

Non classifié

DAF/COMP/GF(2016)2

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

27-Jul-2016

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE

-- Session IV --

Appel à contributions

Le présent document est un appel à contributions adressé aux pays en vue de la session IV du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 1er et 2 décembre 2016. Les participants sont invités à soumettre leurs contributions au plus tard le lundi 3 octobre 2016.

JT03399523

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



DAF/COMP/GF(2016)2
Non classifié

Français - Or. Anglais

À TOUS LES PARTICIPANTS AU FORUM MONDIAL SUR LA CONCURRENCE

OBJET : Les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence

15^{ème} Forum mondial sur la concurrence (1^{er}-2 décembre 2016)

Madame, Monsieur,

Le Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, qui se tiendra les 1^{er} et 2 décembre 2016, organisera une table ronde sur les sanctions en cas d'infraction au droit de la concurrence le second jour du Forum, le vendredi 2 décembre 2016. Le Secrétariat souhaiterait vous inviter à présenter une contribution écrite à l'occasion de cette session. Merci de bien vouloir soumettre cette contribution d'ici le **lundi 3 octobre 2016** au plus tard.

Les contrevenants à la législation sur la concurrence sont souvent condamnés à des amendes (dans le cadre de procédures civiles, administratives ou pénales). Ces amendes représentent un coût pour les entreprises ou les individus qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles illicites. L'infraction aux règles de la concurrence peut rapporter gros, à condition de ne pas se faire prendre. Les amendes jouent un rôle dissuasif en ce sens qu'elles rendent moins lucratives les pratiques anticoncurrentielles. Du point de vue de l'entreprise, celle-ci ne se mettra pas en infraction à la législation si les sanctions pécuniaires prévisibles sont plus lourdes que les gains illicites qu'elle espère en tirer. En revanche, si le montant de ces gains illicites dépasse celui des sanctions pécuniaires applicables, l'entreprise se verra financièrement incitée à enfreindre la législation. De surcroît, les amendes peuvent concourir à un objectif, celui d'indemniser de larges catégories de victimes indirectement par une baisse de la fiscalité. S'agissant des amendes en effet, cet objectif est atteint, bien qu'au mieux par voie indirecte, puisque les produits qu'elles génèrent alimentent généralement les finances publiques.

Un peu partout dans le monde, les autorités de la concurrence ont poursuivi leur offensive ces dernières années en menant des enquêtes et en poursuivant en justice les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. En conséquence, le montant des amendes infligées pour de telles pratiques a fortement augmenté. Le montant des amendes prononcées à l'encontre d'ententes internationales sur la période 1990-2013 s'établit à 53 milliards USD au moins. Certaines autorités de la concurrence de création récente ont progressé très vite dans la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles. En 2012, la CCI (Competition Commission of India) a sanctionné onze producteurs de ciment et leur fédération professionnelle en leur infligeant une pénalité d'environ 1.1 milliard USD, soit l'amende la plus lourde jamais prononcée à l'encontre d'une entente par la CCI. En 2014, l'autorité de la concurrence brésilienne (Conselho Administrativo de Defesa Economica, CADE) a infligé une amende d'environ 1.4 milliard USD aux membres d'une entente qui durait depuis longtemps entre des producteurs de ciment et de béton.

Au-delà des chiffres, un certain nombre d'autorités de la concurrence n'ont pas ménagé leur peine pour adopter ou réviser leur législation ou leurs lignes directrices applicables aux sanctions. Toute méthode de calcul des amendes, comme en donnent des lignes directrices, est bénéfique à plus d'un titre. Selon le principe de légalité des délits et des peines (dans l'esprit de l'adage latin *nullum crimen et nulla poena sine lege*), il faut que des dispositions juridiques soient prévues, qui établissent et infligent une sanction précise aux contrevenants dès lors que les pratiques anticoncurrentielles incriminées sont réputées constituer un crime ou un délit. S'agissant du droit de la concurrence, si une entreprise peut prévoir à l'avance le

montant de l'amende qui lui sera infligée si elle se livre à telle ou telle pratique anticoncurrentielle, elle pourra décider, sur la base d'un calcul financier, de participer ou non à une entente ou d'en constituer une. Aussi une entreprise sera-t-elle dissuadée de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles si elle se rend compte que le coût prévisible sera supérieur au bénéfice potentiel. En outre, des lignes directrices pour calculer le montant des amendes permettent aux autorités de la concurrence de mettre en place un barème de sanctions cohérent et d'éviter ainsi les pressions à un traitement de faveur, inéquitable, dans telle ou telle affaire. Enfin, des lignes directrices permettent au destinataire d'une amende de mieux comprendre pourquoi la sanction a été établie à ce niveau, ce qui peut potentiellement réduire le nombre de procédures en appel et favoriser le respect des règles de concurrence.

Bien que les autorités de la concurrence infligent des amendes conséquentes aux contrevenants, calculées en fonction de lignes directrices, certains analystes continuent de soutenir que des sanctions plus lourdes sont nécessaires pour poursuivre le travail de dissuasion, même dans les juridictions qui ont connu des années d'augmentation rapide des barèmes. Connor (2013), par exemple, a établi que les amendes sanctionnant des ventes ayant donné lieu à une infraction, établies en vertu des lignes directrices de 2006 de l'UE, sont deux fois plus sévères que celles prononcées en vertu des lignes directrices adoptées précédemment (en 1998). Il souligne néanmoins que les sanctions prononcées en vertu de ces nouvelles lignes directrices ne sont pas plus sévères que les amendes pénales prévues actuellement dans le système judiciaire des États-Unis. L'application de sanctions plus lourdes présente un autre intérêt. Il semble en effet largement admis que des amendes d'un montant élevé par rapport aux gains illicites réalisés soient l'une des conditions préalables indispensables à l'adoption d'un programme de clémence efficace. Si les sanctions ne sont pas sévères et si les autorités de la concurrence n'assurent pas leur exécution avec volontarisme, les participants à des ententes ne seront guère incités à déclarer leur infraction.

D'autres analystes soutiennent qu'en dépit de sanctions pécuniaires lourdes, les ententes demeurent un problème majeur et les cas de récidive parmi les participants restent nombreux. Sans compter qu'il existe une limite à ce qu'une entreprise peut payer. L'imposition et le recouvrement d'amendes très lourdes risquent de conduire les entreprises à la faillite, ce qui peut éliminer la concurrence sur les marchés, ou l'affaiblir. Il s'ensuit que les consommateurs risquent de devoir payer des prix plus élevés, d'acheter des biens de moins bonne qualité ou de moins bénéficier de l'innovation. Qui plus est, certains soutiennent que des amendes très lourdes, alliées à une faible probabilité de détection, peuvent amener à s'interroger sur la proportionnalité des amendes comme moyen de sanction par rapport au préjudice causé par l'infraction ou par le comportement anticoncurrentiel. En dépit d'un niveau mathématiquement optimal des sanctions, si celles-ci atteignent un montant tel que l'opinion, y compris les contrevenants, les considère comme punitives, elles risquent de nuire au respect des règles de concurrence et partant, de faire plus de mal que de bien.

Plusieurs autorités de la concurrence considèrent que la condamnation d'entreprises à des amendes peut ne pas suffire pour les dissuader de commettre une infraction et en conséquence, elles appliquent d'autres formes de sanction. Celles-ci peuvent être diverses : incapacité prononcée à l'encontre des dirigeants de la société, amendes personnelles, interdiction de soumissionner à des appels d'offres de marchés publics et peines d'emprisonnement. Ainsi, les personnes à l'origine de soumissions concertées en Allemagne peuvent être condamnées à des peines de prison, et les amendes infligées pour toute autre pratique anticoncurrentielle peuvent atteindre 1 million EUR. Au Royaume-Uni, les personnes qui ont participé à des ententes sur les prix s'exposent à une interdiction de diriger, à cinq années d'emprisonnement et à des amendes. Toutefois, certains s'interrogent sur l'efficacité de ces sanctions alternatives. Les amendes infligées à une personne physique, par exemple, ne sont pas efficaces car il est difficile, pour l'autorité de la concurrence, d'interdire aux entreprises de rembourser les amendes personnelles infligées à des personnes physiques.

Les dommages-intérêts obtenus par des moyens de droit privé jouent également le rôle de sanctions pécuniaires à l'encontre des contrevenants à la législation sur la concurrence. La raison en est que des actions en réparation par des moyens de droit privés dissuadent de recourir à des pratiques anticoncurrentielles parce que des sanctions pécuniaires sont appliquées sous forme de dommages-intérêts. La répression des infractions au droit de la concurrence par ces moyens s'est développée dans de nombreuses juridictions car celles-ci la reconnaissent comme un axe majeur de leur régime de droit de la concurrence. Ce mode d'application du droit est depuis longtemps une pièce maîtresse du droit de la concurrence aux États-Unis, alors que son rôle est sinon nul, du moins mineur, dans d'autres juridictions. Il reste qu'il est de plus en plus répandu en Europe et qu'il se développe rapidement en Asie.

Dans ce contexte, on observe de fait dans le monde un besoin croissant d'examiner l'arsenal répressif dont se sont dotées les différentes juridictions dans leur droit de la concurrence pour voir quel est le pouvoir dissuasif des régimes actuels. Les juridictions participantes sont donc invitées à examiner les questions ci-dessous en tenant compte des thématiques qui sont présentées et en ayant bien à l'esprit que ces thématiques, comme les questions posées, n'ont pas vocation à l'exhaustivité, mais sont plutôt citées à des fins d'illustration. Vous avez toute latitude pour aborder des thématiques autres que celles mentionnées ici. Chaque fois que possible, merci de soumettre votre argumentaire en faisant référence à des affaires précises.

La première partie des débats sera consacrée à une session plénière où l'on examinera les modalités d'application des sanctions, y compris pécuniaires, dans les différentes juridictions. Dans la seconde partie, les délégués présenteront, dans le cadre de différents ateliers, leur expérience de l'application du droit de la concurrence. Le Secrétariat répartira les délégations entre ces différents ateliers en fonction des thématiques traitées dans leur contribution. La table ronde s'achèvera sur une session plénière de synthèse, au cours de laquelle les résultats des sessions parallèles seront récapitulés et discutés.

Nous vous remercions de bien vouloir faire savoir au Secrétariat, d'ici le 25 juillet 2016, si vous souhaitez soumettre une contribution écrite. Comme il est précisé plus haut, **les contributions écrites sont attendues pour le 3 octobre 2016 au plus tard**. Ce délai est applicable aux membres comme aux non-membres. Il est important de le respecter pour laisser suffisamment de temps au Secrétariat pour organiser au mieux la session. Les contributions reçues passé ce délai ne pourront plus être prises en compte pour préparer la table ronde. En outre, elles ne pourront pas être téléchargées en amont de la réunion depuis le site web www.oecd.org/competition/globalforum.

Toutes les communications relatives aux documents de cette table ronde sont à adresser à Mlle Angelique Servin (courriel : Angelique.Servin@oecd.org). Les questions de fond concernant la table ronde doivent être adressées à Mme Lynn Robertson (courriel : Lynn.Robertson@oecd.org).

Nous souhaitons vous rappeler que le Secrétariat rédigera un bref résumé de chaque contribution, qui sera diffusé avant la réunion. Nous vous invitons à nous soumettre un bref résumé (d'au maximum une page), qui accompagnera votre contribution. À défaut, le Secrétariat le rédigera lui-même, mais compte tenu des délais serrés, vous ne serez pas en mesure de le vérifier avant sa diffusion sur OLIS.

SUGGESTIONS DE QUESTIONS ET DE POINTS À EXAMINER

1. Calcul de l'amende de base

- Si vous avez prononcé des amendes dans des affaires d'infraction au droit de la concurrence, merci de décrire le type et la nature des sanctions pécuniaires prononcées (civiles, administratives, pénales, une combinaison de ces différents types ?). À qui peuvent être appliquées ces sanctions (personnes morales, personnes physiques) ?
- Quelle législation ou réglementation définit les critères de calcul de ces amendes ? Si vous disposez de lignes directrices, ou de règles détaillées, pour calculer le montant des amendes, quand les avez-vous introduites et sur quels aspects portent-elles (modalités de calcul de l'amende de base, circonstances atténuantes et aggravantes) ?
- Le principe de proportionnalité est-il explicitement prévu dans la législation ou la réglementation, ou dans les lignes directrices, pour le calcul du montant des amendes ? Comment mettez-vous en œuvre ce principe lorsque vous calculez le montant d'une amende ?

2. Modulation de l'amende de base

- Si la législation ou la réglementation, ou les lignes directrices, prévoient des circonstances atténuantes et aggravantes, quelles sont celles qui sont le plus souvent invoquées dans les affaires d'infraction au droit de la concurrence ?
- Si vous prenez en considération la récidive (comme une circonstance aggravante, par exemple) pour calculer le montant des amendes à prononcer, avez-vous remarqué si les cas de récidive ont augmenté ou diminué au fil du temps ? Quelles sont les raisons, de votre point de vue, de cette augmentation ou diminution ?
- L'autorité de la concurrence considère-elle le fait, pour un contrevenant au droit de la concurrence, d'avoir un programme interne de mise en conformité comme une circonstance aggravante ou atténuante ? Si l'existence d'un tel programme est prise en compte (comme une circonstance atténuante, par exemple) pour calculer le montant des amendes, quels sont les motifs qui fondent cette prise en compte ? Comment distinguez-vous les vrais programmes des programmes fictifs, dont le seul but est de réduire le montant des sanctions ?
- Une société-mère peut-elle être tenue responsable conjointe et solidaire d'une infraction au droit de la concurrence commise par l'une de ses filiales dans certaines circonstances ? Le cas échéant, comment la responsabilité de la société-mère joue-t-elle sur les modalités de calcul de l'amende ?
- Prenez-vous en considération « l'incapacité de payer » dans l'application ou le recouvrement d'une sanction pécuniaire ? Le cas échéant, veuillez préciser les circonstances précises dans lesquelles ce critère peut être appliqué et la méthode d'application.

3. Aspects pratiques du calcul du montant des amendes

- Votre législation prévoit-elle la possibilité de faire appel d'une décision qui vise à percevoir des sanctions pécuniaires auprès des contrevenants au droit de la concurrence ? Une procédure d'appel d'une décision infligeant une sanction/amende a-t-elle un effet suspensif automatique sur l'application de la sanction/amende ? S'il faut faire une demande de suspension, quels sont les critères applicables ?
- Le contrôle juridictionnel modifie-t-il souvent le montant des amendes infligées ? Quels sont les motifs avancés lors du contrôle juridictionnel pour modifier le montant des amendes prononcées par l'autorité de la concurrence ?
- Dans les affaires que vous avez eues à connaître, vous êtes-vous parfois retrouvés dans la situation d'avoir infligé des amendes à des entreprises sans les avoir recouvrées ? Le cas échéant, quelles en ont été les raisons ? Comment incitez-vous ou contraignez-vous les entreprises à respecter les injonctions de paiement ?
- Disposez-vous d'éléments probants permettant de déterminer si le niveau des amendes est suffisant pour dissuader les pratiques illicites ?
- Quels sont les aspects des critères de calcul qui vous paraissent devoir être modifiés dans votre pays pour parvenir à un niveau optimal des amendes infligées aux entreprises ?
- Un programme de clémence est-il prévu dans votre pays ? Le cas échéant, comment s'articule-t-il avec le système de sanctions pécuniaires ? Avez-vous observé que des sanctions plus sévères, notamment des amendes plus lourdes par rapport aux gains illicites réalisés, incitent les auteurs d'infraction à faire une demande de clémence ?

4. Sanctions alternatives

- Quelles sanctions, outre les amendes mentionnées ci-dessus, sont applicables aux personnes physiques qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles ?
- Si des sanctions pénales, y compris des peines d'emprisonnement, sont prévues dans votre système juridique à l'encontre de personnes physiques, combien d'affaires avez-vous traitées ces dernières années ?
- Les procédures en application du droit de la concurrence par des moyens de droit privés, en particulier l'obtention de dommages-intérêts par ces moyens, ont-elles augmenté dans votre juridiction ? Le cas échéant, comment les dommages-intérêts ainsi obtenus s'articulent-ils avec le système de sanctions ?
- Peut-il être prononcé une interdiction de diriger à l'encontre d'une personne physique à titre de sanction, ou envisagez-vous cette possibilité ? Le cas échéant, quelles sont les points forts et les faiblesses de ces interdictions ?
- Quelle est l'efficacité des amendes infligées à des personnes physiques s'il n'est pas prévu d'interdire leur remboursement ? Inversement, une interdiction de remboursement peut-elle être efficace ?

- Si des sanctions différentes (interdiction de soumissionner à des appels d'offres de marchés publics, par exemple) sont applicables selon qu'il s'agit de soumissions concertées ou d'autres formes d'ententes injustifiables, quel est l'impact de ces différences ? Sont-elles efficaces selon vous ?
- Quelles autres sanctions ont été appliquées et jugées efficaces dans votre juridiction ?
- Quelle expérience avez-vous de l'efficacité des diverses sanctions prononcées à des fins de dissuasion et de répression ? Existe-il un moyen d'évaluer l'efficacité des sanctions (et des sanctions combinées) ? Avez-vous des suggestions à faire sur les moyens d'améliorer l'efficacité des sanctions combinées ?

BIBLIOGRAPHIE RECOMMANDÉE

- Connor, John M. (2015), “The Rise of ROW Anti-Cartel Enforcement”, *CPI Antitrust Chronicle*, September 2015 (1).
- Connor, John M. (2013), “Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011”, *European Competition Law Review* 34: 58-77.
- Forrester, Ian (2011), “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases”, *European Law Review*, 36 (2):185-207.
- Ginsburg, Douglas and Wright, Joshua (2010), “Antitrust Sanctions”, *Competition Policy International*, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, Autumn 2010.
- Heimler, Alberto and Mehta, Kirtikumar (2012), “Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence”, 35 *World Competition* 103.
- ICN (2014), Anti-cartel enforcement manual.
- ICN (2008), Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions.
- Lianos, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova E., David, E. *et al* (2014), *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis* (CLES Research paper series 3/2014, UCL Faculty of Laws: London).
- Lianos, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova E., David, E. *et al* (2014) *Judicial Scrutiny of Financial Penalties in Competition Law: A Comparative Perspective* (CLES Research paper series 4/2014, UCL Faculty of Laws: London). OECD (2004), Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39.
- OECD (2013), Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements, DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1.
- OECD (2011), Promoting Compliance with Competition Law, DAF/COMP(2011)20.
- OECD (2015), Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement, DAF/COMP/WP3(2015)14.
- OECD (2006), Roundtable on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominant Cases, DAF/COMP(2006)13.
- Werden, G., Hammond, S. and B. Barnett (2011), “Recidivism Eliminated: Cartel Enforcement in the United States since 1999”, *CPI Antitrust Chronicle*, October 2011 (1).
- Werden, Gregory J (2009), “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime”, *European Competition Journal*, Volume 5, Issue 1.
- West, Jeremy (2012), “Are We Winning the Fight Against Cartels?”, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2012 (1).

Wils, Wouter P.J. (2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition: Law & Economic Review*, vol. 29, no.2.

Wils, Wouter P.J. (2007), “The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition: Law & Economic Review*, vol. 30, no.2.

Wils, Wouter P. J. (2012), “Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition: Law & Economics Review*, vol. 35, no. 1.

Winckler, Antoine and Laprévotte, François Charles (2013), “Selected Issues Raised by Recent Cartel Fines Decisions”, *Competition Policy International*, Nov 27.