



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit Européen des Affaires
Dirigé par Louis Vogel
2011

***Le calcul des amendes en droit de la
concurrence doit-il suivre un
barème ?***

Julien FARHI

Sous la direction de Louis Vogel

Table des matières

<u>INTRODUCTION</u>	4
<u>I. VERTUS ET LIMITES DE LA LOGIQUE ECONOMIQUE DE SANCTION OPTIMALE</u>	8
<i>A. Approche théorique de la sanction « optimale »</i>	8
1. Première approche	9
2. Complexification	10
3. Arbitrage des autorités de concurrence	11
4. Application : détermination du montant de la sanction optimale dans le cas d'un cartel	12
5. Critique de cette solution	13
<i>B. Confrontation avec la pratique</i>	15
1. Confrontation avec le cadre législatif	15
2. Confrontation avec la pratique des autorités de concurrence ..	16
3. Limites de la logique d'amende optimale	17
<u>II. L'INTERET D'UN BAREME POUR AUGMENTER LA PREVISIBILITE DES AMENDES</u> 20	
<i>A. Divergences d'approche entre la Cour d'appel de Paris et l'Autorité de la concurrence</i>	21
1. Jurisprudence antérieure à l'affaire du « négoce de l'acier »	21
2. L'affaire « du négoce de l'acier »	22
<i>B. Nécessité d'établir une méthode suffisamment précise</i>	24
1. Un mouvement général en faveur d'une précision accrue	25
2. Une précision en accord avec les principes généraux du droit et la jurisprudence européenne	26
3. Le rejet d'un barème mécanique	29
<u>III. LE CHOIX DE L'INSTRUMENT ET DE LA METHODE DE CALCUL APPROPRIES</u>	32
<i>A. L'opportunité des lignes directrices</i>	32
<i>B. Une méthode de calcul dans la logique européenne</i>	33
1. Détermination du montant de base	34
2. Individualisation	36
3. Répétition	36
4. Ajustements finaux	37
<u>CONCLUSION</u>	38
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	40

Résumé

Que ce soit au niveau européen ou au niveau national, les amendes infligées pour infraction aux règles de concurrence atteignent des montants records. De l'avis général cependant, ces sanctions pécuniaires restent encore bien en deçà d'un niveau dissuasif.

La sanction occupe une double fonction, rétributive et dissuasive. L'efficacité de la sanction dépend en grande partie de sa force de dissuasion. Mais entre exigences d'efficacité et de légalité, la détermination de la sanction idéale en droit de la concurrence apparaît comme un jeu d'équilibriste.

Du point de vue économique, il existe une sanction « optimale » d'une efficacité telle qu'elle pourrait en théorie éradiquer toute pratique anticoncurrentielle sur le marché. Cependant, cette approche ne peut être mise en pratique par les autorités de concurrence : les exigences de proportionnalité et d'individualisation de la sanction, ainsi qu'une culture de la concurrence insuffisamment développée parmi les citoyens européens s'opposent à la mise en œuvre de ce barème théorique.

Les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique rendent malgré tout nécessaire l'instauration d'un barème pour le calcul des sanctions pécuniaires. En France, le manque de prévisibilité de la sanction a été mis en exergue à l'occasion de l'affaire du négoce de l'acier qui a mené à la publication par l'Autorité de la concurrence d'un communiqué en mai dernier. Ce dernier, qui s'inspire de la méthode suivie par la Commission européenne, précise et formalise la façon dont sont mis en balance les critères par l'Autorité lors du calcul de la sanction. Une telle grille de lecture permet notamment de renforcer la prévisibilité des sanctions tout en améliorant la conformité du système aux principes généraux du droit.

La prévisibilité ne doit néanmoins pas être absolue, la sanction devant conserver une « part de mystère ». C'est pourquoi les facteurs d'ajustement ainsi que la marge d'appréciation de l'autorité de concurrence demeurent considérables. La prévision du montant de la sanction reste donc un exercice délicat sur la base de ce texte que d'aucuns préfèrent qualifier de guide pratique plutôt que de véritable barème.

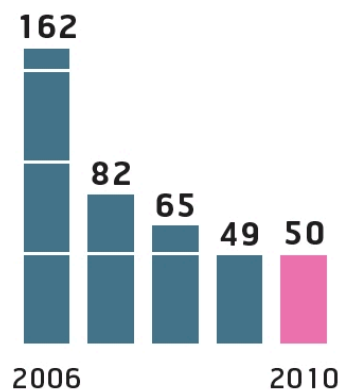
INTRODUCTION

Le 9 novembre 2010, la Commission européenne (ci-après la « *Commission* ») a infligé à onze transporteurs aériens qui s'étaient entendus sur leurs tarifs de fret une amende collective d'un montant total de 799 millions d'euros¹. Cette amende est la quatrième plus élevée jamais infligée par la Commission à un cartel, la première demeurant celle imposée dans le cadre de l'affaire du cartel des vitres de voiture en 2008 (1,384 milliard d'euros)².

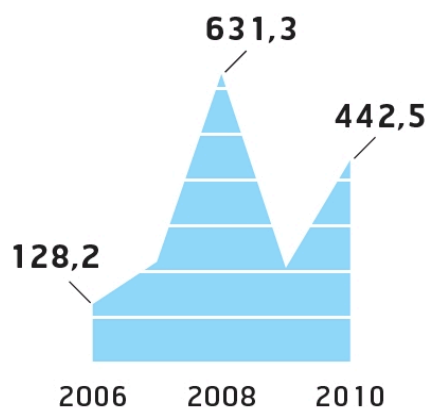
Cette affaire récente illustre l'intensification de la répression des pratiques anticoncurrentielles et notamment des cartels au niveau européen ces dernières années. Au niveau national, le montant des amendes atteint également des sommets comme le montre le graphique ci-dessous.

LE BILAN DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

NOMBRE D'ENTREPRISES
SANCTIONNÉES POUR ENTENTE,
EN UNITÉ



MONTANT DES SANCTIONS,
EN MILLIONS D'EUROS



Source : Les Echos / Autorité de la concurrence

Les amendes sanctionnant une pratique anticoncurrentielle sont aujourd'hui parmi les plus importantes qu'une entreprise puisse subir dans le cadre de son activité,

¹ Communiqué de presse de la Commission IP/10/1487 du 9 novembre 2010.

² Voir Annexe 1 présentant les dernières statistiques sur les cartels publiées par la Commission européenne (14 juillet 2011).

surpassant largement le montant des amendes infligées en droit social, boursier ou même environnemental.

Le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires constitue ainsi un moyen particulièrement efficace permettant aux autorités de concurrence d'accomplir la mission de régulation concurrentielle qui leur est confiée. En vertu de l'article L. 464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence française (ci-après « *l'Autorité* ») peut infliger une sanction pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée.

Le rôle d'une sanction est double. Lors d'une table ronde de l'OCDE en 1997, M. Guy Canivet, alors premier président de la Cour d'appel de Paris, affirmait : « *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* ». De même, selon le groupe de travail ECA qui rassemble les principales autorités de concurrence mondiales, les amendes doivent « *punir le contrevenant, décourager la réitération et dissuader tout autre contrevenant potentiel* »³.

Dans ses Lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes⁴, la Commission insiste sur la notion de dissuasion : elle souhaite (point 4) sanctionner les entreprises en cause (« effet dissuasif spécifique ») mais aussi dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 (aujourd'hui 101 et 102) du traité ou de continuer de tels comportements (« effet dissuasif général »).

Au niveau interne, l'Autorité réaffirme régulièrement dans ses rapports annuels⁵ et dernièrement dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de

³ Premier point du rapport de l'ECA « *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence - Principes pour une convergence* ».

⁴ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003 (JO C 210 du 01.09.2006).

⁵ Voir notamment l'étude thématique « Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence » extraite du rapport annuel 2005 du Conseil de la concurrence, pages 102 et s.

détermination des sanctions pécuniaires (ci-après le « **Communiqué** ») le double objectif, à la fois répressif et dissuasif, poursuivi par les sanctions.

La punition vise le passé. Elle a pour but de sanctionner l'entreprise ayant commis une infraction à la concurrence en lui confisquant les gains réalisés par l'intermédiaire de son action anticoncurrentielle.

La dissuasion vise quant à elle l'avenir : cette composante de la sanction permet d'une part d'éviter que l'entreprise condamnée récidive et d'autre part de donner un exemple aux autres.

Certains auteurs considèrent qu'il existe aussi indirectement un troisième objectif « *non-dit* » consistant en la réparation du dommage causé à l'économie⁶.

Les autres types de réparation sont pour leur part clairement exclus de l'éventail de fonctions de la sanction. L'Autorité estime ainsi que « *les sanctions pécuniaires infligées par les autorités de la concurrence n'ont pas pour objectif de réparer les dommages, subis par les consommateurs ou par les entreprises, victimes des pratiques mises en cause* »⁷. Le rapport Folz-Raysseguier-Schaub (ci-après le « **rapport Folz** ») de septembre 2010 mentionne dans ce sens que « *la réparation n'est pas, pour la plus grande part, du ressort de l'autorité publique. C'est l'action civile qui doit couvrir ce champ* ».

Les sanctions pécuniaires en droit de la concurrence sont progressivement devenues un risque financier majeur pour les entreprises, risque d'autant plus important que leur montant reste, dans la grande majorité des cas, difficile à prévoir.

En France, ce manque de prévisibilité a été mis en exergue en janvier 2010 à l'occasion de l'affaire dite « du négoce de l'acier » qui a été l'élément déclencheur du processus ayant mené à la publication par l'Autorité de la concurrence de lignes directrices en mai dernier. Ces lignes directrices posent plus clairement les différents critères dont l'Autorité tient compte afin de fixer le montant d'une sanction

⁶ Voir l'interview de Michel Debroux du 11 avril 2011, *Le Petit Juriste*.

⁷ Voir l'étude thématique « Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence » extraite du rapport annuel 2005 du Conseil de la concurrence, page 103.

pécuniaire (**Partie III**). Cette grille de lecture présente de nombreux avantages notamment en ce qu'elle améliore la prévisibilité et la transparence des sanctions, augmentant par là même la sécurité juridique des justiciables (**Partie II**).

Si l'instauration de ce que l'on pourrait assimiler à un « barème » a pour effet de renforcer la transparence du mode de calcul des sanctions, une prévisibilité absolue n'apparaît pas pour autant souhaitable, les entreprises en infraction étant alors mieux à même de prévoir leurs risques.

Une solution pourrait consister à instaurer des sanctions d'un montant tel que ce dernier dissuaderait toute entreprise d'enfreindre les règles de concurrence. Telle est l'optique de la « sanction optimale » en théorie économique qui vise à éradiquer toute pratique de cartel sur le marché. Cette solution se heurte néanmoins à des exigences de proportionnalité et d'individualisation de la sanction dictées par les principes généraux du droit (**Partie I**).

Entre exigences d'efficacité et de légalité, la détermination de la sanction idéale en droit de la concurrence apparaît comme un jeu d'équilibriste.

I. VERTUS ET LIMITES DE LA LOGIQUE ECONOMIQUE DE SANCTION OPTIMALE

Dans son discours de 1997, Guy Canivet précisait que « *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* ». La pratique décisionnelle européenne récente en matière de droit de la concurrence (Cour de Justice de l'Union Européenne et Commission) laisse apparaître à ce titre de plus en plus de références à l'impact dissuasif des sanctions pécuniaires.

L'efficacité de la sanction semble avant tout devoir être appréciée au regard de sa force dissuasive. D'un point de vue économique, il existe ainsi une sanction « optimale » d'une efficacité telle qu'elle pourrait en théorie éradiquer toute pratique de cartel sur le marché. Le barème économique pur que se propose d'instaurer cette solution est d'une efficacité redoutable au niveau théorique (A). Cependant, il apparaît bien vite qu'une telle solution ne peut résister à la pratique (B).

A. Approche théorique de la sanction « optimale »

Pour bien comprendre l'efficacité d'une sanction en droit de la concurrence, il est pertinent d'établir un parallèle avec la lutte contre la criminalité⁸.

Quand un agent envisage d'entreprendre une activité illicite, il doit comparer, avant de prendre sa décision, le gain qu'il retire d'une action autorisée par la loi à celui que lui procure une activité illicite.

Comme l'avait conceptualisé Beccaria dès le XVIIème siècle en effet, le délinquant potentiel est un « *homo oeconomicus* » qui ne s'abstient de violer la loi qu'après avoir vérifié que la peine qui lui sera infligée l'emportera sur les gains qu'il espérait tirer du délit.

⁸ Becker (1968), « Crime and punishment : an economic approach », *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n°2.

Cette approche peut être étendue au domaine de la concurrence : quand une entreprise décide par exemple de s'entendre avec un concurrent, elle doit mettre en balance d'un côté ce qu'elle obtient grâce à l'entente, et de l'autre, ce qu'elle peut espérer obtenir de façon loyale. Autrement dit, elle doit établir le profit lié à la mise en œuvre de l'entente dont il faut soustraire l'éventuelle sanction.

La sanction dépend en économie de deux facteurs : la probabilité de voir son comportement anticoncurrentiel détecté multipliée par le montant moyen de la sanction que les autorités de concurrence vont lui imposer.

1. Première approche

Posons Π_C le profit concurrentiel et Π_{AC} le profit résultant d'un comportement anticoncurrentiel (avec $\Pi_{AC} > \Pi_C$), p la probabilité de détection et S la sanction pécuniaire moyenne.

Deux cas de figure peuvent se présenter pour une entreprise neutre au risque et en situation d'information parfaite :

- $(\Pi_{AC} - pS) > \Pi_C$: dans ce cas, il est dans l'intérêt de l'entreprise de s'engager dans une action anticoncurrentielle car le gain espéré d'une telle action est supérieur à celui obtenu en situation concurrentielle ;

- $(\Pi_{AC} - pS) < \Pi_C$: il n'est pas ici économiquement rationnel d'entreprendre une action anticoncurrentielle.

Pour qu'une sanction pécuniaire soit efficace, il faut qu'elle dissuade la firme d'enfreindre les règles de concurrence. En repartant de la dernière inégalité, on en déduit que l'amende doit être supérieure au rapport du surprofit réalisé en mettant en œuvre la pratique divisé par la probabilité de détection de cette pratique, soit :

$$S > (\Pi_{AC} - \Pi_C) / p$$

2. Complexification

Le niveau optimal d'une sanction pécuniaire dépend aussi de la probabilité de détection des pratiques par les autorités de concurrence et donc de l'efficacité des mécanismes de contrôle et de surveillance mis en place par les pouvoirs publics.

Il ressort de l'inégalité trouvée au 1. ci-dessus qu'une sanction égale au surprofit réalisé par une entreprise du fait de la mise en œuvre de sa pratique anticoncurrentielle signifierait que la probabilité de déceler cette pratique est de 100% pour les autorités de concurrence, ce qui n'est pas réalisable dans la pratique.

Il convient donc de prendre en considération l'efficacité de la détection des comportements anticoncurrentiels pour appréhender l'efficacité d'une sanction. Ainsi, il apparaît que le montant d'une sanction ne peut être qualifié de dissuasif dans l'absolu : il ne l'est que par rapport à la probabilité de détection de la pratique en cause.

Application : Si l'on considère qu'un comportement anticoncurrentiel permet à une entreprise d'augmenter son profit de 10%, on peut calculer le seuil minimal de sanction à partir de la probabilité de détection :

- Si $p = 10\%$, alors $S \geq \Pi C$;

- Si $p = 5\%$, alors $S \geq 2\Pi C$;

- Si $p = 20\%$, alors $S \geq 0,2\Pi C$.

Par conséquent, si une entreprise obtient un bénéfice de 100 euros grâce à une pratique anticoncurrentielle et si la probabilité d'être détectée est de 10%, alors la sanction dissuasive s'élève au minimum à 1000 euros.

On constate donc que le montant de la sanction optimale est inversement proportionnel à la probabilité de détection de la pratique.

L'économiste Emmanuel Combe⁹ propose d'améliorer l'inéquation en prenant en compte :

- la *probabilité d'erreurs judiciaires* : la gravité d'une erreur judiciaire s'amplifie proportionnellement à l'importance de la sanction. La probabilité d'erreur doit donc aussi minorer le niveau de sanction optimale ;
- les *coûts* que doit payer l'agent lorsque son comportement est détecté ; mettre en œuvre une action anticoncurrentielle peut par exemple avoir un impact direct en termes d'image ou de réputation pour une entreprise. Plus ces coûts sont importants, plus le montant de la sanction optimale peut être diminué ;
- le *degré d'aversion au risque* des agents économiques : en présence d'agents averses au risque, le niveau de sanction optimale peut être abaissé car les agents seront moins enclins à s'engager dans des pratiques anticoncurrentielles même si la sanction optimale est inférieure au profit espéré.

En notant r le degré d'aversion au risque, C les coûts et q la probabilité d'erreur judiciaire, on peut par conséquent complexifier l'équation obtenue plus haut. D'un point de vue mathématique, une sanction sera donc dissuasive si :

$$S > [(P_{AC} - P_C - C_p) r (1 - q)] / p$$

3. Arbitrage des autorités de concurrence

Du point de vue des autorités de concurrence, l'arbitrage se fait entre le montant de la sanction et la probabilité de détection.

Déceler un comportement anticoncurrentiel engendre un coût pour les autorités¹⁰. Aussi, des économistes comme Becker¹¹ ont-ils avancé que la politique optimale

⁹ Emmanuel Combe « Quelles sanctions contre les cartels ? », *Revue internationale de droit économique* 1/2006 (t. XX, 1), p. 11-46.

¹⁰ On estime que le coût moyen de traitement d'un dossier par l'Autorité de la concurrence française se situe entre 75 000 et 150 000 euros.

¹¹ Becker (1968), « Crime and punishment : an economic approach », *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n°2.

consiste à fixer la probabilité à un niveau faible en augmentant fortement le montant des sanctions.

Bien qu'optimale économiquement, cette solution s'avère critiquable. Tout d'abord, parce qu'un seuil élevé de sanctions amplifie l'effet d'une erreur judiciaire. Ensuite, parce qu'un tel système est incompatible avec le principe pénal de proportionnalité des peines (voir *infra*). Enfin, car cette solution a le défaut de conférer un pouvoir discrétionnaire à l'autorité, ce qui peut engendrer des comportements de marchandage avec l'entreprise incriminée.

C'est pourquoi en pratique, les autorités de concurrence utilisent les deux variables de façon complémentaire (augmentation du niveau des sanctions et de la probabilité de détection).

4. Application : détermination du montant de la sanction optimale dans le cas d'un cartel

Il s'agit ici de voir ici à partir de l'inégalité : $S > (\Pi_{AC} - \Pi_C) / p$ établie ci-dessus (voir 1.) à combien s'élèverait la sanction optimale théorique en droit de la concurrence pour une entreprise donnée, c'est-à-dire la sanction qui permettrait de mettre fin à toute pratique anticoncurrentielle sur le marché.

Pour ce faire, il convient de construire un scénario de base prenant en compte la valeur moyenne des différents paramètres de l'inéquation¹², à commencer par *l'assiette de la sanction*. Celui-ci est dans notre cas égal au surprofit des firmes $(\Pi_{AC} - \Pi_C)$.

Une difficulté consiste à estimer correctement la *probabilité de détection* d'un cartel. En effet, on ne connaît que les cartels qui sont découverts. Néanmoins, on estime en général que cette probabilité est de 15% environ¹³.

¹² Emmanuel Combe « Quelles sanctions contre les cartels ? », *Revue internationale de droit économique* 1/2006 (t. XX, 1), p. 11-46.

¹³ Bryant et Eckard « Price fixing : the probability of getting caught », *Review of Economics and Statistics*, vol. 73, pp. 531-536.

Concernant la *hausse de prix* induite par les cartels, on peut retenir à la manière de l'économiste Wils¹⁴ et des *Sentencing Commission Guidelines* américaines, une hypothèse de 10%, ce qui équivaut à 10% de hausse du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur le marché.

S'agissant enfin de la *durée de vie moyenne* d'un cartel, il s'avère que la majorité des études converge en général autour d'une valeur de cinq ans¹⁵.

Sur la base de ces différents paramètres, il est possible d'évaluer le montant de la sanction optimale.

La probabilité de détection étant de 15% en moyenne, la sanction optimale doit être égale à $1/0,15=6,6$ fois le surprofit des firmes. Il résulte en outre de la hausse de chiffre d'affaires de 10% due à l'entente que la sanction optimale doit être fixée à près de 60% du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché concerné.

*En effet, à titre d'exemple, considérons un prix de concurrence de 50€ et un prix de cartel de $50 * (1+10\%) = 55€$ pour une entreprise donnée. Si cette entreprise vend 10 unités, elle réalise un chiffre d'affaires de 550€ par an et un gain illicite de 100€. Compte tenu de la probabilité de détection de 15%, l'amende optimale doit donc être égale à $55 * 6,6 = 363€$, soit 60% du chiffre d'affaires annuel.*

Enfin, en prenant en compte la durée de vie moyenne d'un cartel de 5 ans, on obtient une sanction optimale moyenne de 300% du chiffre d'affaires annuel sur le marché affecté.

5. Critique de cette solution

Le rapport Folz ainsi qu'Emmanuel Combe soulignent qu'un tel résultat est néanmoins imparfait et que plusieurs facteurs poussent à élargir la fourchette du pourcentage du chiffre d'affaires retenu.

¹⁴ Wils (2001), « Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment ? », *The optimal enforcement of EC antitrust law : essays in law and economics*.

¹⁵ Voir par exemple Levenstein, Suslow (2001) « What determines cartel success ? », document de travail n°2-2001, Université du Michigan.

Aujourd'hui en effet, on peut estimer qu'avec la mise en place des procédures de clémence, la probabilité de détection a été accrue. Celle-ci est désormais estimée à 30% par certains économistes¹⁶. Cela divise donc par deux le montant théorique de la sanction optimale, le ramenant à 150% du chiffre d'affaires annuel sur le marché concerné.

En outre, l'hypothèse d'une hausse de prix de 10% semble irréaliste aujourd'hui. Les études les plus récentes révèlent que la hausse médiane des prix est plutôt de l'ordre de 20-25%¹⁷. Dans l'hypothèse d'une hausse de prix de 20%, on obtient une sanction optimale de 110% sur le marché concerné, soit 550% du chiffre d'affaires annuel sur ce marché.

La durée de vie moyenne d'un cartel apparaît également sous-estimée dans nos hypothèses initiales. En 2001 par exemple, Levenstein et Suslow ont montré qu'entre 40% et 60% des cartels détectés avaient une durée de vie supérieure à 5 années. Aussi semble-t-il plus raisonnable pour Emmanuel Combe de retenir une durée moyenne de 8 ans. On obtient alors une sanction optimale de 480% du chiffre d'affaires annuel sur le marché affecté.

Enfin, il faut tenir compte du fait qu'il existe chez tout agent un certain degré d'aversion au risque (alors que nous considérons précédemment que les agents étaient neutres au risque). Cela permet de réduire d'autant la sanction.

En faisant varier les différents paramètres du scénario de base, on obtient donc les bornes inférieure et supérieure délimitant la valeur de la sanction optimale qui apparaît comprise entre 150% et 880% du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise incriminée sur le marché affecté. Cette sanction est donc particulièrement élevée même dans les hypothèses les plus basses.

¹⁶ Wils (2005), « Is criminalization of EU Competition law the answer ? », *Revue Lamy de la concurrence*, N°4, pp. 139-177, 2005.

¹⁷ Connor (2004), « Price fixing overcharges : legal and economic evidence », Working Paper American Antitrust Institute, n° 04-05; Connor, Bolotova (2005) « Cartel overcharges : Survey and meta-analysis », Purdue University; Connor, Lande (2005), « How high do cartel raise prices ? implication for reform of antitrust sentencing guidelines », Working Paper American Antitrust Institute, n° 01-04.

Variantes du scénario de base	Sanction optimale en % du CA annuel sur le marché affecté	Sanction optimale en % du CA total sur le marché affecté
Probabilité de détection avec un programme de clémence (p=0,3)	150%	30%
Hausse de prix de 20%	550%	110%
Durée de vie moyenne d'un cartel de 8 ans	480%	60%
Scénario maximaliste (p=0,15; hausse de prix de 20%; durée de vie moyenne d'un cartel de 8 ans)	880%	110%

D'un point de vue théorique, l'application de ce barème économique aux entreprises ayant enfreint les règles de concurrence permettrait d'atteindre l'objectif de dissuasion propre à toute sanction et donc d'éradiquer toute pratique de cartel.

B. Confrontation avec la pratique

Il convient à présent de voir pourquoi cet objectif économique de dissuasion ne peut être atteint par les autorités de concurrence lorsqu'elles infligent des amendes, à travers une confrontation avec les lois encadrant la détermination des amendes (1) et la pratique des autorités de concurrence (2). L'approche économique en termes de sanction optimale a en effet de multiples défauts (3).

1. Confrontation avec le cadre législatif

Il est intéressant de s'arrêter sur le système américain. Celui-ci combine un plafond en valeur absolue et une approche de multiples caractéristique d'une logique économique pour Emmanuel Combe : alors que le *Sherman Act* plafonne l'amende en valeur absolue (à 100 millions de dollars), le *Criminal Fines Improvement Act* ajoute que la sanction maximale ne peut dépasser deux fois le montant des profits illégaux capté par les entreprises.

Il faut mentionner ensuite qu'en vertu de la règle du *treble damages* (« triple dommage »), les victimes peuvent recouvrir au civil jusqu'à trois fois le dommage économique subi.

Au total, la sanction peut donc atteindre un niveau maximal de cinq fois la perte du surplus du consommateur ou le profit illicite aux Etats-Unis.

Par ailleurs nous avons mentionné plus haut que les *Sentencing Commission Guidelines* américaines retenaient comme hypothèse une valeur de hausse des prix de 10% environ.

L'approche américaine paraît donc suivre dans une certaine mesure la logique d'amende optimale, ce qui est confirmé par le niveau d'amende infligé par les autorités américaines de concurrence qui combiné aux actions civiles atteint un montant particulièrement élevé, en conformité avec l'objectif de dissuasion (voir 2. ci-dessous).

Au niveau communautaire à présent, il convient de remarquer qu'avant la parution en 1998 des lignes directrices pour le calcul des amendes¹⁸, la Commission européenne calculait l'amende à partir d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel réalisé sur le marché affecté par le cartel. Ce pourcentage, qui n'était pas indiqué, est d'après certaines études estimé entre 2 et 9%¹⁹, valeur qui semble faible par rapport à l'amende optimale.

Depuis 1998, la méthode de calcul de l'amende a évolué vers une approche forfaitaire. Il est toutefois difficile pour les économistes de comparer le barème économique établi précédemment à cette méthode, notamment car elle ne fait pas directement référence à la notion de gain illicite ou de perte de surplus.

2. Confrontation avec la pratique des autorités de concurrence

S'agissant du niveau des amendes infligées par les autorités de concurrence, la tendance est à la hausse parmi les pays de l'OCDE. Malgré tout, les amendes demeurent insuffisantes au regard de l'objectif économique de dissuasion.

¹⁸ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement no 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA (JO C 9 du 14.01.1998) remplacées en 2006 par les Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°[1/2003](#) (JO C 210 du 01.09.2006).

¹⁹ Wils (2001), « Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment ? », *The optimal enforcement of EC antitrust law : essays in law and economics*.

Au niveau communautaire, Wils estimait en 2001 que les amendes représentaient au mieux 15% du chiffre d'affaires annuel des entreprises sur le marché concerné (rappelons que notre fourchette commençait à 150%, voir *supra*). Il est probable que ce taux ait quelque peu augmenté aujourd'hui alors que le montant des amendes infligées aux plus gros cartels dépassent aujourd'hui le milliard d'euros (en 2008, le cartel des vitres de voiture a écopé d'une amende de 1,384 milliard d'euros).

En 2001, En France, le pourcentage moyen des sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence au regard du chiffre d'affaires des entreprises est quant à lui en baisse. Il est passé de 1,75% en 2007 à 0,65% en 2010²⁰.

Selon Emmanuel Combe²¹, c'est aux Etats-Unis que l'on se rapproche le plus d'une logique d'amende optimale. Le niveau d'amende y apparaît être le plus concordant avec l'objectif de dissuasion. L'amende médiane y a en effet été multipliée par 5 au cours des années 1990 et continue d'augmenter. Par ailleurs, dans l'affaire emblématique du cartel de la lysine, l'amende totale a atteint 189% du chiffre d'affaires des entreprises concernées (amendes civiles incluses).

3. Limites de la logique d'amende optimale

Force est donc de constater que l'approche économique ne correspond pas à la réglementation en vigueur dans les pays de l'OCDE, et à plus forte raison aux pratiques des autorités de concurrence.

Les autorités se sont écartées d'un barème purement économique pour déterminer le montant de leurs amendes. Trois raisons principales permettent d'expliquer ce décalage²²:

- infliger une amende trop élevée peut conduire à la faillite d'une entreprise. L'entreprise disparaissant du marché, la concurrence s'en trouve réduite, ce qui s'avère contreproductif pour les autorités;

²⁰ Olivia Dufour, « La consultation sur le calcul des sanctions est lancée ! », *Petites Affiches*, 25 janvier 2011, n°77.

²¹ Emmanuel Combe « Quelles sanctions contre les cartels ? », *Revue internationale de droit économique* 1/2006 (t. XX, 1), p. 11-46.

²² *Ibid.*

- contrairement aux Etats-Unis, la « culture de la concurrence » reste peu développée en Europe et les pratiques anticoncurrentielles ne font pas l'objet d'une forte condamnation morale parmi les citoyens. L'avocat Michel Debroux en vient même à s'interroger sur la légitimité d'amendes aussi lourdes notamment comparées aux amendes infligées en droit social, ou en droit environnemental. Ainsi le praticien en conclut que « *pour une entreprise, il 'vaut mieux' commettre un délit d'initiés ou être responsable d'un désastre écologique majeur, plutôt qu'être sanctionnée pour un comportement anticoncurrentiel grave [...]. En tant que citoyen, cette situation interpelle* »²³ ;

- la détermination des amendes se heurte au principe juridique fondamental de la proportionnalité des peines. La fonction punitive de l'amende est en effet mise de côté dans le calcul de la sanction optimale au profit de sa fonction dissuasive;

- enfin, le principe d'individualisation des peines s'oppose à ce qu'une amende particulière soit infligée sur la seule base d'un raisonnement statistique fondé sur des valeurs moyennes (voir partie II *infra*). Par conséquent, il convient de calculer l'amende optimale au cas par cas, ce qui constitue une lourde tâche pour les autorités de concurrence;

Une meilleure sensibilisation à l'économie pourrait notamment permettre de faire comprendre à l'opinion la nécessité de fortes amendes en droit de la concurrence. Il est certain que ces dernières restent encore trop faibles au regard des gains illicites que réalisent les entreprises, ce que déplorent notamment les associations de consommateurs²⁴. En témoigne le peu d'amendes dont le montant est « raboté » en dessous du seuil de 10% par la Commission (seules trois entreprises avaient pu se prévaloir de ce seuil en 2009²⁵). De plus, dans la grande majorité des cas en Europe, le montant des amendes reste inférieur à 1% du chiffre d'affaires

²³ Voir l'interview de Michel Debroux du 11 avril 2011, *Le Petit Juriste*.

²⁴ Voir la contribution de l'UFC-Que Choisir à la consultation publique concernant le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

²⁵ « Cartels, Fines, and Due Process, » Philip Lowe, *The online magazine for global competition policy*, juin 2009.

mondial de l'entreprise incriminée comme le montrent les dernières statistiques de la Commission²⁶.

La question de savoir si les sanctions pécuniaires ont atteint un niveau dissuasif au niveau national a également été posée dans le cadre des consultations organisées par la commission Folz dernièrement. Malgré la forte hausse du montant des amendes ces dernières années, la majorité des intervenants du monde académique estime qu'elles restent en deçà de ce niveau.

²⁶ Voir Annexe 1.

II. L'INTERET D'UN BAREME POUR AUGMENTER LA PREVISIBILITE DES AMENDES

Pour les raisons évoquées en partie I, l'approche économique en termes de sanction optimale ne peut pas constituer un barème viable pour les autorités de concurrence.

Les principes généraux du droit s'opposent néanmoins à une absence d'un barème clair et précis, garantissant aux justiciables un minimum de sécurité juridique. En France en particulier, le manque de prévisibilité des sanctions a donné lieu à plusieurs « séismes juridiques » qui ont mis en exergue les divergences de méthodes de calcul entre l'Autorité et la Cour d'appel de Paris. Le plus symbolique d'entre eux reste l'arrêt rendu par cette dernière en janvier 2010 dans le cadre de l'affaire « du négoce de l'acier » (A).

Bien que l'Autorité de la concurrence ait ces dernières années renforcé progressivement la motivation des sanctions pécuniaires dont sont assorties ses décisions, ces efforts se sont donc avérés insuffisants. Aussi, afin d'améliorer le système français de détermination des amendes, Christine Lagarde, alors Ministre de l'économie a par la suite confié à Jean-Martin Folz, ancien président du directoire de PSA, Christian Raysseguier, premier avocat général près la Cour de cassation, et Alexander Schaub, avocat et ancien directeur général de la concurrence puis du marché intérieur à la Commission la mission de conduire, en lien avec l'Autorité de la concurrence, la DGCCRF et la Chancellerie une réflexion sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles. Leur rapport remis le 20 septembre 2010 synthétise les critiques à l'encontre du système en vigueur avant la publication du Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (B).

A. Divergences d'approche entre la Cour d'appel de Paris et l'Autorité de la concurrence

Dans chacune de ses décisions, l'Autorité de la concurrence consacre une partie à l'évaluation de la sanction des pratiques incriminées. En général, cette partie reprend un par un par les principes posés par l'article L. 464-2 du Code de commerce et ces derniers sont appliqués au cas d'espèce.

En tant que juridiction de recours, il appartient à la Cour d'appel de Paris de revoir le cas échéant sur le fond la teneur des sanctions infligées. Il faut noter qu'elle n'est pas liée par la méthode de calcul utilisée par l'Autorité et qu'elle a la possibilité de réévaluer les sanctions sur la base des critères généraux de la loi. C'est pourquoi de multiples arrêts ont réévalué le montant des amendes prononcées par l'Autorité.

Le rapport Folz de septembre 2010 pointe les différences d'approche entre la Cour d'appel et l'Autorité de la concurrence. Ces divergences se sont manifestées à travers plusieurs décisions réformant le montant d'amendes prononcées par le Conseil de la concurrence (devenue l'Autorité de la concurrence) (1) et dernièrement dans l'affaire dite « du négoce de l'acier » (2).

1. Jurisprudence antérieure à l'affaire du « négoce de l'acier »

Plusieurs décisions marquantes de la Cour d'appel de Paris²⁷ ont réformé le montant d'amendes prononcées par l'Autorité :

- l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 septembre 2009 *Ets Mathé SA* (cartel du contreplaqué) dans lequel le montant des amendes a été réduit à cause de la situation financière de certaines entreprises concernées. La Cour a ainsi 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 Plysorol ;

- l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2008 (affaire dite du « ciment corse »)²⁸ réduisant les amendes de 17 à 8 millions d'euros pour la société Lafarge et de 8 à 4,5

²⁷ Ces décisions font l'objet d'un plus ample développement dans le rapport Folz (page 16).

²⁸ Voir Contrats, conc., consom. 2010, comm. 864, obs. G. Decocq.

millions d'euros pour la société Vicat. Au cas d'espèce, la Cour a justifié cette réduction par le fait que le dommage à l'économie n'avait pu être « que limité ». Cet arrêt a par la suite fait l'objet d'une cassation mais seulement sur le volet abus de position dominante ;

- l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 octobre 2007 (à propos d'appels d'offres)²⁹ où le montant des amendes a été revu à la baisse, passant de 1 million à 750 000 euros pour EFT et de 250 000 à 100 000 euros pour STPV, en raison de la situation individuelle de l'entreprise concernée pour EFT et de la taille modeste du marché concerné pour STPV ;

- l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 juin 2007 (affaire dite « des parfums »)³⁰ dans lequel les juges du fond ont revu l'individualisation de la sanction en réévaluant la gravité des faits. Le Conseil avait infligé une sanction d'environ 1,7% de leur chiffre d'affaires annuel à toutes les entreprises mises en cause et les amendes ont été réduites de 30 à 40% en moyenne (et de 70% pour la société Givenchy) par la Cour d'appel. Dans son arrêt sur renvoi du 10 novembre 2009, la Cour d'appel a finalement annulé la décision du Conseil de la concurrence en raison de la durée excessive de la procédure.

2. L'affaire « du négoce de l'acier »

Le 19 janvier 2010, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans le cadre de l'affaire dite « du négoce de l'acier »³¹ a intrigué le cercle français des spécialistes de la concurrence³². La Cour d'appel y a en effet considérablement révisé la décision n° 08-D-32 du Conseil de la concurrence du 16 décembre 2008 sanctionnant les pratiques de cartel mises en œuvre dans le secteur du négoce de produits sidérurgiques, témoignant ainsi d'une divergence d'approche importante en termes de calcul des sanctions.

²⁹ Voir Contrats, conc., consom. 2007, comm. 305.

³⁰ Voir Contrats, conc., consom. 2007, comm. 211 obs. G. Decocq.

³¹ CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 19 janvier 2010, *SAS AMD Sud-Ouest*, n°2009/00334.

³² Voir C. Vilmart, « L'intérêt de lignes directrices pour réduire l'imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence », JCP E 2010, act. 130.

i. La décision n° 08-D-32 du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence avait repris un par un les principes de l'article L. 464-2 du Code de commerce pour déterminer le montant de la sanction. Le critère de la « gravité » semble être le plus important pour justifier le montant des sanctions. Le Conseil s'était en effet focalisé sur cinq facteurs pour retenir la « gravité exceptionnelle » des pratiques litigieuses : l'emprise des pratiques sur le marché, leur persistance, leur étendue géographique, le champ matériel de l'entente, la sophistication des pratiques.

Le Conseil, en prenant soin de s'assurer qu'aucun des montants ne dépasse le plafond légal des 10% du chiffre d'affaires mondial posé par l'article L. 464-2 du Code de commerce, inflige des amendes d'un montant total de 575 millions d'euros à l'ensemble des entreprises impliquées. Aucun calcul précis n'était mentionné bien que le Conseil avait pris 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. Le rapport Folz précise à cet égard que « *l'Autorité ne se repose pas sur une méthode précise et édicte simplement les montants des amendes infligées* ».

ii. L'arrêt d'appel du 19 janvier 2010

La Cour d'appel confirme l'analyse du Conseil sur le fond. Elle estime cependant que le montant des amendes devait être réduit à 75 millions d'euros. Pour les juges du fond, cette réduction drastique est justifiée par le fait que l'atteinte à la concurrence aurait du être « *tempérée notamment par l'état de crise économique* » et par le fait que « *le dommage à l'économie doit être considéré comme [...] modéré* ». Par ailleurs, la cour juge que la sanction ne doit pas excéder « *une proportion médiane du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé pendant la période des pratiques anticoncurrentielles par l'entreprise poursuivie* ».

L'arrêt d'appel infirme à plusieurs égards la décision du Conseil.

Il est tout d'abord reproché au Conseil de ne pas avoir tenu compte de l'absence d'éléments aggravants au niveau de l'individualisation pour chacune des entreprises

concernées ; il lui est aussi fait grief d'avoir sous-estimé l'existence d'un « franc-tireur » dans son appréciation de la gravité et du dommage à l'économie.

Ensuite, la Cour d'appel considère que le Conseil aurait dû prendre en compte l'état de crise économique du secteur dans la détermination du montant de l'amende. Celui-ci n'a été abordé que « *de manière trop brève* » par le Conseil³³.

Enfin, la Cour d'appel estime qu'il fallait que le plafond légal visé par l'article L. 464-2 du Code de commerce occupe un rôle prédominant. Dans une optique pénale, la Cour d'appel a en effet estimé qu'il fallait partir de la peine maximum pour en déduire le montant de l'amende pécuniaire, « *le plafond de l'article L. 464-2 [devenant] alors le point de départ du raisonnement sur le montant de l'amende* » selon le rapport Folz.

Au terme de leur décision, les juges du fond ont appliqué un pourcentage maximal de 5% appliqué au chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par chaque entreprise poursuivie (et non au chiffre d'affaires du groupe). Le critère de la valeur des ventes réalisées par les entreprises sur le marché est écarté, de même qu'un traitement différencié entre les entreprises du cartel, selon qu'elles sont ou non mono produits ou adossées à un groupe. L'éventail de sanction varie de 0,125% à 5% du chiffre d'affaires des entreprises incriminées. Finalement, la cour en arrive même à sanctionner plus lourdement les petites entreprises mono produits n'appartenant pas à un groupe que les autres.

B. Nécessité d'établir une méthode suffisamment précise

Pour la commission Folz, l'affaire du négoce de l'acier (voir *supra*) traduit un « *manque de cohérence* » dans l'appréciation des sanctions entre l'Autorité et la Cour d'appel, ce qui place les entreprises dans une « *insécurité juridique certaine* ».

Sans aller jusqu'à recommander l'instauration d'un barème purement arithmétique (3), le rapport prône pour une « *méthode plus précise d'appréciation des sanctions* » (1). Cette dernière est en effet plus en accord avec les principes généraux du droit et satisfait aux impératifs posés par la jurisprudence européenne (2).

³³ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, pages 29 et 30.

1. Un mouvement général en faveur d'une précision accrue

L'idée la plus prégnante qui ressort des consultations organisées par la commission Folz est que « *plus de précision dans le mode de calcul des amendes est nécessaire* ».

Les principes posés par l'article L. 464-2 du Code de commerce sont en effet considérés comme étant trop généraux et comme ne permettant pas suffisamment de prévisibilité par rapport à la sanction encourue.

« *Si la prévisibilité ne doit pas être totale, elle doit cependant exister à un certain degré afin d'éviter des incohérences dans l'attribution des sanctions et de permettre une sécurité juridique* » estiment les intervenants.

La majeure partie de la doctrine prône en effet pour une meilleure prévisibilité de l'amende en droit de la concurrence. Tel est par exemple le cas de l'avocat Michel Debroux qui en avril 2011 appelait à une plus grande transparence dans les décisions de l'autorité de la concurrence : « *certaines montants de sanction sont difficilement compréhensibles. Dans des situations en apparence très proches, pourquoi telle entreprise se voit imposer telle sanction, en valeur relative, et pas une autre ?* »

De la même manière, lors de ses vœux pour l'année 2011, Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence, affirmait : « *lorsque nous prononçons des sanctions qui peuvent se chiffrer à plusieurs dizaines, voire centaines de millions d'euros, il est normal que les entreprises comprennent comment nous sommes arrivés à ces chiffres et par quelles méthodes* »³⁴.

Toujours dans une optique de plus grande transparence, il convient de noter les critiques des personnes interrogées par la commission Folz à l'égard de la notion de dommage à l'économie. Il apparaît que celle-ci n'a jamais été vraiment clarifiée par l'Autorité ou la Cour d'appel et qu'elle demeure « *floue* » pour les justiciables.

Les intervenants ont également souligné l'importance de la dissuasion dans le calcul des sanctions. A cet égard, certaines personnes ont regretté que le texte de l'article

³⁴ Voir l'article « Concurrence : les sanctions en question », 17 janvier 2011 », *le Figaro*.

L. 464-2 du Code de commerce ne fasse pas référence à la notion de dissuasion, alors que celle-ci est explicitement mentionnée dans le texte européen³⁵.

Enfin, prenant le contrepied de la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 19 janvier 2010 (voir *supra*), la majorité des intervenants affirme qu'elle perçoit le plafond légal comme une limite à ne pas dépasser après que le montant de l'amende a été établi et non comme un point de départ de fixation de l'amende.

2. Une précision en accord avec les principes généraux du droit et la jurisprudence européenne

Si l'idée d'un mode de calcul plus précis fait l'unanimité, c'est qu'elle présente de nombreux avantages. Elle répond notamment à la nécessité de renforcer la conformité générale du dispositif de sanction aux principes généraux du droit européen et d'augmenter les garanties accordées aux parties lors de la procédure.

Tout d'abord, c'est un moyen d'instaurer un contrôle juridictionnel plus efficace. Le Communiqué du 16 mai 2011 mentionne à ce titre que la méthode « *permet aux intéressés de mieux comprendre comment sont fixées les sanctions pécuniaires, ainsi qu'aux juridictions de contrôle d'en vérifier plus aisément la détermination* » (paragraphe 14). Le contrôle du juge d'appel est donc facilité sur les volets de la proportionnalité et de la légalité.

Une méthode plus précise quant à la détermination de la sanction a surtout comme avantage d'augmenter la sécurité juridique, en fournissant un cadre juridique plus lisible aux justiciables. Le but est d'« *accroître la transparence, en faisant connaître par avance la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce* »³⁶.

Il importe néanmoins de savoir quel degré de précision est nécessaire afin de satisfaire aux exigences posées par la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-

³⁵ Voir le point 30 des Lignes directrices de 2006 : « La Commission portera une attention particulière au besoin d'assurer que les amendes présentent un effet suffisamment dissuasif; à cette fin, elle peut augmenter l'amende à imposer aux entreprises dont le chiffre d'affaires, au-delà des biens et services auxquelles l'infraction se réfère, est particulièrement important ».

³⁶ Paragraphe 14 du Communiqué.

après la « *Cour de justice* ») en termes de sécurité juridique. En règle générale, les méthodes de calcul employées par les autorités de concurrence dans l'OCDE gardent en effet une place pour une certaine marge d'appréciation, permettant de s'écarter facilement de la formule arithmétique de base (voir 3. *infra*). Cela est-il susceptible de poser des difficultés au regard de ce principe ?

Deux principes sont généralement mentionnés par la Cour de justice comme découlant du principe de sécurité juridique.

- Le premier est le principe de la *légalité des peines* reconnu comme corollaire du principe de sécurité juridique par la Cour de justice dans un arrêt *Dansk Rorindustri*³⁷. Ce principe exige que toute réglementation communautaire soit claire et précise, qu'il s'agisse des infractions ou des peines qui les répriment, « *afin que les personnes concernées puissent connaître sans ambiguïté les droits et obligations qui en découlent et puissent prendre leurs dispositions en conséquence* »³⁸.

Il est entériné par l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et par l'article 49§1 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Il est par ailleurs reconnu par la Cour de justice comme garantie légale fondamentale dans les Etats membres³⁹.

Dans l'arrêt *Dansk Rorindustri*, la Cour de justice a estimé que ce principe n'exige pas que les textes soient rédigés de façon à prévoir exactement la sanction encourue en cas d'infraction.

Dans une affaire *Degussa*⁴⁰, le TPI est allé jusqu'à valider le mécanisme mis en place par la Commission dans ses Lignes directrices pour le calcul des amendes, considérant que la pratique de la Commission est suffisamment prévisible pour les entreprises. Le TPI a relevé que bien que la Commission dispose d'une certaine marge de manœuvre, la détermination du montant de l'amende est encadrée

³⁷ CJCE, 28 juin 2005, aff. C-189/02P, C-202/02P, C-205/02P à C-208/02P et C-213/02P, *Dansk Rorindustri*.

³⁸ CJCE, 13 mars 1990, aff. C-30/89, *Commission c/ France*, pt 23.

³⁹ CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-60/02, *Procédure pénale c/ X*, pt 63.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal de Première Instance (ci-après « *TPI* ») du 5 avril 2006, aff. T-279/02, *Degussa c/ Commission*, pt 66.

par le règlement qui impose un plafond chiffrable⁴¹, par les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité et par les lignes directrices que la Commission s'est fixées. L'arrêt du TPI a par la suite été confirmé par la Cour de justice⁴².

Ainsi, le fait qu'une entreprise ne puisse pas précisément connaître le niveau de l'amende qui lui sera potentiellement infligée ne saurait constituer une violation du principe de légalité aux yeux de la Cour, comme elle l'a encore rappelé récemment dans un arrêt *Lafarge* du 17 juin 2010⁴³. Pour que le principe soit respecté, il suffit que les entreprises puissent prévoir de façon « *suffisamment précise* » la méthode de calcul et l'ordre de grandeur des amendes qu'elles encourent pour un comportement donné.

- Le second est le principe de *confiance légitime* souvent évoqué en rapport avec les lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes⁴⁴. Les juridictions européennes ont confirmé que ce principe ne s'oppose pas à la possibilité pour la Commission de faire évoluer sa politique de sanction :

*« il est de jurisprudence constante que les opérateurs économiques ne sont pas fondés à placer une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante pouvant être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires... Ainsi, il a déjà été jugé que la Commission était en droit d'élever le niveau général des amendes dans les limites fixées par le règlement n° 17, si cela était nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de concurrence »*⁴⁵.

La méthode de calcul des sanctions peut donc conserver une certaine évolutivité et la jurisprudence européenne n'impose pas qu'elle soit d'une précision

⁴¹ A l'époque par l'article 15§2 du règlement n° 17/62.

⁴² CJCE, 22 mai 2008, aff. C-266/06 P, *Evonik Degussa GmbH*.

⁴³ CJUE, 17 juin 2010, aff. C-413/08, *Lafarge SA contre Commission européenne*, pt 95.

⁴⁴ Voir TPI, 30 septembre 2003, aff. T-191/98, T-212/98 à T-212/94, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, pt. 1565 s.

⁴⁵ CJCE, 7 juin 1983, aff. jtes 100 à 103/80, *SA Musique Diffusion française et autres c/ Commission des Communautés européennes*, pt 109.

absolue. Il est vrai qu'un barème purement arithmétique pour le calcul des sanctions comporte plusieurs défauts.

3. Le rejet d'un barème mécanique

Bien qu'une meilleure prévisibilité soit souhaitable, l'instauration d'une méthode absolue, d'un barème mécanique permettant de calculer avec certitude le montant d'une éventuelle sanction semble quant à elle à éviter.

La sémantique a son importance. En janvier dernier, le président de l'Autorité de la concurrence préférait ainsi qualifier le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires de « *guide pratique* » que de « *barème* »⁴⁶.

Le Communiqué du 16 mai 2011 précise sur ce point qu'il n'est pas « *souhaitable, tant du point de vue de l'Autorité que dans l'intérêt des entreprises et des organismes concernés, de concevoir, au-delà de la méthode suivie pour déterminer le montant des sanctions pécuniaires, un barème mécanique permettant de prévoir par avance leur montant précis. Ce montant ne peut être pleinement compris qu'à la lecture de l'ensemble des motifs pertinents de la décision concernée et à la lumière du contexte de l'affaire en cause* »⁴⁷.

Plus qu'une question de vocabulaire, un barème strict semble pouvoir réduire l'effet dissuasif d'une amende. En juin 2010, Bruno Lasserre affirmait en ce sens que « *si la sanction doit être prévisible, elle ne doit pas l'être entièrement pour garder son caractère dissuasif. Si les entreprises savent exactement à quelle sanction elles s'exposent, elles se livreront à un calcul rationnel et optimiseront leur comportement en conséquence. La sanction doit donc conserver une part de mystère* »⁴⁸.

Pour les intervenants du rapport Folz également « *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*

⁴⁶ Voir l'article « Concurrence : les sanctions en question », 17 janvier 2011, *le Figaro*.

⁴⁷ Paragraphe 16 du Communiqué.

⁴⁸ Voir l'audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence par la Commission des affaires économiques du 23 juin 2010, compte rendu n° 78.

demeurer afin d'éviter que les montants puissent être parfaitement anticipés par de futurs délinquants »⁴⁹.

D'après le groupe de travail ECA sur les sanctions, « *un certain degré d'incertitude sur le montant réel de la sanction résultant de l'application d'une méthode donnée peut accroître son effet dissuasif, dans la mesure où les contrevenants potentiels ne peuvent alors effectuer à l'avance un calcul exact du risque encouru. Les autorités de concurrence ne devraient pas s'engager sur une méthode de calcul permettant de fixer de façon arithmétique et automatique le montant de l'amende, mais devraient conserver une certaine marge de manœuvre »⁵⁰.*

Du point de vue des praticiens cependant, l'effet contreproductif d'une totale prévisibilité n'est pas avéré. L'avocat Michel Debroux remet ainsi en cause l'idée d'un « *calcul totalement rationnel* » par les entreprises. Selon lui, une entente est la plupart du temps « *mise en œuvre par un chef de produit, un commercial isolé ou une équipe régionale qui veut 'faire du chiffre' à court terme, parce que son bonus en dépend* ». Le praticien conteste le fait que l'entente soit consciemment mise en œuvre par les dirigeants qui sont, la plupart du temps, bien au courant des risques encourus. Il ajoute en effet qu'« *il est rare qu'une entente se décide au plus haut niveau, en fonction d'une stratégie d'ensemble délibérée et d'un calcul fin des risques. Cela peut certes arriver, on l'a vu notamment dans l'affaire 'téléphonie mobile', où des documents ont été retrouvés en possession de responsables importants, mais c'est peu fréquent* »⁵¹.

Le docteur d'Etat en droit Christine Vilmart va même jusqu'à affirmer qu'une plus grande prévisibilité du risque pourrait inciter les entreprises à adopter des procédures d'auto contrôle et d'audit interne, permettant de réduire en amont le risque d'infractions⁵².

⁴⁹ Rapport Folz, page 31.

⁵⁰ « *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence - Principes pour une convergence* », page 2.

⁵¹ Voir l'interview de Michel Debroux du 11 avril 2011, *Le Petit Juriste*.

⁵² C. Vilmart, « L'intérêt de lignes directrices pour réduire l'imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence », JCP E 2010, act. 130.

La raison la plus vraisemblable derrière ce rejet d'un barème mécanique est sans doute la volonté de ne pas enfermer l'Autorité dans un schéma trop contraignant et de conserver une certaine marge de manœuvre comparable à celle que possède la Commission dans la détermination des amendes au niveau européen⁵³. Cette marge de manœuvre apparaît nécessaire en vue de renforcer l'effet dissuasif des peines infligées. Il ressort d'ailleurs du tableau joint en Annexe 2⁵⁴ que les principales autorités de concurrence de l'OCDE, à l'exception du CNC espagnol, ont toutes opté pour un système donnant à l'autorité une telle marge d'appréciation.

De plus, cette souplesse permet de répondre au mieux à la nécessité de respecter le principe d'individualisation des sanctions. A ce titre, le Communiqué mentionne qu'il convient de « *prendre en considération, conformément à l'exigence légale d'individualisation, un grand nombre d'éléments dont la nature et l'importance peuvent varier d'une affaire à l'autre* » (paragraphe 16).

Quelle que soit l'autorité qui prononce l'amende en effet, celle-ci doit être individualisée. Dans l'affaire *Microsoft*⁵⁵ la Commission a ainsi estimé que la sanction doit être adaptée à la « capacité économique » de l'entreprise, ce qui, *a contrario*, devrait conduire l'autorité saisie à prendre en compte la situation déficitaire de l'entreprise, ou la crise économique.

⁵³ Voir le point 37 des Lignes directrices de 2006 : « *Bien que les présentes Lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21* ».

⁵⁴ « Détermination des sanctions : méthodes comparées des principales autorités de concurrence » (source : Autorité de la concurrence).

⁵⁵ Affaire COMP/C-3/37-792, *Microsoft*, 24 mars 2004, pt 1076.

III. LE CHOIX DE L'INSTRUMENT ET DE LA METHODE DE CALCUL APPROPRIES

Comme l'illustre le processus ayant conduit à la publication du Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires en mai dernier, il est nécessaire d'instaurer une méthode suffisamment précise de calcul de l'amende. Cette méthode est soumise à des contraintes: elle doit être la plus dissuasive possible en permettant à l'autorité de conserver une marge de manœuvre, tout en respectant les principes généraux du droit.

Se pose alors la question d'une part de la nature de l'instrument juridique le plus approprié pour formaliser cette méthode (A), et d'autre part du choix de la méthode de calcul appropriée (B).

A. L'opportunité des lignes directrices

Le rapport Folz liste dans ses recommandations les différents types de solutions possibles quant au type d'instrument juridique qui serait le plus approprié (pages 36 et 37).

Le recours à la loi est exclu, les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce n'ayant nul besoin d'être modifiées sur le fond mais uniquement d'être précisées.

L'adoption de lignes directrices est quant à elle vivement préconisée par le rapport : à l'instar de celles du droit de la concurrence de l'Union qui engagent la Commission, elles permettraient de préciser l'application et le mode de calcul des sanctions et de garantir une meilleure sécurité juridique pour le justiciable.

En 2008, le groupe de travail ECA soulignait aussi l'opportunité de mettre en place des lignes directrices : « *Des lignes directrices ou tout moyen d'information similaire,*

exposant la méthode suivie par les autorités de concurrence pour le calcul des sanctions, devraient être rendues publiques »⁵⁶.

Pour la commission Folz, les lignes directrices doivent être cohérentes avec l'approche de la Commission européenne tout en conservant un certain degré de liberté au niveau national pour permettre la mise en œuvre de ses recommandations.

Il est intéressant de remarquer qu'un membre de la commission préconise que ces lignes directrices soient adoptées directement par l'Autorité de la concurrence plutôt que par l'intermédiaire d'un décret. D'après le rapport, cela éviterait de mettre en doute l'indépendance de l'Autorité et renforcerait la crédibilité du texte.

C'est cette dernière solution qui a obtenu la faveur de l'Autorité en mai dernier. Aussi, le statut du communiqué est-il précisé au point 14 : il revêt le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative (*CE, 11 décembre 1970, Crédit foncier de France*). Il engage l'Autorité et lui est donc opposable même si l'Autorité conserve la possibilité de s'en affranchir dans des circonstances particulières ou pour des raisons d'intérêt général.

B. Une méthode de calcul dans la logique européenne

Rappelons que la fonction capitale de la sanction en droit de la concurrence est de dissuader les entreprises d'entreprendre des pratiques anticoncurrentielles (voir *supra*).

En vertu de l'article L. 464-2 du Code de commerce, il existe quatre critères de base pour déterminer les sanctions pécuniaires : la gravité de la pratique, l'importance du dommage causé à l'économie, la réitération des pratiques et l'individualisation de la sanction.

La *gravité* correspond au type de pratique anticoncurrentielle en cause (dans l'ordre décroissant, cartel, échange d'informations, abus de position dominante, restriction verticale, etc.). Sur l'échelle de la gravité, les restrictions verticales figurent en bas et les pratiques de cartel sont placées en haut.

⁵⁶ « *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence - Principes pour une convergence* », page 2.

Il ressort du tableau joint en Annexe 2 que les critères posés par l'article L. 464-2 du Code de commerce sont similaires à ceux utilisés par les principales autorités de concurrence de l'OCDE, à une exception près : l'importance du dommage causé à l'économie.

Spécificité française, jugée « *floue* » par les spécialistes, cette notion est définie dans le rapport Folz comme recouvrant deux aspects principaux d'un point de vue juridique : d'une part, la perte d'efficacité de l'économie (dommage à l'économie en général ou atteinte à l'intérêt général), d'autre part, les dommages aux victimes de la pratique.

Jugeant le dommage à l'économie comme une notion imprécise et difficile à quantifier, le rapport Folz suggérait de ne le faire intervenir « *qu'au stade des pondérations, comme circonstance atténuante ou aggravante, dans les seuls cas où il peut être véritablement identifié* ».

La méthodologie en quatre temps retenue par l'Autorité de la concurrence dans son Communiqué du 16 mai dernier se rapproche de celle de la Commission européenne dans ses Lignes directrices de 2006 (voir Annexe 2). Concernant les différences les plus notables, il convient de remarquer que subsistent l'absence d'un « droit d'entrée » dans la méthode de calcul nationale ainsi que certaines différences dans la valeur des fourchettes de taux retenues. Il faut noter en outre que les facteurs d'ajustement restent nombreux et que l'Autorité conserve une large marge d'appréciation conformément à l'objectif de dissuasion évoqué plus haut.

1. Détermination du montant de base

L'Autorité part d'un montant de base de l'amende qui est une proportion de la valeur des ventes hors taxes réalisées par l'entreprise en France et qui sont en lien avec l'infraction⁵⁷. Ce montant a été préféré au chiffre d'affaires total de l'entreprise qui n'est pas forcément significatif par rapport aux infractions et au poids relatif de chaque participant sur le secteur en cause.

⁵⁷ A noter qu'est définitivement écartée l'approche pénale de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire du négoce de l'acier qui consistait à partir du plafond de la sanction pour en déduire son montant (voir *supra*).

La proportion de la valeur des ventes retenue est calculée sur la base de la gravité des faits et du dommage à l'économie, notion qui est donc conservée en droit français malgré les recommandations du rapport Folz.

Le Communiqué précise que la *gravité des faits* est appréciée par rapport à la nature de l'infraction en cause et des faits retenus pour la caractériser, de la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause, de la nature des personnes susceptibles d'être affectées et enfin des caractéristiques objectives de l'infraction.

L'Autorité fournit également des précisions appréciables quant à la *nature du dommage à l'économie*. Celui-ci ne doit pas être confondu avec le préjudice subi par les personnes victimes de l'infraction. Il n'est pas non plus limité aux seuls gains illicites que l'entreprise incriminée pouvait escompter avant de mettre en œuvre la pratique : il englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou des marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale.

L'importance du dommage à l'économie est appréciée notamment en fonction de l'ampleur de l'infraction, des caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause et des conséquences conjoncturelles de l'infraction.

La proportion requiert une appréciation au cas par cas et se situe dans une fourchette comprise entre 0 et 30% de la valeur des produits ou services en relation avec l'infraction, vendus pendant une année de référence, qui est la plupart du temps le dernier exercice complet de participation à l'infraction. Pour les cartels, infractions considérées comme injustifiables par l'OCDE, cette fourchette est plus élevée, allant de 15 à 30%.

Le montant obtenu est ensuite ajusté en fonction de la *durée* de la pratique pour les infractions ayant duré plus d'une année. A noter sur ce point que l'Autorité conserve une approche par paliers, à la différence de la majorité des principales autorités de concurrence de l'OCDE qui retiennent une prise en compte intégrale (voir Annexe 2). La proportion s'applique donc à la totalité de la valeur des ventes réalisées pendant l'exercice comptable de référence pour la première année, et à la moitié de cette valeur pour les années suivantes.

2. Individualisation

Au titre de l'individualisation, l'Autorité peut tout d'abord tenir compte de circonstances atténuantes (rôle de franc-tireur, infraction encouragée par les autorités publiques...) ou aggravantes (rôle de meneur, mise en place de mesures de rétorsion pour maintenir l'infraction...).

Le montant obtenu peut ensuite être ajusté à la hausse ou à la baisse de façon à assurer le caractère dissuasif et/ou proportionné de la sanction pécuniaire en fonction d'autres éléments. Une adaptation à la baisse peut par exemple intervenir lorsque l'entreprise n'est présente que sur un seul secteur (entreprise mono produit).

Un ajustement à la hausse pourra avoir lieu si l'entreprise, ou le groupe auquel elle appartient a une taille, une puissance économique ou des ressources globales importantes, notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction.

3. Réitération

Dans son Communiqué, l'Autorité confirme le régime *sui generis* de la réitération au sens du droit français de la concurrence. Les conditions auxquelles il est soumis sont en effet particulièrement strictes par rapport à celles requises par la Cour de justice européenne pour laquelle « *il suffit qu'une entreprise ait été préalablement considérée comme coupable d'une infraction du même type, même si la décision est encore soumise à un contrôle juridictionnel, pour que la Commission puisse tenir compte de la récidive* »⁵⁸.

Ainsi, il faut notamment (i) qu'une précédente infraction au droit de la concurrence ait été constatée avant la mise en œuvre d'une nouvelle action anticoncurrentielle; (ii) que celle-ci soit identique ou similaire, par son objet ou son effet, aux pratiques ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ; (iii) que le constat d'infraction soit devenu définitif à la date à laquelle l'autorité de concurrence statue sur les nouvelles pratiques.

⁵⁸ CJCE, 17 juin 2010, Lafarge SA, aff. C-413/08 P.

Si la réitération est caractérisée, le montant intermédiaire de l'amende peut subir une hausse de 15 à 50%.

4. Ajustements finaux

A ce stade, l'Autorité vérifie que la sanction pécuniaire infligée ne dépasse pas le plafond légal de 10% 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.

Elle prend en considération par la suite l'existence d'une demande de clémence ou d'une non-contestation de griefs qui peuvent donner lieu à une exonération totale ou partielle.

Enfin, prenant acte d'un arrêt du 29 mars 2011, rendu par la Cour de cassation dans l'affaire du travail temporaire, dans lequel la Haute juridiction avait estimé que les difficultés individuelles auxquelles se heurte une entreprise pouvaient être prises en compte pour le calcul de la sanction, le Communiqué mentionne :

« Si les éventuelles difficultés générales du secteur concerné par les infractions ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du code de commerce, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises ou organismes peuvent être prises en compte dans le cadre de la détermination de leur sanction, si ceux-ci rapportent la preuve, chacun en ce qui le concerne, de leurs difficultés contributives » (point 62).

L'Autorité s'aligne ainsi sur la pratique décisionnelle récente de la Commission qui s'appuyant sur le point 35 de ses Lignes directrices, a accordé dernièrement plusieurs réductions d'amendes à des entreprises se heurtant à un défaut de capacité contributive

CONCLUSION

Si les sanctions pécuniaires en droit de la concurrence ne doivent pas suivre un barème mécanique de façon à conserver « une part de mystère »⁵⁹ contribuant à leur caractère dissuasif, les principes généraux du droit et notamment l'impératif de sécurité juridique s'opposent à une absence totale de barème. Cependant d'aucuns préféreront le terme de « guide pratique » plutôt que celui de « barème », en raison de son évolutivité et de la grande marge d'appréciation qu'il laisse à l'autorité de concurrence.

La mise en place de lignes directrices pour le calcul des sanctions, qui fait l'unanimité parmi les praticiens du droit de la concurrence comme au sein de la doctrine, est une initiative qui doit être saluée. Leur efficacité apparaît d'autant plus renforcée qu'elles sont directement opposables aux autorités de concurrence qui en sont les auteurs. Elles présentent en outre l'avantage d'améliorer la convergence du mode de calcul de la sanction entre les pays de l'OCDE⁶⁰.

Dans le cas de la France en particulier, on notera qu'il s'agit d'une innovation majeure : la tradition répressive veut en effet que les peines soient caractérisées dans la loi par un simple plafond, proportionnel à la gravité de l'infraction que le juge est ensuite libre d'abaisser à la suite d'une opération d'individualisation.

La prévision du montant d'une amende demeure malgré tout un exercice délicat du point de vue des justiciables, à l'exception du cas où une exonération totale aura été obtenue dans le cadre d'une procédure de clémence. Les facteurs d'ajustement restent en effet nombreux pour les autorités de concurrence qui ont la possibilité d'ajuster à la hausse ou à la baisse le montant des sanctions pécuniaires infligées. Pour une partie

⁵⁹ Selon l'expression de Bruno Lasserre, audition par la Commission des affaires économiques du 23 juin 2010, compte-rendu n°78.

⁶⁰ Voir en ce sens le rapport de l'ECA « *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence - Principes pour une convergence* ».

de la doctrine, un tel pouvoir peut dans certains cas laisser craindre un risque d'arbitraire de la part de l'Autorité⁶¹.

Depuis la publication par la Commission européenne de ses Lignes directrices de 2006, on assiste à une augmentation considérable du montant moyen des sanctions infligées en Europe (voir Annexe 1). Il est fort à parier que le niveau moyen d'amende au niveau national soit lui aussi amené à fortement augmenter dans les prochaines années, pour le plus grand bonheur des associations de consommateurs qui déplorent leur caractère encore insuffisamment dissuasif⁶². Il est d'ores et déjà possible de constater en effet que l'application des critères du Communiqué à des affaires anciennes induit une augmentation non négligeable du montant des sanctions infligées aux entreprises.

Pour une grande partie de la doctrine économique et juridique cependant, le véritable débat est ailleurs et consisterait à repenser l'articulation entre les objectifs de la sanction et les moyens employés pour y parvenir. La dimension pénale demeure en effet la grande absente du système français de même que la composante réparation à travers un éventuel mécanisme d'action de groupe (« *class action* »). La palette des sanctions effectivement utilisées en France reste bien moins variée qu'outre-Atlantique où le montant certes moins important des sanctions administratives est largement compensé par les réparations demandées au titre du « *private enforcement* ».

Dans la course à des sanctions toujours plus élevées, élargir l'éventail de dissuasion paraît être une échappatoire opportune⁶³.

⁶¹ Voir notamment la newsletter d'Alain Ronzano (CREDA) en date du 17 mai 2011 à propos du mode de détermination des amendes sanctionnant des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offre ponctuels en France (partie V du Communiqué).

⁶² Voir la contribution de l'UFC-Que Choisir à la consultation publique concernant le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

⁶³ Voir notamment Emmanuel Combe « Quelles sanctions contre les cartels ? », *Revue internationale de droit économique* 1/2006 (t. XX, 1), p. 11-46.

BIBLIOGRAPHIE

Articles juridiques

- P. Arhel « Communiqué du 16 mai 2011 de l’Autorité de la concurrence sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », JCP E n°21, 26 mai 2011, act. 279 ;
- M. Debroux, interview du 11 avril 2011, *Le Petit Juriste* ;
- O. Dufour, « La consultation sur le calcul des sanctions est lancée ! », Petites Affiches, 25 janvier 2011, n°77.
- P. Lowe, « Cartels, Fines, and Due Process », The online magazine for global competition policy, juin 2009.
- A. Ronzano, newsletter (CREDA) du 17 mai 2011 ;
- J. Schwarze, Les sanctions infligées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l’article 23 du règlement n° 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007 ;
- C. Vilmart, « L’intérêt de lignes directrices pour réduire l’imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence », JCP E 2010, act. 130 ;
- « Concurrence : les sanctions en question » ; 17 janvier 2011 , *le Figaro*.

Articles économiques

- Becker (1968), « Crime and punishment : an economic approach », The Journal of Political Economy, vol. 76, n°2 ;
- Benzoni (2000), « L’efficacité répressive des décisions en matière concurrentielle : une approche économique », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n°115 ;
- Bryant et Eckard « Price fixing : the probability of getting caught », Review of Economics and Statistics, vol. 73, pp. 531-536 ;

- Combe (2006) « Quelles sanctions contre les cartels ? », *Revue internationale de droit économique* 1/2006 (t. XX, 1), p. 11-46 ;
- Connor (2004), « Price fixing overcharges : legal and economic evidence », Working Paper American Antitrust Institute, n° 04-05 ;
- Connor, Bolotova (2005) « Cartel overcharges : Survey and meta-analysis », Purdue University ;
- Connor, Lande (2005), « How high do cartel raise prices ? implication for reform of antitrust sentencing guidelines », Working Paper American Antitrust Institute, n° 01-04 ;
- Levenstein et Suslow (2001) « What determines cartel success ? », document de travail n°2-2001, Université du Michigan ;
- Perrot (2003), « L'efficacité des sanctions pécuniaires en politique de la concurrence », *La gazette du Palais*, février ;
- Wils (2001), « Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment ? », *The optimal enforcement of EC antitrust law : essays in law and economics* ;
- Wils (2005), « Is criminalization of EU Competition law the answer ? », *Revue Lamy de la concurrence*, N°4, pp. 139-177, 2005.

Ouvrages

- Emmanuel Combe, « Economie et politique de la concurrence », *Précis Dalloz*.

Textes

- Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ;

- Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement no 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du traité CECA (JO C 9 du 14.01.1998) ;
- Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003 (JO C 210 du 01.09.2006).

Rapports

- Audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence par la Commission des affaires économiques du 23 juin 2010, compte rendu n° 78 ;
- Etude thématique « Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence: les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence » extraite du rapport annuel 2005 du Conseil de la concurrence, pages 102 et s. ;
- Rapport de l'OCDE (2003) « Les ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs » ;
- Rapport de l'ECA (2008) « Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence - Principes pour une convergence » ;
- Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles (rapport Folz) de septembre 2010.

Sites Internet

- Ensemble des contributions à la consultation publique du 17 janvier 2011 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=402&id_article=1595);
- Les rendez-vous de l'Autorité, « Détermination des sanctions – vers plus de prévisibilité », 30 mars 2011 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/rdv.php?id_rub=392).

ANNEXE 1

« *Cartel statistics* » – 14 juillet 2011

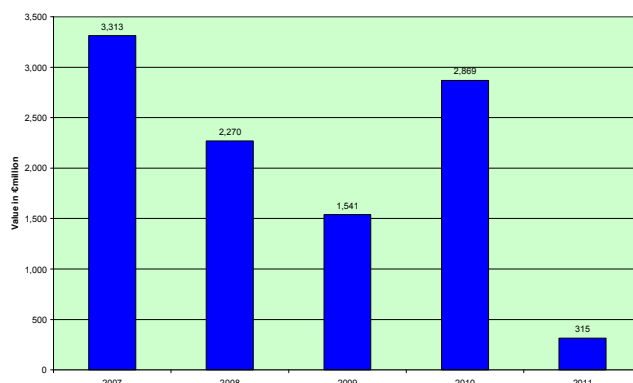
Source: Commission européenne

1. CARTEL STATISTICS

1.1. Fines imposed (not adjusted for Court judgments) - period 2007 - 2011

Last change: ++14 July 2011++

Year	Amount in €*)
2007**	3.313.427.700
2008***	2.270.012.900
++2009****++	1.540.651.400
2010****	2.868.676.432
2011	315.200.000
total	10.307.968.432



** This figure takes into account the amendment of 23 June 2008 to the decision of 5 December 2007 in case chloroprene rubber (see [IP/07/1855](#)) and the amendment of 31 March 2011 to the decision of 19 September 2007 in case Hard haberdashery: fasteners.

*** This figure takes into account the amendment of 24 July 2009 to the decision of 11 March 2008 in case international removal services.

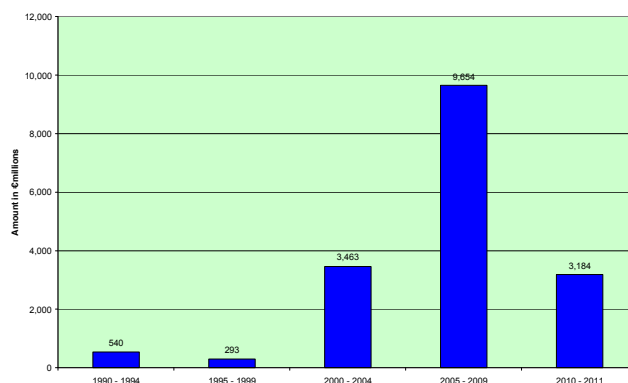
**** This figure takes into account the amendments of 30 September 2010 and 04 April 2011 to the decision of 30 June 2010 in case prestressing steel.

***** This figure takes into account the amendments of 30 June 2011 to the decision of 11 November 2009 in case heat stabilisers.

1.2. Fines imposed (not adjusted for Court judgments) - period 1990 - 2011

Last change: ++14 July 2011++

Year	Amount in €*)
1990 - 1994	539.691.550
1995 - 1999	292.838.000
2000 - 2004	3.462.664.100
++2005 - 2009++	9.653.506.500
2010 - 2011	3.183.876.432
total	17.132.576.582



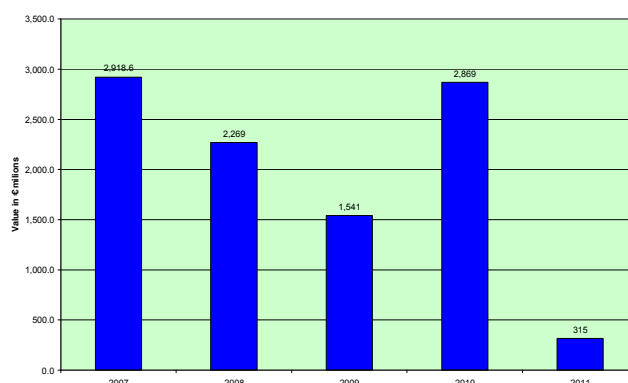
- Amounts as imposed by the Commission and not corrected for changes following judgments of the Courts (General Court and European Court of Justice) and only considering cartel infringements under Article 101 TFEU (previously Article 81 resp. 85 of the Treaty). Wherever prohibitions and fines concern infringements of Article 101 TFEU and of Article 102 TFEU (previously Articles 81 resp. 85 and Article 82 resp. Article 86 of the Treaty), only those amounts have been considered which concern the Article 101 TFEU.



1.3. Fines imposed (adjusted for Court judgments) - period 2007 – 2011

Last change: ++14 July 2011++

Year	Amount in €*
++2007++	2.918.583.562,5
2008	2.268.948.900
2009	1.540.651.400
2010	2.868.676.432
2011	315.200.000
total	9.912.060.294,5

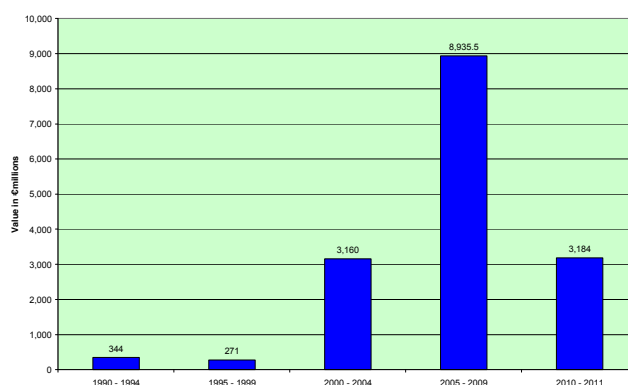


*) Amounts corrected for changes following judgments of the Courts (General Court and European Court of Justice) and only considering cartel infringements under Article 101 TFEU (previously Article 81 resp. Article 85 of the Treaty). Wherever prohibitions and fines concern infringements of Article 101 TFEU (previously Article 81 resp. Article 85 and of Article 102 TFEU (previously Articles 82 resp. Article 86 of the Treaty), only those amounts have been considered which concern the Article 101 TFEU infringements.

1.4. Fines imposed (adjusted for Court judgments) - period 1990 – 2011

Last change: ++14 July 2011++

Period	Amount in €*
1990 - 1994	344.282.550
1995 - 1999	270.963.500
2000 – 2004	3.159.760.710
++2005 – 2009++	8.935.463.912,5
2010 - 2011	3.183.876.432
total	15.894.347.104,5



*) Amounts corrected for changes following judgments of the Courts (General Court and European Court of Justice) and only considering cartel infringements under Article 101 TFEU (previously Article 81 resp. Article 85 of the Treaty). Wherever prohibitions and fines concern infringements of Article 101 TFEU (previously Article 81 resp. Article 85 and of Article 102 TFEU (previously Articles 82 resp. Article 86 of the Treaty), only those amounts have been considered which concern the Article 101 TFEU infringements.



1.5. Ten highest cartel fines per case (since 1969)

Last change: ++14 July 2011++

Year	Case name	Amount in €*
2008	Car glass	1.383.896.000
2009	Gas	1.106.000.000
++2007++	Elevators and escalators	832.422.250
2010	Airfreight	799.445.000
2001	Vitamins	790.515.000
2008	Candle waxes	676.011.400
2010	LCD	648.925.000
2010	Bathroom fittings	622.250.782
++2007++	Gas insulated switchgear	539.185.000
++2007++	Flat glass	486.900.000

* Amounts adjusted for changes following judgments of the Courts (General Court and European Court of Justice).

1.6. Ten highest cartel fines per undertaking (since 1969)

Last change: ++14 July 2011++

Year	Undertaking**	Case	Amount in €*
2008	Saint Gobain	Car glass	896.000.000
2009	E.ON	Gas	553.000.000
2009	GDF Suez	Gas	553.000.000
2001	F. Hoffmann-La Roche AG	Vitamins	462.000.000
2007	Siemens AG	Gas insulated switchgear	396.562.500
2008	Pilkington	Car glass	370.000.000
2010	Ideal Standard	Bathroom fittings	326.091.196
++2007++	ThyssenKrupp	Elevators and escalators	319.779.900
2008	Sasol Ltd	Candle waxes	318.200.000
2010	Air France / KLM	Airfreight	310.080.000

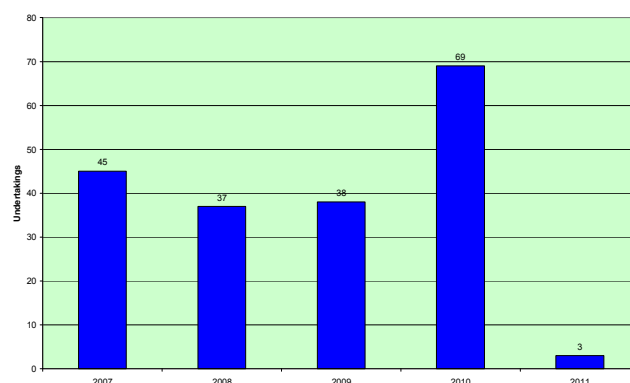
* Amounts adjusted for changes following judgments of the Courts (General Court and European Court of Justice).



1.7. Number of decisions (per undertaking/association)* - period 2007 - 2011

Last change: ++14 July 2011++

Year	Undertakings
2007	45
2008	37
++2009++	38
2010	69
2011	3
Total	192

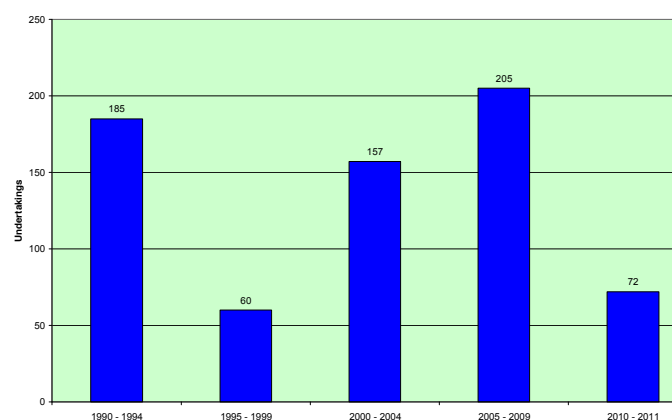


* Includes entities not fined such as immunity applicants; If more than one legal entity of the same group were subject to the decision, they are counted as one for the purpose of this table.

1.8. Number of decisions (per undertaking/association)* - period 1990 - 2011

Last change: ++14 July 2011 ++

Period	Undertakings
1990 - 1994	185
1995 - 1999	60
2000 - 2004	157
++2005 - 2009++	205
2010 - 2011	72
total	679



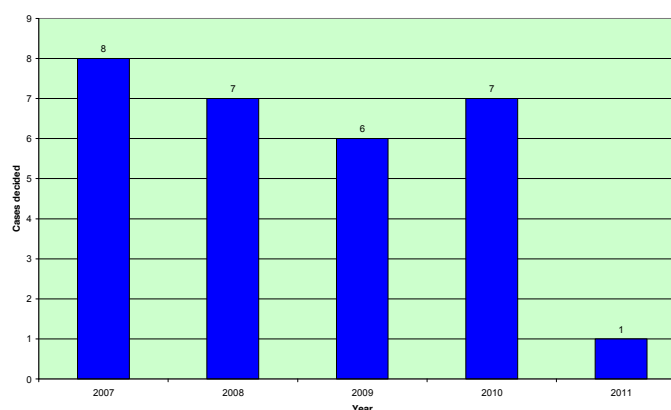
* Includes entities not fined such as immunity applicants; If more than one legal entity of the same group were subject to the decision, they are counted as one for the purpose of this table.



1.9. Cartel cases* decided by the European Commission - period 2007 - 2011

Last change: ++13 April 2011++

Year	Decisions
2007	8
2008	7
2009	6
2010	7
++2011++	1
total	29

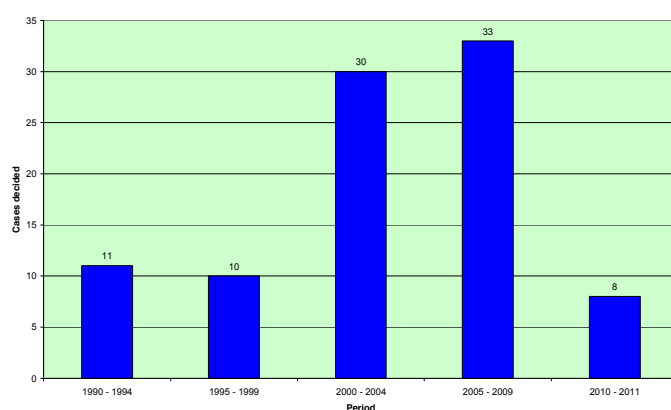


- A cartel case concerns a single proceeding against various undertakings concerned, and may involve more than one infringement.

1.10. Cartel cases* decided by the European Commission - period 1990 - 2011

Last change: ++13 April 2011++

Period	Cases decided
1990 -1994	11
1995 - 1999	10
2000 - 2004	30
2005 - 2009	33
++2010-2011++	8
total	92



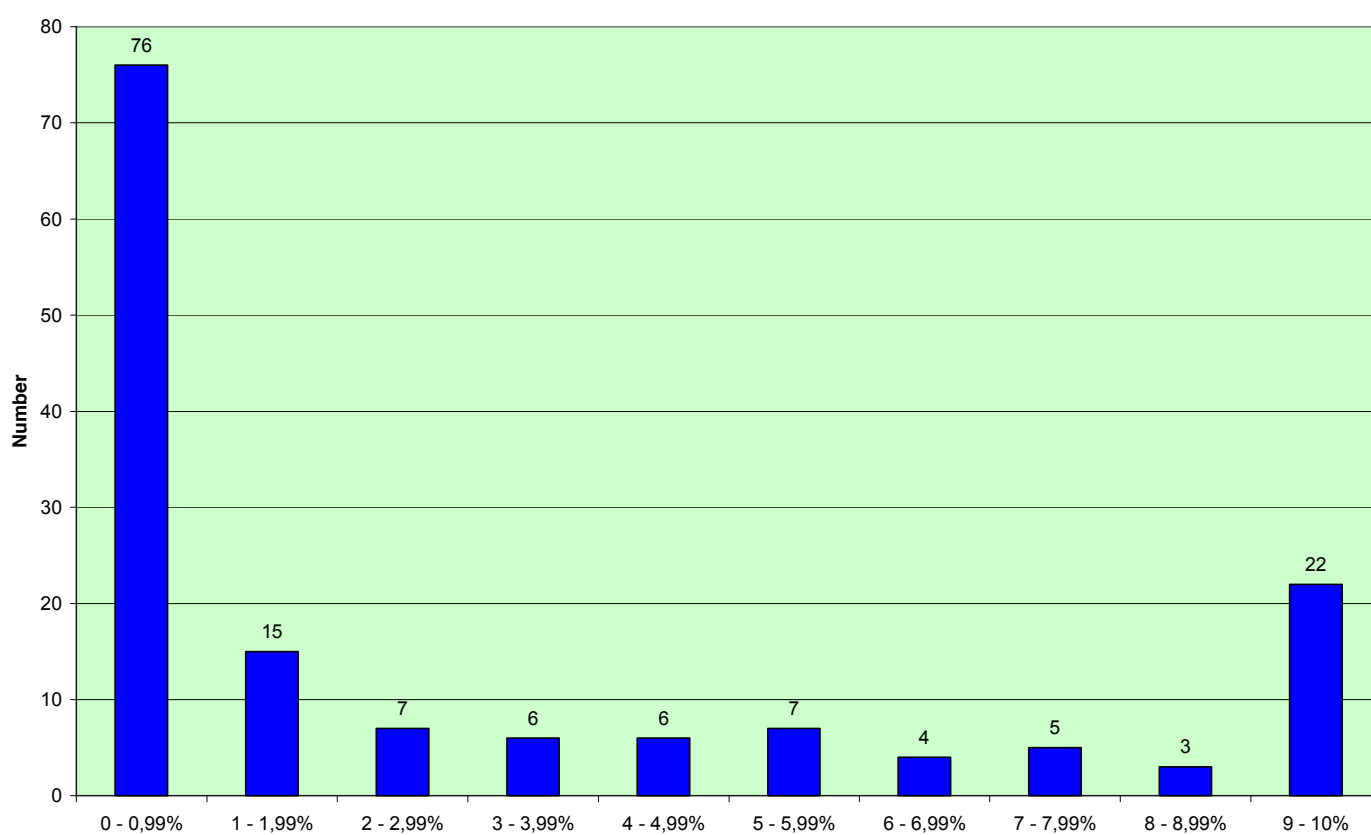
- * A cartel case concerns a single proceeding against various undertakings concerned, and may involve more than one infringement. Only those cartel cases where a fine was imposed were considered for the purpose of that table.



1.11. Fines Guidelines 2006 – fine as percentage of global turnover

Updated twice yearly - last change: ++14 July 2011++

fines guidelines 2006 - fines as percentage of global turnover										
undertakings fined	0 - 0,99%	1 - 1,99%	2 - 2,99%	3 - 3,99%	4 - 4,99%	5 - 5,99%	6 - 6,99%	7 - 7,99%	8 - 8,99%	9 - 10 %
151	76	15	7	6	6	7	4	5	3	22



ANNEXE 2

« Détermination des sanctions : méthodes comparées des principales autorités de concurrence »

Source: Autorité de la concurrence

Détermination des sanctions : méthodes comparées des principales autorités de concurrence

		Allemagne (Bkarta)	Commission européenne	Espagne (CNC)	France (Autorité)	Pays-Bas (NMa)	Royaume-Uni (OFT)	Etats-Unis (DoJ)
Critères de détermination des sanctions		Gravité + Durée	Gravité + Durée	Portée de l'infraction et durée + Parts de marché + Caractéristiques des marchés + Effets sur les consommateurs	Gravité + Dommage à l'économie + Individualisation + Réitération	Gravité + Durée	Gravité + Durée	Gravité + Durée
Montant de base	Référentiel	0-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	10-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-30 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-50 % de la valeur des ventes liées à l'infraction	0-10 % de la valeur des ventes liées à l'infraction ¹	20 % de la valeur des ventes liées à l'infraction
	Durée	Prise en compte intégrale ²	Prise en compte intégrale ³	Prise en compte par paliers selon l'année (A): A1:+100 %; A2:+75 %; A3:+50 %; A4:+25 %; A5:+15 %; A6: +10 %; A7 et suivantes: +5 %	Prise en compte par paliers selon l'année (A): A1:+100 %; A2 et suivantes:+50 %	Prise en compte intégrale ²	Prise en compte intégrale possible ⁴	Prise en compte intégrale ²
	Droit d'entrée	Aucun	15-25 % de la valeur des ventes liées à l'infraction sur l'année de référence	Aucun ⁵	Aucun	0-25 % de la valeur des ventes liées à l'infraction sur l'année de référence	Aucun	Coefficient multiplicateur en fonction de la culpabilité de l'entreprise
Individualisation	Dissuasion	+100 % du montant de base	Facteur multiplicateur supérieur à 1	Aucun	Réduction ou augmentation possible	Augmentation possible	Réduction ou augmentation possible ⁶	Augmentation possible
	Réitération	Pourcentage d'augmentation au cas par cas	Pourcentage d'augmentation compris entre +50 % et +100%	Pourcentage d'augmentation compris entre +5 % et +15 %	Pourcentage d'augmentation compris entre +5 % et +50 %	+100 %	Pourcentage d'augmentation au cas par cas	Augmentation discrétionnaire au cas par cas
	Autres ajustements	Circonstances aggravantes + circonstances atténuantes + capacité contributive						

¹ En pratique, l'OFT retient une proportion supérieure dans le cas des pratiques graves, comme les cartels, afin d'assurer la dissuasion (exemples : proportion de 15 % retenue pour certaines entreprises dans l'affaire du cartel du travail temporaire en 2009 ; proportion de 14 % retenue pour certaines entreprises dans l'affaire du cartel du BTP en 2009).

² Cette prise en compte intégrale est assurée en additionnant la valeur des ventes effectuées sur toute la durée de l'infraction

³ Cette prise en compte intégrale est assurée en multipliant la valeur des ventes effectuées pendant l'année de référence par le nombre d'années d'infraction.

⁴ En pratique, cette prise en compte est intégrale. Elle est assurée en multipliant la valeur des ventes effectuées pendant l'année de référence par le nombre d'années d'infraction.

⁵ En pratique, le fait que la proportion des ventes commence à 10% est assimilable à un droit d'entrée.

⁶ En pratique, l'OFT peut multiplier le montant de base par un coefficient supérieur à 1 pour assurer la dissuasion.