

Refonte des amendes de concurrence : à bon entendeur...

L'Autorité de la concurrence a engagé une réforme en profondeur de sa méthode de calcul des amendes. Introduite de manière progressive dans ses décisions à compter de septembre 2010 et décrite dans un projet de communiqué, les grandes lignes en sont désormais largement fixées. Et cette nouvelle méthode change véritablement la donne.



Nathalie Jalabert-Doury, avocat associé

SUR L'AUTEUR

L'équipe concurrence et distribution de Mayer Brown Paris est spécialisée en droit européen et français de la concurrence. Nathalie Jalabert-Doury dispose notamment d'une expérience reconnue en matière de cartels et d'ententes de marchés publics, qui peuvent conduire à des sanctions très lourdes. Elle a animé le sous-groupe de travail de l'Association française d'étude de la concurrence sur les aspects procéduraux du projet de communiqué sur les sanctions.

Au début de l'année 2010, un retentissant arrêt de la cour d'appel de Paris avait divisé par huit le montant des amendes infligées par l'Autorité de la concurrence (AdlC) dans l'affaire du cartel de l'acier, contraignant l'Autorité à repenser ses modalités de calcul des amendes. Dès septembre 2010, l'AdlC a commencé à appliquer sa nouvelle méthode avant de la soumettre à consultation sur la base d'un projet de communiqué relatif aux sanctions en janvier 2011¹. Une table ronde a permis de faire le point sur les contributions reçues et les principaux enseignements qu'en tire l'AdlC². Le communiqué définitif devrait être publié avant la fin du mois de mai 2011.

Des amendes plus transparentes pas forcément plus prévisibles

Jusqu'à présent, les décisions infligeant des amendes motivaient les différents éléments pris en compte

pour fixer le quantum des sanctions, mais ne fournissaient pas le détail du calcul en fonction de la pondération appliquée à chacun. Seuls éléments fournis par les décisions : le montant de la sanction et le chiffre d'affaires mondial réalisé au cours du dernier exercice clos par l'entreprise concernée (la sanction infligée ne pouvant dépasser 10 % de ce chiffre). Désormais, à l'image de nombreuses autres autorités, l'AdlC adopte une méthode de calcul publique et fournit dans ses décisions des précisions qui permettent de refaire – avec plus ou moins de précision – le calcul l'ayant conduit au montant final. Si la méthode est plus transparente, elle ne permet pas pour autant de prédéfinir l'amende encourue, de nombreux paramètres indéterminables en amont pouvant influencer sur le calcul. De désagréables surprises pourront d'ailleurs encore surgir à la lecture des décisions, l'AdlC ne souhaitant pas s'interdire dans le communiqué d'utiliser des éléments

qui n'auront pas été dévoilés dans le cadre du débat contradictoire organisé par ses services d'instruction. La Commission européenne vient pourtant, elle, de faire le pas : elle indiquera désormais de manière claire les éléments de base du calcul au stade de la communication des griefs³.

Une très large marge de manœuvre dans le choix du coefficient multiplicateur

L'AdlC retient désormais comme point de départ du calcul la valeur des ventes réalisées la dernière année de l'infraction sur le marché affecté par les pratiques. Si le principe est simple, la détermination de la valeur des ventes affectées peut s'avérer un exercice délicat, comme le démontrent déjà plusieurs décisions rendues⁴.

Surtout, le coefficient qui est ensuite appliqué à cette assiette conserve encore de nombreuses zones d'ombres. Il peut aller selon le projet de 0 % à 30 % pour tenir compte à la fois de la gravité intrinsèque et du dommage à l'économie causé par les pratiques. Pour seule précision additionnelle, le projet de communiqué énonce que le coefficient est en principe de 15 % à 30 % en présence d'ententes injustifiables. Ensuite, la durée des pratiques est prise en compte en multipliant le chiffre obtenu par un facteur au sein duquel la première année compte pour 1 et les années suivantes pour 0,5.

En pratique, les premières décisions rendues atteignent parfois des niveaux d'amendes considérables en n'exploitant pourtant qu'une fraction de cette marge de manœuvre. Ainsi, le coefficient après application du multiplicateur de durée aurait été de 0,26251 % dans l'affaire échange image chèque et au maximum de 3,6 % dans l'affaire des panneaux de signalisation.

Une individualisation probablement plus conséquente à la hausse qu'à la baisse

Les facteurs et coefficients sont abandonnés au stade de l'individualisation au profit de simples majorations et minorations, tout d'abord au titre de circonstances atténuantes et aggravantes classiquement retenues (généralement 10 % à 20 % de majoration ou minoration) et jusqu'à 50 % en matière de récidive. Avant application de la récidive, l'AdIC peut également « adapter » à la baisse ou à la hausse le montant ainsi obtenu – sans fixer de limite – pour tenir compte de la taille et de la puissance économique plus ou moins grandes de l'entreprise concernée, de son appartenance ou

non à un groupe d'envergure européenne ou international, du nombre et de la variété plus ou moins significatifs de ses activités et des secteurs sur lesquels il opère, ainsi que de ses ressources globales. Cette adaptation a vocation à assurer l'effet dissuasif à l'égard des grands groupes et au contraire à conserver des amendes proportionnées dans le cas de PME ou d'entreprises mono-secteur. Enfin, des ajustements finaux sont opérés pour tenir compte de la clémence, de la non contestation des griefs, du plafond de sanction et de la capacité contributive de l'entreprise.

Des amendes plus ciblées ou augmentées ?

Le texte laissant d'importantes marges de manœuvre à l'AdIC tout au long du calcul, ce n'est qu'au travers des décisions d'application qu'il sera possible de déterminer si une augmentation générale des amendes peut être constatée sur cette base. En tout cas, tel a été clairement le

cas lorsque la Commission européenne a elle-même adopté ses premières lignes directrices basées sur la valeur des ventes.

Si l'observation des décisions rendues pour l'heure ne constitue probablement pas un panel suffisamment représentatif pour tirer des conclusions définitives, il n'en reste pas moins que l'on relève dans l'affaire des panneaux de signalisa-

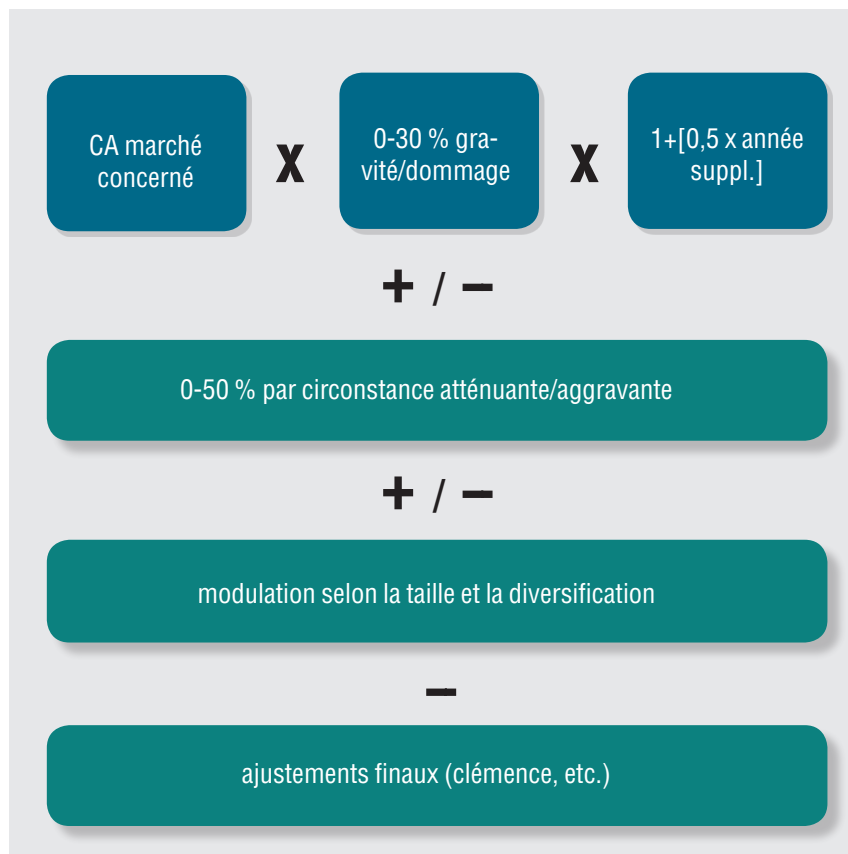
« L'AdIC devrait respecter le contradictoire sur les éléments de base du calcul »

tion les plus fortes amendes jamais infligées en matière d'ententes de marchés publics (près de 20 millions d'euros pour les plus grands groupes récidivistes impliqués) et que les amendes infligées aux banques dans l'affaire échange image chèque sont bien plus élevées que celles qui leur avaient été appliquées il y a quelques années pour une pratique cartellaire d'une toute autre gravité.

La nouvelle méthodologie creusera en toutes hypothèses les écarts de sanction entre entreprises en pourcentage de chiffre d'affaires affecté et *a fortiori* en valeur absolue.

L'époque où l'Autorité infligeait le même pourcentage de chiffre d'affaires global aux différents contrevenants est clairement révolue et cette plus grande individualisation est à saluer.

Reste cependant encore à l'AdIC à affiner ses clés de différenciation en se gardant de toute approche manichéenne (grand groupe/PME, ancien monopole/nouvel entrant, etc.) et en tenant effectivement compte d'éléments insuffisamment reflétés dans le projet de communiqué comme les efforts de conformité mis en œuvre, la rentabilité de l'entreprise/du secteur ou encore les pressions des clients ou fournisseurs ayant contribué aux pratiques.



¹ www.autoritedelaconurrence.fr

² Communiqué de presse de l'Autorité du 30 mars 2011.

³ Commissaire Almunia, discours du 14 avril 2011, Berlin Speech/11/268.

⁴ Comme par exemple la décision échange image chèque.