



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit européen des affaires
Dirigé par Louis VOGEL
2011

***Le droit de la concurrence doit-il être
sanctionné pénalement ?***

Céline DARRIGADE

Sous la direction de Louis VOGEL

**Le droit de la concurrence
doit-il être sanctionné
pénalement ?**

DARRIGADE Céline

Master 2 « Droit européen des Affaires »

Mémoire rédigé sous la direction de Louis VOGEL

Résumé

A la question « le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ? », la réponse est sans appel : oui, mais des conditions doivent être respectées.

Pour les publicistes, il est nécessaire de définir, dans un premier temps, les sanctions pénales dont il est question. A côté de la peine privative de liberté, sanction classique du droit pénal, on retrouve les amendes et les sanctions dites « para-pénales » (sanctions comportementales telles que la disqualification de l'auteur des infractions).

Quant aux infractions au droit de la concurrence concernées, seules les ententes injustifiables résistent au double test de l'intention frauduleuse et du dommage grave à l'économie.

Ces éléments en main, la question centrale qui se pose est de savoir s'il est opportun de sanctionner pénalement les cartels. Pour répondre à cette question, il faut analyser le système de sanction actuellement en vigueur, composé de deux éléments complémentaires : les sanctions pécuniaires administratives et le programme de clémence. Au terme de leur analyse, force est de constater que les amendes imposées ne sont pas suffisamment punitives et ne dissuadent pas les dirigeants de s'engager dans des ententes illégales. L'inefficacité des amendes se répercute directement sur l'efficacité du programme de clémence, dont les failles limitent les capacités de détection et de sanction du cartel. Bien des économistes et des juristes ont cherché des solutions pour remédier aux défaillances du système, en vain : le système administratif est verrouillé.

Face à ce blocage, aussi bien les juristes et les économistes tendent à se tourner vers les sanctions pénales. Si toutes les sanctions du droit pénal ne sont pas bonnes à prendre, en particulier les sanctions pécuniaires pénales et les sanctions para-pénales, la peine privative de liberté représente pour les membres du cartel une menace personnelle, jusque là inexistante. Outre son caractère hautement punitif et dissuasif, l'emprisonnement permet de renforcer la probabilité de détection et implique la mise en place de programmes de conformité au sein de l'entreprise, ce qui conduit, par effet de ricochet, à une surveillance accrue des opérateurs présents au sein de la personne morale.

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Pourtant, l'emprisonnement n'est pas sans risque. La procédure pénale, en effet, n'est pas vraiment adaptée à la vie des affaires : trop lente, trop stigmatisant, trop médiatique, trop coûteuse, le tout dans une société où l'opinion publique, si tant est qu'elle se sente concernée par les problématiques de concurrence, ne plébiscite pas la peine de prison pour de telles infractions. Si l'on ajoute les problèmes d'imputabilité que posent les cartels, la solution pénale est controversée.

Cependant, les solutions pour remédier à ces défauts ne manquent pas. Ainsi, il semble que le respect de quelques conditions de base suffit à redorer la solution pénale. Tout d'abord, il est nécessaire de sensibiliser l'opinion publique, dans un premier temps aux conséquences néfastes de violations au droit de la concurrence, puis dans un second temps à la peine de prison à l'encontre des cartellistes. Ensuite, s'agissant de l'efficacité de la peine, un emprisonnement de courte durée suffisant pour assurer une efficacité maximum et minimise les coûts. Enfin, et surtout, c'est l'ensemble de la coopération judiciaire qui doit être développée. En effet, il faut qu'un dialogue s'établisse entre le juge administratif et le juge pénal, d'une part pour que le programme de clémence joue à l'encontre des deux procédures, et d'autre part, pour que les sanctions soient adéquatement réparties entre les deux juridictions.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	6
I. QUELLES SONT LES SANCTIONS PENALES SUSCEPTIBLES D'ETRE APPLIQUEES EN DROIT DE LA CONCURRENCE ?	8
A. LES SANCTIONS-TYPES DU DROIT PENAL : LES PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE ET LES AMENDES	8
B. LES SANCTIONS PARA-PENALES : DES MESURES COMPORTEMENTALES ADOPTÉES A L'ENCONTRE DES AUTEURS DES INFRACTIONS.....	10
II. QUELLES SONT LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES SUSCEPTIBLES D'ETRE SANCTIONNEES PENALEMENT ?.....	11
A. L'INTENTION FRAUDULEUSE, CARACTERE INDISPENSABLE DE L'INFRACTION PENALE	12
B. LE DOMMAGE A L'ECONOMIE : LA GRAVITE JUSTIFIANT LE RECOURS AU PENAL	15
III. L'APPLICATION DU DROIT PENAL AUX ENTENTES INJUSTIFIABLES EST-ELLE OPPORTUNE ?	20
A. LE SYSTEME ADMINISTRATIF ACTUELLEMENT EN VIGUEUR : DES RESULTATS DECEVANTS	21
i. <i>Des amendes astronomiques mais toujours en-deçà de la sanction optimale.....</i>	<i>21</i>
ii. <i>Le système dissuasif de clémence : une efficacité remise en question</i>	<i>30</i>
B. UN SYSTEME BLOQUE ET DIFFICILEMENT MODULABLE	34
i. <i>L'absence de solutions pour améliorer les amendes</i>	<i>34</i>
ii. <i>Aucune solution face aux failles du programme de clémence.....</i>	<i>38</i>
IV. LES SANCTIONS PENALES PERMETTENT-ELLES DE REMEDIER AUX FAILLES DU SYSTEME ADMINISTRATIF ACTUELLEMENT EN VIGUEUR ?	39
A. L'INEFFICACITE DES SANCTIONS PECUNIAIRES PENALES ET DES SANCTIONS PARA-PENALES.....	40
i. <i>L'absence d'intérêt des sanctions pécuniaires pénales</i>	<i>40</i>
ii. <i>Les failles des sanctions para-pénales.....</i>	<i>41</i>
B. L'EFFICACITE DES PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE	42
i. <i>Un effet ex-post efficace : l'effet dissuasif et punitif de l'emprisonnement</i>	<i>42</i>
ii. <i>Un effet ex-ante redoutable : une probabilité de détection renforcée et le développement d'un objectif de prévention</i>	<i>46</i>
V. L'APPLICATION DE PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE AUX ENTENTES INJUSTIFIABLES ENTRAINE-T-ELLE DES DIFFICULTES ?.....	48
A. UNE PROCEDURE PENALE INADAPTEE A LA VIE DES AFFAIRES	48
B. UN PROBLEME D'IMPUTABILITE CARACTERISTIQUE DES ENTENTES INJUSTIFIABLES	52
VI. QUELLES SONT LES CONDITIONS A OBSERVER POUR OBTENIR DE LA SANCTION PENALE UN MAXIMUM D'EFFICACITE ?.....	54
A. DES CONDITIONS TOUCHANT A LA SANCTION PENALE <i>PER SE</i>	55
i. <i>La sensibilisation de l'opinion publique face aux problèmes de concurrence.....</i>	<i>55</i>
ii. <i>La mise en place de courtes peines de prison</i>	<i>58</i>
B. LES CONDITIONS TOUCHANT A LA PROCEDURE PENALE	58
i. <i>La nécessaire extension du programme de clémence à la procédure pénale.....</i>	<i>58</i>
ii. <i>Une nécessaire répartition des tâches entre le juge administratif et le juge pénal.....</i>	<i>59</i>
BIBLIOGRAPHIE	62

INTRODUCTION

Sur fond de crise financière et économique, la concurrence entre les entreprises fait rage, tous domaines de la vie économique confondus. Les firmes débordent d'imagination pour maintenir la tête hors de l'eau et accroître leur chiffre d'affaires, quitte à pousser les principes fondateurs du droit de la concurrence dans leurs derniers retranchements.

Face à cette fièvre concurrentielle, l'ensemble des autorités de concurrence s'efforce de maintenir l'ordre public économique ainsi maltraité. Elles n'hésitent même plus à sortir l'artillerie lourde et prononcer des sanctions pécuniaires astronomiques. L'exemple du fameux cartel des Vitamines témoigne de cette lutte sans merci : après une première frappe ciblée de 17 million de dollars d'amende menée par les autorités australienne et coréenne, le cartel a commencé à flancher suite à l'attaque canadienne de 100 millions de dollars, pour ensuite se déclarer vaincu par les amendes européennes et américaines respectivement de 847 et 915 millions de dollars¹. Si les autorités ont décroché une victoire, elles n'ont pas pour autant gagné la guerre. La contre-offensive entrepreneuriale, sous le commandement du géant Microsoft, a de nouveau excédé les autorités : sanctionné par la Commission européenne à une amende de 497 millions d'euros pour abus de position dominante, Microsoft a refusé de se plier à la décision souveraine de l'institution européenne, de sorte qu'elle l'a achevé à coup d'astreintes journalières dont la somme totale s'est élevée à 899 millions d'euros².

Ces assauts répétés poussent donc les autorités de concurrence à remettre en question l'arsenal des sanctions qu'elles ont actuellement à leur disposition. Leur objectif est double : il faut punir et dissuader. Si la punition vise le passé, la dissuasion se projette dans l'avenir dans le but d'éviter non seulement que l'entreprise condamnée récidive, mais aussi de donner un exemple à tous les autres. Pour ce faire, les autorités de concurrence disposent de trois moyens de pression : la pression administrative (sanctions pécuniaires notamment), le volet privé (indemnisation du dommage, réparation du préjudice subit) et le recours au pénal (peines de prison). De façon subsidiaire, la dimension disciplinaire personnelle (licenciement pour faute grave des auteurs des pratiques anticoncurrentielles) ainsi que l'atteinte à l'image de l'entreprise corroborent à l'arsenal des sanctions. Alors, quelle stratégie adopter ? Si le

¹ J.M Connor, *The great global vitamins conspiracy : sanctions and deterrence*, Concurrences n°4-2006

² TPICE, Affaire T-201/04 du 17 septembre 2007, Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes

volet privé n'est pas encore reconnu par les autorités de concurrence, qu'elles soient française ou européenne³, en revanche, la tendance générale est au renforcement des sanctions pénales.

Evidemment, ce sont les Etats-Unis, pionnier en droit de la concurrence, qui ont lancé le mouvement, avec dans sanctions symboles telles que celle d'Alfred Taubman, président de Sotheby's, condamné malgré ses 78 ans et son état de santé critique, à une peine d'emprisonnement d'un an et de 7,5 millions de dollars d'amende personnelle, et de sa directrice générale, écopant quant à elle d'une peine de 6 mois d'assignation à domicile avec port du bracelet électronique⁴. Si l'Union Européenne ne se prononce pas sur la question, l'Irlande et le Royaume-Uni, mais aussi l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Estonie, la Roumanie, la Slovaquie ou encore la Slovénie incriminent directement tout ou partie des pratiques anticoncurrentielles. Alors que la Grèce et la République Tchèque entrent dans le mouvement, les Pays-Bas semblent eux aussi prêts à passer le cap⁵. Dans ce paysage pénal, force est de constater que la France fait tâche : prônant la dépénalisation de la vie des affaires, le rapport Coulon du 20 février 2008 met au placard l'article L.420-6 du Code de Commerce⁶, seul article permettant au juge pénal français de prononcer une peine de prison pour les personnes physiques ou morales coupable d'une infraction au droit de la concurrence. Alors, le débat est lancé : la solution pénale doit-elle être adoptée par les derniers Etats réticents, tels que la France, ainsi que l'Union Européenne ? Cette dernière commence d'ailleurs à se laisser tenter, au vue de la réflexion qu'elle mène depuis le début des années 2000 sur le rôle de la sanction pénale en droit des pratiques anticoncurrentielles⁷.

Toute la problématique se situe dans l'articulation des objectifs de la sanction et le choix des moyens à disposition pour y parvenir. Au fond, la question est de savoir si la sanction pénale a une valeur ajoutée par rapport au reste des sanctions actuellement en vigueur.

³ Michel Debroux, « Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », lepetitjuriste.fr, 11 Avril 2011

⁴ Manhattan Federal District Court, *USA v. Alfred Taubman*, 22 avril 2002 et *USA v. Diana D. Brooks*, 29 avril 2002

⁵ Benjamin Cheynel, *Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent*

⁶ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004, dite « loi Perben II »

⁷ V. en particulier les travaux du panel 4, *European Competition Law Annual 2001. Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law* (C.D. Ehlermann, I. Atanasiu, éd.), Hart Publishing, Oxford, 2003, sp. p. 387 et s., avec les rapports de W. P. J. Wils et M. Zuleeg ; W. P.J. Wils, Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require not only Fines on Undertakings but also Individual Penalties, in particular Imprisonment?, in *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer, La Haye, 2002, p. 188-261

L'opportunité des sanctions pénales dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles est donc à vérifier. Il semble tout d'abord opportun de définir quelles sont les sanctions pénales qui sont susceptibles de s'appliquer en droit de la concurrence (I) avant de préciser les pratiques anticoncurrentielles qui peuvent s'assimiler à un crime ou à un délit au sens du droit pénal (II). Il faudra ensuite expliquer en quoi l'arsenal législatif actuellement en vigueur n'est pas satisfaisant (III), de sorte que les sanctions pénales ont un rôle à jouer (IV). Enfin, face aux failles du droit pénal (IV), des précautions sont à prendre lors de son application en droit de la concurrence (VI).

I. Quelles sont les sanctions pénales susceptibles d'être appliquées en droit de la concurrence ?

Avant même d'envisager l'opportunité de sanctions pénales en droit de la concurrence, il faut tout d'abord mentionner quelles sont les sanctions pénales qui sont susceptibles de rejoindre l'arsenal des sanctions déjà existantes. Le droit pénal, ce sont d'abord et avant tout des sanctions « lourdes ». En effet, le droit pénal détient l'exclusivité sur l'application de peine privative de liberté, autrement dit la prison, accompagnée d'une peine d'amende non négligeable (A). Mais le droit pénal renferme aussi tout un dispositif de sanctions dites « para-pénales » atteignant directement les auteurs de l'infraction (B).

A. Les sanctions-types du droit pénal : les peines privatives de liberté et les amendes

La pratique pénale américaine se durcit de plus en plus et mérite à ce titre la première place sur le podium des sanctions pénales les plus importantes. Depuis la révision du *Sherman Act* en 2004, les autorités de concurrence ont décidé de renforcer les peines privatives de liberté, dont la durée maximum s'élève dorénavant à 10 ans. En complément, les sanctions pécuniaires pénales peuvent atteindre le million de dollars⁸.

⁸ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. n° 108-237, Title 2, § 215, 118 Stat. 661, 668 ; cf. les nouvelles Antitrust Sentencing Guidelines de l'U.S. Sentencing Commission entrées en vigueur le 1er nov. 2005

Ainsi, pour l'année fiscale 2008, l'*Antitrust Division* a engagé des poursuites pénales contre 59 personnes physiques et 25 compagnies, statistique la plus élevée depuis 2000. À la fin de l'année 2009, elle avait 144 investigations pénales en cours, soit le nombre le plus élevé depuis 1992⁹. Au cours de la même année, le juge pénal américain a prononcé, en moyenne, 25 mois de prison ferme à l'encontre de dirigeants d'entreprise. A titre d'exemple, dans le cartel du transport maritime entre les États-Unis et Porto Rico qui a perduré entre mai 2002 et avril 2008, Peter Baci, un dirigeant de Sea Star, a accepté de plaider coupable et de purger une peine de 48 mois de prison, assortie d'une amende de \$20 000¹⁰.

Cependant, le rouleau-compresseur américain ne s'arrête pas aux frontières. En effet, dans l'affaire du cartel des écrans LCD-TFT et CRT (cathodiques), les autorités américaines ont obtenu des mises en examen ou des « plaidés coupables » de quatre dirigeants de Chunghwa et deux de LG Displays, lesquels ont accepté des peines de prison de 6 mois à 1 an et un jour assortis de \$20 000 à \$50 000 d'amende¹¹. Même les dirigeants français n'y échappent pas, si l'on en croit un communiqué du Department Of Justice (DOJ) qui annonçait qu'il avait « persuadé » un dirigeant français d'un groupe international établi en France de se rendre aux États-Unis pour accomplir une peine de trois mois d'emprisonnement et de payer une amende pénale de 50 000 dollars, du fait de sa participation à une entente anticoncurrentielle dans le secteur de la chimie¹². De même, en novembre 2007, deux français ont « accepté » de passer quatorze mois en prison aux États-Unis pour des pratiques anticoncurrentielles dans les secteurs de tuyaux de marines.

En France, l'article L. 420-6 du code de commerce (ex article 17 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) permet de punir « d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros (500 000 F) » les personnes physiques et morales (depuis la loi Perben II) qui auraient pris part à une pratique anticoncurrentielle. Si le juge pénal français n'utilise pas cet article seul pour sanctionner les chefs d'entreprise¹³, il faut citer, à titre d'exemple, trois

⁹ Barnett B. A., *Criminal Enforcement at the Antitrust Division – The Year in Review*, A.B.A. Cartel & Criminal Practice Comm. Newsletter, Décembre 2009, p. 14

¹⁰ Florida Federal District Court, *United States v. Baci*, 30 janvier 2009, Case N° 3:08-cr-350-J-32TEM

¹¹ Benjamin Cheynel, *Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent*, *Revue Lamy de la Concurrence*

¹² Department of Justice, *European Executive agrees to plead guilty for participating in an international antitrust conspiracy*, 7 août 2002 : <http://www.usdoj.gov/atr/public/press-releases/2002/200122.htm>

¹³ Dans les exemples suivants, les chefs d'entreprise ont également été sanctionnés respectivement pour corruption active et passive, complicité et recel d'abus de biens sociaux et d'abus de confiance

affaires dans lesquelles des peines d'emprisonnement pour entente ont été prononcées. C'est d'abord dans les DOM-TOM, à la Réunion, où la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Saint-Denis a prononcé à l'encontre d'un dirigeant d'entreprise responsable d'une entente une peine de 2 ans d'emprisonnement dont 14 mois avec sursis et mise à l'épreuve et 300 000 francs d'amende¹⁴. En 1999, c'est au tour de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Grenoble de prononcer à l'égard du chef de file de l'entente une peine de deux ans d'emprisonnement dont un an avec sursis, 1 500 000 francs d'amendes et 5 ans d'interdiction du droit de vote et d'éligibilité. Trois autres dirigeants, également parties à l'entente, ont eu droit à huit mois d'emprisonnement avec sursis et 100 000 francs d'amende¹⁵. Enfin, le Tribunal Correctionnel du Havre, en janvier 2001, a prononcé une peine de 6 mois d'emprisonnement avec sursis et une amende de 20 000 francs à l'encontre du dirigeant à l'origine de l'entente¹⁶. Le juge pénal français reste donc très timide lorsqu'il s'agit d'envoyer un dirigeant en prison.

Cependant, la grande particularité du droit pénal est la mise en place de sanctions modifiant directement les comportements des auteurs des infractions, appelées sanctions « para-pénales ».

B. Les sanctions para-pénales : des mesures comportementales adoptées à l'encontre des auteurs des infractions

Dans la plupart des systèmes qui pénalisent le droit de la concurrence, les sanctions para-pénales foisonnent au côté des sanctions pénales stricto sensu. Ainsi, en Angleterre, les dirigeants d'entreprises peuvent subir la procédure de la « disqualification »¹⁷, c'est-à-dire qu'ils peuvent se voir interdire l'exercice de fonctions de direction pour une période plus ou moins longue. En outre, ils peuvent se voir retirer les bénéfices financiers issus de leur comportement criminel dès lors qu'ils ont eu un « style de vie criminel »¹⁸. Il en a été ainsi

¹⁴ Affaire des transports collectifs de voyageurs, peine confirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, 9 novembre 1995, n°94-84204

¹⁵ Affaire des enrobés bitumeux, peine confirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, 16 mai 2001, n°99-83467 et 97-80888

¹⁶ Affaire de l'entretien et la rénovation partielle de l'éclairage public de la ville du Havre, confirmée par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Rouen, 25 février 2002

¹⁷ Section 204 de l'*Enterprise Act* de 2002

¹⁸ *Proceeds of Crime Act* 2002

jugé pour les trois dirigeants mis en cause dans l'affaire britannique des conduites marines¹⁹, au terme de laquelle deux des dirigeants ont été obligé de rembourser des centaines de milliers de livres sous peine de se voir infliger une peine de prison supplémentaire. Les juridictions pénales anglaises ont également la possibilité de mettre les frais de poursuite à la charge de la personne condamnée.

Enfin, l'application de la procédure d'extradition aux criminels du droit de la concurrence a intégré l'arsenal pénal britannique au cours de l'affaire *Norris* qui s'est dénouée au Royaume-Uni en février 2010, au terme de laquelle les États-Unis ont obtenu l'extradition de l'ancien PDG de la société Morgan Crucible poursuivi aux États-Unis pour son implication dans une entente mondiale sur les prix de produits à base de graphite, entre 1989 et 2000²⁰.

En d'autres termes, et pour reprendre ceux désormais populaires au Monopoly, les sanctions pénales pointent du doigt la *carte chance* : « Allez en prison. Ne passez pas par la case départ. Ne touchez pas 20 000 francs. » La question du recours au droit pénal pour sanctionner le droit de la concurrence est donc à prendre avec beaucoup de précaution. Certes, « aux grands maux les grands remèdes », mais à l'instar des antibiotiques, le recours au droit pénal ne doit pas être automatique. En effet, tout le droit de la concurrence ne peut être sanctionné pénalement : il faut sélectionner les pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être perçues comme des « crimes » ou des « délits » au sens du droit pénal.

II. Quelles sont les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être sanctionnées pénalement ?

Si sanctions pénales il doit y avoir, il ne semble pas pour autant que tout le droit de la concurrence soit pénalement sanctionnable. Or, le « droit de la concurrence » renferme un large panel de comportements, englobant tout à la fois les pratiques restrictives de concurrence (surnommé « le petit droit de la concurrence »), comme les modalités de vente

¹⁹ Southwark Crown Court, 18 juin 2008, http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/prosecutions/remarks.pdf

²⁰ Chambre des Lords *Norris v Government of United States of America* [2010] UKSC 9, 24 février 2010

discriminatoires, le refus de vente entre commerçants ou les ventes liées, et les pratiques anticoncurrentielles (ou « le grand droit de la concurrence », d'origine communautaire), telles que les ententes et les abus de position dominante. Les pays de l'OCDE ont à cet effet exprimé leur crainte que des sanctions pénales ne puissent avoir une force de dissuasion excessive si la conduite à laquelle elles s'appliquent n'est pas clairement définie²¹. Ainsi, il est primordial de définir et de limiter l'intervention du droit pénal dans le domaine concurrentiel. D'après la Commission du droit de l'entreprise de la CCIP, « la légitimité de la sanction pénale n'est, a priori, pas discutable [pour] les infractions caractérisées par une volonté frauduleuse et les atteintes à l'ordre public économique »²². Ainsi, deux critères sont mis en avant pour déterminer quelles pratiques de la sphère concurrentielle pourraient rentrer dans le champ du droit pénal : l'intention frauduleuse (A) et le grave dommage à l'économie (B), lesquels visent directement un comportement anticoncurrentiel : les ententes injustifiables.

A. L'intention frauduleuse, caractère indispensable de l'infraction pénale

Tout d'abord, il est opportun de mentionner que l'une des caractéristiques du droit pénal est l'intention frauduleuse : la commission d'une infraction pénale requiert la commission de l'action prohibée avec la conscience de la culpabilité (l'intention frauduleuse) et non par simple négligence²³. Il faut donc vérifier quelles sont les pratiques anticoncurrentielles qui impliquent cette intention frauduleuse.

D'ailleurs, la législation française est consciente de ce nécessaire élément du droit pénal puisque l'on retrouve, au sein de l'article L. 420-6 du Code de commerce, la promesse d'une sanction pénale pour les personnes physiques et morales qui auraient eu « *frauduleusement* une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ».

²¹ OECD Competition Committee, « Cartel Sanctions against Individuals », Policy Roundtables, octobre 2003

²² Rapport de D. Norguet, Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires », Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008

²³ Si, pour certaines infractions, le droit pénal peut être appliqué sans nécessairement prouver l'intention frauduleuse, ces possibilités sont délibérément écartées car non pertinentes.

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Le champ d'application de cette disposition française est extrêmement large. En effet, il vise toutes les ententes, « hardcore » ou pas, horizontales et verticales. En outre, il s'applique aux abus de position dominante, ainsi qu'aux abus de dépendance économique. Presque tout le champ du « grand droit de la concurrence » est visé, alors que l'intention frauduleuse n'est pas démontrée pour chacune des infractions. En effet, en ce qui concerne les abus de position dominante (article L. 420-2 du code de commerce), la constatation par une autorité de concurrence du caractère anticoncurrentiel du comportement de l'entreprise en position dominante relève rarement de l'évidence, tant elle repose sur une analyse économique approfondie du comportement et de ses effets sur la structure du marché, de sorte que la participation de la personne physique à la commission de cette infraction n'est nullement évidente à démontrer et ne se prête guère à la mise en œuvre d'une disposition²⁴. C'est pour cette raison que la disposition en cause a été vivement critiquée²⁵ et que, depuis son entrée en vigueur, elle n'a été appliquée qu'à de très rares occasions. Comme le remarque le professeur Emmanuelle Claudel : « [les sanctions pénales] furent souvent symboliques, les juges répugnant manifestement à prononcer des peines de prison à l'encontre des personnes incriminées. Indulgence, souvent dénoncée dans d'autres cadres, à l'égard des infractions économiques, prise en compte du fait que le bénéficiaire des pratiques illicites sont les sociétés et non les personnes physiques, timidité des juges face à des infractions qu'ils maîtrisent mal ? Les intéressés avaient quoiqu'il en soit peu de motifs de s'alarmer. »²⁶

Au contraire, les cartels ou ententes injustifiables (article L. 420-1 du code de commerce), marquées par le caractère secret des réunions, la destruction systématique de la preuve ou la constitution de faux, se prêtent exactement aux conditions de mise en place de la répression pénale.

En effet, la découverte d'un cartel peut se transformer en un Cluéo géant : qui a tué, avec quelle arme et dans quelle pièce ? En ce qui concerne les responsables, l'enquête semble compliquée : par exemple, dans le cartel des électrodes graphites, un système complexe de codes s'est mis en place afin de cacher la véritable identité des entreprises et des

²⁴ Rapport de D. Norguet, Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires », Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008

²⁵ Voir, en particulier : Claude Lucas de Leysac, « L'inquiétant article L.420-6 du Code de commerce », Concurrences n°1-2008

²⁶ E. Claudel, « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles: le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 2003, p. 80

responsables : ainsi, SGL devient « BMW », UCAR est transformé en « Pinot », les producteurs japonais ont pris le nom de « Chivas, Océan, Lawn et Dry », et les personnes physiques ont pris les noms d' « Artemis », « Moustache » ou « Taurus ». Pour ce qui est des armes, les choix sont multiples : communication par e-mail via des messageries privées ou à partir de téléphones portables dont les numéros ne peuvent être retrouvés ; tout contact avec les secrétaires ou les autres membres de l'administration a été soigneusement évité ; destruction immédiate des documents probants ; messages cryptés, etc. Quant à la pièce, les lieux de rencontre ne manquent pas : si les chambres d'hôtels sont préférées (notamment celles des aéroports), les salles de conférence ou les restaurants sont aussi pris d'assaut ; Zurich est la capitale du cartel, et la Suisse devient de plus en plus la destination à la mode ; les associations de commerce sont « the place to be ». Par exemple, dans le cartel de la Lysine, les membres se sont regroupés au sein de la Fédération Européenne des Fabricants d'Adjuvants pour la Nutrition Animale (FEFANA) pour mettre en place un faux agenda afin de couvrir leurs réunions illicites²⁷.

En outre, le fonctionnement des cartels se perfectionne de plus en plus, avec un mécanisme de surveillance des membres du cartel et un système de sanction punissant les comportements déviants. Ainsi, par exemple, l'Autorité de la Concurrence a qualifié le cartel du négoce de l'acier²⁸, d' « entente particulièrement sophistiquée », développée autour de nombreuses réunions, tant au niveau national, régional que local, suivant une spécialisation par produits et une périodicité selon le marché. Au terme de ses enquêtes, l'Autorité a découvert l'existence d'instances de contrôle et de soutien des pratiques anticoncurrentielles, assorties de sanctions en cas de non respect des règles fixées. Dans son premier rapport d'activité, l'Autorité souligne l'infrastructure développée du cartel : « l'entente fonctionnait grâce à l'action de « parrains » et de « pilotes » qui agissaient sur tout le territoire national, lui-même « découpé » en 11 régions, avec à leur tête un « président »... »

Les ententes sont donc les pratiques anticoncurrentielles désignées par ce premier test : leur sélection est également confirmée par le test du dommage à l'économie.

²⁷ A. Stephans, « Hear no Evil, See no Evil : Why Antitrust Compliance programmes may be Ineffective at Preventing Cartels », CCP Working Paper 09-09, July 2009

²⁸ décision 08-D-32 du 16 décembre 2008

B. Le dommage à l'économie : la gravité justifiant le recours au pénal

En effet, outre l'intention frauduleuse, les pratiques anticoncurrentielles qui pourraient être soumises à l'application du droit pénal doivent impliquer des conséquences très néfastes sur l'économie et la société. Le rapport Coulon lui-même, symbole du mouvement français de dépenalisation de la vie des affaires, précise que « la sanction pénale à l'encontre des personnes physiques mérite [...] d'être conservée [...] certaines pratiques anticoncurrentielles sont si néfastes pour l'économie qu'il faut, outre les sanctions administratives et/ou civiles, continuer à prévoir une sanction pénale [...] »²⁹.

L'intervention du droit pénal devrait donc se faire dans un périmètre limité, en ne s'appliquant qu'aux pratiques ayant les effets les plus néfastes sur le marché. Parmi elles, quelles sont celles qui sont le plus néfastes à l'économie et méritent en conséquence d'être sanctionnées pénalement ? Toutes les autorités de concurrence s'accordent pour nommer les cartels sur la première marche du podium des pratiques les plus néfastes à l'économie, et plus spécialement les cartels secrets comportant des accords sur les prix ou sur des répartitions de clients ou de marchés, ainsi que ceux limitant la production.

A l'échelle internationale, la pénalisation des cartels horizontaux s'est concrétisée au sein de l'OCDE. La recommandation du 25 mars 1998³⁰ demande aux États membres de faire en sorte que leurs législations prévoient des « sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propre à dissuader les personnes physiques et morales de participer aux ententes injustifiables ». Du point de vue du droit comparé, les États qui ont adopté des sanctions pénales (comme très récemment l'Australie, le Royaume-Uni et l'Irlande) l'ont fait à l'encontre de ces mêmes pratiques.

Même les États-Unis, alors pionnier dans le mouvement de pénalisation du droit de la concurrence, ont opté pour la limitation des peines privatives de liberté à l'encontre des seules personnes physiques ayant participé à des cartels. En effet, la Cour Suprême des États-Unis, elle n'a pas hésité à dire que les cartels étaient le « mal suprême de l'antitrust »³¹.

²⁹ Rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires

³⁰ Voir le texte repris dans la Revue de l'OCDE, troisième rapport, 2006, vol. 8, n° 1, p. 7

³¹ Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, 124 S. Ct. (2004) at 879

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

L'Autorité française de la Concurrence qualifie ces cartels d' « armes contre les PME et les consommateurs »³². Le Président de l'Autorité de la Concurrence, Bruno Lasserre, explique que « ces ententes élèvent artificiellement les prix, réduisent le choix offert aux consommateurs et dégradent la compétitivité de secteurs entiers »³³.

A l'échelle européenne, les choses sont claires : « cartels [are] the most serious and dangerous infringement of competition law : [they] are bad for everybody, except for those who participate in them! They increase the price for companies, often SME's, as they often concern intermediate products, and directly or indirectly hurt Europe's consumers»³⁴.

Mais c'est Mario Monti qui obtient l'oscar de la plus belle formule, en comparant les cartels à un « cancer de l'économie ».³⁵

Premier symptôme : la concurrence est directement affectée. En effet, ces ententes horizontales visent à améliorer la situation commune des concurrents, à maximiser leurs profits et, à terme, à réduire considérablement le libre jeu de la concurrence. Au final, la concurrence est ainsi directement affectée : « on fixe les prix ensemble ; on se répartit les clients en concluant une sorte de « pacte de non agression » ou un « Yalta des parts de marché » (pour reprendre l'expression d'un membre du cartel de la téléphonie mobile) ; on désigne à l'avance le vainqueur d'un appel d'offre tout en déposant des offres « bidons » (ou « offres de couverture ») pour laisser croire à une concurrence effective ; on se concerte pour boycotter l'arrivée du nouveau concurrent sur le marché ; on fixe ensemble des quotas de production, etc. »³⁶. Le tout dans le secret le plus absolu.

Deuxième symptôme : les prix augmentent. Une fois le virus inséré dans le système économique, le « cancer de l'économie » peut commencer à se propager : des études empiriques démontrent que la formation d'un cartel entraîne une augmentation moyenne des

³² Autorité de la Concurrence, Entrée Libre n°8, Mai-Août 2010

³³ C. Hoorman, F. Dedieu et G. Meignan, « Cartels, tous unis contre le consommateur », L'Expansion.com

³⁴ Joaquín Almunia, « Taking stock and looking forward : a year at the helm of EU competition », Revue Concurrences conference : « New Frontiers of Antitrust 2011 », Paris, 11 Février 2011 et « Recent Developments and future priorities in EU competition law », *International competition law forum*, Saint Gallen, 8 avril 2011

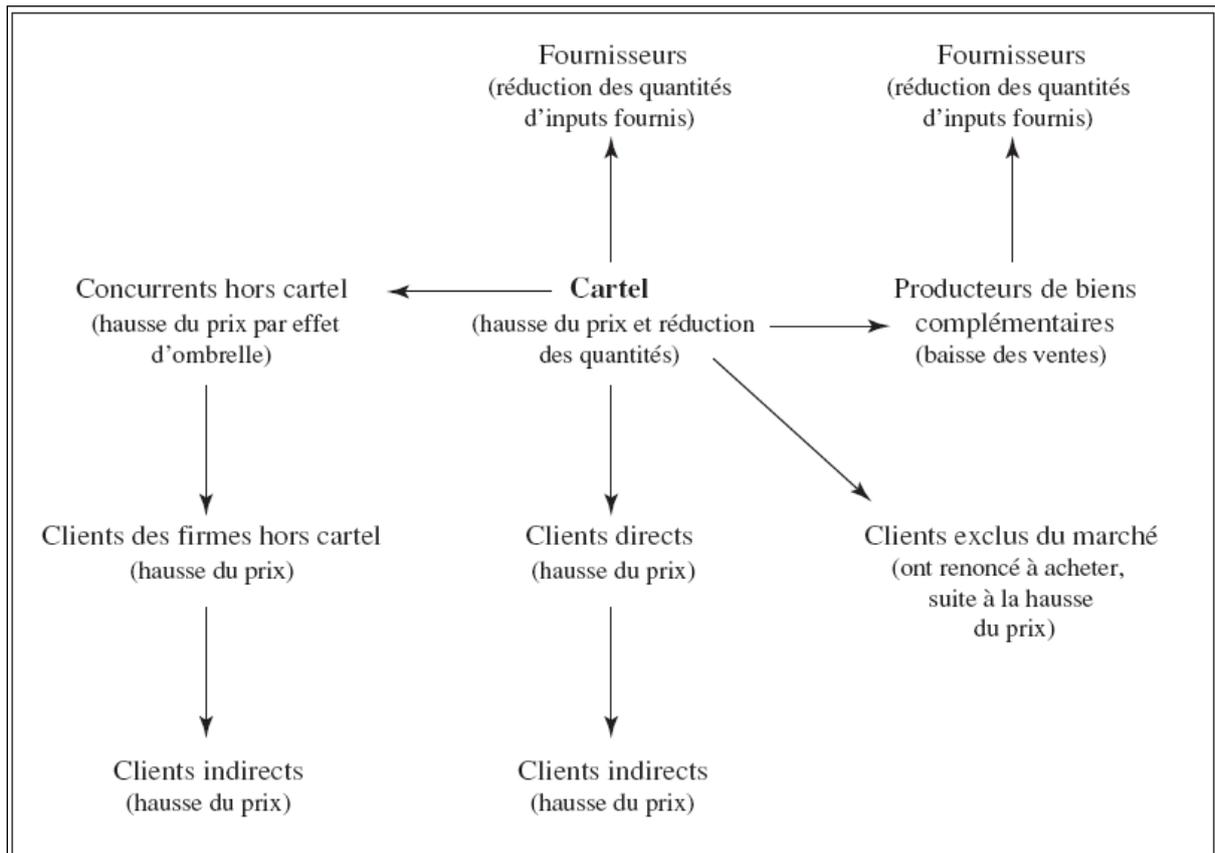
³⁵ Monti M., 'Fighting Cartels: Why and How?', discours au *Third Nordic Competition Policy Conference*, Stockholm, 11-12 septembre 2000.

³⁶ E. Combe, « Consommateurs, les ententes vous spolient », www.telos-eu.com

prix de 20%, atteignant même 30% lorsque l'entente a été opérée à l'international³⁷. Plusieurs exemples en témoignent : le cartel du négoce de l'acier³⁸ a affecté un pan entier de l'économie française, fragilisant des entreprises de toute taille et de tout secteur (bâtiment, travaux publics, chaudronnerie, industrie navale), à l'issue duquel le surprix en amont a été répercuté sur les opérateurs en aval, augmentant *in fine* le prix du détail ; ou encore l'entente entre les compagnies pétrolières³⁹, qui se sont concertées pour se répartir le marché en limitant conjointement les volumes offerts, de sorte que dans le transport aérien, le prix du kérosène a représenté une partie importante du prix total du billet payé par le consommateur final.

Si le consommateur final est particulièrement lésé, force est de constater que celui-ci est au bout d'une chaîne d'acteurs économiques, lesquels sont tous affectés par le cartel, comme en témoigne le schéma ci-dessous.

Figure 1 : Les victimes potentielles d'un cartel



Source : European Commission (2004), p.2-13

³⁷ E. Combe, « Les cartels restent un cancer pour l'économie », LeFigaro, 2 mars 2010

³⁸ Autorité de la concurrence, décision 08-D-32 du 16 décembre 2008

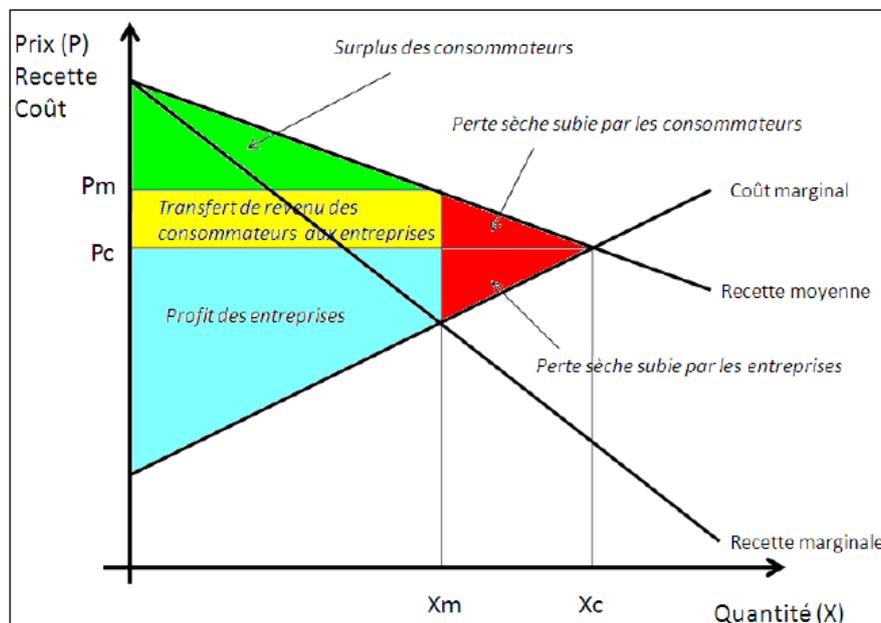
³⁹ Autorité de la concurrence, décision 08-D-30 du 4 décembre 2008

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Les consommateurs sont donc directement affectés. En témoigne d'ailleurs la célèbre formule délivrée par un membre du cartel de la lysine : « nos concurrents sont nos amis, nos clients nos ennemis ». Ainsi, que les clients du cartel acceptent de payer le prix imposés ou qu'ils recourent à un produit de substitution, le consommateur est perdant.

Le rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, commandé par Christine Lagarde, Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi en février 2010, explique que ces milliards d'euros sont directement volés aux consommateurs par les entreprises formant un cartel. A cet égard, Neelie Kroes, Commissaire européen à la politique de concurrence évoque une moyenne de 7,6 milliard d'euros⁴⁰. En effet, la cartellisation d'un marché conduit une perte sèche immédiate en bien-être, une partie du surplus n'étant pas récupérée par les cartellistes et étant perdue pour la société dans son ensemble. Ces pertes pures sont comparables à un bien volé. En outre, la pratique du cartel conduit à une hausse des prix qui entraîne une baisse du surplus des consommateurs et une hausse des profits des entreprises concertées : les économistes parlent de transfert des revenus du portefeuille des consommateurs à celui des entreprises, et c'est le produit du vol qui est transféré du propriétaire au voleur.

Figure 2 : Les phénomènes de la perte sèche et de transfert de revenus



Source : Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles

⁴⁰ Neelie Kroes, « Many achievements, more to do », Opening speech at International Bar Association Conference : Private and public enforcement of EU competition law – 5 years on, Brussels, 12th March 2009

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Dans la plupart des cas, il y aura baisse de la consommation qui impactera directement sur la production : les fournisseurs direct du cartel sont à leur tour affectés.

Effet domino oblige, les biens complémentaires au bien cartellisé subissent la même augmentation des prix, la même baisse de production, et affectent à leur tour clients et fournisseurs⁴¹.

Le cancer se généralise enfin via la stratégie « de l'ombrelle », au terme de laquelle les entreprises présentes sur le marché mais étrangères à l'entente suivent le mouvement et augmentent également leur prix, avec les effets en chaîne qui viennent d'être exposés.

Phase terminale : choix limité, innovation réduite. Ce sont donc les consommateurs, intermédiaires ou finals, qui subissent le plus les effets destructeurs des cartels. Si l'effet le plus pervers est celui de l'augmentation des prix, les effets annexes au cartel ne doivent pas être négligés. En effet, il ne faut pas oublier qu'outre le maintien de prix bas, la concurrence se dresse également comme une garantie pour le consommateur d'une liberté de choix parmi les produits proposés et des services offerts. Or, les cartels réduisent à terme la concurrence, de sorte que le choix des produits, leur qualité ou le potentiel d'innovation sont totalement réduits à néant.

Il ne faut pas oublier que ce cancer se propage partout.

Géographiquement, d'abord. Il est nécessaire de remarquer que sur les 7 décisions concernant les cartels que la Commission européenne a rendues, 4 étaient strictement européennes et les 3 autres impliquaient des entreprises situées hors du continent, comme par exemple pour le cartel des écrans LCD⁴², dans lequel des entreprises asiatiques étaient également impliquées.

Sur l'ensemble des secteurs de l'économie, ensuite. Parmi les entreprises sanctionnées en 2010, les secteurs infectés sont variés : compagnies aériennes, producteurs d'additifs pour la nourriture animale, producteurs d'acier utilisé dans les constructions.

⁴¹ A noter cependant, cette affectation n'est pas effective sur un marché où le bien est nécessaire au consommateur final (le pétrole par exemple)

⁴² Décision de la Commission C(2010) 8761 final, du 8 décembre 2010, dans l'affaire COMP/39.309 - LCD - affichages à cristaux liquides

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Sur toutes entreprises existant dans un environnement concurrentiel, enfin. Parmi les 69 entreprises concernées par les décisions 2010 de cartels, il est intéressant de voir que même les plus grandes n'ont pas été épargnées : par exemple, les grandes compagnies aériennes comme Air France et British Airways, ou encore les leaders dans l'innovation technologique comme Samsung et Toshiba, n'ont pas résisté à la tentation et ont été sanctionnés pour plusieurs centaines de millions d'euros.

Ainsi, les ententes injustifiables sont les pratiques anticoncurrentielles les plus à même d'être sanctionnées pénalement. Pour autant, une telle sanction est-elle indispensable ? L'arsenal législatif en vigueur ne suffit-il pas à les combattre ? Il est donc nécessaire d'aborder ici la question de l'opportunité des sanctions pénales.

III. L'application du droit pénal aux ententes injustifiables est-elle opportune ?

La théorie dite de la « sanction optimale », initiée par Gary Becker (1968), prend en compte les trois objectifs de toute sanction : détecter, punir et dissuader. Le point de départ de cette approche est simple : avant d'adopter un comportement, tout individu rationnel établit un raisonnement bénéfices/coûts. En ce qui concerne les cartels, les gains sont en théorie matérialisés par les gains réalisés à la mise en œuvre du cartel, et sont calculés en fonction le dommage infligé aux victimes ; quant aux coûts, ils sont représentés par les sanctions qui sont allouées lorsque le comportement est détecté. Ainsi, un cartel ne se formera que s'il est économiquement rentable, c'est-à-dire si les bénéfices réalisés durant la vie du cartel (G) sont supérieurs aux potentielles sanctions qui seront infligées (S), multipliées par la probabilité de détection dudit cartel (D). Par conséquent, un individu deviendra membre du cartel lorsque $G > S \times D$. Ainsi, la sanction optimale sera celle qui permettra de changer le signe de l'équation, c'est-à-dire lorsque :

$$G < S \times D$$

L'on comprend alors aisément les variables sur lesquelles les autorités peuvent avoir un effet : le montant des sanctions et la probabilité de détection. Plus le montant de la sanction sera élevé, moins le cartel sera rentable. Plus la probabilité de détection sera grande, moins le cartel réunira de membres. Les autorités de concurrence ont bien compris le mécanisme, et tentent d'influer sur les deux variables en mettant en place deux mesures complémentaires : les amendes et le programme de clémence. Pourtant, à bien y réfléchir, le système mis en vigueur est loin d'être satisfaisant (A), et semble être complètement bloqué, de sorte qu'aucune solution administrative ne peut être trouvée (B).

A. Le système administratif actuellement en vigueur : des résultats décevants

Il est généralement admis que les sanctions, qu'elles soient de nature administratives ou pénales, ont deux fonctions primordiales, agissant à la fois *ex-post* et *ex-ante*. D'une part, il s'agit de punir de manière efficace le contrevenant, afin qu'il reproduise plus le même comportement : c'est l'efficacité *ex-post* des sanctions. D'autre part, il faut dissuader les potentiels contrevenants d'adopter le même comportement illicite : c'est l'efficacité *ex-ante* des sanctions. Deux mots clefs, donc : punir et dissuader. Ce sera le rôle des sanctions pécuniaires (i). Mais pour punir, encore faut-il détecter le comportement anticoncurrentiel. Or, comme il a été vu précédemment, les cartels sont caractérisés par leur incroyable discrétion, et leur membre redoublent d'efforts et d'imagination pour rester dans le secret le plus absolu et maintenir la situation le plus longtemps possible avant qu'elle ne soit découverte. La détection joue donc un rôle primordial, assuré ici par le programme de clémence (ii).

i. Des amendes astronomiques mais toujours en-deçà de la sanction optimale

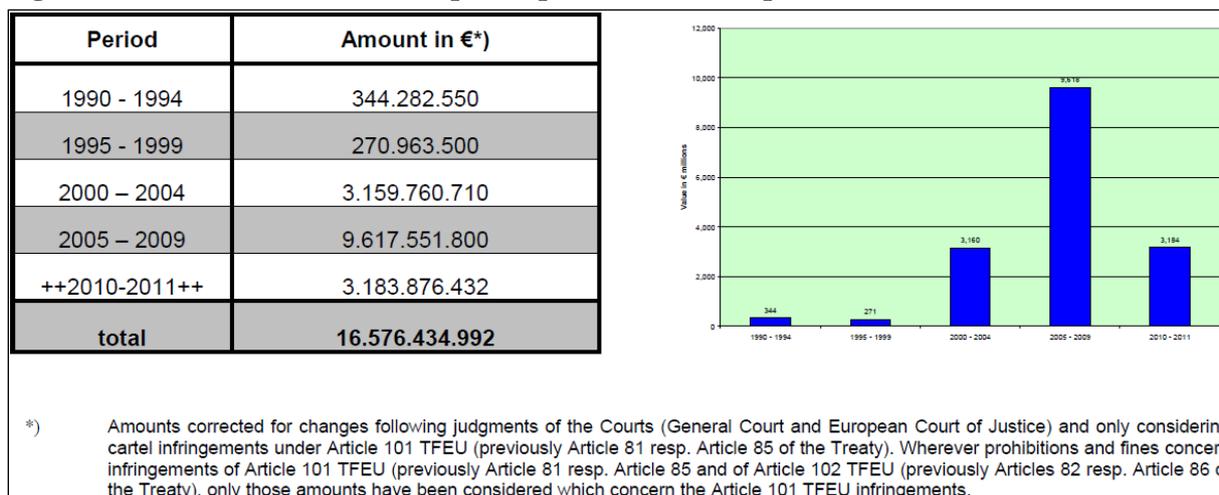
En ce qui concerne les amendes, les autorités de concurrence, qu'elles soient nationales ou européenne, confirment au fil des ans une politique de plus en plus ferme en matière de pratiques anticoncurrentielles. Les méthodes de détermination de la sanction pécuniaire, qui varient d'une autorité à l'autre, convergent cependant dans le sens d'une meilleure prise en compte de la durée et de la gravité du comportement anticoncurrentiel. Ainsi, le montant final des amendes infligées par la Commission européenne peut facilement dépasser la centaine de millions d'euros. Le total des amendes imposées en 2010 pour cartel a pu dépasser les 3

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

milliard d'euros, allant de 175 million d'euros d'amende pour le cartel de la nourriture animale⁴³ jusqu'à 800 millions d'euros pour le cartel des compagnies aériennes⁴⁴.

Aujourd'hui, au niveau communautaire comme au niveau national, la tendance est à l'alourdissement des sanctions, comme le prouve les dernières statistiques de la DG Comp.

Figure 3 : Montant des amendes imposées par les cours européennes en 2011



Source : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, DG Comp, 13 avril 2011

La Commission européenne a pu infliger presque 10 milliards d'euros d'amende pour la seule période de 2005 à 2009. De leur côté, les autorités nationales ont également considérablement augmenté le montant annuel des amendes qu'elles infligent. Leur top 10 des pratiques anticoncurrentielles les plus graves sanctionnées au cours des 10 dernières années est significatif :

⁴³ Décision de la Commission du 20 juillet 2010, Affaire COMP/38.866, Phosphates pour l'alimentation animale

⁴⁴ Décision de la Commission du 9 novembre 2010, Case COMP/39258

Figure 4 : Le top 10 de la Commission européenne

Year	Case name	Amount in €*
2008	Car glass	1.383.896.000
2009	Gas	1.106.000.000
2007	Elevators and escalators	992.312.200
2010	Airfreight	799.445.000
2001	Vitamins	790.515.000
++2007++	Gas insulated switchgear	744.210.000
2008	Candle waxes	676.011.400
2010	LCD	648.925.000
2010	Bathroom fittings	622.250.782
2006	Synthetic rubber (BR/ESBR)	519.050.000

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

Source : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, DG Comp, 15 avril 2011

La tendance est la même à l'échelle nationale. En effet, l'Autorité de la Concurrence n'hésite pas à condamner les entreprises à des millions d'euros d'amendes. Si l'on ajoute à ces sanctions pécuniaires le pouvoir de l'Autorité d'infliger des astreintes, lesquelles peuvent s'élever jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard, alors le montant total définitif du cartel peut s'élever à des millions d'euros. Ces chiffres élevés s'expliquent par la méthode de détermination des amendes employée par l'Autorité de la Concurrence et dévoilée, le 16 mai 2011⁴⁵, dans le Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires laquelle est sensiblement la même que celle de l'Europe, à quelques exceptions près. Le montant final peut ainsi s'élever à des millions d'euros, comme en témoigne le tableau ci-dessous.

⁴⁵ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communique_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf

Figure 5 : Le top 10 de l'Autorité française de concurrence

Décision	Date	Affaire	Sanction totale
08-D-32 *	16/12/2008	Cartel du négoce de produits sidérurgiques	575,4 millions €
05-D-65	30/11/2005	Cartel de la téléphonie mobile	534 millions €
00-D-28	19/09/2000	Entente du crédit immobilier	174,5 millions €
09-D-05	02/02/2009	Entente du travail temporaire	94,4 millions €
05-D-59	07/11/2005	Abus internet ADSL	80 millions €
09-D-36	09/12/2009	Abus téléphonie DOM	63 millions €
06-D-07	21/03/2006	Marchés publics du BTP d'Île-de-France	47,9 millions €
07-D-15	09/05/2007	Marchés publics des lycées d'Île-de-France	47,3 millions €
06-D-04 **	13/03/2006	Entente des parfumeurs de luxe	45,4 millions €
07-D-33	15/10/2007	Abus internet haut débit	45 millions €

* Décision partiellement réformée par la cour d'appel de Paris (sanction réduite à 74,2 millions €).

** Décision annulée par la cour d'appel de Paris ; pourvoi pendant devant la Cour de cassation.

Source : Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2009, Présentation à la presse, Paris, 6 juillet 2010

Pourtant, à s'y intéresser de plus près, les amendes infligées par les autorités de concurrence ne sont pas suffisantes pour assurer une punition et une dissuasion efficaces. En effet, les calculs réalisés au terme de la théorie de la sanction optimale conduisent à une amende finale extrêmement élevée. Emmanuel Combe démontre qu'en prenant un dommage à l'économie (hausse des prix à l'issue du cartel, G) = 20%, une durée moyenne du cartel de 5 ans et une probabilité de détection (D) de 15%, alors la sanction optimale devrait atteindre 6 fois le gain illicite, soit 110% du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise sur le marché concerné⁴⁶. Or, en réalité, les amendes imposées sont vraiment en-deçà de l'amende optimale, comme en témoigne le tableau ci-dessous.

⁴⁶ E. Combe, « A la recherche de la sanction optimale », Concurrences n°4-2006

Figure 6 : Sanctions imposées et sanctions optimales

Cartel	years	Fine €m	Sales* €m	OC €m	Consumer Loss €m	Fine/Harm	Optimal Fine	
							Fine €m	Multiplier
Lysine	4	110	164	121	181	61%	549	5.0
Vitamin A	9	132	150	275	413	32%	1,251	9.5
Vitamin E	9	203	250	459	688	29%	2,085	10.3
Vitamin B2	4	70	34	25	38	186%	114	1.6
Vitamin B5	8	106	35	64	96	110%	292	2.8
Vitamin C	5	114	120	112	168	68%	510	4.5
Vitamin D3	4	41	20	15	22	184%	67	1.6
Beta Carotene	6	64	76	87	131	49%	397	6.2
Carotinoids	6	62	50	57	86	72%	260	4.2
Carbonless Paper	4	314	1,079	799	1,198	26%	3,631	11.6
Graphite Electrodes	6	219	420	481	722	30%	2,188	10.0
Methylglucanine	9	3	3	6	9	33%	26	9.1
Citric Acid	4	135	320	236	353	38%	1,071	7.9
Plasterboard	7	478	1,210	1,652	2,478	19%	7,508	15.7
Methionine	13	127	260	748	1,122	11%	3,400	26.8
Isostatic Speciality Graphite	5	42	84	79	118	36%	358	8.5
Extruded Speciality Graphite	4	9	42	31	46	19%	140	15.9
Food Flavour Enhancers	9	21	12	22	33	62%	100	4.9
Carbon & Graphite Products	10	101	290	604	905	11%	2,744	27.0
Organic Peroxides	25	70	250	1,694	2,649	3%	8,029	115.5
Choline Chloride	6	66	122	140	210	32%	635	9.6
Copper Plumbing Tubes	13	222	1,151	3,311	4,967	4%	15,052	67.7
MCCA Chemicals	15	217	125	434	651	33%	1,972	9.1
Rubber Chemicals	5	76	200	188	282	27%	854	11.3

Note: annual sales in the preceding year as reported by the European Commission.

Source : Cento Veljanovski, « Cartel fines in Europe : Law, Practice and Deterrence, World Competition, Vol.29, Mars 2007

Un simple coup d'œil permet de voir les grandes différences entre la sanction optimale et la sanction réellement infligée, démontrant ainsi que les sanctions pécuniaires infligées par la Commission européenne sont significativement en-deçà d'une amende optimale dont l'efficacité est maximum. Ainsi, en moyenne, il faudrait que la Commission européenne multiplie par 17 le montant total de ses amendes pour atteindre l'efficacité optimale. Par exemple, pour le fameux cartel de la Lysine, sanctionné par la Commission européenne à 110 millions d'euros, l'amende aurait dû être 5 fois plus élevée pour être vraiment efficace. De même, dans le cartel des produits graphites, l'amende aurait dû être 27 fois plus élevée pour avoir un effet punitif et dissuasif efficace.

Alors, qu'est-ce qui explique cette si grande différence entre l'amende optimale et celle réellement infligée ?

Tout d'abord, les autorités de concurrence ont fixé un montant maximum de la sanction finale qui s'élève, depuis 2001, à seulement 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé par l'entreprise au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre⁴⁷. En outre, les chiffres officiels démontrent que les autorités n'exploitent même pas cette limite des 10%, sanctionnant alors les entreprises dans des proportions très faibles par rapport à leur chiffre d'affaires.

Figure 7 : La proportion de la sanction infligée par les autorités nationales de concurrence en pourcentage du chiffre d'affaires

Autorité	Nombre de décisions adoptées	Total des amendes imposées	Nombre d'entreprises sanctionnées	Montant moyen d'amende par entreprise	% moyen d'amende par rapport au chiffre d'affaires
Bundeskartellamt (Allemagne)	111	1 061	119	8,9 ^(a)	4 ^(a)
Comisión nacional de la competencia (Espagne)	39	260	88	3	NC
Autorité de la concurrence (France)	55	1 058	234	4,5	1,5 ^(b)
Office of Fair Trading (Royaume-Uni)	5	482	116	4,2 ^(b)	2,3 ^(b)
DG COMP (Union européenne)	24	8 441	116	72,8	NC

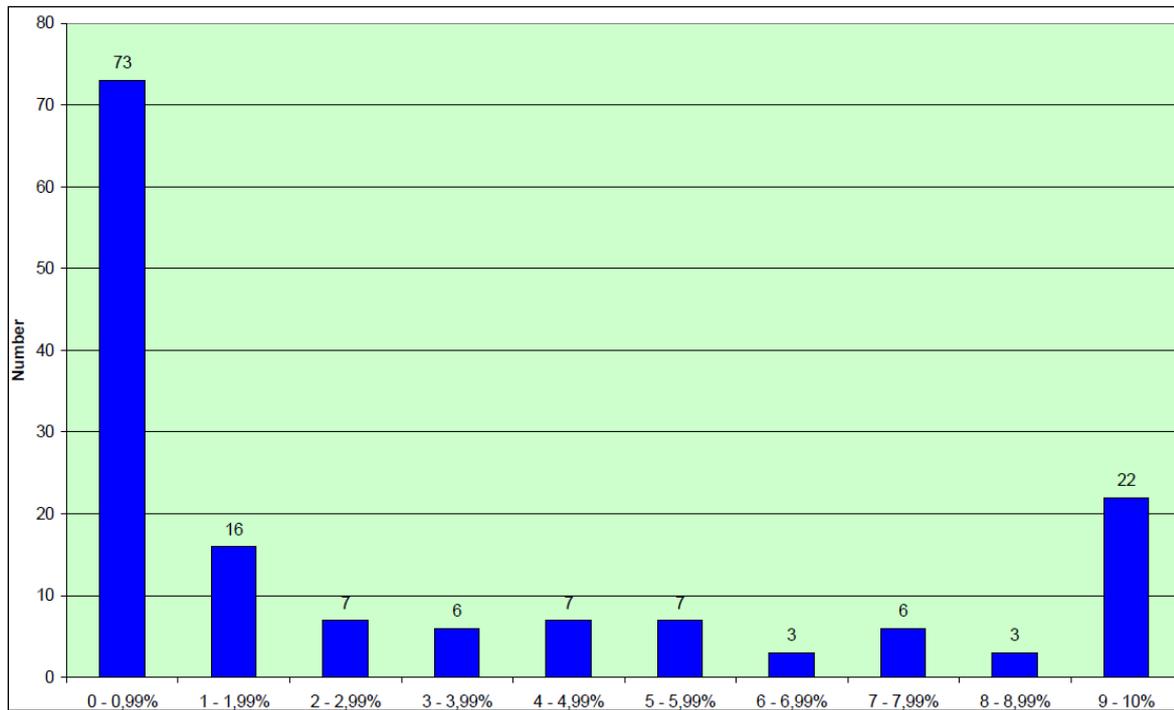
^(a) En millions d'euros et avant réformation éventuelle par les juridictions de contrôle • ^(b) Chiffre fourni par le Bundeskartellamt • ^(c) Ce pourcentage est en baisse sur la période : 1,75 % en 2007, 1,48 % en 2008 et 1,2 % en 2009 • ^(d) Chiffre fourni par l'Office of Fair Trading, dont une décision a conduit sur la même période à une décision de condamnation de trois dirigeants à des peines de prison ferme allant de 2 à 3 ans (affaire Marine Hose).

Source : Autorité de la Concurrence, « les sanctions anti-trust en Europe et dans le monde : des faits et des chiffres », *Les sanctions dans les principaux pays d'Europe, 2007/2009*, Entrée libre n°8, mai-août 2010

Au niveau de l'Union européenne, le constat est le même.

⁴⁷ Code de commerce, article L.464-2, alinéa 4 et Règlement 1/2003 CE du 16 décembre 2002

Figure 8 : La proportion de la sanction infligée en Europe en pourcentage du chiffre d'affaires

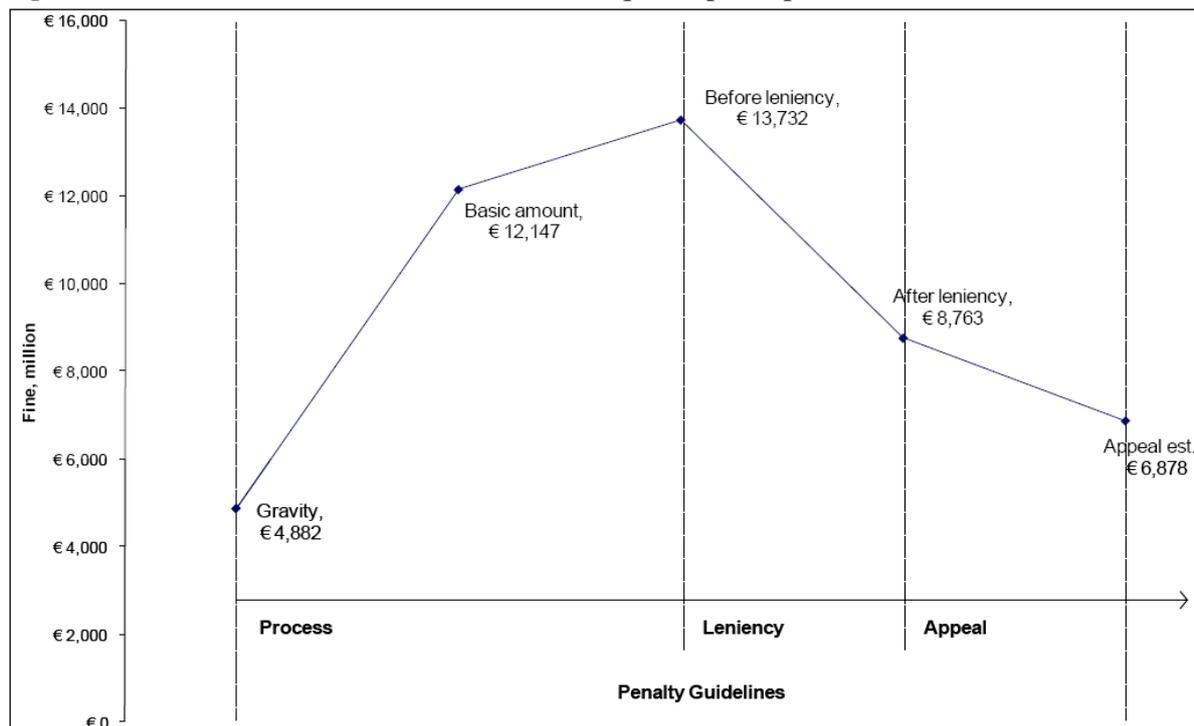


Source : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, DG Comp, 23 mars 2011

Ces chiffres montrent bien que la plupart des amendes imposées n'excèdent pas plus d'1% du chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée.

En outre, la mise en place du programme de clémence, certes indispensable à la détection des cartels, a contribué à la réduction de l'amende totale, tel que le démontre le schéma ci-dessous.

Figure 9 : Le montant de l’amende modifié à chaque étape du processus de sanction



Source : Cento Veljanovski, « European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2006 », *An Updated Statistical Analysis of the Fines under the 1998 Penalty Guidelines*, Novembre 2010

Il faut observer ici qu’une fois que la gravité du comportement litigieux a été évalué, l’amende croît du fait de la prise en compte de sa durée ainsi que d’une réévaluation du montant initial afin qu’il atteigne un effet dissuasif suffisant. Le montant augmente encore du fait des circonstances aggravantes et autres ajustements, pour ensuite diminuer dramatiquement par application du programme de clémence (qui réduit la sanction moyenne de 36%), ce qui contribue, évidemment, à diminuer son efficacité et son effet dissuasif.

Le même graphique démontre également le rôle important des juges d’appel, dont les décisions diminuent encore plus le montant final de l’amende. En moyenne, après appel, les sanctions diminuent d’environ 22%. Ainsi, la pratique des autorités britanniques de concurrence démontrent qu’il est bon pour les entreprises de passer devant le Competition Appeal Tribunal (CAT). En effet, parmi les affaires les plus récentes, l’on peut citer l’affaire “Bid rigging in the construction industry in England” de l’Office of Fair Trading⁴⁸, à l’issue de laquelle une centaine d’entreprises se sont vues infliger une amende totale de 129,2

⁴⁸ Décision de l’OFT, “Bid rigging in the construction industry in England”, 21 septembre 2009

millions de livres pour entente. Au terme de 25 appels⁴⁹, le CAT a réduit de 30 à 90% les amendes de chacune des entreprises.

Plus surprenant encore, la conjoncture actuelle donne une nouvelle explication à ce fort décalage entre sanction optimale et sanction réelle. En effet, depuis la fameuse affaire du cartel de l'acier portée devant la Cour d'appel de Paris le 16 décembre 2010⁵⁰, les autorités de concurrence semblent prendre en compte la crise économique et financière dans le calcul de l'amende, de sorte que cette dernière se trouve considérablement réduite. Ce cartel de l'acier avait atteint devant l'Autorité de la Concurrence⁵¹, une amende record de 575 millions d'euros, notamment justifiée par la gravité du comportement des cartellistes. L'Autorité rapportait en effet que c'est « tout l'espace concurrentiel qui a été anéanti, les entreprises concernées ayant mis en place une collusion générale qui avait pour objet de supprimer tout mécanisme de compétition entre elles »⁵². Pourtant, la Cour d'appel de Paris va décider deux ans plus tard que la sanction doit être réduite de 80%, au vu du contexte de crise économique. La Cour reproche même au Conseil d'avoir « abordé de manière trop brève le contexte de crise économique, générale et particulière à la métallurgie, en estimant que les chiffres d'affaires qui servent de base aux sanctions incluent nécessairement l'état de crise que peut traverser chaque société poursuivie, et que les moratoires du Trésor public permettent en outre à ces entreprises de supporter le paiement d'une amende ». Cependant, il est important de noter que ce mouvement est expressément dénoncé par les propos de Joaquín Almunia, selon lesquels « l'application des règles de concurrence [...] n'est pas moins importantes dans les périodes de crise [...] Au contraire, le tort que les infractions causent à l'économie, aux entreprises et aux consommateurs est encore plus significatif [...] puisqu'elles ont pour effet d'augmenter les prix à un moment où ils peuvent moins bien les supporter »⁵³. Ainsi, le contexte de crise économique semble pouvoir participer à la perte d'utilité des sanctions pécuniaires imposées par les autorités de concurrence.

⁴⁹ CAT [2011], CAT 3, 6, 7, 9, 10, 11 et 14

⁵⁰ No-rôle : 2009/00334

⁵¹ Conseil de la Concurrence, décision n° 08-D-32, 16 décembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques

⁵² point 330

⁵³ Joaquín Almunia, « La politique de la concurrence de l'UE en 2010 et au-delà », conférence, Paris, 15 février 2010

Enfin, l'application du principe juridique de la proportionnalité des peines tend à creuser encore un peu plus le fossé entre la sanction réellement imposée et la sanction optimale. En effet, autant au niveau national qu'au niveau communautaire, le législateur s'évertue à maintenir ce principe juridique fondamental. L'on peut alors lire en France que « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnés* »⁵⁴. Le législateur de 2001 a ajouté qu'elles devaient être aussi proportionnées à la situation « *du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre* »⁵⁵. Il faut en outre que ces sanctions soient « *déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, et de façon motivée pour chaque sanction* »⁵⁶ : c'est le principe d'individualisation de la peine. Là encore, les autorités de concurrence délaissent les fonctions punitives et dissuasives des amendes pour tenir compte des situations particulières des entreprises. Ainsi, par exemple, la Cour d'appel de Paris a, au nom de ce principe, réduit le montant de l'amende prononcée contre des fournisseurs de ciment en Corse de 10 millions d'euros, pour tenir compte, en particulier, de la dimension du marché affecté et sa valeur, de la durée des pratiques et du chiffre d'affaires des entreprises⁵⁷.

ii. *Le système dissuasif de clémence : une efficacité remise en question*

Les cartels, identifiés précédemment comme étant une pratique anticoncurrentielle susceptible de faire l'objet d'une sanction pénale, sont connus et redoutés pour leur plus grande discrétion. Dans de telles conditions, l'on comprend bien pourquoi seulement 15% des cartels⁵⁸ sont découverts et sanctionnés par les autorités. C'est pourquoi la moyenne de durée de vie des cartels oscille entre 5 et 7 années, durant lesquelles les cartels ont le temps de faire beaucoup de dégâts.

Ainsi, seules, les autorités de concurrence ne peuvent rien. Alors, pour augmenter la probabilité de détection (D), les programmes de clémence sont apparus bien efficaces. Le fonctionnement est simple : l'entreprise qui dénonce un cartel la première est exemptée de

⁵⁴ Code de commerce, article L. 464-2, I, alinéa 3

⁵⁵ Code de commerce, article L. 464-2, I, alinéa 3

⁵⁶ Code de commerce, article L. 464-2, I, alinéa 3, *in fine*

⁵⁷ CA Paris, 6 mai 2008

⁵⁸ Statistique sur laquelle s'accordent tous les économistes

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

toute sanction pécuniaire. Les entreprises arrivant après, mais apportant des informations ayant une « plus-value », voient également leur sanction réduite selon le rang de dénonciation. Toutes les autorités nationales de concurrence ont un programme de clémence, lequel est fortement inspiré du système communautaire (lui-même inspiré du système américain).

Ainsi, les effets positifs du programme de clémence sont aisément identifiables. L'effet *ex-post*, tout d'abord, est évident : la clémence met fin à la collusion plus vite et la perte sèche du au prix de cartel disparaît.

Mais la clémence a également plusieurs effets *ex-ante*.

Tout d'abord, avec les programmes de clémence, le risque de dénonciation devient une réalité dans le monde des cartellistes, de sorte que le cartel est déstabilisé de l'intérieur. Le seul moyen pour ses membres de limiter les risques de dénonciation est de multiplier les contrôles sur les membres et de renforcer le système des sanctions. Toutes ces mesures ont un coût, lequel n'est pas négligeable et entre en compte dans le calcul coût/avantage. Le résultat du calcul, négatif, peut dissuader les entreprises à former les cartels.

Bien au contraire, pour les autorités de concurrence, les bénéfices financiers sont en théorie grands : grâce aux informations octroyées par l'entreprise délatrice, les coûts administratifs d'enquête et de poursuite sont réduits, et les ressources financières ainsi sauvées peuvent être redistribuées sur d'autres enquêtes plus complexes, permettant alors d'augmenter la probabilité de détection.

Ensuite, l'augmentation de la probabilité de détection entraîne un effet psychologique non négligeable sur le comportement des entreprises. En effet, si des cartels sont régulièrement condamnés et dans des secteurs divers, les entreprises auront tendance à surestimer la probabilité de détection, et le calcul coût/avantage en sera d'autant plus affecté.

D'après l'Autorité de la Concurrence, le programme de clémence mis en place en France (qui est le même au niveau européen) est un véritable succès. Pour l'affaire du contreplaqué (décision 08-D-12 du 21 mai 2008), par exemple, l'Autorité a affirmé avoir été « 17 ans à côté de la plaque », 17 années durant lesquelles les fabricants en cause coordonnaient la hausse des tarifs. C'est grâce à la société UPM Kymmene Corporation, qui avait dénoncé l'existence de

l'entente, que l'Autorité a pu infliger une amende de 8 millions d'euros. La société UPM a été, quant à elle, entièrement exonérée de la sanction au titre du programme de clémence.

Le même succès se retrouve à l'échelle communautaire, où l'introduction du dernier programme de clémence en date de 2006 permet d'instruire chaque année plus de 20 cas de cartels devant la Commission. Ainsi, le 9 novembre 2010, la Commission européenne a infligé à onze transporteurs de fret aérien des amendes d'un montant total près de 800 millions d'euros pour avoir mis en œuvre, à l'échelle mondiale, une entente portant sur les services de fret au sein de l'Espace économique européen (EEE). Les onze entreprises sanctionnées ont coordonné leur action concernant les surtaxes carburant et sécurité tout en refusant tout rabais sur une période de six ans. Lufthansa (et sa filiale Swiss) a bénéficié d'une immunité totale de l'amende au titre du programme de clémence de la Commission, car elle a été la première entreprise à fournir des informations concernant l'entente.

Cependant, à y regarder de plus près, le programme de clémence telle que présenté par la Commission européenne et inspirant les programmes nationaux n'est pas aussi satisfaisant qu'il y paraît.

Tout d'abord, l'entreprise qui rompt la promesse de l'entente empêche ultérieurement la récompense de la dénonciation. En effet, l'entreprise délatrice immunisée conserve les gains qu'elle a réalisés illicitement au cours de la vie du cartel, avant de le dénoncer aux autorités. A ce gain moralement condamnable, s'ajoute celui qu'elle obtient à l'issue de la condamnation des autres membres du cartel : ceux-ci étant pointés du doigt dans la presse, les clients se redirigeront vers l'entreprise délatrice, félicitée pour son geste. Cette dernière verra alors ses ventes augmenter, le tout au détriment des autres membres du cartel⁵⁹. Il semble donc ici que l'entreprise délatrice réalise des gains économiquement très importants, ce qui pourrait aller à l'encontre de l'efficacité des programmes de clémence. En effet, certaines entreprises pourraient adopter une stratégie vicieuse qui consisterait à entrer dans un cartel, réaliser rapidement des gains illicites, puis le dénoncer pour obtenir l'immunité et les gains complémentaires. Une telle stratégie, potentiellement réalisable et pro-collusive, menace donc fortement l'efficacité de la clémence.

⁵⁹ François Levêque, « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », Concurrences n°4-2006

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

En outre, il a été démontré que le programme de clémence est d'autant plus efficace lorsque seule la première entreprise qui dénonce le cartel reçoit une immunité, tandis que les autres n'ont aucune remise de peine. C'est d'ailleurs le cas aux Etats-Unis, où l'efficacité du programme de clémence ne fait plus de doute. Cependant, lorsque l'on compare le système communautaire aux autres systèmes de clémence, la faille est évidente.

Figure 10 : Le fonctionnement des programmes de clémence américain, européen et japonais

		Premier	Second	Troisième	Quatrième
Etats-Unis	Avant enquête	100%	0	0	0
Etats-Unis	Après enquête	100%	0	0	0
Union Européenne	Avant enquête	100%	30%-50%	20%-30%	<20%
Union Européenne	Après enquête	30%-100%	20%-30%	< 20%	<20%
Japon	Avant enquête	100%	50%	30%	0
Japon	Après enquête	30%	30%	30%	0

Source : François Levêque, « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », *Concurrences* n°4-2006

Lorsque l'on compare les trois systèmes, l'on se rend compte que le programme communautaire est trop généreux. En conséquence, la course à la clémence, objectif du programme, se trouve ralentie et est tentée de ne démarrer qu'après début de l'enquête par la Commission, allant ainsi directement à l'encontre de l'objectif initial de rapidité de détection et de sanction.

Enfin et surtout, le fonctionnement intrinsèque du programme de clémence souffre d'un paradoxe⁶⁰. D'un côté, la réduction d'amende diminue globalement l'espérance de coût de la sanction. Or, il est reconnu que l'efficacité des programmes de clémence dépend de l'existence de sanctions suffisamment dissuasives⁶¹. Si les sanctions ne sont pas dissuasives, alors les contrevenants ne sont pas incités à demander la clémence. Dans cette hypothèse, la clémence favorise la collusion. Mais d'un autre côté, les informations obtenues grâce à la réduction d'amende permettent de sanctionner plus fortement les autres membres du cartel ; cette augmentation accroît globalement l'espérance de coût de la sanction, ce qui freine la collusion.

Il ressort donc de ces constatations que le programme de clémence, en théorie efficace, ne donne pas en pratique les résultats attendus. Bien au contraire, ses atouts se retournent contre lui, de telle sorte que la sanction pécuniaire qui lui est associée perd tout son effet dissuasif.

Ainsi, le système antitrust actuellement mis en vigueur par les autorités de concurrence n'est pas satisfaisant du point de vue des deux objectifs que toute sanction poursuit : la punition et la dissuasion. Les sanctions pécuniaires sont largement en-deçà de l'amende optimale, mais les augmenter entraînerait des effets néfastes pour la concurrence. Les programmes de clémence, quant à eux, renferment des antagonismes et des paradoxes insurmontables, qui réduisent considérablement leur efficacité. Le système est donc complètement verrouillé.

B. Un système bloqué et difficilement modulable

Que ce soit du point économique ou juridique, le système administratif est bloqué et aucune solution proposée n'est satisfaisante, que ce soit pour les amendes (i) ou la clémence (ii).

i. L'absence de solutions pour améliorer les amendes

Deux solutions ont été proposées pour améliorer le volet sanction : augmenter les amendes et donner plus de transparence à la méthode de calcul des sanctions.

⁶⁰ MOTTA M. and POLO M. [2003], "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21(3), 347-379

⁶¹ Groupe de travail European Competition Authorities sur les sanctions, « Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence : principes pour une convergence »

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Doit-on augmenter les sanctions pécuniaires ? Il ne semble pas que cette solution soit envisageable, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, sur le plan strictement financier, les entreprises ne pourraient pas être en mesure de s'acquitter d'une amende encore plus lourde. Ainsi, l'étude réalisée par Craycraft montre qu'aux Etats-Unis, seules 18% des entreprises condamnées auraient eu les fonds nécessaires pour payer l'amende optimale, tandis que la moitié aurait déjà fait faillite⁶².

Dans le cas où l'entreprise s'acquitte de l'amende, sa condamnation d'augmenter ses prix afin de compenser ses pertes, affectant ainsi directement les consommateurs. Tout le paradoxe est là : la détection et la sanction d'un cartel par les autorités de concurrence ne contribuent pas à la diminution des prix⁶³.

Dans le cas de la faillite, les sanctions pécuniaires ont pour effet paradoxal de porter atteinte à la concurrence en obligeant une firme à quitter le marché. Par exemple, suite à la condamnation de Sotheby's aux Etats-Unis, il a été démontré que si la firme avait fait faillite, Christie's aurait acquis une situation de monopole⁶⁴. Et ce avec toutes les conséquences néfastes traditionnelles résultant d'une diminution de la concurrence : augmentation des prix, diminution du choix des produits, diminution de la qualité des services et frein à l'innovation. Consciente de ce risque, la Commission européenne a d'ailleurs innové en juin 2010 en acceptant de réduire les amendes pour quelques entreprises qui disaient risquer la faillite si elles les payaient, lors de la condamnation d'un "cartel des lavabos", d'équipements pour les salles de bains, et dans un autre cas impliquant des aciéristes⁶⁵. Plus récemment encore, en avril 2011, la Commission européenne a opéré une deuxième réduction de l'amende initiale de 269 millions d'euros infligée en juin 2010 au groupe ArcelorMittal pour cartel, passant alors de 230 millions d'euros (première réduction en date du 30 septembre 2010) à 45, 7 million d'euros, soit 80% de réduction, au motif que la maison-mère risquerait de mettre ses

⁶² Craycraft C., Craycraft J. & Gallo J. [1997], "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay", *Review of Industrial Organization*, 12, p. 171-183

⁶³ Sproul [1993], "Antitrust and Prices", *Journal of Political Economy*, 101, p. 741-754

⁶⁴ Shoneveld F. [2003], "Cartels sanctions and international competition Policy : cross borders cooperation and appropriate forums for cooperation", *World Competition*, 26, p. 433

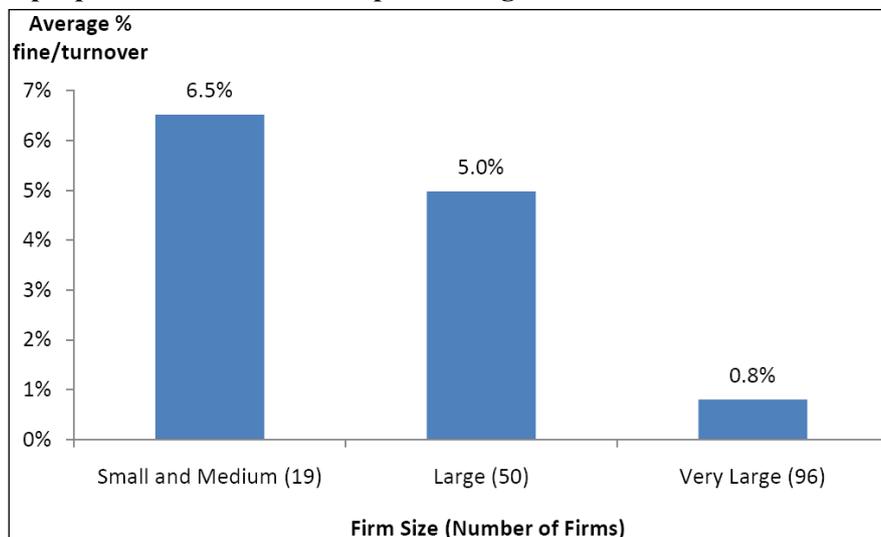
⁶⁵ Le Point.fr, « Cartel du fret aérien - Air France condamnée à 310 millions d'euros d'amende par la Commission européenne », 9 novembre 2010

trois filiales en cessation de paiements⁶⁶. Cette décision semble confirmer une tendance actuelle de l'Union européenne⁶⁷ et de certains Etats membres⁶⁸ à limiter la sévérité des sanctions pécuniaires, voulant ainsi éviter de mettre les entreprises sanctionnées en situation de faillite.

En outre, d'un point de vue social, les employés risquent de souffrir des restructurations destinées à baisser les coûts, et l'on n'est pas sans savoir que le coût du chômage n'est pas négligeable pour les Etats.

Enfin, il est important de remarquer les sanctions pécuniaires, notamment celles prononcées par la Commission, ont tendance à sanctionner beaucoup plus fortement les PME que les grandes entreprises. En effet, une analyse des décisions de la Commission montre que l'amende relative décroît avec la taille du marché, ce qui implique que l'amende annuelle en proportion du marché est d'autant plus faible que le marché annuel affecté est important, comme en témoigne le schéma ci-dessous.

Figure 11 : La proportion de l'amende en pourcentage du chiffre d'affaires



Source : Cento Veljanovski, « European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2006 », *An Updated Statistical Analysis of the Fines under the 1998 Penalty Guidelines*, Novembre 2010

⁶⁶ Lepetitjuriste.fr, Vers une approche moins sévère des sanctions infligées par la Commission européenne aux cartels ?, 11 Avril 2011

⁶⁷ Par exemple, arrêt du TPICE T-375/06 du 24 mars 2011 dans l'affaire de l'entente des producteurs de raccords en cuivre

⁶⁸ arrêts du CAT [2011] CAT 3 et [2011] CAT 6 du 11 et 24 mars 2011

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Ainsi, une augmentation du montant des amendes pénaliserait d'avantage les petites entreprises et les PME, de sorte que la concurrence se trouverait à nouveau atteinte, au détriment du consommateur.

Autre solution : doit-on augmenter la transparence des méthodes de calcul des amendes ? Si l'on observe l'attitude des autorités de concurrence, on s'aperçoit que le mouvement est à la transparence. En effet, l'Autorité de la concurrence a explicité sa méthode dans son Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires le 16 mai 2011⁶⁹. De même, Joaquín Almunia a demandé à ce que la méthode de calcul des sanctions pécuniaires apparaissent de façon explicite dans tous les « Statement of objections » ainsi que dans la nouvelle procédure d'engagement. Il espère par là-même ouvrir rapidement un dialogue avec les parties en cause, de sorte qu'elles puissent avoir une idée précise de la taille de l'amende qu'elles risquent de se voir infliger. Les erreurs et les rectificatifs de décision seront également limités⁷⁰.

Les objectifs des autorités de concurrence est clair : il faut augmenter la transparence de la méthode et tendre vers plus de prévisibilité sur les éléments pris en compte dans le calcul de la sanction, afin de satisfaire à l'exigence de sécurité juridique chère aux entreprises. Sur ce point, Bruno Lasserre prend le soin d'expliquer que si l'Autorité est liée par la méthode de calcul qu'elle a rendu publique, en revanche, elle n'est pas dispensée d'un traitement individuel et circonstanciel de la sanction infligée, de sorte qu'elle peut s'éloigner, sous réserve d'une motivation de sa décision, de sa méthode de base⁷¹.

Pour autant, il ne semble pas que cette solution permette d'améliorer la variable « S » (sanction). En effet, si la méthode de calcul est dévoilée précisément, alors tout agent rationnel va pouvoir calculer de manière presque exacte le risque financier encouru, de sorte que son analyse coûts/bénéfices lui permettra d'engager un comportement à 0 risque. Ainsi, une trop grande prévisibilité de l'amende finale va directement à l'encontre de l'efficacité des sanctions pécuniaires. La transparence, oui, la prévisibilité, non. Pour que les amendes soient efficaces, il faut que leur mode de calcul reste à l'appréciation souveraine des juges. En effet,

⁶⁹ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf

⁷⁰ Joaquín Almunia, "Cartels: the priority in competition enforcement", *15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution*, Berlin, 14 April 2011

⁷¹ Intervention de Bruno Lasserre, « Détermination des sanctions – vers plus de prévisibilité », Les Rendez-vous de l'Autorité, 31 mars 2011

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

les chefs d'entreprise ont tendance à avoir une évaluation du montant plus élevée que l'amende imposée *in fine*, de sorte que l'analyse coûts/bénéfices leur apparaîtra moins favorable, les dissuadant alors d'adopter un comportement anticoncurrentiel.

Ainsi, aucune des deux solutions ne parviennent à rehausser l'efficacité des sanctions, de sorte qu'il faut se tourner vers le programme de clémence.

ii. Aucune solution face aux failles du programme de clémence

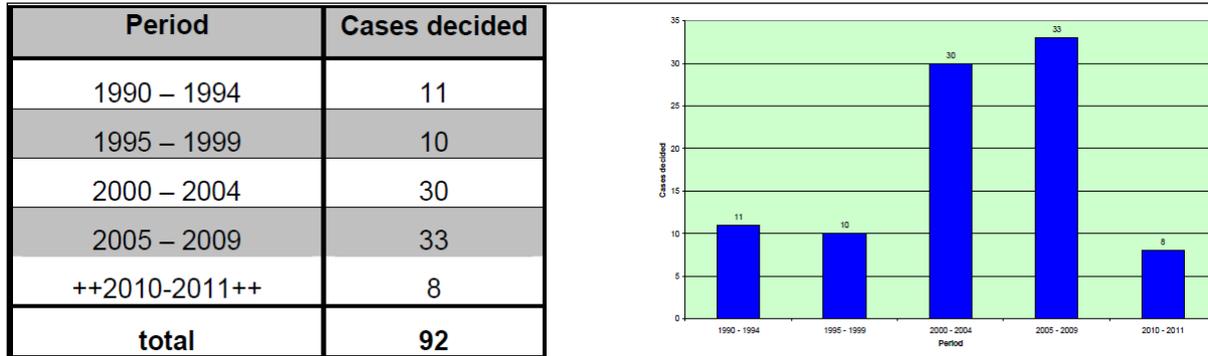
Face à ces effets antagonistes, existe-t-il des solutions pour remédier aux failles du système ?

Une solution qui a été avancée par plusieurs économistes consiste à aller plus loin qu'une « simple » immunité ou réduction d'amende et carrément accorder une prime à l'entreprise délatrice. En effet, d'après Paolo Buccirossi et Giancarlo Spagnolo, le programme de clémence parfait est celui qui consiste à verser au dénonciateur une récompense égale à l'intégralité des amendes que doivent payer les autres coupables. Une telle politique conduirait à dissuader la formation de tous les cartels à coût administratif nul⁷². Sur le plan strictement théorique, cette solution est tout à fait valable au regard de ce qui a été démontré quant à l'efficacité de la clémence lorsque le fossé entre la réduction d'amende du dénonciateur et l'augmentation d'amende des cartellistes est grand. Cependant, sur un plan purement moral, cette solution est tout à fait inenvisageable : déjà que l'opinion publique ne plébiscite pas tellement la clémence, si en plus l'ex-cartelliste est récompensé financièrement, la décision sera inacceptable.

Face aux failles du système administratif, les entreprises ne sont pas suffisamment dissuadées, et continuent de mettre en place des collusions illicites, comme en témoigne le nombre de cartels découverts chaque année par la Commission européenne, exposé ci-dessous.

⁷² P.Buccirossi et G.Spagnolo, « Antitrust sanction policy in the presence of leniency programs », *Concurrences* n°4-2006

Figure 12 : Nombre de cas de cartels décidé par la Commission européenne – période de 1991 à 2011



Source : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, DG Comp, 13 avril 2011

De plus, les cas de récidives de firmes sont légion, notamment dans des industries telles que les matériaux pour travaux publics (ciment, etc.), le BTP ou la pharmacie. Incontestablement, le système antitrust doit se renforcer et se raffermir : l'application du droit pénal dans les pratiques anticoncurrentielles apparaît ici pleine de promesses.

IV. Les sanctions pénales permettent-elles de remédier aux failles du système administratif actuellement en vigueur ?

Face à l'incapacité de la procédure administrative à punir et dissuader suffisamment les entreprises, la voie pénale semble être la solution adéquate, « si ce n'est un passage obligé »⁷³. Quelles sont les sanctions pénales les plus à même de tendre un peu plus vers la sanction optimale ? S'il apparaît que les sanctions pécuniaires et les sanctions para-pénales sont peu efficaces (A), les peines privatives de liberté tendent, au contraire, vers la sanction optimale (B).

⁷³ B. Cheynel, « Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent », Revue Lamy de la Concurrence, 2010

A. L'inefficacité des sanctions pécuniaires pénales et des sanctions parapénales

Toutes les sanctions pénales ne sont pas bonnes à prendre. Il faut prendre en considération les sanctions imposées par le juge administratif afin de pouvoir vérifier la valeur ajoutée des sanctions pénales. Ainsi, il apparaît que les sanctions pécuniaires (i) et les sanctions comportementales (ii) ne permettent pas d'apporter une valeur ajoutée par rapport aux sanctions actuellement en vigueur.

i. L'absence d'intérêt des sanctions pécuniaires pénales

Comme il a été dit précédemment, parmi les sanctions pénales disponibles, on retrouve les sanctions pécuniaires. Or, ces dernières ne résolvent en rien les problèmes du système actuellement en vigueur.

Premièrement, il faut constater que les sanctions pécuniaires peuvent être imposées par les autorités administratives mais également par les autorités pénales. Si les deux sont indépendantes l'une de l'autre, leur mise en place simultanée risquerait de poser un certain nombre de problèmes, notamment au regard du principe de *non bis in idem*. Au niveau français, le problème s'est posé à partir de l'adoption de la loi Perben II du 9 mars 2004 qui étend l'applicabilité de l'article L 420-6 du Code de commerce aux personnes morales. La scène qui peut potentiellement se dérouler est la suivante : un cartel, mis à jour par l'Autorité de la Concurrence, est déféré devant le juge administratif et reçoit une sanction pécuniaire. L'illicéité du comportement prouvé, le juge pénal s'empare de l'affaire et impose une nouvelle sanction pécuniaire, voire envoie les responsables en prison. Même faits, même cause, mêmes parties, et pourtant le Conseil Constitutionnel confirme la conformité des deux procédures : « la règle selon laquelle une personne ne peut être punie deux fois pour le même fait ne trouve pas à s'appliquer en cas de cumul des sanctions pénales et administratives »⁷⁴.

Deuxièmement, la pratique révèle que la sanction pécuniaire infligée à la personne physique par le juge pénal ne semble pas être punitive, car *in fine*, c'est l'entreprise employant la personne physique qui réglera ses dettes personnelles. Comme le précisait James Griffin,

⁷⁴ Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, §15

citant les propos d'un dirigeant senior d'entreprise : « tant que vous ne parlez que d'argent, l'entreprise peut au final prendre soin de moi – mais à partir du moment où vous commencez à parler de me retirer ma liberté, il n'y a rien que l'entreprise puisse faire pour moi »⁷⁵. Ainsi, l'entreprise peut très bien rembourser le dirigeant de son amende, soit par des plans de remboursement, soit par le versement d'une prime, soit encore par une augmentation de salaire. L'entreprise se dresse donc ici comme un rempart que représente la personne morale à la sanction du dirigeant personne physique, limitant alors l'efficacité des sanctions pécuniaires de nature pénale.

Troisièmement, l'amende n'a pas le caractère immoral recherché dans le droit pénal, en ce sens qu'elle repose implicitement sur l'idée selon laquelle il suffit de s'acquitter de la taxe pour que le comportement incriminé soit « blanchi ». En ce sens donc, l'amende subie par la personne physique n'a ni un effet répressif, ni un effet dissuasif.

ii. Les failles des sanctions para-pénales

Il en va de même pour les sanctions para-pénales, et notamment les procédures de licenciement ou d'incapacitation, pour lesquelles il s'avère que l'entreprise dédommage généralement le dirigeant pour la perte de son emploi ou met en place un système informel lui permettant de poursuivre son activité⁷⁶. Ainsi, par exemple, dans l'affaire de l'entente entre les compagnies aériennes, British Airways a été déféré devant la Cour et s'est vu infligé des centaines de millions de livres d'amendes. Pour autant, les actionnaires ont voulu garder l'un des directeurs à l'initiative du cartel, et l'ont même promu alors qu'il était impliqué dans une nouvelle affaire d'entente illicite⁷⁷. On voit donc bien ici que la tendance n'est pas à la répression interne, ce qui fragilise d'autant plus l'efficacité de sanctions administratives plus importantes.

⁷⁵ propos recueillis lors d'une conférence au King's College de Londres, Février 2004, reproduits par Margaret Bloom, « The Great Reformer : Mario Monti's Legacy in Article 81 and Cartel Policy », *Competition Policy International*, Volume 1, n°1, Printemps 2005

⁷⁶ E. Combe, « A la recherche de la sanction optimale », *Concurrences* n°4-2006

⁷⁷ *Financial Times*, « BA sales chief on price-fixing charge to join the board », Londres, 28 Novembre 2008 et *Evening Standard*, « The most senior executive involved in the British Airways price-fixing scandal has landed a job at Bupa », Londres, 2 Décembre 2008

De plus, les véritables responsables de l'entente sont rarement ceux qui vont être véritablement sanctionnés. Les premières victimes des sanctions pécuniaires sont les créanciers, qui vont douter de la capacité de la firme à rembourser ses dettes. Cependant, les victimes les plus touchées par l'amende sont les actionnaires qui vont perdre confiance dans la stratégie de l'entreprise. En effet, comme le souligne Emmanuel Combe, les dirigeants qui ont provisoirement le contrôle de l'entreprise peuvent être tentés d'exploiter abusivement les failles du système actuellement en vigueur en mettant en place un cartel afin d'accroître rapidement et à court terme leur profit. Toutefois, une fois le cartel détecté, la sanction infligée à l'entreprise est *in fine* supportée par les actionnaires, tandis que le dirigeant responsable aura sans doute quitté le navire depuis longtemps⁷⁸, avec au passage un parachute doré au nom des performances douteuses accomplies durant son mandat. C'est pour cette raison, mais aussi à cause de l'insuffisance des amendes administratives, que les actionnaires ne sont pas incités à prendre des mesures internes à l'encontre des dirigeants, bien au contraire.

En tout état de cause, si les sanctions para-pénales tendent à répondre aux mêmes objectifs que l'emprisonnement (stigmatisation, message moral fort), elles ne seront jamais aussi efficaces.

B. L'efficacité des peines privatives de liberté

Incontestablement, la menace de la prison fonctionne, tant au regard des objectifs de dissuasion et de punition (i) qu'à celui de la détection et de la prévention (ii).

i. Un effet ex-post efficace : l'effet dissuasif et punitif de l'emprisonnement

Les sanctions pénales permettent de faire tomber la protection de la personne physique assurée par la personne morale. En effet, il semble évident que les personnes morales n'ont pas de comportement autonome par rapport à leurs dirigeants, personnes physiques. Pour rappeler la célèbre formule de Ripert, « les personnes morales sont des robots »⁷⁹, et les

⁷⁸ E. Combe, « quelles sanctions contre les cartels ? : une perspective économique », *Revue International de droit économique*, 2006

⁷⁹ G. Ripert, « Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne », *LGDJ*, n°37

véritables responsables des pratiques anticoncurrentielles sont les dirigeants personnes physiques à leur tête. Ainsi, Woodrow Wilson a eu raison de dire que chacune des décisions d'une entreprise est prise sous la supervision ou à au terme d'une initiative venant d'une personne ou d'un groupe de personne identifiable ; ces derniers doivent être individuellement tenus pour responsable et la punition doit leur être directement infligée, et ne doit pas reposer sur la personne morale qu'ils utilisent illégalement⁸⁰. Il est donc nécessaire de faire tomber le rempart que représente la personne morale à la responsabilité du dirigeant personne physique pour l'atteindre directement. C'est ce que préconise d'ailleurs l'OCDE qui rappelle que « les ententes injustifiables ne sont pas des phénomènes abstraits, mais impliquent des personnes physiques qui agissent pour le compte d'une société. Ainsi, sachant que ce sont des agents de sociétés qui commettent des violations du droit de la concurrence, il s'agit de les empêcher de se livrer à une conduite illégale en les menaçant directement de sanctions, et de leur infliger ces sanctions s'ils violent la loi. »⁸¹

En France, avant que la loi Perben II⁸² du 9 mars 2004 n'étende la responsabilité pénale aux personnes morales, la Cour de cassation avait consacré le principe de la responsabilité du dirigeant ou du chef d'entreprise. Selon la Cour, c'est le chef d'entreprise qui, du fait de ses fonctions et attributions, aurait dû veiller au strict respect des lois concernant l'activité déployée dans son entreprise⁸³.

Si de simples sanctions pécuniaires n'atteignent pas réellement le dirigeant, en revanche, il est touché de plein fouet par la peine de prison, qu'il ne peut en monnayant sa liberté. Comme le remarque le Directeur de la division antitrust du Department of Justice américain, Scott Hammond, « plusieurs parties défenderesses ont offert –en vain – de payer des amendes plus élevées afin d'échapper aux peines de prison ou, au moins, assurer une peine plus courte. Au contraire, les parties défenderesses n'ont jamais offert de passer plus de temps en prison afin

⁸⁰ « every act of business is done at the command or upon the initiative of some ascertainable person or group of persons. These should be held individually responsible and the punishment should fall upon them, not upon the business organization of which they make illegal use », 51 Congressional Record 1963 [1914]

⁸¹ OECD Competition Committee, « Cartel Sanctions against Individuals », Policy Roundtables, octobre 2003

⁸² Loi n°2004-204

⁸³ Légal, La responsabilité de fait d'autrui dans les entreprises réglementées, Rev. sc. crim., 1965 p. 650 et Rev. sc. crim. 1971, p. 405 ; Cartier, Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise, Journées de Paris XII, Masson 1971, p. 45 ; Bouloc, Dr. pén. général, 20e éd., n° 349 ; Merle et Vitu, Traité de Droit criminel, I, 7e éd., n° 527 ; Pradel, Dr. pén. général, 16e éd., n° 410

de réduire leur sanction pécuniaire »⁸⁴. Ainsi, la prison est inévitable pour le dirigeant reconnu coupable. Le calcul rationnel bénéfices/coûts prend ainsi une autre tournure lorsque la personne physique tient compte de ses propres risques personnels, y compris le risque de faire un séjour en prison: « pour un homme d'affaires la prison représente l'enfer et l'analyse traditionnelle attachée à la récompense liée au risque n'a plus lieu d'être lorsque ce risque est la prison. La menace d'un emprisonnement demeure bien entendu le moyen le plus efficace de dissuasion contre des infractions au droit de la concurrence »⁸⁵. L'effet dissuasif de la sanction pénale est donc bienvenue là où les amendes administratives sont bien en-deçà du niveau optimal de sanction.

De plus, la peine de prison présente à l'évidence un caractère stigmatisant pour l'individu, dans la mesure où elle induit un jugement d'immoralité du comportement incriminé. Elle envoie un message moral fort vis-à-vis des autres entreprises présentes dans le même secteur d'activité, lequel est renforcé par la publicité de la sanction dans les médias. Ce message, de plus en plus d'hommes d'affaires l'entendent et en ont peur, de sorte qu'ils renforcent leur engagement moral à respecter les lois antitrust.

Ainsi, l'expérience américaine récente démontre le succès de la pénalisation des cartels.

Elle permet de constater que les membres de cartels s'établissant à l'échelle internationale intègrent le risque de la sanction pénale, qui les incite alors à conspirer hors du territoire américain, pensant à tort qu'ils ne pourraient pas ainsi tomber sous le coup de la loi américaine⁸⁶. Cette constatation permet de mettre en évidence le fait que les dirigeants et chefs d'entreprise n'ont pas une connaissance suffisante des lois antitrust. Ainsi, l'introduction d'une sanction pénale individuelle les incitera à se renseigner sur les risques personnels qu'ils encourent, les dissuadera d'adopter des comportements illicites et les encouragera à surveiller les activités des employés sous leurs ordres.

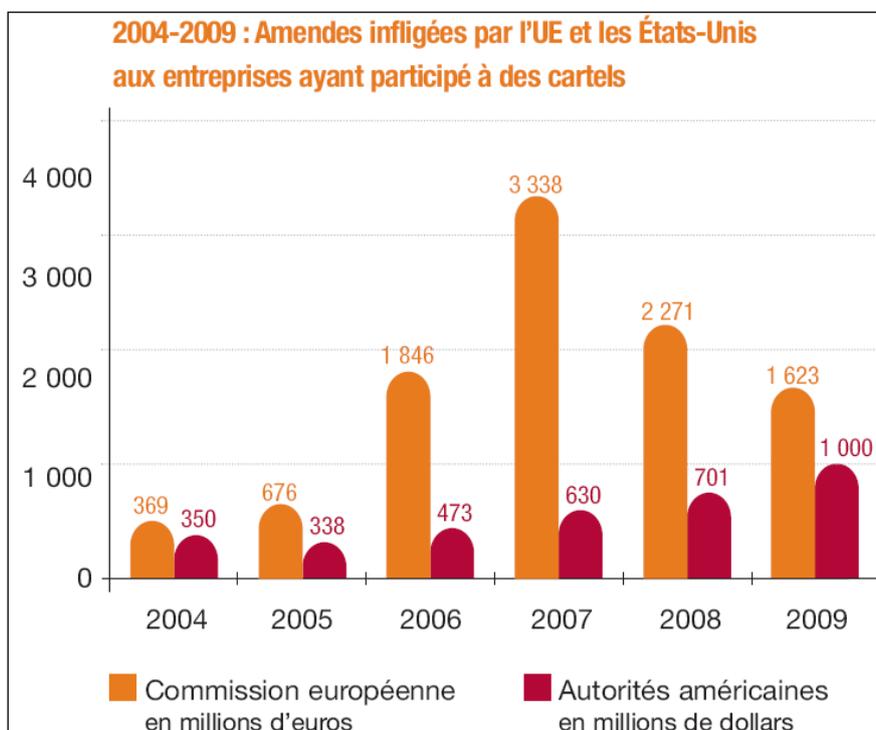
⁸⁴ « many individual defendants have offered – unsuccessfully – to pay higher fines in an attempt to escape jail sentences or at least secure a shorter jail sentence. On the other hand, defendants never offer to spend more time in jail in order to lower their fines », Hammond S. D., Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, 2 mars 2006, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/214861.htm>

⁸⁵ Liman A., “The Paper Label Sentences : Critique”, The Yale Law Journal, 1977, vol. 86, pp. 619-, sp. pp. 630-631

⁸⁶ E. Combe, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », Revue Internationale de droit économique, 2006

L'Autorité de la Concurrence française souligne elle-même les intérêts de la pratique pénale américaine⁸⁷. En effet, du point de vue des amendes, elle reconnaît qu'en Europe, la Commission européenne est obligée d'imposer des amendes plus élevées que ses homologues américains car elle ne dispose pas de sanctions pénales. Au contraire, le DOJ américain utilise les amendes en tant qu'outil secondaire à l'emprisonnement, de sorte que le niveau moyen des amendes aux Etats-Unis est sensiblement plus bas que celui en Europe⁸⁸, comme en témoigne le graphique ci-dessous.

Figure 13 : Comparaison des amendes américaines et européennes



Sources : ec.europa.eu/competition et www.justice.gov

Ainsi, face aux critiques des amendes administratives trop élevées et à l'incapacité à payer des entreprises, l'introduction de sanctions pénales dans l'arsenal du droit de la concurrence permet de diminuer le montant des sanctions pécuniaires, safeguardant ainsi des industries fragiles ou au bord de la faillite.

Outre les effets ex-post, la peine de prison agit aussi sur la probabilité de détection et ajoute un nouvel avantage : la prévention des comportements déviant.

⁸⁷ Autorité de la Concurrence, Entrée Libre n°8, Mai-Août 2010

⁸⁸ 4,2 milliards aux Etats-Unis contre 12,9 milliard en France

ii. *Un effet ex-ante redoutable : une probabilité de détection renforcée et le développement d'un objectif de prévention*

La probabilité de détection est renforcée car, les sanctions pénales étant lourdes, la procédure pénale comporte généralement des règles protectrices destinées à éviter les condamnations erronées, de sorte que les pouvoirs d'enquête sont renforcés, ce qui agit directement sur la probabilité de détection.

En effet, en matière pénale, les autorités compétentes vont disposer de pouvoirs d'enquête renforcés par rapport à ceux dont disposent déjà les enquêteurs des autorités nationales de concurrence. En effet, outre le droit de visiter les locaux, de se faire communiquer des pièces voire saisir des documents, compétences qu'ont également les enquêteurs française de l'Autorité, les officiers de police judiciaire ont également la possibilité de perquisitionner et de garder à vue les prévenus, de sorte que l'enquête avance plus rapidement et contient plus de preuves. Le récent exemple australien en donne un exemple flagrant. En effet, l'Australie a adopté, le 24 juillet 2009, le *Trade Practices Amendment (Cartel conduct and other measures) Act 2009*, qui la dote d'un dispositif pénal pour les cartels les plus graves. Grâce à cette réforme, les pouvoirs de l'autorité de concurrence se sont accrus, de sorte que dorénavant, elle peut faire appel à l'assistance de la police fédérale dans le cadre de la mise en place de dispositif de surveillance et d'écoutes téléphoniques⁸⁹. En conséquence, l'introduction de sanctions pénales permettrait de renforcer la probabilité de détection des cartels, rendant alors le risque pénal encore plus important. L'effet dissuasif de la sanction pénale est là encore démontré.

L'objectif de prévention est en outre satisfait par le contrôle de la personne morale sur le comportement déviant de ses employés. Incontestablement, l'introduction de sanctions pénales encourage les entreprises à contrôler leurs préposés et à les dénoncer en cas de violation du droit de la concurrence. En effet, les sanctions pénales incitent une surveillance accrue par la personne morale du comportement de ses employés, en mettant notamment en place des programmes d'informations sur les lois antitrust (aussi appelés « compliance programme »). Jusqu'alors, la personne morale n'avait pas d'éléments de motivation suffisants pour mettre en place de tels programmes, notamment à cause de l'insuffisance de la

⁸⁹ ACCC approach to cartel investigation, pts. 26 et s., p. 5, le *Trade Practices Amendment Act 2009* a aussi amendé le *Telecommunication Act 1979*

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

répression administrative qui, à l'issu d'un calcul coûts/avantages, incitait l'entreprise à participer au cartel. Grâce aux sanctions pénales, la mise en place de programmes d'informations permettent de renforcer la culture du respect du droit de la concurrence des employés de l'entreprise (quelque soit d'ailleurs leur niveau hiérarchique) et les éduquent à la loi antitrust⁹⁰, de sorte qu'ils résisteront d'avantage à la pression que leur société pourrait exercer sur eux pour qu'ils se livrent à une activité illégale.

Cet aspect de prévention des pratiques anticoncurrentielles a d'ailleurs été mis en exergue par Joaquín Almunia⁹¹ qui l'a érigé comme « top priorité dans l'exécution du droit de la concurrence »⁹². A ce titre, il veut mettre ses services à la portée des entreprises qui souhaitent développer des programmes d'informations sur la concurrence : « Mes services assisteront les entreprises qui ont la volonté de prendre ce chemin. Je leur apporterai d'autres formes d'aide – tels que les échanges de lignes directrices et de bonnes pratiques – en particulier pour les petites entreprises qui ne peuvent pas se permettre de payer de grands départements de concurrence et des avocats coûteux »⁹³. Il est donc clair que la Commission européenne est entrée dans une politique de promotion d'une culture de conformité dans la communauté entrepreneuriale, afin non seulement de prévenir le risque de comportements anticoncurrentiels, mais aussi de limiter le nombre de sanctions infligées aux entreprises, surtout dans un contexte économique troublé.

Ainsi, il est incontestable que les peines privatives de liberté, ajoutées aux sanctions administratives, permettent de tendre vers la sanction optimale. Cependant, l'application du droit pénal aux ententes injustifiables est non sans difficultés.

⁹⁰ E. Combe, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue Internationale de droit économique*, 2006

⁹¹ Joaquín Almunia, « Cartels: the priority in competition enforcement », *15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution*, Berlin, 14 April 2011

⁹² « top priority in competition enforcement »

⁹³ « My services will assist the businesses that intend to take this road in every possible way. I will consider additional forms of support – such as exchanges of guidance and best practices – especially for smaller businesses, which cannot afford large legal departments and expensive competition lawyers »

V. L'application de peines privatives de liberté aux ententes injustifiables entraîne-t-elle des difficultés ?

Si les sanctions pénales sont lourdes, la procédure pénale l'est également, et bien des auteurs critiquent son intrusion dans la vie des affaires (A). En outre, elle ne semble pas adaptée aux caractères intrinsèques des ententes injustifiables, et notamment aux difficultés relatives à l'imputabilité des sanctions (B).

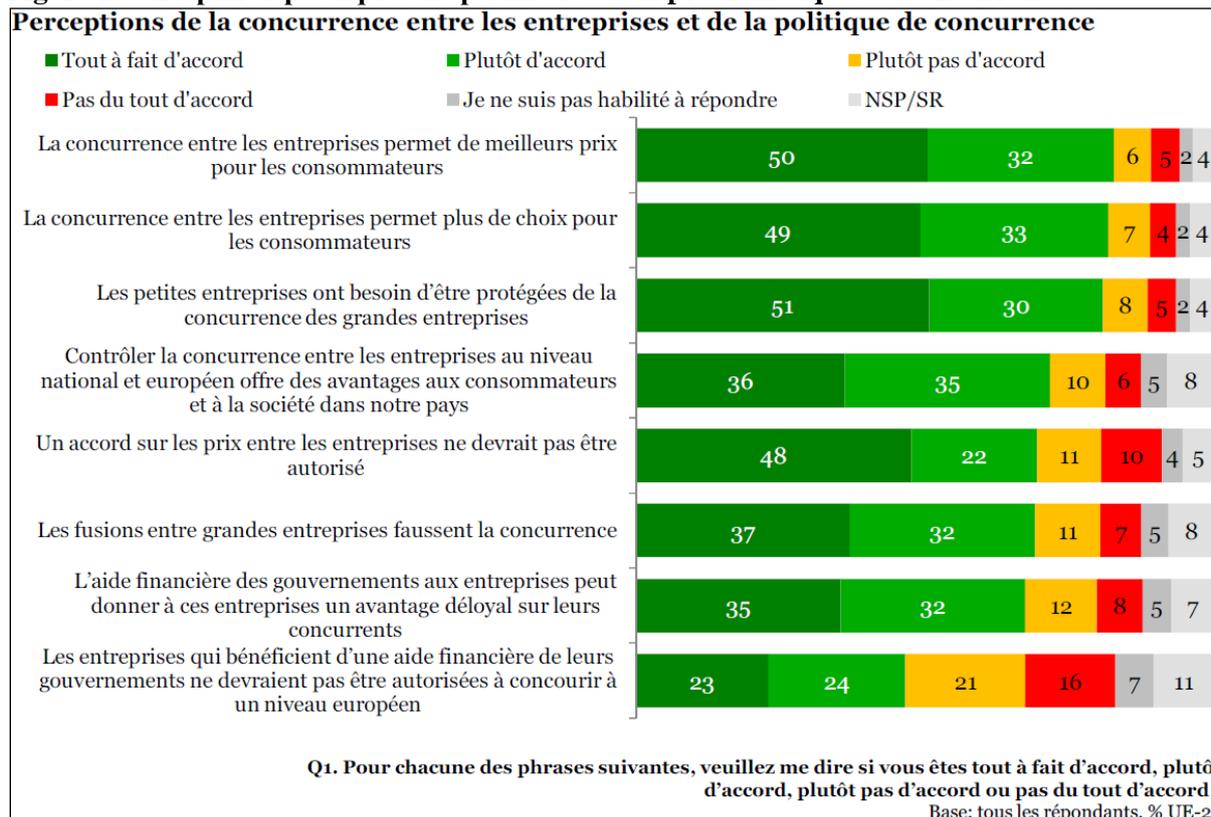
A. Une procédure pénale inadaptée à la vie des affaires

Au niveau purement moral, il faut souligner que le droit pénal a une dimension particulièrement symbolique. En effet, la norme pénale est réservée à la protection des seules valeurs jugées fondamentales et dont la violation heurte le sentiment collectif⁹⁴. C'est donc le consensus social sur l'immoralité du comportement qui apporte à la règle pénale toute sa légitimité, la sanction pénale se posant ensuite comme la conséquence nécessaire de la condamnation du comportement. Or, force est de constater que les pratiques anticoncurrentielles ne font pas l'objet d'une condamnation morale forte, ni en France ni en Europe. En témoigne les sondages réalisés par le gouvernement britannique en 2007 et la commission européenne en 2009.

Le sondage réalisé par la Commission européenne révèle que la plupart des européens sont conscients des bienfaits de la concurrence.

⁹⁴ Yvonne Muller, « La dépénalisation de la vie des affaires... ou de la métamorphose du droit pénal », AJ Pénal, 2008

Figure 14 : L'opinion publique européenne face aux problématiques de concurrence



Source : Commission européenne, Flash Eurobaromètre n° 264, « Comment les citoyens de l'UE perçoivent-ils la politique de la concurrence ? », Novembre 2009

Il est clair que les citoyens de tous les États membres sont d'accord pour dire que la concurrence entre sociétés devrait permettre des prix meilleurs et / ou plus de choix pour les consommateurs et qu'une grande majorité d'entre eux ont également convenu que la politique de concurrence devrait interdire les accords sur les prix entre sociétés. Il n'y a que dans 5 pays que plus d'un quart des personnes interrogées doutent de l'opportunité d'une telle interdiction : Malte (36 %), Espagne (29 %), Irlande (27 %), Luxembourg et Grèce (26 % chacun).

En revanche, un sondage réalisé pour le compte du gouvernement britannique révèle que les anglais ne jugent pas nécessaire d'envoyer les responsables en prison.

Figure 15 : L'opinion publique britannique concernant la peine privative de liberté

The decision to fix prices is usually made by a number of INDIVIDUALS within a business...	
In addition to the punishment (if any) you stated businesses should receive, if each of the INDIVIDUALS in a business were to be punished, which, if any, of the following do you think each of these individuals should face?	%
Public Naming and Shaming	55
A ban from holding senior managerial positions in businesses	48
A personal fine	42
Imprisonment	11
Other	2
Don't know	9
None of these/No punishment	5

Source : Andreas Stephan, Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain, Center for Competition Policy Working Paper 07-12, May 2007

Ainsi, la prison n'est pas plébiscitée par l'opinion publique, notamment parce que l'Europe n'a pas la culture de la concurrence. Ainsi, il n'y a pas de consensus social quant à l'immoralité des pratiques anticoncurrentielles. De ce point de vue, les sanctions pénales n'ont donc pas de légitimité.

De plus, la mise en place d'une procédure pénale entraîne un risque de stigmatisation publique qui est clairement condamnée dans le Rapport Coulon de 2008, en ce qu'elle peut causer de sérieux dommages, que ce soit pour la personne physique ou pour l'entreprise qu'il représente. La surmédiation de la mise en examen d'un acteur de la vie économique, à l'inverse du jugement final qui est souvent passé inaperçu, représente une sanction supplémentaire de la sanction pénale stricto sensu. En effet, c'est ici l'image de l'entreprise et sa réputation, véritables valeurs économiques dans la vie des affaires, qui subissent de plein fouet la procédure pénale. Le rapport souligne d'ailleurs que «nombre de chefs d'entreprises dénoncent ainsi une sanction autonome, celle de la procédure pénale en elle-même, distincte de la sanction pénale au sens stricte ». Pour autant, il semble que ces propos doivent être modérés. Comme le souligne Michel Debroux, l'effet punitif de la procédure pénale dépend

des cultures : si la dimension morale tient un rôle prédominant dans la culture anglo-saxonne, dans laquelle les entreprises ont une haute idée de leur responsabilité sociétale, en revanche, cela n'est pas vrai dans la culture française, dans laquelle un cartel ou un abus de position dominante ne reçoivent pas un écho public important⁹⁵.

Plus grave encore, les affaires pénales font l'objet d'une couverture médiatique importante à des stades de plus en plus avancés de la procédure pénale, de sorte que c'est l'effectivité de la présomption d'innocence qui est mise à mal. Les médias pointent rapidement du doigt un « coupable présumé », un « auteur présumé » ou un « présumé délinquant », alors même que la personne mise en cause n'a en réalité commis aucune infraction pénale. Du point de vue de la concurrence, cette exposition médiatique n'est même pas souhaitée par les enquêteurs, car elle nuit à leurs investigations : fréquemment, dès la médiatisation de l'affaire, les entreprises détruisent immédiatement les preuves, ce qui empêche le lancement d'une procédure.

En outre, la procédure pénale apparaît inadaptée au contentieux concurrence, et ce notamment à cause de sa lenteur. D'une part, si les tribunaux correctionnels et leurs Parquets venaient à connaître d'un contentieux concurrence, ce contentieux n'aurait probablement pas la priorité, la répression pénale ordinaire (la « grande délinquance économique », c'est-à-dire abus de biens sociaux, faux bilans) surchargeant suffisamment les juges pénaux. En outre, la répression pénale ne fait pas partie de la culture du Parquet. La question est complexe, technique, et emprunte de théorie économique, de sorte que les juges pénaux ne sont pas formés pour répondre à ces problématiques. D'autre part, la lenteur de la procédure est due au standard de preuve qui est extrêmement élevé afin d'éviter d'envoyer des innocents en prison. Il est donc très difficile pour la victime de réunir des preuves suffisantes pour prouver la culpabilité du prévenu. Seule possibilité : bénéficier des preuves dégagées précédemment par une enquête de l'Autorité de la Concurrence. Le problème se pose alors lorsque le prévenu a sollicité le programme de clémence (notamment pour les pratiques les plus dangereuses) car l'Autorité a fait savoir qu'elle ne transmettrait pas les documents et pièces qu'elle détient grâce à la coopération du prévenu. Il y aurait, selon elle, un « empêchement légitime » au sens de l'article 11 du NCPC qui repose sur la volonté de préserver l'efficacité du programme de clémence.

⁹⁵ Michel Debroux, « Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », lepetitjuriste.fr, 11 Avril 2011

Au niveau économique, la pénalisation du droit de la concurrence peut également engendrer un certain nombre de problèmes. D'une part, l'emprisonnement a un coût, non seulement des coûts tenant à la vie dans la prison elle-même, mais aussi des coûts sociaux, lorsque des dirigeants, emprisonnés, n'assurent plus la gestion de l'entreprise mise en cause. D'autre part, c'est l'économie tout entière qui est aussi affectée, en ce sens que les futurs dirigeants, effrayés par des sanctions de plus en plus lourdes, s'abstiendraient de créer des entreprises ou de prendre la tête de celles qui existent déjà, de sorte que la croissance et le progrès économique en seraient affaiblis. En particulier, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris met en évidence que la menace répressive peut paralyser la création et le développement de PME, paralysie qui affectera à terme la concurrence et l'innovation. En outre, la CCIP souligne une altération de l'attractivité des territoires où la sanction pénale est potentielle, de sorte que les financements ou les industries s'implanteront sur d'autres territoires où la législation est plus favorable aux entreprises⁹⁶.

Enfin, la probabilité de détection est mise à mal en cas de pénalisation du droit de la concurrence. En effet, en réaction à ce risque pénal, on peut craindre que les entreprises membres de cartel mettent en place des techniques de plus en plus sophistiquées pour ne pas se faire prendre⁹⁷. Ainsi, la pénalisation du droit de la concurrence peut rendre plus difficile la détection des cartels, leurs membres dissimulant les indices presque instantanément.

Au-delà d'une procédure inadaptée, les particularités intrinsèques des ententes injustifiables posent des problèmes quant à l'imputabilité de la pratique, réduisant alors les garanties offertes par le droit pénale.

B. Un problème d'imputabilité caractéristique des ententes injustifiables

Outre la preuve, c'est l'identité même du prévenu qui est compliquée à obtenir. Car l'une des problématiques les plus importantes dans le débat de la pénalisation du droit de la

⁹⁶ Rapport de D. Norguet, « Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires », Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008

⁹⁷ G. Spagnolo, « Cartels Criminalization and their Internal Organization », in Cseres, K.J., Schinkel, M.P., Vogelaar, F.O.W., (Eds.), *Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, Edwar Elgar, London, 2005

concurrence est fondée sur l'imputabilité du crime. En effet, il ne saurait y avoir aucune présomption quant à la responsabilité du chef d'entreprise dans la manœuvre illicite. Comme en témoigne le tableau ci-dessous, plusieurs personnes sont susceptibles d'être responsables du cartel.

Figure 16 : Les responsables des ententes injustifiables

YEAR	CARTEL	POSITION(S) OF EMPLOYEES INVOLVED
2009	LCD SCREENS*†	President of Subsidiary; Executive Vice President of Sales and Marketing; Vice President of Sales Planning.
2007-8	MARINE HOSES*†	President; Product Area Manager; Managing Director; Director, Sales and Marketing; Regional Sales Manager.
2007	LIFTS & ESCALATORS	National Sales Managers
2001	CARBONLESS PAPER	Chief Executives; Commercial Directors; Regional Sales Managers
2001	VITAMINS*†	President of Divisions; Division Managers; Marketing Directors
2000	LYSINE (AMINO ACIDS) *†	Executive Vice President; Group Vice President

Source : Andreas Stephan, « Hear no Evil, See no Evil : Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels », Center for Competition Policy Working Paper 09-09

Il faut remarquer ici la grande présence des dirigeants de ventes et de marketing, ainsi que l'implication de dirigeants régionaux et locaux. Malgré le fait que la plupart des cartels soient formés à une échelle hiérarchique élevée, il n'en reste pas moins que la détermination exacte des vrais responsables est un véritable casse-tête.

Emmanuel Combe va même plus loin en affirmant qu'au regard du risque pénal, les dirigeants sont plus à même de se décharger de leur responsabilité sur des employés moins importants hiérarchiquement⁹⁸. En effet, par crainte d'un emprisonnement, les actionnaires et dirigeants peuvent être incités à ne pas informer leurs employés qui engageraient, consciemment ou non, leur entreprise dans des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, les employés seront désignés comme les responsables, tandis que les actionnaires et dirigeants bénéficieront du gain illicite.

⁹⁸ E.Combe, « L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique », Concurrences n°4-2006

Les américains eux-mêmes, bien que fervents défenseurs des sanctions pénales, en particulier des peines privatives de liberté, émettent des doutes quant à l'efficacité de telles sanctions, notamment au regard de l'identité des auteurs des infractions. Ainsi, toute la problématique est de savoir si les actionnaires peuvent être tenus pour responsables des pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise en cause. D'un côté, si les autorités de concurrence ont pour but de punir les représentants légaux de l'entreprise, alors les actionnaires sont les cibles parfaites, d'autant plus qu'ils bénéficient directement des bénéfices illégaux résultant du cartel⁹⁹. Cependant, une telle sanction peut avoir pour conséquence la diminution des investissements de la part de ces actionnaires. En outre, il ne faut pas oublier que les actionnaires ne peuvent pas contribuer au comportement anticoncurrentiel de l'entreprise en cause, ni n'ont le pouvoir de la sanctionner si elle dévie du droit chemin. Ainsi, une sanction ciblant directement les actionnaires seraient injuste du point de vue de l'opinion publique, de sorte que la sanction n'aurait pas le soutien public nécessaire¹⁰⁰.

L'application de sanctions pénales aux auteurs d'ententes injustifiables doit donc se faire avec précaution, et exige le respect d'un certain nombre de conditions.

VI. Quelles sont les conditions à observer pour obtenir de la sanction pénale un maximum d'efficacité ?

La mise en place de sanctions pénales pour punir et dissuader les agents économiques d'adopter des comportements anticoncurrentiels semble donc particulièrement adaptée aux ententes injustifiables. Cependant, afin que l'efficacité de ces sanctions soit exploitée au maximum, il semble que certaines conditions doivent être posées, d'une part en ce qui concerne les sanctions pénales stricto sensu (A), et d'autre part en ce qui concerne les règles de procédure (B).

⁹⁹ Intervention de juge SAKKERS, UCL Jevons Institute for Competition Law and Economics Annual Forum on Cartel Sanctions and the Balance of Optimal Enforcement, Londres, février 2010

¹⁰⁰ Intervention du juge GINSBURG, UCL Jevons Institute for Competition Law and Economics Annual Forum on Cartel Sanctions and the Balance of Optimal Enforcement, Londres, février 2010

A. Des conditions touchant à la sanction pénale *per se*

Tout d'abord, en ce qui concerne particulièrement les sanctions pénales, il semble que la sensibilisation de l'opinion publique est nécessaire (i), et que la peine doit être limitée dans le temps (ii).

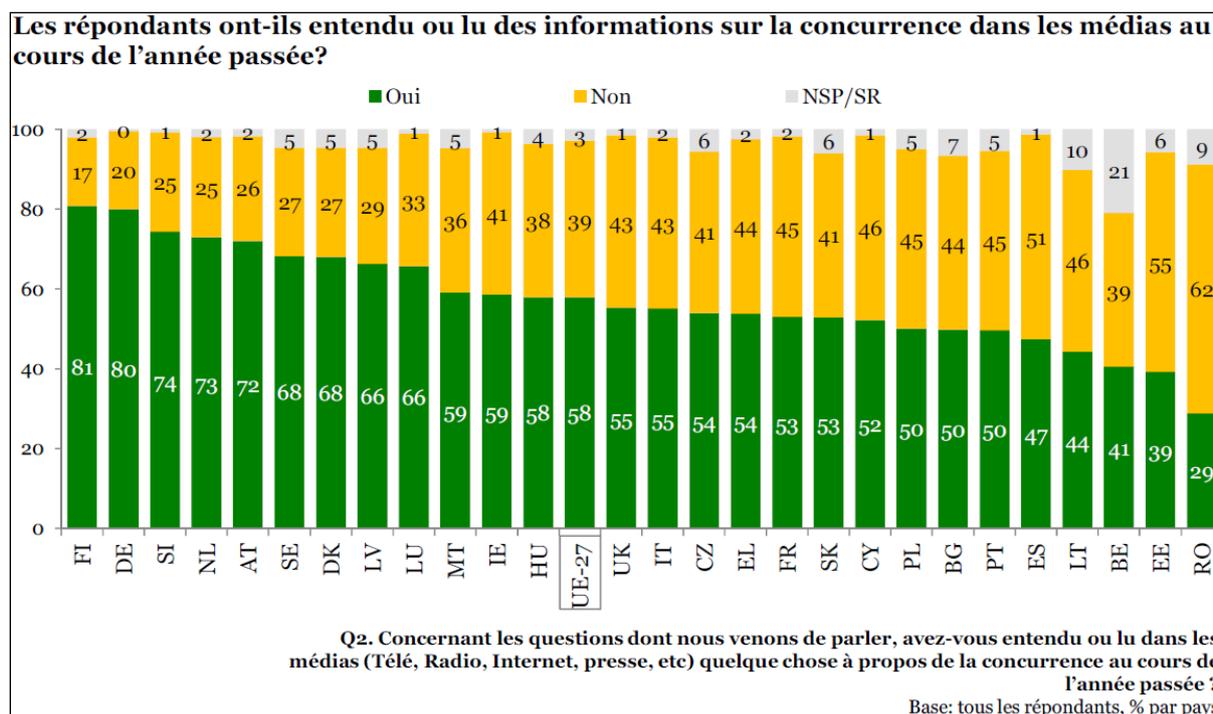
i. La sensibilisation de l'opinion publique face aux problèmes de concurrence

Premièrement, la sanction pénale n'a de légitimité que si le comportement est réprimé par l'opinion publique. Or, comme il a été dit précédemment, les pays de l'Union européenne n'ont pas véritablement de culture concurrentielle. Pour assurer l'efficacité de la sanction pénale, il faut donc enseigner aux consommateurs la culture de la concurrence. Comme l'explique Joaquín Almunia, « tous les acteurs économiques et sociaux doivent avoir conscience des avantages concrets qui découlent [de la politique de concurrence] pour chacun, à savoir la contribution de la concurrence à la réduction des prix, à la qualité et la variété de l'offre de produits et de services, à l'innovation et à la compétitivité des entreprises européennes, ainsi qu'à la réalisation d'une croissance économique durable en Europe. »¹⁰¹.

Plus surprenant, l'enquête réalisée par la Commission européenne en Novembre 2009 révèle un défaut d'information en matière de concurrence.

¹⁰¹ J. Almunia, Interview avec l'Autorité de la Concurrence, Entrée libre n°8, Mai-Août 2010

Figure 17 : Le manque d'informations sur la concurrence dans les médias



Source : Commission européenne, Flash Eurobaromètre n° 264, « Comment les citoyens de l'UE perçoivent-ils la politique de la concurrence ? », Novembre 2009

Ainsi, en France comme en Europe, seulement un peu plus d'une personne sur deux dit avoir entendu des informations sur la concurrence dans les médias, ce qui est trop peu pour qu'une éventuelle sanction pénale puisse être acceptée favorablement par l'opinion publique. En outre, l'enquête souligne que ce sont les personnes interrogées qui présentent le niveau de formation le plus élevé, les salariés et les indépendants qui ont répondu le plus fréquemment avoir lu ou entendu parler des questions de concurrence dans les médias au cours de cette année (entre 66 et 70 % contre, par exemple, 44 % des sondés possédant un niveau inférieur de formation et 50 % des ouvriers). On peut donc en déduire que l'information n'est accessible que pour une mince catégorie de la population, ce qui ne favorise pas l'émergence d'une conscience concurrentielle collective.

Cette dernière, d'ailleurs, réclame plus d'informations, plus de communications sur la concurrence.

Figure 18 : Le besoin des européens d'être mieux informés sur la concurrence



Source : Commission européenne, Flash Eurobaromètre n° 264, « Comment les citoyens de l'UE perçoivent-ils la politique de la concurrence ? », Novembre 2009

Ainsi, plus de 30% des citoyens européens réclament une meilleure information sur les cartels. Incontestablement, les européens ont besoin d'être mieux informés sur la politique de concurrence. Une meilleure publicité permettrait alors d'atteindre les objectifs de punition et de dissuasion des sanctions des pratiques anticoncurrentielles.

Conscient de ce déficit d'information, Joaquín Almunia a initié un programme d'informations sur la concurrence. Ainsi, il utilise les derniers moyens de communication, tels qu'Internet, pour diffuser des informations simples et compréhensives concernant les règles européennes de concurrence et leur application concrète. En outre, il maintient un dialogue constant avec les chefs d'entreprises et les actionnaires afin de mettre à jour les directives, les notes et les autres informations matérielles. Enfin, il ne manque pas une occasion pour encourager les entreprises à développer leur programme de conformité¹⁰².

A terme, une telle opinion publique, formée aux règles de concurrence, permettrait que les opérateurs au sein de l'entreprise surveille leurs supérieurs hiérarchiques et dénoncent des pratiques anticoncurrentielles, de sorte que la probabilité de détection et de sanction des cartels est renforcée.

¹⁰² Joaquín Almunia, "Cartels: the priority in competition enforcement", *15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution*, Berlin, 14 April 2011

ii. La mise en place de courtes peines de prison

Qui dit théorie de la sanction optimale, dit aussi théorie de la peine de prison optimale. Emmanuel Combe, en particulier, affirme qu'une courte peine d'emprisonnement vaut mieux qu'une sanction plus longue¹⁰³, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, la prison fait supporter un coût social à la communauté, impliquant les coûts directs liés à la construction, l'entretien et le fonctionnement des infrastructures carcérales. Ainsi, réduire la peine au maximum permettrait de limiter les coûts et obtenir l'adhésion de l'opinion publique, dont le portemonnaie en déjà « pris un coup » durant la vie du cartel. Ensuite, l'économiste explique que les effets de dissuasion et de stigmatisation du comportement illicite dépendent moins de la durée de la peine de prison mais du simple fait d'aller en prison. Une peine de prison de courte durée est donc suffisante pour assurer une punition et une dissuasion effectives.

Outre la peine de prison stricto sensu, la procédure pénale doit elle aussi subir quelques adaptations lorsque le droit de la concurrence doit être appliqué.

B. Les conditions touchant à la procédure pénale

En ce qui concerne cette fois-ci la procédure pénale en tant que telle, il faut mettre en place une véritable coordination entre les juges administratifs et les juges pénaux, coopération qui passe par l'extension du programme de clémence aux sanctions pénales (i) ainsi que par une répartition adéquate des sanctions à infliger aux membres des cartels (ii).

i. La nécessaire extension du programme de clémence à la procédure pénale

Il est évident que le programme de clémence doit être étendu aux peines d'emprisonnement. Incontestablement, la menace de prison renforce d'avantage les bienfaits de la clémence, à condition que cette dernière soit étendue à la procédure pénale ; à défaut, la demande de clémence auprès du juge administratif équivaldrait à un aveu de culpabilité pour le juge pénal, et inversement. En effet, la non-coordination des procédures administratives et pénales conduirait à ce que l'entreprise, certes, bénéficie de l'immunité devant les juridictions

¹⁰³ E. Combe, « L'efficacité des sanctions contre les cartels : une perspective économique », Concurrences n°4-2006

administratives mais rien n'empêche qu'elle soit déferée et sanctionnée par le juge pénal. En l'absence de coordination des deux procédures, le programme de clémence perdrait donc tout son intérêt et la probabilité de détection serait alors à son plus faible niveau. En effet, il est difficile d'imaginer qu'un manager dénonce un comportement anticoncurrentiel, obtenant ainsi la réduction voire l'exemption de l'amende pour son entreprise, tout en encourant une sanction pénale à titre personnel¹⁰⁴. Il est donc indispensable que la clémence, demandée au cours d'une des procédures, soit garantie lorsque l'autre se met en place. Le cartel sera d'autant plus fragilisé par le couperet de la sanction pénale que ses membres ont la possibilité d'éviter une telle peine en dénonçant le premier la pratique illicite, la prison redonnant alors toute l'efficacité à la clémence. En outre, le potentiel prévenu acceptera plus facilement de collaborer avec les autorités antitrust s'il anticipe une immunité pénale, de sorte que les preuves ainsi que la condamnation de la pratique sont obtenus rapidement, limitant par là-même le dommage à l'économie et aux consommateurs. Ainsi, l'extension du programme de clémence aux peines privatives de liberté permet, d'une part, de favoriser une condamnation et minimiser le risque d'erreur et, d'autre part, de limiter la durée du cartel. En conséquence, l'amende imposée par les juridictions administratives, prenant en compte la durée du cartel, sera plus faible, sans toutefois affaiblir la punition des pratiques illicites, puisque les sanctions pénales concourent elles aussi à la répression des cartels.

Les autorités antitrust américaines ont bien compris cela en réformant dès 1993 leur programme de clémence, en garantissant l'immunité des poursuites pénales à tous les membres d'une entreprise bénéficiant de l'immunité de sanctions pécuniaires¹⁰⁵.

ii. Une nécessaire répartition des tâches entre le juge administratif et le juge pénal

La mise en place de sanctions pénales introduit un risque d'une violation du principe *non bis in idem*, en ce que les juridictions administratives et pénales ont toutes deux la capacité d'imposer des amendes pécuniaires aux personnes morales coupables. Il est donc indispensable de rationaliser l'articulation entre les juridictions administratives et le dispositif pénal afin de ne pas imposer deux fois une amende à la même personne et pour les mêmes faits. A cet égard, la proposition de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

¹⁰⁴ Michel Debroux, « Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », *lepetitjuriste.fr*, 11 Avril 2011

¹⁰⁵ E. Combe, *Haro sur les cartels : quelles sanctions contre les ententes illicites ?* Concurrence n°52

est tout à fait valable : elle prévoit une répartition des compétences en fonction de la qualité de personne morale ou physique auteur des faits. Ainsi, les personnes morales relèveraient de la compétence des autorités de concurrence tandis que les personnes physiques sont dirigées vers la voie pénale¹⁰⁶. De même, compte tenu du montant déjà élevé des sanctions administratives prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre des contrevenants, sans compter les dommages et intérêts susceptibles d'être réclamés *a posteriori* par les victimes à l'entreprise ayant participé à la pratique anticoncurrentielle, les amendes doivent être réservées aux juridictions administratives alors que les peines privatives de libertés doivent rester le monopole des juridictions pénales. Une telle répartition des rôles permettrait de maintenir l'efficacité des deux voies de répression ainsi que de préserver les garanties fondamentales de deux procédures.

En conséquence, la coopération entre le juge administratif et le juge pénal doit être améliorée. En particulier, le droit français de la concurrence permet théoriquement un dialogue entre les deux institutions, qu'il faut exploiter pour assurer l'efficacité des deux types de sanctions.

D'une part, le juge pénal peut se voir transmettre le dossier par l'Autorité de la Concurrence¹⁰⁷, et bénéficier ainsi de son enquête et des éléments de preuve qu'elle a pu récolter au cours de sa procédure. Cela permettrait notamment d'apporter des preuves importantes au procès pénal, de sorte que l'erreur de jugement est évitée. Le Rapport Coulon envisage même la même possibilité pour le juge pénal, lorsqu'il est saisi indépendamment de toute intervention administrative, de bénéficier de l'expertise de l'Autorité de la Concurrence en qualité d'*amicus curiae*, ce qui permet une sanction plus juste et sans risque d'erreur.

D'autre part, l'article L.463-5 du Code de commerce dispose que les juridictions d'instruction et de jugement peuvent réciproquement communiquer à l'Autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont elle est saisie. A ce titre, le juge pénal dispose d'une grande latitude pour répondre à la demande de l'Autorité, et la pratique décisionnelle récente démontre que le juge d'instruction a souvent transmis la totalité des pièces de son information, voire même l'a invité à venir consulter le dossier pénal à son cabinet¹⁰⁸. En outre, le juge pénal réalise une interprétation large de l'article en question, de sorte qu'il communique à l'Autorité les scellés et autres pièces saisies

¹⁰⁶ Rapport de D. Norguet, Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires », Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008

¹⁰⁷ article L.462-6, alinéa 2 du Code de commerce

¹⁰⁸ Par exemple : décision n°06-D-07 du 21 mars 2006

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

par le juge d'instruction au cours de ses investigations. Ainsi, souvent, le rapporteur de l'Autorité n'a plus nécessairement à effectuer d'investigations complémentaires afin d'enclencher la procédure administrative. En conséquence, le juge pénal vient souvent au soutien du juge administratif, de sorte que la phase de jugement vient plus rapidement, limitant alors les effets néfastes des cartels dans le temps.

Bibliographie

Législations

Règlement 1/2003 CE du 16 décembre 2002

Code de commerce, articles L.420-1, L.420-2 et L. 420-6

Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004, dite « loi Perben II »

Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. n° 108-237, Title 2, § 215, 118 Stat. 661, 668 ; *cf.* les nouvelles Antitrust Sentencing Guidelines de l'U.S. Sentencing Commission entrées en vigueur le 1er nov. 2005

Enterprise Act de 2002

Proceeds of Crime Act 2002

Colloques

Almunia J., « Taking stock and looking forward : a year at the helm of EU competition », *Revue Concurrences conference : « New Frontiers of Antitrust 2011 »*, Paris, 11 Février 2011 et « Recent Developments and future priorities in EU competition law », *International competition law forum*, Saint Gallen, 8 avril 2011

Almunia J., « La politique de la concurrence de l'UE en 2010 et au-delà », conférence, Paris, 15 février 2010

Almunia J., « Cartels: the priority in competition enforcement », *15th International Conference on Competition: A Spotlight on Cartel Prosecution*, Berlin, 14 April 2011

Kroes N., « Many achievements, more to do », Opening speech at International Bar Association Conference : Private and public enforcement of EU competition law – 5 years on, Brussels, 12th March 2009

Lasserre B., « Détermination des sanctions – vers plus de prévisibilité », *Les Rendez-vous de l'Autorité*, 31 mars 2011

Hammond S. D., *Charting New Waters in International Cartel Prosecutions*, 2 mars 2006, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/214861.htm>

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Monti M., *'Fighting Cartels: Why and How?'*, discours au *Third Nordic Competition Policy Conference*, Stockholm, 11-12 septembre 2000

UCL Jevons Institute for Competition Law and Economics Annual Forum on Cartel Sanctions and the Balance of Optimal Enforcement, Londres, février 2010

Publications officielles

Rapport annuel de l'Autorité de Concurrence, juillet 2010

Rapport de D. Norguet, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires* », Contribution de la CCIP aux réflexions sur la « pénalisation excessive » de l'environnement juridique des entreprises, présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 10 janvier 2008

Rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires

Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, dit « rapport Folz »

Communiqué sur les sanctions pécuniaires, Autorité de la Concurrence, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiqu%C3%A9_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf

Department of Justice, European Executive agrees to plead guilty for participating in an international antitrust conspiracy, 7 août 2002 : <http://www.usdoj.gov/atr/public/press-releases/2002/200122.htm>

OECD Competition Committee, « Cartel Sanctions against Individuals », Policy Roundtables, octobre 2003

Revue de l'OCDE, troisième rapport, 2006, vol. 8, n° 1, p. 7

Groupe de travail European Competition Authorities sur les sanctions, « Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence : principes pour une convergence »

51 Congressional Record 1963 [1914]

DG Comp, Statistiques

Commission européenne, Flash Eurobaromètre n° 264, « Comment les citoyens de l'UE perçoivent-ils la politique de la concurrence ? », Novembre 2009

Jurisprudence

Autorité de la Concurrence

Décision 08-D-30 du 4 décembre 2008

Décision n° 08-D-32, 16 décembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques

Décision n°06-D-07 du 21 mars 2006

Cour d'appel

CA Paris, 6 mai 2008

Affaire de l'entretien et la rénovation partielle de l'éclairage public de la ville du Havre, confirmée par la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Rouen, 25 février 2002

Cour de Cassation, Chambre Criminelle

Affaire des transports collectifs de voyageurs, peine confirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, 9 novembre 1995, n°94-84204

Affaire des enrobés bitumeux, peine confirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, 16 mai 2001, n°99-83467 et 97-80888

Conseil Constitutionnel

Conseil Constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, §15

Commission Européenne

Décision C(2010) 8761 final, du 8 décembre 2010, dans l'affaire COMP/39.309 - LCD - affichages à cristaux liquides

Décision du 20 juillet 2010, Affaire COMP/38.866, Phosphates pour l'alimentation animale

Décision du 9 novembre 2010, Case COMP/39258

Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne

Affaire T-201/04 du 17 septembre 2007, Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes

Affaire T-375/06 du 24 mars 2011 dans l'affaire de l'entente des producteurs de raccords en cuivre

Federal District Court des Etats-Unis

Manhattan Federal District Court, USA v. Alfred Taubman, 22 avril 2002

Manhattan Federal District Court, USA v. Diana D. Brooks, 29 avril 2002

Florida Federal District Court, United States v. Baci, 30 janvier 2009, Case N° 3:08-cr-350-J-32TEM

Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, 124 S. Ct. (2004) at 879

Crown Court et Chambre des Lords, Grande-Bretagne

Southwark Crown Court, 18 juin 2008,

Chambre des Lords Norris v Government of United States of America [2010] UKSC 9, 24 février 2010

Décisions de l'Office of Fair Trading et du Competition Appeal Tribunal

OFT, affaire du 21 septembre 2009, "Bid rigging in the construction industry in England"

CAT [2011], CAT 3 du 11 mars 2011, CAT 6 du 22 mars 2011, CAT 7 du 24 mars 2011, CAT 9, 10, 11 et 14 du 15 avril 2011

Articles de Revue

Autorité de la Concurrence, Entrée Libre n°8, Mai-Août 2010

Barnett B. A., *Criminal Enforcement at the Antitrust Division – The Year in Review*, A.B.A. Cartel & Criminal Practice Comm. Newsletter, Décembre 2009, p. 14

Bloom M., « The Great Reformer : Mario Monti's Legacy in Article 81 and Cartel Policy », *Competition Policy International*, Volume 1, n°1, Printemps 2005

Buccirossi P. et Spagnolo G., « Antitrust sanction policy in the presence of leniency programs », *Concurrences* n°4-2006

Cheyne B., *Criminal enforcement du droit de la concurrence : un risque concurrentiel émergent*, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010

Claudé E., « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles: le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2003, p. 80

Combe E., « A la recherche de la sanction optimale », *Concurrences* n°4-2006

Combe E., « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue Internationale de droit économique*, 2006

Combe E., *Haro sur les cartels : quelles sanctions contre les ententes illicites ?* *Concurrence* n°52

Connor J.M., *The great global vitamins conspiracy : sanctions and deterrence*, *Concurrences* n°4-2006

Craycraft C., Craycraft J. & Gallo J. [1997], "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay", *Review of Industrial Organization*, 12, p. 171-183

Debroux M., « Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », *lepetitjuriste.fr*, 11 Avril 2011

Levêque F., « L'efficacité multiforme des programmes de clémence », *Concurrences* n°4-2006

Liman A., "The Paper Label Sentences : Critique", *The Yale Law Journal*, 1977, vol. 86, pp. 619-, sp. pp. 630-631

Lucas de Leyssac C., « L'inquiétant article L.420-6 du Code de commerce », *Concurrences* n°1-2008

Motta M. et Polo M. [2003], "Leniency Programs and Cartel Prosecution", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21(3), 347-379

Muller Y., « La dépenalisation de la vie des affaires... ou de la métamorphose du droit pénal », *AJ Pénal*, 2008

Ripert G., « Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne », *LGDJ*, n°37

Shoneveld F. [2003], "Cartels sanctions and international competition Policy : cross borders cooperation and appropriate forums for cooperation", *World Competition*, 26, p. 433

Spagnolo G., « Cartels Criminalization and their Internal Organization », in Cseres, K.J., Schinkel, M.P., Vogelaar, F.O.W., (Eds.), *Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, Edward Elgar, London, 2005

Sproul [1993], "Antitrust and Prices", *Journal of Political Economy*, 101, p. 741-754

Stephans A., « Hear no Evil, See no Evil : Why Antitrust Compliance programmes may be Ineffective at Preventing Cartels », *CCP Working Paper 09-09*, July 2009

Veljanovski C., « Cartel fines in Europe : Law, Practice and Deterrence, *World Competition*, Vol.29, Mars 2007

Veljanovski C., « European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2006 », *An Updated Statistical Analysis of the Fines under the 1998 Penalty Guidelines*, Novembre 2010

Article de presse

Hoorman C., Dedieu F. et Meignan G., « Cartels, tous unis contre le consommateur », *L'Expansion.com*

Le droit de la concurrence doit-il être sanctionné pénalement ?

Combe E., « Consommateurs, les ententes vous spolient », www.telos-eu.com

Combe E., « Les cartels restent un cancer pour l'économie », LeFigaro, 2 mars 2010

Le Point.fr, « Cartel du fret aérien - Air France condamnée à 310 millions d'euros d'amende par la Commission européenne », 9 novembre 2010

Lepetitjuriste.fr, Vers une approche moins sévère des sanctions infligées par la Commission européenne aux cartels ?, 11 Avril 2011

Financial Times, « BA sales chief on price-fixing charge to join the board », Londres, 28 Novembre 2008 et Evening Standard, « The most senior executive involved in the British Airways price-fixing scandal has landed a job at Bupa », Londres, 2 Décembre 2008