

RAPPORT

Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles

Membres de la mission :

Jean Martin Folz, ancien Président du directoire de PSA

Christian Raysseguier, Premier Avocat Général à la Cour de cassation

**Alexander Schaub, avocat, ancien Directeur Général de la concurrence à la Commission
européenne**

Rapporteurs :

Étienne Chantrel, administrateur stagiaire de l'INSEE

Charles de Navacelle, avocat aux barreaux de Paris et New-York, JONES DAY

Table des matières

I)	INTRODUCTION	4
II)	AVANT-PROPOS	5
	A. Sanctions et réparation.....	5
	B. Contexte économique international	6
	C. Contexte européen	6
III)	LA SANCTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES EN THÉORIE	8
	A. Objectifs.....	8
	B. La sanction optimale selon la théorie économique	8
	Principe de base	8
	Quels sont les effets économiques d'une pratique anticoncurrentielle ?	9
	Quel est le niveau de dissuasion optimal ?	11
	C. Problèmes liés à l'application de ces principes.....	12
	L'estimation	12
	Lien entre les différents objectifs.....	13
IV)	L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT POSITIF EN MATIÈRE DE SANCTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	14
	A. Les sanctions administratives	14
	Les principes généraux de l'article 464-2 du Code de commerce	14
	La pratique de l'Autorité de la concurrence et le contrôle juridictionnel	15
	L'affaire dite « du négoce de l'acier »	17
	B. La réparation des dommages	18
	C. La responsabilité des personnes.....	19
	D. Les approches utilisées au niveau européen et dans certains pays voisins	19
	a) Au niveau européen	19
	b) Au Royaume Uni	22
	c) En Allemagne.....	23
	d) En Espagne.....	24
	e) Aux États-Unis.....	26

V)	LES PRINCIPALES CRITIQUES FORMULÉES À L'ENCONTRE DU SYSTÈME ACTUEL.....	27
	A. La procédure	27
	B. L'absence d'un mode de calcul précis	28
	C. Le plafond légal	28
	D. Le dommage à l'économie.....	29
	E. La responsabilité des personnes physiques.....	29
	F. Les actions en réparation	29
	G. Le manque de diversité des sanctions.....	30
	H. La responsabilité au niveau groupe.....	30
	I. L'importance de la dissuasion et de la prévisibilité.....	31
	J. Les difficultés d'application de la procédure de clémence.....	31
VI)	RECOMMANDATIONS	32
	A. Les recommandations	32
	Procédure	32
	Mode de calcul de la sanction.....	33
	Plafond légal et imputabilité de la pratique	35
	Possibilité de recourir au sursis.....	35
	Importance des sanctions individuelles	36
	B. L'instrument de référence approprié.....	36
	ANNEXES.....	38
	A. Lettre de mission.....	38
	B. Liste des personnes auditionnées	40
	C. Texte du Code de commerce en vigueur concernant les sanctions.....	41

I) INTRODUCTION

Les pratiques anticoncurrentielles recouvrent un large éventail de pratiques de gravités diverses (abus de position dominante, ententes verticales ou horizontales...). Les cartels proprement dits, forme la plus extrême d'entente horizontale, sont considérés comme la pratique la plus grave. Face à la globalisation des enjeux et à l'évolution des pratiques, le droit français de la concurrence a dû constamment s'adapter.

Le principal instrument utilisé en France pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles est l'amende, fondée sur quatre éléments : gravité de la pratique, importance du dommage causé à l'économie, situation individuelle de chaque entreprise et éventuelle réitération (voir l'article L-464-2 du Code de commerce). Ce dispositif laisse une grande latitude sur la méthode retenue pour le calcul de la sanction.

Dans ce cadre, et suite à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010, réformant une décision du Conseil de la concurrence¹ du 16 décembre 2008 pouvant illustrer un manque de prévisibilité et de sécurité juridique dans le mode de calcul des amendes, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a mis en place une mission de réflexion. La lettre de mission² invite les missionnés à conduire une réflexion sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielle afin que les différents acteurs de la régulation de la concurrence puissent parvenir à des analyses communes, qui pourront conduire à la fixation de règles, contraignantes ou non, admises par tous.

La mission a procédé à de nombreuses consultations³ afin d'éclairer sa réflexion, qui lui ont permis à la fois de faire le point des insuffisances du système actuel et de proposer des pistes d'améliorations.

¹ Le Conseil de la concurrence est devenu l'Autorité de la concurrence en 2009.

² Voir annexe A.

³ Voir liste des personnes auditionnées en annexe.

II) AVANT-PROPOS

L'appréciation des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles (PAC) s'inscrit dans un contexte économique et juridique qu'il convient d'évoquer. Les différentes méthodes choisies pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles font l'objet de nombreux débats au niveau national, européen et international.

A. Sanctions et réparation

On peut distinguer deux grands types de sanctions pouvant être utilisées distinctement ou conjointement : la sanction pénale et la sanction administrative, auxquelles s'ajoute la réparation civile. L'aspect dissuasif peut ensuite avoir un rôle plus ou moins important dans ces différentes sanctions.

La sanction pénale : elle existe dans un certain nombre de pays européens, notamment au Royaume Uni, et a pris une place importante aux États-Unis. La sanction pénale peut s'appliquer à la personne morale ainsi qu'aux personnes physiques ayant pris part à l'infraction. Le risque de sanction pénale est considéré comme particulièrement dissuasif. En France, il existe une sanction pénale pour les pratiques anticoncurrentielles prévue par l'article L 420-6 du Code de commerce mais son application reste très limitée.

La sanction administrative : c'est la sanction la plus utilisée en matière de pratiques anticoncurrentielles dans la plupart des États membres de l'Union européenne. Elle peut prendre plusieurs formes (engagements comportementaux, interdiction d'accès aux marchés publics, publicité...) mais implique le plus souvent l'imposition d'une amende pécuniaire notamment dans le cas des infractions les plus graves comme les ententes sur les prix. En France, comme au niveau européen, ces amendes pécuniaires ont un double rôle de sanction et de dissuasion. Elles réparent également le dommage subi par la collectivité (mais pas celui subi par les individus lésés). Le mode de calcul de cette amende fait l'objet d'un débat, comme nous le verrons plus loin.

La réparation civile : La réparation civile dépend largement des différents recours prévus par les législations nationales. Aux États-Unis, elle est très développée en raison d'un certain nombre de mécanismes la favorisant (possibilité d'action de groupe, existence de dommages triples (*treble damages*), rémunération au résultat pour les avocats, etc.). En France, l'action en réparation résulte du droit commun, se fonde sur la faute (article 1382 du Code civil) et reste limitée au préjudice prouvé par le demandeur.

La définition d'une politique de sanction appropriée et juste en matière de pratique anticoncurrentielles nécessite donc de prendre en compte ces différents types de sanctions et de réparation ainsi que leurs éventuelles interactions.

B. Contexte économique international

Les sanctions en matière de pratique anticoncurrentielles s'appliquent souvent à des entreprises agissant sur un plan mondial. Si chaque pays peut conserver ses propres règles, il apparaît difficile aujourd'hui de pratiquer des politiques de sanctions sans tenir compte de celles mises en œuvre dans les grands pays développés.

La préservation d'une concurrence effective est un objectif de politique économique et la sanction des pratiques anticoncurrentielles doit tenir compte de la conjoncture ainsi que de la situation économique des acteurs incriminés. Si cet objectif se retrouve dans la plupart des textes en vigueur⁴, son application fait l'objet de nombreux débats et ce plus particulièrement dans un contexte économique de crise mondiale qui s'est développé depuis 2007. L'augmentation considérable du montant des amendes tant au niveau européen que national a suscité de nombreuses critiques⁵ dans un climat de tension économique. La prise en compte du contexte économique dans l'application des sanctions en matière anticoncurrentielle est devenue un enjeu important qui nécessite d'être abordé avec un certain degré de précision.

C. Contexte européen

L'appréciation des sanctions en matière de pratique anticoncurrentielles s'inscrit dans le contexte européen. L'« effet direct » du droit de l'Union européenne au niveau national⁶ et l'application des articles 101 et 102 du Traité de Lisbonne par les juridictions et autorités nationales de concurrence⁷ imposent une certaine cohérence dans la politique de sanction des États membres. Dans ce contexte juridiquement contraignant, il serait difficile pour un État membre d'appliquer une politique de sanction en contradiction avec les principes européens⁸. Le règlement 1/2003 du Conseil européen encourage la collaboration entre la Commission européenne et les différentes autorités nationales de concurrence. Il prévoit une répartition juridictionnelle entre la Commission et les autorités nationales⁹, la Commission ayant une juridiction exclusive concernant les affaires qui affectent les échanges entre États membres. Ce critère, interprété de manière large par les juridictions européennes, permet en pratique à la Commission de se saisir si elle le souhaite de la plupart des affaires qui dépassent le champ national.

⁴ En France, l'article L 464-2 du Code de commerce prévoit explicitement l'individualisation des sanctions et la prise en compte de la situation de l'entreprise incriminée.

⁵ Voir notamment le rapport du Parlement européen sur la politique de concurrence de 2009 COM(2009)0374.

⁶ Arrêt du 24 mai 1975, Cour de cassation, chambre mixte (*Jacques Vabre*) et arrêt du 20 octobre 1989, Conseil d'État (*Nicolo*).

⁷ Les articles 3, 5 et 6 du règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité donnent aux autorités nationales de concurrence la compétence pour appliquer directement sur leurs territoires les articles 101 et 102 du traité de Lisbonne (ex articles 81 et 82).

⁸ Cela irait aussi à l'encontre de l'« effet utile » du droit communautaire, reconnu comme un principe général du droit européen par l'arrêt *Von Colson*, CJCE, Cas 14/83 (1984).

⁹ Article 11 du règlement 1/2003.

Cependant la Commission a tenu, depuis de nombreuses années, à renforcer la coopération entre les autorités de concurrence des États membres pour favoriser la cohérence des politiques. Ce processus, basé sur la confiance, serait mis en danger par des initiatives s'écartant trop des principes communs. Les autorités nationales de concurrence collaborent ainsi régulièrement au sein d'un forum, le *European Competition Network* (ECN) et adoptent des résolutions communes sur les différentes pratiques en matière de concurrence. L'ECN a notamment émis des recommandations sur les sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles (voir III A. ci-dessous). Au vu de ces différents éléments, et bien qu'il reste un certain degré d'autonomie aux États membres pour adopter des règles spécifiques en matière de sanction des PAC, celles-ci doivent être compatibles avec la pratique européenne.

Enfin, l'adoption du traité de Lisbonne qui entérine l'adhésion de l'Union européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) pourra aussi avoir des conséquences importantes, dans le domaine des droits de la défense, sur la pratique de la Commission européenne¹⁰ et par conséquent sur la pratique des autorités nationales de concurrence¹¹, notamment quant à l'application dispositions de l'article 6-1¹².

¹⁰ L'adhésion de L'Union européenne à la CEDH implique l'intégration de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg.

¹¹ Bien que la France ait déjà adhéré à la CEDH, des changements au niveau communautaire pourraient affecter la pratique de l'Autorité de la concurrence. En outre, et bien qu'il existe un recours de plein contentieux devant la Cour d'appel de Paris, la pratique de la nouvelle Autorité de la concurrence, qui a intégré des services d'instruction propres, n'a pas encore été soumise à des jugements de la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg sur les droits de la défense.

¹² L'article 6-1 de la CEDH stipule que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* ».

III) LA SANCTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES EN THÉORIE

A. Objectifs

Les objectifs de la sanction des pratiques anticoncurrentielles sont de plusieurs ordres. On distingue l'objectif de punition, l'objectif de dissuasion et celui de réparation. Parmi ces objectifs, la réparation n'est pas, pour la plus grande part, du ressort de l'autorité publique. C'est l'action civile qui est doit couvrir ce champ.

Ainsi, selon l'ECA, groupe de travail qui rassemble les autorités de concurrence de l'Union européenne (rassemblées dans l'ECN) et celles de l'Association Européenne de Libre Échange, les sanctions doivent « punir le contrevenant, décourager la réitération et dissuader tout autre contrevenant potentiel »¹³. De même, lors d'une table ronde de l'OCDE en 1997, M. Guy Canivet, ancien Premier Président de la Cour de cassation, précisait : « On sait que d'une manière générale, une sanction, quelle qu'elle soit, a une double fonction : la première est de punir le coupable à la mesure de la faute commise, c'est ce qu'on appelle le caractère rétributif de la peine, la seconde est de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre une telle infraction, c'est l'exemplarité de la peine. Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence, l'utilité de la peine se mesure à son caractère dissuasif, c'est-à-dire sa propriété à faire en sorte que les opérateurs économiques comprennent qu'ils n'ont plus intérêt à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles et qu'ils y renoncent. »

Toute la question est de savoir comment concilier ce double objectif de dissuasion et de punition, mais aussi comment se coordonne la réparation des dommages avec ces objectifs.

B. La sanction optimale selon la théorie économique

Après avoir longtemps étudié la formation, la stabilité et les effets des pratiques anticoncurrentielles (PAC), notamment des ententes, la littérature économique récente sur le sujet (en particulier sur les cartels) s'est principalement concentrée sur deux questions : déterminer ce que doit être un système optimal de fixation des amendes et évaluer la pratique actuelle et passée des diverses autorités de concurrence.

Principe de base

Pour ce qui est de la sanction optimale, l'analyse économique prend pour base la nécessité de dissuader un individu rationnel d'adopter le comportement délictueux. L'amende doit alors reposer sur le gain illicite et sur la probabilité de détection. Si le délinquant est neutre au risque, on le dissuadera simplement en adoptant une amende supérieure au rapport entre le gain et la probabilité d'être condamné. Il faut en outre moduler cette amende si on affine la prise en

¹³ Voir le premier point du rapport *Principes pour une convergence* du groupe de travail ECA sur les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence.

compte du processus de décision des délinquants potentiels¹⁴. Si la sanction n'est pas seulement composée d'une amende, le raisonnement, sans changer de nature, est plus complexe : il faut ramener l'éventuelle sanction pénale non pécuniaire à un équivalent monétaire, et diminuer le montant de l'amende prévue d'autant.

Quels sont les effets économiques d'une pratique anticoncurrentielle ?

La question de l'assiette retenue pour l'amende pose problème. On part normalement du gain illicite, mais la question de la prise en compte du dommage causé à l'économie, qui est plus complexe à définir, se pose.

Pour déterminer les conséquences d'une PAC, et donc le dommage qu'elle cause, il faut comparer la situation observée en présence de cette pratique et une situation hypothétique sans PAC. Pour fixer les idées sur les mécanismes à l'œuvre, sur un plan purement théorique, il suffit de comparer une situation concurrentielle parfaite avec la situation la moins concurrentielle possible, celle d'un monopole. Ce raisonnement permet de distinguer trois grands phénomènes liés au dommage à l'économie¹⁵ :

1. Une **perte d'efficacité de l'économie à moyen terme** (effet dynamique). En effet, la PAC conduit à ce que l'activité ne soit pas strictement répartie en fonction de l'efficacité des entreprises (en particulier, des entreprises moins productives vont être avantagées). Il y a là un problème d'allocation des ressources à long terme.
2. Une perte de bien-être immédiate pour l'ensemble de l'économie. C'est ce que les économistes appellent la « **perte sèche** ». L'idée est que la PAC conduira à des prix plus élevés qu'une situation purement concurrentielle. Donc la demande sera moindre, et il s'échangera moins de biens que dans une situation purement concurrentielle. Il est important de souligner que cette perte sèche n'est pas récupérée par les entreprises qui participent à la PAC. Elle est perdue pour tout le monde.
3. Enfin, un **transfert de revenus** au détriment des clients des entreprises adoptant une PAC.

Les deux derniers effets apparaissent immédiatement (on les qualifie d'effets « statiques »). Ils se comprennent mieux à l'aide d'un petit graphique simple.

¹⁴ Un cadre d'entreprise n'évalue en général pas correctement la probabilité d'être condamné. Il aura tendance à accorder plus de poids à des affaires récentes et bien connues de lui, par exemple celles arrivées dans un secteur proche (*availability bias*). Toutes choses égales par ailleurs, on identifie également en général un biais d'*overconfidence* qui le conduira à surestimer sa capacité à tromper la détection.

¹⁵ Notons qu'on peut aussi, en théorie du moins, tempérer cela par des « bénéfices » liés à une situation peu concurrentielle. Cependant, détailler ces éventuels gains et les comparer au dommage n'est pas notre propos ici.

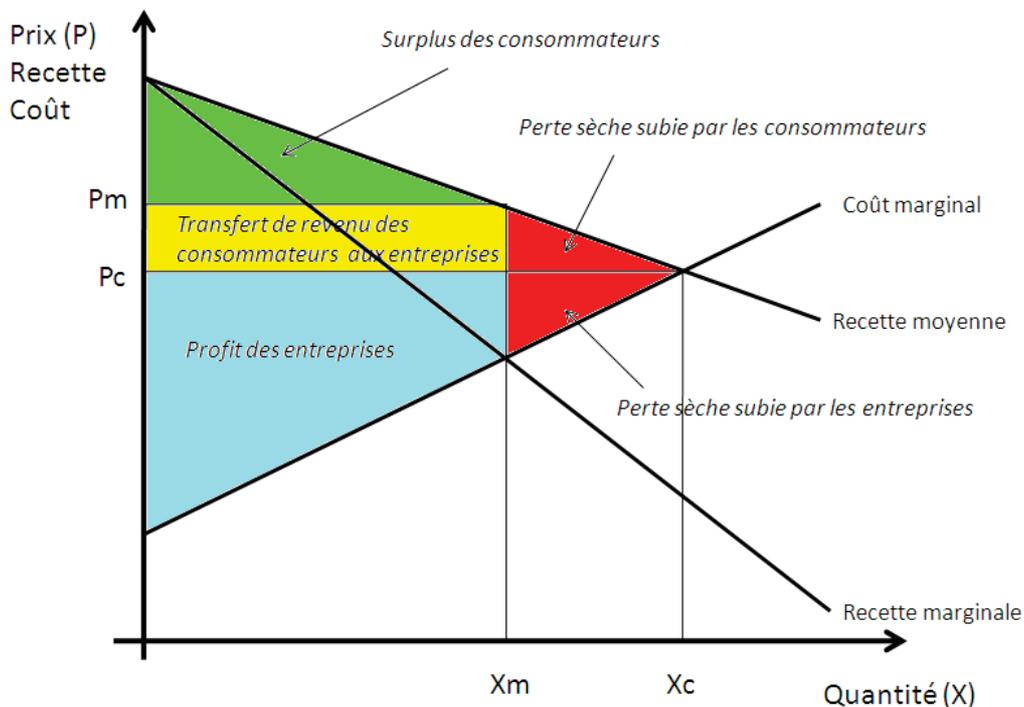
Illustration de la perte sèche statique et du transfert de revenus

On représente sur ce graphique un marché, avec en abscisse les quantités échangées et en ordonnée le prix auquel elles s'échangent. Une première courbe, normalement décroissante, représente la demande (qui est, dans ce cas élémentaire, confondue avec la recette moyenne d'une entreprise représentative). Une courbe croissante représente le coût marginal de production des entreprises.

Nous comparons les deux situations figées à un instant donné. Première situation : en concurrence pure et parfaite, le prix s'établit au point de rencontre de l'offre et de la demande, c'est-à-dire au point où la recette moyenne est égale au coût marginal (quantité X_c et prix P_c sur le graphique ci-dessous). En situation de monopole, l'équilibre se fait au point d'égalité entre la recette marginale (et non plus moyenne) et le coût marginal. Il nous importe simplement d'observer que le prix sera plus élevé ($P_m > P_c$) et la quantité échangée moindre ($X_m < X_c$).

Sur le graphique, l'aire comprise entre la droite horizontale représentant le prix et la droite représentant le coût est le profit de l'entreprise. En situation de concurrence pure et parfaite, le profit des entreprises est représenté par le triangle bleu plus la partie inférieure du triangle rouge. Le profit en situation de monopole correspond aux zones bleue et jaune.

L'aire comprise entre la courbe de demande, tout en haut du graphique, et la droite de prix représente le surplus des consommateurs. Ce « surplus » est une manière pour les économistes des raisonner en ramenant l'utilité des consommateurs à une grandeur monétaire commensurable au profit. En situation de concurrence pure et parfaite, le surplus des consommateurs correspond à la somme du triangle vert, du rectangle jaune et de la partie supérieure du triangle rouge. En situation de monopole, il ne reste que le triangle vert.



On peut maintenant visualiser très simplement les effets mentionnés plus haut. Le triangle rouge est la perte sèche mentionnée plus haut (effet 2). C'est ce que l'économie tout entière (entreprises et consommateurs) aurait gagné si on avait échangé la quantité X_c au lieu de X_m . Le rectangle jaune est le transfert de revenus entre les consommateurs et les producteurs.

En passant d'une situation de concurrence parfaite à un monopole, les consommateurs perdent un peu de surplus du fait de la perte sèche (une partie de la perte sèche les touche), mais ils perdent aussi du fait du transfert de revenus (rectangle jaune). Les entreprises ont aussi perdu une partie de la perte sèche (partie inférieure du triangle rouge) mais elles ont gagné le transfert de revenus. L'économie dans son ensemble, d'un point de vue statique, a perdu la quantité correspondant à la perte sèche (ensemble du triangle rouge). Le transfert de revenus n'est pas une perte de l'économie dans son ensemble : c'est un transfert entre deux catégories d'agents.

Au sens strict de l'analyse économique, le dommage à l'économie est la somme de la perte d'efficacité à moyen terme et de la perte sèche (tous deux difficiles à mesurer), ce qui est différent du transfert de revenus. Si l'on compare la PAC à un vol, on pourrait dire que cela correspond aux pertes pures engendrées par le vol pour la société (destructions occasionnées par exemple), qui sont perdues dans tous les cas.

Le transfert de revenus entre consommateurs et producteurs est un dommage pour les consommateurs mais un gain (mal acquis) pour les entreprises qui se livrent à la PAC. Pour reprendre notre métaphore du vol, c'est le produit du vol, transféré du propriétaire au voleur et susceptible d'être restitué en réparation.

Quel est le niveau de dissuasion optimal ?

Le choix d'un niveau optimal de sanction des PAC renvoie par ailleurs au débat sur le degré optimal de concurrence. En effet, on peut imaginer en théorie qu'une concurrence excessive pose problème. Il faut toutefois noter au préalable qu'une intense rivalité entre entreprises et la menace permanente que représentent les entrants innovants pour les entreprises en place constituent sans doute le moteur le plus efficace de la croissance. Pour autant, le débat n'est pas clos car la relation entre la concurrence et l'innovation est ambiguë. Selon l'argument classique de Schumpeter en 1934, les rentes de monopole sont une incitation indispensable à l'innovation. Une concurrence plus intense est alors supposée diminuer les rentes issues de l'innovation et par là-même l'incitation à innover. En déterminant leur politique de la concurrence, les pouvoirs publics doivent ainsi arbitrer entre les gains associés à un renforcement de la concurrence (qui peuvent être notamment exprimés en termes de gains d'utilité des consommateurs et d'une meilleure utilisation des ressources) et les effets dynamiques ambigus de la concurrence sur la croissance future.

Notons sur ce dernier point que certaines ententes, comme le cartel de l'acier, se font au détriment de clients qui sont eux-mêmes des entreprises, et donc de leur compétitivité.

C. Problèmes liés à l'application de ces principes

En pratique, plusieurs problèmes se posent, notamment les problèmes de mesure et d'estimation des différentes notions évoquées plus haut, et celui du lien entre les différents objectifs et instruments du système de régulation de la concurrence.

L'estimation

Même si l'on admet de baser la sanction sur le calcul économique théorique présenté plus haut, les différents éléments de cette sanction sont difficilement estimables.

- a) Il existe un débat sur la probabilité de détection. Une manière classique de l'estimer part des affaires de cartel effectivement jugées. On considère la durée moyenne d'un cartel avant qu'il ne soit détecté pour en déduire la probabilité qu'un cartel a de se faire détecter chaque année. En se fondant sur des données historiques des années 1980 et 1990, on aboutit alors à des probabilités estimées entre 13% et 17%. Cette méthode a deux défauts. D'une part, les estimations disponibles ne prennent pas en compte les évolutions récentes, et notamment la meilleure détection due à l'essor des procédures de clémence (certains analystes estiment que la probabilité serait aujourd'hui plus proche de 30%). D'autre part, elle surestime la probabilité de détection en ne prenant en compte que les affaires effectivement découvertes. Tous les cartels non détectés sont ainsi ignorés. Or, ce chiffre est fondamental, car, selon l'estimation choisie, on arrivera à un montant théorique de l'amende de 3 à 7 fois le gain illicite, voire plus.
- b) La mesure du gain illicite pour chaque année repose sur le surcroît de prix dû à la PAC, sur la diminution des ventes due à cette hausse de prix et sur la marge que les entreprises obtenaient avant la mise en place des PAC¹⁶. La méthode appliquée par la plupart des autorités de concurrence dans le monde consiste à estimer l'augmentation du prix qu'on peut attribuer à la pratique fautive et à l'appliquer au montant des ventes concernées¹⁷. Il faut donc estimer la hausse des prix due à un cartel (la Commission européenne retient une estimation de 20-25% correspondant au résultat médian des études empiriques sur des cas historiques), l'élasticité-prix de la demande et la marge des entreprises. Sur toutes ces estimations, des consensus assez larges existent, mais il reste des dissensions. Par ailleurs, les représentants des entreprises demandent qu'on estime le gain non pas par le produit des ventes concernées par la hausse supposée du prix, mais par une observation du profit effectivement réalisé par l'entreprise fautive (ce qui pose évidemment la question de l'interprétation des données comptables de profit).
- c) Si l'on prend en compte le dommage à l'économie, le problème est encore plus complexe. En général, seul le transfert de revenus des clients aux entreprises fautives est assez facilement mesurable selon les méthodes mentionnées ci-dessus mais ce faisant on n'a pas mesuré réellement le dommage à l'économie.

¹⁶ La diminution des quantités vendues sur lesquelles l'entreprise réalisait une marge positive vient tempérer le gain illicite.

¹⁷ En réalité, il faudrait également tenir compte de la sensibilité de la demande aux prix, c'est-à-dire la pente de la courbe de demande présentée ci-dessus, ce qu'on appelle l'élasticité-prix de la demande.

Le dommage à l'économie, au sens strict que nous avons défini, est très difficile à mesurer. La perte sèche est difficile à estimer de manière convaincante, sauf dans de rares cas (par exemple quand la demande est totalement insensible au prix, cas dans lequel la perte sèche est nulle). Quant aux effets dynamiques, l'évaluation en est quasiment impossible. C'est sans doute parce qu'elles sont conscientes de ces difficultés pratiques que l'Autorité de la concurrence, comme la Cour d'appel, en accord sur ce point, s'abstiennent de quantifier le « dommage à l'économie » mentionné dans l'article L 464-2 du Code de commerce (voir IV A). La Cour de cassation demande quant à elle que son étendue soit démontrée et qu'il ne soit pas uniquement présumé (voir IV A).

Lien entre les différents objectifs

D'un point de vue de réparation, l'entreprise fautive devrait en théorie rembourser le dommage à l'économie (la perte sèche et les dommages dynamiques) à la société dans son ensemble. Elle devrait rembourser le transfert illicite de revenus aux clients lésés.

Du point de vue de la dissuasion en revanche, c'est seulement le gain mal acquis qui importe, c'est-à-dire le transfert de revenus dont nous avons vu plus haut comment il peut être estimé. Rappelons que l'amende doit, dans ce cadre théorique, reposer sur le gain illicite et sur la probabilité de détection pour être dissuasive. La probabilité d'être condamné étant faible, l'amende optimale devrait alors être plusieurs fois supérieure au gain illicite. L'amende dissuasive théorique couvrirait largement aussi les réparations du dommage à l'économie. En revanche, si le transfert de revenus est déjà compensé par ailleurs, le montant de ce transfert devrait être retranché de l'amende.

IV) L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT POSITIF EN MATIÈRE DE SANCTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

A. Les sanctions administratives

Les principes généraux de l'article 464-2 du Code de commerce

L'article 464-2 du Code de commerce a été introduit en 1986 par l'ordonnance n° 86-1243. Il a ensuite été modifié en 2001 (loi « NRE »), puis en 2004, et la dernière version en vigueur date du 15 novembre 2008¹⁸. Les principales modifications ont portées sur (i) le plafond maximum des amendes pécuniaires (qui est passé de 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France dans sa première version à 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxe dans sa dernière version), (ii) l'introduction des procédures de clémence et d'engagements devant l'Autorité de la concurrence et (iii) les pouvoirs d'astreinte et d'investigation de l'Autorité de la concurrence.

L'article pose quatre grands principes pour déterminer les sanctions pécuniaires : (i) la gravité de la pratique, (ii) l'importance du dommage causé à l'économie, (iii) la réitération des pratiques et (iv) l'individualisation de la sanction (voir annexe).

Ces principes sont similaires aux critères utilisés par la plupart des autorités de concurrence au sein de l'Union européenne, à une exception près qui est l'importance du dommage causé à l'économie. Ce principe, discuté plus en détail ci-après, a fait l'objet de nombreux débats.

La doctrine précise que la gravité correspond au type de pratique (restriction verticale, abus de position dominante, échange d'information, cartel sur les prix ou les volumes, etc.) ainsi que leur durée, les restrictions verticales étant généralement placées en bas de la fourchette de gravité et les cartels sur les prix en haut.

L'importance du dommage à l'économie est un critère plus général, qui peut être difficile à distinguer de la gravité (une fixation de prix, par exemple, ayant généralement un effet plus négatif sur l'économie qu'une restriction verticale). Il peut aussi être perçu comme une mesure de l'efficacité de la pratique illégale : plus celle-ci a été efficace plus l'économie a été endommagée. D'un point de vue juridique, il semble recouvrir deux aspects principaux : (i) la perte d'efficacité de l'économie (dommage à l'économie en général ou atteinte à l'intérêt général) et (ii) les dommages aux victimes de la pratique. Par le passé, la Cour de cassation a accepté que le dommage à l'économie soit simplement caractérisé en fonction d'un certain nombre de facteurs tels que la taille du marché concerné, le type de pratique en cause, les effets conjoncturels de la pratique, sa durée et les caractéristiques du secteur concerné. Elle n'exigeait aucune quantification ou estimation du dommage et acceptait que sa gravité soit presque automatiquement présumée dans le cadre d'ententes illégales¹⁹. Dans son arrêt plus récent du 7 avril 2010 relatif aux sanctions prononcées contre la société Orange²⁰, la Cour de cassation,

¹⁸ Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 (articles 2 et 4).

¹⁹ Arrêt du 13 Octobre 2009, Cour de cassation, chambre commerciale, bulletin n°910.

²⁰ Arrêt du 7 Avril 2010, Cour de cassation, chambre commerciale, bulletin n°430.

revenant sur sa jurisprudence antérieure, a affirmé que le dommage à l'économie ne pouvait être présumé à partir de la simple existence des facteurs mentionnés plus haut. La Cour a également précisé que l'étendue du dommage à l'économie devait être démontrée en tenant compte de l'élasticité des prix. Si cette jurisprudence récente n'impose pas nécessairement une obligation pour l'Autorité de la concurrence de quantifier avec précision le dommage à l'économie, elle l'oblige néanmoins désormais à estimer celui-ci en prenant en compte des variables économiques – l'Autorité ne peut plus présumer simplement l'existence du dommage en fonction de la gravité de la pratique incriminée. En l'état actuel du droit, le dommage à l'économie doit donc être mesuré en tenant compte de la sensibilité de la demande au prix mais pas nécessairement quantifié avec précision.

La durée et la répétition des pratiques sont des critères largement utilisés en matière de sanction des PAC. Leur prise en compte n'est cependant pas définie avec plus de précision et une large discrétion est laissée à l'Autorité de la concurrence sur ces points précis.

L'individualisation de la sanction est un principe fondamental dont la mise en œuvre pourrait être précisée notamment quant à la responsabilité des sociétés mères et de leurs filiales²¹.

La pratique de l'Autorité de la concurrence et le contrôle juridictionnel

Dans la pratique, l'Autorité de la concurrence consacre toujours une partie de sa décision à l'évaluation de la sanction des pratiques incriminées. Cette section reprend chacun des principes posés par l'article L 464-2 et les applique au cas d'espèce. L'évaluation de la gravité fait généralement l'objet d'une analyse plus approfondie. La pratique décisionnelle de l'Autorité a établi une hiérarchie en fonction de la nature des pratiques anticoncurrentielles qui est assez similaire à la pratique de la Commission européenne. Elle place les ententes horizontales sur les prix, et plus particulièrement dans le cadre d'appels d'offre pour des marchés publics²², parmi les pratiques les plus graves. Les répartitions de marché et les boycotts suivent ensuite²³. La gravité des abus de position dominante varie en fonction des circonstances; ils seront généralement considérés comme plus graves dans le cas de dominance historique du contrevenant²⁴. Enfin, les restrictions verticales sont généralement considérées comme les pratiques les moins graves.

²¹ La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence a établi que les pratiques mises en œuvre par une filiale (même détenue à 100% par une société mère) sont imputables à celle-ci pour autant que la filiale soit suffisamment autonome et qu'elle puisse donc définir sa propre stratégie commerciale (voir décision 08-D-25, paragraphe 28). Cela étant dit, l'Autorité de la concurrence applique régulièrement les articles 101 et 102 du Traité de Lisbonne conjointement avec le droit national, et, lorsqu'elle applique le droit européen, elle doit suivre la jurisprudence communautaire qui impose une présomption réversible de responsabilité sur les sociétés mères lorsque celles-ci détiennent la filiale incriminée à 100%.

²² Pour des cas récents, voir décisions 09-D-05 et 09-D-25.

²³ Pour des cas récents, voir décisions 09-D-17 et 09-D-07.

²⁴ Les entreprises ayant une position prédominante historique doivent être d'autant plus attentives à ne pas fausser la concurrence, voir décisions 09-D-10 ou 09-D-24.

Juridiction de recours, la Cour d'appel de Paris peut revoir sur le fond la teneur des sanctions infligées en fonction des principes généraux définis à l'article L 464-2 du Code de commerce, elle joue donc elle aussi un rôle déterminant dans l'appréciation de la gravité des pratiques anticoncurrentielles. Elle n'est liée par aucun mode de calcul précis qu'aurait suivi l'Autorité de la concurrence et peut réévaluer les sanctions sur la base des critères généraux de la loi.

Parmi les récents arrêts de la Cour d'appel de Paris réformant le montant d'amendes prononcées par l'Autorité de la concurrence, peuvent être cités les arrêts suivants :

- L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 septembre 2009 *Ets Mathé SA* concernant le cartel du contreplaqué où le montant des amendes a été revu à la baisse par la Cour en raison de la situation financière de certaines entreprises concernées (entreprise en redressement judiciaire, tempête ayant eu des répercussions sur l'activité, etc.). En se basant sur l'individualisation de la sanction, la Cour a réduit l'amende de 260 800 à 200 000 euros pour la société Mathé et de 4 240 000 à 2 400 000 euros pour la société Plysol.
- L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2008 dans l'affaire dite « du ciment corse » où la Cour a significativement réduit les amendes de 17 à 8 millions d'euros pour la société Lafarge et de 8 et 4,5 millions d'euros pour la société Vicat. La Cour a justifié la réduction des sanctions en se basant sur le fait que le dommage à l'économie n'avait pu être « que limité ». La Cour a ajouté qu'en raison de la dimension du marché, la durée des pratiques, le rôle et le chiffre d'affaires des requérantes, les sanctions devaient être réduites pour être mieux proportionnées. La Cour de cassation a par ailleurs cassé l'arrêt de la Cour d'appel mais uniquement sur le volet abus de position dominante.
- L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 octobre 2007 EFT et STPV, où, dans une affaire d'appel d'offre, la Cour d'appel de Paris a réduit le montant des amendes de 1 million à 750 000 euros pour EFT et de 250 000 à 100 000 euros pour STPV. La Cour a invoqué la taille modeste du marché concerné pour STPV et la situation individuelle de l'entreprise concernée pour EFT afin de justifier la réduction des sanctions.
- L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 juin 2007 dans l'affaire dite « des parfums » dans laquelle la Cour a réduit les amendes prononcées par le Conseil de la concurrence au motif que ce dernier n'avait pas suffisamment apprécié la gravité des faits commis par chaque entreprise. Le Conseil de la concurrence avait infligé une sanction quasi similaire à toutes les entreprises mises en cause, équivalente à 1,7% de leurs chiffres d'affaires annuels. La Cour a repris l'individualisation de la sanction en réévaluant la gravité des faits. La réduction des amendes a été en moyenne de 30 à 40% (et jusqu'à plus de 70% pour la société Givenchy). La Cour d'appel a par ailleurs finalement annulé dans son arrêt sur renvoi en date du 10 novembre 2009 la décision du Conseil de la concurrence en raison de la durée de la procédure. Ce dernier arrêt est frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation.
- Un arrêt plus ancien concernant des sanctions bien moins élevées a prononcé une réduction très significative. Dans cette affaire, l'amende a été divisée par 10, de 500 000 francs à 50 000 francs (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 septembre 2000, Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord). Pour justifier cette réduction, la Cour s'est basée sur la proportionnalité de la sanction prononcée et notamment la durée des pratiques et le caractère limité du dommage à l'économie.

L'affaire dite « du négoce de l'acier »

L'arrêt rendu le 19 janvier 2010 dans l'affaire du « négoce de l'acier »²⁵ a mis en évidence une divergence d'approche majeure entre l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris dans le mode de calcul des sanctions. La Cour d'appel a ainsi réduit les amendes prononcées par l'Autorité de 575 millions à 75 millions d'euros.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence, après avoir rappelé le rôle et l'application du plafond légal, a repris comme à son habitude les principes de l'article L 464-2 un par un pour évaluer la sanction. Dans cet exercice, l'Autorité se focalise généralement sur les faits et les arguments des parties pour établir l'importance de la violation. Conformément à sa pratique, l'Autorité, dans sa décision, ne mentionne aucun calcul précis bien qu'elle prenne en compte l'ordre de grandeur des marchés concernés et la puissance économique des entreprises en cause pour l'évaluation du montant de la sanction. La gravité semble être le critère le plus déterminant pour justifier le montant des sanctions, et la durée et la sophistication de la pratique font partie des facteurs les plus importants pour l'évaluer. Dans l'affaire du « négoce de l'acier », l'Autorité s'est concentrée sur 5 facteurs pour retenir la « *gravité exceptionnelle* » des pratiques en question : (i) l'emprise des pratiques sur le marché, (ii) la persistance des pratiques, (iii) l'étendue géographique des pratiques, (iv) le champ matériel de l'entente et (v) la sophistication des pratiques.

À partir de ces éléments et en tenant compte de la situation financière des entreprises, l'Autorité a établi le montant des amendes en fonction de la participation et du chiffre d'affaires des entreprises concernées. S'il existe un lien apparent entre les montants des sanctions et l'évaluation des critères généraux de l'article 464-2, l'Autorité ne se repose pas sur une méthode précise et édicte simplement les montants des amendes infligés²⁶. Dans cet exercice, l'Autorité prend soin de s'assurer qu'aucun des montants ne dépasse le plafond légal des 10% du chiffre d'affaires mondial visé par l'article L 464 -2.

La Cour d'appel de Paris a adopté une approche très différente de l'Autorité pour ce qui est de l'appréciation des sanctions. La Cour d'appel a confirmé l'analyse de l'Autorité sur le fond (notamment sur le caractère illégal des pratiques incriminées) mais son raisonnement sur l'appréciation des sanctions a différé sur un certain nombre de points.

En premier lieu, si la Cour d'appel ne reproche pas à l'Autorité d'avoir pris en compte les éléments aggravants (sophistication, étendue géographique, etc.) de la pratique en général, elle lui reproche de ne pas avoir tenu compte de l'absence de ces éléments aggravants au niveau de l'individualisation pour chacune des sociétés concernées. La Cour d'appel a aussi reproché à l'Autorité de la concurrence d'avoir sous estimé l'existence d'un « franc-tireur » dans son appréciation de la gravité et du dommage à l'économie – qui démontrait le fait que le cartel n'avait probablement pas eu l'efficacité escomptée.

²⁵ Décision 08-D-32.

²⁶ *Ibid.*, paragraphes 517-528.

Mais les deux critiques les plus significatives reposent sur (i) la non prise en compte de la crise économique du secteur²⁷ et (ii) le mode de calcul de la sanction. Sur le premier point, la Cour d'appel a considéré que l'Autorité n'avait pas assez pris en compte l'état de crise économique sans réellement préciser la réduction de l'amende que cela aurait dû engendrer. Sur le deuxième point, la Cour d'appel a considéré qu'il fallait accorder un rôle prédominant au plafond légal prévu à l'article L 464-2. C'est ce deuxième point qui a soulevé le plus de commentaires. S'appuyant sur la doctrine pénale, la Cour d'appel a considéré qu'il fallait partir de la peine maximum pour établir le montant de l'amende pécuniaire. Le plafond de l'article L 464-2 devient alors le point de départ du raisonnement sur le montant de l'amende. Cette approche diffère nettement de celle de l'Autorité qui consiste à établir le montant de l'amende pécuniaire au travers de la seule analyse des critères d'appréciation de l'article L 464-2 et, dans un deuxième temps seulement, vérifier que le plafond légal de l'article L 464-2 n'est pas dépassé.

L'affaire du « négoce de l'acier » illustre un manque de cohérence dans l'appréciation des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles entre l'Autorité et la Cour d'appel et place les entreprises dans une insécurité juridique certaine. Cette divergence d'approche souligne l'opportunité de définir une méthode plus précise d'appréciation des sanctions.

B. La réparation des dommages

En droit national, plusieurs procédures de réparation sont possibles pour les dommages subis par des individus (les dommages causés à la collectivité n'étant pas du ressort de l'action civile).

Il est d'abord possible d'intenter une action civile classique. Cette possibilité est surtout intéressante pour les affaires où les victimes sont en petit nombre avec des préjudices importants (en particulier quand les victimes sont des entreprises).

Pour les consommateurs, qui subissent souvent un préjudice personnel trop faible pour qu'une action civile soit envisageable, des procédures d'actions dans l'intérêt collectif des consommateurs se sont développées depuis les années 1970. Elles reposent sur les dix-huit associations nationales agréées de consommateurs, qui disposent de plusieurs types de procédures :

- Les articles L.421-1 à L.421-5 du Code de la consommation permettent aux associations de consommateurs agréées d'agir en justice en exerçant les droits reconnus à la partie civile pour défendre l'intérêt *collectif* des consommateurs. Les dommages pris en compte dans ce cadre ne sont donc pas les dommages subis individuellement par les consommateurs mais ceux subis par l'ensemble des consommateurs (c'est l'association qui perçoit les dommages).
- L'article L.421-7 permet aux associations d'intervenir devant les juridictions civiles pour y demander la cessation des agissements illicites d'un professionnel ou la suppression des clauses illicites des contrats que ce dernier propose habituellement au public.
- Depuis 1992, une procédure leur permet d'agir en réparation au nom des consommateurs eux-mêmes : l'action en représentation conjointe (articles L. 422-1 à L. 422-3). Il faut

²⁷ La Cour a considéré que le Conseil avait abordé « de manière trop brève » le contexte de crise économique, arrêt du 19 janvier 2010, Cour d'appel de Paris, pages 29-30.

que les consommateurs, ayant subi des préjudices individuels du fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, aient donné mandat à l'association pour agir en leur nom pour obtenir réparation. En pratique, cette action n'a presque jamais pu être menée avec succès. Cette impossibilité provoque régulièrement des appels à la création d'une action de groupe en France (demandée par le rapport Coulon et un avis du Conseil de la concurrence, et proposée par plusieurs propositions de loi).

Il est cependant difficile de mesurer l'importance véritable des procédures de réparation. En effet, les procédures de transaction se développent, limitant d'autant le recours au contentieux. En outre, les entreprises, quand elles sont les victimes de pratiques anticoncurrentielles, peuvent obtenir une réparation cachée par le biais des négociations commerciales ultérieures. Il y a donc plus de transactions civiles que ce qu'on observe devant les tribunaux.

C. La responsabilité des personnes

Pour ce qui est de la responsabilité pénale des personnes impliquées, elle est prévue par l'article L 420-6 du Code de commerce. Cet article pose des conditions très strictes d'application exigeant que la personne incriminée ait pris frauduleusement une part « personnelle et déterminante » dans la conception ou la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. La preuve de ces éléments étant difficile à apporter, l'application de cet article est restée limitée à des cas avérés de fraudes impliquant souvent d'autres violations (abus de biens sociaux etc.). L'articulation des procédures pénales avec les procédures devant l'Autorité de la concurrence est une des raisons de leur très rare engagement, comme l'a notamment souligné le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires (« rapport Coulon ») de janvier 2008. L'Autorité transmet peu de dossiers aux juridictions pénales afin notamment de préserver la procédure de clémence mise en place.

D. Les approches utilisées au niveau européen et dans certains pays voisins

Un état des lieux de la législation et de la jurisprudence récente en matière de calcul d'amendes en droit de la concurrence montre qu'il existe des similitudes certaines dans le mode d'appréciation des sanctions aussi bien au niveau européen qu'à celui des États membres ou aux États-Unis. En effet, dans la plupart des pays européens, les autorités de concurrence suivent une méthode, en général précisée dans des lignes directrices, selon laquelle l'amende est fondée sur un certain pourcentage du montant des ventes concernées, qui renvoie implicitement à la notion de gain illicite. Les différences comprennent la prise en compte de la durée de l'infraction (la Commission multiplie le montant de base par le nombre d'années tandis que l'Allemagne ou le Royaume Uni se contentent de modifier le pourcentage pris en compte pour calculer le montant de base).

a) Au niveau européen

Rappel de la législation

La Commission européenne a adopté en 2006 des lignes directrices, modifiant une première version de 1998, qui prévoient un mode de calcul spécifique pour les amendes en matière de concurrence. Celles-ci sont basées sur une méthode en deux temps : (i) le calcul d'un montant de

base plus l'ajout d'une somme forfaitaire (*entry fee*) et (ii) les ajustements au montant de base en fonction des circonstances.

- Montant de base :
 - on part d'une proportion de la « valeur de ventes » des produits concernés (maximum 30%), multipliée par le nombre d'années de participation (paragraphe 12-24)
 - on ajoute l'*entry fee* (paragraphe 25)
- Ajustements par la prise en compte de :
 - causes d'aggravation (paragraphe 28)
 - causes d'atténuation (paragraphe 29)
 - facteurs de dissuasion (paragraphe 30-31)
 - plafond de 10% du chiffre d'affaires global consolidé (paragraphe 32-33)
 - coopération (paragraphe 34)
 - capacité contributive et situation financière de l'entreprise concernée (paragraphe 35)

Les principales différences avec les lignes directrices de 1998 sont les suivantes :

- Montant de base:
 - plus d'importance a été accordée à la valeur de ventes des produits concernés dans le calcul
 - plus d'importance a été accordée à la durée des pratiques (c'est une différence majeure : les lignes directrices de 1998 prévoyaient seulement une augmentation de 10%)
 - un *entry fee* a été ajouté
- Ajustements : ils sont codifiés avec plus de précision dans les lignes directrices de 2006

Jurisprudence

La Cour européenne de Justice ou le Tribunal de Première Instance ont, à de nombreuses reprises, modifié les amendes infligées par la Commission à des entreprises pour leur comportement anticoncurrentiel sur le marché. Les amendes ont cependant rarement été réduites dans des proportions semblables à celles de l'arrêt «négoce de l'acier» (à l'exception de l'affaire *BASF UCB*). Cela peut s'expliquer par deux raisons principales :

1. Le degré de contrôle des juridictions européennes est traditionnellement limité à la correction des « erreurs manifestes » d'appréciation que la Commission aurait pu commettre dans sa décision, même si en pratique les juridictions s'accordent une large marge de manœuvre et ont, en théorie (règlement 1/2003), un pouvoir de pleine juridiction en ce qui concerne spécifiquement le calcul des amendes.

2. Au niveau européen il existe des instruments normatifs, en particulier les lignes directrices de 1998 et plus récemment de 2006, qui encadrent avec un certain degré de précision la méthode de calcul des amendes en matière de violation du droit de la concurrence.

Dans la plupart des cas, quand les juridictions européennes ont réduit les amendes prononcées par la Commission, cette réduction était liée à l'appréciation des facteurs atténuants ou aggravants, notamment l'importance de la coopération (non contestation des faits)²⁸ ou du rôle d'une entreprise concernée et du respect de ses droits de la défense²⁹, ou à des erreurs procédurales. Le Tribunal de Première Instance a même augmenté l'amende infligée par la Commission dans l'affaire *BASF* en retirant les bénéfices de la coopération³⁰. Dans la majorité des affaires, le montant de base n'a pas été remis en cause et la modification de l'amende ne dépassait pas 10% du montant initialement imposé par la Commission. Les juridictions ne remettent donc pas en cause le mode de calcul utilisé par la Commission.

Parmi les décisions récentes ayant modifié le montant des amendes infligées, on peut ainsi citer :

- L'affaire *Archer Daniels Midland Co* (ci-après « ADM »)³¹. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté les éléments de preuve qui ont conduit la Commission à qualifier le défendeur ADM de meneur de l'entente puisque ces éléments n'étaient pas repris dans le texte même de la communication des griefs. Dès lors, ADM n'a pas été en mesure de faire valoir ses droits de la défense. Par conséquent, le Tribunal ne pouvait pas écarter le bénéfice de l'application de la communication sur la coopération aux motifs qu'ADM avait eu un rôle de meneur d'entente. La Cour a donc réduit le montant de l'amende à 29,4 millions d'euros au lieu de 36,69 millions d'euros.
- L'affaire *Hoechst GmbH*³², le Tribunal a considéré qu'il fallait accorder une réduction de 10% et donc réduire l'amende qui avait été infligée à Hoechst à 66,63 millions d'euros au lieu de 74.03 millions d'euros. En l'espèce, Hoechst avait expressément déclaré ne pas contester les faits établis par la Commission. Celle-ci considérait que, au titre de la communication sur la coopération, cette déclaration ne pouvait donner lieu à une réduction de l'amende. Or, le Tribunal a estimé que, même si l'entreprise n'a pas apporté d'éléments de preuve afin de clarifier sa participation à l'entente, l'absence de contestation des faits avait facilité la tâche de la Commission et par conséquent donne droit à une réduction de 10% telle que prévue dans la communication sur la coopération.
- Les affaires jointes *BASF UCB*, T-101/05 et T-111/05³³, où le Tribunal a également recalculé les amendes infligées par la Commission à BASF et UCB. Contrairement à la Commission, le Tribunal a estimé qu'il y avait lieu de considérer les arrangements

²⁸ Affaire *Archer Daniels Midland Co*, C-511/06P, 9 juillet 2009.

²⁹ Affaire *Hoechst GmbH* T-161/05, 30 septembre 2009.

³⁰ Affaires T-101/05 et T-111/05, 12 décembre 2007.

³¹ Affaire C-511/06P, 9 juillet 2009.

³² Affaire T-161/05, 30 septembre 2009.

³³ Affaires T-101/05 et T-111/05, 12 décembre 2007.

mondiaux et européens comme deux infractions distinctes. En conséquence, le Tribunal a retiré le bénéfice de la réduction de 10% accordée au titre de coopération à BASF, étant donné que les informations fournies concernaient uniquement les arrangements mondiaux (infraction qui était jugée prescrite), alors que les informations fournies sur les arrangements européens n'étaient que d'une valeur minime. Le Tribunal a modifié le montant de l'amende de BASF en le fixant à 35,024 millions d'euros au lieu des 34,97 millions d'euros (soit 54 000 euros de plus). S'agissant d'UCB, le Tribunal a considéré que sa coopération a rendu possible pour la Commission d'infliger des sanctions importantes et que dès lors une réduction de 90% du montant de l'amende infligée par la Commission devait lui être accordée. Le montant de l'amende d'UCB est ainsi ramené à 1,870 million d'euros au lieu de 10,38 millions d'euros.

- Dans l'affaire *Daiichi*³⁴, le défendeur avait introduit un recours contre la décision Vitamines de la Commission européenne du 21 novembre 2001 contre l'amende qui lui avait été infligée. Le Tribunal a, sur base d'une part de la pleine coopération de Daiichi avant l'envoi de la communication des griefs et d'autre part, sur base de l'absence de la contestation matérielle des faits par Daiichi, accordé une réduction supplémentaire de 15% (devant s'ajouter à la réduction de 35% qui avait déjà été octroyée par la Commission dans sa décision). Par conséquent, le montant de l'amende a été réduit à 18 millions d'euros au lieu de 23.4 millions d'euros par le Tribunal.
- Dans l'affaire *Danone*³⁵, bien que le Tribunal ait confirmé la décision de la Commission, il a toutefois jugé que cette dernière avait retenu à tort une circonstance aggravante à l'encontre de Danone (la Commission n'aurait pas établi de façon suffisante le lien de causalité entre des menaces proférées à une autre entreprise participante, Interbrew, et l'extension de l'entente en question). Le Tribunal a réduit en conséquence l'amende infligée de 44,043 à 42,4125 millions d'euros.

b) *Au Royaume Uni*

Rappel de la législation

La loi sur la concurrence de 1998 prévoit que l'*Office of Fair Trading* (OFT) peut infliger une sanction financière à une entreprise lorsqu'elle a, de façon intentionnelle ou par négligence, commis une infraction aux articles 101, 102 du Traité CE ou du Chapitre I ou II de la loi sur la concurrence. Le montant d'une telle amende peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent pour chacune des entreprises ayant participé à l'infraction.

En outre, au Royaume Uni, il existe des sanctions pénales sur les personnes ayant un caractère très dissuasif. Ces mesures ont été introduites en 2003³⁶. En décembre 2007, l'OFT a requis pour la première fois des sanctions pénales contre trois individus dans le cartel des *marine hose*. Dans

³⁴ Affaire T-26/02, 15 mars 2006.

³⁵ Affaire T-38/02, 25 octobre 2005.

³⁶ Voir les dispositions de l'*Enterprise Act 2002* section 188 qui peut permettre une condamnation de jusqu'à 5 ans de prison en cas de pratique anticoncurrentielle.

ce cadre l'OFT a clairement affiché son intention de recourir à des peines pénales dans le cas de pratiques anticoncurrentielles.

L'OFT s'appuie sur des lignes directrices (OFT 423) pour calculer les sanctions financières appropriées au comportement anticoncurrentiel.

Ces lignes directrices sont basées sur la méthode suivante qui se décline en 5 étapes :

1. Calcul d'un point de départ prenant en compte la gravité de l'infraction et le chiffre d'affaires des entreprises concernées dans le ou les produits affectés par la pratique anticoncurrentielle.
2. Ajustement pour la durée de la pratique.
3. Ajustement pour d'autres facteurs (dissuasion, politique poursuivie, situation de l'entreprise...).
4. Ajustement pour des circonstances aggravantes ou atténuantes (coopération, réitération...).
5. Ajustement si le seuil limite des 10% du chiffre d'affaires total des entreprises concernées est franchi ou pour éviter une double peine.

Les appels contre les décisions de l'OFT se font devant le Tribunal d'appel de la concurrence (le *Competition Appeal Tribunal*, CAT). Le CAT se prononce sur le fond de l'affaire en se référant aux motifs d'appel repris dans la Notice (Schedule 8, §3A1 et 1 de la loi sur la concurrence). Le CAT peut confirmer, modifier ou annuler le montant de l'amende.

Un appel de la décision du CAT est possible devant une Cour d'appel spécialisée. Conformément à l'article 49(1)a de la loi sur la concurrence, un appel relatif au montant de l'amende imposé par le CAT n'est pas limité aux points de droit.

Jurisprudence

En ce qui concerne l'application des lignes directrices, on peut noter les affaires *Argos* et *Littlewoods*. La Cour a statué tant sur les questions liées à l'obligation pour le CAT d'appliquer ou non les lignes directrices de l'OFT, que sur les problèmes de discrimination entre d'une part les entreprises qui ont été sanctionnées par l'OFT avec une amende et d'autre part celles qui ont pu bénéficier de la clémence. La Cour d'appel a confirmé que le CAT pouvait faire son propre calcul de l'amende en fonction des faits et points relevés devant lui au moment de sa décision. Même s'il procède donc à sa propre analyse de l'amende sur base de l'affaire considérée en son entièreté, le CAT doit cependant tenir compte des lignes directrices et de l'approche de l'OFT adoptée dans la décision contestée. Il dispose donc d'une grande liberté d'appréciation sans pour autant pouvoir aller à l'encontre des principaux paramètres des lignes directrices de l'OFT.

c) *En Allemagne*

Rappel de la législation

La section 81(4) de la loi contre les restrictions de concurrence prévoit que les principaux critères pour le calcul de l'amende sont (i) la gravité de la pratique et (ii) sa durée. Le

Bundeskartellamt (BKartA) a publié des lignes directrices (notice 38/2006) qui décrivent en détail comment le montant de base de l'amende doit être calculé et quels facteurs sont pris en compte pour ajuster ce montant de base. Ces lignes directrices sont inspirées de la pratique de la Commission européenne et des juridictions européennes.

Les lignes directrices du BKartA sont basées sur la méthode suivante qui se décline en 3 étapes principales :

- Le calcul d'un point de départ de l'amende appelé le montant de base. Celui-ci peut aller jusqu'à 30% du chiffre d'affaires réalisé dans le ou les produits affectés par la pratique anticoncurrentielle. Ce montant de base dépend en grande partie des deux critères principaux : la gravité et la durée de l'infraction.
- Dans un second temps, le BKartA adapte le montant de base en fonction des circonstances spécifiques de chaque affaire et entreprise concernée (réitération, situation de l'entreprise, etc.).
- Le BKartA vérifie enfin que les amendes calculées ne dépassent pas le seuil limite des 10% du chiffre d'affaires total de chaque entreprise concernée.

Les amendes sont généralement réduites en cas de coopération déterminante avec les autorités et peuvent aussi faire l'objet d'exemptions dans le cadre de procédures de clémence. Enfin, le BKartA peut aussi décider d'augmenter le niveau de l'amende jusqu'à 100% du montant final pour augmenter l'effet de dissuasion (dans la limite du seuil des 10% du chiffre d'affaires total).

Ces lignes directrices ne sont, en principe, pas contraignantes pour les juridictions d'appel, mais en pratique la méthode de base n'est pas remise en cause.

Jurisprudence

La principale affaire récente ayant impliqué une réduction significative d'amendes imposées par le BKartA est l'affaire du cartel du ciment.

Le 29 juin 2009, la Haute Cour de Düsseldorf a réduit les amendes de 5 producteurs de ciment de € 649 millions à € 330 millions. La Cour a confirmé l'illégalité des pratiques et l'analyse au fond du BKartA mais a réduit les amendes en raison du caractère incomplet des données utilisées pour le calcul. Elle n'a pas remis en cause les principales caractéristiques du mode de calcul employé.

d) En Espagne

Rappel de la législation

Les autorités espagnoles ont adopté des lignes directrices en février 2009, pour préciser l'application de la loi 15/2007 *de Defensa de la Competencia* du 3 Juillet 2007. Ces lignes directrices établissent un mode de calcul des amendes plus précis que le texte de la loi. Cette méthode de calcul se décline à travers les trois étapes suivantes :

- Dans un premier temps, un montant de base de la sanction est déterminé. Ce montant de base consiste en un pourcentage des ventes affectées par la pratique incriminée. Celui-ci est de 10% de la valeur des ventes affectées lors du dernier exercice où la pratique incriminée a été commise. À ce pourcentage peuvent être ajoutés 10% supplémentaires

en cas de violation grave, et à nouveau 10% supplémentaires (cumulativement ou pas) quand la pratique incriminée concerne un marché en amont ayant pu produire des effets en cascade sur différents marchés intégrant ce produit ou service. Le montant de base est donc fixé entre 10 et 30% de la valeur des ventes affectées par la pratique. Ce montant est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique. L'autorité espagnole applique alors à chaque année un coefficient multiplicateur dégressif, selon le barème suivant :

<u>Année:</u>	<u>Coefficient multiplicateur :</u>
1	1.00
2	0.75
3	0.50
4	0.25
5	0.15
6	0.10
7 et plus	0.05

L'année 1 correspond à l'année la plus récente. Une pratique qui a duré deux années voit donc le montant de base multiplié par 1,75. Si la pratique a duré trois ans, le montant est multiplié par 2,25, etc.

- Dans un second temps, l'autorité espagnole adapte ce montant de base en fonction de circonstances atténuantes ou aggravantes listées au paragraphe 64.2-a de la loi 15/2007 *de Defensa de la Competencia* du 3 Juillet 2007 (réitérations, rôle de meneur, coopération, etc.). Les règles prévoient aussi l'abus de position dominante dans un marché récemment libéralisé comme une circonstance aggravante. Chaque circonstance aggravante ou atténuante peut augmenter ou réduire le montant de base dans une fourchette de 5 à 15%.
- Enfin, l'autorité vérifie que le montant de base ajusté ne dépasse pas les plafonds prévus par la loi 15/2007 *de Defensa de la Competencia* du 3 Juillet 2007. Notons que trois types de plafonds sont prévus : 1% du CA total de l'entreprise concernée pour les violations mineures, 5% du CA total de l'entreprise concernée pour les violations importantes et 10% du CA total de l'entreprise concernée pour les violations les plus sérieuses (article 63 de la loi).

Jurisprudence

Les lignes directrices sur le calcul des sanctions ont été adoptées par l'autorité de concurrence espagnole après une consultation publique. Elles ne lient que l'autorité et n'ont en principe pas de caractère contraignant sur les juridictions d'appel, mais dans la pratique celles-ci seront probablement amenées à en tenir compte. En raison du caractère récent de ces lignes directrices, il n'existe pas encore à notre connaissance de jurisprudence des autorités de contrôle sur leur application.

e) *Aux États-Unis*

Rappel de la législation

Aux États-Unis, l'autorité de concurrence est constituée du département de justice (DOJ) et de la *Federal Trade Commission* (FTC). Ces autorités administratives n'ont pas le pouvoir d'imposer des amendes et doivent faire valider celles-ci par un juge. En général, les autorités décident des amendes à infliger et négocient ensuite avec les entreprises concernées. Afin d'éviter un long et coûteux procès, les entreprises concernées acceptent souvent un accord (*plea agreement*) qui sera validé par le juge. Le calcul des amendes est défini par des lignes directrices qui s'appliquent à un certain nombre de pratiques illégales (*sentencing guidelines*) et ont une section spécifique pour les violations antitrust. Il est intéressant de noter que la méthode de calcul est assez similaire aux pays européens.

Un montant de base (*base fine*) est d'abord calculé en fonction du volume de commerce affecté, ce montant est ensuite ajusté en fonction d'un certain nombre de facteurs aggravants ou atténuants. En outre, il existe aux États-Unis des sanctions pénales régulièrement appliquées et une politique de dissuasion très affirmée. L'amende infligée par le DOJ ou la FTC peut aller jusqu'à deux fois le montant des profits illégaux captés par les entreprises et les actions civiles très développées³⁷ permettent aux victimes de recouvrir en outre jusqu'à trois fois le dommage économique démontré.

Jurisprudence

Il existe un grand nombre de décisions où les juridictions américaines ont réduit des amendes mais, jusqu'à l'arrêt *Booker* en 2005 de la Cour Suprême américaine³⁸, les juridictions étaient tenues de respecter précisément les principes des lignes directrices. L'arrêt *Booker* a limité le caractère contraignant des lignes directrices et laissé plus d'autonomie aux juges. Les juridictions doivent toujours tenir compte des lignes directrices, mais dans une moindre mesure ("*judges still must consider and take into account the Guidelines in determining and imposing sentence, along with other sentencing factors in 18 U.S.C. § 3553(a), but imposition of a sentence within the Guidelines range is no longer mandatory*").

³⁷ Les mécanismes d'actions de groupe, l'autorisation de rémunérer les avocats au résultat (« contingency fee ») et le principe des dommages triples ont permis l'essor de nombreuses actions civiles en matière de concurrence.

³⁸ *United States v. Booker* 125 S. Ct. 738 (2005).

V) LES PRINCIPALES CRITIQUES FORMULÉES À L'ENCONTRE DU SYSTÈME ACTUEL

Le système actuel de sanctions suscite un certain nombre de critiques majeures, formulées par de nombreuses personnes auditionnées mais qui ne font pas toujours l'unanimité. Nous exposons ici les principales critiques.

A. La procédure

La question de la procédure devant l'Autorité de la concurrence a été abordée à de nombreuses reprises durant les auditions. L'importance des sanctions prononcées leur confère un caractère quasi-pénal reconnu par la jurisprudence et la doctrine et, dans ces conditions, le respect des droits de la défense est primordial.

Si l'organisation de l'Autorité de la concurrence, notamment la séparation des services d'instruction dirigés par le Rapporteur général et du collègue de l'Autorité qui statue sur les décisions, confère un certain nombre de garanties, la question de la sanction n'est abordée que très tard dans la procédure. En pratique, les rapporteurs abordent la sanction de manière générale à l'occasion de la notification des griefs ou du rapport final. Les parties peuvent bien sûr soumettre, dans leurs réponses écrites, leurs arguments concernant la sanction et le montant de l'amende éventuelle mais elles ne prennent pleinement connaissance de celles-ci que lors de la décision. Le Commissaire du Gouvernement peut évoquer le montant de l'amende qu'il requiert lors du débat oral précédant la décision de l'Autorité, mais il ne le fait plus systématiquement.

L'introduction d'un vrai débat contradictoire sur la sanction, envisagé plus tôt dans la procédure, est une demande insistante. Le type de sanction envisagée ainsi que le montant de l'amende éventuelle pourraient être abordés plus largement dès le stade du rapport. Au vu des montants souvent très élevés des amendes imposées par l'Autorité et de la difficulté liée au calcul du montant approprié, de nombreux intervenants souhaitent que les échanges contradictoires sur les sanctions soient plus nombreux et plus développés dans la procédure.

La possibilité de mettre en place une commission des sanctions indépendante a aussi été évoquée lors des auditions. Prenant comme exemple les procédures devant l'Autorité des marchés financiers, certains intervenants ont souligné le caractère bénéfique de cette organisation, qui permet un vrai débat sur les sanctions et garantit une meilleure indépendance par rapport aux services d'instructions.

Des questions plus générales liées au respect des droits de la défense, notamment le besoin de transparence dans la communication des pièces, l'importance de l'étendue du débat oral, et l'absence de l'effet suspensif de l'appel de la décision de l'Autorité ont aussi été abordées lors des auditions. Sur ces points, il convient de rappeler que la Cour de cassation a confirmé que la procédure devant l'Autorité de la concurrence était conforme à la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la mesure où il existait une juridiction de recours de plein contentieux, la Cour d'appel de Paris³⁹. En outre, l'introduction par la loi LME d'un conseiller auditeur

³⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 mars 2004, voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, *Novartis Pharma*.

chargé de veiller au bon déroulement de la procédure devrait permettre de mieux protéger les droits des parties. Les milieux juridiques ont aussi évoqué la possibilité de confier un pouvoir plus étendu au conseiller auditeur notamment pour garantir une meilleure protection de la confidentialité avocat-client lors des saisies par les services de l'Autorité de concurrence⁴⁰.

Enfin, le rôle du parquet dans la procédure devant la Cour d'appel de Paris pourrait être plus actif. Des intervenants ont soulevé la question du manque de moyens du parquet limitant son intervention dans les procédures de concurrence alors que celle-ci renforce généralement le débat contradictoire.

B. L'absence d'un mode de calcul précis

Les principes posés par l'article L 464-2 sont très généraux et ne permettent que très peu de prévisibilité quant à la sanction encourue. Si la prévisibilité ne doit pas être totale (voir point V I. ci-dessous), elle doit cependant exister à un certain degré afin d'éviter des incohérences dans l'attribution des sanctions et de permettre une sécurité juridique.

La majorité des intervenants s'accordent sur le fait que plus de précision dans le mode de calcul des amendes est nécessaire.

La solution la plus souvent préconisée est de partir de la valeur des ventes affectées par la pratique anticoncurrentielle. Il faudrait alors préciser les critères à prendre en compte pour fixer et ajuster un montant lié à la valeur des ventes. L'adoption d'une formule fixant un pourcentage est largement souhaitée à partir du moment où celle-ci est suffisamment flexible, laissant une marge d'appréciation à l'Autorité de la concurrence ainsi qu'au juge d'appel.

C. Le plafond légal

Le plafond établi par l'article L 464-2 fait l'objet d'un certain nombre de critiques. De manière générale, son caractère très élevé (10% du chiffre d'affaires mondial au niveau groupe) fait qu'il est rarement atteint.

En premier lieu, le fait qu'il se réfère au chiffre d'affaires mondial et non national de l'entreprise concernée est remis en cause. Bien que cela puisse se comprendre dans les cas où l'Autorité de la concurrence applique le droit européen et lorsque la pratique a des effets en dehors du territoire national, la répartition des dossiers fait que ce type d'affaire sera traité par la Commission européenne dans la majorité des cas. Dès lors certains préconisent de limiter le plafond au chiffre d'affaires national.

De même, la prise en compte du chiffre d'affaires « le plus élevé » au cours des exercices concernés par la pratique ne semble pas nécessairement justifiée. Si l'on conçoit que le rôle du plafond est entre autres de limiter le risque de défaillance d'une entreprise, la prise en compte du chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice, comme au niveau européen, ou d'un chiffre d'affaires moyen, semblent plus adaptées.

⁴⁰ Le conseiller-auditeur n'a pas de pouvoir de décision sur les conflits entre l'Autorité et les parties comme c'est le cas devant la Commission européenne, il n'émet que des observations.

Enfin, le plafond implique aussi une différence de traitement entre les entreprises de petite ou moyenne taille ne vendant qu'un produit, pour lesquelles le plafond pourra réduire les sanctions encourues, et les grandes entreprises très diversifiées pour lesquelles le plafond ne jouera que très rarement un rôle. Cette différence est assumée par les autorités de concurrence qui la justifient en référence à la puissance économique de l'entité concernée : elle évite à une entreprise peu diversifiée d'être sanctionnée trop lourdement par rapport à sa situation financière.

Il convient de noter que, pour la grande majorité des intervenants, le plafond légal est perçu comme une limite à ne pas dépasser après que le montant de l'amende ait été établi et pas comme un point de départ de fixation de l'amende.

D. Le dommage à l'économie

Certains intervenants considèrent que cette notion est en bonne partie redondante avec celle de gravité. D'autres, au contraire, considèrent qu'elle est essentielle et qu'il faut la quantifier. La notion de dommage à l'économie, distincte de la gravité de l'infraction, est une spécificité du droit français. D'un point de vue économique, elle correspond à des aspects très difficiles à estimer des effets de la pratique anticoncurrentielle (voir III B ci-dessus). La pratique de l'Autorité de la concurrence et de la Cour d'appel n'ont pas permis de clarifier ce qui est entendu par son « importance » (voir ci-dessus IV A.), ce qui rend la notion floue pour les justiciables. Rappelons que la Cour de cassation vient de juger que son étendue doit être démontrée et qu'il ne peut être uniquement présumé (voir ci-dessus IV A.).

E. La responsabilité des personnes physiques

Un système de punition trop centré sur l'entreprise en tant que personne morale pose des problèmes tant d'un point de vue d'efficacité que d'un point de vue éthique.

De nombreux intervenants, en particulier les économistes de la concurrence, sont favorables à un système de sanctions plus diversifié que les amendes administratives payées par les entreprises et comportant une importante dimension de responsabilité des personnes physiques. En effet, ces amendes ne sont pas toujours un outil idéal pour dissuader les agissements des responsables des PAC, dirigeants ou cadres d'entreprises, car elles punissent en fait l'ensemble de l'entreprise y compris ses actionnaires. De plus, on observe que les pratiques anticoncurrentielles perdurent malgré l'inflation des amendes, signe qu'on ne peut résoudre le problème avec un outil unique.

D'autres en revanche sont défavorables à un encouragement des sanctions des personnes physiques. Ils redoutent en particulier qu'il se révèle impossible de sanctionner les dirigeants et que seuls des cadres de niveau hiérarchique inférieur soient sanctionnés.

F. Les actions en réparation

L'action en réparation est, selon beaucoup d'intervenants, un élément encore mal pris en compte dans l'arsenal des sanctions des pratiques anticoncurrentielles.

Dans les affaires jugées au plan européen, la Commission encourage systématiquement les victimes à engager des actions en réparation. Elle encourage de plus les États membres à mettre en place des procédures civiles susceptibles de permettre aux victimes de pratiques

anticoncurrentielles d'être indemnisées, notamment par la publication en 2008 d'un livre blanc relatif aux actions en dommage et intérêts pour infractions aux règles européennes sur les ententes et abus de position dominante.

Certains intervenants, en particulier les associations de consommateurs, soulignent que la réparation permet de mieux distinguer les différents aspects de la peine (réparation, dissuasion). D'autres, les entreprises notamment, posent comme préalable que l'existence d'une réparation soit prise en compte dans le montant de l'amende administrative.

G. Le manque de diversité des sanctions

Une critique fréquente est que le seul type de sanction prononcé soit l'amende pécuniaire, ce qui milite pour le recours à d'autres formes de sanctions.

D'autres types de sanctions ou de modalités de sanctions sont ainsi envisagés : engagements comportementaux, comme ceux demandés pour les abus de position dominante, sursis avec mise à l'épreuve, publicité de la condamnation, interdiction commerciale, interdiction d'accès aux marchés publics etc.

Par ailleurs, il est souvent demandé plus de pédagogie vis-à-vis des entreprises. Ainsi, les programmes de conformité et la politique interne de l'entreprise sont actuellement peu pris en compte, l'Autorité de la concurrence faisant état de problèmes de vérification de leur crédibilité et de contrôle dans la durée de leur application.

H. La responsabilité au niveau groupe

Les divergences entre l'approche de la Commission et le droit français ont été relevées par de nombreuses personnes auditionnées. La notion d'entreprise, utilisée par la Commission, incluant la filiale coupable et sa société mère, s'oppose au principe d'autonomie de la personne morale en droit français. Cette présomption de responsabilité, lorsque la filiale est détenue à 100% et quand bien même la mère n'aurait pas commis d'infraction, se révèle en pratique irréfragable et conduit donc à condamner toutes les personnes morales supposées représenter l'entreprise, y compris la mère.

Il faut distinguer deux principaux cas de figure où la responsabilité au niveau groupe peut être engagée :

- (i) lorsque le comportement de la filiale ne pouvait être ignoré par la société mère ou lorsque celle-ci a pris part aux pratiques anticoncurrentielles ou les a ordonnées ;
- (ii) lorsque la filiale est insolvable ou n'est pas en mesure de s'acquitter de la totalité du montant des amendes imposées.

Si l'engagement de la responsabilité au niveau groupe est largement accepté en ce qui concerne les questions de solvabilité, les intervenants soulignent l'importance de la question de l'imputabilité des pratiques et de la personnalisation des peines.

La pratique de l'Autorité de la concurrence quant à la responsabilité d'une filiale ou de son groupe est de ce fait considérée comme satisfaisante dans la mesure où elle n'établit aucune

présomption légale d'implication du groupe même lorsque la filiale est détenue à 100%⁴¹. L'approche qui consisterait à retenir automatiquement la responsabilité des sociétés mères est largement rejetée et s'oppose au principe de l'individualisation de la sanction. De même, l'existence d'une présomption de responsabilité au niveau groupe lorsque la filiale est détenue à 100%, comme au niveau européen⁴², est en général largement critiquée.

I. L'importance de la dissuasion et de la prévisibilité

Si la sanction administrative comporte nécessairement un aspect de dissuasion, certains intervenants déplorent que le texte actuel du Code de commerce n'introduise pas la notion de dissuasion, alors que celle-ci est explicitement mentionnée dans le texte européen (voir IV. C a) ci-dessus).

On observe par ailleurs une forte hausse du montant des amendes ces dernières années en France. La question se pose alors de savoir si elles ont atteint un niveau dissuasif. Les intervenants du monde académique, s'appuyant sur des estimations théoriques sur un panel historique de sanctions, considèrent qu'elles n'ont pas, en tout cas, dépassé ce niveau, mais s'interrogent sur la possibilité d'arriver à une dissuasion effective avec un seul instrument.

Enfin, les amendes doivent être prévisibles, mais à un certain degré seulement. Si certains réclament un mode de calcul précis de l'amende, d'autres font valoir qu'une certaine incertitude doit demeurer afin d'éviter que les montants puissent être parfaitement anticipés par de futurs délinquants.

J. Les difficultés d'application de la procédure de clémence

La procédure de clémence des autorités de concurrence est approuvée dans son principe mais suscite quelques critiques. En effet, si la plupart des intervenants sont favorables à un développement de cet outil, qui permet de mieux lutter contre les PAC, la possibilité de poursuites pénales est néanmoins un risque réel entraînant une limite importante à son développement. Un responsable qui communique des informations sur une PAC à laquelle son entreprise a participé peut espérer voir réduire l'amende que celle-ci supportera. En revanche, l'Autorité de la concurrence ne peut lui garantir que ces informations ne soient pas ensuite utilisées contre lui dans un procès en responsabilité individuelle, civile ou pénale.

Par ailleurs, certains intervenants soulignent le caractère incertain et insuffisamment incitatif des réductions d'amendes découlant de la clémence.

⁴¹ Comme évoqué plus haut, la pratique de l'Autorité de la concurrence est d'imputer les pratiques anticoncurrentielles à la filiale (même détenue à 100% par une société mère) si celle-ci possède un certain degré d'autonomie et est en mesure de déterminer sa stratégie commerciale. La responsabilité de la société mère ne sera engagée que si elle a pris part aux pratiques ou a ordonné à sa filiale de les exécuter.

⁴² Cette présomption a été confirmée par l'arrêt Akzo Nobel, affaires C-97/08 et T-112/05.

VI) RECOMMANDATIONS

Le groupe de travail retire de ces contributions et de sa propre réflexion diverses préconisations. Celles-ci visent plusieurs objectifs, à savoir : prévisibilité, proportionnalité et transparence des sanctions.

A. Les recommandations

Procédure

Les auditions ont révélé un manque de transparence et un déficit de débat contradictoire dans la fixation de la sanction. La sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence est une sanction quasi-pénale et dès lors elle doit s'inscrire dans une procédure qui respecte les principes généraux du procès équitable et des droits de la défense consacrés par le droit national et conventionnel⁴³. En raison de l'importance des sanctions prononcées, il convient de s'inspirer du principe du droit pénal de la légalité des délits et des peines. Si la procédure devant l'Autorité de la concurrence a été déclarée comme satisfaisant aux exigences générales de la CEDH⁴⁴, le débat devant l'Autorité de la concurrence sur la sanction elle-même et son montant apparaît cependant limité et perfectible.

La Cour d'appel de Paris a rappelé que le principe du contradictoire était respecté à partir du moment où tout au long de la procédure les parties pouvaient présenter leurs observations, ajoutant que, dans son rapport, le rapporteur n'était pas tenu de rétorquer à tous les arguments soulevés par les parties⁴⁵. Cette situation semble néanmoins peu satisfaisante en ce qui concerne l'établissement de la sanction. Les entreprises doivent bénéficier des garanties d'un procès équitable et avoir la possibilité de se défendre dès la notification précise des griefs retenus, et en tout cas au plus tard au stade de la communication du rapport, sur l'appréciation du dommage à l'économie, sur les sanctions envisagées et sur les critères retenus pour le calcul de l'amende le cas échéant.

- Il est donc préconisé qu'un débat contradictoire sur la sanction ait lieu plus tôt dans la procédure. Un instrument de référence tel que des lignes directrices pourrait prévoir que le rapporteur fasse connaître, au stade du rapport, outre son appréciation du dommage à

⁴³ Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 10 juin 2009, Loi « Hadopi », que l'exercice d'un pouvoir de sanction par une autorité administrative indépendante doit être assorti de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Les juridictions françaises ont par ailleurs confirmé à plusieurs reprises l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme aux autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir de sanction (Cour de Cassation 5 février 1999, COB c Oury, Cour de Cassation 5 Octobre 1999, SNC Campenon Bernard SGE).

⁴⁴ Arrêt du 30 mars 2004, Cour d'appel de Paris, voir aussi l'arrêt du 28 juin 2005, Cour de cassation (*Novartis Pharma*).

⁴⁵ Arrêt du 24 novembre 2009, Cour d'appel de Paris (*Chevron Products Company*).

l'économie, la nature de la sanction qu'il préconise et, s'il s'agit d'une amende pécuniaire, une fourchette de son montant.

- L'institution du conseiller auditeur est perçue très positivement. Il pourrait voir sa fonction et ses moyens d'interventions précisés et au besoin étendus.⁴⁶
- Par ailleurs, il conviendrait d'explorer plus avant l'intérêt de la mise en place d'une commission des sanctions séparée du collège de l'Autorité de la concurrence, qui aurait l'avantage de mieux garantir l'indépendance entre les phases de poursuite et d'instruction de l'affaire d'une part, et la décision quant à la fixation des sanctions d'autre part.

Mode de calcul de la sanction

Plusieurs approches sont envisagées pour permettre un mode de calcul :

- Une méthode similaire à celle de la Commission européenne qui prend un pourcentage de la valeur des ventes affectées par la pratique illégale, multiplié par la durée et ajusté en fonction des circonstances atténuantes ou aggravantes.
- Une méthode qui consisterait simplement à préciser les principes de l'article L 464-2 permettant de lier l'amende à la pratique incriminée sans mode de calcul mathématique. Cette méthode pourrait préciser le point de départ du calcul, le rôle du plafond et énumérer des critères plus précis à prendre en compte pour la gravité.
- Il est préconisé de définir un montant de base pondéré ensuite par des circonstances atténuantes ou aggravantes, selon une méthode très proche de celle adoptée tant par la Commission européenne que par la majorité des pays européens.
- Un instrument de référence doit prévoir le montant de base à prendre en compte et celui-ci doit correspondre à un pourcentage de la valeur des ventes des produits ou services concernés par la PAC (par exemple 5 à 15% de la valeur des ventes). Le calcul de la sanction doit donc partir de la valeur des ventes affectées par la PAC et de celle-ci seulement (autrement dit pas nécessairement de la totalité du chiffre d'affaires de la société ayant commis une PAC et encore moins de celui d'un éventuel groupe consolidé). C'est donc le chiffre d'affaires affecté qui sert d'assiette pour le calcul de l'amende. Il n'est pas préconisé d'établir des pourcentages précis à retenir en fonction du type de PAC (restriction verticale, abus de position dominante, échange d'information, cartel, etc.) mais seulement que la fixation de ce pourcentage corresponde à la gravité de la nature de la PAC, dans une fourchette de 5 à 15%.
- La durée est incontestablement un élément très aggravant de la PAC. L'amende doit être calculée en conséquence et ce, selon un mécanisme clairement défini et connu. Le rôle

⁴⁶ On pourrait ainsi imaginer qu'il ait un pouvoir de décision sur les conflits touchant à la procédure entre les parties et l'Autorité sous le contrôle du collège.

d'un instrument de référence serait de fixer ce mécanisme. Trois pistes sont envisageables : multiplier par le nombre d'années de PAC comme le fait la Commission depuis 2006, multiplier par un coefficient annuel dégressif comme le fait l'autorité espagnole ou simplement ajuster le pourcentage comme le fait l'autorité allemande. La préférence de la mission va vers le modèle espagnol mais avec une dégressivité moins rapide dans le temps.

Circonstances atténuantes et aggravantes :

Après l'établissement du montant de base, des facteurs de pondération traduisant les circonstances atténuantes ou aggravantes doivent ensuite être appliqués. Certaines de ces pondérations sont « classiques » mais d'autres thèmes pourraient avantageusement être prévus dans les lignes directrices. Il ne paraît ni utile ni souhaitable de quantifier précisément chaque facteur de pondération afin d'éviter que les lignes directrices se réduisent à des formules arithmétiques et préserver ainsi la capacité d'appréciation de l'Autorité de la concurrence.

Les pondérations classiques aggravantes ou atténuantes :

- Celles-ci sont les suivantes : coopération, situation économique et financière de l'entreprise concernée, réitération, non coopération ou entrave à l'enquête et rôle de leader dans la pratique incriminée.

Les autres pondérations proposées :

- Le montant de base retenu devrait pouvoir être pondéré en fonction de la marge moyenne du secteur concernée. L'intérêt de cette mesure est de prendre en compte le fait que certains secteurs ont une rentabilité bien plus forte que d'autres. Un des inconvénients du choix du chiffre d'affaires affecté comme point de départ du calcul de la sanction est de ne pas prendre en compte la rentabilité intrinsèque du secteur d'activités concerné et donc la capacité contributive de ses entreprises. À partir du même montant de CA, des secteurs comme le luxe d'une part ou la grande distribution d'autre part ne génèrent pas du tout des profits du même ordre de grandeur. Nous proposons donc de prendre en compte le profit sans pour autant fonder le montant des sanctions sur lui, sachant que la détermination de cette marge moyenne peut s'avérer particulièrement délicate.
- Il est préconisé de prendre en compte comme circonstances atténuantes d'une part les indemnisations des victimes proposées directement par une entreprise dans le cadre de la procédure administrative devant l'Autorité et d'autre part d'éventuelles sanctions individuelles.⁴⁷ La sanction administrative prononcée par l'Autorité de la concurrence à l'encontre d'une société doit être soigneusement séparée de la réparation du dommage causé qui relève du juge civil ou de la transaction, d'une part, et des sanctions judiciaires

⁴⁷ Cette prise en compte pose néanmoins des problèmes de divers ordres. En premier lieu, la réparation n'a généralement pas eu lieu au moment de la décision administrative, or on ne peut guère se fonder sur la possibilité d'une décision future. Les entreprises sont naturellement peu enclines à annoncer une réparation, reconnaissant ainsi leur responsabilité, avant que la décision administrative n'ait été prise. Par ailleurs, les transactions peuvent être secrètes, donc difficiles à prendre en compte. Enfin, un problème peut se poser si des actions civiles ont lieu ailleurs qu'en France (GB, EUA) : faut-il alors les prendre en compte dans une décision française ?

éventuellement imposées par le juge pénal aux personnes physiques ou morales d'autre part. Ceci est d'autant plus important que cela permet d'éviter la double peine et de respecter le principe *non bis in idem*⁴⁸. L'Autorité devrait donc tenir compte dans son appréciation de la sanction administrative des décisions de réparation (transaction avec les victimes du dommage) ou de sanction (licenciement des salariés fautifs) prises de son propre chef par la société incriminée lors de la procédure administrative devant l'Autorité. L'affichage de tels facteurs d'atténuation aurait certainement un impact favorable sur le comportement des entreprises.

- Il est préconisé de prendre en compte l'existence ou non de programmes de conformité réels et sérieux (*state of the art*) de l'entreprise et leur mise en œuvre efficace comme circonstance atténuante ou aggravante.
- Le dommage à l'économie, qui est une notion spécifique au droit français, est un concept imprécis et très difficile à quantifier. Il ne devrait donc intervenir qu'au stade des pondérations, comme circonstance atténuante ou aggravante, dans les seuls cas où il peut être véritablement identifié.

Plafond légal et imputabilité de la pratique

- Le plafond légal de l'amende prévu par l'article L 464-2 fait référence au chiffre d'affaires du groupe consolidé au niveau mondial lorsque la société reconnue responsable fait partie d'un tel groupe. Le plafond doit agir en tant que limite à ne pas dépasser et non en tant que point de départ du calcul du montant de l'amende. Il ne doit intervenir qu'après que le montant de base de l'amende a été déterminé selon les modalités exposées ci-dessus.
- En accord avec la pratique de l'Autorité de la concurrence, l'imputabilité de la pratique doit se limiter à la société concernée. La responsabilité de la société mère ne doit être retenue que lorsque celle-ci a été indifférente quant aux agissements de sa filiale ou négligente dans la mise en œuvre au sein du groupe d'un programme sérieux de prévention des PAC, avait connaissance des pratiques ou a participé à l'infraction.⁴⁹ Il est normal qu'il existe aussi une obligation pour la société mère de s'assurer du paiement par sa filiale de l'amende à laquelle cette dernière a été condamnée et dont le montant est plafonné à 10% du chiffre d'affaires consolidé (obligation de solvabilité).

Possibilité de recourir au sursis

- Pour des violations limitées du droit de la concurrence telles que les restrictions verticales, et en aucun cas pour les cartels, il est préconisé la possibilité de recourir au sursis avec

⁴⁸ Principe reconnue par la CJCE, arrêt *Walt Wilhem*, 1969.

⁴⁹ Comme l'a précisé la décision 09-D-36 (affaire dite « Orange Caraïbes »), l'Autorité est tenue de suivre la jurisprudence *Akzo Nobel* lorsqu'elle applique le droit européen (voir note 42 ci-dessus). Pour ce qui est du droit national, il n'est pas certain que l'Autorité puisse conserver un critère différent de celui du droit européen.

mise à l'épreuve en cas de première infraction. Dans l'esprit d'introduire plus de pédagogie dans l'application du droit de la concurrence et de limiter le recours systématique à l'amende pécuniaire, il apparaît souhaitable que l'Autorité de la concurrence puisse, dans certains cas, assortir ses sanctions d'un sursis avec mise à l'épreuve dans l'esprit des procédures d'engagement de la Commission (art. 9 du règlement 1/2003). Ce sursis impliquerait bien sûr une obligation de non-répétition de la pratique (ce non-respect entraînant une application automatique de l'amende avec sursis) et la mise en place de programmes de conformité convaincants assortis de l'obligation de transmettre à l'autorité de manière régulière les éléments démontrant la cessation de la pratique et la surveillance accrue des comportements de l'entreprise et de ses employés.

Importance des sanctions individuelles

Sans que l'entreprise ne soit en rien exonérée de sa responsabilité, il peut paraître inéquitable de condamner seule une entreprise pour les agissements isolés et autonomes d'un de ses employés. En effet, une sanction pécuniaire sur l'entreprise revient à punir les actionnaires et les clients (sur qui porteront les hausses de prix pour payer les sanctions si la pression concurrentielle n'est pas trop forte et que l'entreprise peut augmenter ses prix) pour les agissements de personnes qui, depuis, ont parfois quitté l'entreprise. Pour que cela dissuade de nouveaux agissements fautifs, il faudrait non seulement que les actionnaires contrôlent très finement ce que font les employés et dirigeants de l'entreprise, mais aussi qu'ils réussissent à créer une véritable culture de respect du droit de la concurrence au sein de l'entreprise.⁵⁰

- Il est préconisé de développer des sanctions individuelles diverses : sanctions pénales (amendes), interdiction de gérer, d'exercer des mandats sociaux, etc. Outre l'effet de dissuasion mentionné plus haut, les sanctions individuelles ne sont pas transmissibles (par opposition à une sanction sur l'entreprise qui peut être répercutée sur les prix). En France, l'article L 420-6 du Code de commerce est peu appliqué (voir IV C.). Notons d'ailleurs qu'il y aurait potentiellement un risque de double peine, l'article L 420-6 pouvant s'appliquer également aux personnes morales. Il appartient à l'Autorité de dénoncer au parquet les comportements individuels ainsi mis en évidence, et ce sans compromettre la politique de clémence qui se développe.

B. L'instrument de référence approprié

Afin de mettre en œuvre les recommandations évoquées ci-dessus, plusieurs voies sont possibles: la loi, le décret, les lignes directrices.

- Un recours à la loi n'est pas préconisé. Il semble que les principes généraux de l'article L 464-2 du Code de Commerce aient seulement besoin d'être précisés et non d'être modifiés en substance.

⁵⁰ On retrouve ici un dilemme bien connu de la théorie de l'agence en économie, qui étudie les difficultés pour les actionnaires à aligner les incitations à agir des dirigeants sur leurs intérêts.

- L'adoption de lignes directrices de calcul des sanctions par l'Autorité de la concurrence permettrait de préciser l'application et le mode de calcul des sanctions et de garantir une meilleure sécurité juridique pour le justiciable. Ces lignes directrices doivent être cohérentes avec celles qu'applique la Commission européenne afin d'éviter toute entrave à l'effet utile du droit européen⁵¹ mais il existe un certain degré de liberté au niveau national dans l'établissement du mode des sanctions permettant l'application des recommandations ci-dessus. Ces lignes directrices auraient de plus l'avantage de pouvoir être modifiées relativement facilement.

- Le recours à un décret prévoyant l'existence même et le mode d'élaboration des lignes directrices est une option retenue par deux des trois membres de la mission. L'article L 470-8 du Code de commerce prévoit qu'un décret en Conseil d'État peut déterminer les modalités d'application du Livre IV « de la liberté des prix et de la concurrence ». Ceci pourrait constituer une base pour le recours à un décret qui prévoirait l'existence et le mode d'élaboration de lignes directrices précisant les modalités d'application de l'article L 464-2. Le principal avantage de recourir à un décret est de donner un caractère plus officiel aux lignes directrices et de mieux assurer leur prise en compte par le juge d'appel. Ceci éviterait une appréciation trop différente de la sanction par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris.
Le troisième membre de la mission considère par contre que des lignes directrices adoptées par l'Autorité indépendante de la concurrence et ne liant qu'elle seule ne gagneraient pas d'une intervention du pouvoir exécutif. Cette dernière risquerait de mettre en doute l'indépendance de l'Autorité et ne se retrouve d'ailleurs pas dans les autres États membres. Des lignes directrices prises sans décret auraient pour cette raison plus de crédibilité.

- Afin de garantir une adhésion aussi complète que possible aux lignes directrices envisagées, que celles-ci soient prévues par décret ou non, leur élaboration par l'Autorité de la concurrence doit, dans les deux hypothèses, intégrer une très large consultation de toutes les parties et autorités intéressées (autorité judiciaire, départements ministériels, associations de consommateurs, représentants des entreprises et praticiens du droit de la concurrence).

⁵¹ Arrêt *Von Colson*, CJCE, 10 avril 2004.

ANNEXES

A. Lettre de mission



LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE,
DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI

Paris, le 19 FEV. 2010

Cher

Monsieur le président,

Un récent arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010, réformant une décision du Conseil de la concurrence du 16 décembre 2008 relative à une procédure d'entente dite « du cartel de l'acier » a rappelé la diversité des approches s'agissant de la détermination des sanctions en matière de pratique anticoncurrentielles.

Plus généralement, il conduit à s'interroger sur cet aspect essentiel de la politique de la concurrence, qui consiste à prononcer des sanctions qui doivent répondre à deux objectifs cumulatifs :

- l'adéquation au dommage à l'économie causé par les pratiques anticoncurrentielles ;
- mais également la dissuasion, pour inciter les entreprises à ne pas se livrer à ces pratiques qui déstabilisent le marché au détriment de tous.

Les sanctions doivent en outre être adaptées à la situation individuelle des entreprises fautives et répondre à une certaine exigence de prévisibilité, afin de prémunir les acteurs économiques contre un trop fort risque d'insécurité juridique.

En droit français, l'article L. 464-2 du code de commerce dispose ainsi que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. »

Liberté est donc laissée à l'autorité de la concurrence sous le contrôle du juge d'appel pour déterminer le montant de la sanction.

En droit communautaire, la Commission s'est dotée de lignes directrices précisant le mode de calcul habituellement employé, mais ces préconisations n'ont qu'une valeur indicative et elle n'hésite pas à s'en écarter au cas par cas.

En droit français, de tels instruments n'existent pas, et les pratiques divergent.

Ces différences méthodologiques étant source d'une réelle imprévisibilité de la sanction pour les entreprises, il m'apparaît indispensable d'engager une réflexion concertée sur ce sujet, afin que les différents acteurs de la régulation de la concurrence puissent parvenir à des conclusions communes, qui pourront conduire à la fixation de règles, contraignantes ou non, admises par tous.

J'ai donc décidé de mettre en place un groupe de trois personnalités afin de conduire cette réflexion sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, pour laquelle je souhaiterais votre participation. Ce groupe travaillera en lien avec les différents acteurs (autorité de régulation, autorité judiciaire, entreprises, conseils, et services du ministère de l'économie) dans ce domaine.

J'ai également sollicité Alexander Schaub, ancien directeur général à la Commission européenne et actuellement avocat au barreau de Bruxelles, et Christian Raysseguier, premier avocat général près la Cour de cassation.

Pour mener cette réflexion à bien, vous pourrez utilement vous appuyer sur les services du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, pour assurer la conduite de ces travaux, auxquels sera pleinement associée l'Autorité de la concurrence.

Vous voudrez bien me faire part de vos conclusions avant le 15 mai 2010.

Je vous prie de croire, Monsieur le président, à l'assurance de ma considération la meilleure.



Christine Lagarde

B. Liste des personnes auditionnées

Association des praticiens du droit de la concurrence : Olivier Freget, Claude Lazarus, Philippe Rincazaux, Robert Saint-Esteben, Didier Théophile, Mélanie Thill-Tayara

Conseil de la concurrence espagnol : Pilar Sánchez, vice-présidente du Conseil, Inmaculada Gutiérrez, membre du Conseil, Juan Delgado, chef économiste, Eduardo Pérez, chef économiste adjoint

François Brunet, avocat

Benoît Coeuré, directeur général adjoint du Trésor, économiste en chef du ministère (MINEIE)

Emmanuel Combe, professeur d'économie à l'université Paris I et membre du collège de l'Autorité de la concurrence

Lorraine Donnedieu de Vabres-Tranié, avocate

Bernard Field, secrétaire général de Saint Gobain

Thierry Fossier, président de la chambre de la régulation économique à la Cour d'appel de Paris

Nathalie Homobono, directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (MINEIE)

Alexander Italianer, directeur général de la concurrence (Commission européenne)

Frédéric Jenny, conseiller spécial en service extraordinaire à la Cour de cassation

Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence

Jean-Bernard Lévy, président du directoire de Vivendi

Gaëlle Patetta, directrice juridique de l'UFC-Que Choisir

Patrick Rey, professeur d'économie à l'université Toulouse-I

Luc Rousseau, directeur général de la compétitivité, de l'industrie et des services (MINEIE)

Joachim Schwerin, chef de l'unité concurrence, direction générale des entreprises et de l'industrie (Commission européenne)

Joelle Simon, directrice juridique du MEDEF

David Spector, économiste

Laurent Vallée, directeur des affaires civiles et du sceau (Chancellerie)

Contributions écrites

Autorité de concurrence britannique (*Office of Fair Trading*)

Dominique Hagelsteen, conseillère d'État

Louis Vogel, avocat et président de l'université Paris II

Jacques Biancarelli, conseiller d'État, ancien juge à la Cour de Justice de l'Union européenne

C. Texte du Code de commerce en vigueur concernant les sanctions

La version complète de l'Article L 464-2 est ainsi rédigée :

« I.- L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5.

Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

L'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

II.- L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe, pour les contraindre :

a) À exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I ;

b) À respecter les mesures prononcées en application de l'article L. 464-1.

Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif.

III.-Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les

parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction.

IV.-Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

V.-Lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte, dans la limite prévue au II.

Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. »