

**Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la
concurrence**

04.02.2010

Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence

Saisine

Réunie le 29 octobre 2009 sous la présidence de Monsieur J. BOURGEOIS, la Commission de la Concurrence, ci-après la Commission, a entendu Monsieur J. STEENBERGEN, Directeur général de la Direction générale de la Concurrence du SPF Economie, à propos de l'éventuelle introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence. Par sa lettre du 17 novembre 2009, le Ministre pour l'Entreprise et la Simplification VAN QUICKENBORNE a indiqué à la Commission qu'une demande d'avis formelle suivrait dès que le projet de dossier élaboré par la Direction générale serait terminé. Après que cette proposition sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence a été transmise à la Commission dans les deux langues nationales, la Commission a reçu le 11 décembre 2009 une demande d'avis formelle au format électronique. La Commission y était invitée à émettre un avis pour la fin janvier 2010. La Commission s'est réunie à ce sujet le 30 novembre 2009 et le 6 janvier 2010. Cet avis a ensuite été approuvé à l'unanimité par les membres au moyen d'une procédure écrite.

Deux constats ont incité le Ministre pour l'Entreprise et la Simplification à demander à la Direction générale de la Concurrence d'examiner la possibilité et l'opportunité de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence.

Il y a d'une part la recommandation de l'OCDE, dans son *Economic Survey of Belgium 2009*, de permettre des sanctions pénales en cas de violation du droit belge de la concurrence. Dans un chapitre consacré au fonctionnement de la concurrence sur le marché belge, l'OCDE écrit notamment ce qui suit concernant les possibilités de sanction de la part de l'autorité belge de la concurrence :

"As in other European countries, fines can reach 10% of turnover (...). However, the effectiveness of the Authority should be enhanced by expanding its panel of possible sanctions by introducing criminal sanctions, such as prison sentences, for hard-core cartels."

Il y a d'autre part des évolutions récentes en matière de sanctions pénales dans le droit de la concurrence des pays qui nous entourent. Alors que certaines infractions à la législation de la concurrence sont déjà passibles de poursuites pénales aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Irlande, ce n'était le cas qu'exceptionnellement en Europe continentale. Or c'est également le cas aujourd'hui en Estonie, et les Pays-Bas préparent un projet de réglementation sur la poursuite pénale de certaines infractions au droit de la concurrence. Les autorités françaises de la concurrence semblent elles aussi de plus en plus favorables à l'introduction de sanctions pénales dans le droit de la concurrence.

Avis

1 Opportunité de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence

La Commission constate que les amendes infligées par la Commission européenne aux entreprises qui enfreignent le droit de la concurrence ne cessent d'augmenter, alors que les autorités belges de concurrence n'infligent des amendes que depuis assez peu de temps et que l'expérience y est encore limitée, voire nulle, en matière d'application d'amendes élevées à l'encontre des entreprises.

La Commission observe à cet égard qu'il n'y a actuellement aucune coordination européenne concernant l'introduction de sanctions pénales dans le droit de la concurrence. Jusqu'à ce jour, la Commission européenne n'a en effet pris aucune initiative en la matière et, malgré les développements récents dans certains pays voisins, les États membres qui disposent de sanctions pénales dans le droit de la concurrence représentent une minorité. En outre, les expériences d'application de sanctions pénales dans ces États membres ne sont pas uniformément positives. Étant donné que l'augmentation du montant des amendes semble surtout être le fait de la Commission européenne et que l'introduction de sanctions pénales est un débat assez récent, la Commission se demande s'il est opportun que la Belgique anticipe une initiative européenne en la matière. Dans ce contexte, et compte tenu de la répartition des tâches dans ce domaine entre les États membres de l'UE et la Commission européenne, le risque existe que des sanctions soient infligées pour les « petites » infractions et pas pour les « grandes » infractions.

La tendance de la Commission européenne à imposer des amendes plus lourdes aux entreprises s'appuie selon la Commission sur une théorie économique qui postule que, pour être dissuasif, le montant des amendes doit être fixé en fonction de la gravité de l'infraction commise, des gains espérés grâce à l'infraction et de la probabilité de découverte de l'infraction. La Commission constate que cette tendance peut être considérée comme problématique pour plusieurs motifs.

Premièrement, la Commission craint que les amendes élevées n'aient des conséquences économiques indésirables non seulement pour les entreprises concernées, mais aussi pour les travailleurs de ces entreprises et pour les consommateurs en général. C'est plus précisément le cas si les entreprises qui en ont la possibilité répercutent de plus en plus les amendes sur les consommateurs via des hausses de prix ou d'autres méthodes au fur et à mesure que les amendes s'alourdissent.

Deuxièmement, des doutes ont été exprimés quant à la question de savoir si les amendes administratives ont un effet suffisamment dissuasif sur les entreprises. À cet égard, la Commission constate que dans la plupart des cas, les amendes les plus élevées infligées par la Commission européenne concernent des cas de récidive, ce qui peut suggérer que les précédentes amendes n'avaient pas été suffisamment dissuasives. Une étude commandée par l'Office of Fair Trading (novembre 2007) sur l'effet dissuasif des sanctions auprès des entreprises¹ mérite à cet égard une attention particulière. Il ressort de cette étude que, pour les dirigeants d'entreprise, les amendes administratives n'occupent que la quatrième place parmi les sanctions ayant le caractère le plus dissuasif. Les sanctions pénales arrivent en tête de la liste, suivies de l'interdiction d'exercer une fonction dirigeante et de la mauvaise publicité ou d'une perte d'image pour l'entreprise.

¹ http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf

La Commission constate que, pour les raisons précitées, des alternatives aux amendes sont recherchées. Il ressort la plupart du temps de ces recherches que l'introduction de sanctions pénales et d'une interdiction d'exercer certaines fonctions (administrateur, chef d'entreprise,...) dans le droit de la concurrence pourrait rompre la tendance vers des amendes de plus en plus élevées.

La Commission estime toutefois qu'avant qu'elle ne puisse se prononcer définitivement sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence, il convient de procéder à une évaluation des différentes mesures qui ont été prises ces dernières années pour affermir le respect du droit belge de la concurrence ainsi que des sanctions qui sont déjà possibles dans le cadre du système actuel. Ceci concerne notamment le renforcement de l'autorité belge de concurrence par la nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (LPCE), et l'introduction d'un régime de clémence, qui a engendré un afflux constant de nouveaux dossiers. Il est nécessaire qu'une étude d'impact détaillée et scientifiquement étayée soit réalisée pour montrer dans quelle mesure les raisons précitées du caractère problématique des amendes élevées (effet dissuasif insuffisant, répercussion sur les consommateurs...) s'appliquent également au contexte belge. Ce n'est qu'à partir du moment où elle disposera de suffisamment de données pertinentes que la Commission pourra se prononcer de manière définitive sur l'opportunité ou non d'introduire des sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence.

La Commission est quoiqu'il en soit convaincue que l'introduction éventuelle de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence doit être évaluée dans le cadre global de l'ensemble des conséquences qu'une infraction peut avoir sur les entreprises. La Commission insiste sur l'importance de privilégier la prévention des infractions (notamment par le développement de compliance programs, par la promotion du rôle de juriste d'entreprise, etc.), et non pas seulement de réfléchir aux moyens de sanctions.

Si le souhait exprimé par la Commission de voir réaliser une étude d'impact avant d'envisager l'introduction de sanctions pénales est prise en considération, la Commission se réserve le droit d'émettre un nouvel avis après l'étude d'impact. En l'absence d'une évaluation de ce type, la Commission limite pour l'instant son avis à la formulation des remarques suivantes à propos de la proposition de texte actuelle.

2 Conditions sine qua non à l'introduction de sanctions pénales

Selon la Commission, il est essentiel de veiller à ce que la procédure envisagée respecte rigoureusement toutes les garanties procédurales prévues de la Convention Européenne de Protection et de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH), et en particulier le droit à un procès équitable garanti par l'article 6.

La Commission se rallie à la position de la Direction générale de la Concurrence concernant deux conditions sine qua non à l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence, à savoir le maintien du régime de clémence et la condition selon laquelle la procédure pénale ne peut pas suspendre la procédure administrative. La Commission estime donc qu'il est positif que la proposition de texte octroie l'exclusivité du droit de plainte à l'Auditorat.

La Commission estime que l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence ne peut pas compromettre le rôle de la politique de clémence en tant qu'instrument indispensable de la politique en matière de poursuites. Les requêtes de clémence sont en effet à la base de la plupart des procédures d'infraction réussies. Une meilleure application du droit de la concurrence est avancée comme le principal objectif de l'introduction de sanctions pénales. Si le programme de clémence n'était pas préservé, l'introduction de sanctions pénales produirait l'effet inverse.

La Commission se rallie à l'idée développée dans la proposition de texte selon laquelle une personne physique peut jouir de l'immunité en matière de poursuites pénales si elle a contribué à la requête de clémence de son entreprise, pour autant qu'il ressorte de l'instruction de l'autorité de la concurrence que l'entreprise satisfait aux conditions légales pour bénéficier de la clémence. Cela implique que l'instruction pénale à charge d'une personne physique ne pourrait débiter qu'après la prise de décision de l'autorité de la concurrence en ce qui concerne la demande de clémence. En effet, une personne physique ne serait pas encline à collaborer à une requête de clémence de son entreprise si elle court elle-même le risque d'une condamnation pénale.

La Commission souligne qu'il convient d'accorder une attention particulière à la portée précise de l'introduction d'un tel régime des repentis. Plus précisément, la question se pose de savoir si la cause d'excuse porte également sur les conséquences civiles de l'action pénale et si elle protège par conséquent également la personne physique contre les recours introduits par des particuliers. Selon la Commission, ce constat est clairement révélateur de la complexité d'une introduction éventuelle de sanctions pénales et de la nécessité d'une analyse approfondie.

La Commission estime également que l'instruction pénale à charge d'une personne physique ne peut pas entraîner la suspension du traitement selon le droit administratif du dossier devant l'autorité de la concurrence. La Commission a déjà souligné à maintes reprises que la durée moyenne des procédures engagées devant les autorités de la concurrence était encore trop longue². La suspension de cette procédure administrative pendant l'instruction pénale, dont la durée est également assez imprévisible, engendrerait un nouveau report de la décision relative à la procédure administrative, ce qui ne serait assurément pas positif pour la sécurité juridique des entreprises et des consommateurs concernés.

Au-delà de la nécessité d'une non-suspension de la procédure administrative, la Commission épingle également une série de problèmes procéduraux qui jalonnent la concomitance de la procédure administrative et de la procédure de droit pénal. Ainsi, la Commission estime que l'introduction de sanctions pénales risque de générer des interférences entre la procédure administrative d'une part et la procédure de droit pénal d'autre part. Ceci pourrait déboucher sur les résultats indésirables suivants :

- L'autorité belge de concurrence disposant elle-même de vastes compétences en matière d'instruction, le risque existe que les deux instances perturbent leurs travaux respectifs en cas de devoirs d'enquête simultanés, par exemple lors de la saisie de pièces dans le cadre de l'instruction pénale.
- L'échange d'informations entre les différentes instances peut poser problème. Il se peut en effet que le droit de la défense dans les affaires pénales entre en conflit avec la confidentialité des secrets d'entreprise dans le cadre d'une procédure de concurrence.

² CCE 2009-49 Avis relatif au rapport annuel 2007 de la Direction générale de la Concurrence du SPF Economie (05/02/2009) et CCE 2009-1052 Avis relatif au rapport annuel 2008 de la Direction générale de la Concurrence du SPF Economie (06/07/2009)

- Des dossiers similaires peuvent donner lieu à des décisions différentes, ce qui est surtout problématique lors de l'application de l'ancien article 81 du Traité de l'UE³. L'article 3 du règlement 1/2003⁴ introduit un système de priorité absolue du droit européen de la concurrence.
- Il y a un risque de morcellement de l'instruction.

La Commission estime que l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence requiert l'insertion dans la LPCE d'une nouvelle section fixant les rapports entre l'instruction administrative d'une part et l'instruction pénale d'autre part. Les pistes de réflexion suivantes sont à examiner :

- La Commission estime que l'instruction pénale en cours ne peut pas entraver l'instruction administrative. Selon la Commission, on pourrait envisager de suivre l'exemple du droit pénal fiscal, dans le cadre duquel l'ouverture d'une instruction pénale est subordonnée au consentement d'un contrôleur fiscal.
- Les décisions de l'autorité européenne/belge de concurrence concernant l'élément matériel de l'infraction devraient acquérir une validité universelle. Le juge pénal devrait ainsi se référer à la décision de l'autorité de concurrence compétente pour savoir s'il s'agit d'une entente caractérisée, ainsi qu'aux décisions de classement des autorités de concurrence.

3 Champ d'application des sanctions pénales

La Commission souhaite rappeler que la sécurité juridique et la clarté des dispositions pénales figurent parmi les principes essentiels du droit pénal belge. L'élaboration des dispositions pénales relatives aux infractions au droit de la concurrence demandera par conséquent une grande précision, tant en ce qui concerne l'élément moral que l'élément matériel de l'infraction. Il convient notamment d'éviter que les dispositions pénales ne manquent de clarté et ne prêtent à plusieurs interprétations. La Commission considère dès lors qu'il est nécessaire d'associer des spécialistes en droit pénal à la rédaction des dispositions pénales.

La Commission souligne que la proposition de texte introduisant un nouvel article 2/1 ne précise pas clairement, dans sa forme actuelle, les infractions que l'on veut soumettre à des sanctions pénales. On ne peut en effet pas en déduire avec certitude que les sanctions pénales se limitent aux infractions qui relèvent de la compétence des autorités belges de concurrence, ou que les infractions constatées après une instruction de la Commission européenne sont également punissables. La Commission estime qu'il est souhaitable que le texte précise clairement qu'il porte également sur les infractions aux règles européennes de la concurrence constatées par l'autorité belge de concurrence.

Selon la Commission, la proposition de texte exclut avec raison les abus de position dominante et les concentrations du champ d'application des sanctions pénales, de sorte que seules les infractions à l'article 2 de la LPCE et/ou à l'article 81 du Traité de l'UE puissent entrer en ligne de compte.

³ Nouvel article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁴ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

Concernant les ententes anticoncurrentielles, la Commission estime que des sanctions pénales ne peuvent être introduites qu'en cas de grave infraction à l'interdiction des ententes (ce qu'on appelle les ententes caractérisées (ou 'hardcore')). À l'exception des Pays-Bas, c'est du reste la règle en vigueur dans tous les autres pays de l'UE qui ont introduit des sanctions pénales ou envisagent de le faire. La Commission constate que l'on s'est appuyé, pour la formulation exacte dans la proposition de texte, sur la liste des 'hardcore restrictions' figurant dans le règlement 'de minimis' européen⁵. Bien que cette notion soit souvent utilisée au sein de l'UE, il ressort de la pratique qu'il est parfois malaisé de déterminer quelles ententes comportent des restrictions caractérisées. En vertu du principe de formulation claire des dispositions pénales, cette notion doit être précisée davantage.

À cet égard, la Commission approuve l'incrimination pénale des infractions 'horizontales' au droit de la concurrence ou des comportements illicites entre concurrents effectifs ou potentiels. La Commission émet par contre certaines réserves quant à l'application de sanctions pénales en cas de fixation verticale des prix. Bien que les accords sur les prix figurent en effet parmi les menaces les plus graves à l'encontre de la culture de la concurrence, la marge d'interprétation des restrictions de prix verticales est nettement supérieure à celle des restrictions horizontales. Ainsi, le simple fait pour un fournisseur de formuler un avis sur les prix maximums n'est généralement pas interdit. En outre, selon la Commission, la possibilité d'incrimination pénale ne peut pas être déterminée par la question de savoir s'il y a, dans le cadre du système de distribution choisi par le fournisseur, de « véritables » ou de « faux » contrats d'agence⁶. Cela pourrait en effet avoir un effet paralysant sur les possibilités de distribution dans l'économie belge.

La Commission estime en outre que l'élément matériel doit être limité :

- aux ententes secrètes, étant donné que l'on peut réagir de manière adéquate aux limitations évidentes de la concurrence par le biais d'enquêtes sectorielles ou de demandes privées d'indemnités.
- à l'action effective de personnes physiques. Le simple fait de s'aligner sur les décisions de prix de concurrents sur le marché ne peut donc pas faire l'objet de poursuites pénales.
- aux comportements qui limitent effectivement la concurrence, de sorte qu'une entente qui n'a pas encore été mise en œuvre ne relève pas du droit pénal.

La Commission est consciente que, malgré ces restrictions, la détermination matérielle de l'infraction demeure une tâche complexe. La Commission estime que l'incrimination de la poursuite d'agissements enfreignant la décision (en force de chose jugée) d'une autorité de concurrence peut entrer en ligne de compte comme alternative.

En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, la Commission pense pouvoir déduire de la proposition de texte qu'une personne physique peut commettre une infraction à la concurrence par inadvertance. Selon la Commission, le seuil d'incrimination pénale est ainsi trop bas et il faut un dol spécial qui devrait consister en l'intention de s'approprier un bénéfice patrimonial déloyal pour soi-même ou pour l'entreprise.

⁵ Communication de la Commission (2001/C368/07) concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté européenne (de minimis).

⁶ Les véritables contrats d'agence sont exclus du champ d'application de l'ancien article 81 du Traité de l'UE (article 12 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission européenne du 13 octobre 2000).

La Commission est favorable à la formulation "qui peuvent être visées" au § 2 du nouvel article 2/1 de la proposition de texte, puisque les termes utilisés suggèrent que la sanction pénale ne peut être infligée en cas de doute. Il importe toutefois que cette interprétation soit clarifiée, et non contredite, dans l'Exposé des motifs.

La Commission insiste sur l'importance d'une bonne définition de la notion d' 'auteur'. La Commission estime que des spécialistes en droit pénal doivent être associés à la formulation du concept d' 'auteur'. Quoiqu'il en soit, la formulation du concept d' 'auteur' doit être aussi restrictive que possible. En d'autres termes, il convient d'éviter que la définition ne soit trop vaste, sous peine d'exposer tous les membres du personnel de l'entreprise concernée à des sanctions pénales. D'un autre côté, la définition ne peut pas non plus permettre aux véritables auteurs de se décharger de la culpabilité.

La Commission constate que, dans la proposition de texte, la Direction générale de la Concurrence envisage de définir comme suit la notion d' 'auteur' d'une infraction au droit de la concurrence : "toute personne qui, au nom ou pour le compte d'une entreprise, traite ou décide ". L'exposé des motifs joint à la proposition comporte toutefois une deuxième option, sans que l'une des deux options ne soit clairement privilégiée : "les personnes visées dans la première option et leurs supérieurs, et qui étaient ou devaient être au courant de l'infraction". La Commission plaide en tout cas pour la suppression des termes "ou devaient être", étant donné que cette construction est peu courante, voire inexistante, en droit pénal.

Dans la foulée, la Commission attire l'attention sur les divergences constatées sur une série d'autres points entre l'exposé des motifs et la proposition de texte proprement dite.

La Commission déduit de la proposition de texte que les règles de la participation punissable sont d'application. Compte tenu du fait que cela agrandit fortement le cercle des personnes responsables pénalement, la Commission se demande s'il s'agit bien de l'objectif visé. En outre, il est question dans la proposition de texte d'infraction instantanée, de sorte qu'un dirigeant d'entreprise ne peut pas être pénalement responsable d'une entente caractérisée qui a débuté sous son prédécesseur si lui-même n'a entrepris aucune action.

4 Etendue des sanctions pénales et alternatives possibles

La Commission constate que la Direction générale de la Concurrence envisage une disposition pénale qui prévoit des peines de privation de liberté de deux mois à cinq ans et des amendes de 100 à 10 000 euros.

La Commission estime que l'interdiction de continuer à exercer certains mandats ou fonctions d'administrateur, de commissaire ou de chef d'entreprise, par analogie au droit des faillites, peut souvent constituer une sanction plus appropriée et pertinente. Il serait à cet égard intéressant de puiser dans les expériences d'autres pays imposant cette sanction.
