

**”Nous, au village, aussi, l’on a, De beaux assassinats”...
Ou l’entente saint-pierraise et ses enseignements en
matière de sanctions et de non-contestation des griefs**
Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. ”Nous, au village, aussi, l’on a, De beaux assassinats”... Ou l’entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanctions et de non-contestation des griefs. Revue Lamy de la Concurrence, Editions Lamy/Wolters Kluwer, 2012, 31, pp.16-22. halshs-00739141

HAL Id: halshs-00739141

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00739141>

Submitted on 5 Oct 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Nous, au village, aussi, l'on a
De beaux assassinats »[⊕] ...

**Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements
en matière de sanctions et de non-contestation des griefs**

Florent Venayre*

(Revue Lamy de la Concurrence, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22, 2012)

Introduction

L'Autorité de la concurrence vient de mettre à jour des pratiques anticoncurrentielles particulièrement développées dans le secteur du bâtiment et des travaux publics (BTP)¹. Certes, ce n'est pas la première fois que ce secteur connaît des contentieux, particulièrement concernant les ententes préalables sur appels d'offres, mais ce qui surprend cette fois, c'est l'ampleur du verrouillage du marché, sur une durée particulièrement longue, alors même que le marché incriminé présente une taille très restreinte, puisqu'il s'agit de celui de Saint-Pierre-et-Miquelon, collectivité d'outre-mer qui ne compte que 6 125 habitants².

C'est d'ailleurs parce que l'archipel est d'une taille restreinte que le traitement de cette affaire a fait l'objet de l'application du dispositif dit des « micro-PAC ». Rappelons que ce dispositif, autorisé par l'article L 464-9 du Code de commerce³, consiste en la possibilité, pour le ministre de l'économie d'agir en matière de pratiques anticoncurrentielles (PAC)⁴,

[⊕] Extrait des paroles de la chanson *L'assassinat*, de Georges Brassens.

* Maître de conférences en Sciences économiques, GDI, Université de la Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier.

¹ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-06 du 26 janvier 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon.

² D'après les chiffres du dernier recensement de la population effectué en 2006.

³ Introduit par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

⁴ Il s'agit plus précisément des pratiques d'ententes, d'abus de position dominante et de prix abusivement bas visées aux articles L 420-1, L 420-2 et L 420-5 du Code de commerce.

notamment selon une voie transactionnelle, lorsque celles-ci sont de portée limitée (micro). Il faut alors pour cela que le marché soit de dimension locale, que les pratiques ne s'inscrivent pas dans le champ du droit communautaire et que le chiffre d'affaires réalisé en France soit inférieur à 50 millions d'euros, ou 100 millions d'euros pour les chiffres d'affaires cumulés. Ces dispositions avaient d'ailleurs suscité beaucoup d'inquiétudes de la part des commentateurs, et le décret qui a précisé les conditions d'application de ces micro-PAC⁵ n'a pas ramené la sérénité sur tous les aspects. En résulte une procédure complexe, dans laquelle le ministre de l'économie peut, pour les pratiques définies plus haut, réaliser des enquêtes et procéder à des injonctions et une transaction avec les entreprises, dès lors que le montant de la transaction n'excède pas 75 000 € ou 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France. Il doit pour cela, au titre des articles D 450-3 et L 450-5, informer le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de sa volonté de mener des investigations, information à la suite de laquelle le Rapporteur général peut décider dans un délai d'un mois de prendre la direction de ces investigations. Au-delà de ce délai, les services de la DGCCRF peuvent mener l'enquête, comme cela fut le cas dans l'affaire saint-pierraise. Une fois l'enquête réalisée, l'Autorité de la concurrence est de nouveau informée des conclusions de l'enquête et elle peut se saisir d'office du dossier. Si elle le refuse, ce qui ne fut pas le cas dans l'affaire qui nous intéresse ici et on ne peut que s'en féliciter, la transaction entre le ministre de l'économie et les entreprises devient possible.

Un des aspects surprenants de ce dispositif est les niveaux de chiffres d'affaires retenus pour qualifier de « micro » une pratique anticoncurrentielle, qui paraissent n'avoir de « micro » que le nom. Le Conseil de la concurrence s'était d'ailleurs lui-même opposé à la définition de tels seuils, jugés d'un « *caractère extrêmement élevé* » et « *manifestement disproportionnés par rapport au plafond financier de la transaction* »⁶. L'affaire de Saint-Pierre-et-Miquelon semble bien illustrer, tant par l'ampleur des infractions que par l'importance qu'elles revêtent pour une économie insulaire, que le champ des micro-PAC est effectivement applicable à des affaires qui sont loin d'avoir un caractère secondaire.

La décision de l'Autorité concernant l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon fournit également l'occasion de revenir sur la question de la détermination des sanctions pécuniaires dans les ententes sur appels d'offres, lorsque la procédure de non-contestation des griefs est appliquée, alors même que l'Autorité a publié depuis la dernière affaire similaire⁷ deux documents explicatifs⁸. Même si la publication du document explicitant l'application de la procédure de non-contestation des griefs est postérieure de deux semaines à la décision de Saint-Pierre-et-Miquelon, l'Autorité a visiblement anticipé son application dans cette affaire, ce qui permet quelques éclairages supplémentaires.

⁵ Décret n° 2009-140 du 10 février 2009 pris pour l'application de l'article L 464-9 du Code de commerce.

⁶ Dans son avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence, point 16.

⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

⁸ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires et Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs.

Après avoir décrit le développement des pratiques anticoncurrentielles des entreprises saint-pierraises (1.), nous reviendrons sur le mode de calcul des sanctions dans le cas spécifique des ententes lors des appels d'offres (2.). Nous nous attacherons ensuite, dans une partie plus large, à souligner les clarifications qui viennent d'être apportées – et illustrées par le cas saint-pierrais – en matière de non-contestation des griefs (3.). Seront à cet égard distingués deux changements principaux : la modification de la perception de la division par deux du seuil maximal de la peine encourue, prévue par l'article L 464-2, III, du Code de commerce (3.1.) et les innovations en matière de détermination du taux de réfaction (3.2.).

1. Des pratiques anticoncurrentielles de grande ampleur

Un très bref descriptif du secteur analysé dans ce dossier s'impose pour comprendre l'ampleur des infractions commises. Quatre entreprises locales du secteur de la construction se sont constituées en groupement d'intérêts économiques (GIE)⁹. Ce GIE a pour tâche d'extraire de la carrière de Saint-Pierre des matières brutes (agrégats), puis les commercialise auprès de ses membres. Ces derniers transforment alors la matière brute pour la rendre utilisable¹⁰ dans la réalisation de travaux publics, terrassements et constructions. Une fois ces opérations exécutées, les matières transformées sont alors revendues au GIE, qui peut candidater aux appels d'offres visant à exécuter les marchés de travaux publics. Il s'agit donc d'un dossier impliquant à la fois des marchés amont et aval.

En soi, le fait pour des entreprises de se grouper, d'une façon ou d'une autre, pour répondre à un appel d'offres ne constitue pas une pratique illicite. Il peut en effet exister des motifs pro-concurrentiels à la constitution de groupements, et particulièrement le fait que des entreprises pourraient, seules, avoir une taille insuffisante pour répondre à des appels d'offres de grande taille. Ainsi, le fait de se réunir pour candidater est susceptible d'intensifier la concurrence sur ces gros marchés, qui seraient sinon réservés à quelques firmes d'importance. En tant que telle, la création du GIE n'est donc *a priori* pas sujette à caution. Toutefois, le groupement d'entreprises peut également avoir un impact restrictif de concurrence s'il conduit à une diminution artificielle du nombre de candidats (point 177 de la décision) et, en l'espèce, l'effet anticoncurrentiel est patent. Le fait de réserver au GIE la réponse aux appels d'offres permet en effet de passer de quatre candidats potentiels à un seul. Sur un petit territoire comme celui de Saint-Pierre-et-Miquelon, on comprend l'impact massif que cela peut avoir sur la concurrence dans le secteur.

Cela dit, il existe bien d'autres entreprises de BTP, sur l'île de Saint-Pierre, qui ne sont pas membres du GIE. Elles pourraient donc *a priori* répondre également aux appels d'offres pour concurrencer ce dernier. Cependant, il faudrait pour cela qu'elles puissent se fournir en

⁹ L'une d'elle n'a cependant participé qu'à une partie seulement de ces pratiques, ce qui explique par ailleurs sa moindre condamnation, comme nous le verrons.

¹⁰ Sous la forme d'enrobés bitumineux, de granulats ou de pierres concassées, selon la nature des travaux à réaliser.

agrégats auprès du GIE, celui-ci exploitant la carrière de Saint-Pierre en monopole. Dans le but de préserver l'activité des quatre contrevenants, les concurrents se sont ainsi heurtés à des refus de vente et à des tarifications plus élevées que celles dont bénéficiaient les membres du GIE, ce qui les rendait moins compétitifs sur la réponse aux appels d'offres des marchés de travaux publics. Par ailleurs, l'absence de conditions d'adhésion objectives et transparentes au GIE accroissait encore la discrimination dont étaient l'objet les entreprises concurrentes, verrouillant ainsi le marché amont et se répercutant sur la capacité concurrentielle du marché aval (point 170). De telles barrières à l'entrée étaient par ailleurs incontournables, car la fourniture en matière brute auprès d'entreprises canadiennes de Terre-Neuve était prohibitive¹¹. L'existence d'une position dominante collective est donc avérée et elle est d'ailleurs notamment confirmée par l'importance des parts de marché des membres du GIE¹².

En addition de ces pratiques communes visant à réduire le nombre de soumissions aux appels d'offres publics et à empêcher les concurrents d'accéder aux matières premières indispensables à l'exercice de leur activité, notamment par l'abus d'une position dominante collective, les entreprises ont également mis en œuvre d'autres mécanismes d'ententes visant à pérenniser leur situation de marché favorable.

L'Autorité relève ainsi l'existence d'un mécanisme de compensation entre les entreprises (point 118) ayant pour objet – et en l'occurrence également pour effet – de se répartir entre elles l'activité du secteur. Cette entente de répartition du chiffre d'affaires entre les membres a encore renforcé l'affaiblissement de la concurrence. Les entreprises ont enfin élaboré un barème commun de prix, ayant eu pour résultante d'éliminer totalement la concurrence en prix pour une proportion très importante de la production totale du marché (points 123, 173 et 176).

La gravité des pratiques des entreprises saint-pierraises est donc démontrée, puisque quatre ententes horizontales et un abus de position dominante collective sont ici mis à jour par l'Autorité de la concurrence (point 230). Cette dernière relève encore que la gravité est accrue par différents facteurs : par le fait que soit impliqué un monopole (point 233), par le fait que les actions anticoncurrentielles couvrent l'intégralité de la chaîne de valeur (point 231) et, enfin, en raison du caractère public des marchés (point 232), ce qui constitue de jurisprudence constante un élément de gravité accrue. Enfin, la durée particulièrement longue de l'entente, celle-ci ayant été mise en œuvre au moins depuis 1994, ajoute encore aux dommages qu'elle a pu générer. Ainsi, en dépit de la petite taille de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon, l'affaire condamnée par l'Autorité de la concurrence apparaît tenir son rang au Panthéon des violations de la loi les mieux construites, d'où notre interrogation en introduction quant aux conditions d'application du dispositif des micro-PAC.

¹¹ Les prix des importations pouvaient être le double de ceux du GIE (point 200), ayant pour conséquence que « *le recours aux importations du Canada n'est pas une véritable alternative pour les entreprises concurrentes* » (point 168). Et de fait, le GIE a remporté, entre 2003 et 2009, dix des onze appels d'offres (point 79), ce qui montre bien l'efficacité des barrières à l'entrée mises en œuvre.

¹² 86 % et 88 %, respectivement, pour les marchés amont et aval (point 197).

2. Retour sur le calcul des sanctions dans le cadre des ententes sur appels d'offres

La décision prise dans le secteur du BTP à Saint-Pierre-et-Miquelon fournit par ailleurs l'occasion de revenir sur la question de la détermination des sanctions dans le cas d'ententes sur appels d'offres. Dans un précédent article publié dans la même revue¹³, nous avons soulevé les difficultés de compréhension du mécanisme de calcul des sanctions dans le cadre de ces infractions, au regard du projet de communiqué sur les sanctions de l'Autorité¹⁴. En effet, dans le cas spécifique de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre au cours d'appels d'offres, le projet de l'Autorité réservait un traitement en marge de la méthode générale qu'il décrivait pour l'ensemble des autres infractions. Ainsi, dans les cas où l'infraction ne revêtait pas un caractère complexe et continu, l'Autorité précisait que la valeur des ventes ne pouvait pas constituer un indicateur performant pour appréhender la réalité de la situation, lui préférant l'application d'un coefficient variable selon la gravité des faits et l'importance des dommages à l'économie. La version définitive du communiqué¹⁵ a certes maintenu ce traitement différencié¹⁶, mais elle a tout de même contribué à lever une partie de l'incertitude planant sur ces affaires. En effet, la version préliminaire restait particulièrement floue sur l'assiette à utiliser (il s'agissait de l'assiette « *que l'Autorité retiendra comme pertinente au cas d'espèce* »¹⁷), tandis que le communiqué final précise qu'il s'agit « *du chiffre d'affaires total réalisé en France par l'organisme ou par l'entreprise en cause, ou par le groupe auquel l'entreprise appartient, en principe pendant l'exercice comptable complet au cours duquel a eu lieu l'infraction ou du dernier exercice comptable complet s'il en existe plusieurs* ». On ne peut que se réjouir de la levée de cette incertitude.

La décision de Saint-Pierre-et-Miquelon ne fournit cependant aucune illustration de cette méthode spécifique pour les ententes sur appels d'offres, puisque l'étendue de l'infraction était telle que l'on n'échappe évidemment pas ici à une « *infraction complexe et continue* »¹⁸. Dès lors, l'Autorité s'est engagée, selon la méthode générale développée dans le communiqué sur les sanctions, dans la détermination d'une proportion de la valeur des ventes. Les proportions retenues sont ici de 16 % pour trois des quatre entreprises et pour le GIE (point 254), et de 13 % pour la quatrième entreprise, moins impliquée (point 255). Cela correspond donc aux termes du communiqué, puisque la proportion doit se situer entre 0 et 30 %, et entre 15 et 30 % pour les infractions horizontales les plus graves¹⁹.

Ce choix de 16 % de la valeur des ventes pour les trois entreprises ayant commis les infractions les plus graves conduit finalement à déterminer une sanction initiale particulièrement élevée, compte tenu de la durée de l'entente. Celle-ci s'étant étalée sur

¹³ Venayre F., 2011, « La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, juillet-septembre, pp. 15-22.

¹⁴ Projet de Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. A l'époque de la rédaction de l'article cité, le communiqué définitif sur les sanctions n'avait pas encore été publié.

¹⁵ Communiqué du 16 mai 2011, *op. cit.*

¹⁶ Points 67 du communiqué final et 58 du projet.

¹⁷ Point 59 du projet.

¹⁸ Selon les termes du communiqué sur les sanctions, point 67.

¹⁹ Points 40 et 41 du communiqué sur les sanctions.

presque 18 ans, cela conduit l’Autorité, en application du mode de calcul développé dans son communiqué, à retenir un coefficient multiplicateur de 9,33 pour ces trois entreprises, ce qui revient donc à retenir *in fine* une sanction potentielle²⁰ de 150 % de la valeur des ventes. Ce pourcentage important rend très intéressante la réflexion sur l’application de la procédure de non-contestation des griefs demandée dans cette affaire par l’ensemble des entreprises impliquées dans les pratiques anticoncurrentielles, particulièrement compte tenu de la publication du récent communiqué de procédure concernant ce dispositif²¹.

3. Quelles clarifications de la procédure de non-contestation des griefs ?

Dans notre précédent article²², la comparaison de deux affaires dont les points communs étaient importants, celle des travaux de peinture sur infrastructures métalliques²³ et celle du port autonome de Marseille²⁴, toutes deux instruites en l’absence de contestation des griefs, avait permis de faire apparaître un certain nombre de points discordants. Les divergences entre les deux décisions ne permettaient ainsi pas de saisir les mécanismes exacts qu’utilisait l’Autorité pour déterminer le montant des amendes prononcées dans ce type de procédures. Cela soulignait par ailleurs le caractère très aléatoire de l’intérêt des entreprises à renoncer à contester les griefs qui leurs étaient reprochés.

Plus spécifiquement, on pouvait retenir les interrogations suivantes quant à la procédure. (i) Il était très complexe de savoir si la division par deux du montant de l’amende encourue, prévue par l’article L 464-2, III, pouvait réellement constituer un gain pour les entreprises. (ii) Le taux de réfaction appliqué du fait de la renonciation à contester les griefs étaient largement exogène, non contraignant²⁵, et suffisamment variable d’une affaire à l’autre pour qu’une entreprise désireuse de recourir à la procédure de non-contestation ne soit pas en mesure d’effectuer des anticipations rationnelles sur le sort qui allait lui être réservé. (iii) Dans l’hypothèse où toutes les firmes impliquées dans la pratique anticoncurrentielle, sauf une, choisissaient de recourir à cette procédure transactionnelle, le sort de l’entreprise esseulée paraissait scellé, sa défense étant considérablement affaiblie dans les faits, sinon dans les textes.

La décision de Saint-Pierre-et-Miquelon, de même que les communiqués sur le calcul des sanctions et la non-contestation, fournissent des réponses à certaines des questions soulevées. C’est pourquoi nous allons revenir sur les deux premiers points pour en tirer les enseignements adéquats au regard des nouvelles clarifications apportées. Le troisième point

²⁰ Avant application des critères d’individualisation et de réitération ainsi que des ajustements finaux.

²¹ Communiqué du 10 février 2012, *op. cit.*

²² Venayre, 2011, *op. cit.*

²³ Décision n° 11-D-07 du 24 février 2011, *op. cit.*

²⁴ Décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d’un appel d’offres lancé par le port autonome de Marseille.

²⁵ Au sens où l’Autorité pouvait ne pas suivre les recommandations du Rapporteur général.

soulevé reste en revanche entier et n'appelle donc pas de développements complémentaires par rapport à notre précédent article.

3.1. Le bénéfice d'une division par deux de la sanction maximale encourue

Avant que l'Autorité ne précise le mode de calcul des sanctions, l'intérêt de la division par deux du maximum encouru semblait particulièrement peu développé. Dans la pratique, dès lors que les amendes prononcées restaient inférieures à 5 % du chiffre d'affaires des entreprises, l'existence d'un bornage par 5 % en lieu et place des 10 % maximum prévus par la loi ne modifiait en rien le montant de la sanction auquel les entreprises étaient condamnées, même avec l'application de la procédure de non-contestation des griefs. Or, dans le cas des deux décisions précédemment citées²⁶, les montants d'amendes étaient effectivement inférieurs à la limite de 5 % du chiffre d'affaires. La division par deux du montant maximal encouru ne modifiait donc pas la sanction finale, avant réfaction.

Depuis le communiqué sur les sanctions, cet aspect a été modifié. En effet, la référence à une proportion de la valeur des ventes, dont par ailleurs l'ampleur est quantifiée²⁷, et le mécanisme du coefficient multiplicateur lié à la durée de l'infraction, également quantifié²⁸, permettent de mieux voir apparaître la potentialité d'un gain immédiat pour les entreprises. Certes, ce gain n'est toujours pas assuré, puisqu'il dépend de ces paramètres et de la part du chiffre d'affaires concerné par les pratiques anticoncurrentielles. Mais quoi qu'il en soit, la lisibilité de l'intérêt de la procédure de non-contestation des griefs en est tout de même grandement améliorée et les infractions pour lesquelles la non-contestation ne présente, dans la réalité, pas d'intérêt pour les entreprises sont celles qui sont les moins graves en termes de durée et d'impact sur le chiffre d'affaires global des entreprises²⁹.

Le cas de l'entente de Saint-Pierre-et-Miquelon illustre parfaitement cette nouvelle clarification permise par le communiqué sur le calcul des sanctions pécuniaires. Les trois entreprises ayant pris part à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles se voient appliquer une proportion de 16 % de la valeur des ventes, cette dernière étant comprise entre 500 000 et 1 000 000 d'euros. En retenant un coefficient de durée de 9,33 correspondant à près de 18 ans, la sanction oscille donc entre 746 400 euros et 1 492 800 euros. Comme ces montants sont très largement supérieurs à 5 % de chacun des chiffres d'affaires concernés, les sanctions sont ramenées à ce seuil (avant prise en compte de la réfaction permise par la non-contestation des griefs). Au total, et pour l'entreprise ayant le chiffre d'affaires le plus élevé, la sanction est donc réduite à 119 149 euros, ce qui représente pour elle un gain conséquent.

²⁶ Travaux de peinture sur infrastructures métalliques et port autonome de Marseille.

²⁷ Entre 0 et 30 % comme nous l'avons vu, et plus spécifiquement entre 15 et 30 % pour les ententes injustifiables au sens de l'OCDE (Voir : OCDE, 2000, « Ententes injustifiables », Publications de l'OCDE).

²⁸ Voir point 42 du communiqué.

²⁹ Cela est mis en évidence à l'aide des simulations effectuées dans l'annexe de cet article.

En revanche, celle des entreprises ayant le moins participé aux infractions voit sa sanction s'établir, avec le même mode de calcul, et compte tenu du fait que la durée des pratiques, la valeur des ventes et la proportion de cette valeur sont plus faibles, à 1 % de son chiffre d'affaires. Cette valeur étant inférieure au seuil de 5 %, la non-contestation des griefs ne lui apporte, en dehors de la réfaction sur laquelle nous allons revenir, aucun avantage réel.

On voit bien que la clarification du mode de calcul des sanctions permet d'accroître sensiblement l'attractivité de la non-contestation des griefs, et particulièrement si les infractions commises sont d'une gravité plus importante, que ce soit en termes d'ampleur ou de durée, comme montré en annexe.

3.2. Volatilité et incertitude du taux de réfaction

Un reproche que l'on pouvait adresser à la définition du taux de réfaction était son caractère mystérieux, ce qui était encore accentué par le fait que l'Autorité de la concurrence était libre de suivre ou non les recommandations du Rapporteur général. Ainsi, par le passé, quelques décisions peu compréhensibles avaient pu être observées.

Par exemple, dans les deux affaires citées en référence, les propositions du Rapporteur général avaient été très différentes : de 30 à 50 % de réfaction dans le cas du port autonome de Marseille, et une réfaction différenciée et nettement plus faible dans celui des travaux de peinture sur infrastructures métalliques : 10 % pour une entreprise et de 12 à 20 % pour les deux autres. Toutefois, dans les deux situations, l'autorité avait largement suivi des préconisations : le Conseil retenait en effet 50 % pour le port autonome ; et l'Autorité retenait à son tour 12 et 16 % pour les travaux de peinture.

Ce ne fut en revanche pas toujours le cas dans d'autres affaires. Ainsi, par exemple, le Conseil avait pu fixer un taux de réfaction très inférieur à celui proposé par le Rapporteur général (20 % contre 50 %)³⁰, au contraire très supérieur (90 % contre 40 à 50 %)³¹.

On comprend bien entendu que la fixation du taux de réfaction dépendant en partie des engagements souscrits par les entreprises, il soit impossible de définir *a priori* une grille rigide qui serait appliquée sans discernement à un dossier quelconque. Toutefois, il apparaît également que de telles différences, dont la motivation échappe largement à la lecture des décisions de l'autorité de concurrence, entretiennent une incertitude très forte quant aux suites données à la procédure de non-contestation des griefs et donc, en amont, quant à l'intérêt d'en demander l'application.

³⁰ Décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire.

³¹ Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

Le communiqué de procédure de l’Autorité sur la non-contestation des griefs est venu utilement fournir un cadre de définition du taux de réfaction, jusqu’ici absent. Il distingue maintenant explicitement les deux composantes du taux de réfaction : celle applicable au titre même de la renonciation à contester les griefs, et celle déclenchée par les engagements souscrits par les entreprises³².

Ainsi, le Rapporteur général proposera une réfaction de 10 % si l’application de la procédure de non-contestation est accordée (point 34). Cette réfaction clairement quantifiée et unique pour l’ensemble des entreprises demandant à bénéficier de la contestation des griefs a le double mérite de la clarté et de l’équité de traitement, ce qui la rend lisible *ex-ante* par les entreprises et amoindrit considérablement l’incertitude précédemment subie.

A cette première composante, que l’on pourrait qualifier d’« automatique », s’ajoute la seconde des engagements, qui pourra osciller entre 5 et 15 % (point 35). On notera qu’une incertitude demeure ici, mais qu’elle est indispensable, non seulement pour tenir compte de la diversification des engagements qui peuvent être proposés, mais également car elle constitue pour les entreprises un mécanisme incitatif pour développer la crédibilité et l’efficacité de leurs engagements et, ainsi, favoriser un retour à une saine concurrence.

Au total, le taux de réfaction sera donc compris entre 10 % en l’absence d’engagements et 25 % si les engagements sont particulièrement importants (et notamment, dont l’application sera aisée à vérifier), avec une valeur intermédiaire de 15 % en présence d’engagements considérés comme plus mineurs. Ce bornage du taux de réfaction permet d’accroître sensiblement la lisibilité de la procédure, ce dont il faut se féliciter. L’Autorité reste libre de suivre ou non les recommandations du rapporteur général en matière de réfaction, mais le spectre du taux étant restreint, l’incertitude ne peut plus jouer qu’à la marge, par rapport à certains cas précédents (voir plus haut)³³.

On pourrait cependant objecter que, compte tenu de l’application relativement fréquente, antérieurement à la publication du communiqué de procédure, de taux de réfaction supérieurs à 25 %, ces nouvelles dispositions, tout en diminuant l’incertitude, sont peut-être de nature à réduire les incitations à recourir à la non-contestation des griefs. Il est vrai que cet aspect de la réfaction est moins « rémunérateur » pour les firmes, particulièrement si elles ne s’investissent que peu dans la proposition d’engagements forts. Cela dit, compte tenu de ce que nous avons exposé précédemment concernant l’impact de la division par deux du maximum encouru, qui renforce au contraire fortement l’attractivité du mécanisme, nous pensons que les nouvelles dispositions semblent être de nature à sécuriser les firmes dans l’idée que la non-contestation des griefs leur sera favorable³⁴. La clarification opérée par l’Autorité s’inscrit donc de ce point de vue dans la bonne direction.

³² La présentation d’engagements a en effet été rendue facultative, et non plus obligatoire, par l’ordonnance n° 2008-1161, *op. cit.*

³³ Par ailleurs, l’Autorité introduit la possibilité, si elle s’écarte dans un sens défavorable à l’entreprise des propositions du Rapporteur général, de renvoyer l’affaire à l’instruction (voir points 48 et 49 du communiqué).

³⁴ A l’exception sans doute d’activités consolidées au sein de groupes de très grande taille et ne représentant qu’une partie mineure du chiffre d’affaires global du groupe, comme expliqué en annexe.

Une fois encore, l'affaire de Saint-Pierre-et-Miquelon vient illustrer ces éclaircissements sur la procédure de non-contestation. Bien que la décision ait été rendue avant la publication du communiqué, l'Autorité a d'ores et déjà appliqué ce mécanisme dans les faits, sans distinguer explicitement les deux composantes de la réfaction, compte tenu du léger décalage chronologique entre la décision et le communiqué. Pour autant, le Rapporteur général a proposé un taux allant de 20 à 25 %, soit très proche du maximum permis par le communiqué, et qui correspondrait donc à une addition de 10 % de la non-contestation et de 10 à 15 % pour les engagements. Cette fourchette maximale pour les engagements n'a rien de très surprenant au regard de leur ampleur. Les engagements proposés apparaissent en effet non seulement vérifiables aisément, mais aussi de nature à modifier en profondeur le fonctionnement du marché : scission des activités de production et de travaux au sein du GIE et établissement de conditions d'achat des matières brutes transparentes et non discriminatoires. L'Autorité a finalement retenu un taux de 20 %, « valorisant » ainsi les engagements pris à hauteur de 10 %. On peut noter que la réfaction est ici unique pour toutes les entreprises. Cela dit, les engagements sont proposés par l'ensemble des parties, y compris celle des entreprises qui était moins impliquée dans les pratiques anticoncurrentielles, et l'identité des taux de réfaction ne saurait donc être interprétée comme une généralisation à venir dans ce type de décision.

Conclusion

L'entente saint-pierraise met en évidence des pratiques réitérées ayant contraint la concurrence dans des proportions qui ne sont plus à démontrer et qui sont d'ailleurs assez révélatrices de ce que l'on peut rencontrer dans les économies insulaires, comme le savent ceux qui s'intéressent aux économies ultramarines. Espérons à cet égard que l'action de l'Autorité de la concurrence, qui se développe fortement en outre-mer depuis quelques années³⁵, pourra modifier ce regrettable constat.

Cette affaire permet également de revenir sur deux points qui faisaient débat : celui de la détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres et celui de l'application de la procédure de non-contestation des griefs et de son impact sur le montant des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité. Le travail de transparence dans lequel l'Autorité s'est engagée permet de clarifier l'application des procédures et de réduire sensiblement les doutes que l'on pouvait avoir quant aux bénéfices à tirer d'une demande de non-contestation.

Certes, toutes les interrogations ne sont pas levées. Notamment, le sort réservé à une entreprise qui contesterait les griefs alors même que les autres entreprises du secteur y renonceraient, demeure inchangé. Dans le cas d'une entente, on voit mal comment la firme pourrait assurer une défense réellement efficace. Persistent également certaines interrogations sur le mode de détermination des sanctions dans le cas des ententes sur appels d'offres, dans

³⁵ Voir également, du même auteur et dans le même numéro, le commentaire : « Sanction pour non respect d'injonction – Quand la téléphonie mobile de l'Océan Indien communique avec l'ensemble de l'Outre-mer ».

le cas où les pratiques ne sont pas complexes et continues, bien qu'il faille noter que le flou de la définition de l'assiette de la sanction a partiellement été levé.

En dépit de ces questions qui demeurent, il est important de souligner que les publications de l'Autorité concernant les sanctions et la non-contestation des griefs viennent amoindrir ou répondre à nombre d'objections qui avaient pu être formulées sur le déroulement des procédures et la compréhension des décisions rendues. Le travail de transparence mené par l'Autorité depuis quelques années nous semble ainsi devoir être salué. Les clarifications exposées dans cet article apparaissent par ailleurs de nature à renforcer l'attrait de la procédure de non-contestation des griefs et il sera particulièrement intéressant d'observer l'évolution des décisions de l'Autorité dans le nouveau cadre ainsi précisé.

Annexe : Simulations de la prise en compte du seuil de 5 % (Art. L 464-2, III)

Le mécanisme de détermination des sanctions pécuniaires par l'Autorité de la concurrence évalue la valeur des ventes concernée par l'entente (exprimée en euros), en retient une proportion (entre 0 et 30 %), puis applique un coefficient lié à la durée de l'infraction, obtenant ainsi une expression en euros de la sanction à appliquer.

En cas d'application de la procédure de non-contestation des griefs, la sanction ainsi calculée (sans tenir compte d'éventuels éléments d'individualisation ou de réitération des pratiques) est comparée au maximum légal encouru, fixé à 5 % du chiffre d'affaires, la non-contestation entraînant mécaniquement la division par deux du seuil initial de 10 %.

Ainsi, si l'on exprime la valeur des ventes non plus en euros mais en pourcentage du chiffre d'affaires global, il est possible d'obtenir une expression de la sanction finale en pourcentage du chiffre d'affaires, ce qui autorise une comparaison directe avec le seuil légal de 5 %.

On a alors l'expression suivante :

$$S = P.VV.D$$

Où :

- S est la sanction exprimée en % du chiffre d'affaires (CA) ;
- P est la proportion de la valeur des ventes retenue par l'Autorité ;
- VV est la valeur des ventes exprimée en % du CA ;
- D est le coefficient de durée de l'infraction³⁶.

Les trois tableaux suivants présentent des simulations de la sanction obtenue en faisant varier, pour une proportion de la valeur des ventes fixée à l'avance, la valeur des ventes et la durée de l'infraction.

Nous avons retenu trois cas possibles : des proportions de la valeur des ventes de 30 %, 20 % et 10 %. Dans chaque tableau, les zones grisées montrent les situations dans lesquelles l'application de la procédure de non-contestation des griefs ne permet pas la baisse de l'amende prononcée (en dehors de l'application ultérieure du taux de réfaction lié à l'enclenchement de la procédure elle-même et des engagements pris par l'entreprise).

³⁶ Calculé selon les indications du communiqué sur les sanctions.

Sanctions en % du CA en retenant une proportion de la valeur des ventes de 30 %

VV \ D	1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	7 ans	8 ans
1,0%	0,3%	0,5%	0,6%	0,8%	0,9%	1,1%	1,2%	1,4%
2,0%	0,6%	0,9%	1,2%	1,5%	1,8%	2,1%	2,4%	2,7%
3,0%	0,9%	1,4%	1,8%	2,3%	2,7%	3,2%	3,6%	4,1%
4,0%	1,2%	1,8%	2,4%	3,0%	3,6%	4,2%	4,8%	5,4%
5,0%	1,5%	2,3%	3,0%	3,8%	4,5%	5,3%	6,0%	6,8%
10,0%	3,0%	4,5%	6,0%	7,5%	9,0%	10,5%	12,0%	13,5%
15,0%	4,5%	6,8%	9,0%	11,3%	13,5%	15,8%	18,0%	20,3%
20,0%	6,0%	9,0%	12,0%	15,0%	18,0%	21,0%	24,0%	27,0%
25,0%	7,5%	11,3%	15,0%	18,8%	22,5%	26,3%	30,0%	33,8%
30,0%	9,0%	13,5%	18,0%	22,5%	27,0%	31,5%	36,0%	40,5%
35,0%	10,5%	15,8%	21,0%	26,3%	31,5%	36,8%	42,0%	47,3%
40,0%	12,0%	18,0%	24,0%	30,0%	36,0%	42,0%	48,0%	54,0%
45,0%	13,5%	20,3%	27,0%	33,8%	40,5%	47,3%	54,0%	60,8%
50,0%	15,0%	22,5%	30,0%	37,5%	45,0%	52,5%	60,0%	67,5%
60,0%	18,0%	27,0%	36,0%	45,0%	54,0%	63,0%	72,0%	81,0%
70,0%	21,0%	31,5%	42,0%	52,5%	63,0%	73,5%	84,0%	94,5%
80,0%	24,0%	36,0%	48,0%	60,0%	72,0%	84,0%	96,0%	108,0%
90,0%	27,0%	40,5%	54,0%	67,5%	81,0%	94,5%	108,0%	121,5%
100,0%	30,0%	45,0%	60,0%	75,0%	90,0%	105,0%	120,0%	135,0%

Indications de lecture : La cellule Nord-Ouest du tableau indique qu'une entreprise ayant participé à une entente durant une année et impliquant des ventes représentant 1 % de son chiffre d'affaires global se voit condamnée, si la proportion de la valeur des ventes retenue est de 30 %, à une amende équivalente à 0,3 % de son chiffre d'affaires. Ce pourcentage étant inférieur à 5 %, le passage d'une amende maximale encourue de 10 % à 5 % de son chiffre d'affaires en vertu des dispositions de l'article L 464-2, III du Code de commerce n'a aucun impact pour elle sur la réalité de l'amende versée (ce qu'indique le fait que la cellule soit grisée).

Sanctions en % du CA en retenant une proportion de la valeur des ventes de 20 %

VV \ D	1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	7 ans	8 ans
1,0%	0,2%	0,3%	0,4%	0,5%	0,6%	0,7%	0,8%	0,9%
2,0%	0,4%	0,6%	0,8%	1,0%	1,2%	1,4%	1,6%	1,8%
3,0%	0,6%	0,9%	1,2%	1,5%	1,8%	2,1%	2,4%	2,7%
4,0%	0,8%	1,2%	1,6%	2,0%	2,4%	2,8%	3,2%	3,6%
5,0%	1,0%	1,5%	2,0%	2,5%	3,0%	3,5%	4,0%	4,5%
10,0%	2,0%	3,0%	4,0%	5,0%	6,0%	7,0%	8,0%	9,0%
15,0%	3,0%	4,5%	6,0%	7,5%	9,0%	10,5%	12,0%	13,5%
20,0%	4,0%	6,0%	8,0%	10,0%	12,0%	14,0%	16,0%	18,0%
25,0%	5,0%	7,5%	10,0%	12,5%	15,0%	17,5%	20,0%	22,5%
30,0%	6,0%	9,0%	12,0%	15,0%	18,0%	21,0%	24,0%	27,0%
35,0%	7,0%	10,5%	14,0%	17,5%	21,0%	24,5%	28,0%	31,5%
40,0%	8,0%	12,0%	16,0%	20,0%	24,0%	28,0%	32,0%	36,0%
45,0%	9,0%	13,5%	18,0%	22,5%	27,0%	31,5%	36,0%	40,5%
50,0%	10,0%	15,0%	20,0%	25,0%	30,0%	35,0%	40,0%	45,0%
60,0%	12,0%	18,0%	24,0%	30,0%	36,0%	42,0%	48,0%	54,0%
70,0%	14,0%	21,0%	28,0%	35,0%	42,0%	49,0%	56,0%	63,0%
80,0%	16,0%	24,0%	32,0%	40,0%	48,0%	56,0%	64,0%	72,0%
90,0%	18,0%	27,0%	36,0%	45,0%	54,0%	63,0%	72,0%	81,0%
100,0%	20,0%	30,0%	40,0%	50,0%	60,0%	70,0%	80,0%	90,0%

Sanctions en % du CA en retenant une proportion de la valeur des ventes de 10 %

VV \ D	1 an	2 ans	3 ans	4 ans	5 ans	6 ans	7 ans	8 ans
1,0%	0,1%	0,2%	0,2%	0,3%	0,3%	0,4%	0,4%	0,5%
2,0%	0,2%	0,3%	0,4%	0,5%	0,6%	0,7%	0,8%	0,9%
3,0%	0,3%	0,5%	0,6%	0,8%	0,9%	1,1%	1,2%	1,4%
4,0%	0,4%	0,6%	0,8%	1,0%	1,2%	1,4%	1,6%	1,8%
5,0%	0,5%	0,8%	1,0%	1,3%	1,5%	1,8%	2,0%	2,3%
10,0%	1,0%	1,5%	2,0%	2,5%	3,0%	3,5%	4,0%	4,5%
15,0%	1,5%	2,3%	3,0%	3,8%	4,5%	5,3%	6,0%	6,8%
20,0%	2,0%	3,0%	4,0%	5,0%	6,0%	7,0%	8,0%	9,0%
25,0%	2,5%	3,8%	5,0%	6,3%	7,5%	8,8%	10,0%	11,3%
30,0%	3,0%	4,5%	6,0%	7,5%	9,0%	10,5%	12,0%	13,5%
35,0%	3,5%	5,3%	7,0%	8,8%	10,5%	12,3%	14,0%	15,8%
40,0%	4,0%	6,0%	8,0%	10,0%	12,0%	14,0%	16,0%	18,0%
45,0%	4,5%	6,8%	9,0%	11,3%	13,5%	15,8%	18,0%	20,3%
50,0%	5,0%	7,5%	10,0%	12,5%	15,0%	17,5%	20,0%	22,5%
60,0%	6,0%	9,0%	12,0%	15,0%	18,0%	21,0%	24,0%	27,0%
70,0%	7,0%	10,5%	14,0%	17,5%	21,0%	24,5%	28,0%	31,5%
80,0%	8,0%	12,0%	16,0%	20,0%	24,0%	28,0%	32,0%	36,0%
90,0%	9,0%	13,5%	18,0%	22,5%	27,0%	31,5%	36,0%	40,5%
100,0%	10,0%	15,0%	20,0%	25,0%	30,0%	35,0%	40,0%	45,0%

On constate que, dès lors que les infractions sont suffisamment longues et/ou concernent un pourcentage suffisamment élevé du chiffre d'affaires global, l'intérêt de diviser par deux la sanction maximale devient un avantage effectif pour les entreprises ayant demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. Cela dit, cet avantage est conditionné au fait que la valeur des ventes représente une part significative du chiffre d'affaires global. Or, comme le chiffre d'affaires retenu est celui de l'ensemble du groupe, si l'activité concernée par les pratiques frauduleuses ne représente qu'une part très faible de l'activité totale du groupe, ce qui risque de se produire particulièrement pour les groupes de très grande taille intervenant sur de multiples marchés, le bénéfice de la division par deux du maximum encouru devient peu probable.

On observe également, ce qui est cohérent avec ce qui précède, que l'avantage ainsi obtenu par les entreprises est d'autant plus renforcé que la proportion de la valeur des ventes retenue par l'Autorité est importante.

La récente clarification de la méthode de calcul des sanctions pécuniaires de l'Autorité de la concurrence a donc permis de renforcer la lisibilité (et, par corollaire, l'attractivité) de la procédure de non-contestation des griefs, particulièrement pour les infractions les plus graves, et ce indépendamment même de la discussion quant à la détermination du taux de réfaction à appliquer ensuite à la sanction.