directrices relatifs aux restrictions verticales, 28 septembre 2009.

considérerait cependant ce type d'infraction comme 'grave' que lorsque "l'application est plus rigoureuse [...] [que] l'impact sur le marché est plus large et [qu'elle peut] produire [ses] effets sur des zones étendues du marché commun"⁶⁴.

Les lignes directrices sur les restrictions verticales⁶⁵ reconnaissent d'ailleurs aussi explicitement que "les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales"⁶⁶ et qu'"elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels"⁶⁷.

37. La distinction entre les différents types d'infractions, risque encore de se compliquer compte tenu des propositions de modifications de la LPCE qui reposent sur une autre gradation dans l'appréciation de la gravité.

La Direction générale de la concurrence envisage en effet l'introduction de sanctions pour les personnes physiques pour les 'restrictions flagrantes'⁶⁸. Celles-ci sont définies par renvoi aux restrictions flagrantes dans les accords horizontaux entre concurrents, repris dans la notice européenne de *minimis*. En ce qui concerne les accords verticaux et les abus de position dominante, la note indique que "la notion d'"abus de position dominante' est jugée toutefois assez généralement trop vague pour être retenue comme définition d'un délit. Nous croyons que cette objection vaut aussi pour l'introduction des sanctions administratives pour les personnes physiques et que la même chose peut valoir pour les accords verticaux et les accords par lesquels les clients sont attribués"⁶⁹. Cette juxtaposition d'appréciations contradictoires relatives à la gravité des infractions nous semble être une source d'insécurité juridique, pouvant mettre à mal la cohérence dans l'application du droit de la concurrence.

38. Enfin, la méthode de calcul présuppose que la gravité de l'infraction est valable pour la totalité de la durée. Or, comme le reconnaît le paragraphe 27 de la communication, "la gravité de l'infraction s'apprécie en rapport avec les caractéristiques intrinsèques de la pratique restrictive de concurrence [...], mais également à la lumière du contexte économique de l'infraction commise".

Cette appréciation pourrait donc varier dans le temps en fonction de l'évolution des circonstances et du contexte économique.

Il conviendrait selon nous de prévoir une possible adaptation du facteur de gravité. Ceci pourrait cependant aussi se faire par le biais de la détermination du montant pour le facteur durée (qui peut varier de 10 à 30% du montant relatif au facteur gravité)⁷⁰.

5.3. Circonstances atténuantes et aggravantes

39. Les lignes directrices restent vagues quant à la quantification des circonstances atténuantes et aggravantes. Le Conseil indique uniquement que "le montant de base peut être augmenté en raison des circonstances aggravantes démontrées pour chaque entreprise" et que "le Conseil exprimera dans sa décision la majoration sous la forme d'un pourcentage du montant de base" (considérant 33).

La même adaptation est prévue pour les circonstances atténuantes. Aucune fourchette n'est cependant fournie dans les lignes directrices, laissant, de ce fait, un large pouvoir discrétionnaire au Conseil.

Ce manque de précision constitue une autre source d'incertitude limitant la prévisibilité.

40. Concernant les circonstances atténuantes retenues, on relèvera la possibilité qui est offerte au Conseil de prendre en compte "toute initiative prise par l'entreprise ou l'association d'entreprises pour éviter de commettre des infractions aux règles de concurrence" et également "l'indemnisation d'autres entreprises ou de consommateurs qui ont subi un préjudice suite au comportement infractionnel".

Ceci va dans le sens d'une prise en compte des difficultés auxquelles font face les entreprises lors de l'évaluation sincère de leur comportement et les incitera à mettre en place des programmes de 'compliance' ainsi que des mesures correctrices à l'égard des victimes en cas d'infraction.

Même si un programme de *compliance* n'est pas repris de manière explicite comme circonstance atténuante dans les

^{64.} Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'art. 15, 2. du règlement n° 17 et de l'art. 65, 5. du traité CECA, JO C 009, 14 janvier 1998, p. 3.

^{65.} Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130, 19 mai 2010, p. 1.

^{66.} Considérants 6 et 98 des lignes directrices sur les restrictions verticales, *ibid.*

^{67.} Considérant 6 des lignes directrices sur les restrictions verticales, *ibid.*

^{68.} Avant-projet de loi portant insertion du livre IV 'Protection de la concurrence' et du livre V 'La concurrence et les évolutions de prix' du Code de droit économique, juillet 2012.

^{69.} Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'art. 81, par. 1 du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO C 368, 22 décembre 2001, pp. 0013-0015.

^{70.} Avec pour conséquence cependant de réintroduire la notion de gravité de l'infraction dans le facteur 'durée'. La nécessité d'assurer une appréciation dynamique des restrictions de la concurrence ressort par exemple des règlements d'exemptions qui prévoient des clauses spécifiques visant à apprécier des accords restrictifs de concurrence en fonction de l'évolution des parts de marché dans le temps des parties concernées (voy. art. 8 du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 102, 23 avril 2010, pp. 0001-0007.

lignes directrices et n'a pas, jusqu'à ce jour, conduit la Commission ou le Conseil de la concurrence à octroyer une réduction de l'amende⁷¹, ceci peut être considéré comme une initiative visant à éviter de commettre des infractions.

La réduction du montant de l'amende en raison de l'indemnisation préalable des victimes favorisera quant à elle la conclusion de transactions et facilitera la réparation du préjudice subi par celles-ci.

41. De même, le Conseil retient comme circonstance atténuante "*la coopération réelle et efficace de l'entreprise [...] en dehors de son obligation légale de coopérer ou de celle découlant de l'application du programme de clémence*"⁷².

En l'absence d'une procédure de transaction similaire à celle qui existe au niveau européen⁷³, cette disposition se révélera sans doute d'une grande utilité. Elle incite en effet les entreprises, une fois l'infraction découverte, à collaborer à la procédure, ce qui permet de précieuses économies de temps et d'argent.

Cependant, si une procédure de transaction venait à être introduite dans le cadre de la révision de la LPCE, il faudrait veiller à ce que cette procédure ne soit pas vidée de son sens, et surtout de son intérêt pour les entreprises incriminées, du fait de l'existence de cette circonstance atténuante: quel intérêt à transiger avec l'auditorat si une réduction similaire peut être obtenue devant le Conseil au titre de circonstances atténuantes⁷⁴? Il conviendra également de permettre une application cumulée de la réduction des amendes au titre de la transaction et au titre des circonstances atténuantes, tel que cela existe notamment au niveau européen⁷⁵.

42. Il est regrettable qu'aucune référence ne soit faite aux marges moyennes du secteur ou de l'entreprise concernée alors que celles-ci pourraient être considérées comme une circonstance atténuante ou aggravante selon les cas. Cet élément permettrait de compenser un des inconvénients résultant de l'utilisation du chiffre d'affaires comme base de cal-

cul, à savoir le fait de ne pas prendre en compte la rentabilité du secteur concerné. Certes, la détermination de la marge moyenne est souvent difficile, ce qui empêche d'en faire la base de la méthode. Mais lorsqu'elle est disponible, elle devrait pouvoir être utilisée afin de modéliser l'importance de la sanction⁷⁶.

43. Enfin, le Conseil n'examine pas le problème que représente le risque de cumul des amendes. Nous pensons en particulier au cumul des amendes imposées sur la base du droit de la concurrence et de la réglementation sectorielle.

Nous avons en effet déjà indiqué ci-dessus que certains régulateurs tels que l'IBPT ou la CREG disposent également de compétences pour l'imposition des amendes (*supra* n° 6).

Dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de justice confirme que les obligations sectorielles sont sans préjudice de l'obligation de respecter le droit de la concurrence⁷⁷, on pourrait donc envisager une situation où une même pratique serait sanctionnée par le régulateur (pour violation du cadre sectoriel) et par le Conseil (pour violation du droit de la concurrence), sans que cela ne soit nécessairement contraire au principe *non bis in idem*.

Dans l'affaire relative au cartel de BBP, le Conseil a d'ailleurs considéré que "*l'application du principe du non bis in idem interdit de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique; en d'autres termes le principe ne s'appliquerait pas en cas de procédures parallèles poursuivant des fins distinctes*"⁷⁸.

Les objectifs de la réglementation sectorielle et du droit de la concurrence convergent cependant en grande partie. L'appréciation de la gravité de l'infraction et la nécessité d'assurer un effet 'dissuasif' de l'amende sont donc des considérations par rapport auxquelles il conviendrait d'assurer à la fois une certaine cohérence et une approche globalisée.

^{71.} Voy. le considérant 220 de la décision n° 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, C-2010/11304, *Staalplaatradiatoren*, MB 9 août 2010, p. 50.920.

^{72.} Lignes directrices, considérant 36.

^{73.} Règlement (CE) de la Commission du 30 juin 2008 n° 622/2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, *JOUE* L 171, 1^{er} juillet 2008, p. 3.

^{74.} L. DE MUYTER et N. NEYRINCK, "Une transaction en droit belge de la concurrence? Approche critique des propositions de la Direction générale de la concurrence et du ministère de l'Economie", *RCB* 2012, n°s 2-3, pp. 106-108.

^{75.} Voy. la communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des art. 7 et 23 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, considérant 32, *JOUE* C 167, 2 juillet 2008, p. 1.

^{76.} Voy. en ce sens rapport Folz, p. 35.

^{77.} Voy. CJCUE 14 octobre 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG / Commission européenne*, Rec. 2010, I-09555, considérant 92.

^{78.} Voy. le considérant 198 de la décision n° 2010-I/O-11 du 20 mai 2010, *Staalplaatradiatoren*, considérant 67.

6. CONCLUSION

44. Les nouvelles lignes directrices sont un pas dans la bonne direction.

Dans la droite ligne de celles qui ont été adoptées au niveau européen en 2006, elles clarifient le mode de calcul de l'amende et, de ce fait, améliorent la prévisibilité et la sécurité juridique pour les entreprises.

Elles contiennent aussi une méthodologie nettement plus précise et plus cohérente pour le calcul des amendes par rapport à celle qui prévalait dans les anciennes lignes directrices de 2004.

45. Le système du calcul des amendes va cependant continuer à évoluer au fur et à mesure de la mise en œuvre de ces lignes directrices, lesquelles laissent encore de nombreuses zones d'ombres.

Le Conseil n'a pas souhaité se lier à des principes trop contraignants, se gardant un large pouvoir discrétionnaire pour appréhender les situations complexes qui ne manqueront pas de se présenter et qui requerront une certaine flexibilité.

La jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles et celle de la nouvelle Autorité de la concurrence belge qui résultera de la refonte institutionnelle auront donc encore un rôle important à jouer dans l'interprétation de certains concepts et l'appréciation du caractère proportionnel et non-discriminatoire des amendes.

46. Le Conseil aurait cependant pu préciser certains points tels que le problème du cumul d'amendes, les problèmes pratiques rencontrés par les associations d'entreprises ou encore prévoir le calcul de l'amende dans le rapport motivé de l'auditorat sans pour autant que cela lui impose un carcan trop rigide.

Il aurait également été utile d'étendre le champ d'application des lignes directrices, afin de couvrir toutes les types d'infractions pouvant être sanctionnées sur pied de l'article 63, § 1^{er} LPCE.

47. Enfin, le Conseil semble avoir voulu procéder à l'adoption des lignes directrices avec une certaine hâte (et en reprenant en grande partie un projet de 2006), laissant peu de place pour une réflexion plus globale et ignorant les réformes potentielles que la révision de la LPCE pourrait apporter.

Cette hâte ne s'explique pas eu égard au fait que, près de neuf mois après la publication au *Moniteur belge* des nouvelles lignes directrices, le Conseil de la concurrence n'a pas encore été amené à les appliquer.

Quoi qu'il en soit, la nouvelle LPCE conduira sans doute la probable nouvelle Autorité de la concurrence belge à devoir revoir les lignes directrices.