

**COMMENTAIRES DE L'AMERICAN BAR ASSOCIATION (SECTION OF  
ANTITRUST LAW AND SECTION OF INTERNATIONAL LAW) SUR LE PROJET DE  
COMMUNIQUE SUR LA METHODE DE DETERMINATION DES SANCTIONS  
PECUNIAIRES**

**[date]**

**Section of Antitrust Law and Section of International Law  
American Bar Association  
321 North Clark Street  
Chicago, IL 60654-7598**

*Les présents commentaires sont présentés conjointement et au nom de la Section of Antitrust Law et de la Section of International Law. Elles n'ont été approuvées ni par la House of Delegates ni par le Board of Governors de l'American Bar Association et ne peuvent par conséquent être considérées comme reflétant la politique poursuivie par l'American Bar Association.*

## **INTRODUCTION**

1. La Section of Antitrust Law et la Section of International Law (les Sections) de l'American Bar Association (ABA) saluent l'organisation par l'Autorité de la concurrence de la consultation publique concernant le projet de communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires applicables aux violations du droit de la concurrence (le projet de communiqué)<sup>1</sup> et remercient l'Autorité de la concurrence de donner aux organisations représentant le monde des affaires ou celui des consommateurs l'opportunité de soumettre leurs observations sur le projet de communiqué.
2. Les Sections reconnaissent que les règles de concurrence tiennent une place cruciale dans le bon fonctionnement d'une économie saine et dans la croissance économique. A cet égard, les amendes et les sanctions jouent un rôle important pour dissuader les acteurs économiques de violer les règles de concurrence et pour les inciter à conformer leurs comportements à celles-ci. Pour autant, les amendes et sanctions doivent être justes et proportionnées, sans quoi elles peuvent devenir un handicap à la croissance économique. C'est pourquoi il est important que les amendes et les sanctions soient fixées en conformité avec de solides principes qui soient transparents et équilibrés. Les Sections sont d'avis que le projet de communiqué constitue une avancée significative dans la recherche d'un tel équilibre. Elles souhaitent aider l'Autorité de la concurrence à remplir sa mission à cet égard. Dans le cadre des présents commentaires, les Sections aborderont les points suivants :

---

<sup>1</sup> Les Sections ont, par le passé, soumis des observations concernant des textes relatifs aux sanctions émis par le Bureau de la concurrence du Canada et par le US Department of Justice, Antitrust Division. Voir : Comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law, Section of International law and Section of Business Law on the Draft Information Bulletin on Sentencing and Leniency in Cartel Cases Issues by the Competition Bureau of Canada (14 juin 2008) et Comments of the ABA Section of Antitrust Law in response to the Antitrust Modernization Commission's Request for Public Comment on Criminal Remedies (14 novembre 2005).

- (i) Expérience américaine en matière de calcul des amendes
- (ii) Valeur des ventes et durée
- (iii) Dommage causé à l'économie
- (iv) Circonstances aggravantes
- (v) Circonstances atténuantes

## 1. L'EXPERIENCE AMERICAINE EN MATIERE DE CALCUL DES AMENDES

3. Les Sections croient à la nécessité d'un cadre clairement défini et transparent pour aboutir à des solutions qui soient équitables et permettent une dissuasion effective. A cet égard, les Sections estiment utile d'inclure dans les présents commentaires quelques traits de l'expérience américaine qui ont guidé la politique de sanctions au cours des vingt dernières années.

### 1.1 *Calcul du montant de base (« base fine »)*

4. Aux Etats-Unis, le calcul des amendes s'effectue, de manière générale, sur la base des *U.S. Sentencing Guidelines* qui offrent un cadre cohérent à cette fin. Les juridictions américaines considèrent ces *Guidelines* comme de simples indications non contraignantes, laissant au juge une certaine discrétion<sup>2</sup>.
5. L'adoption des *U.S. Sentencing Guidelines* relatives aux amendes de concurrence en 1991 a introduit une formule permettant de calculer le montant des amendes infligées aux entreprises. D'une manière semblable à l'approche proposée dans le projet de communiqué, où le premier critère de calcul de l'amende est la valeur des ventes, le système américain repose largement sur la notion de volume de commerce (*volume of commerce*) affecté par la violation. Le calcul de l'amende selon les *Guidelines* commence par la détermination d'un montant de base de l'amende (*base fine*). Le volume de commerce américain pris en compte correspond à l'ensemble des biens ou services vendus par l'entreprise et qui sont affectés par l'infraction pendant la durée totale de celle-ci. Ce montant est différent de la notion de « ventes en lien avec l'infraction » auquel le projet de communiqué fait référence, car la méthodologie proposée dans le projet de communiqué ne prend en compte que les ventes réalisées lors de la dernière année du comportement infractionnel<sup>3</sup>. Si la violation s'est prolongée sur de nombreuses années, le volume de commerce visé par les *Guidelines* peut s'avérer bien plus élevé.
6. Depuis leur origine en 1991, les *Guidelines* partent du principe qu'un montant de 20% du volume de commerce est un indice représentatif du surcoût réel (« *overcharge* »), dans la mesure où un montant précis du surcoût ou du dommage serait trop difficile à déterminer avec exactitude sur la base d'éléments probants. Le recours automatique à cet indice, qu'il n'est pas possible d'écarter, a fait

---

<sup>2</sup> Dans l'affaire *United States v Booker* (125 S.Ct 738 (2005)), la *Supreme Court* a jugé que les *Sentencing Guidelines* ne pouvaient plus être considérées comme ayant valeur contraignante, mais a indiqué que « [le *Federal Sentencing Act*] oblige un juge à prendre en considération les *Guidelines* (...) mais que cela permet à la cour d'adapter la sanction à la lumière d'autres impératifs légaux » (voir [18 U.S.C.] 3553(a)) (traduction libre). La Cour a également jugé que « ces facteurs guident également les cours d'appel (*appellate courts*), comme cela était le cas par le passé, pour déterminer le caractère déraisonnable (*unreasonable*) d'une sanction » (traduction libre). La valeur indicative des *Guidelines* ressortant de l'arrêt *Booker* impose de plus fort à la *Sentencing Commission* d'apporter des éléments empiriques au soutien de ses recommandations et de sa méthodologie afin que les cours aient une compréhension suffisante des fondements méthodologiques des *Guidelines* et puissent exercer leur pouvoir discrétionnaire de manière juste et imposer des sanctions raisonnables.

<sup>3</sup> Le calcul peut également différer selon que l'on utilise les termes de « ventes totales » ou de « ventes affectées ».

l'objet de vives critiques aux Etats-Unis, où des études empiriques ont mis en évidence des variations considérables entre l'amplitude ou les montants maximum, minimum, médian, moyen du dommage causé par les cartels<sup>4</sup>. Toute présomption ou indice est susceptible de fournir une estimation tronquée du dommage effectivement causé à l'économie par la pratique en cause.

7. Une fois le montant de base établi, un « score de culpabilité » (*culpability score*) de la société est calculé sur la base de plusieurs circonstances aggravantes (*aggravating factors*) : la taille de l'entité, l'implication dans l'infraction de salariés à hautes responsabilités ; la récidive de l'entreprise ; ou l'obstruction à l'enquête ; puis sur la base de circonstances atténuantes (*mitigating factors*) : l'existence d'un programme de conformité efficace ; la dénonciation de l'infraction ; la coopération au cours de l'enquête. A l'issue de ce calcul de score de culpabilité, les *Guidelines* affectent des coefficients multiplicateurs au montant de base de l'amende, donnant une fourchette à partir de laquelle le juge peut déterminer le montant de l'amende.

## 1.2 Circonstances aggravantes et atténuantes

8. Les circonstances aggravantes et atténuantes listées dans les *U.S. Sentencing Guidelines* servent à différencier le montant des amendes entre les entreprises défenderesses. Les *Guidelines* affectent des points d'infraction pour certaines catégories de circonstances aggravantes ou atténuantes. La spécificité du système américain repose sur le fait qu'il affecte de tels points pour le *bid rigging*, le volume de commerce, le rôle joué par l'entreprise dans la commission de l'infraction, l'obstruction à la procédure et la reconnaissance de responsabilité ; à ce titre, un certain nombre de paramètres offrent un certain degré de transparence et de proportionnalité, tout en réduisant la subjectivité. Ces éléments tendent à adapter le niveau de l'amende, plus particulièrement pour les entreprises de taille réduite, ou ayant tenu un rôle moins important dans l'infraction, ou encore ayant fait preuve de coopération avec les autorités.

## 1.3 Capacité contributive des entreprises

9. Au vu de l'état actuel de l'économie au niveau mondial, la question de la capacité des entreprises à payer une amende est un problème commun qui se pose à l'occasion de la détermination des amendes aux Etats-Unis. Les *U.S. Sentencing Guidelines* prévoient une évaluation de cette capacité contributive, mais aussi et surtout la Antitrust Division of the U.S. Department of Justice mène

---

<sup>4</sup> Voir notamment: Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, "What Determines Cartel Success," 44 J. Econ. Lit. 43, 80 (2002) (analysant plus de vingt cartels ayant conduit à une augmentation des prix de 0% à 100%, avec des surcoûts médians et moyens de près de 45%); Jonathan B. Baker, "The Case for Antitrust Enforcement," 17 J. Econ. Persp. 27, 28-29 (2003) (citant des études mettant en évidence des surcoûts de 6,5% à 32,5 %); Richard A. Posner, ANTITRUST LAW, 303-04 (2d ed. 2001) (douze cartels avec des surcoûts médians de près de 40% et moyens de 50%); John M. Connor & Robert H. Lande, "How High do Cartels Raise Prices: Implications for Optimal Cartel Fines," 80 Tulane L. Rev. 513 (2005) (plus de deux douzaines de cartels engendrant des surcoûts médians d'environ 25% et moyens d'environ 40%); John M. Connor, "Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence," Purdue U. Working Paper (Jan. 10, 2005) (échantillon très large, mettant en évidence des surcoûts médians de 18 à 32% et des surcoûts moyens de 49%); John M. Connor, "Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement," Purdue U., Dept. of Ag. Econ., Staff Paper 03-12 (2003) (soixante-dix cartels ont abouti à une hausse des prix entre 4 et 100%, avec un surcoût moyen de 28 %); OECD, Report on the Nature and Impact of Hard-Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws, Annex A (2003) (surcoûts médians de 33%); Gregory J. Werden, "The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Whinston Overlook" (U.S. Dep't of Justice Antitrust Division, Discussion Paper, No. EAG 03-2 (Jan. 2003) (surcoûts moyens de 21% et médians de 18% pour plus d'une douzaine de cartels); et Mark A. Cohen & David T. Scheffman, "The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Costs?," 27 Am. Crim. L. Rev. 331 (1989) (étude plus ancienne mettant en évidence un surcoût médian de 8 à 14% et un surcoût moyen de 8 à 10%).

régulièrement une analyse poussée des entreprises dotées de ressources financières limitées et a souvent abaissé le montant de l'amende ou mis en place des solutions alternatives de paiement fondées sur la santé financière de l'entreprise. Ce type de système d'analyse rigoureuse et de bonne foi de l'état financier des entreprises constitue un élément clé pour la réussite de la politique de toute autorité cherchant à imposer des amendes significatives en période de péril économique.

## 2. VALEUR DES VENTES ET DUREE

### 2.1 *Pourcentage de la valeur des ventes*

10. Le projet de communiqué propose que le pourcentage à prendre en compte dans la fixation du montant de l'amende pour une violation du droit de la concurrence soit compris entre 0 et 30% de la valeur des ventes. De plus, le projet de communiqué propose que les formes les plus graves d'infraction (par définition, les cartels) fassent l'objet d'amendes ayant pour base un pourcentage situé entre 15 et 30% de la valeur des ventes. Ce faisant, l'Autorité de la concurrence se place dans les pas des lignes directrices sur les amendes adoptées par la Commission européenne en 2006<sup>5</sup> (c'est-à-dire avant la crise économique de 2008).
11. Toutefois, les Sections suggèrent respectueusement qu'il serait disproportionné de prendre en compte automatiquement un pourcentage de 15 à 30% de la valeur des ventes pour les infractions les plus graves. Il convient en outre de noter que la Commission limite habituellement ce pourcentage à un niveau situé entre 15 et 20% de la valeur des ventes (au vu des décisions de la Commission accessibles au public).

Décisions de la Commission	% de la valeur des ventes
<i>Stabilisants thermiques</i> <sup>6</sup> – sur le marché des stabilisants étain	20%
<i>Stabilisants thermiques</i> <sup>7</sup> – sur le marché EBS/esters <i>Chlorate de sodium</i> <sup>8</sup>	19%
<i>Verre Plat</i> <sup>9</sup> <i>Bandes vidéo professionnelles</i> <sup>10</sup>	18%

<sup>5</sup> Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, JO C 210 du 01/09/2006, p.2.

<sup>6</sup> Affaire 38.589, *Stabilisants thermiques*, 11 novembre 2009, points 708-709.

<sup>7</sup> Affaire 38.589, *Stabilisants thermiques*, 11 novembre 2009, points 708-709.

<sup>8</sup> Affaire 38.695, *Chlorate de sodium*, 11 juin 2008, point 523.

<sup>9</sup> Affaire 39.165, *Verre Plat*, 28 novembre 2007, point 482.

<sup>10</sup> Affaire 38.432, *Bandes vidéo professionnelles*, 20 novembre 2007, point 215.

<i>Services de déménagements internationaux</i> <sup>11</sup> <i>Carbure de calcium</i> <sup>12</sup>	17%
<i>Verre automobile</i> <sup>13</sup> <i>Transformateurs d'énergie</i> <sup>14</sup> <i>Caoutchouc butadiène-nitrile</i> <sup>15</sup>	16%
<i>Gaz</i> <sup>16</sup> <i>Bananes</i> <sup>17</sup>	15%

12. Dans la décision *Tuyaux marins*, la Commission a appliqué un pourcentage exceptionnellement élevé de 25% pour tenir compte de la particulière gravité de l'infraction<sup>18</sup>.

13. Nonobstant le fait que la plupart des amendes infligées par la Commission soient situées entre 15 et 20%, les entreprises faisant l'objet d'une enquête pour participation à un cartel doivent anticiper une amende pouvant atteindre 30% de la valeur des ventes. Cela met une pression financière certaine sur ces entreprises en termes de liquidités, d'accès au financement pour réaliser des investissements, et de restructuration sociétale (notamment en matière de fusions-acquisitions).

14. Les Sections suggèrent respectueusement que l'Autorité de la concurrence limite l'application des amendes à 15-20% pour les infractions très graves, dans la mesure où une telle fourchette fournit une base suffisante pour une amende proportionnée et dissuasive<sup>19</sup>.

15. En alternative, les Sections suggèrent respectueusement que le projet de communiqué clarifie sa position en disposant que, bien qu'une fourchette de 15 à 30% puisse être appliquée, en fait les amendes supérieures à 20% de la valeur des ventes seront exceptionnelles et ne seront appliquées que dans les affaires les plus graves. Une liste non-exhaustive de facteurs sur la base desquels identifier de

<sup>11</sup> Affaire 38.543, *Services de déménagements internationaux*, 11 mars 2008, point 543.

<sup>12</sup> Affaire 39.396, *Carbure de calcium*, 22 juillet 2009, point 301.

<sup>13</sup> Affaire 39.125, *Verre automobile*, 12 novembre 2008, point 678.

<sup>14</sup> Affaire 39.129, *Transformateurs d'énergie*, 7 octobre 2009, point 247.

<sup>15</sup> Affaire 38.628, *Caoutchouc butadiène-nitrile*, 23 octobre 2008, point 175.

<sup>16</sup> Affaire 39.401, *Gaz*, 8 juillet 2009, point 365.

<sup>17</sup> Affaire 39.188, *Bananes*, 15 octobre 2008, point 460.

<sup>18</sup> Affaire 39.406, *Tuyaux marins*, 28 janvier 2009, point 445.

<sup>19</sup> Cela serait cohérent avec les recommandations du « rapport Folz-Raysseguier-Schaub » (Folz-Schaub-Raysseguier, *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 20 septembre 2010).

telles affaires pourrait être fournie (par exemple, un cartel qui impliquerait une proportion considérable du marché pertinent en France). Une telle clarification permettrait à l'Autorité de mettre sa politique de sanctions en cohérence avec la pratique décisionnelle de la Commission.

## **2.2 Chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice financier écoulé**

16. Le projet de communiqué indique que l'amende doit être basée sur le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise (en tant que groupe) au cours du dernier exercice financier écoulé pendant la durée de l'infraction, à moins que cela soit considéré comme non représentatif<sup>20</sup>. La référence à cette méthode est une clarification bienvenue, car cela signifie que les entreprises ne seront pas sanctionnées pour les ventes réalisées dans un environnement concurrentiel une fois le comportement anticoncurrentiel terminé. Cependant, les Sections suggèrent respectueusement que l'Autorité de la concurrence accorde une place plus importante au chiffre d'affaires moyen réalisé pendant la durée totale de l'infraction, plutôt que d'en faire une considération exceptionnellement prise en compte pour la détermination du montant de l'amende.

## **2.3 Le cas des entreprises mono-produit**

17. La méthodologie proposée pour l'imposition des amendes pénalise les entreprises spécialisées dans la vente du produit faisant l'objet de l'enquête de cartel, car dans ce cas la valeur des ventes retenues pour calculer le montant de base de l'amende représentera une proportion bien plus grande de l'amende que pour une entreprise vendant une gamme de produits. Le plafond de 10% du chiffre d'affaires ne suffit pas à protéger de telles entreprises, qui demeurent bien plus lourdement pénalisées que d'autres participants au cartel dotés d'une gamme de produits plus étendue. Les Sections suggèrent que l'Autorité de la concurrence réexamine la structure du système d'imposition des amendes afin de s'assurer que ces entreprises ne soient pas pénalisées d'une manière disproportionnée, comme l'avait déjà exigé la cour d'appel de Paris dans l'« affaire de l'acier »<sup>21</sup>.

## **2.4 Chiffre d'affaires du groupe et non seulement de la société fautive**

18. Le projet de communiqué semble indiquer (paragraphe 3 et 5) que le chiffre d'affaires pertinent à prendre en compte est celui du groupe auquel appartient l'entreprise, sur la base de l'article L.464-2, I, troisième alinéa, du Code de commerce. Bien que le projet de communiqué ne traite pas explicitement de la question de la responsabilité de la société mère pour les infractions commises par sa filiale, les Sections suggèrent respectueusement que le chiffre d'affaires d'un groupe ne soit pris en compte que si les faits font apparaître que la société mère doit être tenue responsable des infractions commises par sa filiale. A titre de comparaison, les autorités de concurrence américaines considèrent que la responsabilité d'une société ne saurait être engagée que pour les entités (y compris les sociétés mères) ayant commis ou soutenu la violation en cause, et elles calculent le montant de base de l'amende uniquement à partir du volume de commerce affecté par cette violation.
19. La CJUE a jugé, dans un arrêt *Akzo Nobel*<sup>22</sup>, qu'une société mère pouvait être automatiquement présumée responsable pour les infractions commises par sa filiale à 100% et que cette présomption

---

<sup>20</sup> Paragraphe 31 du projet de communiqué.

<sup>21</sup> Paris, 19 janvier 2010, *AMD Sud-Ouest e.a.*, 2009/00334. La cour d'appel a annulé la décision de l'Autorité, notamment parce que celle-ci n'avait pas pris en compte la proportion des ventes pertinentes en comparaison du chiffre d'affaires total des entreprises (pp.36-37 de l'arrêt).

<sup>22</sup> CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, C-97/08 P, Rec. I-8237, points 61-64.

pouvait être réfutée par la société mère. Cependant, l’avocat général Bot<sup>23</sup> a récemment soutenu que cette approche était incompatible avec le principe de la présomption d’innocence, car la présomption utilisée était *de facto* irréfragable, ce qui est contraire aux exigences de la CEDH. Le Parlement européen partage ce point de vue<sup>24</sup>.

20. En outre, les juridictions françaises et l’Autorité de la concurrence considèrent traditionnellement, sur le base du droit des sociétés, que la société mère ne sera responsable que si sa filiale n’était pas autonome sur le marché, n’était pas en mesure de déterminer sa propre politique commerciale, financière ou technique, et ne pouvait pas se libérer du contrôle hiérarchique de la société mère<sup>25</sup>. La récente décision de l’Autorité de la concurrence indiquant que la « présomption *Akzo Nobel* » pouvait trouver à s’appliquer en droit français<sup>26</sup> doit être lue dans ce contexte d’incertitude et n’a pas encore été approuvée par la cour d’appel de Paris.
21. Si le projet de communiqué confirmait l’application d’une présomption *de facto* irréfragable, cela reviendrait à punir la même entreprise deux fois – premièrement, en prenant en compte le chiffre d’affaires de la société mère sur la base d’une présomption automatique, et deuxièmement en aggravant l’amende au motif que l’entreprise appartient à un groupe (voir paragraphe 42 du projet de communiqué).

## 2.5 Durée

22. Le projet de communiqué indique que les amendes seront augmentées de 50% par année d’infraction. Les Sections attirent l’attention de l’Autorité sur le risque d’arbitraire que comporterait une augmentation du montant de l’amende basée simplement sur des augmentations annuelles.
23. Aux Etats-Unis, la durée du cartel affecte le montant de l’amende par le biais du calcul du volume de commerce affecté, ce qui constitue ensuite la base sur laquelle l’amende est déterminée. Le calcul de l’amende en vertu des *U.S. Sentencing Guidelines* commence par la détermination d’un montant de base égal à 20% de la valeur du commerce affecté. Ce volume de commerce correspond au montant des biens ou services vendus par l’entreprise et affectés par la violation, c’est-à-dire le volume total de biens ou services vendus pendant la durée totale du cartel. De cette manière, la durée seule du cartel (qu’elle ait ou non un effet sur le caractère pernicieux du cartel) n’est pas, en elle-même, un facteur de détermination de la sanction.
24. Par conséquent, les Sections suggèrent respectueusement que la durée ne soit pas considérée comme un facteur autonome dans le calcul des amendes.

---

<sup>23</sup> Conclusions de l’avocat général Bot, 26 octobre 2010, *ArcelorMittal Luxembourg e.a. c/ Commission*, aff.jtes C-201/09 P et C-216/09 P, non publié, points 206 *et seq.*

<sup>24</sup> Résolution du Parlement européen du 9 mars 2010 sur le rapport sur la politique de concurrence 2008 (2009/2173(INI)), point 50 : « [le Parlement] invite la Commission à définir des critères spécifiques selon lesquels les sociétés mères doivent être solidairement tenues pour responsables des comportements de cartel de leurs filiales ».

<sup>25</sup> Voir notamment Aut. conc., décision n°09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, points 408 *et seq.*, validé par la cour d’appel de Paris dans un arrêt du 23 septembre 2010, *Digicel e.a.*, n°2010/00163.

<sup>26</sup> Aut. conc., décision n°11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, points 597 *et seq.*

### 3. DOMMAGE CAUSE A L'ECONOMIE

25. Le pourcentage de la valeur des ventes tel que proposé dans le projet de communiqué repose sur un calcul fondé sur un indice représentatif car il est difficile de quantifier et d'établir le dommage réellement causé à l'économie et résultant d'un comportement de cartel. Bien que la méthodologie utilisée par le projet de communiqué soit similaire à celle dont usent les *U.S. Sentencing Guidelines*, le calcul du dommage causé à l'économie n'est, dans le projet de communiqué, que l'un des éléments pris en compte pour calculer le montant de base de l'amende. L'inclusion du dommage causé à l'économie comme élément du calcul des amendes en France peut avoir pour effet de renforcer le caractère équitable et proportionné des sanctions pécuniaires dans des situations où le dommage causé à l'économie est jugé faible ou non mesurable, ou au contraire important, au vu des éléments de preuve versés au dossier. Les Sections souhaitent faire trois commentaires concernant l'évaluation du dommage causé à l'économie.
26. Premièrement, bien que la pratique décisionnelle fasse souvent référence en bloc à la fois à la gravité d'une pratique et au dommage à l'économie<sup>27</sup>, la loi impose que ces deux critères soient évalués séparément. Les Sections suggèrent respectueusement que le projet de communiqué indique clairement qu'il s'agit là de critères distincts qui seront traités séparément à l'avenir, particulièrement eu égard (i) à l'arrêt de la Cour de cassation énonçant que le dommage causé à l'économie ne peut pas être présumé<sup>28</sup>, et (ii) au fait que certains des critères listés sous le paragraphe 22 du projet de communiqué à propos de la gravité sont similaires à certains de ceux listés sous le paragraphe 26 concernant le dommage causé à l'économie.
27. Deuxièmement, le projet de communiqué (paragraphe 26) liste un certain nombre de facteurs pertinents pour l'évaluation du dommage. Bien que la rédaction d'une telle liste doive être saluée au titre de la transparence accrue qu'elle engendre, les Sections, qui relèvent que d'autres facteurs ont été pris en compte par les juridictions françaises, recommandent que les facteurs suivants figurent également dans le projet de communiqué :
- Restriction d'accès à une profession, par exemple les chauffeurs de taxis<sup>29</sup> : cela devrait être mentionné tant au titre des « *conséquences conjoncturelles* » qu'à celui des « *conséquences structurelles* » ;
  - Atténuation du dommage à l'économie en raison du fort pouvoir de négociation de l'acheteur, lequel a été utilisé contre des vendeurs engagés dans des actions collusives, afin de les forcer à réduire leurs prix<sup>30</sup> ;

---

<sup>27</sup> Voir notamment : Cons. conc., décision n°08-D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué, points 225 *et seq.* ; Cons. conc., décision n°07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, points 242 *et seq.* ; Cons. conc., décision n°06-D-13 du 6 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché public de travaux pour la reconstruction du stade Armand Cesari à Furiani, points 66 *et seq.*

<sup>28</sup> Cass. com., 7 avril 2010, Bulletin n°430.

<sup>29</sup> Aut. conc., décision n°10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « groupement des Taxis amiénois et de la métropole, point 214.

<sup>30</sup> Aut. conc., décision n°10-D-35 du 15 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles, points 269-270 ; Aut. conc., décision n°09-D-25 du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées, point 289.



- Atténuation du dommage à l'économie en raison d'un défaut de discipline dans la mise en œuvre par les entreprises de la pratique collusive reprochée<sup>31</sup> ;
  - Aggravation du dommage à l'économie dans le cas où les clients sont vulnérables et captifs<sup>32</sup>.
28. Troisièmement, le projet de communiqué indique (paragraphe 26, deuxième tiret) que les marges peuvent être prises en compte, ainsi que cela a été fait dans des décisions passées de l'Autorité de la concurrence<sup>33</sup>. Les Sections suggèrent respectueusement qu'il n'est pas possible pour l'Autorité de la concurrence de donner une indication de ce qui doit être considéré comme une marge « appropriée » dans un secteur économique en particulier ou pour une entreprise en particulier. Le niveau de la marge dépend d'une variété de facteurs qui n'ont rien à voir avec l'infraction au droit de la concurrence. Par conséquent, il conviendrait que la marge à prendre en compte soit déterminée au cas par cas.
29. Bien que les Sections comprennent qu'aucune liste exhaustive ne puisse être dressée, elles recommandent que l'Autorité de la concurrence : (i) indique si elle entend hiérarchiser certains facteurs par rapport à d'autres et (ii) clarifie les plus importants (de son point de vue) de ces éléments, particulièrement si ces éléments appartiennent à plusieurs catégories de facteurs. Sinon, il sera difficile d'évaluer le dommage causé à l'économie, spécialement pour les entreprises étrangères, car ce concept est spécifique au droit français et ne connaît aucun équivalent dans les autres systèmes juridiques. Il est également important que l'Autorité de la concurrence fournisse des preuves et motive l'importance du dommage à l'économie qui aura été retenu, ainsi que l'impact précis de la qualification retenue sur le montant de l'amende, afin d'assurer la conformité au droit et permettre aux juridictions d'exercer leur contrôle.

## 4. CIRCONSTANCES AGGRAVANTES

### 4.1 *Notoriété de l'entreprise*

30. Selon le projet de communiqué, une entreprise considérée comme ayant violé les règles du droit de la concurrence peut se voir infliger une amende plus élevée si elle se trouve dans une position de notoriété, d'influence ou d'autorité telles que son comportement a eu un rôle d'exemplarité dans le secteur concerné. Ce facteur obligerait l'Autorité de la concurrence à effectuer une analyse subjective de la perception de la position de l'entreprise concernée. Cependant, il sera par définition très difficile de déterminer si le comportement d'une entreprise dans la participation à une infraction a eu un effet d'influence sur les autres entreprises simplement à cause de sa prétendue « notoriété » ou « autorité » (au moins en l'absence de mesure de rétorsion ou de menace). De plus, il pourrait être discriminatoire de prendre en compte la « notoriété » ou l'« autorité » d'une entreprise, car cela aboutirait à traiter différemment des entreprises sujettes à des conditions similaires. Pour ces raisons, les Sections

---

<sup>31</sup> Cons. conc., décision n°06-D-09 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la fabrication des portes, point 428.

<sup>32</sup> Aut. conc., décision n°09-D-19 du 10 juin 2009 relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels militaires relevant du CTAC de l'armée de terre à Nancy, point 214 ; Cons. conc., décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des jouets, point 736 ; Cons. conc., décision n°03-D-45 du 25 septembre 2003 relative à des pratiques relevées dans le secteur des calculatrices à usage solaire, point 511.

<sup>33</sup> Cons. conc., décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des jouets, points 744-749.

suggèrent respectueusement que ce facteur subjectif ne soit pas pris en compte au titre des circonstances aggravantes pour augmenter le montant de l'amende.

31. Les Sections notent que les *U.S. Sentencing Guidelines* ne prennent pas en compte de facteurs subjectifs tels que la « notoriété ». Comme rappelé plus haut, en vertu des *Guidelines*, une fois un montant de base de l'amende établi (20% du montant des ventes affectées par la violation), un score de culpabilité de la société est calculé sur la base de diverses circonstances aggravantes : la taille de l'entité, la participation à l'infraction de salariés à hautes responsabilités, la récidive de l'entité, l'obstruction à l'enquête ; et sur la base de circonstances atténuantes : dénonciation de la violation et coopération à l'enquête. Ces facteurs, qu'ils aient un effet aggravant ou atténuant, doivent être établis dans chaque affaire.

#### **4.2 Puissance économique**

32. Bien qu'ils ne soient pas expressément formellement inclus dans la liste des circonstances aggravantes, d'autres facteurs d'« individualisation » de l'amende qui sont décrits au paragraphe 42 du projet de communiqué peuvent conduire à une augmentation du montant de l'amende : la « puissance économique » de la société ; le fait que la société appartienne à un groupe international ; l'étendue de la gamme de produits vendus par la société ; l'importance des ressources financières de la société ; et le fait que la société concentre son activité sur le secteur concerné par l'infraction. La manière avec laquelle ces éléments doivent être pris en considération ne ressort pas clairement du projet de communiqué.
33. Bien que l'importance du total des ventes et des ressources financières de l'entreprise ayant commis une infraction puisse être pertinente pour apprécier si une amende aurait un effet dissuasif adéquat, on ne comprend ni comment ni pourquoi l'étendue de la gamme de produits vendus ou la simple appartenance à un groupe international de sociétés plutôt qu'à une société nationale devraient être prises en considération dans la fixation du montant des amendes. Les Sections recommandent respectueusement que ces considérations soient retirées du calcul des amendes, car elles créent un risque de discrimination et soulèvent des questions similaires à celles relevées à propos de la responsabilité de la société mère (point discuté plus haut). Il conviendrait plutôt de prévoir une circonstance atténuante tenant au fait que la société incriminée soit une petite ou moyenne entreprise (PME).
34. A titre de comparaison, en vertu des *U.S. Sentencing Guidelines*, l'appartenance d'une société à un groupe international, l'étendue de la gamme de produits, les ressources financières de la société, ou encore le fait que la société concentre son activité dans le secteur concerné par l'infraction, ne sont pas des facteurs pris en compte aux fins de déterminer le montant approprié d'une amende pénale. La « puissance économique » globale d'une société n'est prise en compte que s'il est établi que l'amende appropriée au regard des *Guidelines* est excessive au regard de ce que la société est en mesure de payer sans mettre en danger sa viabilité économique à long terme. Dans ces cas, les *Guidelines* appellent à une réduction du montant de l'amende pour atteindre un niveau qui ne mettra pas en danger la viabilité économique à long terme de la société. De surcroît, le fait de faire sortir un concurrent du marché pourrait affecter négativement la concurrence, et les politiques de sanctions ne devraient pas mettre en danger les objectifs prééminents du droit de la concurrence.

### **5. CIRCONSTANCES ATTENUANTES**

35. Le projet de communiqué ne liste que trois exemples de circonstances atténuantes : (i) comportement de concurrence effective/franc-tireur ; (ii) entreprise contrainte de participer à l'infraction ; (iii)

comportement infractionnel autorisé ou encouragé par les autorités gouvernementales ou administratives.

### **5.1 Charge de la preuve**

36. Le projet de communiqué indique que les défendeurs doivent établir que les conditions permettant d'invoquer les circonstances atténuantes sont réunies<sup>34</sup>. La charge de la preuve se trouve par là-même déplacée sur les défendeurs. Cependant, les Sections recommandent avec insistance à l'Autorité de la concurrence de prendre en compte l'ensemble des éléments factuels du dossier dont elle dispose, en ce compris les circonstances atténuantes, lors de la détermination du montant des amendes.

### **5.2 Liste non-exhaustive de circonstances atténuantes**

37. En pratique, il est très difficile d'évaluer ou de prouver l'existence d'une circonstance atténuante en l'absence de règles claires. Les Sections suggèrent respectueusement à cet égard que l'Autorité de la concurrence dresse une liste plus complète, notamment en puisant dans son expérience des affaires passées. Les Sections suggèrent que les facteurs suivants soient pris en compte au titre des circonstances atténuantes :

(i) La coopération des entreprises ayant commis l'infraction et l'interruption de l'infraction après que celle-ci ait été portée à l'attention de la direction de l'entreprise

38. Parmi les circonstances atténuantes données dans les lignes directrices sur les amendes de la Commission figure le fait que « *l'entreprise coopère effectivement avec la Commission, en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de ses obligations juridiques de coopérer* ». Il s'agit là de récompenser une entreprise visée par une enquête de concurrence qui n'a pas participé au programme de clémence (peut-être pour des raisons procédurales) mais qui a cependant coopéré de bonne foi avec les autorités afin de mettre fin à l'infraction et d'apporter son aide dans la poursuite des entreprises ayant commis l'infraction. Un tel comportement coopératif doit être récompensé et encouragé. Il est respectueusement suggéré à cet égard que l'Autorité de la concurrence précise qu'un comportement coopératif sera pris en compte comme circonstance atténuante dans la détermination du montant de l'amende.

(ii) La bonne foi dans un contexte de règles complexes

39. Les lignes directrices de la Commission incluent, parmi les circonstances atténuantes, le fait que « *l'infraction a été commise par négligence* ». Ce facteur permet de reconnaître que les règles de concurrence sont complexes et que leur interprétation peut varier au fil du temps et d'une autorité à l'autre. Les entreprises, et plus particulièrement les entreprises étrangères, peuvent violer le droit français de la concurrence par négligence, voire en pensant de bonne foi ne pas violer le droit. Il peut être justifié de prendre en compte de telles circonstances dans des cas où les principes juridiques applicables ne sont pas évidents, où les faits en cause sortent de l'ordinaire, ou en l'absence de précédents. L'Autorité de la concurrence a appliqué ce principe par le passé<sup>35</sup> et les Sections recommandent qu'elle précise dans le communiqué final qu'elle continuera à le faire.

---

<sup>34</sup> Au moins en ce qui concerne les deux premiers exemples de circonstances atténuantes (comportement de concurrence effective/franc-tireur et participation contrainte à l'infraction).

<sup>35</sup> Voir notamment : Cons. conc., décision n°06-D-25 du 28 juillet 2008 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen ; Cons. conc., décision n°05-D-63

(iii) Programmes de conformité au droit de la concurrence

40. Les Sections recommandent que soit inclus dans la liste des circonstances atténuantes le fait qu'une entreprise dispose d'un programme de conformité. De tels programmes constituent le premier moyen de défense pour prévenir les violations du droit de la concurrence et le préjudice en résultant pour les consommateurs. Les efforts faits par une entreprise pour prévenir de telles violations doivent être encouragés et non laissés de côté, particulièrement lorsque le comportement en cause émane de « salariés voyous » qui ont violé les règles internes de conformité.
41. Des autorités de concurrence dans d'autres pays ont reconnu que les programmes de conformité peuvent constituer une circonstance atténuante, par exemple lorsque la preuve de l'existence de mesures de conformité mises en œuvre de bonne foi peut être rapportée. A titre d'exemple, le Bureau de la concurrence du Canada, dans son Bulletin (2010) sur les *Programmes de conformité d'entreprise*, indique que le Commissaire de la concurrence « peut tenir compte de la préexistence d'un programme crédible et efficace dans sa recommandation au directeur des poursuites pénales aux fins de la détermination de la peine » et que le fait d'établir ou de renforcer un programme de conformité en réponse à une infraction est susceptible « de nuancer favorablement la recommandation du commissaire aux fins de la détermination de la peine ou d'atténuer les mesures correctives demandées par le commissaire »<sup>36</sup>. Les Sections recommandent à l'Autorité de la concurrence d'insérer une disposition similaire dans le projet de communiqué.

### 5.3 *Réitération*

42. L'Autorité de la concurrence propose que la réitération soit considérée comme une circonstance aggravante (pouvant entraîner une augmentation de 5 à 50% pour chaque infraction passée). Les Sections estiment qu'il est approprié d'inclure la réitération parmi les circonstances aggravantes. Pour autant, la période de 20 ans prévue dans le projet de communiqué peut sembler excessive et être source d'injustice. Les Sections comprennent que la prescription de droit commun applicable en France est de 5 ans. En retenant une période de 20 ans, l'Autorité de la concurrence pénalise *de facto* toute une génération dans la société, pour une infraction commise par la génération précédente, souvent avec une direction et des salariés totalement différents. Cela peut également avoir pour effet d'entraver les fusions entre sociétés, dans la mesure où les sociétés peuvent être réticentes à fusionner avec d'autres sociétés auxquelles des amendes historiques ont été imposées dans le passé. Au regard de l'objectif de politique publique visant à éviter la réitération des infractions sans pour autant infliger des amendes disproportionnées, il est respectueusement suggéré de retenir une période plus courte, qui pourrait être discutée en fonction des caractéristiques propres à l'entreprise.

### 5.4 *Capacité contributive / crise économique*

43. Le projet de communiqué indique (paragraphe 54-57) que les entreprises ayant établi qu'elles ne seront pas en mesure de payer l'amende pourront, sur demande, voir leur amende réduite. Ce faisant, l'Autorité suit l'approche des lignes directrices de la Commission, dans un souci de cohérence qu'il

---

(continued...)

du 17 novembre 2005 relative d'une part, à des pratiques mises en œuvre par la Poste et certaines de ses filiales dans le secteur du traitement du courrier et d'autre part, à des pratiques reprochées à la Poste et certains syndicats de routeurs dans le secteur de la préparation des objets postaux ; Cons. conc., décision n°04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom.

<sup>36</sup> Bureau de la concurrence du Canada, *Les programmes de conformité d'entreprise*, 27 septembre 2010, p.14.

convient de saluer. Les Sections suggèrent que l’Autorité prête une attention particulière à l’arrêt rendu par la cour d’appel de Paris dans l’ « affaire de l’acier » pour examiner comment ce facteur pourrait être pris en compte dans la détermination des amendes<sup>37</sup>.

## CONCLUSIONS

44. Les Sections suggèrent respectueusement que, dans la préparation des aspects procéduraux des amendes, l’Autorité de la concurrence soulève ces points à un stade très en amont dans l’instruction avec les entreprises soupçonnées, de sorte que toutes les questions évoquées ci-avant puissent être pleinement débattues.
45. L’Autorité de la concurrence doit être remerciée pour avoir organisé cette consultation et les Sections espèrent que les présents commentaires aideront l’Autorité de la concurrence dans la rédaction d’un communiqué final.

---

<sup>37</sup> Paris, 19 janvier 2010, *AMD Sud-Ouest e.a.*, 2009/00334.

## **ANNEXE – EXTRAIT DE L'ARTICLE L.464-2 DU CODE DE COMMERCE**

### **Article L464-2**

(Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 2)

(Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 4)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.-Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction.

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