

Le Bulletin de L'ILEC

Concurrence : l'infraction et l'amende

■ CONCURRENCE : L'INFRACTION ET L'AMENDE

LE VAUT-IL VRAIMENT BIEN ?
Éditorial page 2

DISSUASION ET PROPORTION
Entretien avec Jean-Paul Tran Thiet
page 1

SANS ÉTATS D'ÂME
*Entretien avec la Direction générale
de la Concurrence à Bruxelles*
page 4

OBJECTIF DISSUASION
Entretien avec Bruno Lasserre
page 6

MODÉRATION EN APPEL
page 8

POUR UNE AMENDE SUPÉRIEURE
AU GAIN
Entretien avec Alain Bazot
page 9

UN EXERCICE OBSCUR
Entretien avec Gildas de Muiizon
page 10

Dissuasion et proportion

Les sanctions peuvent-elles se limiter aux seules amendes ? Une telle option présente le risque de créer un dommage à l'économie.

Entretien avec Jean-Paul Tran Thiet, avocat associé chez White & Case et membre du comité directeur de l'Institut Montaigne

■ Dans un article paru dans Les Echos¹, vous vous êtes élevé contre les amendes trop fortes de la DG Concurrence, au regard de celles infligées pour d'autres infractions économiques (violations du droit des consommateurs, atteintes à l'environnement, délits d'initié, blanchiment d'argent, fraudes alimentaires). En France l'Autorité de la concurrence prononce-t-elle des amendes trop lourdes ? Dispose-t-elle d'autres moyens, d'un pouvoir d'injonction ?

Jean-Paul Tran Thiet : Les amendes infligées par l'Autorité de la concurrence sont plus modérées que celles de la Commission européenne. Pour autant, elles ont très sensiblement crû au cours des dernières années, de sorte qu'on peut se demander s'il n'y a pas, à Paris comme dans d'autres capitales, une volonté de suivre l'exemple bruxellois. Ce n'est pas encore le cas, mais la tendance est là. Ainsi, jusqu'au début des années 2000, les sanctions infligées dépassaient rarement quelques millions d'euros. L'accélération est particulièrement nette depuis 2005, avec les 534 millions d'euros infligés aux trois opérateurs de téléphonie mobile, puis en 2008, avec les entreprises du négoce de produits sidérurgiques condamnées à 575 millions (avant réduction par la cour d'appel de Paris). Il est effectivement temps d'envisager d'autres moyens de sanctions. Le Royaume-Uni a monté un exemple intéressant en mettant en œuvre une « interdiction de gestion » : les personnes directement impliquées dans une pratique anticoncurrentielle ne peuvent plus devenir ou demeurer membres des organes dirigeants d'une société.

■ La hiérarchie des amendes est-elle cohérente en droit français de la concurrence ? Et en droit européen ? Où l'est-elle le plus ?

J.-P. T. T. : Je ne crois pas qu'on puisse établir un palmarès. Ce qu'on peut constater, en revanche, c'est qu'aujourd'hui les sanctions pécuniaires infligées par les autorités de concurrence sont, de très loin, les plus importantes auxquelles des entreprises peuvent être condamnées.

■ Ne faudrait-il pas abandonner le « dommage à l'économie », critère flou, selon le rapport Folz² ?

J.-P. T. T. : C'est tout le contraire, me semble-t-il. Le dommage à l'économie, s'il est correctement pris en compte, permet de conserver aux amendes un caractère

(suite page 3)

Le vaut-il vraiment bien ?

La légende veut que Clemenceau, soucieux du beau style, eût coutume de dire à ses journalistes de *l'Aurore* : « *Les adverbes sont interdits, pour les adjectifs venez me voir.* » La prohibition des adverbes est tout simplement évidente, non moins d'ailleurs que la défiance ressentie envers les adjectifs, fragiles béquilles des verbes insuffisants et des substantifs alanguis. L'entente entre deux peuples qui ont épuisé toutes les horreurs de l'affrontement mimétique, de Bouvines (par empereur interposé) à Azincourt et de Waterloo au bombardement de Bizerte, est qualifiée de cordiale parce que le terme d'entente tient, entre eux, de l'oxymore.

Qu'en est-il alors lorsque l'entente est qualifiée d'anticoncurrentielle, autre expression hautement paradoxale ? Le terme *entente*, qui, dans le commerce, signale l'accord sur la chose et sur le prix, est carrément appelé *contrat* aux articles 1101 et suivants du Code civil, recueil qui ne peut être tenu en suspicion, pas même par le plus vétilleux des esprits chagrins. Tout tient donc dans un adjectif, hybride plutôt lourd à la plume et désagréable à l'oreille, *anticoncurrentiel*. La question posée par Jean-Paul Tran Thiet, dans nos colonnes, et plus encore dans une tribune du 20 décembre 2010 parue dans *les Echos*, revient à demander, compte tenu des sommes en jeu : le vaut-il vraiment bien ?

Il ne vaut rien du tout, affirmerait Bernard Mandeville, à en croire sa *Fable des abeilles*. Dans la ruche, ce sont les vices privés qui font la fortune publique. Y renoncer (en empêcher l'essor par le droit serait à peine moins contre-productif, épargnant toutes les professions juridiques) dans une déraisonnable pulsion de vertu revient à tuer la ruche. Le moraliste de conclure fort sagement : « *Abandonnez ces vaines chimères. Il faut que la fraude, le luxe et la vanité subsistent, si nous voulons en retirer les doux fruits.* » Jean-Paul Tran Thiet n'oserait sans doute pas aller jusque-là, même s'il vit des vices frappant les personnes morales, mais au moins pourrait-il conclure avec Mandeville devenu plus raisonnable : « *C'est ainsi que l'on trouve le vice avantageux, lorsque la justice l'émonde, en ôte l'excès et la lie.* » A condition, ajouterait notre avocat, que de la punition à son tour soit ôté l'excès.

Il ne vaut jamais assez, s'offusquerait René Girard. Sa relecture de Clausewitz le conduit à penser que la violence mimétique est plus menaçante que jamais. La soupape de sécurité du bouc émissaire ayant été mise hors d'usage par la Révélation christique, la guerre tend à coïncider avec son concept, autrement dit à aller au bout d'elle-même, dans une perspective d'autodestruction mimétique de l'humanité. Or, concède l'auteur, « *la monnaie remplace (aujourd'hui) la victime sur le dos de laquelle les hommes se réconciliaient jadis* ». ... Dès lors « *le commerce (guerre continue de faible intensité) peut-il contenir la guerre ? (...) jusqu'à un certain point, peut-être, tant que nous restons dans un capitalisme raisonnable.* » Retour vers un adjectif en quoi tiendrait le salut de l'humanité. Il va de soi que, pour échapper au péril, le prix n'est jamais trop élevé et le droit jamais assez dur. Ce qui explique sans doute l'intransigence dont fait preuve l'Anonyme de la DG Concurrence de Bruxelles, celle aussi de l'économiste Gildas de Muizon, celle enfin et surtout de Bruno Lasserre qui, en termes plus onctueux, exprime à sa manière la même idée : il faut confisquer et au-delà le profit indu. Alain Bazot, qui ne fait pas montre de plus d'indulgence, ajoute que le dispositif de l'amende, de nature quasi pénale, doit être complété par une procédure de groupe au civil, de façon à permettre la réparation des préjudices individuels de petits montants, engendrés par une pratique anticoncurrentielle.

Dernière halte en compagnie de René Girard. Il remarque : « *Nous pouvons passer très vite du commerce à la guerre et aujourd'hui du commerce à la montée aux extrêmes ; nous pouvons raisonnablement craindre, de ce point de vue, un choc formidable entre la Chine et les Etats-Unis, dans les décennies à venir.* » Cette sombre perspective devrait conduire notre vieille Europe à modérer ses élans de vertu proconcurrentielle, si elle entend demeurer quelque chose et non pas rien du tout dans le monde de demain. Écoutons à nouveau Jean-Paul Tran Thiet : « *Lorsque des poursuites de même nature se terminent par des amendes, au Japon de quelques millions de dollars, en Chine de quelques dizaines de milliers et à Bruxelles de plusieurs centaines de milliers d'euros, on ne peut pas faire comme si de rien n'était.* »

En effet. Pareil déséquilibre n'est pas soutenable. Du côté du vice, René Girard le rappelle : « *Le commerce a toutes les caractéristiques d'une guerre : si le bon règlement des échanges dégénère en compétitivité furieuse, la guerre commerciale peut devenir une guerre tout court.* » Nous voici prévenus : la violence mimétique nous guette même dans l'acte de commerce censé, selon Montesquieu, apaiser les mœurs.

Du côté de la vertu, il suffit de rappeler qu'après avoir connu bien des infortunes, plus cruelles les unes que les autres, souvent subies en contrepartie d'un bien qu'elle avait fait à autrui, Justine, à peine rétablie dans ses droits et sa fortune, mais pas dans son intégrité physique, car elle demeure à jamais marquée dans sa chair, meurt foudroyée par l'éclair. Nos eurocrates, gonflés de certitudes concurrentielles, auraient intérêt à lire Sade (difficile d'imaginer qu'ils aient à le relire) comme propédeutique libertine à la sociologie de Marcel Mauss (*Essai sur le don*) ou à la philosophie de René Girard (*Achever Clausewitz*).

Dominique de Gramont

proportionné. Cela suppose, cependant, qu'on procède à une réelle évaluation du dommage. Le droit français impose que la sanction soit fixée en considération de « l'importance » du dommage à l'économie. Autant dire que l'Autorité ne devrait pas se contenter de dire qu'il existe, ni de le qualifier *in abstracto* (important, modéré ou faible). Elle devrait aller beaucoup plus loin et utiliser les compétences économétriques dont elle s'est dotée pour évaluer son importance et en tirer les conséquences quant au montant de la sanction. Ce n'est pas facile, car de nombreux paramètres entrent en compte, dont certains sont difficiles à apprécier (puissance économique des clients, possibilités ouvertes de récupération des préjudices subis, etc.), mais c'est une absolue nécessité, si l'on veut éviter les effets d'une politique uniquement axée sur la volonté de dissuasion.

■ *Quatre critères déterminent en France le montant de l'amende : la gravité de la pratique, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de l'entreprise et l'éventuelle réitération de faits. En va-t-il de même ailleurs dans l'UE, et hors Europe (Etats-Unis, Chine, où les amendes sont beaucoup plus faibles) ?*

J.-P. T. T. : La gravité de la pratique et l'éventuelle réitération sont prises en compte un peu partout dans le monde. Ce n'est pas le cas pour le dommage à l'économie, qui n'est pas expressément cité par les lignes directrices de Bruxelles. Pour autant, quels que soient les critères mis en œuvre, ce qui est frappant, c'est de voir la disparité des sanctions infligées. La Chine a annoncé, il y a quelques semaines, avoir démantelé un cartel dans le secteur du papier et avoir infligé aux entreprises responsables une sanction d'un peu plus de... 65 000 dollars ! Au Japon, une entente dans le secteur du câble a conduit à des sanctions d'un total qui dépasse à peine 5 millions d'euros. Les deux derniers cartels importants sanctionnés par Bruxelles, celui du fret aérien et celui des écrans plats, l'ont été à hauteur de respectivement 799 et 649 millions d'euros.

■ *D'autres critères devraient-ils être pris en considération ?*

J.-P. T. T. : Au vu de cette situation, il devient nécessaire de prendre en considération l'impact qu'ont les amendes sur la compétitivité des entreprises, sur les investissements et sur l'emploi. Lorsque des poursuites de même nature se terminent par des amendes, au Japon de quelques millions de dollars, en Chine de quelques dizaines de milliers et à Bruxelles de plusieurs centaines de millions d'euros, on ne peut pas faire comme si de rien n'était.

■ *Quelles sont les possibilités d'appel contre une amende infligée par Bruxelles ?*

J.-P. T. T. : Il existe une possibilité de recours devant le Tribunal de l'Union européenne. Cependant, celui-ci ne censure que les « erreurs manifestes d'appréciation ». Il n'a pas la possibilité de substituer sa propre appréciation des faits à celle de la Commission. Un pourvoi devant la Cour de justice de l'Union est possible contre les décisions du Tribunal, mais ce pourvoi ne peut porter que sur les questions de droit et jamais sur des questions de fait. Au total, on peut se demander si le système communautaire correspond vraiment aux critères du contrôle juridictionnel plein et entier.

■ *Quelles recommandations du rapport Folz (débat contradictoire sur la sanction plus tôt dans la procédure ; marge du secteur plutôt que chiffre d'affaires comme base de calcul de l'amende ; appel suspensif ; sursis pour les restrictions verticales ; marginalisation du critère du « dommage à l'économie » ; sanctions sur personnes physiques...) l'Autorité de la concurrence a-t-elle écartées dans son projet de « communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires »³ ?*

J.-P. T. T. : A l'heure de notre entretien, l'Autorité de la concurrence a reçu de nombreux commentaires et n'a pas encore fait savoir la suite qu'elle entend leur réserver. On peut cependant observer que son projet ne reprend aucune des recommandations que vous citez. D'après ce que je sais des commentaires émis par les principaux intéressés, la plupart demandent le maintien du critère du dommage à l'économie. Un grand nombre souhaite cependant que les autres recommandations soient suivies, en particulier pour ce qui concerne l'ouverture d'un débat contradictoire avant d'imposer des sanctions, et la prise en compte de la rentabilité du secteur d'activité pour déterminer leur montant.

■ *Qu'attendez-vous de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence en janvier autour de ce projet de « communiqué » ?*

J.-P. T. T. : Dans un premier temps, j'attends surtout avec une grande curiosité les réactions des milieux intéressés. Je forme le vœu que cet espace de discussion ne se referme pas sans résultat. Sur le fond, j'espère que le futur communiqué permettra une plus grande transparence du système de sanction appliqué par l'Autorité. Pour autant, je ne suis pas sûr que, spontanément, une inflexion significative sera apportée à la tendance constatée ces dernières années d'une augmentation sensible du montant des sanctions. Une telle inflexion ne pourra résulter que d'une prise de conscience politique du gouvernement et du Parlement, pour ce qui concerne la France, et du Parlement européen et du Conseil des ministres, s'agissant du niveau communautaire.

■ *Alléger les sanctions sur les sociétés pour des motifs économiques peut-il s'envisager sans alourdir, à l'anglo-saxonne, celles qui frapperaient les personnes ?*

J.-P. T. T. : Il me semble que c'est effectivement possible. Il suffirait de se rappeler qu'un système de sanctions doit être cohérent, donc accepté. En outre, la dissuasion ne peut être le seul paramètre. Une sanction ne doit pas seulement être dissuasive, elle doit aussi être proportionnée. Or, comme je le rappelais dans l'article des *Echos* que vous avez cité, la disproportion qui existe entre les sanctions très élevées infligées pour pratiques anticoncurrentielles et celles, beaucoup plus modérées, qui sont encourues pour fraude fiscale, délit d'initié ou blanchiment d'argent, rend notre système peu cohérent, donc mal accepté.

Propos recueillis par J. W.-A.

1. Les *Echos* du 20 décembre 2010.

2. Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, remis au ministre de l'Economie, 2010 (<http://www.minefe.gouv.fr/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf>), p. 35,

3. Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/projet_communique_sp_17janvier2011.pdf).

Sans états d'âme

Soucieuse de la stricte application des règles, la Direction générale de la Concurrence à la Commission européenne se dit sensible à l'éventuelle détresse financière de certaines entreprises, mais réaffirme que le niveau de l'amende doit rendre l'appât du gain dérisoire.

Entretien avec la Direction générale de la Concurrence (DGC) à Bruxelles¹

■ *L'augmentation du montant des amendes ces dernières années s'expliquerait par le fait qu'elles n'étaient pas assez dissuasives par rapport au préjudice que les violations des règles causent à l'économie. La mondialisation vous conduit-elle à une nouvelle approche ? L'inégalité de traitement des sanctions selon les pays (Etats-Unis, Chine...) est-elle prise en compte ?*

DGC : La mondialisation a pour conséquence qu'un nombre considérable de cartels sont d'une envergure mondiale. Puisque la Commission impose ses sanctions au regard de la valeur du marché concerné dans l'UE, la mondialisation ne conduit pas à une nouvelle approche des amendes. La Commission ne prend pas en compte le niveau des amendes infligées sous d'autres juridictions pour déterminer ses propres sanctions dans des cas individuels, car les sanctions de la Commission sont déterminées au regard de la valeur concernée (et donc du dégât causé) par l'infraction sur le seul marché européen.

■ *La dissuasion (sanction optimale) au moyen de sanctions plus élevées est-elle efficace ? La récidive baisse-t-elle à proportion de l'inflation du montant des amendes ?*

DGC : L'existence d'amendes suffisamment dissuasives constitue un instrument majeur de lutte contre les infractions aux règles en matière d'ententes, donc un facteur essentiel de l'efficacité de la politique de la concurrence. Il est trop tôt pour déterminer si les sanctions imposées en application des lignes directrices² sur les amendes de 2006 ont fait baisser la récidive. Mais il est clair que les entreprises prennent aujourd'hui très au sérieux les infractions au droit de la concurrence et ont multiplié leurs efforts pour éviter des infractions, par exemple avec des « programmes de conformité ».

■ *La majoration pour réitération est-elle raisonnable, quand la situation économique et financière, ou la direction, de l'entreprise en cause a radicalement changé entre les deux occurrences de la pratique incriminée ?*

DGC : La Cour a constaté à plusieurs reprises (par exemple en 2002 et 2006 dans l'affaire du marché belge de la bière – affaire T-38/02 confirmée par C-3/06) que, dans une optique de dissuasion, la récidive est une circonstance qui justifie une augmentation considérable du montant de l'amende. Elle constitue la preuve de ce que la sanction antérieurement imposée n'a pas été suffisamment dissuasive pour l'entreprise en cause. La Commission impose des sanctions à des entreprises et non pas à des personnes physiques. Il est normal que la situation économique et

financière d'une entreprise change, parfois même pendant la même infraction, qui peut durer dix ans ou plus. Cela ne diminue nullement le besoin d'imposer une sanction dissuasive à une entreprise qui a transgressé le droit de la concurrence à plusieurs reprises.

■ *La DG Concurrence procède-t-elle à une étude d'impact économique (investissements, emploi, sauvegarde de l'entreprise...) avant de prononcer une sanction ?*

DGC : Les amendes infligées par la Commission sont justifiées par la double nécessité de sanctionner les comportements fautifs et d'éviter les violations du droit de la concurrence de l'UE. De telles infractions, en particulier les ententes, sont particulièrement lucratives pour ceux qui s'y adonnent. Pour être efficace, la sanction doit donc excéder les gains potentiels, réalisés au détriment du consommateur et des entreprises victimes des cartels. C'est l'objectif visé par la méthode de la Commission pour calculer les amendes (lignes directrices de 2006).

Il convient dans le même temps d'éviter toute disproportion. C'est pourquoi les amendes sont limitées à un maximum de 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée. Et la Commission peut accorder une réduction de l'amende lorsque l'entreprise n'a pas de capacité suffisante pour payer. En revanche, le simple fait de connaître des difficultés économiques ou financières ne peut constituer un argument pour échapper à ses responsabilités. Les entreprises qui commettent des infractions au droit de la concurrence prennent des risques en connaissance de cause.

■ *Le critère de la « faculté contributive », ouvrant la possibilité d'une réduction de l'amende, est limité à des « circonstances exceptionnelles ». Lesquelles ? S'agit-il seulement de situations de faible activité, ou d'autres circonstances (compétition pour une acquisition externe, OPA hostile, etc.) peuvent-elles être prises en considération dans un contexte dynamique ?*

DGC : Le point 35 des lignes directrices sur les amendes de 2006 indique que « dans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier ». Il s'agit de situations où l'imposition de l'amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise. Aucune réduction d'amende ne pourra être accordée à ce titre en raison d'une situation financière simplement défavorable ou déficitaire.

En revanche, la Commission n'a aucun intérêt à faire disparaître des entreprises du marché, en particulier en période de crise économique. C'est pourquoi elle examine soigneusement la situation financière de celles qui excipent de leur « incapacité contributive ». Des réductions peuvent être accordées dans des situations claires de détresse financière causée par l'amende. Récemment, la Commission s'est prononcée sur cinquante demandes. Après une analyse attentive de l'impact des amendes sur la situation financière des entreprises, elle en a réduit dix : réduction significative dans le cas des stabilisants thermiques ; de 25 % (deux

entreprises) et 50 % (trois autres) dans le cas des fabricants d'installations sanitaires ; de 25 % (une entreprise), 50 % (une) et 75 % (une) dans le cas de l'acier de précontrainte ; et de 70 % pour une entreprise dans le cas des producteurs de phosphates destinés à l'alimentation animale.

■ *En frappant une entreprise dans une passe hyperconcurrentielle, une lourde amende n'est-elle pas susceptible de fausser la concurrence, comme la symétrique négative d'une subvention publique ?*

DGC : Lorsqu'une amende pour infraction aux règles de la concurrence est lourde, c'est pour de bonnes raisons. Les principaux paramètres du calcul d'une amende sont la valeur des ventes des biens ou services concernés par l'infraction et la durée d'implication de l'entreprise. La sanction vise une situation anormale dans laquelle il y a eu infraction à la loi et où le jeu de la concurrence a été faussé. Elle est la conséquence et le reflet d'une infraction antérieure, et non la symétrique négative d'une quelconque subvention publique. Sans amende d'un niveau suffisant, les gains réalisés par l'entreprise fautive risquent d'excéder la sanction, et l'incitation à commettre de nouvelles infractions subsistera. Le meilleur moyen pour une entreprise d'éviter les conséquences négatives d'une sanction est de respecter les règles.

■ *Pourquoi l'UE n'arrête-t-elle pas ses lignes directrices en tenant compte des régimes de sanctions à Washington et sur d'autres places ? Une coordination est-elle étudiée au G20 ou à l'OMC ?*

DGC : La Commission est membre du Réseau international de la concurrence, où les autorités nationales chargées de veiller au respect du droit de la concurrence coopèrent et échangent leurs pratiques. En collaboration avec l'Autorité de la concurrence hongroise, elle y assure la coprésidence du groupe de travail sur les ententes. Une cinquantaine d'agences, représentant diverses zones géographiques du monde et ayant un niveau d'expérience varié dans la lutte contre les ententes, sont membres de ce groupe dont la mission est de relever les défis de la lutte contre les ententes.

■ *A quoi bon promettre d'éviter toute dérive d'éventuelles actions collectives, si une autre dérive affecte le montant des amendes avec les mêmes effets économiques ?*

DGC : La volonté de la Commission d'éviter des dérives dans les actions collectives ne met pas en question la possibilité pour les victimes d'être dédommagées. La Commission considère que les parties lésées par une infraction doivent

pouvoir demander réparation du préjudice qu'elles ont subi.

Les sanctions administratives infligées par la Commission n'ont pas le même objet. Elles visent à sanctionner les infractions au droit de la concurrence de l'UE et à les dissuader.

■ *Les programmes de clémence ne poussent-ils pas à une inflation du montant des sanctions ?*

DGC : La détection des cartels est une des priorités de la Commission. L'expérience de son programme de clémence montre qu'un tel programme augmente la probabilité de détection des cartels. Depuis l'adoption de la communication sur la clémence, en 1996, elle a pris en moyenne sept décisions sur des cartels par an. Entre 2000 et 2009, elle a adopté trois fois plus de décisions sur des cartels qu'au cours de la décennie précédente.

Un programme de clémence introduit un facteur déstabilisant dans l'environnement d'une entente, qui sans cela serait confortable pour les entreprises en cause. Il accroît la probabilité qu'il soit mis fin au cartel et que des amendes soient infligées. Ainsi, il améliore la détection et la sanction des cartels dans leur ensemble. Il est aussi un facteur important pour dissuader les entreprises de s'engager dans un comportement collusif. Il n'existe pas de lien entre le programme de clémence et l'augmentation du montant des sanctions. L'existence de ce programme conduit au contraire à réduire les amendes des entreprises qui coopèrent avec la Commission. Ces réductions vont jusqu'à l'immunité complète pour celle qui permet la détection d'un cartel.

■ *La DG Concurrence pourrait-elle ouvrir une consultation et revoir ses méthodes et ses critères, au vu de l'effet de l'inflation du montant des amendes sur la compétitivité des entreprises de l'UE ?*

DGC : Les lignes directrices actuelles ont été adoptées en 2006. En ce moment, il n'y a pas de projet de révision. Cela n'exclut pas que la Commission puisse développer certains aspects de sa pratique décisionnelle en cas de besoin, comme cela a été le cas dans le domaine de l'incapacité de payer.

Propos recueillis par J. W.-A.

1. Nos interlocuteurs n'ont pas souhaité apparaître à titre personnel.

2. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) 1/2003, Journal officiel n° C 210 du 01/09/2006 p. 0002 – 0005 ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):FR:HTML)).

Au sommaire du prochain numéro

Fidélité à la marque ou fidélité de la marque ?

Objectif dissuasion

Pour le gendarme français de la concurrence, le niveau des amendes infligées aux entreprises pour infraction aux règles de la concurrence ne fait pas question. Et le dispositif mériterait d'être complété par des sanctions pénales.

Entretien avec Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence

■ *Pourquoi un communiqué sur la détermination des sanctions¹ ?*

L'objectif poursuivi par l'Autorité avec ce projet de communiqué est double. Il est d'abord d'accroître la transparence et la prévisibilité, sur la façon dont sont déterminées les sanctions. À cet effet, il reprend, en les synthétisant et en les actualisant, les principaux enseignements de notre pratique décisionnelle en la matière. Cela donne aux entreprises une vue précise des éléments d'appréciation que pourra prendre en considération l'Autorité, et de la façon dont elle le fera. Néanmoins, la prévisibilité totale est impossible – et sans doute pas souhaitable, compte tenu de l'exigence juridique d'individualisation –, car la fixation de la sanction, en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, est un travail d'assemblage et de pondération, qui impose une appréciation de chaque cas d'espèce.

Le projet vise aussi à renforcer la cohérence, interne et externe, de notre pratique décisionnelle. Interne, dans la mesure où il standardise la méthode suivie en pratique au cas par cas, sans contraindre le pouvoir d'appréciation du collège, puisqu'il réserve la possibilité d'adapter la démarche aux circonstances spécifiques qui le justifieraient. Externe, car il rapproche la façon dont l'Autorité procède, à l'intérieur du cadre légal, des bonnes pratiques partagées par l'ensemble des autorités nationales de concurrence d'Europe. C'est le Conseil de la concurrence qui avait copiloté, avec son homologue italien, le groupe de travail mis en place par l'Association des autorités de concurrence d'Europe en 2006, pour préciser ces bonnes pratiques.

■ *Une fois que l'Autorité aura déterminé la sanction dans un dossier, que se passera-t-il devant la juridiction de contrôle ?*

La façon dont la Cour d'appel de Paris procédera dépendra d'abord de ce que les entreprises requérantes lui demanderont. Si elles se plaignent que l'Autorité n'a pas respecté la méthode indiquée dans le communiqué, ni expliqué pourquoi elle s'en écartait, la Cour pourra vérifier ce qu'il en est, comme le fait le Tribunal de l'Union européenne. Dans notre esprit, les engagements que l'Autorité prend dans le communiqué lui sont opposables (à moins que des circonstances spécifiques ne conduisent à procéder autrement), en ce sens que les entreprises peuvent en invoquer le non-respect. Sinon, ce communiqué ne ferait pas progresser la prévisibilité.

Si les entreprises demandent à la cour de réformer les sanctions imposées par l'Autorité, rien n'empêchera le juge d'appliquer la méthode décrite par le communiqué,

s'il décide que c'est approprié, comme le fait le Tribunal de l'Union européenne, sans renoncer à sa compétence de pleine juridiction. Lorsqu'il applique la méthode figurant dans les lignes directrices de la Commission mais qu'il considère qu'il faut accorder plus ou moins de poids à tel ou tel élément que celle-ci ne l'a fait, le Tribunal explique pourquoi, de manière à permettre à la Cour de justice d'exercer son contrôle. S'il devait appliquer une méthode différente – ce qu'il n'a pas fait à ce jour – il ferait naturellement de même. Point important à ce sujet, les juridictions européennes, qui ont le même pouvoir de réformation des sanctions que la cour d'appel de Paris, disent clairement que, dès lors qu'on leur demande de se pencher sur les sanctions, elles peuvent tout autant les augmenter que les réduire. Elles l'ont d'ailleurs fait à plusieurs reprises.

■ *Qu'a retenu l'Autorité des recommandations du rapport Folz² ?*

Ce rapport est le fruit d'un travail indépendant de nos propres travaux, entamés en 2007. Mais il a constitué pour l'Autorité un document utile et enrichissant. Utile, parce qu'il nous a permis de constater que, sur beaucoup de points – à commencer par le recours à la valeur des ventes comme assiette –, il existait un consensus en France, et pas seulement ailleurs en Europe, sur lequel nous pouvions nous appuyer. Enrichissant, parce qu'il a formulé un ensemble de propositions intéressantes, sur un plan tant philosophique que technique. Ces idées ont nourri notre réflexion, même si nous ne les avons pas toujours reprises. Je pense à la référence à la marge, dont notre communiqué précise explicitement qu'elle peut être prise en compte dans le cadre de l'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie. Je pense aussi à l'idée même de lignes directrices, c'est-à-dire d'un document dans lequel l'Autorité s'engage publiquement et par avance sur une méthode, qui a été clairement soutenue par le rapport.

Dans le même temps, certains points du rapport nous ont paru sortir du champ de l'exercice, ciblé sur les sanctions. Par exemple, notre communiqué n'étant pas un document de procédure, il ne revient pas sur le [débat] contradictoire³. Mais comme l'ont bien vu les commentateurs, il va par nature enrichir considérablement la discussion sur les sanctions. Autre exemple, les programmes de conformité, que nous n'avons pas pu traiter en même temps que les sanctions, mais qui feront l'objet d'un document soumis à consultation publique à l'automne, qui intégrera le fruit des réflexions auxquelles a contribué le rapport.

■ *Le critère du « dommage à l'économie », dont le rapport préconisait de réduire le rôle, est-il utile ?*

Oui, il nous paraît utile, indépendamment du fait que la loi le traite sur le même pied que la gravité, raison qui nous a conduits à leur donner la même importance dans notre projet. Le recours à cette notion permet de montrer que les sanctions sont proportionnées à l'incidence que les pratiques anticoncurrentielles peuvent avoir sur l'économie. Je dis « peuvent », parce que nous sommes dans une situation où,

par définition, une telle pratique a eu lieu et où il est par conséquent impossible de savoir exactement ce qui se serait passé en son absence.

Il ne s'agit pas de calculer précisément un hypothétique surprix, étant observé que la Cour de cassation nous impose de démontrer l'importance du dommage causé à l'économie, mais en aucun cas de le quantifier comme s'il s'agissait d'un préjudice. Nous sommes dans un exercice de répression et de dissuasion des infractions à l'ordre public économique, pas dans un exercice de réparation de préjudices privés. En revanche, ce que nous pouvons faire – et faisons effectivement, comme l'illustrent nos décisions sur les commissions bancaires sur le traitement des chèques, sur les monuments historiques ou sur le travail temporaire –, c'est apprécier, compte tenu des caractéristiques objectives du secteur et des données observables, l'incidence que telle ou telle infraction est de nature à avoir sur le secteur concerné, sur l'économie plus générale, sur les opérateurs concurrents ou en aval, et sur les consommateurs.

Les sanctions doivent dans le même temps être proportionnées à d'autres facteurs tout aussi importants : la gravité de l'infraction, bien sûr, mais aussi la situation de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, et, lorsqu'elle est avérée, l'existence d'une situation de réitération, dont la loi fait un critère autonome, dans une optique de mise en exergue de la dissuasion.

■ *Les sanctions sont-elles suffisamment dissuasives ?*

Tous les économistes indépendants qui ont consacré des travaux approfondis à la question nous disent que les sanctions sont aujourd'hui davantage proportionnées au dommage que les infractions peuvent causer à l'économie, à la puissance des entreprises qui les commettent et aux profits qu'elles peuvent en retirer – et donc plus dissuasives qu'avant la réforme opérée par la loi NRE en 2001. Leurs travaux soulignent que, pour être optimale, la sanction doit tenir compte de la faible probabilité de détection des infractions aux règles de concurrence. C'est l'une des idées qui conduisent, dans la détermination des sanctions, à prendre en considération la gravité de ces infractions. Celles qui sont les plus graves, par leur nature même, sont aussi celles que les entreprises se donnent le plus de mal pour dissimuler : les cartels, qui n'ont dans 99% des cas pas d'autre justification que la volonté de taxer artificiellement les clients ou les consommateurs, et les ententes conclues dans le cadre de marchés publics, où sont en jeu les deniers de l'Etat. Dans plusieurs affaires récentes, comme celle du cartel des monuments historiques, nous avons constaté que les prix étaient artificiellement gonflés de 20 %. Il a suffi que l'entente soit démantelée pour qu'ils baissent immédiatement.

Malgré la prise en compte de la gravité, il est vraisemblable que, tant que le seul outil utilisé pour sanctionner les cartels restera la sanction pécuniaire, on ne pourra pas atteindre un niveau de dissuasion suffisant pour espérer se débarrasser de pratiques considérées comme un cancer de l'économie. C'est le constat qui a conduit tous nos voisins à prévoir, à côté des sanctions pécuniaires visant les entreprises, la possibilité de sanctionner pénalement les personnes physiques ayant mis

en place ou en œuvre des cartels ou des ententes dans le cadre de marchés publics.

■ *Les sanctions ne sont-elles pas parfois trop lourdes, surtout en période de récession ?*

Posez la question aux PME et aux consommateurs, qui sont les premières victimes des cartels ! Les règles de concurrence, comme les règles sur les abus commis sur les marchés financiers, n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre des bâtons injustifiés dans les roues des entreprises, qui doivent sans conteste pouvoir atteindre une taille critique, à l'ère de la mondialisation. De même pour le comportement des entreprises sur le marché : notre rôle n'est pas d'empêcher les acteurs de développer des stratégies innovantes ou, comme aujourd'hui, de s'adapter à la donne induite par la récession. Il est en revanche de continuer à vérifier qu'elles n'abusent pas de leur puissance de marché en pratiquant des prix artificiellement élevés au détriment des consommateurs. Au moment où l'on assiste à une envolée du prix des matières premières, des denrées alimentaires et de nombreux autres produits de première nécessité ou d'entretien courant, la dernière chose dont les Français ont besoin est de cartels ou d'abus qui ponctionnent leur pouvoir d'achat.

■ *La discipline antitrust ne pose-t-elle pas un problème de réciprocité avec nos partenaires commerciaux, comme la Chine ou le Brésil ?*

Dans une économie mondialisée, tout le monde doit respecter la même discipline. Nos règles s'appliquent à tous : si une entreprise d'origine asiatique ou américaine planifie une acquisition en France, ou commet un cartel ou un abus sur notre territoire, elle ne sera pas traitée autrement qu'une entreprise ayant son siège à Paris ou à Bordeaux.

D'autre part, nous avons beaucoup avancé sur le chemin de la réciprocité. Plus de cent vingt pays possèdent aujourd'hui un dispositif de lutte anticartels, ils étaient moins de vingt il y a dix ans. Mais nous ne sommes pas naïfs : il faut voir comment ces règles sont appliquées, et obtenir qu'elles le soient de façon objective et impartiale. Les autorités de concurrence contribuent fortement à ce mouvement, grâce au Réseau international de la concurrence, qu'elles ont mis en place il y a dix ans et qui, sur des points concrets comme la procédure de contrôle des concentrations ou les outils de la lutte anticartels, développe de bonnes pratiques et aide les jeunes autorités à se les approprier. Dans le même temps, je crois que l'Europe peut sans complexes demander la réciprocité, et qu'elle peut le faire avec plus de force que si les vingt-sept Etats membres agissaient en ordre dispersé.

1. Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (www.autoritedelaconcurrence.fr).

2. Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, remis au ministre de l'Economie, 2010.

3. Rapport Folz, p. 32.

4. Ibid. p. 35.

Modération en appel

La comparaison des décisions de l'Autorité de la concurrence et de la cour d'appel de Paris montre que la sévérité de l'une est loin d'être toujours suivie par l'autre.

La cour d'appel de Paris a rendu 180 arrêts et ordonnances en appel de décisions du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la concurrence, de juin 2003 (date limite des archives figurant sur le site de l'Autorité de la concurrence) à janvier 2011. Cent vingt-six ont confirmé les décisions du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence, 54 les ont réformées (37) ou annulées (17).

Le tableau ci-dessous fait état des seules décisions de la cour d'appel de Paris qui portent sur le montant des sanctions financières prononcées par le Conseil ou l'Autorité, toujours pour le diminuer, à l'exception notable de l'arrêt du 11 janvier 2005, dans lequel la cour d'appel l'a doublé. Les montants des réductions sont très significatifs, en dehors des annulations de décisions qui se traduisent *de facto* par une réduction de l'intégralité de l'amende.

Daniel Diot

| Les faits | Décision du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence | Décision de la cour d'appel de Paris |
|--|---|--|
| Pratiques anticoncurrentielles de la part de France Télécom et SFR | Décision 04 D 48 du 14 avril 2004 condamnant France Télécom à 18 millions d'euros et SFR à 2 millions (après deux appels rejetés et deux renvois en cassation, renvoi devant la cour d'appel) | Arrêt du 27 janvier 2011 : la cour d'appel réforme la décision 04 D 48 et annule les sanctions Réduction : 100 % |
| Entente dans le secteur de la manutention et du transport de conteneurs dans le port du Havre | Décision 10-D-13 du 10 avril 2010, condamnant quatre entreprises pour un montant global de 625 000 euros | Arrêt 20 janvier 2011 : réforme partielle, deux sociétés sur quatre sont reconnues non coupables, ramenant la sanction globale de 625 000 à 120 000 euros Réduction : 81 % |
| Entente horizontale dans le secteur travaux de voies ferrées de dix-huit sociétés | Décision 09-D-25 du 29 juillet 2009 : cinq entreprises condamnées pour un montant global de 4,2 millions d'euros | Arrêt 29 juin 2010 : réformation partielle, le montant des sanctions baisse de 4,2 millions d'euros à 3,910 millions Réduction : 7 % |
| Entente horizontale entre vingt entreprises dans le secteur du déménagement personnel militaire | Décision 09-D-19 du 10 juin 2009 condamnant les vingt entreprises. Quatre d'entre elles condamnées globalement à 445 000 euros font appel | Arrêt du 11 mai 2010 : la cour d'appel réforme partiellement, et le montant global de 445 000 euros passe à 180 000 euros Réduction : 60 % |
| Entente horizontale dans le secteur du ciment corse, quatre entreprises, un syndicat professionnel et un GIE | Décision 07-D-08 du 12 mars 2007 condamnant les six parties à l'entente à des amendes d'un montant global de 25,250 millions d'euros | Arrêt 15 avril 2010, réforme du montant global, qui passe de 25,250 à 14,750 millions d'euros Réduction : 42 % |
| Entente horizontale dans le secteur de la production et la distribution de l'acier | Décision 08-D-32 du 16 décembre 2008 condamnant onze entreprises à des amendes d'un montant global de 575 millions d'euros | Arrêt du 19 janvier 2010 ramenant les amendes de 575 à 75 millions d'euros Réduction : 87 % |
| Entente entre fabricants et distributeurs sur les prix de revente, dans le secteur de la parfumerie de luxe | Décision 06-D-04 du 13 mars 2006 condamnant seize sociétés à des amendes pour un montant global de 45,44 millions d'euros | Arrêt du 10 novembre 2009 secteur parfums annulant la décision Réduction : 100 % |
| Entente horizontale dans le secteur du contreplaqué | Décision 08-D-12 du 21 mai 2008 condamnant six entreprises à des amendes d'un montant global de 8,184 millions d'euros | Arrêt du 29 septembre 2009 ramenant le montant global des amendes à 5,985 millions d'euros Réduction : 27 % |
| Entente dans le secteur des médecins (accord sur les tarifs conventionnels) | Décision 08-D-06 du 29 octobre 2007 condamnant à des amendes pour un montant global de 814 000 euros | Arrêt 18 mars 2009 réformant la décision (entente non caractérisée), annulation de l'intégralité des amendes Réduction : 100 % |
| Entente dans le secteur du jouet | Décision 07-D-50 du 20 décembre 2007 condamnant huit sociétés à des amendes pour un montant global de 37 millions d'euros | Arrêt du 28 janvier 2009 réformant partiellement : annulation de l'amende (240 000 euros) de la société Mega Brands, réduction de celle de Joué Club (de 300 000 à 200 000 euros) Réduction : moins de 1 % |
| Entente pour la répartition des marchés de travaux publics en Ile de France | Décision 07-D-15 du 9 mai 2007 condamnant quatorze entreprises à des amendes pour un montant global de 47,3 millions d'euros | Arrêt du 3 juillet 2008 confirmant pour l'essentiel, seule Vinci voyant son amende ramenée de 270 000 euros à 185 000 euros Réduction peu significative, sauf pour Vinci (- 31 %) |
| Entente dans le cadre de marchés de travaux publics en Ile de France (répartition des marchés) | Décision 06-D-07 condamnant trente-quatre entreprises, à hauteur de 48 millions d'euros | Arrêt du 4 juin 2008 réformant les sanctions de deux sociétés, ramenant la sanction globale de 48 à 38 millions d'euros Réduction : 21 % |

| | | |
|--|--|--|
| Abus de position dominante (prix prédateurs) | Décision 07-D-09 du 14 mars 2007 condamnant la société GSK à 10 millions d'euros | Arrêt 8 avril 2008 réformant la décision (abus de position dominante non caractérisé). Réduction : 100 % |
| Entente (répartition des marchés) dans le secteur de l'entretien des chemins de fer | Décision 06-D-15 du 14 juin 2006 condamnant quatre entreprises pour des amendes d'un montant global de 1 325 000 euros | Arrêt 2 octobre 2007, le montant global des amendes prononcées est ramené de 1 325 000 à 825 000 euros Réduction : 38 % |
| Entente (répartition de marchés publics) dans le cadre de la reconstruction du stade Furiani | Décision 06-D-13 du 6 juin 2006 condamnant deux sociétés pour des amendes d'un montant global de 718 000 euros | Arrêt 25 septembre 2007 ramenant le montant global des sanctions de 718 000 à 508 000 euros Réduction : 29 % |
| Entente sur les prix de vente | Décision 05-D-32 du 22 juin 2005 condamnant seize entreprises à des amendes pour un montant global de 5 millions d'euros | Arrêt 4 avril 2006 annulant la décision pour deux entreprises et réduisant la sanction de Royal Canin, le montant global baissant de 5 à 3 millions Réduction : 40 % |
| Clauses contractuelles restrictives de concurrence | Décision 05-D-36 du 4 juillet 2005 condamnant la société Decaux qui n'a pas respecté l'injonction du Conseil de la concurrence à supprimer les clauses litigieuses | Arrêt 21 février 2006 ramène la sanction de 10 millions à 2 millions d'euros Réduction : 80 % |
| Entente (répartition de marchés publics) | Décision 05-D-17 du 27 avril 2005 ayant condamné trois entreprises à des amendes pour un montant global de 525.000 euros | Arrêt du 13 décembre 2005 ramène les sanctions au global de 525 000 euros à 210 000 euros Réduction : 60 % |
| Non-respect des mesures conservatoires prononcées par le Conseil de la concurrence | Décision 04-D-18 du 13 mai 2004, ayant condamné France Télécom à une amende de 20 millions d'euros | Arrêt du 11 janvier 2005 doublant la sanction, de 20 à 40 millions d'euros (rejet du pourvoi en cassation de France Télécom) Augmentation : 100 % |

Pour une amende supérieure au gain

Si le projet de l'Autorité de la concurrence participe du renforcement de la culture de la concurrence par l'accentuation de la dissuasion, il reste muet sur l'action de groupe.

Entretien avec Alain Bazot, président de l'UFC Que choisir

■ L'Autorité de la concurrence a lancé en janvier dernier une consultation publique sur les sanctions. Qu'en attendez-vous ?

Alain Bazot : La mission première de l'Autorité de la concurrence est de surveiller les marchés et d'orienter les comportements, en vue d'offrir aux consommateurs l'accès à des produits et services de qualité au meilleur prix (§ 2 du projet de communiqué). Elle doit prendre les mesures qui s'imposent afin de dissuader les entreprises de fausser la concurrence. Il lui revient de prononcer des sanctions pécuniaires ayant vocation à punir les entreprises pour la mise en place d'une pratique anticoncurrentielle, et à les dissuader d'envisager de telles pratiques. Le projet de communiqué répond en partie à cette fonction de dissuasion, en apportant une plus grande transparence sur les modalités de détermination des amendes. L'Autorité décrit sa méthode de détermination du montant de base à partir des critères législatifs que sont la gravité des faits et le dommage à l'économie, en détaillant les indices déterminants, parmi lesquels la nature de l'infraction, la délimitation du marché et les personnes affectées. Elle précise sa position sur les accords horizontaux, les infractions les plus graves. Elle apporte des éléments sur l'individualisation nécessaire à l'ajustement de la sanction. Ce projet sera un axe de réflexion pour l'Autorité, même si elle se réserve de s'en

écarter dans des circonstances particulières. Il sera également un outil d'évaluation de la sanction pour la cour d'appel, et pour les entreprises tentées de détourner le principe d'une concurrence libre et non faussée.

La consultation publique ouverte par l'Autorité est à saluer, car, dans un contexte d'augmentation du montant des amendes, il est essentiel que les parties aient une vision claire de la politique à venir et puissent pointer certains risques pour elles, même si l'Autorité a déjà commencé à mettre en œuvre cette méthode, avant même sa publication¹. L'appréciation du critère du dommage à l'économie, si difficile à cerner, pourrait faire l'objet de plus de précisions. L'Autorité indique qu'elle tiendra compte de ces éléments « dans la mesure où elle en dispose » (§ 26), mais il paraît primordial qu'elle mette en œuvre les moyens existants pour obtenir ces données, et apporter des précisions économiques concernant les conséquences conjoncturelles ou structurelles de l'infraction. En effet, ces données permettront de prendre la mesure du dommage, et éventuellement d'aider les victimes à engager des actions en réparation devant le juge civil. Néanmoins, l'exercice est difficile car l'Autorité ne doit pas dénaturer la sanction en lui attribuant une fonction réparatrice. Il est à espérer que les modifications qu'elle sera susceptible d'apporter, en réponse aux entreprises, à son projet ne lui feront pas perdre de vue sa mission. Si la transparence est utile à la compréhension et à l'acceptabilité d'une sanction, trop de prévisibilité risque d'atténuer l'effet dissuasif des amendes.

■ Comme représentant des consommateurs, au nom desquels elles sont souvent prononcées, qu'attendez-vous des amendes ?

A. B. : Par ses choix, le consommateur est le régulateur naturel d'un marché concurrentiel. Toutefois, face aux cartels, il ne dispose que de faibles moyens de coercition (actions civiles), inefficaces pour dissuader les entreprises de mettre en place des pratiques anticoncurrentielles. Les consommateurs, à titre individuel ou collectif, ne peuvent obtenir réparation du préjudice subi, du fait du coût de la procédure, au regard du montant du préjudice individuel, et de la difficulté d'accès aux données économiques du marché.

Les amendes ont donc une fonction essentielle dans la mise en œuvre du principe de dissuasion, même si elles n'assurent en aucun cas la fonction réparatrice de l'indemnisation civile. Pour une efficacité optimale, il est essentiel que l'Autorité de la concurrence les détermine en se fondant sur le gain illicite obtenu par l'entreprise participant à une pratique anticoncurrentielle. Une entreprise réfléchira à deux fois avant de s'engager dans une pratique dont le gain associé sera inférieur à ce qu'elle gagnerait en situation de concurrence. Sans prôner une hausse irraisonnée du montant des amendes, l'UFC est pour une application sévère des principes exposés dans le projet. L'amende, pour atteindre son objectif de dissuasion, doit être portée à un montant supérieur au gain espéré ou perçu par l'entreprise fautive.

■ *Y a-t-il selon vous corrélation entre les amendes et la gravité des faits, en matière de concurrence, en France et en Europe ?*

A. B. : La gravité des faits est un critère parmi d'autres, dans l'appréciation du montant de l'amende. Il faut regarder l'ensemble des critères retenus, avant de juger de la pertinence d'une amende. Le projet publié par l'Autorité va dans le bon sens puisqu'il tient compte de la gravité des faits, critère renforcé en cas d'infraction injustifiable telle que les accords horizontaux (§ 35), mais également du dommage à l'économie, critère indispensable. Il est certain que la sanction doit être proportionnée, et l'Autorité doit tenir compte des effets produits par le cartel sur le marché et les acteurs économiques, en premier lieu les consommateurs. On peut parfois regretter que les amendes ne rattrapent pas le gain illicite. Comme le remarque le spécialiste américain de la concurrence John M. Connor, il est exceptionnel, en Europe, que le niveau des amendes soit supérieur à 30 % du gain illicite². Le projet de communiqué devrait contribuer à l'acceptation sociale, en France, de sanctions lourdes

prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre des entreprises ayant mis en place un cartel.

■ *Faut-il délaissier le régime des amendes au profit d'un régime de réparation du préjudice ?*

A. B. : La mise en place d'une action civile efficace n'entamera en rien le régime des amendes. Comme le rappelle l'Autorité de la concurrence, la sanction a une fonction répressive, en vue de « rétablir et de préserver l'ordre public économique ». Bien que le dommage causé à l'économie tienne compte des effets de l'infraction sur les personnes affectées, entreprises ou consommateurs, il « ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction. Il ne se limite par ailleurs pas aux seuls gains illicites... » (§ 23 du projet).

L'action civile complétera efficacement le régime des amendes et permettra d'atteindre la sanction optimale. Si l'Autorité de la concurrence n'a pas toujours les moyens de prononcer une amende élevée, en raison d'une culture de la concurrence encore peu développée en France, l'indemnisation prononcée par le juge sera admise d'autant mieux qu'elle sera versée directement à la victime de la pratique incriminée. L'UFC constate que les actions civiles ne permettent pas aux consommateurs victimes de cartels d'obtenir réparation. Dans l'affaire de la téléphonie mobile³, le surcoût pour les consommateurs a été estimé à 1,2 milliard d'euros (étude Altex, 2005). Or le préjudice moyen des vingt millions d'abonnés est de deux mois d'abonnement pour la période 2000-2002. Comment imaginer que le consommateur va s'engager dans une action longue et coûteuse ? Peut-on considérer que la fraude commise par les entreprises n'est pas si grave, au regard du faible montant de préjudice de chacun ? Non, bien sûr. C'est pourquoi l'UFC prône l'introduction de l'action de groupe en droit français, propre à permettre la réparation de l'ensemble des préjudices individuels causés par un cartel. La réparation concourt, tout comme la répression, à l'effet dissuasif des règles de droit de la concurrence.

Propos recueillis par J. W.-A.

¹ Voir décisions 10D28 et 10D39.

² Optimal Deterrence and Private International Cartels, *Purdue University*, 2005.

³ *Cons. Conc.*, 05D65 (non définitive).

Un exercice obscur

Déterminer le montant d'une amende engage des considérations multiples. L'analyse économique ne peut suffire à apprécier la gravité d'une infraction, mais il arrive, dans les systèmes français et européen, qu'elle soit peu adaptée.

Entretien avec Gildas de Muizon, associé, directeur exécutif de Microeconomix, agence d'analyse économique appliquée au droit

■ *Les pratiques anticoncurrentielles se sont-elles sophistiquées au point de justifier des sanctions toujours plus élevées ?*

Gildas de Muizon : La question n'est pas tant celle d'une sophistication croissante des pratiques anticoncurrentielles que la fixation de montants d'amende assez élevés pour dissuader les entreprises de mettre en œuvre de nouvelles pratiques anticoncurrentielles, et les inciter à prendre les mesures nécessaires pour éviter que leurs salariés y participent. Or force est de constater que les autorités de concurrence découvrent de nouveaux cartels chaque année, malgré la progression des montants des sanctions. Le problème principal avec les amendes est que leur coût est supporté par les actionnaires. Or ils sont moins bien

placés que les dirigeants pour veiller au respect du droit de la concurrence. On a peut-être atteint un niveau de sanction au-delà duquel il ne serait pas efficace d'aller, quitte à renforcer l'effet dissuasif par des peines à l'encontre des dirigeants (amendes, prison). Cela se pratique aux Etats-Unis : début février, le directeur commercial d'une entreprise américaine de fourniture de matériaux de construction a été personnellement condamné à une amende de 800 000 dollars et à quatre ans de prison ferme pour avoir participé à des pratiques anticoncurrentielles lors d'appels d'offres.

■ *La définition du marché pertinent a-t-elle évolué avec la prise en compte de l'analyse économique dans les raisonnements de concurrence ?*

G. M. : Les délimitations des marchés pertinents peuvent bien sûr évoluer, à la suite de l'entrée de nouvelles entreprises ou du lancement de nouveaux produits. Cet exercice préalable à la plupart des dossiers de droit de la concurrence (contrôle des concentrations, abus de position dominante) reste en pratique assez formel. Pour un économiste, la délimitation du marché pertinent ne présente guère d'intérêt et ne modifie pas son analyse des effets. Il est révélateur que les lignes directrices américaines et britanniques sur les concentrations horizontales, publiées l'année dernière, accordent une place plus modeste à la délimitation des marchés pertinents, au profit d'une approche plus économique des effets.

■ *Quels secteurs ou types d'entreprises sont les plus touchés par des sanctions lourdes ?*

G. M. : La Commission européenne publie régulièrement¹ une synthèse statistique des amendes qu'elle a infligées à des entreprises ayant formé un cartel. Les secteurs d'activité sont divers (verre, gaz, ascenseurs, fret aérien, vitamines, écrans LCD, etc.). Il existe néanmoins des situations plus propices à l'émergence d'un cartel (faible nombre d'entreprises, importantes barrières à l'entrée, produit homogène avec peu d'innovations, marché mature, etc.). En matière d'abus de position dominante, les anciens monopoles historiques sont très touchés, l'Autorité de la concurrence considérant d'ailleurs comme une circonstance aggravante le fait de jouir d'un « *avantage concurrentiel résultant [d'une] situation d'ancien monopole ou d'opérateur historique* »².

■ *Le fait que les auteurs d'infractions soient éventuellement des multinationales entraîne-t-il une majoration des sanctions ?*

G. M. : Oui, pour plusieurs raisons. Premièrement, le fait d'être présent sur plusieurs marchés ou avec plusieurs produits peut conduire à un niveau plus haut de la « *valeur de l'ensemble des ventes de produits ou de services réalisés par l'entreprise ou l'organisme concernée en relation tant directe qu'indirecte avec l'infraction* »³. Deuxièmement, l'Autorité de la concurrence⁴ indique tenir compte « *de la taille et de la puissance économique plus ou moins grande de l'entreprise ou de l'organisme concerné, de son appartenance ou non à un groupe d'envergure européenne ou internationale, du nombre et de la variété plus ou moins significatifs de ses actifs et des secteurs sur lesquels il opère* ». Enfin, le plafond légal de la sanction pécuniaire est de 10 % du chiffre d'affaires mondial. Il est donc d'autant plus élevé que l'auteur de l'infraction est une entreprise présente dans de nombreuses activités et sur de nombreux marchés.

■ *La notoriété d'une entreprise l'expose-t-elle davantage à de lourdes sanctions ?*

G. M. : Le projet de l'Autorité l'envisage, puisqu'il considère comme une circonstance aggravante le fait que l'entreprise concernée jouisse « *d'une notoriété, d'une capacité d'influence ou d'une autorité telle que son comportement [ait] pu créer un effet d'exemplarité* »⁵.

■ *Des entreprises ont-elles disparu du fait de sanctions ?*

G. M. : Il faut être prudent avec les causes et ne pas accuser les sanctions de tous les maux. Si une entreprise connaît des difficultés financières, c'est avant tout parce qu'elle est moins efficace que ses concurrents, parce que ses produits sont moins attractifs pour les consommateurs. Et ce n'est pas en lui permettant de former un cartel, pour rétablir un niveau de marge, qu'on l'incite à évoluer. En outre, le montant des sanctions peut être ajusté à la baisse si l'entreprise justifie de l'existence de difficultés financières particulières.

■ *La politique de sanction de l'Autorité de la concurrence ne risque-t-elle, pas en période de crise, de fragiliser les entreprises et de les affaiblir dans la compétition internationale ?*

G. M. : Il n'y a pas de raison d'être plus permissif à l'encontre des entreprises mettant en œuvre des pratiques anticoncurrentielles en période de crise. Ce serait un mauvais signal, incitant les entreprises les moins efficaces à léser le consommateur plutôt qu'à entreprendre les efforts nécessaires pour assainir leur situation. Si les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas dissuadées par des sanctions adaptées, elles peuvent également avoir un impact négatif sur l'efficacité de l'économie nationale. La hausse des prix due à un cartel diminue le pouvoir d'achat des consommateurs, et un abus de position dominante peut entraver le développement de petites entreprises concurrentes d'un opérateur dominant.

■ *Les entreprises tendent-elles à provisionner un risque de procédure de concurrence ?*

G. M. : Dès lors qu'une plainte a été déposée ou qu'une autorité de la concurrence s'est saisie d'un dossier, les entreprises doivent inclure dans leurs comptes les provisions adéquates compte tenu des risques encourus. Elles sont en effet exposées à devoir payer des montants d'amendes très significatifs, qui doivent donc être portés à la connaissance des actionnaires et reflétés dans les comptes.

■ *Faut-il encadrer davantage, par la loi, le régime des sanctions applicables par l'Autorité de la concurrence ?*

G. M. : Le régime des sanctions applicables est à ce jour peu encadré, sinon par un plafond légal peu contraignant (tiret I de l'article L. 464-2 du Code de commerce) : le montant de la sanction ne peut dépasser 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise sanctionnée. Sans mettre en question le principe d'indépendance de l'Autorité de la concurrence, il ne serait pas inutile que la loi définisse précisément les critères à prendre en compte dans la détermination de la sanction, car les principes posés par l'article L. 464-2 restent trop généraux.

■ *Est-il toujours justifié que les restrictions verticales soient considérées a priori comme moins graves que les autres (cartels horizontaux) ?*

G. M. : Du point de vue de l'analyse économique, cela est justifié. Les restrictions verticales peuvent être à l'origine d'effets bénéfiques pour les consommateurs. La théorie économique montre qu'elles peuvent être nécessaires pour protéger des investissements d'une entreprise ou pour inciter un distributeur à promouvoir un produit. De plus, même lorsqu'une restriction verticale emporte un effet anticoncurrentiel, il est a priori moins préoccupant qu'un cartel qui annihile la concurrence entre concurrents directs.

Rien ne peut justifier que des concurrents fixent en commun leurs prix de vente, se partagent géographiquement des marchés ou coordonnent leurs réponses à des appels d'offres. Le critère de la gravité n'est a priori pas économique (à la différence du dommage à l'économie). Pour autant, il est justifié que le droit de la concurrence le prenne en compte. Si l'on se limitait à une approche économique, on pourrait considérer que le meurtre d'une personne est à l'origine d'un dommage moindre que le détournement d'un milliard d'euros ! Le projet de l'Autorité explicite les éléments qui participent à l'appréciation de la gravité d'une pratique : la nature de l'infraction, celle des activités et des marchés concernés, les acteurs susceptibles d'avoir été affectés par la pratique, ainsi que certaines caractéristiques de l'infraction (degré de sophistication, caractère secret, etc.).

■ *« Le dommage à l'économie » ne se présume pas, écrit l'Autorité dans son projet de communiqué. Est-elle qualifiée pour en apprécier objectivement l'existence ?*

G. M. : Oui, à condition qu'elle fasse appel aux compétences de son équipe d'économistes, qu'elle peut mobiliser pour exploiter les nombreuses données que l'instruction lui permet de collecter. Le projet de communiqué est à cet égard préoccupant, car il entend mettre à l'écart les outils de l'analyse économique et se fonder essentiellement sur des considérations qualitatives, laissant la porte ouverte à des raisonnements obscurs et peu rigoureux.

■ *Un principe est de fixer la sanction à un montant « excédant tout gain potentiel » lié à la pratique en cause. Comment imputer un gain à la seule infraction, en situation de croissance ?*

G. M. : L'analyse économique ainsi que les techniques économétriques sont des outils puissants permettant de

raisonner toutes choses égales par ailleurs. En élaborant un scénario contrefactuel décrivant ce qui se serait vraisemblablement passé en l'absence d'infraction, il est possible de distinguer les effets qui lui sont imputables de ceux causés par d'autres phénomènes (innovation, croissance, etc.).

■ *Y a-t-il beaucoup à attendre des « programmes de conformité » dans les entreprises ?*

G. M. : L'intérêt de ce type de programmes est d'agir en amont, en faisant de la prévention. Ils permettent d'instiller la culture du droit de la concurrence dans l'entreprise et c'est important, car, bien souvent, les principes du droit de la concurrence peuvent sembler antagonistes aux actions commerciales menées sur le terrain.

■ *La hiérarchie des amendes est-elle cohérente en droit français de la concurrence ?*

G. M. : La détermination du montant des sanctions demeure trop souvent un exercice obscur, fondé sur des hypothèses rarement explicitées. Cela est néanmoins en train d'évoluer, notamment à la suite de l'arrêt de la cour d'appel dans le cartel de l'acier (qui a réduit le montant total des amendes fixées par l'Autorité de concurrence de 575 millions à 75 millions d'euros) et du rapport Folz. On peut d'ailleurs saluer l'initiative de l'Autorité de la concurrence, qui a soumis à consultation un projet de méthode dont l'objectif principal est d'« accroître la transparence, en faisant connaître la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction ». Même si ce projet laisse beaucoup de questions ouvertes, il participe à un mouvement global de hausse du niveau d'exigence et de qualité des décisions rendues.

Propos recueillis par J. W.-A.

1. <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

2. *Projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, §40, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/projet_communique_sp_17janvier2011.pdf.

3. *Ibid.* §27.

4. *Ibid.* §42.

5. *Ibid.* §40.

ERRATUM

Une manipulation malheureuse nous a fait publier des données erronées dans le tableau des achats dans les circuits à dominante alimentaire (« Consommation des ménages », treizième période Kantar Worldpanel, du 29-11 au 26-12-2010), paru dans notre précédente livraison (n° 417, février 2011, p. 12). Nous prions nos lecteurs – et nos amis de KWP – de nous en excuser. Le tableau rectifié est disponible en libre accès à l'adresse www.ilec.asso.fr, rubrique « Publications – Indice mensuel des achats des ménages (depuis 2001) ».

Bulletin de l'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation

Directeur de la publication : Dominique de Gramont – Editeur : Trademark Ride, 93, rue de la Santé, 75013 Paris (tél. 01 45 89 67 36, fax 01 45 89 78 74, jwa@tmride.fr, www.trademarkride.com) – Rédacteur en chef : Jean Watin-Augouard – Secrétaire général de rédaction et contact :

François Ehrard (01 45 00 93 88, francois.ehrard@ilec.asso.fr) – Maquette et mise en pages : Graph'ï Page (01 39 72 20 28, ividalie@orange.fr)

Imprimé par : Imprimerie A. Mouquet, 2 rue Jean-Moulin, 93350 Le Bourget (tél 01 48 36 08 54) – ISSN : 1271-6200

Dépôt légal : à parution – Reproduction interdite sauf accord spécial