

Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du mardi 3 mai 2016 :
« La sanction des pratiques anticoncurrentielles »

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTrésor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d'un économiste et d'un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés.

Lors du séminaire organisé le 3 mai 2016, **Véronique Sélinsky** (avocat, cabinet Sélinsky avocats, Consultant Jeantet & Associés, ancienne maître de conférences à l'université Montpellier I) et **Bruno Deffains** (professeur d'économie et de droit à l'Université Panthéon-Assas -Paris 2-) ont débattu sur le thème « La sanction des pratiques anticoncurrentielles ». La séance a été animée par **Emmanuel Combe**, Vice-Président de l'Autorité de la concurrence.

Les concepts de base discutés lors de cette séance sont présentés succinctement en annexe pour faciliter la lecture de ce compte-rendu.

INTRODUCTION D'EMMANUEL COMBE

La séance sera organisée en trois parties :

- Cadrage général : quel est l'**objectif premier de la sanction** ? (elle vise à dissuader, mais peut aussi avoir d'autres objectifs) ;
- Retour sur le **dommage à l'économie**, notion complexe, qui est un élément de fixation de la sanction (Article L464-2 du Code du Commerce) ;
- **Stratégies des entreprises** face à la sanction : procédure de clémence, de non contestation des griefs et de transaction, **prévisibilité** de la sanction.

Pour introduire le séminaire, je souhaite revenir sur une littérature qui a connu d'intenses débats entre 2005 et 2013, mais relativement close aujourd'hui, qui est celle de la sanction optimale. Elle s'intéresse essentiellement aux cartels et aux gains qu'ils peuvent procurer.

Pour un économiste, c'est le *quantum* total de la sanction qui importe, plus que les modalités de sa mise en œuvre (sanction administrative, sanction pénale, réparation des victimes) : en particulier, la distinction entre sanction administrative et réparation des victimes est secondaire, et il est souhaitable de prendre en compte les sanctions pénales. Dans cette optique, la littérature a d'ailleurs examiné l'équivalent monétaire de peines de prison en matière antitrust. Cette séance se concentrera sur les sanctions administratives, mais il est utile de garder cette vision plus large des sanctions à l'esprit. Par exemple, si les sanctions administratives de la Commission européenne peuvent paraître au premier abord plus importantes que celles pratiquées aux États-Unis, ce constat ne résiste pas à la prise en compte des réparations (triple dommage) mais aussi des sanctions pénales, très fortes dans le cas des grands cartels.

Cette littérature empirique se base sur des séries statistiques, par exemple la distribution des surpris dans le cas de cartels. Une des dernières études en date, relativement conservatrice¹, en nettoyant des données de Connor depuis le XVIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours (plus de 1 000 cartels), constate un surpris moyen de 17 % et une médiane de 13 % en Europe. La même approche est utilisée en matière de probabilité de détection : on ne sait jamais quel est le risque exact qu'une pratique donnée soit détectée, mais les statistiques peuvent en donner une idée. S'il n'y a pas de consensus sur cette

¹ Boyer M. et R. Kotchoni (2012), "How Much Typically do Cartel Overcharges?", *CIRANO WP*, 2012s-15.

probabilité, il y a consensus pour conclure qu'elle est relativement réduite puisque la littérature conclut à une probabilité conditionnelle de l'ordre de 10 à 50 %.

Connor et Lande (2012)², calculent l'amende dissuasive dans le cas du cartel de la Lysine aux États-Unis à partir d'un surpris moyen et des pertes sèches associées (3 % à 20 %), avec une probabilité de détection de 25 à 30 %. L'étude conclut que l'amende dissuasive serait comprise entre 514 et 719 M\$, à comparer à une sanction infligée de 263 M\$, en tenant compte des amendes, des poursuites civiles et d'un équivalent monétaire aux sanctions d'emprisonnement. La sanction est donc sous-dissuasive. De même une étude de Constance Monnier et moi-même (2011)³ concluait que les sanctions de la Commission européenne restent largement sous-dissuasives, malgré leur hausse.

Peut-on transposer cette approche statistique (analyse historique *ex-post*) et se contenter de régularités statistiques dans le contexte de l'activité de l'Autorité de la concurrence (ADLC) pour infliger des sanctions individuelles ? Certainement pas, en raison de la nécessité de traiter chaque affaire au cas par cas. Toutefois, aux États-Unis, les « US Sentencing Guidelines » de 2011 suggèrent bien l'utilisation d'une approche statistique pour le calcul des sanctions individuelles. Elles indiquent que, pour simplifier l'analyse, il est estimé que le gain d'un comportement de cartel est de 10 %, que la perte sociale est de 10 %, donc le montant considéré pour l'amende est de 20 % du volume des ventes. Cette approche part de régularités statistiques et les applique à des cas particuliers. Cela augmente la prévisibilité de la sanction, mais cela laisse peu de place pour la prise en compte des circonstances particulières. En sens inverse, l'approche au cas par cas est beaucoup plus complexe. Mais est-elle imprévisible ? Non car l'approche au cas par cas n'empêche en rien la prévisibilité : c'est le rôle du communiqué sanctions de 2011⁴ que de donner des lignes directrices sur les paramètres de la sanction. Je pense qu'il répond bien à la double exigence de fixer des règles tout en préservant un certain nombre de flexibilités. Il est à noter que la prise en compte des circonstances individuelles peut être très favorable aux entreprises, comme par exemple dans l'affaire des messageries⁵ (99,9 % de réduction de sanction au titre de la capacité contributive pour l'entreprise Ziegler).

² Connor J. M. et R.H. Lande (2012), "Cartels as rational business strategy: crime pays", *Cardozo Law Review*, vol. 34, pp. 427-490.

³ Combe E. et C. Monnier (2011), "Fines against hard core cartels in Europe : The myth of over-enforcement", *Antitrust Bulletin*, vol 56, pp. 235-275.

⁴ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, Autorité de la concurrence.

⁵ Décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express.

INTERVENTION DE BRUNO DEFFAINS

Les pratiques anticoncurrentielles sont punies par des amendes qui sont (article L464-2 du Code du Commerce) « *proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées* ». On observe par ailleurs une forte hausse du montant des sanctions au niveau de la Commission européenne depuis une dizaine d'années. Quel est l'objectif de ces sanctions ?

Les autorités de concurrence européennes considèrent dans leur rapport de 2008⁶ que « *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* ».

Le point saillant dans cette définition est l'objectif de dissuasion, qui est double : à l'endroit des autres contrevenants potentiels (dissuasion générale : exemplarité de la sentence) mais aussi en matière de réitération (dissuasion spécifique). L'objectif est de créer une « désutilité » suffisante pour dissuader la pratique anticoncurrentielle. Le droit de la concurrence ou de la régulation des marchés en général est peut-être le droit qui va le plus loin en matière de dissuasion générale. Dans beaucoup d'autres domaines de la justice, ce concept est nettement moins présent et la dissuasion spécifique domine souvent.

On peut distinguer trois types de sanctions⁷ :

- la sanction administrative monétaire (amendes) ;
- la réparation civile ;
- la sanction pénale.

Il me semble que le conseil d'administration des entreprises est rarement (jamais ?) amené à voter une pratique de cartel. Se concentrer uniquement sur les entreprises et non les individus fautifs risque de conduire à une dilution des responsabilités et ainsi à une dissuasion moins efficace. L'absence de mise en œuvre de l'outil pénal (art. L420-6 du Code du Commerce) par rapport à la pratique anglo-saxonne m'interroge car cela pourrait peut-être s'avérer utile.

L'objectif de dissuasion est classique et a été théorisée pour la première fois par Gary Becker, futur prix Nobel, qui modélisa l'intuition de Beccaria : dès lors que les acteurs sont rationnels et relativement neutres au risque, chacun est capable de comparer le coût d'un acte illégal (montant de la sanction multiplié par la probabilité d'être détecté) par rapport aux bénéfices. Dès lors que la détection n'est pas parfaite, la sanction optimale doit être le gain divisé par la probabilité de détection. Lorsqu'il est coûteux d'améliorer le niveau de détection, il est préférable d'augmenter le montant de l'amende ; mais dans quelle limite ? Une amende trop importante pose plusieurs problèmes : un risque d'insolvabilité, un potentiel éloignement vis-à-vis du principe de proportionnalité, voire un risque d'inciter à commettre d'autres infractions pour éviter que des pratiques anticoncurrentielles ne soient détectées.

Certains auteurs estiment que la dissuasion est insuffisante. J'ai tendance à en être : lorsque l'on compare les amendes aux chiffres d'affaires, les amendes semblent relativement faibles. À l'inverse, certains articles concluent à l'efficacité de la dissuasion générale des sanctions. Le débat est loin d'être clos.

⁶ European Competition Authorities (ECA), Groupe de travail ECA sur les sanctions, Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence, Principes pour une convergence, mai 2008

⁷ Une autre modalité de sanction est la possibilité de recourir à la stigmatisation. En effet, les procédures sont publiques et peuvent donc nuire aux entreprises en question. Toutefois, l'approche par stigmatisation peut être limitée : par exemple elle perd toute force lorsqu'elle est banalisée.

INTERVENTION DE VERONIQUE SELINSKY

La sanction est un sujet important pour les entreprises. Celles qui ont conscience de flirter avec les limites du droit de la concurrence se posent la question du risque encouru, mais c'est aussi une question importante pour une multitude de firmes qui mettent en place des stratégies économiques en ignorant totalement qu'elles peuvent poser question en droit de la concurrence.

Le fait que les entreprises s'interrogent sur les risques témoigne d'un progrès du droit dans les esprits. Mais il reste certainement des pans entiers de l'économie dont les acteurs ignorent encore la prohibition des ententes (les PME notamment). Un des intérêts des sanctions est de faire connaître le droit. Mais la sanction des pratiques anticoncurrentielles poursuit d'autres objectifs, à la fois de répression et de dissuasion qui peuvent être atteints par trois sortes de procédures : pénale et administrative (public enforcement), indemnitaire (private enforcement).

Longtemps, le droit français de la concurrence n'a pas été assorti de sanctions efficaces.

Il faut rappeler que le droit français de la concurrence, qui remonte au XIX^{ème} siècle, a longtemps, été limité à la prohibition des ententes sanctionnée pénalement. La répression pénale s'est révélée inefficace au XX^{ème} siècle car elle ne visait que les personnes physiques, et ne permettait pas de sanctionner les errements des entreprises alors que les infractions profitent essentiellement à ces dernières. Progressivement, la sanction pénale s'est donc marginalisée. Bien qu'elle permette toujours de sanctionner les personnes physiques qui frauduleusement ont conçu ou organisé des ententes illicites, elle est presque ignorée de nos jours, sauf dans certaines affaires comme celles des lycées d'Île-de-France où l'infraction d'entente frauduleuse a été retenue, de pair avec les infractions de corruption et de trafic d'influence (Cons. concurrence, décision n° 07-D-15 du 9 mai 200; Trib. corr. Paris, 26 oct. 2005). Le *public enforcement* s'est organisé autour des sanctions administratives.

Le Conseil Constitutionnel⁸, sur une question prioritaire de constitutionnalité soulevée en 2015, indique concernant le système français de sanctions administratives : « *en instituant une sanction pécuniaire destinée à réprimer les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des entreprises, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique [il s'agit de contribuer à assurer l'effectivité du droit de la concurrence, considéré comme le meilleur moyen d'assurer l'allocation optimale des ressources de la collectivité] ; un tel objectif implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des infractions assignée à la punition.* » L'objectif de dissuasion est donc bien validé au niveau du Conseil Constitutionnel. Mais a-t-on trouvé le bon équilibre ?

Dans le système français actuel, les sanctions administratives sont infligées par l'Autorité de la concurrence qui n'est pas une juridiction mais en a certains traits importants, comme la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de décision. Cette particularité, selon certains, l'empêcherait d'élaborer une véritable politique de la concurrence mais la conduirait plutôt vers une forme de casuistique non sanctionnatrice (ex. : procédures négociées). Néanmoins, dans le cadre des procédures répressives, les sanctions infligées semblent de plus en plus lourdes. L'entreprise en faute ne refuse pas nécessairement la sanction. Elle peut accepter une sanction « juste », qui dépend de la gravité des pratiques (stratégie économique erronée vs cartel secret). L'acceptation de la sanction est fonction, notamment, de sa prévisibilité. Portalis écrivait au début du XIX^{ème} siècle que « le législateur ne doit point frapper sans avertir ». Si toute loi répressive doit être compréhensible et prévisible, Le tribunal de l'UE a néanmoins indiqué⁹ qu'il n'y avait pas lieu que cette prévisibilité aille jusqu'à une certitude

⁸ Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015.

⁹ T279/02 Degussa contre Commission, 5 avril 2006, point 83 : « *un opérateur avisé peut, en s'entourant au besoin d'un conseil juridique, prévoir de manière suffisamment précise la méthode et l'ordre de grandeur des amendes qu'il encourt pour un comportement donné. Le fait que cet opérateur ne puisse, à l'avance, connaître avec précision le niveau des amendes que la Commission infligera dans chaque espèce ne saurait constituer une*

absolue. Toute la question réside dans l'étendue de cette zone d'ombre. Il est donc utile de fournir une méthodologie pour la préciser, ce qu'a fait l'ADLC dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires en établissant une méthodologie précise permettant de prévoir un ordre de grandeur de la sanction.

Depuis lors, on assiste à une progression importante du montant des amendes : elles ont atteint près de 1 Md€ en 2014 (majoritairement en raison de l'affaire des produits d'entretien et d'hygiène, pour 951 M€) et 2015 (avec en particulier l'affaire des messageries). On remarque que le nombre de procédures répressives diminue tandis que le montant de sanction moyen augmente. Dans les années 2000, il était d'environ 1 à 2 M€. Il atteint 13 M€ entre 2011 et 2015. Dans le même temps, des procédures (clémence, non contestation des griefs ou transaction...) permettant d'aboutir à une réduction des montants encourus se développent à partir de sanctions plus lourdes qu'auparavant. Mais ces réductions supposent une contrepartie pour l'Autorité sous la forme d'apport de preuves ou d'accélération des procédures.

Enfin il ne faut pas négliger un autre mode de sanction, à la fois indirect et complémentaire de la sanction administrative et de la sanction pénale, résidant dans la possibilité d'obtenir réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles (private enforcement) : les actions en indemnisation du fait de pratiques anticoncurrentielles ont longtemps été entravées par des blocages (tenant notamment aux preuves à apporter et aux règles de prescription). La directive européenne 2014/101 qui vise à les éliminer doit être transposée d'ici fin 2016.

QUESTIONS DE LA SALLE :

Il est important de se préoccuper des questions purement juridiques. Les économistes ont tendance à se concentrer sur les cartels, or le problème de la prévisibilité vient pour large partie des incertitudes majeures sur les qualifications des pratiques d'abus de position dominante, notamment.

Deuxièmement, le cartel n'est pas défini. Peut-on sanctionner de manière identique des cartels par accord et de simples échanges d'information, normalement inférieurs en matière d'intensité ? Est-il justifié que cela soit sanctionné à peu près de la même manière comme le fait aujourd'hui l'Autorité de la concurrence ?

REPONSE DE BRUNO DEFFAINS :

Le fait de se concentrer sur les cartels n'est dû qu'à un objectif de pédagogie. Il s'agit de la pratique la plus visible et illustrative. Il est bien entendu utile de s'interroger sur les autres pratiques comme les accords verticaux qui peuvent avoir pour effet d'augmenter le bien-être du consommateur. Ces pratiques posent des difficultés en matière de droit de la concurrence.

REPONSE DE VERONIQUE SELINSKY:

Il est vrai qu'il existe des situations dans lesquelles des entreprises dominantes mettent en place des stratégies sans se rendre compte qu'elles peuvent poser question vis-à-vis du droit de la concurrence. Cela peut conduire à accepter des engagements, alors même que ces stratégies peuvent être licites, en raison du risque encouru lorsqu'un concurrent mécontent prétend soulever un problème de concurrence. La modification de stratégie n'aurait pas lieu d'être, mais la prudence conduit l'entreprise à éviter un contentieux en corrigeant certaines pratiques commerciales. Au total, il existe un aléa procédural en raison duquel les entreprises préfèrent corriger leurs comportements, même si elles ont

violation du principe de légalité des peines, compte tenu de ce que, en raison de la gravité des infractions que la Commission est appelée à sanctionner, les objectifs de répression et de dissuasion justifient d'éviter que les entreprises soient en mesure d'évaluer les bénéfices qu'elles retireraient de leur participation à une infraction en tenant compte, par avance, du montant de l'amende qui leur serait infligée en raison de ce comportement illicite ».

la conviction qu'ils ne sont pas illicites, plutôt que prendre le risque d'une condamnation, surtout s'il existe un risque de réitération.

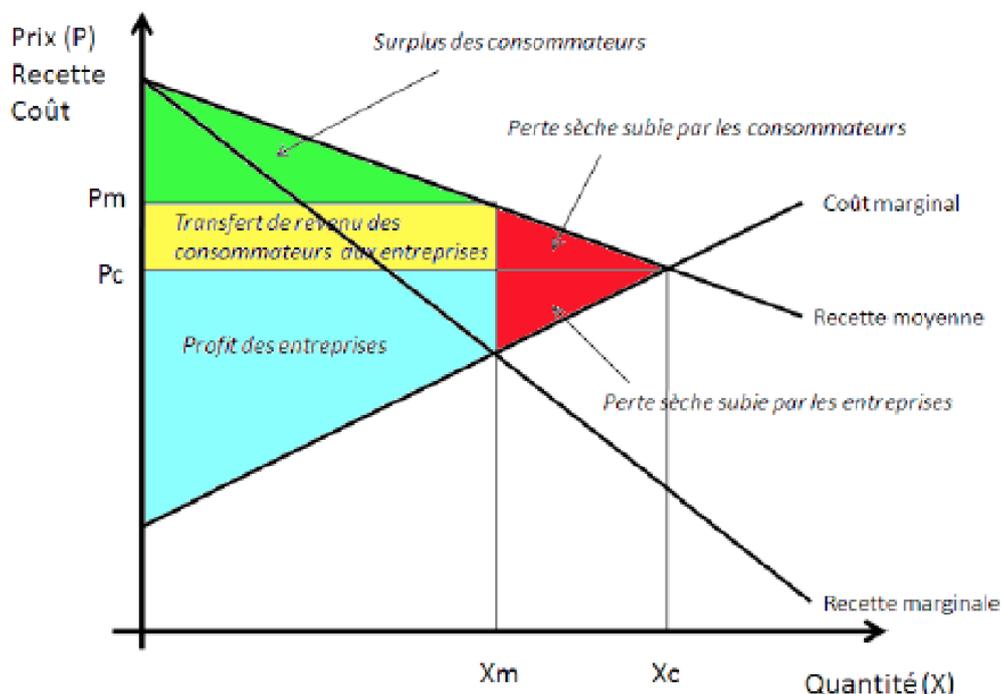
Deuxième partie : le dommage à l'économie

INTERVENTION DE BRUNO DEFFAINS

Dans une situation où s'exerce un pouvoir de marché, le prix est un peu plus élevé qu'en situation de concurrence. Par ailleurs, les volumes échangés sont inférieurs en raison d'un certain rationnement des consommateurs lié à cette hausse de prix.

On peut distinguer deux effets négatifs d'une baisse de concurrence :

- un transfert des consommateurs vers les entreprises, en jaune (cf. graphique), ou gain mal acquis ;
- une perte sèche liée à cette baisse des volumes pour la société dans son ensemble (en rouge)¹⁰.



Or l'ADLC semble indiquer dans le communiqué sanctions¹¹ qu'il faut prendre en compte l'ensemble des perturbations pour mesurer le dommage à l'économie. Ce dernier contiendrait donc non seulement le transfert des consommateurs aux entreprises (gain illicite) mais aussi la perte sèche de la collectivité par rapport à la norme d'un état concurrentiel de l'économie. La prise en compte de ce critère s'inscrit dans une perspective de préservation de l'ordre public économique, et non dans une logique de réparation ou de restitution. En matière de dissuasion, seul le gain mal acquis est pertinent et non la perte sèche. Par contre, pour instaurer l'ordre économique, il est nécessaire de prendre en compte la

¹⁰ La baisse de concurrence peut même, au-delà de ces effets d'équilibre partiel, engendrer des perturbations de nature dynamique :

- une pratique anticoncurrentielle conduit le marché à un équilibre entre entreprises non réparties selon leur efficacité intrinsèque (problème d'allocation en équilibre général) ;
- le niveau de concurrence peut interagir avec l'intensité de l'innovation.

¹¹ « Le dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction. Il ne se limite par ailleurs pas aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités ».

perte sèche. Par ailleurs, si le transfert de revenu était déjà compensé par ailleurs (réparation civile par exemple), il faudrait en toute logique déduire ce montant de l'amende.

Toutefois, tant que le dommage à l'économie n'est pas calculé quantitativement, cette question reste théorique.

Enfin il me semble difficile de faire la part entre dommage à l'économie et gravité des pratiques au point que l'on est en droit de s'interroger sur la pertinence de cette distinction dans la pratique du droit de la concurrence.

INTERVENTION DE VERONIQUE SELINSKY

Les éléments de fixation des amendes pour pratiques anticoncurrentielles sont prévus par le Code de commerce.

Tout d'abord, il faut rappeler qu'en France, le plafond des sanctions fixé par l'article L 464-2 du Code de commerce est extrêmement élevé (pour une entreprise 10 % du montant chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre). Il n'a pas été modifié par le Conseil Constitutionnel (consulté en QPC 2015-489), qui estime qu'il n'est pas disproportionné. Or lorsque les procédures sont longues, il peut arriver que le chiffre d'affaires « le plus élevé » soit très important. Néanmoins, le Conseil Constitutionnel l'a justifié par le souci de dissuader les contrevenants de mettre en œuvre des stratégies de restructurations des entreprises visant à minorer les montants de sanction. Or, il peut arriver aussi que les restructurations n'aient rien à voir avec une stratégie, mais compte tenu de la très longue durée de certaines procédures, on ne peut les différer.

Ensuite, l'article L464-2 du Code du Commerce indique que les sanctions doivent être « *déterminées individuellement* », ce qui reste relativement flou. Le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires du 16 mai 2011 a donc contribué à éclairer le Code du Commerce. La méthodologie du communiqué repose sur les étapes suivantes :

1. calcul du montant de base à partir de la gravité des faits et du dommage à l'économie ;
2. individualisation de la sanction ;
3. vérification du non dépassement du maximum légal ;
4. clémence et transaction le cas échéant ;
5. prise en compte d'éventuelles difficultés financières ;
6. sanction finale

La notion de dommage à l'économie reste relativement opaque. Ce critère n'est pas généralisé en Europe, il reste absent du droit de l'Union et n'est répertorié qu'en France, Espagne, Hongrie et Pologne Il est censé permettre d'identifier et de mesurer l'effet réel des pratiques sur les marchés affectés en comparant la situation résultant de la pratique avec celle qui aurait prévalu en son absence¹² Selon la Cour d'Appel de Paris¹³ « *l'importance du dommage à l'économie résultant des pratiques d'entente poursuivies, qui ne se limite pas, par principe, à la seule atteinte au surplus économique des consommateurs, doit porter sur la perte du surplus subie par l'ensemble des opérateurs du marché, entreprises concurrentes, offreurs ou demandeurs* ». Le dommage à l'économie « *s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés* »¹⁴. Enfin, la Cour de cassation considère que le dommage à l'économie « *ne saurait être présumé* »¹⁵. Il faut donc préciser les éléments qui prouvent son importance. La mesure du dommage doit être faite, même si

¹² D. Théophile, dommage à l'économie et sanction pécuniaire, Concurrences n°4-2010.

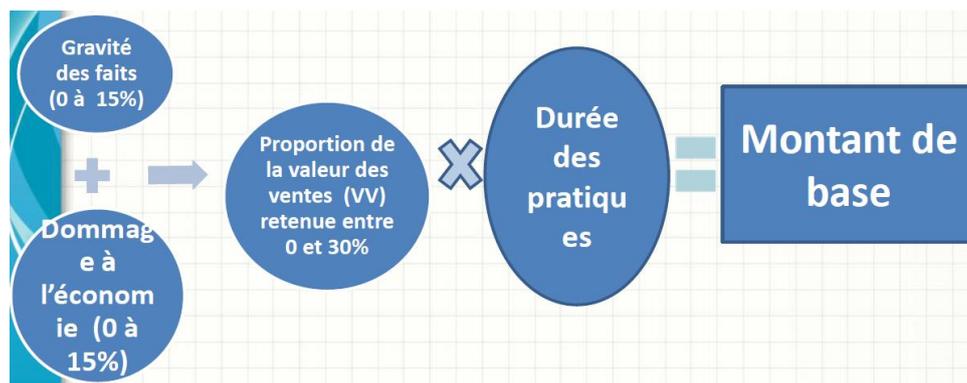
¹³ Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 26 janvier 2010.

¹⁴ Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 08 octobre 2008.

¹⁵ Cour de cassation, Arrêt n° 430 du 7 avril 2010, Bouygues SFR Orange.

elle n'a pas à être précise. Elle est ensuite combinée à la gravité des faits pour calculer le montant de base de la sanction (*cf.* graphique).

Graphique : calcul du montant de base de la sanction



Le rôle joué par le critère « importance du dommage à l'économie » est donc essentiel puisqu'il est pris en considération au même titre que la gravité des faits pour déterminer le montant de base. On s'attend donc à une certaine rigueur. Or, déjà dans le communiqué « sanctions », la gravité des faits et le dommage à l'économie sont éclairés de façon assez voisine par des exemples relativement redondants : ainsi « *la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause (activité de service public, marché public, secteur ouvert depuis peu à la concurrence, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison* » sont pris en compte au titre de la gravité des faits et « *les caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause (barrières à l'entrée, degré de concentration, élasticité-prix de la demande, marge, etc.)* » le sont au titre du dommage à l'économie. Ces éléments me semblent se recouvrir. J'aurais tendance à rejoindre Bruno Deffains sur cette question.

Par ailleurs, lorsqu'on examine de près les critères indiqués par le communiqué au point 32 pour mesurer le dommage à l'économie, ils ne semblent pas tous pertinents. Ces critères sont au nombre de quatre : ampleur de l'infraction, caractéristiques économiques des activités, conséquences conjoncturelles de l'infraction, incidence générale sur l'économie.

- Critère 1 : l'ampleur de l'infraction.

En cas de pratique grave, le dommage à l'économie n'est pas nécessairement élevé. Ce critère semble donc jouer un rôle de présomption (alors que le dommage à l'économie ne se présume pas).

- Critère 2 : les caractéristiques économiques des activités, secteurs, ou marchés en cause (barrières à l'entrée, clientèle captive...).

En analysant les décisions de l'ADLC, on peut lire que l'existence de fortes barrières à l'entrée est jugée « *de nature à amplifier les dommages à l'économie* ». Or cela n'est pas une preuve même si c'est souvent vrai. On raisonne ici par rapport à ce qui est constaté « souvent », et non dans le cas d'espèce. Il en va de même pour le degré de concentration, « *de nature à* » modérer ou aggraver le dommage à l'économie. La plupart du temps, la motivation de ces arguments est relativement faible.

- Critère 3 : les conséquences structurelles et conjoncturelles de l'infraction (effets potentiels ou réels, surpris etc...).

Il s'agit bien d'un critère pertinent, qui permet un vrai débat, puisqu'il faut établir la démonstration du dommage à l'économie, sa réalité et même sa mesure. Mais il est étonnant que les effets d'une pratique soient examinés deux fois à deux titres différents : dans l'affaire des produits d'hygiène et d'entretien¹⁶, cet élément est pris en compte à la fois pour la gravité des faits et le dommage à l'économie.

- Critère 4 : l'incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals.

Ces effets peuvent être mesurés en examinant le marché avant et après les pratiques en cause, l'évolution d'un autre marché, ou en utilisant une approche en double différence. Ce critère joue un

¹⁶ ADLC, 14-D-19.

rôle sporadique, on le trouve rarement dans les décisions de l'autorité (voir toutefois l'affaire de la presse sportive¹⁷ (éviction d'un concurrent) ou l'affaire Cegedim¹⁸ (disparition d'un produit pour les consommateurs).

Au total, j'ai le sentiment que le dommage à l'économie ne sert que de marge de manœuvre à l'ADLC pour adapter la sanction qu'elle a imaginée pertinente. A ce stade le critère du dommage à l'économie reste, selon moi, très peu mobilisable sur le terrain de la prévisibilité.

DISCUSSION D'EMMANUEL COMBE

Bien entendu je ne suis pas d'accord avec ce qui vient d'être dit. Je rappellerai seulement que l'ADLC « n'imagine rien » pour reprendre vos propres termes : ses décisions sont basées sur une appréciation de la gravité, du dommage et des circonstances individuelles, même si cette appréciation est souvent qualitative. Le fait qu'une appréciation ne soit pas chiffrée ne lui enlève en rien sa rationalité et son utilité

Par ailleurs le dommage est à interpréter comme un faisceau d'indices. Individuellement, les critères n'ont pas grand sens par eux-mêmes (exemple : l'ampleur du marché). C'est bien le cumul et la convergence des indices qui permet de qualifier l'ampleur du dommage.

¹⁷ ADLC, 14-D-02.

¹⁸ ADLC, 14-D-06.

INTERVENTION DE BRUNO DEFFAINS

Certaines modalités de calcul de la sanction restent difficiles à appréhender. Par exemple, concernant la prise en compte de la durée de la pratique, la division par deux du calcul de l'amende au-delà d'un an fait apparaître des taux d'intérêt négatifs et pose donc question.

La réduction en pourcentage de la sanction (ex : clémence) est par ailleurs peut-être quelque peu théorique en matière d'incitations. Le besoin de l'ADLC de disposer d'une certaine flexibilité est bien clair mais jusqu'où faut-il aller ?

Par ailleurs, pour que la clémence soit efficace, il faut que les amendes soient dissuasives. Le barème des récompenses est ensuite un sujet compliqué. L'économiste a plutôt tendance à recommander de récompenser le premier rentré dans la procédure de clémence et pas du tout les autres, mais cela peut poser question au regard du droit.

Concernant la pratique de la transaction, globalement sous-développée en France, il faut rappeler que la négociation doit se faire « à l'ombre du droit ». Le droit doit donc être dit, clairement établi. Dans le cas du droit de la concurrence, il s'agit de transaction entre les entreprises et le régulateur, et non avec les victimes. Une fois qu'elles ont reconnu leur faute, les entreprises négocient sous la menace de sanction, le risque est donc qu'il n'y ait de définition précise du marché, de la pratique mise en cause, etc. Il me semble que cela va à l'opposé de ce qui est nécessaire : un droit clairement établi. Une des raisons pour lesquelles les entreprises ont intérêt de rentrer en procédures de transaction est d'éviter la constitution de précédents. D'une certaine manière la procédure de transaction en droit de la concurrence ne risque-t-elle pas de ressembler plus à un plaider-coupable qu'à une véritable procédure d'arrangement négocié.

DISCUSSION D'EMMANUEL COMBE

Je me dois de rebondir sur les conclusions de Bruno Deffains : je rappelle que la future procédure de transaction repose bien sur une notification de griefs, qui est un acte juridique qui ouvre le contradictoire. La transaction ne se fait donc pas, pour reprendre vos propres termes, « à l'ombre du droit ».

Concernant le dommage à l'économie, je ne partage pas l'idée selon laquelle il serait là pour adapter la sanction à la hausse de manière « discrétionnaire » : le fait que le dommage s'apprécie qualitativement ne lui enlève pas pour autant son utilité. De plus, l'idée qui consisterait à vouloir mettre plus de quantification et de raisonnement économique dans la détermination de la sanction est louable mais elle doit être appliquée de manière systématique : à cet égard, il y a un critère qui est très clair et peu discuté, c'est celui de durée de la pratique. Or, dans le communiqué sanctions, la durée fait l'objet d'un traitement très favorable aux entreprises : une année correspond à une demi-année au-delà de la première année. Ainsi, un cartel qui a duré 10 ans n'est pris en compte que pour un an plus la moitié de neuf ans c'est-à-dire 5,5 ans. Donc, si l'on souhaite, comme vous l'indiquez, appliquer plus rigoureusement les principes économiques ou de bon sens, il faut les appliquer à tous les paramètres de la sanction : dans ce cas, on devrait alors prendre la durée réelle de la pratique et même, comme Bruno Deffains l'a souligné, appliquer un taux d'intérêt. La Commission européenne, elle, prend directement en compte le nombre d'années.

INTERVENTION DE VERONIQUE SELINSKY

La clémence permet de dénoncer les cartels et d'obtenir des réductions importantes. Issue du droit américain puis européen, elle a été instaurée par la loi en 2001. Elle a fait l'objet de deux communiqués de procédure et d'une enquête de l'ADLC pour déterminer si les justiciables en étaient satisfaits.

Pour rappel, il s'agit de dénoncer des cartels secrets (qui peuvent sinon passer inaperçus) et d'inciter les entreprises à coopérer pleinement avec l'ADLC en échange d'une réduction ou exonération de sanction plus ou moins importante. Au moins deux tiers des entreprises interrogées jugent que le système est bon. Mais certains regrettent une certaine insécurité juridique et un tiers considère la réduction de sanction comme insuffisante. Cela concerne les entreprises arrivées en 2^{ème}, 3^{ème} rang ou plus dans la procédure de clémence.

Pour l'ADLC, l'intérêt de la clémence en termes d'économie procédurale est clair. Cela permet de frapper fort, le niveau des amendes étant extrêmement élevé malgré les réductions associées à la clémence (l'exonération est de 100 % pour l'entreprise entrant la première dans la procédure de clémence, la deuxième pouvant bénéficier d'une réduction jusqu'à 50 % qui n'empêche pas une forte amende).

En toute hypothèse et en dépit des réductions obtenues, la clémence est couteuse pour les entreprises car ces dernières sont tenues de coopérer avec l'Autorité, sans même connaître leur rang dans la procédure¹⁹. Elles doivent réunir des preuves elles-mêmes ; or cela peut être complexe, surtout dans la mesure où leur culture antérieure était celle de la dissimulation et de la destruction de preuves. Enfin, les entreprises ignorent si les éléments qu'elles apportent à l'Autorité ont une valeur ajoutée significative, en raison de leur méconnaissance des éléments fournis par les autres entreprises en cause. Toutefois, les avantages l'emportent de loin sur les inconvénients et le succès de la procédure ne se dément pas.

Il a été admis par l'ADLC que les bénéfices de la clémence et de la non contestation des griefs pouvaient être cumulatifs (affaire des lessives), en raison des objectifs différents de ces procédures :

- la clémence poursuit un objectif de détection ;
- la non contestation des griefs poursuit un objectif d'accélération de la procédure.

Pour cumuler les deux, une entreprise doit permettre des gains procéduraux significatifs, par exemple si les éléments qu'elle apporte à l'ADLC dans le cadre de la procédure de clémence montrent que l'entente a un périmètre plus large qu'envisagé dans le contexte de la non contestation des griefs. Les affaires des farines, des commodités chimiques, des papiers peints, des produits d'hygiène et d'entretien, des produits laitiers, ont ainsi combiné ces procédures.

La nouvelle procédure de transaction²⁰ reste dans son principe une procédure de non contestation des griefs. Toutefois, il sera possible de fixer, *via* le rapporteur général, une fourchette d'amende possible en valeur absolue. En cas d'accord de l'entreprise, ces montants seront présentés au Collège sans l'établissement préalable d'un rapport. Par contre cette nouvelle procédure fait augmenter le plafond de sanction qui existait dans l'ancienne procédure de non contestation des griefs.

DISCUSSION D'EMMANUEL COMBE

Il devrait y avoir un communiqué de procédure courant 2017 sur la procédure de transaction. Je tiens à remercier les intervenants. Vous avez critiqué notamment le critère du dommage à l'économie, au motif qu'il ne serait pas suffisamment précis. Je ne partage pas ce point de vue mais l'ADLC ne craint pas le débat contradictoire et, ce d'autant que ses décisions, toujours très motivées sur les sanctions, sont généralement confirmées par les juridictions de contrôle.

¹⁹ Sur les conditions d'exonération et/ou de réduction, Cf Déc. n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps ; Déc. n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express

²⁰ III de l'article L464-2 du Code du Commerce.

Annexe 1 : La méthode générale suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires selon le communiqué sanctions de 2011²¹

La détermination du montant de la sanction repose sur une analyse en quatre étapes.

A. Détermination du montant de base

Il dépend de :

- la gravité des faits ;
- l'importance du dommage causé à l'économie ;
- la valeur des ventes concernées par la pratique ;
- la durée des pratiques.

La proportion de la valeur des ventes que l'Autorité retient au cas par cas en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, est comprise entre 0 et 30 %.

Cette proportion est appliquée, au titre de la première année complète de participation de chaque entreprise ou organisme en cause à l'infraction, à la valeur des ventes réalisées pendant l'exercice comptable de référence, et, au titre de chacune des années suivantes, à la moitié de cette valeur.

B. Individualisation de la sanction

L'Autorité tient compte s'il y a lieu des circonstances atténuantes ou aggravantes, ou d'autres éléments d'individualisation visant à assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire. Ces éléments peuvent conduire l'Autorité à réduire ou augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire.

C. Prise en compte d'une éventuelle réitération

La réitération est une circonstance aggravante dont la loi prévoit, compte tenu de son importance particulière, qu'elle doit faire l'objet d'une prise en compte autonome, de manière à permettre à l'Autorité d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence.

En cas de réitération, le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base, peut être augmenté dans une proportion comprise entre 15 et 50 %.

D. Ajustements finaux

L'Autorité vérifie que ce montant de sanction pécuniaire, n'excède pas le maximum légal. Le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

S'il y a lieu, l'Autorité réduit ensuite le montant de la sanction pécuniaire pour tenir compte de l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la clémence et de la réduction accordée au titre de la non contestation des griefs.

Le montant de la sanction est enfin ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme en cause.

²¹ Source : DG Trésor, d'après le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

Annexe 2 : La procédure de clémence selon l’Autorité de la concurrence²²

La procédure de clémence permet de démanteler des ententes entre entreprises portant, par exemple, sur la détermination des prix de vente aux consommateurs, la fixation des quotas de production ou encore la répartition des marchés ou des volumes entre concurrents. Par définition secrets, les cartels sont très difficiles à démasquer : réunions secrètes, noms de code, messages cryptés, appels sur des téléphones dédiés, dossiers compromettants conservés au domicile des salariés, etc. La crainte d’être dénoncé fragilise le cartel et incite les entreprises à sortir de l’entente le plus tôt possible avec l’espoir d’échapper à l’amende. Face aux stratégies très sophistiquées utilisées par les cartellistes pour dissimuler leurs pratiques, la clémence constitue parfois le seul instrument de détection au service des autorités de concurrence.

Pour bénéficier du programme de clémence, l’entreprise doit apporter à l’Autorité « une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d’enquête et d’instruction » (communiqué de procédure du 3 avril 2015, § 23).

Une entreprise qui tarderait à déposer une demande de clémence risquerait de se voir « doubler » par un concurrent qui poursuit le même objectif, une réduction d’amende. Le rang d’arrivée est donc un élément déterminant pour le montant de cette réduction : plus l’arrivée d’une entreprise sera tardive, moins la réduction sera potentiellement élevée.

Ainsi, une entreprise qui fournit à l’Autorité, la première, des informations et des éléments de preuves de l’existence d’une entente peut, sous certaines conditions supplémentaires, bénéficier d’une exonération totale des sanctions pécuniaires. Pour les autres entreprises fournissant une valeur ajoutée significative, une réduction de la sanction comprise entre 25 et 50 % est appliquée pour la première entreprise, entre 15 et 40 % pour la deuxième, et d’au plus 25 % pour les suivantes. La notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuves fournis renforcent, par leur nature même et/ou par leur niveau de précision, la capacité de l’Autorité à établir l’existence de l’entente présumée.

Grâce à la clémence, l’Autorité de la concurrence a pu démanteler plusieurs ententes concernant des produits de grande consommation (produits laitiers, produits d’hygiène, d’entretien, lessives, etc.).

Exemples d’application de la clémence :

	Secteur des produits d’entretien	Secteur des produits d’hygiène
Entreprises sanctionnées	8	11
Taille du marché affecté	4,7 milliards d’euros	7 milliards d’euros
Sanctions comprises entre	7,9 et 108 millions d’euros	8,1 et 189,4 millions d’euros
Montant total de sanction	345,2 millions d’euros	605,9 millions d’euros
Réfaction de sanction (au titre de la clémence)	SC Johnson (100 %) Colgate-Palmolive (50 %) Henkel (25 %)	Colgate-Palmolive (100 %) Henkel (30 %)

²² Source : DG Trésor, selon Entrée libre, la lettre de l’Autorité de la concurrence, n°19, juin 2015 et Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, Autorité de la concurrence.

Annexe 3 : La nouvelle procédure de transaction, qui modifie l'ancienne procédure de non contestation des griefs (III de l'article L464-2 du Code du Commerce)²³

Version du dispositif en vigueur avant la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 :

« III.- Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »

Version du dispositif amendée par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 :

« III. - Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction. »

²³ Source : Légifrance