

Premiers enseignements de la consultation publique sur le projet de communiqué relatif aux sanctions

Bruno Lasserre
Président de l'Autorité de la concurrence



I. L'objet de la consultation publique

- **Premières lignes directrices sur les sanctions *antitrust*...**
 - ... préparées par l'Autorité de la concurrence, avec le bénéfice du retour d'expérience d'autres autorités, notamment en Europe (bonnes pratiques de l'ECA + lignes directrices européennes de 1998 et 2006 + de 8 autres ANC) ;
 - ... préparées en temps de difficultés économiques.
- **Un communiqué nécessairement flexible pour tenir compte :**
 - de la variété des infractions susceptibles d'être traitées par l'Autorité ;
 - de la diversité des entreprises susceptibles d'en être responsables.
- **Un projet cherchant à concilier :**
 - systématisation d'une méthode et appréciation au cas par cas ;
 - bonnes pratiques européennes et spécificités propres au droit français ;
 - dissuasion (générale et individuelle) et proportionnalité.

II. Le déroulement de la consultation publique

- **Première consultation publique en Europe sur un projet de lignes directrices sur les sanctions *antitrust* :**
 - phase écrite (contributions) : 17 janvier / 11 mars 2011 ;
 - phase orale (table ronde) : 30 mars 2011.
- **23 réponses :**
 - entreprises et associations d'entreprises, organisations de consommateurs, universitaires, représentants du barreau *antitrust* français et étranger, économistes, autres autorités de concurrence.
- **Calendrier :**
 - finalisation du projet : courant avril ;
 - publication du communiqué : courant mai.

III. Les enseignements de la consultation publique

Exergue de la contribution individuelle d'un avocat :

« *Oignez villain il vous poindra, poignez villain il vous oindra.* »

François Rabelais

III. Les enseignements de la consultation publique

La première réponse à laquelle je pourrais penser :

« Où est foy ? OÙ est loy ? OÙ est raison ? Défendre ma maison et nos amis secourir contre les assaulx des malfaisans. »

III. Les enseignements de la consultation publique

Ou la seconde, vers laquelle je penche finalement... et sagement :

« Le temps mûrit toutes choses ; par le temps toutes choses viennent en évidence ; le temps est père de la vérité. »

III. Les enseignements :

1. L'instrument et la méthode

- **Soutien unanime au recours à des lignes directrices :**
 - plus de transparence sur la méthode ;
 - plus de prévisibilité sur les éléments pouvant être pris en compte ;
 - plus de cohérence avec les bonnes pratiques européennes ;
 - pas moins de marge d'individualisation au cas par cas.
- **Demandes différentes quant au contenu et la portée du projet :**
 - opposabilité à l'Autorité ?
 - plus d'exhaustivité...
 - exemple : circonstances atténuantes et aggravantes ;
 - ... *versus* plus de flexibilité au cas par cas :
 - exemple 1 : proportion de la valeur des ventes reflétant la gravité des cartels (15 %) ;
 - exemple 2 : augmentation minimale au titre de la réitération (5 %) ?
- **Interrogations sur son appropriation par les juridictions.**

III. Les enseignements :

2. Le montant de base (gravité et dommage)

- **L’articulation de la gravité et du dommage à l’économie :**
 - soutien au placement du dommage à l’économie sur le même plan que la gravité ;
 - souhaits d’une “meilleure” articulation des deux critères, mais dans des sens opposés :
 - proportion globale de la valeur des ventes *versus* traitement séparé ?
 - attention aux éléments d’appréciation pouvant se recouper (ex. : clients captifs) ?
 - suggestion d’éléments d’appréciation complémentaires (restriction d’accès à une profession, mise en œuvre effective de la pratique, etc.).

- **L’appréciation de l’importance du dommage à l’économie :**
 - quelles modalités d’appréciation (recours au scénario contrefactuel et rôle des données quantitatives) ?
 - possibilité d’évaluer les surcoûts subis par les entreprises / consommateurs victimes pour faciliter les actions en réparation ?

III. Les enseignements :

2. Le montant de base (valeur des ventes)

- **Le recours à la valeur des ventes :**
 - soutien unanime à ce référentiel, mais des questions sur :
 - ... la prise en compte des “ventes indirectement liées à l’infraction” : préciser/illustrer dans quels cas ?
 - ... la détermination de la valeur de ventes : qui prend l’initiative ?
 - ... la proportion de la valeur des ventes : souhaits d’une plus grande modulation de l’assiette, mais dans des sens opposés. Exemples :
 - limiter la proportion totale à 15-20 %, sauf circonstances particulières ;
 - aller au-delà de 30 % pour mieux refléter l’importance des dommages actuels ou potentiels à l’économie (cf. travaux économiques empiriques récents) ;
 - ... les possibilités d’adaptation aux cas particuliers : demande de plus d’illustrations *versus* critique d’insuffisante prévisibilité.

III. Les enseignements :

2. Le montant de base (durée)

- **Le traitement des pratiques anticoncurrentielles durables :**
 - la définition de l'année de référence : trop mécanique *versus* pas assez prévisible ?
 - la prise en compte de la durée : deux points de vue opposés sur le projet :
 - point de vue juridique : système trop mécanique et pas assez individualisé ;
 - point de vue économique : système trop dégressif et pas assez dissuasif ;
 - les propositions alternatives de « réglage fin » :
 - se fonder sur la valeur des ventes totales ou moyenne pendant toute la durée de l'infraction ;
 - multiplier une année de référence par le nombre total d'années ;
 - moduler la prise en compte des années (dégressivité accrue / progressivité accrue) ;
 - affiner le traitement des fractions d'années.

III. Les enseignements :

3. L'individualisation

- **L'appréciation du comportement individuel :**
 - circonstances atténuantes : en ajouter (coopération, bonne foi, etc.) et en préciser certaines (franc-tireur, contrainte, etc.) ;
 - circonstances aggravantes : en supprimer (notoriété, ancien monopole public) et/ou en ajouter (participation de salariés à responsabilité, obstruction, etc.) ;
 - indication de fourchettes *versus* individualisation au cas par cas.
- **L'appréciation de la situation individuelle :**
 - la situation d'ensemble de l'entreprise : invitation à tenir compte du rapport entre valeur des ventes et CA total pour les entreprises « mono-produit » et/ou puissantes ou de grande taille ;
 - l'appartenance à un groupe : demandes visant à limiter/préciser :
 - le champ temporel (commission de l'infraction / prise de la décision) ;
 - le champ matériel (implication directe du groupe dans l'infraction).

III. Les enseignements :

4. La réitération

- **L'appréciation de la réitération :**
 - restreindre son champ d'application matériel (identité de qualification juridique ou d'objet exclusivement) *versus* l'élargir (date du caractère définitif de la précédente infraction) ?
 - restreindre son champ d'application temporel (délai total de 5 ou 10 ans et non de 20) *versus* l'élargir (délai de 10 ans entre chaque infraction) ?
- **Les conséquences de la réitération :**
 - davantage moduler la majoration de sanction, pour proportionner la dissuasion à la gravité des infractions commises, à l'écoulement du temps et à la situation individuelle du contrevenant ?

III. Les enseignements :

5. Les ajustements finaux et les cas particuliers

- **La clémence et la non-contestation des griefs :**
 - clémence : demande de prise en compte postérieurement au plafond légal (incitations) ;
 - non-contestation des griefs : préciser la pratique décisionnelle de l'Autorité sur la mise en œuvre de cette procédure.
- **Soutien au dispositif relatif à la capacité contributive.**
- **Le traitement particulier des appels d'offres :**
 - supprimer *versus* préciser la section spécifique aux appels d'offres ;
 - clarifier l'assiette applicable (valeur du marché *versus* chiffre d'affaires total).

IV. Autres questions

- **La place de la réparation et des programmes de conformité :**
 - tenir compte des engagements pris pour réparer les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle sur ses victimes directes/identifiables ;
 - tenir compte des sanctions individuelles prises par les entreprises (mise à pied, blâme, licenciement, etc.) ;
 - tenir compte de l'existence d'un programme de conformité effectif.
- **Les préalables à la sanction :**
 - ajournement/sursis avec mise à l'épreuve ;
 - injonction (infractions mineures).
- **La place du contradictoire.**