



Sanction et réparation

Distinction et interaction, un point de vue économique



Laurent BENZONI*

Ateliers de la concurrence- DGCCFR

TERA Consultants
32, rue des Jeûneurs
75002 PARIS
Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10
Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15
S.A.S. au capital de 200 000 €
RCS Paris B 394 948 731

* Professeur à Paris 2, Centre de recherche Economie et Droit
Président TERA Consultants ; benzoni@tera.fr ; 01 55 04 87 10

04 Février 2014

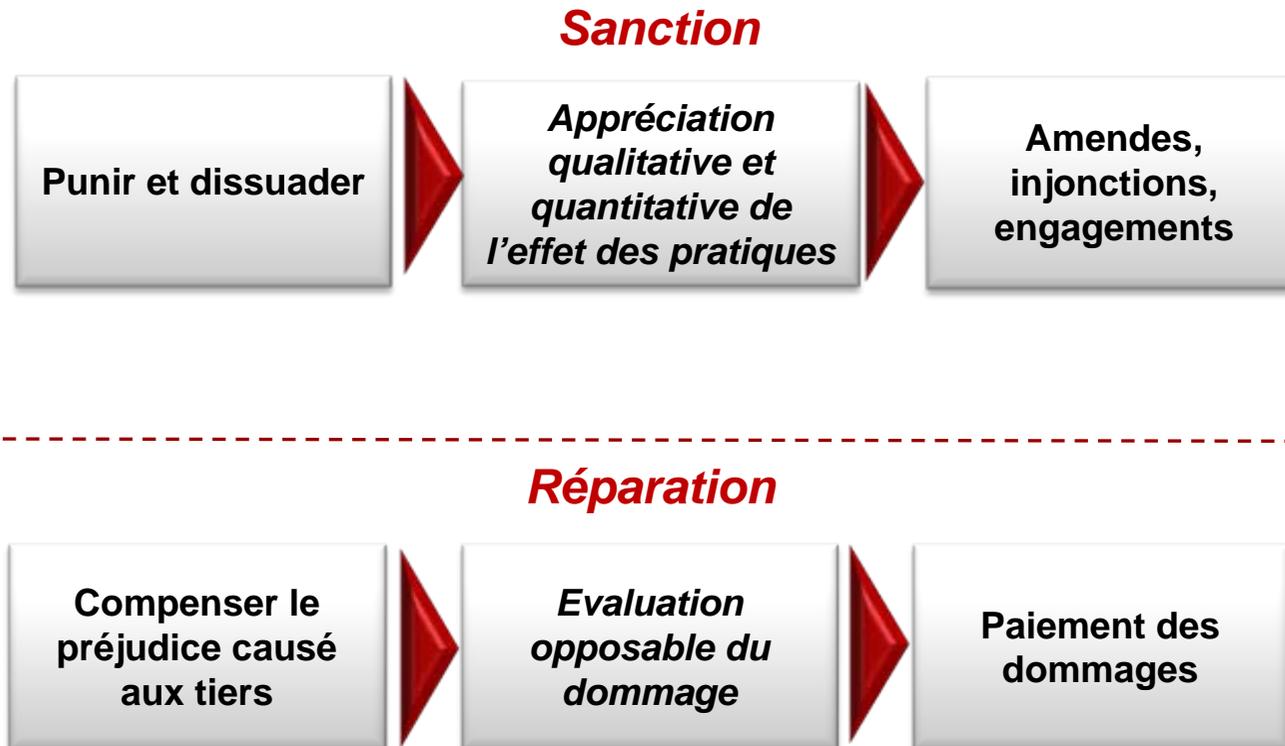
Sanction et réparation : deux problématiques différentes mais interdépendantes pour l'efficacité de la politique de concurrence

Objectifs

Moyens

Résultats

Problématiques économiques



1

Relations entre objectifs et montant de l'amende?

2

Comment s'apprécie le montant de l'amende?

3

Un lien entre amende et dommage ?

4

Comment évaluer la réparation ?

Principe de base : le comportement rationnel procède d'un arbitrage entre le gain lié à l'infraction et le montant de la «punition»

Le montant de la punition est inférieur au gain de l'infraction : pas d'effet

«Le crime paie», même en étant pris et sanctionné, incitation à la **récidive**

Le montant de la punition est égal au gain de l'infraction : effet confiscatoire

il peut-être rationnel de commettre l'infraction si l'on anticipe de ne pas être pris.

Le montant de la punition est supérieur au gain de l'infraction : effet punitif

il n'est pas rationnel de commettre l'infraction.

Le montant de la punition est très supérieur au gain de l'infraction : effet dissuasif

il ne faut pas envisager de commettre l'infraction.

La punition est ce qu'il en coûte au total à l'entreprise de commettre l'infraction : c'est donc la somme de l'amende et des dommages versés →

Une politique de la concurrence efficace doit donc sanctionner ET réparer

Le montant de base de l'amende s'exprimée en % des ventes affectées : il se fonde sur la gravité des faits et le dommage à l'économie

Modalités d'appréciation et de calcul de la sanction (communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011)

1- Gravité
des faits

**Montant de
base**

- **Calculé comme un % des ventes des produits concernés en France**
- [15%, 30%] pour les accords horizontaux
- [0,30%] pour les autres infractions

2- Dommage à
l'économie

**Individualisation
de la sanction**

- Circonstances atténuantes (ex: contrainte pour participer à l'infraction)
- Circonstances aggravantes (ex: rôle de meneur)
- Réitération de l'infraction (augmentation de la sanction de 15% à 50%)

**Comparaison
avec le maximum
légal**

- La sanction maximale est fixée à 10% du CA HT mondial de l'entreprise le plus élevé depuis l'infraction

**Réduction
potentielles**

- Si l'entreprise à l'origine de l'infraction traverse des difficultés financières spécifiques
- Prise en considération de la clémence et de la non contestation des griefs

**Montant final de
l'amende**

L'Autorité de la concurrence retient une acception « large » du dommage à l'économie, et ne s'engage pas sur une « objectivation » du chiffrage du dommage à l'économie dimensionnant l'amende

Extraits du communiqué du 16 Mai 2011 de l'Autorité de la Concurrence

Une définition exhaustive...

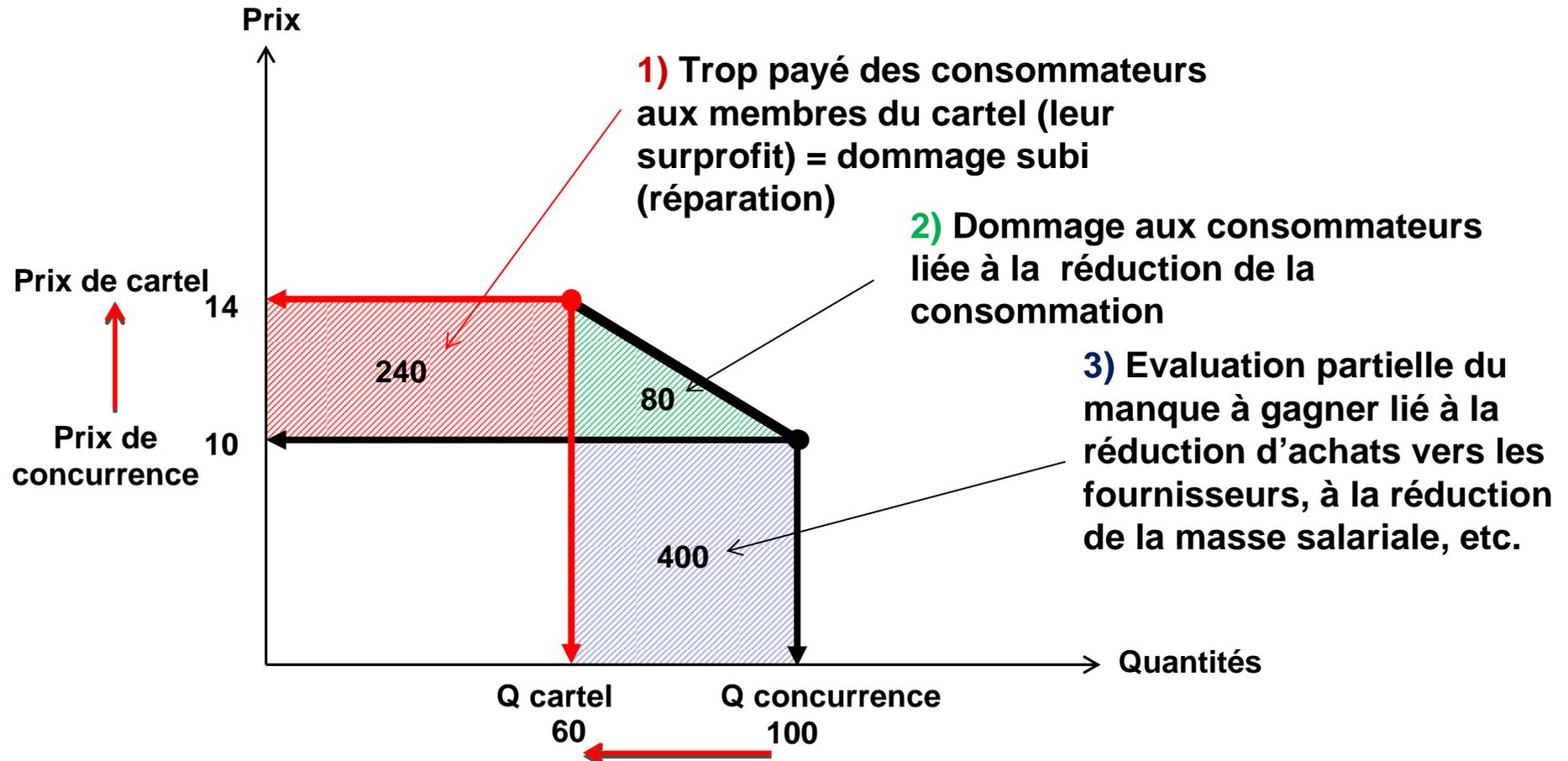
- « **Le dommage causé à l'économie** (...) ne se limite pas d'ailleurs aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe **tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités** (...) directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer (...), mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation. **Il ne se réduit donc pas à une perte précisément mesurable** ». (§27)

Pas d'engagement sur le calcul

- « Le dommage causé à l'économie ne se présume pas. L'Autorité en apprécie l'importance de façon objective, au vu de tous les éléments pertinents (...) **sans toutefois devoir le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel** » (§28)
- « Dans le cas où elle apprécie des éléments de nature quantitative (...) **l'Autorité ne procède pas, ce faisant à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction** ». (§30)
- « Lorsque les parties produisent (...) des études économiques visant à mesurer certains aspects du dommage ayant, selon elles, pu être causé à l'économie, **l'Autorité s'engage à les soumettre à son analyse et à faire état du résultat de celle-ci dans sa décision.** » (§29)

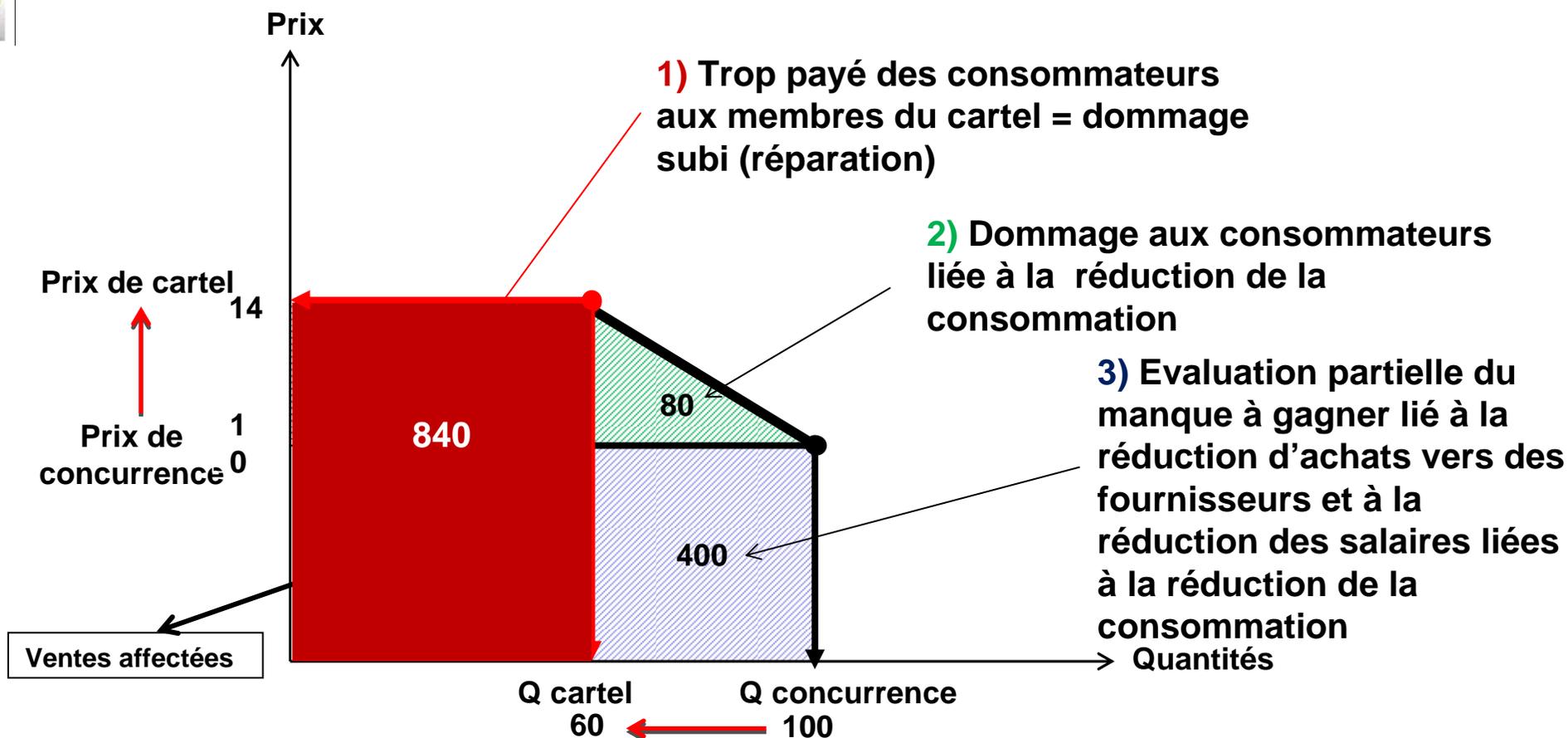
L'appréhension du dommage à l'économie : *Infraction induisant une hausse de prix (ententes)*

Modèle simplifié de fonctionnement d'un marché



Total du dommage à l'économie = 240 + 80 + 400 = 720

Du dommage au calcul de l'amende...



Montant de base de l'amende :

15 à 30% des ventes égales à 840, soit entre 126 et 252 comparé à 240 de surprofit

1- Ne couvre pas le dommage à l'économie ; 2- selon le taux, l'amende est inopérante à faiblement punitive

L'impact de la sanction dépend de l'effet sur les prix et les quantités : qu'en est-il des cartels ?

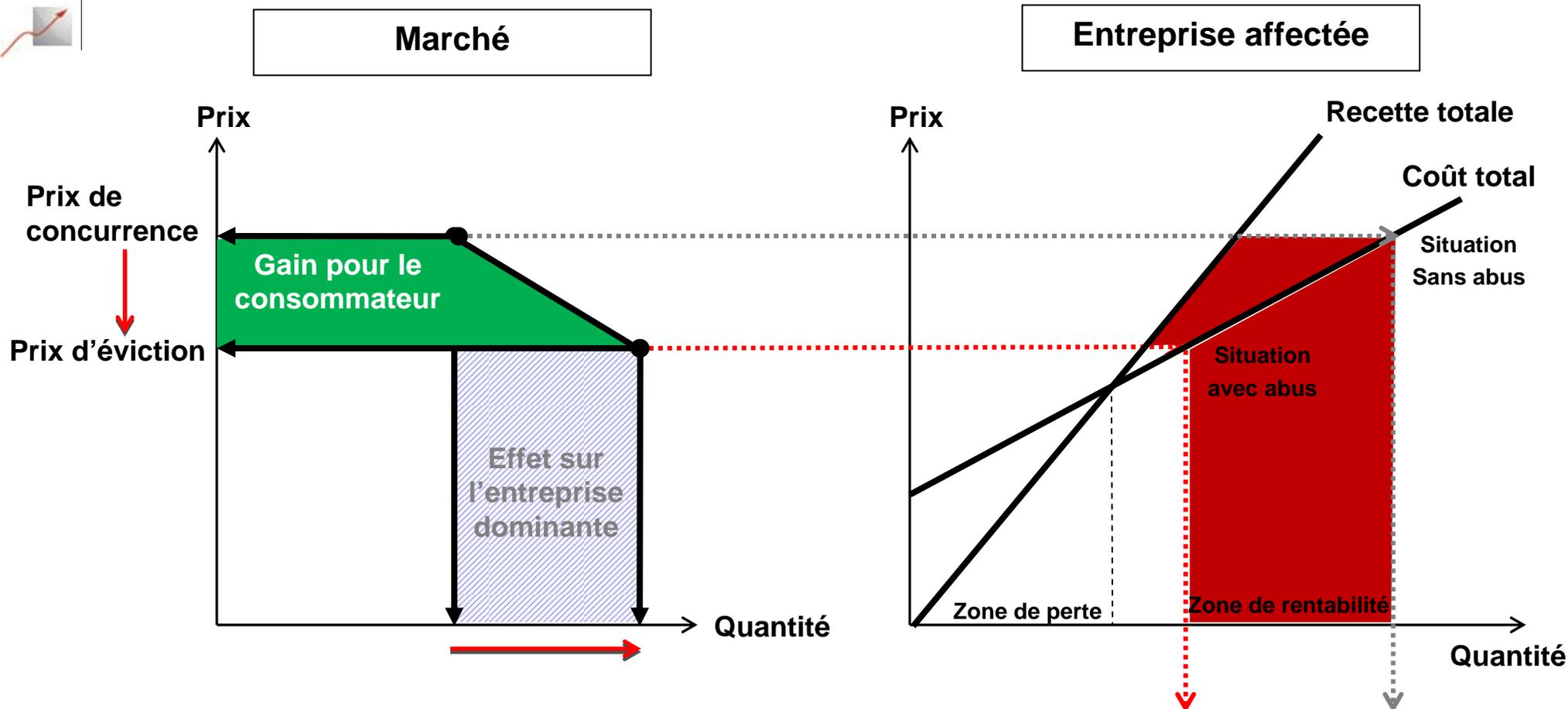


Etudes	Nombre de cas	Augmentation des prix
Werden (2003)	13 cartels	21%
Posner (2001)	12 cartels internationaux	49%
Levenstein et Suslow (2006)	22 cartels internationaux	43%
Griffin (1989)	38 cartels	46%
Connor (2006)	248 cartels (monde)	43%
Connor (2006)	64 cartels Commission	53%
Bolotov, Connor (2006)	126 cartels européens	53%
	Moyenne	plus de 40%

Source : d'après, E. Combe, C. Monnier, « Les cartels en Europe », *Revue Française d'économie*

L'appréhension du dommage à l'économie :

Abus pour prix d'éviction



Effet direct du dommage à l'économie se mesure sur les entreprises affectées : quantité et profit moindres (très fort recoupement entre dommage et réparation)

Effet indirect consiste en une atteinte à la concurrence :

l'affaiblissement des concurrents altère la concurrence : innovation, diversité, etc.

Bilan comparé de l'efficacité des politiques de concurrence : le cas du cartel des vitamines

Etude de cas approfondie menée par J. M. Connor sur le cartel mondial des vitamines sur la base des décisions très fouillées prises par les différentes autorités de concurrence dans le monde (J. M. Connor, 2006, The Great Global Vitamin Conspiracy : Sanction and Deterrence).

Méthode

- 1- Evaluation des seuls surprofits perçus par les membres du cartel : évaluation des Autorités de concurrence (surprix pratiqués et quantités vendues)
- 2- Calcul de la punition → amendes, versements des dommages connus (décision de justice) et estimés (transactions)
- 3- Ratio : Suprofit/Punition : si ratio inférieur à 100% punition inopérante

Résultat

	Punition en % du surprofit
Etats-Unis	86%
Europe	15,4%
Reste du Monde	0,5%
Total	33,7%

Phrase de conclusion de J. M. Connor :

« Cartel recidivism is inevitable because cartellization is a crim that pays. »

L'Europe se distingue moins par la faiblesse de la sanction que par la faiblesse de la réparation...

Type of Sanction	Known	Estimated	Total
<i>Percent of 2005 U.S. dollars ^a</i>			
Government fines:			
United States	24.8	0	24.8
Canada	30.5	0	30.5
European Union	15.4	0	15.4
Rest of the world	0.5	0	0.5
Total fines	14.0	0	14.0
Direct buyers:			
United States	11.9	38-49	51.9
Canada	35.7	0	35.7
European Union	0	0	0
Rest of the world	0	0.1-0.2	0.1
Total Direct purchasers	3.1	13-16	14.7
Indirect buyers:			
United States	7.8	1.3-1.8	9.4
Canada	7.8	0	7.8
Rest of the world	0	0	0
Total indirect purchasers	1.7	0.4-0.4	2.0

Des sanctions pas très éloignées

Effet du «pass on defense» ?

Importance des transactions

D'où le problème de la Commission : comment améliorer la réparation pour accroître l'efficacité de la politique de la concurrence ?

- **Communication** publiée au JOCE le 13 juin 2013 relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions l'article 101 ou 102 TFUE
- Le « **guide pratique** » mis en ligne avec statut de « document provisoire » concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions l'article 101 ou 102 TFUE

OBJECTIFS :

« Labelliser » les **méthodes économiques** permettant de créer des scénarios « robustes » indispensables à l'évaluation du dommage

Créer un référentiel commun utilisable par les différentes juridictions nationales

Principes généraux des documents de la Commission sur la réparation

- 
- Le calcul précis des dommages liés à des pratiques anticoncurrentielles relève de l'ordre juridique interne de chaque Etat membre (cadre procédural, standard de la preuve, recevabilité et évaluation des preuves d'experts,...)
 - Le guide donne les principes fondant les méthodes de calcul de dommages:
 - « *La réparation du préjudice subi a pour objectif de placer la partie lésée dans la situation où elle se serait retrouvée si l'infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE n'avait pas été commise* ».
 - « *Cette situation hypothétique ne peut toutefois pas être observée et il est donc nécessaire de procéder à des estimations pour construire un scénario de référence avec lequel la situation réelle peut être comparée. **On appelle ce scénario de référence (...) le scénario contrefactuel*** »
 - Le guide donne des indications méthodologiques détaillées établir le contrefactuel :
 - *Types de méthodes utilisables pour établir le scénario contrefactuel*
 - *Indications permettant de choisir une méthode plutôt qu'une autre*
 - *Méthode de calcul des dommages à partir du scénario contrefactuel*

Et la France ?

- 
- Les tribunaux accordent en moyenne 7% de la demande de dommages (trentaine de décisions sur les 10 dernières années).

Pourquoi ?

- Dossiers plus complexes et difficiles (lien de causalité entre la faute et le préjudice) : problème de moyens, de formation des juges, des avocats, des experts ;
- Prescription courte (5 ans) et procédures très(trop) longues : dépérissement des preuves, contrefactuel comparé au réel post-infraction (redoutable, même si c'est erroné).
- La passing on defense annihile nombre de demandes
- Preuves difficiles à rassembler surtout dans les procédures négociées
- Parfois, le juge judiciaire ne s'estime pas tenu par la décision de l'ADLC (surtout en cas de non contestation, le T. Com. demande que tout soit redémontré) ;
- Enfin, ces procès opposent souvent des victimes aux moyens limités face aux auteurs des pratiques qui disposent des conseils pour assurer par tous moyens leur défense (l'investissement dans la baisse du dommage est « rentable »).

Conclusions provisoires

- 
- On assistera partout en Europe à un terme plus ou moins éloigné selon les pays à une **augmentation des dommages demandés et surtout versés au titre de la réparation** : actions de groupe, abandon du «pass-on defense», prise en compte des « umbrella effects », etc.
 - Les acteurs doivent se préparer à une **mutation des méthodes d'évaluation** : les anciennes méthodes basées principalement sur des expertises comptables deviendront obsolètes par rapport aux méthodes d'évaluation économique