

Avant-propos

Le livre que vous tenez entre les mains est le prolongement d'un séminaire organisé le 6 juin 2016 par la Fédération des Entreprises de Belgique et la Brussels School of Competition. Il s'agit également de la mise à jour d'un ouvrage paru en 2009, dont l'ambition était de sensibiliser les fédérations d'entreprises à l'application du droit de la concurrence. Depuis lors, l'importance de cette matière pour de telles associations ne s'est pas démenti, bien au contraire.

Les fédérations d'entreprises sont de plus en plus confrontées aux règles de concurrence. Cela n'a rien d'étonnant puisqu'elles sont le lieu, par excellence, de rencontres entre concurrents. Et de ce fait, elles se trouvent sous la surveillance étroite des autorités de concurrence.

La rencontre entre concurrents au sein d'une fédération ne soulève en soi aucune difficulté : les entreprises s'y réunissent à des fins parfaitement légitimes, notamment pour défendre leurs intérêts communs ou échanger des informations. Toutefois, lorsque la fédération sert de forum ou est utilisée comme vecteur favorisant l'émergence de pratiques restrictives de concurrence, il y a des raisons de s'inquiéter.

Au même titre que les entreprises, les fédérations sont visées par les règles de concurrence. Les principes de base sont contenus aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et aux articles IV.1 et IV.2 du Code de droit économique (CDE). Ils interdisent les accords limitant la concurrence que les entreprises pourraient conclure dans le cadre d'une fédération, ainsi que les décisions unilatérales restrictives de la concurrence, qui seraient prises par une fédération pour le compte de ses membres (art. 101 TFUE et art. IV.1 CDE). Par ailleurs, ils interdisent les abus de position dominante (art. 102 TFUE et art. IV.2 CDE).

Remarquons d'emblée que ces principes, formulés en termes très généraux, font également l'objet d'une interprétation très large. Prenons l'exemple des « ententes ». En vertu de l'article 101 TFUE, les décisions d'associations d'entreprises (soit les fédérations d'entreprises) sont interdites lorsqu'elles ont pour objectif ou comme conséquence de limiter la concurrence. La notion de « décision » d'une fédération doit être interprétée au sens le plus large du terme. Elle peut englober tout à la fois les recommandations de la fédération, ses résolutions, son comportement, ses statuts... Les accords verbaux comme les discussions informelles tombent également sous le coup de cette définition. Il ne doit pas nécessairement s'agir de décisions contraignantes. Du reste, le fait que certaines de ces décisions ou recommandations ne soient pas suivies n'influence en général pas l'appréciation du caractère infractionnel et les sanctions éventuelles. Enfin, même si les intentions des participants à la prise de décision sont bonnes, l'acte sera jugé contraire à l'interdiction de former des ententes dès lors que la décision a pour conséquence de limiter la concurrence.

L'ampleur du problème devient évidente lorsque l'on tient compte des éléments suivants :

- les entreprises et les fédérations d'entreprises doivent évaluer elles-mêmes si leurs pratiques sont conformes aux règles de la concurrence. Il n'est en principe plus possible d'interroger au préalable les autorités de concurrence sur la conformité d'une pratique déterminée. En effet, tant le règlement européen (CE) n° 1/2003 que le droit belge de la concurrence ont aboli le système de notification. Des entreprises concurrentes qui souhaitent conclure un accord de coopération ne peuvent plus le notifier préalablement aux autorités de concurrence. Elles sont donc responsables d'apprécier les situations qu'elles créent au regard du droit de la concurrence ;
- les fédérations, tout comme leurs membres, peuvent encourir des amendes si elles enfreignent les règles de concurrence, et notamment si elles passent outre l'interdiction de former des ententes. Le fait que les membres se voient infliger une amende pour la même pratique n'implique nullement que la fédération sera épargnée. De plus, dans le cadre de la réglementation européenne, il est prévu que les membres peuvent être tenus d'assumer les amendes infligées à leur fédération ;

- la fédération peut en outre faire l'objet d'actions en dommages et intérêts, tant de la part de membres que de non-membres. Suite à la transposition de la Directive dommages et intérêts¹ en droit belge, il sera en effet plus aisé pour les victimes d'infractions au droit de la concurrence d'obtenir un dédommagement. À cet effet, la directive prévoit notamment l'introduction d'une présomption réfragable que les ententes engendrent un préjudice. Pour l'instant, la Directive dommages et intérêts n'a pas encore été transposée en Belgique. Il est donc prématuré de porter un jugement à ce sujet. Une chose est claire, une bonne compréhension des règles de concurrence ne fera que gagner en importance à l'avenir. En effet, en plus de la mise en œuvre du droit de la concurrence dans la sphère publique par les autorités de concurrence, on peut s'attendre à ce que sa mise en œuvre privée se développe au cours des prochaines années par le biais d'actions en dommages et intérêts.

Le respect du droit de la concurrence doit dès lors constituer un souci permanent de toute fédération d'entreprises. Enfreindre les règles de concurrence, c'est s'exposer à des risques juridiques considérables : invalidation des décisions prises par les fédérations et leurs membres, lourdes amendes, actions en dommages et intérêts. À cela, il faut encore ajouter que les procédures d'infraction lancées par les autorités de concurrence entravent souvent le bon fonctionnement des fédérations et ternissent leur réputation.

Ces risques sont d'autant plus sérieux que les règles de concurrence s'appliquent à un large éventail d'activités des fédérations. En effet, de nombreuses missions typiques des fédérations intéressent le droit de la concurrence. Elles sont passées en revue dans le présent ouvrage.

- *L'échange d'informations* est sans doute l'une des activités les plus courantes d'une fédération d'entreprises. Celle-ci est, en effet, le lieu par excellence pour échanger des renseignements. En lui-même, l'échange d'informations ou de statistiques (relatives au marché) entre entreprises n'est ni illégal, ni interdit. Il peut en effet stimuler la

¹ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 349/1 du 5 décembre 2014.

- concurrence en permettant une meilleure vision du fonctionnement du marché et, par voie de conséquence, en accroître l'efficacité. Il peut toutefois induire une limitation de la concurrence entre entreprises. C'est le cas lorsque certaines incertitudes propres à la concurrence sont levées, de telle manière que chaque acteur du marché sait précisément ce qu'il adviendra de la stratégie future des autres. Il peut avoir pour conséquence que les entreprises ne déterminent plus leur comportement sur le marché de manière indépendante et autonome, et favoriser la coordination des comportements sur le marché.
- Les fédérations sont également idéalement placées pour adresser des *recommandations pratiques* à leurs membres. Le plus souvent, de telles recommandations ne poseront aucun problème de droit de la concurrence. En revanche, toute recommandation susceptible d'avoir un impact sur le comportement concurrentiel des membres tombe sous l'empire des règles de concurrence. Comme exemple très parlant, citons le fait pour une fédération de recommander à ses membres d'utiliser certains prix de marché ou de suivre certaines évolutions (coût, index, marges...). Une telle recommandation est strictement interdite en droit de la concurrence, peu importe qu'elle soit ou non contraignante.
 - L'établissement de *codes de conduite* constitue une activité usuelle des fédérations d'entreprises. En général, les objectifs que poursuivent ce faisant les fédérations sont parfaitement légitimes (par exemple, améliorer l'image du secteur concerné). Les fédérations doivent toutefois être attentives à ce que les codes de conduite n'abritent pas d'accords restrictifs de concurrence.
 - Les fédérations sont souvent sollicitées par leurs membres pour rédiger des *conditions générales standard* ou des *modèles de contrats*. Cette forme de service offert par la fédération n'est pas contraire au droit de la concurrence. Néanmoins, le contenu concret des documents établis par la fédération et les accords ou recommandations relatifs à leur utilisation doivent faire l'objet d'un examen approfondi, pour apprécier le risque éventuel de violation du droit de la concurrence. Il s'agit notamment d'être vigilant en ce qui concerne les clauses types relatives à la détermination du prix.
 - Les fédérations élaborent fréquemment des *normes techniques* ou créent des *labels de qualité*. Si ces activités ne posent pas, en tant que telles, problème au regard du droit de la concurrence, une

évaluation plus sérieuse est parfois nécessaire si les dispositions en cause induisent des limitations de la concurrence.

- De nombreuses fédérations organisent des *foires* ou des *salons*. Le succès de ces événements peut avoir pour effet que le droit de participation constitue un avantage concurrentiel substantiel. La fédération subordonne parfois la participation à certaines conditions susceptibles d’occasionner une limitation de la concurrence.
- L’organisation d’*achats groupés* au sein d’une fédération permet souvent à ses membres de réaliser des économies substantielles. Ces initiatives sont peu problématiques au regard du droit de la concurrence. Les *ventes groupées* poseront par contre plus facilement problème, car elles mèneront rapidement, par exemple, à une concordance des prix, des conditions de vente uniformes, etc.

On le voit, le nombre de cas de figure susceptibles de relever du droit de la concurrence est particulièrement élevé. Bien entendu, toutes ces activités ne sont pas interdites en tant que telles par les règles de concurrence. Seuls certains de leurs aspects peuvent être soumis à quelques limites. Le problème est que la frontière entre ce qui est permis et ce qui est interdit par le droit de la concurrence n’est pas toujours simple à tracer. On frôle parfois la ligne rouge sans s’en apercevoir. Le tout est de ne pas la franchir...

En cas de doute quant à la compatibilité d’une initiative ou d’une pratique avec les règles de concurrence, une évaluation approfondie de la situation s’impose. Alors que certaines pratiques sont clairement inacceptables (par exemple, la conclusion d’accords sur les prix), de nombreuses activités d’une fédération ne posent pas de problème au regard du droit de la concurrence, ou ne posent problème que dans des circonstances bien spécifiques. Dans cette dernière hypothèse, une appréciation au cas par cas est indiquée. L’analyse factuelle et économique, requise par le droit de la concurrence, rend certes l’examen plus complexe, mais elle est indispensable afin d’établir un diagnostic correct.

Pour servir ses membres de manière optimale, une fédération d’entreprises doit veiller au respect constant du droit de la concurrence et attirer l’attention de ses membres sur ces règles. D’ailleurs, les membres attendent souvent de leur fédération qu’elle tire à temps la sonnette d’alarme. Généralement perçue comme un filet de sécurité, l’appartenance à une fédération crée parfois, à tort, une illusion d’immunité au

regard du droit de la concurrence. Comme les fédérations constituent un lieu de rencontre pour les concurrents, il est très utile de prévoir de bonnes règles de fonctionnement, relatives notamment au déroulement des réunions, aux ordres du jour, aux procès-verbaux, etc. De telles règles contribuent à maintenir le fonctionnement de la fédération sur le droit chemin en termes de droit de la concurrence, et à la tenir éloignée le plus possible de toute « zone grise ».

Une veille juridique permanente demeure sans doute la meilleure voie permettant d'assurer une gestion diligente du risque lié à l'application du droit de la concurrence. C'est le rôle en premier lieu du juriste d'entreprise ou de fédération. Une contribution du présent livre est consacrée à la confidentialité des avis (ou *legal privilege*) du juriste d'entreprise, essentielle pour une politique préventive efficace au sein d'une entreprise ou d'une fédération.

Cette nouvelle édition est augmentée d'un chapitre supplémentaire, qui expose les différentes façons dont une fédération peut être confrontée pratiquement au droit de la concurrence. Il s'agit essentiellement des trois situations suivantes : les perquisitions (indubitablement un des aspects les plus marquants du droit de la concurrence), les demandes de renseignements (utilisées par les autorités de concurrence notamment pour se faire une idée globale d'un marché dans le cadre d'une enquête) et le dépôt de plaintes (lorsqu'une fédération ou ses membres pensent que certaines pratiques ne sont pas conformes au droit de la concurrence, ils peuvent introduire une plainte auprès d'une autorité de concurrence).

L'ambition de cet ouvrage publié par la Fédération des Entreprises de Belgique et la Brussels School of Competition est de conscientiser les fédérations, notamment à travers une série d'exemples significatifs de ce qu'elles peuvent faire et ne peuvent pas faire au regard du droit de la concurrence. Grâce à cet outil, nous espérons que les fédérations pourront développer les bons réflexes et, à leur tour, sensibiliser les entreprises qui se rencontrent en leur sein aux risques liés à l'application des règles de concurrence.

Bruxelles, décembre 2016

Philippe LAMBRECHT
Administrateur- Secrétaire general, FEB

Charles GHEUR
Director, BSC