

Avis du Conseil de la concurrence sur la révision des seuils de notification pour les concentrations visés à l'article 11 de la loi sur la protection de la concurrence économique

1. Saisine

Par courrier daté du 14 septembre 2004, le Ministre de l'Économie a officiellement sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur une modification des seuils de notification des concentrations.

Le Ministre de l'Économie souhaite remplacer le texte de l'article 11, §1^{er} de la loi sur la protection de la concurrence économique (ci-après dénommée LPCE) libellé comme suit « *Les dispositions de la présente section ne s'appliquent que lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires, déterminé selon les critères visés à l'article 46, de plus de 40 millions d'euros, soit 1.613.596.000 francs et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 15 millions d'euros, soit 605.098.500 francs* » par le texte suivant : *"Les dispositions de la présente section ne s'appliquent que lorsqu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique, un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros"*.

Son intention est de diminuer ainsi la charge de travail des autorités de la concurrence et la charge administrative des entreprises tout en ne préjudiciant pas la concurrence sur les marchés belges. Une note rédigée par un groupe de travail d'experts et un tableau de simulations ont également été communiqués au Conseil de la concurrence par le cabinet du Ministre de l'Économie.

2. Base légale

L'article 11 § 2 LPCE prévoit expressément que le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et après consultation du Conseil et de la Commission de la concurrence, majorer les seuils visés au § 1^{er}.

Le paragraphe 3 de cet article prévoit en outre que « *tous les trois ans, le Conseil de la concurrence procède à une évaluation des seuils visés au § 1^{er}, en tenant compte entre autres de l'incidence économique et de la charge administrative pour les entreprises. Le Service de la concurrence remet un avis au Conseil en vue de cette évaluation.* »

3. Rétroacte

Le Conseil de la concurrence a déjà dans le passé, conformément à l'article 11 LPCE et sur base de sa compétence générale d'avis et de proposition qui lui est conférée par l'article 16 LPCE, émis en 2002 deux avis circonstanciés, approuvés lors de ses assemblées générales du 16 octobre 2002 et du 27 novembre 2002. La dernière modification des seuils de notification est en effet intervenue le 1^{er} juillet 1999.

Après avoir énoncé l'historique des modifications des seuils de notification (dans son avis du 16 octobre 2002 en page 2 point I) et analysé les statistiques des concentrations qui lui ont été notifiées entre 1993 et fin décembre 2001, le Conseil de la concurrence avait estimé que la majoration des seuils du chiffre d'affaires constituait un des moyens de diminuer considérablement le nombre de concentrations sujettes à notification. Tout en proposant d'accroître (et d'indexer) le montant de ces

seuils, il préconisait également qu'une étude économique préalable soit réalisée pour déterminer la hauteur exacte des seuils à retenir. Force est de constater que cette étude n'a pas été réalisée à ce jour. De même, le Conseil de la concurrence ne dispose pas à ce jour d'un avis établi par le Service de la concurrence, conformément à l'article 11, §3 LPCE, en vue de cette évaluation.

Une piste alternative a encore été suggérée par le Conseil de la concurrence dans son avis du 16 octobre 2002 afin d'alléger la charge administrative qui pèsent sur les entreprises et l'ampleur de la tâche des autorités belges de la concurrence, afin de permettre à ces dernières de se concentrer davantage sur l'application des articles 2 et 3 LPCE. En conclusion de son avis du 16 octobre 2002, le Conseil de la concurrence estimait que l'introduction d'une procédure simplifiée pour certaines concentrations s'imposait de même qu'une majoration significative des seuils de notification des concentrations, après réalisation d'une étude économique.

Une communication conjointe du Conseil de la Concurrence et du Corps des Rapporteurs relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration a été publiée au Moniteur belge du 11 décembre 2002. Cette communication décrit la nouvelle procédure simplifiée que le Conseil de la concurrence et le Corps des Rapporteurs entendent suivre pour traiter certaines opérations de concentration qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence. Elle se fonde sur l'expérience acquise par le Conseil de la concurrence et le Corps des Rapporteurs dans l'application de la loi sur la protection de la concurrence économique qui a montré qu'en l'absence de circonstances particulières, certaines catégories de concentrations notifiées sont normalement autorisées sans avoir soulevé de doutes quant au fond.

En suivant la procédure décrite dans cette communication conjointe, le Conseil de la concurrence et le Corps des Rapporteurs visent à mieux cibler le contrôle des concentrations et à le rendre plus efficace. En 2003, plus de quarante pour cent des notifications introduites (soit 24 dossiers sur 59 dossiers déposés) ont fait usage de la procédure simplifiée ce qui révèle indubitablement la nécessité d'une telle procédure. En 2004, 22 des 32 dossiers de concentration ont déjà été notifiés selon la procédure simplifiée.

4. Portée de la modification envisagée

Il convient de faire observer que le législateur (par le biais de l'article 11, §2 LPCE) a conféré au Roi le pouvoir de majorer, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et après consultation du Conseil de la concurrence et de la Commission de la concurrence, les seuils visés au paragraphe 1^{er} de l'article 11 LPCE.

Force est de constater que la modification du texte de l'article 11, §1^{er} LPCE suggérée dans la demande d'avis du 14 septembre 2004 envoyée par le Ministre de l'Économie au Conseil de la concurrence, excède la compétence déléguée au Roi et nécessiterait une modification légale. En effet, la modification suggérée supprime notamment toute référence à l'article 46 LPCE et porte également sur les critères de notification et non uniquement sur le montant des seuils.

Il y a lieu de rappeler que la section législation du Conseil d'Etat a clairement indiqué le 4 mars 2004 dans son avis n°36.564/1 portant sur le projet d'arrêté royal modifiant la loi sur la protection de la

concurrence économique¹ (devenu entre temps l'arrêté royal du 25 avril 2004 publié au Moniteur belge du 3 mai 2004), ce qui suit:

« Eu égard à la règle constitutionnelle relative à l'exercice du pouvoir législatif (article 105 de la Constitution), ces dispositions habilitant le Roi à empiéter sur les compétences du législateur doivent s'interpréter de manière restrictive... Il découle de cette limitation que le Roi est seulement habilité à prendre des mesures à propos desquelles son pouvoir d'appréciation est, sinon exclu, à tout le moins limité à un minimum... ». Une intervention du législateur est par conséquent nécessaire au cas où la modification de l'article 11, §1^{er} LPCE ne devrait pas uniquement porter sur une majoration des seuils.

5. Adoption d'un arrêté royal pour augmenter sensiblement les seuils de notification

Compte tenu du caractère extrême urgent de revoir à la hausse le montant des seuils de notification des concentrations fixés par cette disposition, le Conseil suggère de se limiter à modifier uniquement le montant des seuils visés à l'article 11, §1^{er} LPCE par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

Il importe que les montants retenus comme seuils minima de chiffre d'affaires présentent l'avantage de devoir notifier que les opérations de concentration susceptibles d'avoir des répercussions économiques immédiates, directes et notables.

5.1 L'importance d'une étude économique

Afin de consolider leur croissance et d'optimiser leurs performances tant en ce qui concerne leur chiffre d'affaires que leur profit, les entreprises se sont engagées dans diverses stratégies telles les concentrations, l'internationalisation des affaires, la diversification de l'offre en produits et services ainsi que l'optimisation de marchés.

L'autorité de concurrence belge se trouve confrontée à d'importants changements économiques et concurrentiels. Compte tenu de l'augmentation de la fréquence des opérations notifiables, il importe de prévoir une augmentation sensible des seuils de notification et d'exclure les opérations de concentration qui sont peu susceptibles d'affecter sensiblement les conditions de concurrence sur le territoire belge. En effet, de telles opérations, s'il fallait les notifier, induisent des coûts de transaction inutiles et la mobilisation des moyens des autorités de concurrence.

Il s'avère donc indispensable de rehausser les montants légaux des seuils visés à l'article 11, §1 de la LPCE.

Pour évaluer le niveau des nouveaux seuils à introduire, une étude économique s'impose qui devrait permettre d'évaluer l'impact des nouveaux seuils sur les opérations ayant peu d'impact concurrentiel

¹ Dans le projet d'arrêté royal qui était soumis à l'époque à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 1987 portant exécution des règlements et directives pris en application de l'article 87 du Traité instituant la Communauté économique européenne était invoqué comme fondement juridique des dispositions en projet. Selon cet article, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, prendre les mesures - y compris la modification ou l'abrogation de dispositions légales existantes - nécessaires à l'exécution des obligations résultant des règlements et directives pris en application de "l'article 87" (actuellement : l'article 83) du Traité CE.

en Belgique. Dans ses avis rendus le 16 octobre 2002 et le 27 novembre 2002, le Conseil de la concurrence s'était déjà prononcé en faveur d'une augmentation des seuils actuels de notification des concentrations. Il avait également souligné qu'une étude économique préalable s'imposait. Il réaffirme dans le présent avis son point de vue.

De nombreux pays se sont progressivement dotés d'un régime de contrôle des concentrations. En cas de notifications multiples, cela augmente d'autant les coûts, rallonge les délais et accroît l'insécurité juridique pour les opérations requérant l'autorisation de plusieurs autorités de concurrence. En outre l'accélération du processus de mondialisation et des fusions transfrontalières laisse augurer une augmentation du nombre de cas sur lesquels des autorités de concurrence pourraient rendre des décisions divergentes. C'est ainsi que dans les enceintes européennes et internationales l'établissement de règles identiques de contrôle de la concurrence entre les différents pays membres est discuté au sein de groupes de travail.

Si la plupart des Etats membres ont opté pour la prise en compte du chiffre d'affaires des entreprises comme critère de notification d'opération de concentration, le Conseil de la concurrence constate néanmoins une grande diversité des montants retenus comme seuils minima. Le Conseil de la concurrence estime nécessaire de dresser un véritable bilan complet des coûts et avantages des opérations de concentration notifiables, intégrant la compétitivité internationale des entreprises européennes. Aussi, à côté d'une étude économique qui devrait être réalisée au niveau de la Belgique, le Conseil préconise l'établissement d'une étude économique à l'échelle européenne.

En application de l'article 11, §3 de la LPCE, le Conseil de la concurrence devrait procéder tous les trois ans à une évaluation des seuils visés au §1^{er} de l'article 11, en tenant compte entre autres de l'incidence économique et la charge administrative pour les entreprises. Il est regrettable de constater que le Conseil de la concurrence n'est pas en mesure de faire cette évaluation à défaut de posséder une étude économique.

5.2 Le maintien de l'application de l'article 46 de la LPCE.

Dans sa lettre du 14 septembre 2004, le Ministre de l'Economie propose de modifier l'article 11, §1^{er} de la LPCE comme suit : « De bepalingen van deze afdeling zijn slechts van toepassing wanneer minstens twee van de betrokken ondernemingen elk in België een omzet realiseren van minstens 40 miljoen Euros. »

Cette proposition de modification abroge le renvoi à l'article 46 de la LPCE visé par l'actuel 11, §1^{er}. L'article 46 précise en son §1^{er} que le chiffre d'affaires visé à l'article 11 (les concentrations) est le chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent en Belgique. En outre le paragraphe 3 de l'article 46 prévoit le remplacement du chiffre d'affaires par d'autres valeurs de mesure pour le secteur des banques et assurances.

Le Conseil de la concurrence estime essentiel de maintenir le renvoi à l'article 46 de la LPCE. La loi doit identifier de manière explicite les différents éléments qui déterminent le critère de notification. Elle doit préciser l'échelle géographique de son instrument de mesure (un chiffre d'affaires national, mondial...) et définir une valeur de temps (exercice social précédent).

5.3 Majoration proposée par le Conseil de la concurrence pour les seuils de notification.

Le Conseil de la concurrence propose de maintenir le double seuil de chiffre d'affaires et d'en majorer les montants en modifiant l'article 11, §1^{er} comme suit :

*« Les dispositions de la présente section ne s'appliquent que lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires, déterminé selon les critères visés à l'article 46, de plus de **100 millions d'euros**, et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins **30 millions d'euros**. »*

Le Conseil est d'avis qu'une augmentation des seuils de concentration doit être sensible sans être démesurée. Le Conseil de la concurrence considère qu'en l'absence d'une étude économique approfondie, une certaine prudence s'impose dans l'augmentation des seuils. Il estime dans ces conditions qu'il n'est pas opportun de porter le second seuil visé à l'article 11, §1^{er} LPCE à plus du double de son montant actuel. De plus, il ne faut pas perdre de vue les effets cumulatifs potentiels d'opérations qui à première vue semblent insignifiantes.

Sur base de sa pratique décisionnelle et d'un tableau de simulation², le Conseil de la concurrence propose comme nouveau seuil de notification un doublement du chiffre d'affaires qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique. En outre il est logique que le chiffre d'affaires à réaliser par toutes les parties concernées ensemble en Belgique soit sensiblement plus élevé que le total des chiffres d'affaires réalisés par au moins deux entreprises concernées.

Le Conseil de la concurrence renvoie également à son avis émis le 27 novembre 2002³. Le Conseil de la concurrence avait été sollicité le 11 octobre 2002 par le Ministre de l'Economie en vue de remettre son avis sur un avant-projet de loi qui proposait de modifier la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. Cet avant-projet de loi était libellé comme suit: "Article 11, §1^{er}. Les dispositions de la présente section ne s'appliquent que lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaire mondial cumulé de plus de 125 000 000 euros, ..."

En comparaison avec les seuils de chiffres appliqués dans les autres pays de l'Union européenne comme second critère de notification, le Conseil de la concurrence constate que ceux-ci varient de 15 à 50 millions d'euros à réaliser par une ou au moins deux entreprises chacune sur le territoire national.

6. En ce qui concerne une modification de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée par arrêté royal du 1^{er} juillet 1999

Le Conseil de la concurrence se propose d'analyser si une modification de l'article 11, §1 LPCE, qui ne concernerait pas seulement les seuils de chiffre d'affaires, et qui nécessiterait une modification de la loi, est souhaitable. Le Conseil se propose de revenir sur ce point dans un avis ultérieur.

² Tableau de simulation joint à la note communiquée par la cellule stratégique du Ministre de l'Economie, M. Marc Verwilghen par courriel du 16 septembre 2004 ;

³ Avis du Conseil de la concurrence du 27 novembre 2002 sur l'avant projet de loi modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, p.4.

7. Conclusion

Le Conseil de la concurrence rappelle l'urgence d'augmenter sensiblement les seuils de notification des opérations de concentration.

Cette augmentation peut être réalisée par l'adoption d'un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.

La dernière majoration des seuils qui a été réalisée date du 14 juin 1999⁴. Elle est entrée en vigueur le 31 juillet 1999.

Les montants retenus doivent être majorés en vue d'éviter de contrôler des aspects de l'opération qui se situent totalement à l'étranger et qui ne concernent pas l'économie locale ou qui représentent aucun risque notable en matière de concurrence sur le marché belge.

Le Conseil de la concurrence rappelle l'importance de la réalisation d'une étude économique permettant d'évaluer l'impact des nouveaux seuils et l'incidence économique que leur application entraîne sur le marché belge.

Le Conseil de la concurrence propose de majorer les seuils visés à l'article 11, §1^{er} en remplaçant les mots « 40 millions d'euros, soit 1.613.596.000 francs » par les mots « 100 millions d'euros » et « 15 millions d'euros, soit 605.098.500 francs » par les mots « 30 millions d'euros ».

En conséquence l'article 11, §1^{er} de la LPCE se lirait comme suit : « Les dispositions de la présente section ne s'appliquent que lorsque les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires, déterminé selon les critères visés à l'article 46, de plus de **100 millions d'euros**, et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins **30 millions d'euros**. »

Quels que soient les seuils minima qui seront retenus, la priorité est de réduire les coûts inutiles et plus précisément d'encourager la détermination de seuils minima de notification n'obligeant de notifier que des opérations de concentration susceptibles d'avoir des répercussions économiques immédiates, directes et notables sur le territoire belge ou une partie substantielle de celui-ci.

Le présent avis a été approuvé par le Conseil de la concurrence lors de son assemblée générale du 6 octobre 2004.

⁴ Arrêté royal du 14 juin 1999, M.B. du 31 juillet 1999.