

**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

Note de Vani Chetty

-- Session IV --

1-2 décembre 2016

Cette note de Vani Chetty (Partner, Baker & McKenzie, BIAC) a été présentée à titre de document de référence en vue de la Session IV du 15e Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra les 1er et 2 décembre 2016.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les points de vues officiels de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :
www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm*

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson [Tél. : +33 1 45 24 18 77 -- courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03418191

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.



LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE – CAS DE L'AFRIQUE DU SUD

-- Note de Vani Chetty* --

1. Introduction

1. Les sanctions administratives prononcées dans l'affaire qui a opposé *La Commission de la Concurrence* (South African Competition Commission, « **la Commission** ») à *ArcelorMittal South African Limited*¹ (« **Affaire ArcelorMittal** »), les plus sévères qui aient été jamais prononcées de toute l'histoire du droit de la concurrence en Afrique du Sud, témoignent de la ligne de plus en plus dure adoptée par la Commission pour faire appliquer le droit de la concurrence. En particulier, des sanctions punitives et des mesures correctives lourdes sont imposées actuellement afin d'adresser des messages de dissuasion aux entreprises relevant de sa compétence.

2. L'augmentation progressive du montant des sanctions pécuniaires et l'élargissement du périmètre des mesures correctives de nature comportementale qui sont infligées actuellement ne sont qu'une partie des conséquences que peut entraîner la constatation d'une pratique interdite en vertu de la loi sud-africaine sur la concurrence n° 89 de 1998 (« **loi sud-africaine sur la concurrence** »).

3. La présentation consistera à analyser la multitude des conséquences résultant d'infractions au droit de la concurrence en Afrique du Sud dans le but d'examiner si ces conséquences, considérées dans leur globalité, constituent une approche par trop dissuasive de l'application du droit de la concurrence dans ce pays.

4. En conséquence, seront décrits dans cette présentation :

- quelques exemples d'augmentation du montant des sanctions administratives et de mesures correctives de nature comportementale qui ont été infligées récemment ;
- quelques exemples d'affaires en réparation de dommages effectifs faisant suite à la constatation, par les autorités compétentes, d'une pratique interdite ;
- des exemples d'autres types d'interventions des pouvoirs publics, en complément des demandes de réparations civiles qui se multiplient en Afrique du Sud. À cet égard, l'accord trouvé avec le secteur de la construction servira d'exemple de référence à l'examen des points soulevés ;
- les dispositions relatives à la responsabilité pénale récemment entrées en vigueur au titre des amendements à la loi sud-africaine sur la concurrence et les conflits possibles entre la pénalisation des pratiques d'entente d'une part, et l'efficacité de la politique sud-africaine de clémence à l'égard des sociétés, partie intégrante du cadre de répression des ententes, d'autre part.

5. Dans ce contexte, certaines remarques seront formulées en conclusion pour savoir si se montrer dissuasif d'une part, tout en infligeant des sanctions excessivement punitives d'autre part, constitue un juste milieu, compte tenu des multiples conséquences que cela entraîne au-delà des poursuites judiciaires engagées en vertu de la loi sud-africaine.

* Cette note constitue une synthèse des points examinés par Mme Vani Chetty, Partner, Baker & McKenzie, BIAC (Vani.Chetty@bakermckenzie.com).

¹ Affaire n° CR092Jan07/SA090Aug16.

2. Sanctions et autres mesures correctives prononcées récemment

6. Si l'on peut certainement s'attendre à ce que des sanctions administratives augmentent progressivement au fil du temps, la lourdeur sans précédent des sanctions infligées récemment dans l'affaire ArcelorMittal a ouvert une nouvelle ère dans les amendes prononcées par la Commission.

7. La Commission elle-même a admis que « cette amende adresse un message fort et dissuasif et marque une étape importante dans notre combat contre les ententes ».

8. Comparée aux sanctions administratives prononcées antérieurement dans l'histoire de la répression des ententes en Afrique du Sud, l'amende infligée à ArcelorMittal est exemplaire de l'augmentation du barème des amendes. À titre d'exemple, ArcelorMittal a accepté en 2016 d'acquitter une amende administrative d'un montant de 107 811 000 USD² pour avoir pris part à différentes pratiques enfreignant le droit de la concurrence, un montant qu'il y a lieu de rapprocher de la procédure de règlement collectif conclue avec l'ensemble du secteur de la construction en 2013, dont le montant avoisinait 104 936 000 USD³ au total (c'est-à-dire pour l'ensemble des entreprises parties au règlement). Dans les deux cas ci-dessus, les amendes ont fait l'objet d'un règlement négocié – mais il est clair que les peines administratives actuellement prononcées, y compris dans le cadre d'un règlement, sont notoirement plus élevées aujourd'hui.

9. Outre l'amende infligée, AMSA (filiale d'Arcelor condamnée dans l'affaire) a accepté une mesure corrective de fixation de prix, visant à plafonner sa marge pendant une période de cinq ans, et s'est engagée à réaliser des investissements pour un montant de 330 619 000 USD⁴ au cours de cette même période. À propos de ces mesures correctives, il est fait observer dans la présentation que :

- S'agissant de la mesure corrective de fixation des prix, le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») a lui-même formulé sa réticence à s'engager dans la voie de la régulation des prix. Ainsi dans l'affaire *Harmony Gold Mining Company Limited and Another/Mittal Steel South Africa Limited and Another*⁵, le Tribunal a estimé que : « la réticence des instances chargées de la concurrence à assumer une fonction de régulateur de prix découle non seulement des difficultés techniques véritablement nombreuses que pose la fixation du « bon » ou, en l'espèce, du « mauvais » prix, mais également du principe sous-jacent à la vision globale d'une pratique du droit et de l'économie de la concurrence qui postule que mieux vaut laisser les prix se fixer en fonction des interactions entre des acteurs indépendants qui s'engagent les uns vis-à-vis des autres sur le marché »⁶. Il semble donc qu'en dépit de cette réticence, les autorités de la concurrence cherchent à négocier des mesures correctives de fixation de prix avec les sociétés ayant contrevenu au droit de la concurrence.

² Taux de change rand/dollar : 1 ZAR = 0.07187 USD au 29 novembre 2016.

³ *Ibid.*

⁴ Voir note 2 *supra*.

⁵ Affaire n° 13/CR/Feb04. Le Tribunal a également observé dans cette affaire le point suivant : « La difficulté à jouer le rôle de régulateur de prix tient surtout au fait que si le prix est déterminé sans intervenir ni dans les conditions structurelles sous-jacentes ni dans les pratiques accessoires qui, en se cumulant, donnent lieu à un prix excessif, l'autorité de la concurrence devra conserver son rôle régulateur parce que le prix fixé par voie administrative ne peut pas être indéfiniment le « bon » prix ». Ce fonctionnement correspond, naturellement, à la description précise du mode opératoire d'un régulateur *ex ante*, mais il est antinomique avec le mode opératoire d'un régulateur *ex post*, qui répond à une pratique que l'on soupçonne être en infraction avec une obligation légale ».

⁶ Paragraphe 74.

- S'agissant de la mesure corrective concernant les investissements, l'articulation entre les pratiques d'entente faisant l'objet des poursuites engagées par la Commission et la mesure corrective en soi manque de clarté. En d'autres termes, cette condition apparaît sans lien avec les pratiques ayant fait l'objet du règlement.

10. Dans l'affaire opposant la Commission de la concurrence à *Sime Darby Hudson Knight Proprietary Limited* (« **Sime Darby** »)⁷, Sime Darby s'est engagée non seulement à acquitter une amende administrative d'un montant de 2 515 580 USD⁸, assortie d'un engagement à investir 9 702 750 USD⁹ pour faire construire une nouvelle unité de conditionnement et de stockage, mais également à utiliser les services d'un distributeur BEE (bénéficiant du programme d'émancipation économique des Noirs, *Black Economic Empowerment*) pour s'acquitter de certaines de ses obligations en matière de distribution.

11. L'affaire *Competition Commission/Media 24 Proprietary Limited* (« **Media 24** »)¹⁰, dans laquelle des soupçons de prix d'éviction ont été formulés à l'encontre de Media 24, constitue une autre affaire qui illustre l'étendue des mesures correctives envisagées par les autorités sud-africaines de la concurrence. En l'espèce et après qu'il a été établi que Media 24 se livrait à un abus de position dominante et excluait ses concurrents dans la fourniture de publications de presse locale dans une localité en particulier, le Tribunal lui a infligé une « mesure corrective de garantie de crédit », qui devrait permettre à tout nouvel entrant sur le marché de bénéficier de conditions de crédit favorables auprès des sociétés de distribution et d'imprimerie du groupe Media 24 pour bénéficier de leurs services.

12. À la lecture des faits ci-dessus, il est évident que non seulement le montant des amendes augmente notablement, mais également que les mesures correctives de nature comportementale qui sont imposées ne cessent, elles aussi, de s'alourdir.

13. Si les amendes et mesures correctives sont partie intégrante des objectifs de répression visés par l'autorité de la concurrence, il est un fait que la proportionnalité devrait être primordiale pour déterminer l'adéquation des mesures infligées. L'application du principe premier de « proportionnalité » permettra que les mesures correctives appliquées ne sapent pas, en soi, l'objet même de la loi sud-africaine sur la concurrence, à savoir favoriser une activité économique solide et une concurrence saine.

3. Montée en puissance des affaires en réparation de dommages effectifs et d'autres types d'interventions des pouvoirs publics

14. Si les demandes de réparations civiles, introduites une fois qu'ont été établies des infractions au droit de la concurrence, ont été lentes à venir, elles se multiplient depuis peu.

15. S'agissant de l'affaire concernant une entente illicite sur les prix du pain qui a fait l'objet de poursuites judiciaires, certaines organisations non gouvernementales, des syndicats et, individuellement, des utilisateurs finals, se sont retournés vers des juridictions civiles pour qu'une ordonnance leur permette d'intenter un recours collectif, au nom de toutes les personnes ayant acheté les produits du défendeur pendant la période considérée et en ayant subi un préjudice, dans le but d'obtenir réparation.

16. S'agissant des faits incriminés aux entreprises contractantes du secteur de la construction, un certain nombre d'assignations à comparaître ont été délivrées à la demande des parties supposées lésées. Il est donc évident que les parties lésées sont de plus en plus désireuses de demander des réparations civiles.

⁷ Tribunal de la concurrence, affaire n° CO247Mar16.

⁸ Voir note 2 *supra*.

⁹ Voir note 2 *supra*.

¹⁰ Tribunal de la concurrence, affaire n° 013938/CR154Oct11.

17. La première procédure d'indemnisation jamais intentée au civil à la suite de pratiques anticoncurrentielles a été le fait de Nationwide Airlines Proprietary Limited (« **Nationwide** »), à l'encontre de la compagnie nationale sud-africaine, South African Airways (« **SAA** »). Cette affaire a finalement été jugée en août 2016 et l'arrêt prononcé ordonne à SAA de verser à Nationwide la somme de 7 519 780 USD¹¹, plus des intérêts, à titre d'indemnisation des dommages effectifs subis du fait de l'abus de position dominante que SAA est reconnue avoir commis.

18. Avant qu'il ne soit statué dans l'affaire Nationwide, les chances de succès des demandes de réparations civiles résultant d'infractions au droit de la concurrence n'étaient pas totalement évidentes, du fait en particulier de la charge, lourde, qui incombe au plaignant de quantifier le préjudice subi du fait des pratiques interdites constatées. L'affaire Nationwide autorise à affirmer que le risque de condamnation à des réparations civiles (qui s'ajoutent aux sanctions administratives et autres mesures correctives) est bien réel. On prévoit que l'issue de cette affaire accélérera un peu plus encore les demandes de réparations civiles à la suite d'infractions au droit de la concurrence.

19. Ainsi qu'il est évoqué plus haut, la possibilité de demander des réparations civiles est séparée et distincte des interventions que peuvent décider les pouvoirs publics de leur côté. L'accord conclu avec le secteur de la construction est instructif à cet égard.

20. Six des quinze sociétés impliquées dans une affaire de collusion établie par la Commission ont conclu avec les autorités un accord volontaire au titre du programme de reconstruction, aux termes duquel les sociétés en question s'engagent à apporter une aide financière notable au développement du secteur de la construction.

21. En vertu de cet accord, les parties verseront collectivement la somme de 107 811 000 USD¹² à un fonds qui sera mis en place pour le développement social et économique en lien direct avec le secteur de la construction. Les montants qui abonderont le fonds permettront de soutenir de nombreuses initiatives parmi lesquelles l'octroi de bourses d'études à des personnes autrefois défavorisées (*Previously Disadvantaged People*, PDP) se formant aux métiers d'ingénieur ou d'artisan, le soutien à l'enseignement en mathématiques et en sciences dans l'enseignement secondaire, le financement d'équipements collectifs et le développement et la promotion d'entreprises de construction détenues et gérées par des personnes autrefois défavorisées.

22. Cette contribution au fonds s'ajoute aux amendes administratives déjà infligées par les autorités de la concurrence, d'un montant de 100 623 000 USD¹³. Les sociétés partie prenante adopteront en outre un programme officiel de développement en faveur des jeunes entrepreneurs (« entrepreneurs émergents »), qui comportera un volet de tutorat et leur fixera des objectifs précis de chiffre d'affaires à atteindre.

23. Il est manifeste que les sociétés contrevenantes qui s'engagent dans des relations économiques avec les pouvoirs publics s'exposent à des conséquences pécuniaires supplémentaires, au-delà des sanctions prévues par la législation sud-africaine sur la concurrence en cas d'infraction à cette législation.

4. Pénalisation des infractions à la législation sur les ententes et efficacité en résultant pour la politique de clémence à l'égard des sociétés

24. Le principe de la responsabilité pénale personnelle en matière d'entente a été introduit récemment dans le droit de la concurrence en Afrique du Sud. Quelque peu retardée dans son élaboration, cette disposition, qui constitue un jalon important, est définitivement entrée en vigueur au 1^{er} mai 2016.

¹¹ Voir note 2 *supra*.

¹² Voir note 2 *supra*.

¹³ Voir note 2 *supra*.

25. En vertu de cette disposition, toute personne occupant une fonction de dirigeant d'entreprise qui s'engage dans des pratiques d'entente, ou qui « consent sciemment » à ce que son entreprise s'engage dans de telles pratiques, s'expose à des sanctions pécuniaires, à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans, voire aux deux.

26. Non seulement les personnes morales concernées s'exposent à un certain nombre de conséquences du fait de leur infraction à la législation sur les ententes, mais la responsabilité personnelle des personnes physiques concernées se trouve elle aussi engagée.

27. Toutefois, la question de l'impact que la pénalisation de ces infractions est susceptible d'avoir sur les priorités des autorités de répression est plus pertinente dans le cadre de cette présentation. La raison en est que ces dispositions peuvent avoir pour effet de décourager les demandes de clémence et/ou de dissuader de coopérer des dirigeants qui pourraient faire eux-mêmes ultérieurement l'objet de procédures pénales pour avoir fourni des éléments de preuve à la Commission.

28. Il est un fait admis que la politique de clémence à l'égard des sociétés a joué un rôle non négligeable dans les statistiques des autorités de répression, et il ne faut donc pas s'étonner que la menace de sanctions pénales tempère la volonté des individus de coopérer avec les autorités de la concurrence. Cet effet dissuasif pourrait être atténué si la Commission pouvait garantir l'immunité pénale à toute personne détentrice de l'autorité, qui coopère avec la Commission dans le cadre de poursuites judiciaires engagées à l'encontre des auteurs d'infraction à la législation sur les ententes. Mais en l'absence de toute forme d'immunité individuelle, l'efficacité de la politique de clémence à l'égard des sociétés est sérieusement mise en péril.

5. Remarques de conclusion sur le risque d'une action trop dissuasive

29. Des sanctions administratives lourdes, en soi, peuvent revenir à de la « surdissuasion » si les amendes sont excessives et finissent par ne faire que paralyser les sociétés concernées.

30. Toutefois, les conséquences des infractions à la législation sur les ententes en Afrique du Sud ne se bornent pas aux sanctions administratives. Ainsi qu'il est évoqué plus haut, des amendes administratives, un vaste arsenal de mesures correctives de nature comportementale (dont certaines apparaissent sans lien avec les pratiques incriminées), le risque, réel, de demandes de réparations civiles, les sanctions pénales (sans qu'il y ait parallèlement immunité individuelle) et les accords passés entre un secteur et les pouvoirs publics pourraient, considérés dans leur globalité, nuire irrémédiablement à la compétitivité des entreprises et à toute autre dimension d'intérêt général, notamment à la viabilité des entreprises devant faire face à des sanctions par trop punitives.

31. Aussi faudrait-il que le caractère proportionné et raisonnable des sanctions réprimant les infractions au droit de la concurrence soit apprécié au regard de la multitude des conséquences qui résultent de telles infractions, une fois celles-ci établies.

32. Il convient également d'avoir à l'esprit que des sociétés qui relèvent d'un régime de droit de la concurrence relativement nouveau doivent avoir la possibilité de développer une culture du respect de ce droit, ce que ne leur reconnaît pas une approche par trop dissuasive de l'application du droit de la concurrence.

33. En conclusion, cette présentation cherche à mettre en lumière le fait qu'une approche par trop tapageuse de la répression peut finir par nuire à l'objet même de la loi sud-africaine sur la concurrence et que cette approche doit donc trouver un juste milieu entre la dissuasion d'une part, et une concurrence saine et une activité économique solide d'autre part, ces deux catégories d'objectifs étant, *in fine*, dans l'intérêt général.