

La sanction pécuniaire des pratiques anticoncurrentielles
de la répression de l'anti-concurrence à la construction de la
concurrence

INTRODUCTION

Conseil constitutionnel,

Déc, n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015

- « 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 ; **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 » (§ 14)**

Trouver un équilibre

- finalité répressive vs droits de la défense
- Politique de concurrence vs casuistique
- Découragement des pratiques anticoncurrentielles vs encouragement des pratiques pro-concurrentielles
- Sanction des personnes morales vs sanction des personnes physiques
- Répression vs correction

Objectifs de la sanction

➤ Sanction prononcée par l'Autorité publique (public enforcement)

- ❖ Puniton des comportements délictueux, aspect répressif et caractère contributif
- ❖ Dissuasion = décourager la réitération et prévenir les tentations délictueuses = exemplarité de la peine, prévention

➤ Non prononcée par l'Autorité publique (private enforcement)

La réparation des dommages peut être recherchée devant le juge (aspect réparateur mais indirectement contributif et dissuasif)

Sanctions pécuniaires en 2014

<u>décision</u>	<u>secteur</u>	<u>Sanctions en €</u>
• 14-D-02	Presse sportive	3 514 000 €
• 14-D-05	Tél.mobile Réunion/Mayotte	45 939 000 €
• 14-D-06	Bases de données médicales	5 767 000 €
• 14-D-08	Yaourts aux Antilles	1 670 000 €
• 14-D-16	Déménagements militaires en Martinique	237 840 €
• 14-D-19	Produits d'entretien et d'hygiène	951 219 000 €
• 14-D-20	Papiers peints	5 276 000 €
Total		1 013 622 840 €

Sanctions pécuniaires en 2015

<u>Décision</u>	<u>secteur</u>	<u>montant en €</u>
N° 15-D-01	Diffusion TV par voie hertzienne OM	4.200000
N° 15-D-02	GIE les Indépendants	300 000
N° 15-D-03	Produits laitiers frais	192.700.000
N° 15-D-04	Boulangerie artisanale	1.100.000
N° 15-D-08	Commercialisation viande de volaille	15.200.000
N° 15-D-10	TDF sur le site de la Tour Eiffel	5.600.000
N° 15-D-19	messagerie et messagerie express	672.300.000
N° 15-D-20	communications électroniques	350.000.000
Total		1.241.400.000

Augmentation régulière de la sanction moyenne par décision

- 2000/2006 1à 2 millions €
- 2007/2010 4 millions €
- 2011/2015 13 millions € (cass. 18 fev 2014 :
l'appartenance à un grand groupe n'est pas obligatoirement une circ, aggravante

- Diminution du nombre des décisions contentieuses avec sanctions pécuniaires de 15/16 en 2008/2009 à 7/8 en 2014/2015
- Augmentation du montant moyen des amendes
- Augmentation des procédures tendant à éviter ou diminuer l'amende : clémence, NCG,

sanctions et alternatives

Optimisation des ressources

- Modes de répression
(utilité sociale, coût de l'infraction)
 - Sanctions pécuniaires
 - Injonctions
 - Publications
- Alternatives
réductions d'amendes (utilité administrative, coût des procédures)
 - rémunération de la **détection** de cartels secrets : Clémence
 - Rémunération de **l'accélération** des procédures, facilitation preuves NCG/transaction
- cas particulier : les engagements (absence de qualification du comportement)



II

la fixation de la sanction pécuniaire évaluer le montant encouru

cadre juridique (art, L464-2 c,com)

- **Prévisibilité du mode de calcul** à partir des 4 critères légaux
 - * gravité des faits reprochés
 - * importance du dommage causé à l'économie,
 - * situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient
 - * éventuelle réitération de pratiques prohibées
- **Appliqués dans le respect du contradictoire** : les parties peuvent présenter des observations, mais le rapporteur n'est pas tenu de répondre à tous les arguments (CA Paris 24 nov,2009)
- **Fixation individuelle et motivée**

Méthodologie (communiqué 16/5/2011)

1

- Détermination du **montant de base** (gravité des faits et DAE)

2

- Individualisation de la sanction

3

- Vérification du maximum légal

4

- Clémence et Transaction (si non-contestation des griefs)

5

- Prise en compte d'éventuelles difficultés financières

6

- Sanction finale

DAE = un composant du montant de base de la sanction

Gravité
des faits
(0 à 15%)



Domma
ge à
l'économ
ie (0 à
15%)

Proportion de
la valeur des
ventes (VV)
retenue entre
0 et 30%



Durée
des
pratiq
ues



Montant de
base

***Proportion de la VV directement comprise entre 15 et 30 % : accords horizontaux entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production (§ 41 du communiqué « sanctions »)**

critères

• Gravité des faits

- gravité intrinsèque des faits
- nature des activités, secteurs ou marchés en cause (activité de service public, marché public, secteur ouvert depuis peu à la concurrence)
- personnes susceptibles d'être affectées(cf.PME,consommateurs vulnérables)
- Caractéristiques objectives de l'infraction ou des infractions(caractère secret ou non, degré de sophistication, existence de mécanismes de police ou de mesures de représailles, détournement d'une législation.....)

- **Dompage à l'économie**
- **(§32 communiqué « sanctions »)**
- ampleur de l'infraction (couverture géographique, nombre, importance et parts de marché cumulées des entreprises en cause, etc.)
- 2)caractéristiques économiques des activités, secteurs, ou marchés en cause (barrières à l'entrée, clientèle captive ...)
- 3) conséquences structurelles et conjoncturelles de l'infraction (effets potentiels ou réels, surprix etc...)
- 4) incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals

Critère n°1 : l'ampleur de l'infraction

Ampleur importante, DAE important

*Déc, n°14-d-02 : « pratique mise en œuvre par un opérateur en situation de monopole (...) sur l'ensemble du marché de la PQN d'information sportive » (§365)

*Décision n° 14-D-19 : « *les deux ententes uniques ont concerné l'ensemble du territoire national (...), affecté l'ensemble des distributeurs, les entreprises mises en cause représentaient environ deux tiers de l'offre sur le territoire français* » .



Ampleur limitée, DAE minoré

*Décision n° 14-D-08, ADLC relève que : « *les effets de la pratique en cause ont été limités à l'île de la Martinique, et très ponctuellement à l'île de la Guadeloupe, soit deux marchés de taille restreinte* » .

Décision n° 15-D-04, ADLC : « *les auteurs identifiés ne représentent que quelques meuniers, détenaient des parts de marché cumulées relativement modérées au regard de celles des concurrents* » (§386)

Critère n°2 : caractéristiques économiques des activités, des secteurs, ou des marchés en cause

➤ notamment les barrières à l'entrée, le degré de concentration, l'élasticité-prix de la demande ou bien encore le contre-pouvoir des acheteurs

➤ Barrières à l'entrée

Déc, n° 14-D-19
« hygiène et
entretien »

- « L'existence de fortes barrières à l'entrée [...] est de nature à amplifier les effets dommageables des pratiques » (§ 1324)

Déc, n°15-D-17
Téléphonie
mobile à la
Réunion et à
Mayotte

- « l'importance des barrières non techniques à l'entrée sur le marché dans la zone Antilles Guyane est de nature à amplifier le dommage » (§114)

Critère n°2 : Les caractéristiques économiques des activités, des secteurs, ou des marchés en cause

➤ Degré de concentration



*Déc. n° 15-D-08 : faible concentration du secteur de la volaille de nature à modérer le DAE (§341)

*Déc. n° 15-D-19 « messagerie expresse : Faible degré de concentration du secteur de la messagerie expresse de nature à modérer les effets dommageables des pratiques (§ 1248)




Déc. 14-D-19 : « Les huit premiers fournisseurs représentaient au moment des faits environ 70 % des parts de marché » (§132). Cette caractéristique est de nature à modérer le contre-pouvoir de négociation des enseignes.




Critère n°2 : Les caractéristiques économiques des activités, des secteurs, ou des marchés en cause

➤ Elasticité-prix




Décision n° 15-D-08 :
« la viande de volaille présente une forte élasticité-prix de ce qui est de nature à tempérer le dommage à l'économie »
(§ 340)




Décision n° 14-D-19 :
« La demande de produits d'hygiène et celle de produits d'entretien sont faiblement élastiques au prix ce qui est de nature à accroître le dommage à l'économie » (§ 1349)

➤ Contre-pouvoir des acheteurs



décision 15-D-19, ADLC : « le contre-pouvoir de négociation des clients a pu limiter l'ampleur des hausses de prix finalement mises en œuvre pour les participants à l'entente » (§1266).



Décision n° 14-D-19 : « Les fournisseurs des secteur de l'hygiène et faisait effectivement face à des acheteurs puissants mais leur situation leur permettait de contrebalancer le pouvoir des distributeurs » (§1363).

Critère n°3 : conséquences structurelles et conjoncturelles de l'infraction

- conséquences structurelles de l'infraction : barrières à l'entrée, effets d'éviction, de discipline ou de découragement vis-à-vis des concurrents, baisse de la qualité ou de l'innovation, etc...

NB : **Redondance**, certaines conséquences structurelles comme les effets d'éviction sont également prises en compte au titre d'autres critères (ex : gravité intrinsèque des faits : cf. Déc, n° 14-D-02, § 358 et 367)

- conséquences conjoncturelles : surpris escompté, absence d'une baisse de prix attendue et impact direct sur des secteurs ou des marchés connexes ou bien encore en amont ou en aval.
- A ce stade : production fréquente d'étude économique par les entreprises (cf. Déc. n°15-D-03 du 11 mars 2015 produits laitiers frais §309)
- But :
 - Quantifier certains effets des pratiques comme le surpris escompté
 - Minimiser les conséquences conjoncturelles de l'infraction

Critère n°3 : Les conséquences structurelles et conjoncturelles de l'infraction (suite)

➤ Méthodes d'évaluation du dommage

- **Méthode avant/après** : comparaison entre les prix antérieurs et/ou postérieurs à la pratique anticoncurrentielle et les prix effectivement pratiqués pendant la pratique anticoncurrentielle (cf. notamment Décision n° 14-D-19 « hygiène et entretien »)
- **Méthode par comparaison (« yardstick »)** : Les prix pendant la période de l'entente sont comparés aux prix observés sur un marché similaire où aucune entente n'a eu lieu.
- **Méthode des doubles différences** : Les prix pendant la période de l'entente sont comparés aux prix observés en dehors de cette période et sur un marché distinct, mais similaire, où aucune entente n'a eu lieu (cf. Décision n° 15-D-08 « viande de volaille »).

Critère n°3 : Les conséquences structurelles et conjoncturelles de l'infraction (suites)

1) Effet direct : éviction du concurrent (Cf. Décision 14-D-02 « information sportive »)

2) Ralentissement de l'activité des concurrents

Déc, n°15-D-17 : « *la pratique de différenciation tarifaire de SRR a eu pour effet de renforcer artificiellement l'attractivité du réseau de SRR* » (§ 124)

3) Dissuasion des entrants potentiels

Décision n° 15-D-01 – TDF : « *la pratique de TDF est également de nature à rendre plus difficile la participation de concurrents aux appels d'offres futurs ou à affaiblir à moyen terme leur capacité concurrentielle en les privant d'un retour d'expérience sur ces marchés limités sur lesquels ils souhaitaient concourir* » (§ 250)


4) Perte de bien être du consommateur : disparition d'un format de journal (Dec,14-d-02, information sportive), disparition d'un produit (14-d-06, Cegedim)

Critère n°4 : Incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals

- Critère fréquemment absent dans les décisions de l'ADLC (cf. notamment Déc. n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 , 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)
- Exemple de la prise en compte de ce critère par l'Autorité :
 - Déc. n°16-D-02 : une entente sur les marchés publics a une incidence néfaste sur l'économie en général car elle est de nature à renforcer le caractère « habituel » ou « normal » des ententes sur marchés publics (cf. Voir également déc, n° 14-D-05 téléphonie mobile à La Réunion et Mayotte)

➤ Echantillon de la pratique décisionnelle de l'ADLC

Décision de l'ADLC	Gravité de la pratique	Dompage causé à l'économie	à Proportion de la valeur des ventes retenues
Déc. 14-D-02 « presse d'info, sportive »	« Degré certain de gravité » (§358)	« conséquences de l'infraction importantes » (§367)	9 % de la VV (apd)
Déc. n° 14-D-16 « Déménagement »	« L'infraction (...) constitue une des infractions graves aux règles de concurrence » (§104)	« Le dommage à l'économie est, dans la présente affaire, certain, mais limité » (§125)	12 % de la VV
Déc. n° 15-D-01 « Diffusion hertzienne »	« Un abus d'exclusion (...) revêt un caractère certain de gravité » (§244)	« la pratique d'éviction mise en œuvre par TDF a causé un dommage certain à l'économie » (§251)	10 % de la VV (apd)
Déc. n° 15-D-04 « boulangerie artisanale »	la pratique en cause présente (...) un caractère de gravité certain (§379)	« Ampleur du dommage limité » (389)	10 % de la VV
Déc. n° 15-D-19 « messagerie express »	« Les pratiques doivent être considérées comme très graves » (§1224)	« Importance certaine mais limitée , du dommage causé à l'économie » (§1295)	9 % de la VV



III

Mécanismes de réduction et stratégies de défense

Mécanismes de réduction et stratégies de défense

- **Bénéfices de la non-contestation de griefs (régime ancien)**
 - Réduction du plafond de la sanction de 10 à 5%
 - Réduction de la sanction de 10%
- **Bénéfices de la transaction (régime nouveau)**
 - fourchette de réduction en VA proposée par le RG, décision du collège
- **Bénéfices des programmes de conformité**
 - Réduction de sanction de 5 à 15%
- **Bénéfices de la clémence**
 - Exonération totale de sanction pour le 1^{er} demandeur
 - Exonérations partielles pouvant atteindre 50% pour les demandeurs suivants
- A noter : ces différents mécanismes peuvent se cumuler.

Clémence en France

l'opinion des intéressés

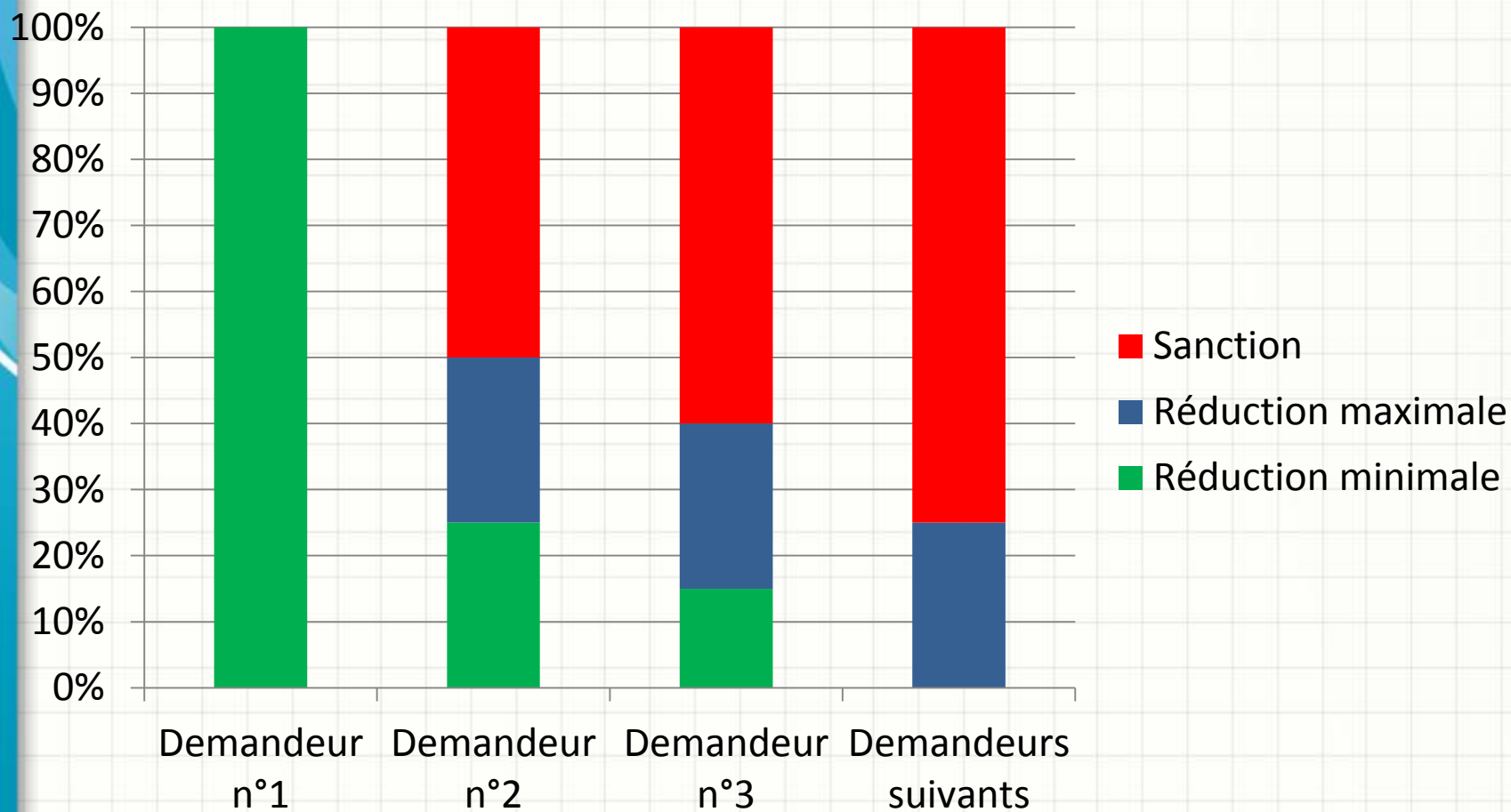
satisfaits

- Protection de l'entreprise et de son image 50 %
- Système français comparé aux autres 67%

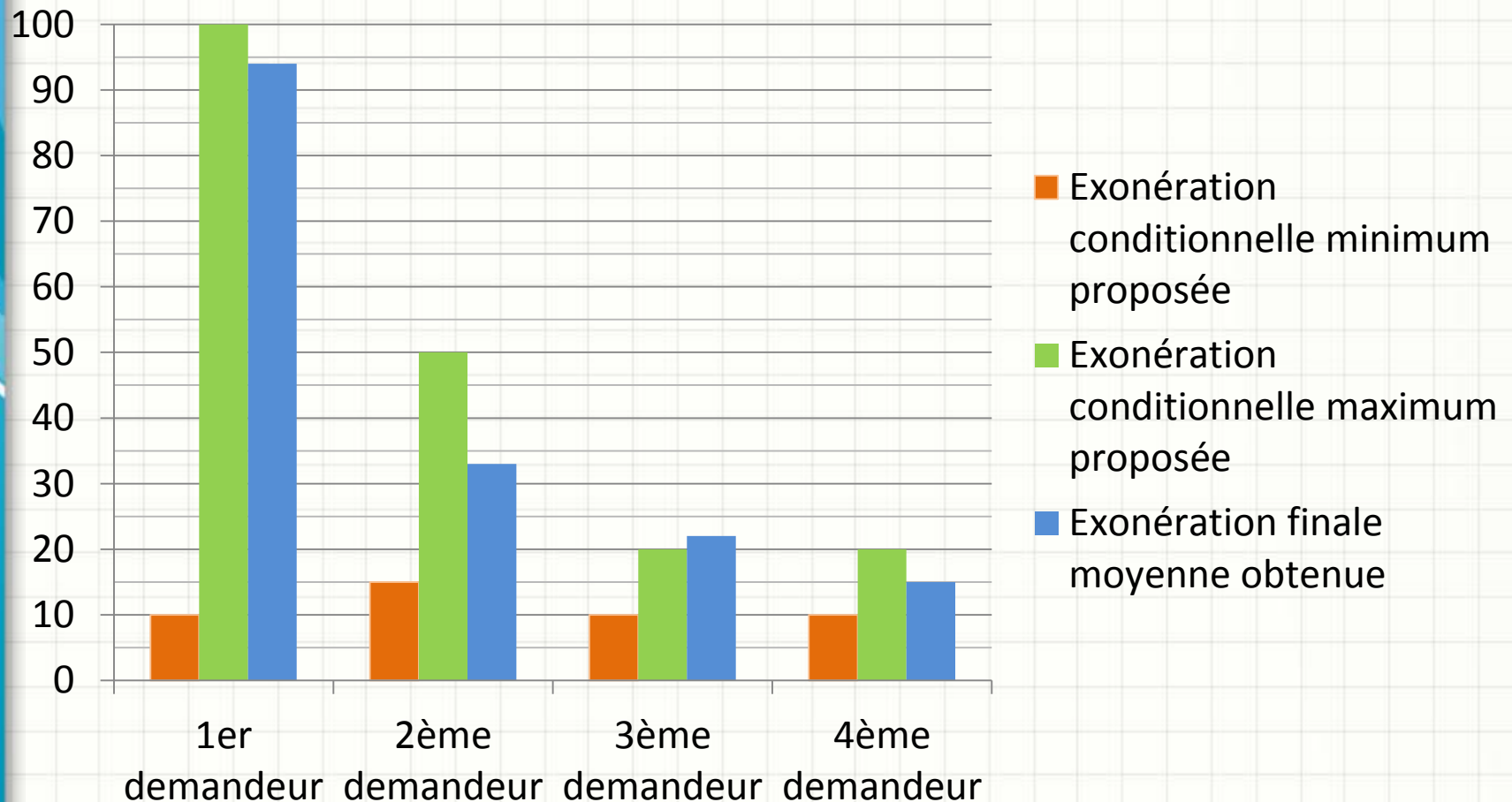
insatisfaits

- Coûts d'investissement (10%)
- Trop long 11 %
- Procédure lourde 22 %
- Insécurité juridique 22%
- Réduction insuffisante 30% (taux de réduction = critère incitatif n°1)

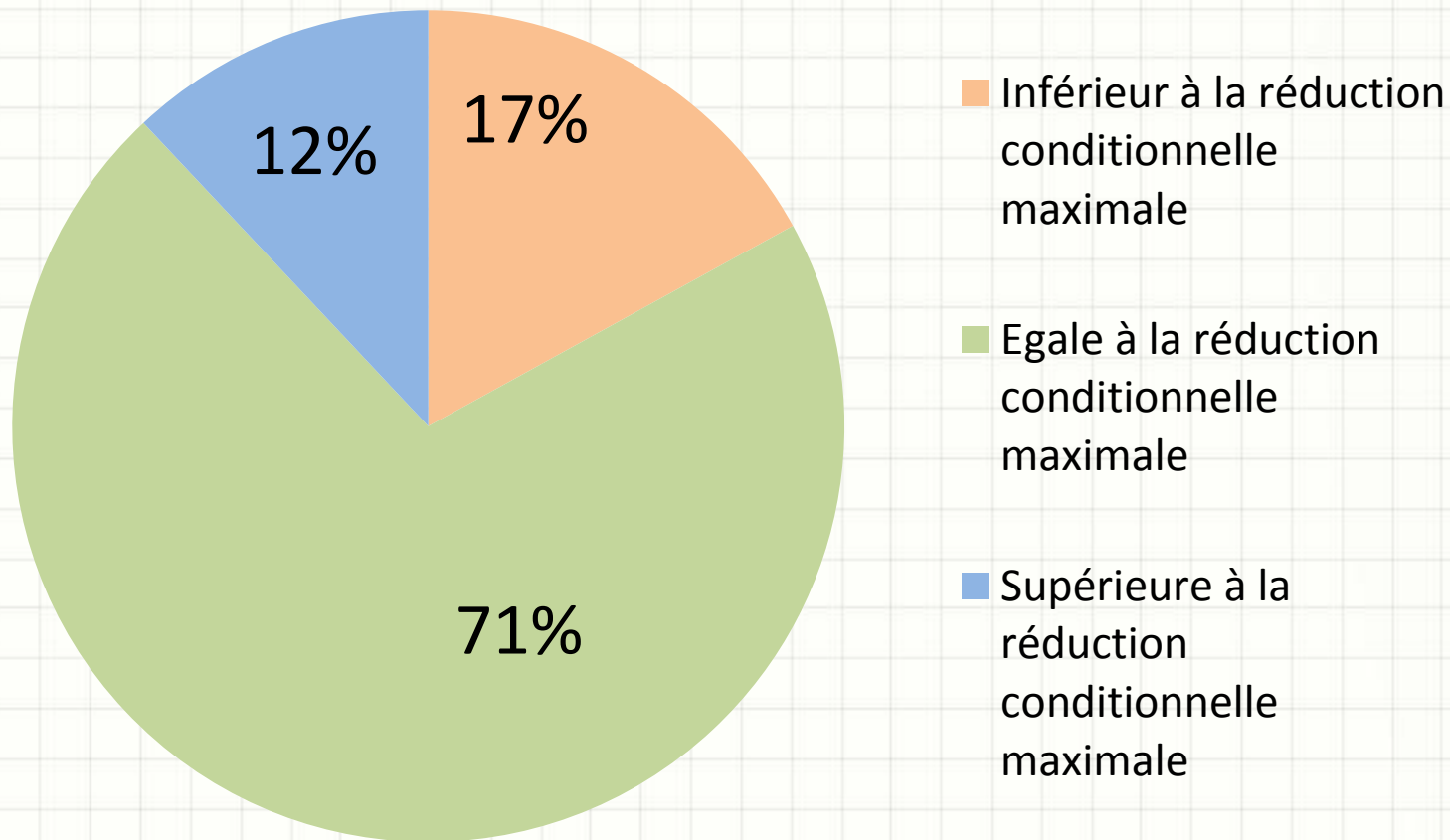
Clémence en France : possibilités d'exonération communiqué du 3 avril 2015




Statistiques sur les exonérations obtenues par les demandeurs de clémence dans les décisions étudiées (11 décisions)



réductions finales obtenues





La procédure de « transaction » loi n°2015-990 du 6 août 2015

pour la croissance, l'activité
et l'égalité des chances économiques

nouveau régime de traitement de la NCG

- Institution, en lieu et place de l'ancienne procédure de NCG, d'une « transaction »
- Nouvel article L. 464-2 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.* »*

Comparaison avec l'ancienne procédure de NCG

	Ancienne NCG	Nouvelle procédure
Obligation de non contestation des griefs pour bénéficiaire du dispositif	OUI	OUI
Qu'est ce qui est proposé par le rapporteur général ?	Un coefficient de réduction de la sanction	Une fourchette fixant « <i>le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée</i> »
En cas d'engagements	Le RG peut proposer à l'Autorité d'en tenir compte dans la fixation de la sanction	Le RG peut en tenir compte dans sa proposition de transaction
Montant maximum de la sanction	5% du CA mondial	10% du CA mondial

Les étapes en droit français

En France

Envoi de
la
notifica-
tion de
griefs

RG : Proposition de
transaction avec
fixation d'un
montant minimal et
maximal de la
sanction envisagée
+ Délai fixé par le RG
pour répondre

Proposition
finale
transmise
par le RG au
collège
(refus
possible ?)



Le
destinataire :
volonté
d'entrer en
transaction ?

Accord de
la proposi-
tion par la
partie

Décision
de
l'Autorité

Questions en suspens

- Refus de transiger
- Recours malgré le respect du plafond ?
- Droit transitoire ?