

La sanction des pratiques anticoncurrentielles



Bruno Deffains

CRED, Université Paris 2 et Institut Universitaire de France

Séminaire Nasse, 3 mai 2016

Introduction

- Le principal instrument utilisé en France pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles est l'amende (article L-464-2 du Code de commerce).
- Communiqué de l'AC du 16 mai 2011 (méthodes de détermination des sanctions pécuniaires, peines planchers pour les ententes, plafonds pour toutes les pratiques).
- Quatre éléments sont pris en compte: gravité de la pratique, importance du dommage causé à l'économie, situation individuelle de chaque entreprise et éventuelle réitération .
- Ce dispositif laisse une certaine latitude sur la méthode retenue pour le calcul de la sanction.
- Interrogations sur l'efficacité du dispositif et sa prévisibilité.

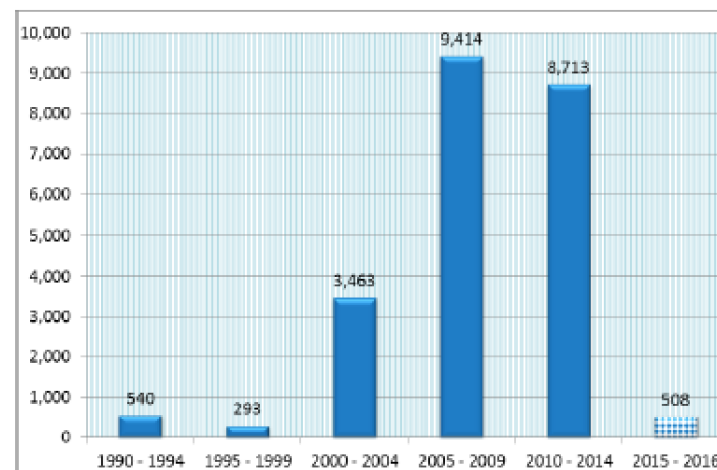
Introduction

- Tendence à l'aggravation des sanctions : affaire du « cartel de l'acier » (575 millions d'euros ; montant ensuite divisé par huit (!) par la Cour d'appel de Paris), affaire du « cartel des lessives » (361 millions d'euros)
- Egalement vrai au niveau européen :
c.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf

1.2. Fines imposed (not adjusted for Court judgments) - period 1990 - 2016

Last change: ++06 April 2016++

Year	Amount in €*)
1990 - 1994	539 691 550
1995 - 1999	292 838 000
2000 - 2004	3 462 664 100
2005 - 2009	9 414 012 500
++2010 - 2014++	8 712 512 674
++2015 - 2016++	507 514 000
total	22 929 232 824



I. Objectif de la sanction

- "Les sanctions pécuniaires infligées aux entreprises qui enfreignent des dispositions majeures du droit de la concurrence devraient, de façon efficace, punir le contrevenant, décourager la réitération et dissuader tout autre contrevenant potentiel d'enfreindre le droit de la concurrence" (rapport ECA 2008).
- La dissuasion consiste à convaincre l'entreprise que la PAC comporte plus de conséquences négatives que positives pour elle.

I. Objectif de la sanction

- On distingue dissuasion générale ("exemplarité") quand la sentence se veut un exemple pour tous ceux qui pourraient se trouver en situation de commettre l'acte en question et dissuasion spécifique quand on se limite à tenter de convaincre un condamné de ne plus recommencer à l'avenir.
- La place de la dissuasion générale est une spécificité du droit de la concurrence.
- Une autre facette de la dissuasion est la dénonciation : Il s'agit de lancer un message moral/normatif établissant que l'acte est socialement réprouvé. Cela pose la question de la prise en compte de la "stigmatisation" dans la détermination de la sanction appropriée.

I. Objectif de la sanction

- La sanction pénale peut s'appliquer à la personne morale ainsi qu'aux personnes physiques ayant pris part à l'infraction. En France, il existe une sanction pénale pour les PAC prévue par l'article L 420-6 du Code de commerce mais son application reste très limitée (plus fréquent aux Etats-Unis et au Royaume-Uni).
- La sanction administrative est la plus utilisée. Elle peut prendre plusieurs formes (engagements comportementaux, interdiction d'accès aux marchés publics, publicité...) mais le plus souvent sous forme d'amendes qui visent à la fois à dissuader et à réparer également le dommage subi par la collectivité (mais pas celui subi par les individus lésés).
- Les dispositifs civils visant à réparer les préjudices civiles ne seront pas abordés dans cette présentation en dépit du fait qu'ils peuvent interagir avec les mécanismes de sanction pénale ou administrative et qu'ils peuvent parfois intégrer une dimension punitive (amende civile ou dommages-intérêts punitifs).

I. Objectif de la sanction

- Pour que les sanctions pécuniaires soient dissuasives, leur montant doit être supérieur au gain potentiellement retiré par l'entreprise.
- Cette idée "classique" a été théorisée par Becker (1968). Selon lui, les décisions d'adopter un comportement "illégal" se réduisent à des calculs d'intérêts, les acteurs rationnels comparant la valeur économique attendue du délit qu'ils envisagent de commettre avec la sanction encourue (i.e. le produit de la probabilité de détection et du montant de l'amende).
- Partant du constat que la détection n'est pas parfaite, la sanction optimale, pour un agent rationnel et neutre au risque, doit donc être égale au gain illicite (notée G) divisé par la probabilité que l'auteur de l'infraction soit arrêté et condamné (notée p) :
- $S^* = G/p$

I. Objectif de la sanction

- Exemple : si une entreprise retire un bénéfice de 10000 euros de la pratique anticoncurrentielle et si la probabilité de se faire prendre est de 15 %, la sanction optimale s'élève à $10000/15\% = 66666 \text{ €}$.
- Un agent ne commettra une infraction que si son profit espéré, noté E (G), excède ce niveau optimal G/p .
- En application du principe du multiplicateur, on remarquera que plus la probabilité de détection est faible, plus le montant de la sanction monétaire doit être élevé pour maintenir la dissuasion à son niveau optimal.
- On voit également apparaître immédiatement les limites de l'approche « beckerienne » : principe de proportionnalité, capacité contributive ou encore risque d'aggraver la nature de l'infraction,...

I. Objectif de la sanction

- En droit de la concurrence, le principe repose sur la mesure du gain illicite réalisé par l'entreprise.
- En pratique, on va calculer - pour chaque année - le surcroît de prix dû à la PAC, la diminution des ventes due à cette hausse de prix (élasticité-prix) et la marge que les entreprises obtenaient avant la mise en place des PAC.
- L'idée est d'estimer l'augmentation du prix qu'on peut attribuer à la pratique fautive et à l'appliquer au montant des ventes concernées.
- Dans le cas d'un cartel, la Commission européenne retient par exemple une hausse de prix de 20-25% correspondant au résultat médian des études empiriques sur des cas historiques.

1. Objectif de la sanction

- Consensus assez large sur la méthode, mais des dissensions subsistent :
- Certains demandent qu'on estime le gain non pas par le produit des ventes concernées par la hausse supposée du prix, mais par une observation du profit effectivement réalisé par l'entreprise fautive (ce qui pose évidemment la question de l'interprétation des données comptables).
- Débat sur la probabilité de détection. Une manière classique de l'estimer part des affaires de cartel effectivement jugées. On considère la durée moyenne d'un cartel avant qu'il ne soit détecté pour en déduire la probabilité qu'un cartel a de se faire détecter chaque année (généralement évaluer autour de 15 à 20 % à manipuler avec précaution...).

1. Objectif de la sanction

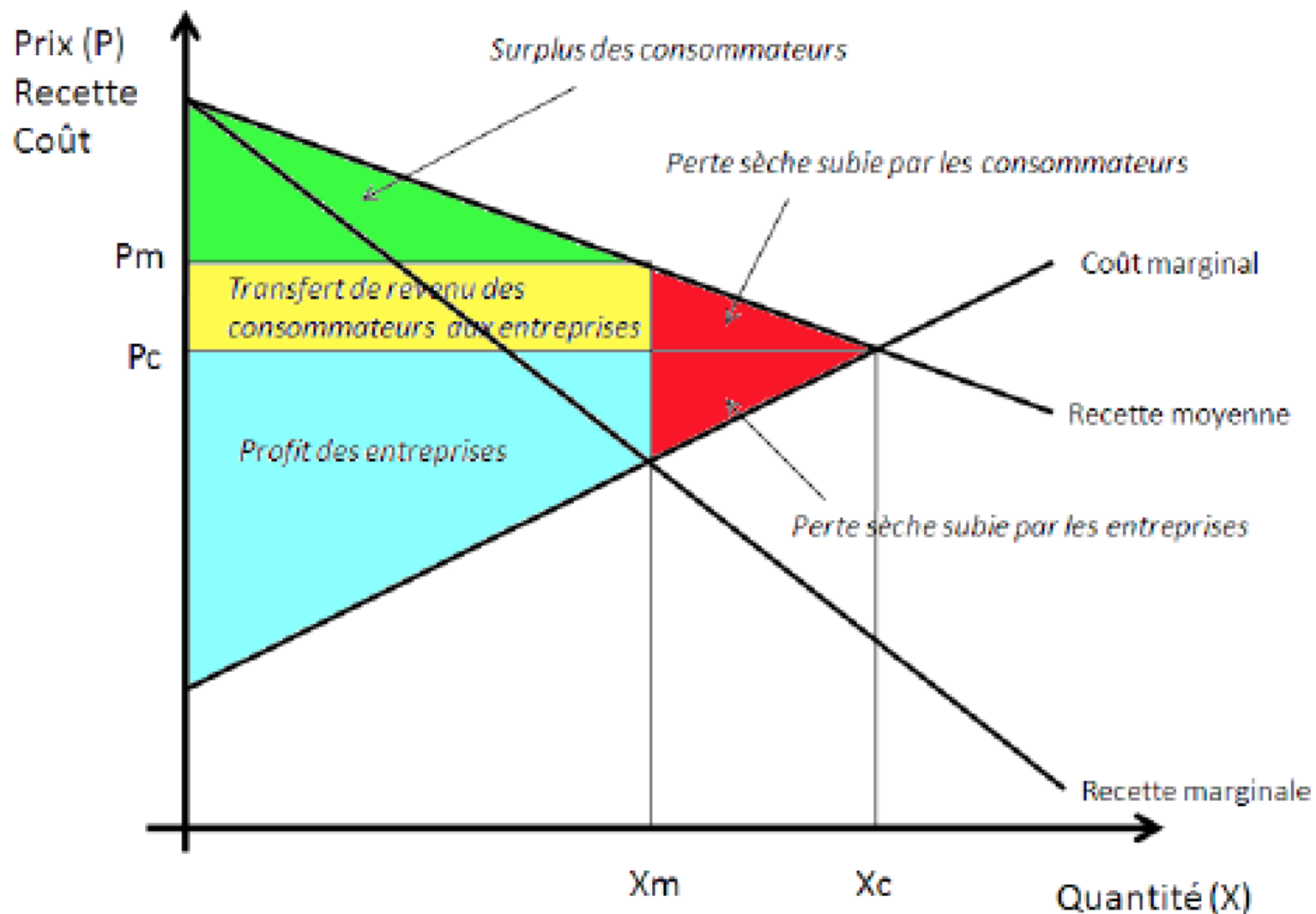
- Débat sur le niveau de la dissuasion :
- Dissuasion insuffisante : différence entre sanction réelle et sanction optimale (Combe et Monnier, 2011).
- "Fine as percentage of turnover" (c.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf): près de 61% des cas à moins de 1% du CA.
- Constat renforcé en raison de la "volatilité" de la sanction au cours de la procédure (Veljanovski, 2011, European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2006").
- Pourtant certains auteurs concluent à l'efficacité du dispositif (Allain, Boyer, Kotchomi et Ponsard, 2011, The Determination of the Optimal Fines in Cartel Cases: The Myth of Underdeterrence).

2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- Selon l'Autorité de la concurrence, le dommage à l'économie est censé intégrer l'ensemble des perturbations que les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de causer à l'économie.
- Ainsi entendu, le dommage à l'économie comprendrait notamment le transfert direct de surplus des consommateurs vers les auteurs de pratiques anticoncurrentielles (assimilable au gain illicite) et la perte de bien-être pour la collectivité prise dans son ensemble du fait de l'atteinte au bon fonctionnement du marché.
- La prise en compte de ce critère s'inscrit dans une perspective de préservation de l'ordre public économique (i.e. de dissuasion), et non dans une logique de réparation ou de restitution.

2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- Rappel de théorie économique sur la comparaison entre équilibre de concurrence et équilibre de monopole (pour autant que cette comparaison soit totalement pertinente !)
- Analyse graphique (source : Rapport 2010 sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles)



2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- Analyse contrefactuelle : Pour déterminer les conséquences d'une PAC, et donc le dommage qu'elle cause, on compare habituellement la situation observée en présence de cette pratique et une situation hypothétique sans PAC.
- Ce raisonnement "statique" permet de distinguer deux types de pertes liés au dommage à l'économie :
- Une perte de bien-être immédiate pour l'ensemble de l'économie. Cette "perte sèche" tient au fait que la PAC conduit à des prix plus élevés et à une demande réduite par rapport à la situation de concurrence.
- Un transfert de revenus au détriment des clients des entreprises adoptant une PAC. Ce transfert de revenus entre consommateurs et producteurs est un dommage pour les consommateurs mais un gain (mal acquis) pour les entreprises qui se livrent à la PAC.

2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- Une autre source de perturbation est liée à la perte d'efficacité de l'économie à moyen terme (effet dynamique non visible dans le graphique). En effet, la PAC conduit à ce que l'activité ne soit pas strictement répartie en fonction de l'efficacité des entreprises (éviction de concurrents, ralentissement de leur activité...).
- Cet aspect peut correspondre à la notion juridique de « conséquences structurelles et conjoncturelles de l'infraction ».
- A cela s'ajoute le cas échéant la prise en compte du degré optimal de concurrence à long terme dans une perspective "schumpéterienne" basée sur la relation entre croissance et innovation.
- Dans un sens strict, on peut voir le dommage à l'économie comme la somme de la perte sèche et de la perte d'efficacité à moyen terme, ce qui est différent du transfert de revenus.
- Il y a là une source d'ambiguïté importante (mais tant que le dommage à l'économie n'est pas réellement utilisé pour dimensionner l'amende, la contradiction reste pour l'heure assez théorique).

2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- Le dommage à l'économie est très difficile à mesurer tant en ce qui concerne la perte sèche (sauf dans de rares cas comme une demande totalement insensible au prix...). Quant aux effets dynamiques, l'évaluation en est quasiment impossible.
- Autorité de la concurrence et Cour d'appel s'abstiennent de quantifier le « dommage à l'économie » mentionné dans l'article L 464-2.
- Constat également à l'origine des débats sur la distinction à faire ou non entre "dommage à l'économie" et "gravité des faits".

2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- D'un point de vue de réparation, l'entreprise fautive devrait en théorie rembourser le dommage à l'économie (la perte sèche et les dommages à moyen terme) à la société dans son ensemble. Elle devrait rembourser le transfert illicite de revenus aux clients lésés.
- Du point de vue de la dissuasion, c'est seulement le gain « mal acquis » qui importe, c'est-à-dire le transfert de revenus entre producteurs et consommateurs.

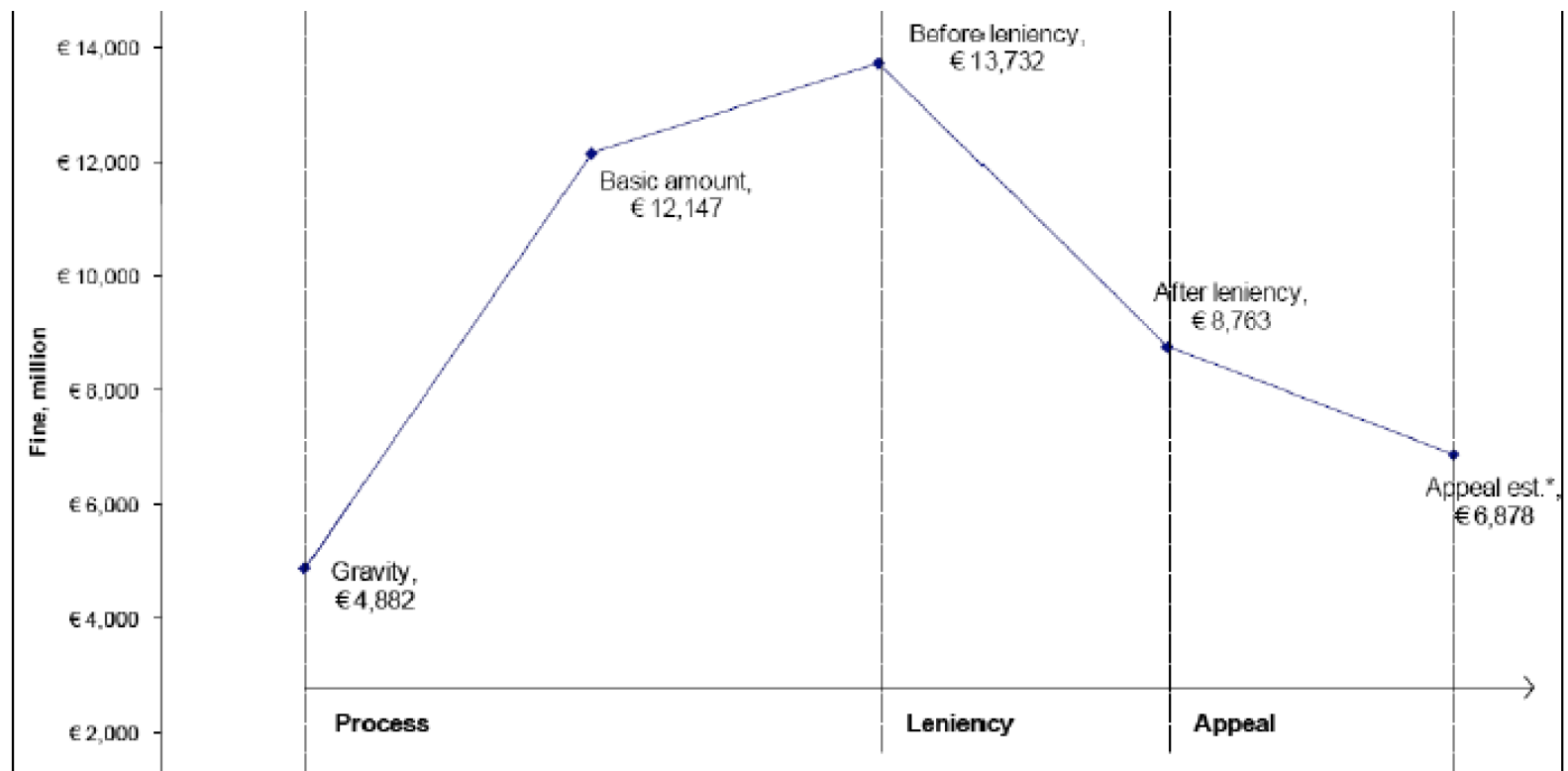
2. La prise en compte du dommage à l'économie ?

- Rappelons que l'amende doit, dans ce cadre théorique, reposer sur le gain illicite et sur la probabilité de détection pour être dissuasive. La probabilité d'être condamné étant faible, l'amende optimale devrait alors être plusieurs fois supérieure au gain illicite.
- Autrement dit, l'amende dissuasive "théorique" couvre largement les réparations du dommage à l'économie.
- A noter que si le transfert de revenus est déjà compensé par ailleurs, son montant devrait être retranché de l'amende (lien avec *non bis in idem*).

Statistics European Commission

Fines Guidelines 2006 – fines imposed on undertakings as percentage of global turnover (Incl. Immunity applicants)											
percentage	0-0.99%	1-1.99%	2-2.99%	3-3.99%	4-4.99%	5-5.99%	6-6.99%	7-7.99%	8-8.99%	9-9.99%	total
undertakings fined	211	38	17	13	14	9	8	11	5	24	350
	60.29%	10.85%	4.86%	3.71%	4.00%	2.57%	2.29%	3.14%	1.43%	6.86%	

Veljanovski 2011



3. La sanction doit elle être prévisible ?

- En France, les principes posés par l'article L 464-2 sont très généraux. Or le besoin de sécurité juridique est essentiel tant pour les entreprises individuelles que pour le bon fonctionnement du marché dans son ensemble.
- La politique menée par les autorités de concurrence se doit d'être lisible (accessible) et de présenter un certain degré de prévisibilité.
- Les entreprises tiennent sans doute d'autant plus compte des sanctions encourues dans leur comportement qu'elles ont une bonne compréhension de la méthodologie utilisée pour en déterminer le montant.

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- Par conséquent, des lignes directrices ou tout moyen d'information similaire, exposant la méthode suivie par les autorités de concurrence pour le calcul des sanctions, doivent être publiques.
- Cela doit également renforcer l'acceptabilité des sanctions et faciliter le contrôle des décisions par les cours supérieures.
- Les dispositifs existant garantissent - en théorie - un certain degré de prévisibilité et de lisibilité de la politique de sanction menée par les autorités.

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- En pratique, il existe pourtant une distance assez considérable entre l'appréciation du dommage à l'économie et la sanction calculée par l'AC (absence de proportionnalité réelle).
- Par ailleurs, certaines modalités de calcul surprennent à la lecture de la communication de 2011 à l'image de la division par deux du chiffre d'affaires affecté pour le calcul d'une amende à partir de l'année n-1 de l'infraction. Quelle est la logique économique de cette règle ?
- De même, en matière de non contestation des griefs, il est question d'une réduction en pourcentage de la sanction dont on ne connaît pas le montant...

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- On comprend bien qu'une AC a intérêt à se doter d'une certaine marge de manoeuvre mais jusqu'où faut-il aller ?
- La « roulette russe » n'est ni un principe économique, ni un principe juridique.
- Une piste de réflexion vise à identifier le « degré optimal de flexibilité » des règles de droit (voir par les travaux sur le thème « Rules vs. Standards », par exemple Crettez, Deffains, Deloche, 2009).
- Remarquons que ce « dilemme » apparent entre prévisibilité et dissuasion tient au fait que la détection est en pratique insuffisante. Avec une détection parfaite, cette question serait superflue.

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- Un certain degré d'incertitude sur le montant réel de la sanction résultant de l'application d'une méthode donnée peut accroître son effet dissuasif.
- Une AC ne devrait donc pas s'engager sur une méthode de calcul permettant de fixer de façon arithmétique et automatique le montant de l'amende tout en garantissant que l'issue de son activité soit suffisamment prévisible pour les destinataires de la norme.
- Référence au débat barèmes indicatifs vs barèmes impératifs.

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- **Programme de clémence et prévisibilité.**
- Les bénéfices d'un programme de clémence sont identifiables:
- Ex post, la clémence permet d'améliorer la détection, de mettre fin à la collusion plus vite et de faire disparaître les pertes sèches.
- Ex ante, elle permet de déstabiliser les PAC collectives. En effet, la stabilité d'un cartel dépend de sa capacité à prévenir les déviations dont la profitabilité est en partie fonction des amendes imposées lorsque le cartel est découvert.

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- En pratique, le fonctionnement est simple : l'entreprise qui dénonce le cartel en premier est exemptée de toute sanction pécuniaire. Les entreprises arrivant après, mais apportant des informations ayant une « plus-value », voient également leur sanction réduite selon le rang de dénonciation.
- Toutefois, d'un point de vue théorique (Lévêque, 2006), la clémence apparaît d'autant plus efficace lorsque seule la première entreprise qui dénonce le cartel reçoit une immunité, tandis que les autres n'ont aucune remise de peine (système adopté aux États-Unis).
- Autres aspects : risque d'actions civiles sur la base de la révélation de la PAC, prise en compte des gains économiques du délateur (l'entreprise délatrice conserve les gains qu'elle a réalisés au cours de la vie du cartel auquel s'ajoute celui qu'elle peut espérer obtenir à l'issue de la condamnation des autres membres du cartel qui se retrouvent pointés du doigt...).

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- Il est important que l'existence de sanctions restent suffisamment dissuasives pour garantir l'efficacité des programmes de clémence.
- Si les sanctions ne sont pas dissuasives, les contrevenants ne sont pas incités à demander l'immunité ou une réduction d'amende dans le cadre d'un programme de clémence, ce qui pourrait sérieusement compromettre la lutte contre les cartels (voire même avoir des effets pro-collusifs).

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- **Transaction (ex non contestation des griefs) et prévisibilité**
- Tendence actuelle aux renforcement des procédures transactionnelles (hors clémence et dans le cadre des programmes de clémence).
- Théoriquement, la coopération est généralement préférable à l'absence de coopération pour promouvoir des solutions efficaces. La plupart des travaux d'analyse économique du droit rendent compte du choix « arrangement vs. jugement » dans le contexte de la résolution des litiges.
- Un point essentiel veut que pour que les parties soient en mesure de négocier un arrangement « efficace », ils doivent le faire « à l'ombre du droit », c'est-à-dire dans un environnement où les règles sont clairement établies (i.e. prévisibles !).

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- Dans le cadre des procédures de transaction en droit de la concurrence, des interrogations subsistent.
- Dans le cadre d'un dispositif où les entreprises négocient sous la menace de sanctions imposées par l'AC, le risque est qu'une fois qu'elles ont reconnu leur faute, il n'y a pas de procès et que le droit ne soit pas dit.
- Ce risque est accrue si les victimes ont ensuite du mal à se faire indemniser.
- En matière de PAC, il est essentiel que le marché soit défini et que les pratiques sont établies en droit.
- Le nouveau dispositif transactionnel introduit en 2015 présentent deux garanties pour faire face à cette difficulté. La première « en aval » avec les notifications aux entreprises et la seconde « en amont » avec la possibilité d'attaquer les décisions à l'issue de la transaction.
- Qu'en sera-t-il en pratique ?

3. La sanction doit elle être prévisible ?

- On comprend bien l'intérêt pour certaines entreprises de s'engager dans un tel processus transactionnel mais il faut comprendre que l'argument du « plaider coupable » est à manipuler avec précaution.
- L'analyse économique du droit enseigne que les solutions transactionnelles sont adaptées aux relations entre les auteurs des infractions et les victimes mais sans doute moins aux relations entre régulateurs et auteurs de dommages.
- Appréciation différente du « bargaining in the shadow of the law » en matière civile et pénale.

3. Conclusion

- Questions subsidiaires :
- 1) Les procédures « Qui Tam » ne sont-elles pas plus efficaces que les procédures classiques ? Le fait de récompenser le délateur plutôt que l'entreprise n'aurait-il pas plus d'effet sur les procédures de clémence (cf. cartel de la lysine) ?
- 2) Souvent ce sont les individus qui sont à l'origine des infractions et pas vraiment les organisations (il n'existe pas de cartel dont une entreprise membre aurait inscrit cela dans un stratégie validée en conseil d'administration). N'y a-t-il donc pas dilution excessive des responsabilités et dissuasion insuffisante, ce qui supposerait de recourir au droit pénal de manière accrue ?
- 3) Comment calcule-t-on un dommage et par conséquent une sanction pour des stratégies de prédation, de rabais fidélisants,... ou toutes autre pratique susceptible d'améliorer l'utilité du consommateur ?