

**COMPTE RENDU DE L'AUDITION DE REPRESENTANTS DE L'APDC
PAR LA MISSION DE REFLEXION SUR LES SANCTIONS DES INFRACTIONS AU
DROIT DE LA CONCURRENCE
(18 JUIN 2010)**

Membres de la Commission

- **Jean-Martin Folz,**
- **Christian Raysseguier, premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation,**
- **Alexander Schaub (avocat), ancien directeur général de la Concurrence puis du Marché intérieur à Bruxelles.**

Assistés de : Charles de Navacelle (cabinet Jones Day)

Représentants de l'APDC

- **Mélanie Thill-Tayara**
- **Robert Saint Esteben**
- **Olivier Fréget**
- **Philippe Rincazaux**
- **Didier Théophile**

Durée : 1h30

COMPTE RENDU

1. Robert Saint-Esteben a présenté les membres de la délégation et remercié la Mission d'avoir bien voulu entendre l'APDC puis leur a présenté l'association insistant sur le fait qu'elle regroupait actuellement près de 110 avocats. Au surplus, il a été précisé que tant l'association que la délégation la représentant aujourd'hui étaient composées d'avocats agissant aussi bien en défense d'entreprises poursuivies qu'en tant que demandeurs de tiers ayant eu à subir les pratiques alléguées et donc intéressés à des sanctions dissuasives. Il a ensuite indiqué que ses membres n'étaient évidemment pas opposés à une politique de sanction des cartels et abus de position dominante mais que celle-ci ne pouvait pas être séparée de la procédure qui conduit à son prononcé.
2. Les membres de la Mission ont alors souhaité qu'on leur commente la note qui leur avait été envoyée avant l'audition et dont ils n'avaient pas pu tous prendre une connaissance approfondie.
3. Comme on le verra, la note a ainsi largement servi de fil conducteur à toute l'audition même si celle-ci s'est concentrée sur les questions procédurales faisant l'objet des remarques introductives de la note. D'emblée, les membres de la Mission ont en effet semblé accueillir de manière très favorable notre souhait d'évoquer, avant de répondre à leurs questions, les aspects de procédure.

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

4. Il a ainsi été insisté sur le fait que seul le respect d'une procédure équitable était de nature à permettre une acceptation de la sanction par l'entreprise, et une condition du changement de son comportement futur, ce qui exigeait un respect scrupuleux du principe du contradictoire et des droits de la défense tout au long de la procédure administrative et ce dès la phase d'enquête.

Un des membres de la Mission a alors demandé si l'Association serait favorable à une séparation organique entre instruction et décision conduisant à ce que l'Autorité ne soit qu'une autorité de poursuite. La délégation a répondu que c'était là en effet la position adoptée par l'association depuis sa création.

5. Revenant aux questions liées au respect d'une procédure équitable, les représentants de l'Association ont alors insisté sur l'exigence d'une motivation claire et détaillée des décisions de sanctions, et, notamment, sur la nécessité pour l'Autorité, et après elle la Cour d'appel, de prendre effectivement en considération les études économiques produites par les entreprises dès lors que le texte français prévoit que la sanction doit être en relation avec l'importance du dommage à l'économie.
6. Les représentants de l'Association ont de manière unanime déploré que les études économiques produites ne soient parfois pas même commentées ou, qu'au contraire, leur examen ne fasse l'objet que de quelques remarques lapidaires.
7. C'est sous le bénéfice de ces remarques, lesquelles ont cependant occupé près de la moitié des temps de l'audition tant la Mission était visiblement intéressée, que s'est ensuite engagée une discussion portant essentiellement sur les deux points suivants :
- la méthode de détermination des sanctions et l'imputabilité aux sociétés mères des comportements ;
 - le contenu des lignes directrices
8. **S'agissant du premier point**, la délégation a indiqué, comme développé dans la note, que l'ADPC considérait que c'est moins la question de méthode d'utilisation du plafond légal actuel qui se pose que la légitimité même de ce plafond tel qu'il est fixé aujourd'hui, difficulté qui serait d'ailleurs amplifiée si la solution consistant à l'utiliser comme « point de départ de calcul », apparemment prônée par la Cour d'Appel de Paris, faisait jurisprudence.
9. Pour l'APDC, un « plafond » ne peut effectivement constituer une limite opérationnelle ou un « mode de calcul » que s'il est lui-même suffisamment raisonnable et proportionné au regard du type d'infraction visé par la loi.
10. S'en est ensuivi un débat sur les deux points développés dans la note, à savoir la pertinence de la prise en considération par la loi tant du chiffre d'affaires consolidé du groupe que de son chiffre d'affaires mondial.
11. Evoquant l'arrêt de la Cour de justice du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, affaire C-97/08), la délégation a en effet insisté sur le fait que l'on ne pouvait confondre "assiette d'amende" et "imputabilité". Si la pratique est imputable à la mère, le chiffre d'affaires

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

consolidé pourrait être retenu mais cela nécessiterait des éléments positifs d'imputabilité et des preuves concrètes de l'implication du management du groupe dans les pratiques reprochées ou au moins du contrôle effectif par la mère de la filiale sur la politique de celle-ci, dans le secteur en cause. Les nuances au sein de l'APDC ont été mentionnées.

12. Un des membres de la Commission s'est alors interrogé sur les conséquences de cette approche, laquelle, si elle était retenue, reviendrait à diminuer l'incitation de la société tête de groupe dans la mise en œuvre de contrôles visant à prévenir l'apparition de comportements anticoncurrentiels, d'autant que la société mère bénéficierait toujours du surprofit généré par ceux-ci.

13. Il a été opposé par la délégation à cet argument d'une part qu'il n'existait pas, en droit français, un délit de recel d'infraction au droit de la concurrence et d'autre part qu'actuellement la pratique décisionnelle française ne reconnaissait pas que la mise en place de programmes de compliance pouvait être une cause d'exonération de la responsabilité de la société mère, ou même une circonstance atténuante sachant qu'au surplus le droit français rend ces programmes difficiles à mettre en œuvre.

Il est à noter qu'un autre membre de la Mission a paru exprimer brièvement un point de vue fort éloigné de celui de son collègue...

14. S'agissant de la prise en compte du chiffre d'affaires mondial, la délégation a insisté sur la contradiction entre l'adoption d'une assiette mondiale par la loi NRE et les dispositions du Règlement n° 1/2003. Celui-ci, comme le rappelle la note, prévoit que dans le cadre du Réseau européen, les autorités nationales ne sont compétentes pour appliquer le droit communautaire que sur leur territoire national et en fonction de l'atteinte à leur marché national.

15. **S'agissant du contenu d'éventuelles lignes directrices**, la délégation a renvoyé à ses explications sur les aspects procéduraux demandant, avant toutes choses, qu'une obligation de motivation renforcée des décisions de l'Autorité de la concurrence figure dans la loi.

16. Si l'adoption de lignes directrices devait être retenue de manière complémentaire, la délégation a indiqué que le texte devrait se limiter à des questions proprement juridiques telles que par exemple les conditions de la réitération.

17. La question de savoir s'il est préférable d'adopter plutôt des lignes directrices qu'un décret présente un intérêt limité. Sans doute un décret présenterait-il l'avantage de s'imposer sans contestation possible également aux cours de contrôle, ce qui permettrait de contribuer à une cohérence juridique ; un décret aurait en revanche l'inconvénient d'être un instrument juridique assez rigide alors même que la typologie des pratiques anticoncurrentielles est assez étendue et que, surtout, la sanction doit nécessairement être adaptée à chaque cas, à chaque entreprise en cause. Les lignes directrices pourraient être plus facilement modifiées le cas échéant.

18. Prévue au départ pour une durée d'une heure, l'audition a duré une heure trente...