



OBSERVATIONS DE L'APDC SUR LE PROJET DE COMMUNIQUE RELATIF A LA METHODE DE DETERMINATION DES SANCTIONS PECUNIAIRES

A la suite du rapport remis le 20 septembre 2010 par MM. Folz, Raysseguier et Schaub (le "**Rapport Folz**") à Madame la Ministre de l'Economie, l'APDC tient à saluer l'initiative prise par l'Autorité de la concurrence d'élaborer un document public retraçant les modalités de fixation des sanctions et destiné à lui servir de guide à l'avenir (le "**Projet de Communiqué**").

Il est en effet essentiel pour les opérateurs économiques de mieux comprendre les méthodes de calcul des sanctions qui seront désormais suivies en France et de disposer ainsi d'un degré de prévisibilité accru de la répression dont ils sont susceptibles de faire l'objet.

Cet objectif, qui intéresse bien sûr également les praticiens du droit de la concurrence, rejoint la préoccupation qui est la nôtre d'un respect scrupuleux des principes de droit de la défense et notamment ceux relatifs à la sécurité juridique, à l'égalité de traitement et à l'individualisation des peines.

L'APDC est donc particulièrement sensible à la volonté affichée par l'Autorité de la concurrence d'une transparence sur cette importante question. Elle remercie également l'Autorité de la concurrence pour l'organisation, en amont, d'une consultation publique qui permet à toutes les parties intéressées d'exprimer leur point de vue et de contribuer à la version finale de ce Communiqué.

Les observations et suggestions de l'APDC s'organisent comme suit :

- un propos introductif sur les objectifs et la nature juridique du Communiqué (I.) ;
- des commentaires et des propositions sur le montant de base de l'amende, la gravité de l'infraction et le dommage à l'économie (II.) ;
- des commentaires et des propositions sur les éléments d'individualisation de la sanction (circonstances atténuantes et aggravantes, autres éléments d'appréciations, "les ajustements finaux") (III.).

I. LES OBJECTIFS GENERAUX ET LA NATURE JURIDIQUE DU COMMUNIQUE

1. L'APDC souhaite aborder dans cette partie la question du caractère innovant de la méthode proposée pour la détermination des amendes (1.), celle de la nature juridique du Communiqué et les conséquences en découlant (2.), ainsi que la question du débat contradictoire sur la sanction (3.).

1. Synthèse de la pratique passée ou méthodologie nouvelle ?

2. Le Projet de Communiqué expose les différentes étapes qui devraient être suivies, à l'avenir, par l'Autorité de la concurrence pour déterminer les sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles.
3. Il est donc important que les opérateurs économiques, notamment ceux qui ont déjà été concernés par une procédure devant l'Autorité ou le Conseil de la concurrence, puissent comprendre si la méthodologie contenue dans le Projet de Communiqué se limite à décrire la pratique passée de l'Autorité de la concurrence et de ses juridictions de contrôle, ou s'il annonce une pratique nouvelle en matière de détermination des sanctions.
4. L'APDC estime que le Communiqué gagnerait à être plus clair sur ce point afin qu'il ne subsiste aucune ambiguïté pour les entreprises sur les éléments d'innovation qu'il contient et les conséquences à en attendre.
5. Que ce soit dans le texte du Projet de Communiqué lui-même ou dans le communiqué de presse qui en a accompagné la publication, il est indiqué que la méthode de détermination des sanctions qui y est exposée constitue une "synthèse" de la pratique décisionnelle passée du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence telle qu'elle a été développée sous le contrôle de la Cour d'appel et de la Cour de cassation.
6. De même, le Président de l'Autorité de la concurrence a indiqué, dans la revue "Entrée Libre", que l'un des objectifs du Communiqué est de "*rendre les sanctions imposées par l'Autorité plus faciles à comprendre, en synthétisant les principaux enseignements des nombreuses décisions prises en la matière au cours des 25 dernières années*"¹.
7. S'il est indéniable que le Projet de Communiqué reprend certains aspects de la pratique décisionnelle actuelle, il est surtout caractérisé par l'introduction d'éléments de détermination des sanctions qui n'ont jusque là jamais été appliqués en France.

¹ *Sanctions antitrust : le dialogue est ouvert*, Entrée Libre, La Lettre de l'Autorité de la concurrence, janvier - avril 2001, n°10, page 1.

A cet égard, l'une des innovations majeures réside dans la détermination d'un montant de base de l'amende calculé sur une proportion des ventes affectées par les pratiques comprise entre 0 et 30 %.

Il en va de même de la prise en compte dégressive de la durée de la pratique. Sur ce point d'ailleurs, on peut indiquer que, dans une très récente décision en date du 22 décembre 2010², dans le secteur de la signalisation routière verticale, l'Autorité de la concurrence ne semble pas avoir appliqué une quelconque dégressivité lorsqu'elle a tenu compte de la durée des pratiques dans l'évaluation de la sanction.

La prise en compte, comme circonstance aggravante, de la réitération d'une pratique au cours d'une période pouvant atteindre 20 ans vient également s'ajouter au cadre d'analyse connu et appliqué jusqu'à maintenant.

8. Non seulement les principaux apports du Projet de Communiqué sont innovants par rapport à la pratique passée du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence, mais ils diffèrent significativement de la jurisprudence récente de la Cour d'appel de Paris, et notamment de son arrêt du 19 janvier 2010, dans l'affaire du négoce de l'acier³.
9. Le Projet de Communiqué constitue même une rupture avec la position de la Cour d'appel de Paris, en retenant comme élément de détermination du montant de base de l'amende, une proportion de la valeur des ventes concernées par la pratique poursuivie, là où la Cour considérait que le "*seul point de départ légitime du raisonnement sur le montant de l'amende*" est le maximum légal, visé par l'article L.464-2 du Code de commerce, c'est-à-dire une proportion du chiffre d'affaires.
10. Une autre divergence avec cette jurisprudence de la Cour d'appel concerne la question de la prise en compte de l'absence de circonstance aggravante. Dans son arrêt précité du 19 janvier 2010, la Cour d'appel indiquait que :

*"Il appartenait au Conseil de tenir compte de l'absence de ces mêmes facteurs négatifs lorsqu'il a évalué les sanctions, de sorte que l'exemplarité de ces sanctions, par comparaison avec d'autres qui ont été ou seront prononcées dans des cas plus graves, demeure intacte ; que la décision ne porte pas trace d'une telle précaution"*⁴ (souligné par nos soins).

11. Cet élément n'est pas repris par le Projet de Communiqué.

² Décision de l'Autorité de la concurrence, n°10-D-39, du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

³ Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, RG n° 2009/00334, AMD Sud-Ouest et autres, dite affaire du "négoce de l'acier".

⁴ Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2010, préc., page 29.

12. Enfin, parmi les autres points de divergence avec la Cour d'appel, il faut signaler l'élément lié à la taille de l'entreprise sanctionnée, et plus particulièrement à son appartenance à un groupe. Dans son arrêt du 19 janvier 2010, la Cour d'appel avait indiqué que la loi n'interdit pas de se référer au chiffre d'affaires de la seule société personnellement poursuivie, et que cette référence pouvait même être préférée "*lorsque l'appartenance au groupe n'a joué aucun rôle significatif dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel*".
13. Le Projet de Communiqué semble faire un autre choix, en laissant à l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'appréciation très large pour la prise en compte de l'appartenance à un groupe, alors même que celle-ci serait sans incidence sur la commission de l'infraction.
14. Comme chacun le sait, cet arrêt du 19 janvier 2010 et les divergences d'approche qu'il a révélées entre l'Autorité de la concurrence et sa juridiction de contrôle sont à l'origine de l'engagement de la réflexion actuelle sur les éléments de détermination des sanctions.
15. Le Projet de Communiqué, loin d'être une synthèse de la pratique passée, expose plutôt le choix d'une politique de sanction fait par l'Autorité de la concurrence consistant à se doter d'une approche et d'une méthodologie nouvelles en la matière.
16. Le fait qu'à l'occasion d'une clarification de la méthode de détermination des amendes, l'Autorité de la concurrence souhaite mettre en œuvre une méthodologie nouvelle n'est pas critiquable en soi.
17. Dans le souci de plus grande transparence affiché par l'Autorité de la concurrence, l'APDC souhaiterait, en revanche, que le texte du Communiqué indique clairement qu'il s'agit là d'une méthode nouvelle. Cela paraît d'autant plus important que, comme il sera rappelé dans les développements qui suivent, l'application de cette nouvelle méthodologie risque d'entraîner une aggravation du montant des sanctions.
18. Le caractère innovant de la méthode de calcul des amendes pose également la question de son application dans le temps.
19. En effet, dès lors que le calcul des amendes suivra désormais une approche nouvelle, qui de surcroît pourrait conduire à une aggravation de leur montant, on peut légitimement considérer que cette approche ne devrait trouver à s'appliquer que pour les affaires dont l'instruction a débuté postérieurement à l'adoption du Communiqué.
20. L'APDC souhaite, en tout cas, que l'Autorité de la concurrence clarifie cette question de l'application dans le temps dans le texte du Communiqué.

2. La nature juridique du Communiqué

21. La démarche générale proposée par l'Autorité de la concurrence dans le Projet de Communiqué s'inspire très largement des lignes directrices adoptées en 2006 par la Commission européenne⁵.
22. Dès lors que les lignes directrices adoptées par la Commission européenne ne figurent pas dans la nomenclature officielle des actes juridiques pris par les institutions européennes, la jurisprudence communautaire s'est efforcée de déterminer leur statut juridique.
23. En substance, il résulte de la jurisprudence communautaire que les lignes directrices, notamment lorsqu'elles visent des opérateurs économiques, n'ont pas le caractère de véritables règles de droit ayant valeur obligatoire (selon la formule de la Cour de justice de l'Union européenne, il ne s'agit pas d'une "règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue"). Les lignes directrices, qui comportent, au contraire, une certaine flexibilité, énoncent plutôt une "règle de conduite indicative de la pratique à suivre". Ainsi, en ce qui concerne les amendes, elles "déterminent, de manière générale et abstraite, la méthodologie que la Commission s'est imposée (...) et assurent, par conséquent, la sécurité juridique des entreprises".

En adoptant de telles règles de conduite, puis en les publiant, la Commission européenne s'"autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation". Elle est donc tenue de les observer, sauf à méconnaître les principes d'égalité de traitement, de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique, ce qui confère aux lignes directrices des "effets juridiques".

24. A cet égard, le Tribunal de Première Instance a jugé, dans un arrêt en date du 27 septembre 2006⁶, que :

"les lignes directrices sont susceptibles de déployer des effets juridiques. Ces effets juridiques découlent non pas d'une normativité propre des lignes directrices, mais de l'adoption et de la publication de celles-ci par la Commission. Cette adoption et cette publication des lignes directrices entraînent une autolimitation du pouvoir d'appréciation de la Commission, qui ne peut se départir de ces dernières sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement, la protection de la confiance légitime et la sécurité juridique."

25. Si ces règles de conduite, qui ne sont pas de véritables règles de droit, peuvent, éventuellement, être écartées par la Commission européenne "dans un cas particulier", c'est à la condition que l'organe communautaire "donne les raisons" de cette dérogation et que celles-ci soient "compatibles avec le principe de l'égalité de traitement".

⁵ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, préc.

⁶ TUE, 27 septembre 2006, Archer Daniels Midland Co. c/Commission européenne, T-59/02, pt.43.

26. La question de la nature juridique du Communiqué revêt donc une importance certaine, puisque c'est elle qui va déterminer les limites de son contenu, sa force obligatoire et son caractère opposable, ainsi que la nature du contrôle qu'exercera la Cour d'appel sur les conditions de sa mise en œuvre.
27. Selon l'APDC, le Communiqué pourrait être qualifié de directive, au sens du droit administratif français, et plus particulièrement des principes posés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1970 (Crédit foncier de France ("CFF") c/ Gaupillat et Ader⁷).
28. L'APDC rejoint ici la qualification retenue par le Président de l'Autorité de la concurrence⁸.
29. Si les directives, au sens de l'arrêt "CFF" permettent aux autorités administratives d'encadrer leur pouvoir d'appréciation, dans le cadre de l'adoption de décisions individuelles, elles ne les autorisent pas, en revanche, à ajouter des dispositions nouvelles par rapport à l'état du droit.

A cet égard, un rapport d'information parlementaire du 28 octobre 2010⁹ a abordé la question du risque d'empiètement des actes de *soft law* adoptés par les autorités administratives indépendantes ("AAI") sur le domaine de la loi ou du règlement.

30. Ce rapport, tout en saluant les efforts des AAI en faveur d'une transparence de leur action, via l'adoption de lignes directrices, a émis trois recommandations visant, pour la première, à assurer les conditions d'une consultation préalable lors de l'élaboration de leurs lignes directrices (tout comme l'Autorité de la concurrence le fait s'agissant du Projet de Communiqué), et, pour la deuxième et la troisième, à permettre au commissaire du gouvernement, d'une part, de solliciter une seconde délibération sur les projets et, d'autre part, à s'assurer que ces règles ne soient pas créatrices de droits en prévoyant "*un mécanisme par lequel le commissaire du gouvernement puisse déférer devant le juge administratif les actes des AAI à portée générale qu'il estimerait excéder leur champ de compétences*".
31. Au-delà des recommandations de ce rapport d'information parlementaire, l'APDC comprend que les conséquences suivantes peuvent être tirées de la qualification juridique de directive¹⁰.

⁷ CE Sect., 11 décembre 1970, n°78880 : Lebon p. 750, concl. Bertrand ; AJDA 1971, p. 196, étude H.T.C ; D. 1971, p. 674, note D. Loschak ; RDP 1971, p. 1224, note M. Waline ; GAJA, 17^e éd., p. 571.

⁸ *La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (II)*, Bruno Lasserre, préc., page 65, paragraphes 75 et 76 : "*La base juridique existe déjà. La jurisprudence administrative permet en effet aux autorités administratives (...) de publier des "directives", c'est-à-dire des indications générales sur l'approche qui guide la mise en œuvre de leurs compétences décisionnelles dans le cadre de dossiers individuels*".

⁹ Rapport d'information n°2925, *Les Autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, présenté le 28 octobre 2010, rapporteurs : MM. René Dosière et Christian Vanneste, Tome I, p.18.

¹⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e Edition, 2001, p. 51. ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12^e Edition, 2007, p. 499; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13^e Edition, 2001, p. 615.

32. En premier lieu, en vue d'assurer le respect du principe d'égalité, une autorité administrative doit toujours conserver la faculté de déroger aux principes édictés par la directive, soit en raison de la situation particulière de l'administré, soit pour des motifs d'intérêt général.
33. Ce principe est respecté par le Projet de Communiqué qui indique, à son paragraphe 7, que l'Autorité de la concurrence conservera la faculté de s'en écarter en cas de "*circonstances particulières*" ou de "*raisons d'intérêt général*"¹¹.
34. En deuxième lieu, si une autorité administrative peut encadrer sa pratique à l'aide d'une directive, celle-ci ne peut cependant pas lier son pouvoir d'appréciation. Une autorité administrative doit en effet toujours procéder à un examen individuel de la situation de l'intéressé, sans se trouver contrainte dans son appréciation par le contenu de la directive¹².
35. Or, sur ce point, l'APDC considère que certains aspects de la méthodologie que l'Autorité de la concurrence entend mettre en œuvre sont rédigés, dans le Projet de Communiqué, de telle manière qu'ils ne lui laissent plus de marge d'appréciation.
36. Tel est le cas du paragraphe 35 du Projet de Communiqué qui instaure, pour certains accords horizontaux (fixation de prix, répartition des marchés ou des clients, ou limitation de la production), un plancher dans la proportion des ventes à prendre en considération pour la fixation du montant de base de l'amende (15%).
37. L'APDC considère, au vu du régime juridique applicable aux directives, que l'Autorité de la concurrence ne peut pas valablement lier ainsi son pouvoir d'appréciation en s'interdisant d'appliquer une proportion des ventes inférieure à 15%.
38. De surcroît, le libellé retenu pour l'instauration de ce plancher de 15% est très large, puisqu'il vise potentiellement toutes "*pratiques d'une gravité particulière*". Ce faisant, l'instauration de ce plancher semble contredire les déclarations du communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence selon lesquelles le Projet de Communiqué ne comporterait pas de droit d'entrée automatique.
39. L'APDC souhaiterait donc que le libellé du paragraphe 35 soit modifié afin, d'une part, de supprimer toute idée d'un plancher impératif de proportion du montant des ventes pour les infractions jugées les plus graves et, d'autre part, de mieux circonscrire la nature des infractions concernées par ce paragraphe.

¹¹ Projet de Communiqué, paragraphe 6.

¹² En ce sens, CE, sect., 29 juin 1973, Sté Géa, n°82870 : Lebon, p.453 ; AJDA 1973, p.587, chron. M.Franc-Boyon, p.589, note CL. Vier ; D. 1974, p.141, note J. Durupt ; RDP 1974, p.547, note M. Waline.

40. D'autres aspects du Projet de Communiqué semblent également conduire à lier le pouvoir d'appréciation de l'Autorité de la concurrence:
- tel est le cas, au paragraphe 36, des modalités de prise en compte de la durée des infractions qui, dans la rédaction actuelle, semble contraindre l'Autorité de la concurrence à prendre en considération chacune des années, ainsi qu'à comptabiliser pour une année entière des périodes de plus de six mois ;
 - tel semble aussi être le cas, au paragraphe 45 où, s'agissant de la réitération, le Projet de Communiqué semble instaurer un plancher de 5% pour l'aggravation de la sanction.
41. En troisième lieu, une directive ne doit pas modifier par elle-même la situation juridique des administrés. Elle ne doit donc pas en principe ajouter de dispositions nouvelles. C'est la raison pour laquelle une directive n'est pas susceptible d'un recours pour excès de pouvoir¹³. Toutefois, l'illégalité éventuelle d'une directive peut être soulevée devant le juge administratif par les opérateurs auxquels ses dispositions sont opposées. Son illégalité pourrait ainsi notamment être soulevée s'il était constaté que la directive ajoute à l'ordonnancement juridique.
42. A cet égard, l'APDC s'interroge sur le point de savoir si le Projet de Communiqué n'ajoute pas un élément de détermination de la sanction non prévu par l'article L.464-2 du Code de commerce. Cette interrogation vise l'effet dissuasif qui est envisagé par le Projet de Communiqué au titre des "*autres éléments d'individualisation*".
43. L'APDC ne conteste pas que le prononcé d'une amende, au-delà de son caractère répressif, poursuive également un objet de dissuasion. Mais cet effet dissuasif est consubstantiel à la sanction elle-même et ne vient pas s'y ajouter.
44. Ainsi, la marge d'appréciation importante dont dispose l'Autorité de la concurrence pour la détermination du montant de base de l'amende (0 à 30 % du montant des ventes) lui donne déjà la faculté dans la détermination de la proportion à retenir de prendre en compte un effet dissuasif, sans qu'il soit nécessaire de considérer celui-ci comme un élément supplémentaire de fixation de la sanction.
45. En d'autres termes, et dès lors que l'article L.464-2 du Code de commerce ne vise pas expressément la dissuasion comme un des éléments de détermination de l'amende, l'APDC considère qu'une fois la sanction déterminée, il n'est pas possible d'y ajouter encore un facteur aggravant dans un objectif de dissuasion, sauf à ajouter à la loi.

¹³ CE 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et a.*, n°254961 : Lebon p. 193.

46. L'APDC souhaiterait donc que les paragraphes 41 et 42 du Projet de Communiqué soient modifiés afin de ne pas faire de l'effet dissuasif un critère distinct et nouveau par rapport à ceux énumérés par l'article L.464-2 du Code de commerce.
47. En quatrième lieu, une directive est naturellement opposable à l'autorité administrative qui l'a édictée. Les justiciables sont donc en droit de se prévaloir d'une directive pour contester une décision prise sur son fondement, notamment s'ils considèrent qu'une directive n'a pas été ou a été mal appliquée, par exemple, parce que l'autorité en cause n'aurait pas tenu compte des circonstances particulières de l'espèce, justifiant qu'il soit dérogé à la ligne de conduite générale exposée dans la directive, ou au contraire, s'il y était dérogé, en l'absence de circonstances particulières le justifiant.
48. Si la Cour d'appel pourra donc contrôler les conditions de mise en œuvre du Communiqué par l'Autorité de la concurrence, l'APDC estime également qu'en tant que juridiction de contrôle, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, la Cour d'appel ne sera pas tenue par l'encadrement que l'Autorité de la concurrence aura donné à sa propre pratique en matière de détermination des sanctions. La Cour d'appel pourrait donc s'affranchir du Communiqué dès lors qu'elle considérerait que les circonstances de l'espèce auraient justifié une autre appréciation de la sanction.

3. La question du débat contradictoire sur la sanction

49. Dans le communiqué de presse ayant accompagné la publication du Projet de Communiqué, l'Autorité de la concurrence indique que "*le communiqué vise à accroître la transparence et à nourrir la discussion contradictoire en amont de la prise de décision par le collège*".
50. Or, le Projet de Communiqué lui-même n'aborde à aucun moment la question de l'instauration d'un débat sur la sanction encourue et sa détermination.
51. A cet égard, l'APDC considère, compte tenu de l'importance des sanctions susceptibles d'être prononcées et de l'objectif de transparence voulue par l'Autorité de la concurrence sur leurs modalités de détermination, qu'il est nécessaire d'instaurer un véritable débat contradictoire sur ce sujet avant l'adoption d'une décision. L'APDC considère également que l'adoption d'un Communiqué est précisément l'occasion d'indiquer à quel moment de la procédure, et selon quelles modalités, ce débat pourra intervenir.
52. On rappellera que le Rapport Folz préconisait qu'un "*débat contradictoire sur la sanction ait lieu plus tôt dans la procédure. Un instrument de référence tel que des lignes directrices pourrait prévoir que le rapporteur fasse connaître, au stade du rapport, outre son appréciation du dommage à l'économie, la nature de la sanction qu'il préconise et, s'il s'agit d'une amende pécuniaire, une fourchette de son montant*".

53. Compte tenu de la multiplicité et de la complexité des éléments susceptibles de concourir à la détermination de la sanction, une discussion seulement orale lors de la séance tenue devant le collège apparaît insuffisante.
54. L'APDC souhaiterait donc qu'il soit ajouté au Communiqué un développement sur la procédure et l'engagement d'un débat contradictoire sur la sanction prévoyant que le rapporteur fasse connaître, au stade du rapport, la nature de la sanction qu'il préconise, les éléments de détermination qu'il considère devoir être pris en compte, et le cas échéant, une fourchette de son montant.

II. LA DETERMINATION DU "MONTANT DE BASE"

55. A titre liminaire, l'APDC se félicite de ce que le Projet de Communiqué affirme certains principes de base qui ne peuvent qu'être approuvés sans réserve :
- Celui, tout d'abord, de l'application d'une méthodologie transparente pour la détermination des sanctions pécuniaires ;
 - Celui, ensuite, d'une fixation de la sanction au cas par cas, en fonction des caractéristiques de chaque infraction et de chaque entreprise, ce qui exclut tout "barème mécanique" (§ 15). Un tel barème ne doit en effet pas seulement être rejeté pour éviter une excessive prévisibilité, comme l'indique le Projet de Communiqué (*loc. cit.*), mais, avant tout, parce qu'il serait incompatible par nature avec les exigences de l'article L.464-2 du code de commerce qui exige une appréciation concrète, au cas par cas, de chacun des critères de fixation de la sanction.
56. Sous ces auspices, le Projet de Communiqué déclare mettre en œuvre, dans la section ici envisagée (IV, A), les deux premiers critères de l'article L. 464-2 du code de commerce ("gravité" et "importance du dommage à l'économie") en fixant au "cas par cas" (§ 18) un "montant de base" (§ 2). Ce montant, qui est lié à l'infraction en cause, mais "(...) *est déterminé pour chaque entreprise ou organisme (...)*" fait l'objet ensuite de différentes corrections liées aux autres critères de l'article L. 464-2 du code de commerce, ("individualisation" et "réitération"), en considération de chaque entreprise en cause (cf. ci-après).
57. Si l'APDC exprime son accord de principe sur cette méthodologie qui lui semble conforme à la loi et cohérente avec la démarche généralement suivie dans l'Union européenne, elle souhaite cependant attirer l'attention de l'Autorité de la concurrence sur la nécessité de prendre en compte, dans son application, les différences existant entre la norme législative française et le droit de l'Union européenne ou d'autres Etats membres.

58. En particulier, l'article L. 464-2 du code de commerce se réfère explicitement à "*l'importance du dommage causé à l'économie*" comme critère distinct et d'importance égale à celui afférent à la "gravité" de l'infraction, alors que ce critère ne figure pas explicitement dans le droit de l'Union européenne où il n'est qu'indirectement et implicitement pris en compte dans le cadre de l'examen de la gravité et/ou de la durée des pratiques. Au demeurant, ce dernier critère ne figure pas quant à lui dans les critères prévus par le code de commerce, à la différence notamment du droit communautaire.
59. Aussi l'Autorité de la concurrence doit-elle veiller, sous le contrôle du juge, à ce que l'adoption d'une méthode très proche de celle de l'Union européenne ou de tel ou tel autre Etat membre, ne conduise pas à perdre de vue les spécificités législatives françaises, alors que le Projet de Communiqué rappelle à juste titre que le pouvoir de sanction doit être exercé par l'Autorité de la concurrence "*à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L 464-2 du code de commerce*" (§ 13).
60. Par ailleurs, eu égard à l'objectif déclaré du Projet de Communiqué consistant à accroître la "transparence" de l'exercice de ce pouvoir de sanction en synthétisant "*les principaux aspects de la pratique décisionnelle de l'Autorité (...)*" (§§ 6, 7), l'Autorité de la concurrence ne saurait s'éloigner de sa pratique antérieure, telle que confirmée par la Cour d'appel et la Cour de cassation, que ce soit pour l'appréciation des différents critères légaux ou pour les montants des sanctions eux-mêmes. L'APDC renvoie à cet égard aux observations formulées en introduction des présentes Observations (§§ 7 et suivants).
61. L'Autorité de la concurrence doit donc veiller à ce que, sous couvert de "transparence" ou de "prévisibilité", les nouvelles orientations n'aboutissent pas à une inflation mécanique des sanctions, qui ne fait pas partie des objectifs déclarés par le Projet de Communiqué, même si des évolutions de la pratique comme de la jurisprudence ne peuvent bien évidemment être exclues par principe (§ 8).
62. Sur la base de ces observations liminaires, l'APDC souhaite formuler quelques remarques relatives, d'une part, aux critères de "gravité" et de "dommage à l'économie" (2.), d'autre part à la détermination du "montant de base" (1).

1. La détermination du montant de base

63. Le Projet de Communiqué appelle trois séries d'observations relatives, de façon générale, à la prise en compte de la valeur des ventes en relation avec l'infraction (A), à la détermination de la proportion de cette valeur pour établir le montant de base (B) et, pour les infractions d'une durée supérieure à une année, à la prise en compte de leur durée pour moduler le montant de base (C).

A. La prise en compte de la valeur des ventes en relation avec l'infraction

64. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 19), le montant de base reçoit une "*traduction chiffrée*" par le biais d'"*une proportion de la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits et services en relation avec l'infraction (...)*".
65. A titre liminaire, l'APDC constate avec satisfaction que le critère du chiffre d'affaires total auparavant retenu est ainsi abandonné, du moins en tant que critère de fixation de la sanction, ce en particulier dans la mesure où le chiffre d'affaires global ne reflète souvent, ni l'ampleur de l'infraction ni l'importance du dommage causé à l'économie.
66. La valeur des ventes est sans doute un critère mieux adapté à cette fin et constitue incontestablement un progrès sensible par rapport à la pratique antérieure. L'APDC souhaite cependant que l'Autorité de la concurrence veille à ne pas réintégrer en pratique le chiffre d'affaires global de l'entreprise dans le calcul du montant de base par le biais de l'individualisation de la sanction au titre de l'appartenance de l'entité sanctionnée à un groupe, ce que permettrait a priori le Projet de Communiqué (§ 42).
67. Pour autant, le critère de la valeur des ventes n'est pas dépourvu de certaines faiblesses dont il y a lieu de tenir compte.
68. En premier lieu, outre les difficultés que l'on peut parfois rencontrer pour appréhender¹⁴ le montant des ventes en relation avec la pratique en cause, le critère même "des ventes" intègre automatiquement de nombreux éléments sur lesquels la pratique anticoncurrentielle n'a pu avoir d'impact, à l'instar des achats, des autres charges externes etc. A cet égard, il est manifeste que des distributeurs sont dans une situation très différente de celle des producteurs, cette dernière catégorie pouvant elle-même regrouper des situations très diverses, selon que le processus industriel intègre ou non des intrants particulièrement onéreux ou que le producteur doit ou non utiliser une main d'œuvre particulièrement spécialisée et coûteuse. La "valeur des ventes" ne revêt donc pas la même signification économique, en fonction des secteurs économiques et des entreprises concernés et ne peut donc servir de "mètre-étalon" immuable afin de déterminer l'"ampleur" réelle d'une infraction.
69. Le Projet de Communiqué a d'ailleurs bien identifié cette problématique à propos de certaines situations spécifiques : rémunération à la commission (§ 33), entreprises s'abstenant à dessein de vendre en France (*ibid.*) ou encore appels d'offres ponctuels (§ 58). L'APDC accueille favorablement cette démarche et souhaite qu'elle ne soit pas limitée à ces cas spécifiques et isolés.

¹⁴ Voir par exemple la décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques.

70. En tout état de cause, l'APDC considère que, même si le critère de la valeur des ventes devait, pour les raisons évoquées *supra*, être retenu, les remarques qui viennent d'être formulées devraient, à tout le moins, être prises en compte au stade de l'application de ce critère, afin de moduler le pourcentage des ventes retenu, ce avant même de procéder à l'appréciation "individuelle" ultérieure, qui devra également tenir compte de ces spécificités.
71. Dans ce même esprit, l'APDC ne peut qu'approuver l'affirmation selon laquelle "*la valeur des ventes ne doit pas revêtir une importance disproportionnée par rapport à d'autres éléments à prendre en considération (...)*" (§ 20), au regard spécialement de l'"individualisation" et des différents "ajustements", (voir ci-après). Les exigences légales de "proportionnalité" et d'"individualisation" gouvernent en réalité l'ensemble du processus de fixation de la sanction.
72. De même, la correction liée à la durée de l'infraction doit être considérée elle aussi au regard du principe de proportionnalité de la sanction. De ce fait, l'impact de la durée sur le "montant de base" ne saurait être disproportionné par rapport audit "montant", issu par hypothèse de l'application, dans un premier temps, du pourcentage de la valeur des ventes en fonction des deux seuls critères légaux que sont la gravité et l'importance du dommage causé à l'économie. L'APDC reviendra sur ce point dans le cadre des observations formulées s'agissant de la "proportion de la valeur des ventes" prise en compte au titre de la gravité des pratiques et du dommage à l'économie (voir ci-après).
73. En deuxième lieu, la faculté prévue par le Projet de Communiqué de considérer "*l'ensemble des ventes de produits ou de services (...) en relation directe ou indirecte avec l'infraction ou avec les infractions quand il en existe plusieurs (...)*" est également contestable.
74. La relation "indirecte" qui, il est vrai, figure aussi dans les lignes directrices communautaires (point 13), est en effet une notion incertaine. Dans l'esprit de transparence et de prévisibilité qui guide le Projet de Communiqué, il conviendrait cependant de préciser cette relation de telle sorte que la chaîne causale ne soit pas étendue à l'excès.
75. Selon les principes issus notamment du droit de la responsabilité civile, un rapport adéquat doit ainsi être établi entre la pratique et les ventes prises en compte pour le calcul de l'amende. Ce rapport de cause à effet ne peut pas être trop indirect : il s'agit de relier de manière manifeste, certaine et établie, le fait générateur au dommage.
76. Le Communiqué devrait ainsi mettre en œuvre les principes issus de la théorie de la causalité adéquate en fixant, à l'avance, les critères permettant de distinguer les ventes qui, de manière manifeste, certaine et établie sont en relation avec l'infraction sanctionnée, de celles qui sont étrangères ou trop éloignées pour être qualifiées de ventes en relation même indirecte avec l'infraction.

77. L'APDC souhaite donc que cette précision soit apportée dans le texte final du Communiqué, et suggère que la valeur des ventes prises en considération soit notamment restreinte d'un point de vue géographique et en fonction de la nature des produits.
78. En troisième lieu, si le choix des ventes réalisées lors de la "dernière année complète de participation" (§ 31) est sans doute commode, le Projet de Communiqué observe lui-même qu'il ne garantit pas la représentativité de ladite année. Il propose d'ailleurs des solutions alternatives telles que la référence à une autre année ou à une moyenne d'années. De plus, la méthode même d'appréciation de la représentativité de la dernière année n'est pas explicitée alors qu'elle devrait l'être. A cet égard, il est permis de penser qu'il s'agirait en fait de la moyenne des années considérées, auquel cas il nous semblerait plus simple de retenir d'emblée ladite moyenne pour fixer le montant des ventes.
79. Enfin, de façon générale, s'agissant des infractions commises par des "groupements d'entreprises" (Projet de Communiqué, § 32), l'APDC considère que ceci ne vise pas l'hypothèse de l'"entreprise commune" car la pratique de l'Autorité de la concurrence semble consister, dans ce cas, à calculer les ventes des entreprises mères à proportion du contrôle détenu dans l'entreprise commune¹⁵.

B. La proportion de la valeur des ventes retenue au titre de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie

80. Le Projet de Communiqué évoque à cet égard une double échelle de pourcentages :
- une échelle, en quelque sorte, de "droit commun", allant de 0 à 30 % (i);
 - une échelle spéciale pour les infractions les plus graves visées par les articles L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE (ii).

(i) Echelle "de droit commun" de 0 à 30 %

81. L'APDC se félicite de constater que le Projet de Communiqué n'a pas fixé, par principe et pour l'ensemble des infractions au droit de la concurrence, une proportion minimale car, ainsi que cela sera développé ci-après à propos de l'échelle spéciale, un tel minimum n'aurait pas été compatible avec la lettre et l'esprit des dispositions précitées du code de commerce ni même avec l'affirmation du Projet de Communiqué de rejeter tout "*barème mécanique*" (§ 15).
82. En revanche, l'étendue de l'échelle, qui peut aller jusqu'à une proportion de 30 % des ventes directes et indirectes, paraît à l'évidence excessive et susceptible de conduire à des sanctions pécuniaires disproportionnées. A cet égard, l'APDC se réfère à la toute récente résolution INI/2010/2137 du

¹⁵ Décision de l'Autorité de la concurrence 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

Parlement européen en date du 20 janvier 2011 sur le Rapport sur la politique de concurrence 2009 qui, s'agissant des sanctions européennes, "*considère que l'application d'amendes toujours plus élevées en guise de seul instrument antitrust pourrait manquer de nuances, eu égard notamment aux pertes d'emploi qui pourraient résulter d'une incapacité à les payer (...)*" (Projet de Communiqué, § 60)¹⁶.

83. Les simulations auxquelles l'APDC¹⁷ a procédé montrent en effet le bouleversement que cette échelle, dans sa partie supérieure, pourrait entraîner par rapport à la pratique, même récente, de l'Autorité de la concurrence. En effet, sur un échantillon représentant plus de 50 % des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence entre 2005 et 2009, les simulations effectuées démontrent un risque d'augmentation variant entre 8,6 et 13,5 fois le montant initial, selon que l'on se place dans la partie basse ou moyenne de l'échelle. Ce risque d'augmentation reste important même en faisant abstraction de la décision relative au secteur de la téléphonie mobile, qui représente à elle seule 25 % des sanctions prononcées au cours des cinq dernières années, puisque dans ce cas, le risque d'augmentation des amendes est de 105 % en hypothèse basse et de 277 % en hypothèse moyenne¹⁸.
84. Les simulations révèlent un risque d'augmentation des sanctions aussi bien pour les grandes entreprises que pour les PME ou TPE. En outre, il apparaît que ce risque est particulièrement élevé pour les entreprises "mono-produit" et les entreprises fortement spécialisées sur un produit. En conséquence, le plafond légal, peu utilisé à l'heure actuelle, pourrait être amené à jouer fréquemment.
85. L'APDC rappelle que le Rapport Folz avait proposé de limiter le plafond à 15 % des ventes. Or le Projet de Communiqué double purement et simplement ce plafond, sans que l'on comprenne les raisons précises d'une telle distanciation radicale. Le fait que le Rapport Folz excluait le dommage à l'économie, relégué à l'état de simple élément correctif, ne saurait expliquer un tel écart, d'autant plus que selon le Rapport Folz, cet élément correctif pouvait intervenir à la hausse comme à la baisse¹⁹.
86. Enfin, la comparaison avec les Lignes directrices communautaires n'est pas pertinente, dans la mesure notamment où les critères légaux de détermination du montant des sanctions sont différents dans les ordres juridiques français et communautaire. Au surplus, la Commission européenne semble bien

¹⁶ Résolution du Parlement européen INI/2010/2137 du 20 janvier 2011 sur le rapport sur la politique de concurrence 2009.

¹⁷ Voir Tableau récapitulatif des simulations de sanctions opérées sur le fondement de la méthodologie préconisée dans le Projet de Communiqué (**Annexe 1**)

¹⁸ L'échantillon est représentatif, car constitué d'affaires importantes et de pratiques mineures, étant précisé qu'un grand nombre de décisions hors échantillon sont inexploitablement en raison soit de l'absence d'indications relatives à la valeur des ventes, soit du fait que la pratique sanctionnée concerne un appel d'offres.

¹⁹ Rapport Folz du 20 septembre 2010 "*Le dommage à l'économie, qui est une notion spécifique au droit français, est un concept imprécis et très difficile à quantifier. Il ne devrait intervenir qu'au stade des pondérations, comme circonstance atténuante ou aggravante, dans les seuls cas où il peut être véritablement identifié*", p. 35.

consciente du caractère démesuré du plafond de 30 % des ventes, puisque, fort sagement et bien que certaines sanctions atteignent des montants extrêmement élevés, les montants de base retenus sont, en règle très générale, très éloignés du plafond de 30 % et plus proches semble-t-il des 15-20 %²⁰.

87. Le plafond de 30 % manque donc de réalité sinon de réalisme et, il n'apparaît pas opportun de donner une telle indication alors que le Projet de Communiqué cherche à traduire "*l'approche pratique suivie par l'Autorité (...)*" ou "*(...) synthétise les principaux aspects de la pratique décisionnelle de l'Autorité (...)*" (§ 6). Une approche plus réaliste du plafond serait d'autant plus opportune qu'elle laisserait ouverte la possibilité d'évolutions ou modifications ultérieures (Projet de Communiqué, § 8).

(ii) **Echelle spécifique de 15 à 30 %**

88. Le Projet de Communiqué prévoit, en son paragraphe 35, **un seuil minimal de 15% pour les infractions les plus graves** au droit de la concurrence qui sont, si l'on comprend bien, visées expressément et limitativement, point qu'il serait utile de préciser.
89. Sur le plan des principes, et ainsi qu'évoqué en introduction des présentes Observations (§§ 35 et suivants), l'introduction d'un tel seuil semble contraire aux principes édictés à l'article L.464-2 du code de commerce. Comme tel, il est contreproductif et source d'insécurité juridique, d'autant que le nouveau seuil risque d'entraîner une inflation significative du montant des amendes. Dans ces conditions, le nouveau seuil de 15% devrait être supprimé ou, à tout le moins, sensiblement réduit, et accompagné de garde-fous permettant d'assurer une réelle égalité dans la prise en compte des critères de l'article L.464-2 du code de commerce.

⇒ **Contrariété du seuil de 15 % à l'article L.464-2 du code de commerce**

90. L'introduction d'un seuil "plancher" de 15% pour les infractions les plus graves au droit de la concurrence semble tout d'abord contraire à l'article L.464-2, paragraphe I, alinéa 3 du code de commerce, qui impose la prise en compte au cas par cas de quatre critères d'importance égale, pour le calcul de la sanction pécuniaire : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et l'éventuelle réitération des pratiques.

²⁰ A titre d'exemple : le pourcentage retenu était de 15% dans les décisions *Gaz* (39.401, 8 juillet 2009, point 365) et *Bananes* (39.188, 15 octobre 2008, point 460), de 19% dans la décision *Chlorate de sodium* (38.695, 11 juin 2008, point 521) ; il était de 18% dans la décision *Verre Plat* (39.165, 28 novembre 2007, point 482) comme dans la décision *Bandes vidéo professionnelles* (38.432, 20 novembre 2007, point 215) ; il était de 16% dans les décisions *Verre automobile* (39.125, 12 novembre 2008, point 678), *Transformateurs d'énergie* (39.129, 7 octobre 2009, point 247), et *Caoutchouc butadiène-nitrile* (38.628, 23 octobre 2008, point 175) ; il était de 17% dans les décisions *Services de déménagement internationaux* (38.543, 11 mars 2008, point 543) et *Carbure de calcium* (39.396, 22 juillet 2009, point 10 du résumé de la décision publié au JO C 301 du 11 décembre 2009, p.18) ; il était enfin compris entre 20% et 18% selon les entreprises dans la décision *Stabilisants thermiques*, (38.589, 11 novembre 2009, points 708-709).

91. A cet égard, admettre l'application d'un seuil "plancher" de 15% par hypothèse en considération de la seule gravité des pratiques, emporterait les conséquences suivantes :
- tout d'abord, l'Autorité de la concurrence méconnaîtrait sa volonté affirmée, conformément aux exigences de la loi, de ne pas se fonder sur un "barème mécanique" (Projet de Communiqué, § 15) ;
 - par ailleurs, du fait de l'établissement d'un seuil en fonction de la gravité des pratiques, les trois autres critères prévus à l'article L.462-4 du code de commerce sont en pratique relégués à un rôle résiduel dans le cas des infractions les plus sérieuses au droit de la concurrence. Cela est vrai, en particulier, pour le critère du dommage à l'économie ;
 - le seuil de 15% prévu dans le Projet de Communiqué a pour conséquence concrète que le critère du "dommage à l'économie" se trouve, *de facto*, absorbé par celui tiré de la gravité des pratiques. Cela a également pour conséquence pratique que le critère du dommage causé à l'économie passe dans les faits du statut de critère légal de fixation du montant des sanctions, d'importance égale à celui de la gravité, à celui de "circonstance aggravante" venant, le cas échéant, justifier une augmentation supplémentaire de l'amende au-delà du seuil de 15%. Or il a été rappelé que dans le Rapport Folz, cette circonstance pouvait jouer dans les deux sens.
92. Cette primauté, qui serait ainsi donnée *de facto* au critère de la gravité des pratiques semble *contra legem* dès lors que rien dans la rédaction de l'article L.462-4 du code de commerce ne permet de la justifier.
93. Au-delà, elle est également contraire à la lettre du Projet de Communiqué lui-même, qui pose comme principe que le montant de base de l'amende est déterminé en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage à l'économie. Cette contradiction ne saurait en tout état de cause être évitée en considérant que la gravité particulière de la pratique permet de présumer l'existence d'un dommage à l'économie, la Cour de cassation, comme on l'a vu et comme le rappelle le Projet de Communiqué lui-même (§24), ayant rappelé que le dommage à l'économie ne saurait être présumé et doit être démontré *in concreto* en tenant compte des caractéristiques et de la dynamique propre du marché en cause²¹.
94. Par ailleurs, l'introduction d'un seuil "plancher" de 15% s'accorde mal avec l'esprit de l'alinéa 4 de l'article L.464-2 du code de commerce aux termes duquel le montant de la sanction imposée par l'Autorité de la concurrence ne peut dépasser "*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*

²¹ Com 7 avril 2010, Pourvois, n°09-12.984.

duquel les pratiques ont été mises en œuvre". Dans le cas, en effet, d'une entreprise "mono-produit" agissant essentiellement en France, l'application automatique du seuil de 15% pourrait aboutir à des situations où le montant de base serait sensiblement supérieur au plafond légal. L'Autorité de la concurrence serait alors en pratique le plus souvent conduite à réduire fortement le montant de la sanction et ce même en l'absence de toute circonstance atténuante et même si le dommage causé à l'économie était significatif.

95. Trois remarques au moins peuvent être formulées à ce titre :

- Tout d'abord, un tel scénario serait de nature à jeter le discrédit sur la politique de sanction de l'Autorité de la concurrence et à atténuer la transparence et la lisibilité de la méthodologie du calcul des amendes, que le Projet de Communiqué s'emploie pourtant à accroître.
- Au delà, la possibilité même qu'un tel cas de figure puisse survenir montre à elle seule combien concrètement l'introduction d'un seuil de 15% cadre mal avec l'architecture et l'équilibre global de l'article L.464-2 du code de commerce.
- Enfin, l'objectif poursuivi par l'adoption du Communiqué n'est pas d'augmenter les amendes prononcées mais bien d'établir un certain degré de transparence et de sécurité juridique au bénéfice des entreprises. Or en l'état, le risque d'inflation est manifeste.

⇒ **Un risque d'inflation significative du montant des amendes**

96. Outre l'incompatibilité d'un seuil "plancher" au regard des critères posés par l'article L.464-2 du code de commerce, cette mesure est également de nature à augmenter de manière significative le montant des sanctions prononcées jusqu'ici par l'Autorité de la concurrence.

97. A titre d'exemple, dans l'affaire de la "téléphonie mobile", l'application du simple seuil de 15% aurait eu pour conséquence, pour l'infraction d'entente horizontale de répartition du marché, de multiplier par plus de 800% le montant de la sanction²², soit 3.5 milliards d'euros au lieu de 442 millions d'euros.

98. Une telle différence témoigne de la disproportion manifeste qu'entraînerait la mise en place d'un seuil "plancher" de 15% pour les infractions considérées comme les plus graves.

99. En conclusion, l'APDC sollicite la suppression pure et simple de ce seuil de 15%, qui est en contradiction manifeste avec la lettre et l'esprit de l'article L.464-2 du code de commerce et avec le souci du Projet de Communiqué d'éviter tout "barème mécanique".

²² En comptant l'incidence de la durée, qui s'ajoute au seuil de 15 % (voir ci-après).

C. La prise en compte de la durée comme facteur de modulation du montant de base

100. Le Projet de Communiqué propose, pour les infractions d'une durée supérieure à une année, de prendre leur durée en considération en appliquant la proportion retenue au montant résultant de la valeur totale des ventes réalisées pendant "l'année de référence" pour la première année de commission de l'infraction et à la moitié de cette valeur pour chacune des autres années **(i)**, ce qui pose la question de la représentativité de l'"année de référence" **(ii)**. Le Projet de Communiqué soulève également, à travers l'appréhension de la notion d'infraction continue la question de la prescription **(iii)** et prévoit enfin des modalités discutables de traitement pour, respectivement, les périodes de moins d'un semestre, et de plus de six mois **(iv)**.
101. S'agissant du coefficient de 50%, l'APDC observe qu'il est nettement en retrait par rapport à celui prévu par les Lignes directrices de la Commission européenne. Cependant, au vu des différences législatives, ce constat ne peut suffire à considérer que le coefficient de 50% serait, de ce seul fait, acceptable. Il est en effet susceptible, pour les pratiques d'une certaine durée, de surestimer l'élément "durée" par rapport à la gravité de l'infraction et au dommage causé à l'économie, et de conduire finalement à un "barème essentiellement mécanique". L'application de ce système doit, pour respecter l'exigence de proportionnalité, tenir compte en particulier des variations des effets concrets des pratiques dans la durée, la stabilité parfaite sur la durée d'une entente horizontale ou verticale étant dans les faits souvent démentie.
102. Surtout, puisque désormais l'élément durée est un critère à part entière dont le Projet de Communiqué propose de tenir compte pour la détermination du montant de la sanction, il faudra veiller à ce qu'il n'en soit pas déjà tenu compte dans l'appréciation de la gravité et/ou du dommage causé à l'économie, ainsi que c'est le cas aujourd'hui.
103. En outre, l'on doit rappeler la question de la "représentativité" de l'année de référence (voir *supra*). Un choix non pertinent verrait ses effets fâcheux démultipliés mécaniquement par l'application du coefficient lié à la durée.
104. Par ailleurs, le Projet de Communiqué n'aborde que de manière elliptique la question de la durée de l'infraction sanctionnée, s'agissant tant de la gravité que du dommage causé à l'économie. Notamment, bien que la "durée" de l'infraction ait, selon le mécanisme retenu par le Projet de Communiqué, un impact direct sur le montant des amendes infligées, rien n'est indiqué s'agissant de la qualification des pratiques en pratiques instantanées ou continues, et sur l'application de la prescription pouvant venir limiter la durée des infractions constatées.
105. La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence semble indiquer que, dès lors qu'une entente entre plusieurs entreprises s'est déroulée pendant de nombreuses années, le réflexe est de considérer

que l'on est forcément en présence d'une infraction continue, sans qu'il y ait matière à débattre sur ce point. Aussi bien, la prescription ne commencerait à courir qu'à compter de la cessation de l'entente.

106. Or, autant la question peut se discuter en matière d'abus de position dominante, où la situation cesse d'être "consommée" quand il n'y a plus d'abus ou quand le dernier acte d'exécution de l'accord est accompli²³, autant, s'agissant d'ententes, la même solution ne saurait être admise au motif que le caractère continu s'inférerait nécessairement de la durée de l'entente en question. Il convient en effet de s'attacher non pas aux résultats des ententes sanctionnées, qui peuvent se prolonger dans le temps, mais aux actes d'entente en eux-mêmes, en prenant en compte la définition légale de l'infraction.
107. A cet égard, le texte de l'article L.420-1 du code de commerce prohibe les "conventions, ententes expresses ou tacites" ou les actions concertées qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, sans mention de durée (à la différence, par exemple de ce que prévoit la loi en matière de recel par la détention d'un bien). Il peut donc y avoir, selon les cas de figure, autant d'infractions que d'opérations pour lesquelles certaines entreprises, mais pas d'autres, se sont concertées, nécessitant donc une application propre à chaque infraction et à chaque entreprise des règles de prescription.
108. Le Projet de Communiqué pourrait donc utilement rappeler ce point.
109. Enfin, sur la "semestrialisation", l'Autorité de la concurrence propose d'appliquer, s'agissant de la durée, un mécanisme d'arrondi semblable à celui retenu par la Commission européenne. Le Projet de Communiqué énonce en effet que *"les périodes de moins d'un semestre seront comptées comme une demie année ; les périodes de plus de six mois mais de moins d'un an seront comptées comme une année complète"*. Ainsi, la méthode proposée par l'Autorité de la concurrence repose sur le principe selon lequel chaque semestre entamé est pris en compte dans sa globalité aux fins du calcul de l'amende.
110. L'APDC considère que cette "semestrialisation" ou cet "arrondissement" de la durée de participation individuelle d'une entreprise doit être écartée au profit d'une prise en compte de la durée exacte (au jour près) de la participation à l'infraction. La solution proposée suscite en effet des interrogations au regard de la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne (le "TUE") et, en outre, semble en contrariété avec les principes de proportionnalité, d'égalité de traitement, de présomption d'innocence et d'individualisation, sans être par ailleurs objectivement justifiée.

²³ Crim. 19 mars 2008, D. 2008, 1138, note Chevrier.

111. Tout d'abord, l'APDC considère que la méthode proposée par l'Autorité de la concurrence va à l'encontre du raisonnement adopté par le TUE dans son arrêt BASF du 12 décembre 2007²⁴, dans lequel celui-ci a censuré une méthodologie similaire. Cette affaire concernait l'application des lignes directrices de la Commission européenne de 1998 sur le calcul de l'amende, qui prévoyaient la possibilité pour la Commission européenne d'augmenter le montant de base de l'amende de 10% pour chaque année de participation complète à l'infraction et de 5% pour chaque période supplémentaire de six mois révolue, mais inférieure à un an. En application de cette méthode, BASF, qui avait participé à l'infraction pendant trois ans et dix mois, s'était vue appliquer une majoration de 35% (soit 30% pour les trois années complètes et 5% au titre des dix derniers mois de participation).
112. Dans son arrêt, le TUE s'est clairement prononcé en faveur d'un ajustement de l'amende à la durée effective de participation et a dénoncé les disparités qui résulteraient d'une approche consistant à arrondir mécaniquement la durée sur une base semestrielle. En effet, le TUE a jugé que la méthode de "semestrialisation" appliquée par la Commission européenne était "*susceptible de donner lieu à des disparités considérables entre les requérantes*" et qu'en l'espèce cela revenait, pour l'entreprise, "*à faire abstraction des quatre mois supplémentaires*"²⁵. Le Tribunal a donc censuré la Commission européenne et a recalculé le montant de l'amende "*d'une manière qui reflète la durée exacte de [la] participation*" (soulignement ajouté par nos soins) de l'entreprise.
113. S'il est vrai que la censure du TUE portait sur une méthode de "semestrialisation" "à la baisse", les objections soulevées par le TUE dans ce cas de figure sont non seulement transposables mais encore d'autant plus fondées dans l'hypothèse d'une "semestrialisation" "à la hausse". En effet, une entreprise ayant participé à une infraction un seul jour peut se voir sanctionner de la même manière qu'une entreprise qui a participé pendant six mois complets à une infraction.
114. La solution proposée semble par ailleurs en contrariété avec les principes de proportionnalité, d'égalité de traitement, de présomption d'innocence et d'individualisation.
- En premier lieu, la marge d'appréciation dont bénéficie l'Autorité de la concurrence est limitée par le respect du principe de proportionnalité²⁶.

Or l'APDC considère que la méthode de calcul proposée par le Projet de Communiqué est de nature à aboutir à des résultats manifestement disproportionnés. En effet, l'application de cette méthode conduirait l'Autorité de la concurrence à retenir une période disproportionnée par

²⁴ TUE, 12 décembre 2007, BASF et UCB/Commission, T-101/05 et T-111/05, Rec. p. II-4949.

²⁵ Idem, point 219.

²⁶ Article L. 464-2 du Code de commerce.

rapport à la durée exacte de participation à l'infraction puisque'il suffit qu'une infraction se soit étendue jusqu'au premier jour d'un semestre pour que la période retenue aux fins du calcul de l'amende soit ipso facto portée à six mois.

- En deuxième lieu, la "semestrialisation" de la durée de référence semble contraire au principe d'égalité de traitement, qui est considéré comme méconnu lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié.

Or l'APDC considère que la méthode proposée conduit à traiter de manière équivalente des entreprises qui sont dans des situations différentes. En effet, quelle que soit la durée exacte pendant laquelle une entreprise a participé à une infraction entre un jour et six mois, il résulte du Projet de Communiqué que l'Autorité de la concurrence considérera pour le calcul de l'amende que toutes les entreprises qui ont participé à une infraction au moins une journée dans un semestre doivent être considérées comme ayant participé six mois à l'infraction. Cette méthode est donc de nature à créer des inégalités de traitement entre les entreprises.

- En troisième lieu, l'APDC considère que la méthode proposée est de nature à méconnaître le principe de présomption d'innocence dans la mesure où elle conduit à sanctionner une entreprise pour une période pendant laquelle aucune infraction au droit de la concurrence ne lui est reprochée. A cet égard, l'APDC considère que, de même que le principe de présomption d'innocence interdit à l'Autorité de la concurrence de constater une infraction pour une période où elle ne dispose d'aucune preuve, ce principe lui interdit également de prononcer une sanction pour cette même période.

Enfin, cette méthode d'évaluation forfaitaire de la durée paraît également contraire à l'exigence législative d'individualisation des sanctions puisqu'elle conduit à créer une catégorie (d'une période de 6 mois) indistinctement applicable à des entreprises susceptibles de se trouver dans des situations différentes.

115. La méthode proposée ne paraît au surplus justifiée par aucune raison objective.
116. L'APDC ne voit pas, si ce n'est la volonté d'accentuer artificiellement la durée de participation à l'infraction afin d'alourdir indûment le montant de l'amende, quelle justification objective permettrait d'écarter un calcul plus affiné de la durée de participation d'une entreprise à l'infraction.
117. En effet, un calcul précis n'est absolument pas impossible en pratique. Dans la mesure où, par hypothèse, l'Autorité de la concurrence dispose de données suffisamment précises sur la durée de participation des entreprises (date de début et de fin de la participation à l'infraction), elle est en

mesure, en toute logique, de calculer l'amende d'une manière qui reflète la durée exacte de cette participation au jour près.

2. L'appréciation portée sur la gravité des faits et sur l'importance du dommage à l'économie

A. La gravité des faits (Projet de Communiqué, §§ 21 et 22)

118. La liste des éléments énoncés au § 22 du Projet de Communiqué appelle de la part de l'APDC les observations suivantes.
119. S'agissant, tout d'abord, de la distinction opérée par le Projet de Communiqué entre "*accord horizontal, accord vertical, abus de position dominante, etc.*" (§ 22), il sera observé que chacune de ces catégories recouvre des pratiques qui peuvent être très différentes les unes des autres quant à leur gravité, la pratique de l'Autorité de la concurrence ayant par exemple précisé que certains "accords horizontaux" peuvent être moins graves que d'autres²⁷. Il en est de même pour les accords verticaux, ou, *a fortiori*, les "*abus de position dominante*", catégorie comprenant des pratiques de toute nature (abus d'exclusion, d'exploitation...). Par ailleurs, L'APDC s'interroge sur les pratiques recouvertes par le "*etc.*" qui suit l'énoncé des trois types de pratiques susmentionnées. S'agit-il des "*pratiques concertées*" ou "*ententes tacites*" dont la gravité par nature se distinguerait de celle des "*accords horizontaux ou verticaux*"? L'APDC considère qu'il conviendrait de préciser ce point.
120. Ensuite, de manière générale tant le principe de proportionnalité, fondamental en la matière selon l'article L.464-2 du code de commerce, que le caractère distinct des deux critères de "*gravité*" et de "*dommage causé à l'économie*", interdisent en principe qu'un même élément soit pris en considération deux fois, dans l'appréciation de chacun de ces deux critères. A fortiori s'opposent-ils également à ce qu'un même élément soit pris en compte au stade de l'appréciation d'un de ces critères, puis en tant que circonstance aggravante.
121. Ainsi, l'élément de gravité attaché à la "*nature des personnes susceptibles d'être directement ou indirectement affectées (...)*" (Projet de Communiqué, § 22) vise spécifiquement "*les consommateurs (...)* captifs", alors que cette dernière catégorie se retrouve nécessairement dans l'appréciation de l'"*l'élasticité prix de la demande*", au titre de l'appréciation du dommage à l'économie (Projet de Communiqué, § 26). De même, s'agissant de la "*nature des activités*" également pertinente pour apprécier la gravité des pratiques (Projet de Communiqué, § 22), il est fait référence à l'hypothèse d'un "*(...) secteur ouvert depuis peu à la concurrence*" alors que, dans la section du Projet de Communiqué relative aux circonstances aggravantes, est aussi mentionnée la "*situation d'ancien*

²⁷ Voir par exemple pour les simples échanges d'informations, Décision 05-D-65, Téléphone mobile, § 333.

monopole ou d'opérateur historique" (§ 40), élément dont l'APDC conteste par ailleurs qu'il puisse être pris en compte en tant que circonstance aggravante.

122. L'APDC demande donc que, pour respecter le principe intangible de la proportionnalité de la sanction, de tels doublons soient évités et qu'un même élément ne soit pas retenu à la fois au titre de la "gravité" et du "dommage à l'économie" ni surtout ensuite, au titre des "circonstances aggravantes".
123. Enfin, le Projet de Communiqué se réfère, s'agissant de la gravité, à la "*nature des personnes susceptibles d'être directement ou indirectement affectées (...)*" (Projet de Communiqué, § 22). La référence ainsi faite à une affectation éventuelle ("*susceptibles*"(...)) et, qui plus est, indirecte, apparaît beaucoup trop imprécise et incertaine. D'une part, l'on ne comprendrait pas qu'une telle affectation soit retenue en tant qu'élément de gravité alors qu'en pratique, il ne serait pas établi que la pratique a eu un effet. D'autre part, la notion d'appréciation "indirecte" est trop floue et mérite d'être précisée. Un problème identique se pose concernant la notion de ventes de produits ou services "en relation directe ou indirecte" avec l'infraction (cf infra).

B. L'importance du dommage causé à l'économie (Projet de Communiqué, §§ 23 à 26)

124. L'APDC admet que, conformément à la jurisprudence la mieux établie, le "*dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction*" (Projet de Communiqué § 23). Mais, dans la mesure où, selon le Projet de Communiqué, et conformément au Rapport Folz-, le dommage causé à l'économie comprend notamment le "*transfert et la perte de bien être (...) des consommateurs*", l'Autorité de la concurrence devrait logiquement, pour apprécier ledit dommage, tenir compte le cas échéant du fait que le préjudice subi par les victimes et/ou les consommateurs a été réparé ou que l'entreprise s'y est engagée ou a été condamnée à le faire. Même si la sanction n'a pas de fin réparatrice, l'exigence de la prise en considération du "dommage causé à l'économie", comprenant celui éventuellement causé au consommateur, impose de tenir compte du fait que le dommage causé au consommateur a été réparé et a donc disparu en tout ou partie.
125. Le Projet de Communiqué rappelle à bon droit que, conformément à la jurisprudence²⁸, "*le dommage à l'économie ne se présume pas*" (§ 24). Mais la conséquence de ce principe ne peut seulement être que l'"*Autorité en apprécie l'importance de manière "objective"*" (on devrait ajouter "concrète"). L'exigence jurisprudentielle va bien au-delà. Il revient en effet à l'Autorité de la concurrence d'apporter à la fois la preuve de l'existence du dommage mais aussi celle de son "importance". A ce titre, elle ne peut pas se borner à attendre la démonstration contraire des entreprises ni à répondre à leurs analyses, notamment économiques, sauf à renverser la charge de la preuve. Cette pratique n'est

²⁸ Cass, Com, 7 avril 2010, Pourvoi n°09-12-984.

plus de mise depuis qu'il n'existe plus de présomption de dommage causé à l'économie du fait du caractère anticoncurrentiel de la pratique. Au surplus, un tel renversement de la charge de la preuve méconnaîtrait les droits de la défense et l'obligation de motivation, renforcés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁹, et introduirait d'ailleurs une distorsion entre les entreprises qui disposent de moyens pour financer des études économiques détaillées et les autres.

126. L'Autorité de la concurrence dispose en revanche d'un service économique rattaché aux services de l'instruction et qui fait preuve, notamment dans le domaine des concentrations mais aussi dans celui du contentieux, de ses grandes compétences et aptitudes à traiter les questions économiques les plus délicates.
127. L'abandon de la "présomption" de l'existence d'un dommage à l'économie à partir de la simple qualification d'une pratique anticoncurrentielle a un autre effet important : la déconnexion nécessaire de l'"atteinte à la concurrence" retenue pour la qualification de l'infraction, par rapport au "*dommage causé à l'économie*". Quel que soit le caractère anticoncurrentiel (élément qui intervient en revanche pour la "*gravité*"), il faut désormais que l'Autorité de la concurrence établisse le dommage à l'économie effectivement causé et, surtout, en apprécie l'"importance", là encore *in concreto*.
128. L'APDC considère donc qu'il ne serait pas conforme à l'article L.464-2 du code de commerce ni à la jurisprudence précitée de privilégier des "éléments qualitatifs" au détriment d'éléments de nature quantitative.
129. Tout d'abord, le Projet de Communiqué rappelle à juste titre que l'Autorité de la concurrence doit tenir compte de "*l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce (...)*" (§ 24). Ceci inclut nécessairement des éléments qualitatifs mais aussi quantitatifs, si ces derniers, comme les premiers, sont "pertinents" pour le cas d'espèce. Les discussions d'ordre économique qui ont eu lieu devant l'Autorité de la concurrence dans des affaires récentes³⁰ montrent bien que de telles appréciations quantitatives peuvent évidemment être "pertinentes" pour l'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie.
130. Le Projet de Communiqué croit pouvoir atténuer l'affirmation précitée sur la prise en compte des éléments pertinents en précisant "(...) *sans devoir le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel*". A la lettre, cela est vrai, car si l'Autorité de la concurrence devait procéder comme en

²⁹ Voir plus particulièrement l'article 41§2 de la Charte, prévoyant "l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions", et l'article 48§2 édictant que "le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé".

³⁰ Décision de l'Autorité de la concurrence 09-D-05 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire ; décision de l'Autorité de la concurrence 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis à l'encaissement.

matière civile, elle devrait chiffrer précisément le dommage. Pour autant, cela ne signifie pas qu'elle puisse se dispenser de tout chiffrage sérieux, même approximatif. On rappelle que la jurisprudence énonce seulement que l'Autorité de la concurrence "(...) *n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie*"³¹. Le juge admet simplement que l'appréciation de l'"importance" du dommage causé à l'économie n'exige pas un chiffrage au centime d'euro près. Cependant, pour approximatif qu'il soit, le chiffrage effectué par l'Autorité de la concurrence ne peut se borner à consister en une estimation large, voire une fourchette allant parfois du simple au double³² et pouvant concerner des montants considérables en valeur absolue³³.

131. Dans ces conditions, une telle exigence de chiffrage sérieux, bien qu'approximatif, n'autorise donc pas à privilégier les éléments qualitatifs au détriment des éléments quantitatifs. Ainsi l'affirmation du Projet de Communiqué selon laquelle l'Autorité de la concurrence prend en considération "(...) généralement les éléments de nature qualitative", alors que les éléments de nature quantitative "peuvent" seulement être retenus (§ 24) ne saurait satisfaire l'obligation de tenir compte de tous les éléments pertinents.
132. Sans doute (à l'impossible nul n'est tenu) l'APDC admet-elle que les éléments quantitatifs ne sont exploitables que s'"ils sont disponibles et fiables" (Projet de Communiqué, § 24). Cependant, compte-tenu de la charge de la preuve pesant sur l'Autorité de la concurrence, il appartient aux services d'instruction de demander et si nécessaire, d'exiger la production de tels éléments, comme ils le font régulièrement pour un certain nombre d'éléments d'ordre économique ou financier, aussi bien en contentieux que dans le cadre du contrôle des concentrations.
133. De plus, la distinction entre éléments qualitatifs et quantitatifs est des plus floues. L'appréciation de l'"importance" du dommage semble résulter d'une appréciation *in fine* "qualitative", selon que le dommage est "important", "peu important", "minime", etc.
134. Mais cette conclusion, par nature approximative, car fondée essentiellement sur des éléments "qualitatifs", ne saurait suffire: ainsi, comment apprécier concrètement l'importance du "transfert" ou de la perte de bien être des consommateurs, sans une approche quantitative de ce "transfert", même si l'on n'aboutit pas à un chiffrage précis ?

³¹ C'est ce que l'Autorité de la concurrence rappelle elle-même dans sa décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 (§ 649) déjà citée, se référant à une jurisprudence abondante.

³² Par exemple la décision 10-D-39 du 22 décembre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale dans laquelle l'Autorité de la concurrence relève que le surprix est "*vraisemblablement compris dans un ordre de grandeur de 5 à 10% a minima* (...) [conduisant à ce que le dommage à l'économie] *s'exprime nécessairement en dizaines de millions d'euros*" (§ 374).

³³ Voir par exemple la décision 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, qui identifie un prélèvement sur les entreprises clientes compris "entre 360 et 720 millions d'euros" (§ 404).

135. Par ailleurs, la Cour de cassation, en imposant à l'Autorité de la concurrence de prendre en considération la sensibilité au prix de la demande, a clairement tracé la voie : l'appréciation quantitative du dommage à l'économie ne peut pas être évitée, sous peine de vider de sens l'exigence de la Cour suprême.
136. En outre, procéder à une quantification l'importance du dommage causé à l'économie, ne serait-ce que dans l'optique de faire apparaître un "ordre de grandeur"³⁴, est le moyen le plus approprié pour éviter de prendre en compte deux fois les mêmes éléments qualitatifs, d'une part au titre dudit dommage, d'autre part au titre de la gravité, ce critère étant nécessairement "qualitatif". Surtout, cela permet de donner au critère du dommage à l'économie sa spécificité par rapport à la gravité de l'atteinte à la concurrence, conséquence de la jurisprudence Orange précitée, qui a exclu toute présomption de dommage tiré du caractère anticoncurrentiel de la pratique.
137. Enfin, la dernière phrase du paragraphe 24 pourrait suggérer que l'analyse contrefactuelle ne serait pas importante pour l'évaluation du dommage à l'économie compte tenu de son caractère "nécessairement hypothétique" : le Projet de Communiqué précise en effet que "*l'Autorité ne procède cependant pas à une reconstitution, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence de l'infraction*".
138. Or une telle position de principe ne peut être comprise en l'état du droit et de la science économique.
139. Tout d'abord, la méthode consistant à évaluer le dommage en comparant les prix réellement pratiqués à ceux qui auraient pu exister en l'absence d'entente (méthode "*but for*") est l'une des méthodes couramment préconisées pour la quantification des conséquences dommageables d'une pratique anticoncurrentielle³⁵. En particulier, il peut être tenu compte du "surprix" ou de l'"absence d'une baisse de prix", deux notions auxquelles se réfère le Projet de Communiqué (§ 26). Sans doute cette méthode n'est-elle pas la seule, mais il est regrettable que par principe, l'Autorité de la concurrence s'interdise d'y recourir alors qu'elle paraît pouvoir être pertinente dans certains cas.
140. A cet égard, on peut craindre que le rejet systématique de cette méthode ne soit ici encore que la conséquence de la priorité donnée aux éléments "qualitatifs" au détriment de ceux de nature "quantitative".

³⁴ Paris, 19 janvier 2010, p. 31.

³⁵ Voir en dernier lieu, D. Sevy, *L'évaluation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, Concurrences n° 4-2010, e-competition.

141. Ensuite, le Projet de Communiqué se réfère à plusieurs reprises à l'"ampleur économique de l'infraction" (§§ 19, 33...). Les éléments économiques quantitatifs sont donc d'une pertinence particulière³⁶.
142. Enfin, l'APDC entend relever la référence aux "(...) conséquences" conjoncturelles, structurelles ou encore à l' "incidence plus générale sur l'économie" (Projet de Communiqué, § 26) qui paraissent en tout état de cause exiger une appréciation concrète des effets de la pratique, qui peut difficilement être menée valablement en se bornant essentiellement ou "généralement" à de simples éléments "qualitatifs".

III. ELEMENTS D'INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION

143. Aux termes de l'article L464-2 du Code de commerce,

"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 individuellement³⁷ 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 (...)".

144. Cette troisième partie s'intéressera principalement aux développements du Projet de Communiqué relatifs :
- aux circonstances atténuantes ou aggravantes **(1.)** ;
 - aux "autres éléments d'individualisation", qui concernent la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné **(2.)** ;
 - à la réitération **(3.)** ;
 - et aux "ajustements finaux" évoqués par le Projet de Communiqué **(4.)**,

³⁶ Selon E Combe, "*la notion de dommage peut présenter à l'évidence une dimension quantifiable et à ce titre intéresser directement l'économiste...*", Concurrences, n° 4-2010, e-competition.

³⁷ Souligné par nos soins.

en commentant les éléments retenus par le Projet de Communiqué et en évoquant également d'autres éléments qui, de l'avis de l'APDC, devraient être pris en compte par l'Autorité de la concurrence dans sa tâche d'individualisation des sanctions.

1. Les circonstances atténuantes ou aggravantes

145. A titre liminaire, l'APDC rappelle, comme précédemment évoqué dans le cadre de ses observations relatives à la détermination du montant de base de l'amende, qu'un même élément ne devrait pas être pris en compte plusieurs fois dans l'individualisation de la sanction et, plus particulièrement, au titre des circonstances aggravantes.

A. Les circonstances atténuantes

146. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 39) :

"Les circonstances atténuantes en considération desquelles l'Autorité peut réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que :

– l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause ;

– l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a été contraint à participer à l'infraction ;

– l'infraction a été autorisée ou encouragée par les autorités publiques".

147. L'APDC relève que le Projet de Communiqué ne mentionne pas plusieurs cas de circonstances atténuantes qui, cependant, devraient être prises en compte par l'Autorité de la concurrence dans la fixation des sanctions, ainsi que le préconisait le Rapport Folz (pp. 34-35).

148. Ainsi en va-t-il tout d'abord de la possible prise en compte des indemnisations des victimes et des sanctions individuelles comme facteurs minorants des sanctions prononcées ainsi que de la situation économique et financière de l'entreprise, que le Rapport Folz mentionnait comme possible circonstance atténuante (p. 34) et que le Projet de Communiqué traite de manière indépendante (cf. infra).

149. Par ailleurs, le comportement adopté par l'entreprise lors de l'enquête, et en particulier la cessation immédiate des pratiques qui lui sont reprochées, après leur découverte par les autorités de concurrence n'est pas non plus pris en considération par le Projet de Communiqué. L'APDC relève en effet que l'Autorité de la concurrence ne liste pas la coopération, et particulièrement l'arrêt de l'infraction dès son intervention ou dans certaines circonstances spécifiques, comme une circonstance atténuante,

comme le font pourtant la Commission européenne, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni (cf. Annexe 2).

Cependant, il convient de préciser que la clémence ne concerne que les cas d'ententes (les infractions aux articles L. 420-1 de Code de commerce et 101 TFUE le cas échéant). Dès lors, la coopération effective en matière d'abus de position dominante n'est pas un facteur permettant de diminuer la sanction, ce qui est manifestement contre productif.

150. Enfin, l'effet d'exemplarité ou de notoriété, qui est pris en compte comme circonstance aggravante (cf. infra), mais dont les aspects positifs ne sont pas retenus au titre des circonstances atténuantes, et notamment – hors toute procédure de clémence ou de non-contestation des griefs, dont l'effet sur les sanctions doit être appréhendé séparément des questions d'individualisation – le comportement postérieur de l'entreprise tel que la compensation spontanée du dommage causé ou la mise en œuvre de programmes de conformité.
151. Le Projet de Communiqué ne tient ainsi pas compte du fait qu'une entreprise importante ou un groupe peut mettre en place des mesures de respect du droit de la concurrence et des instructions claires de ne pas participer à des ententes (code de conduite, formations du personnel etc.). Il ne tient pas davantage compte de l'effet que peut avoir la mise en place immédiate et spontanée d'un programme de conformité par une société, le cas échéant suivie par une demande de clémence, sur l'attitude des autres entreprises mises en cause (lancement de programmes de conformité, recours à la procédure de non contestation des griefs etc.).
152. Sur ce dernier point, l'APDC relève que l'Autorité de la concurrence a annoncé (communiqué de presse du 17 janvier 2011) que la question des programmes de conformité feraient l'objet, une fois la présente consultation terminée, d'un communiqué de procédure distinct. Or ces questions sont en réalité indissociables, la mise en place de solutions de conformité devant être prise en compte par l'Autorité de la concurrence dès le stade de la fixation des sanctions.
153. L'APDC suggère en conséquence à l'Autorité de la concurrence d'adapter le Projet de Communiqué pour prendre en compte, à l'instar de nombreuses autres autorités de concurrence, la mise en œuvre par les entreprises de programmes de conformité. Ainsi :

- Au Royaume-Uni, l'*Office of Fair Trading* ("**OFT**"), conformément aux Lignes directrices sur les sanctions de 2000 puis 2004³⁸, se montre favorable à la prise en compte, dans la

³⁸ *OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty, 2004 : "The basic amount of the financial penalty (...) may be increased where there are other aggravating factors, or decreased where there are mitigating factors. (...) Mitigating factors include: (...) adequate steps having been taken with a view to ensuring compliance with Articles 81 and 82 and the Chapter I and Chapter II prohibitions".*

détermination de la sanction, de la mise en place de programmes de conformité après le démarrage de l'enquête.

Dans ses décisions CA98/03/2006³⁹, CA98/12/2002⁴⁰ et CA98/08/2004⁴¹, l'OFT a pris en compte, au titre des circonstances atténuantes, l'existence d'un programme de conformité mis en œuvre postérieurement à la réalisation de l'infraction mais après le démarrage de l'enquête, et ce alors même qu'il avait accordé, par ailleurs, le bénéfice de la clémence aux entreprises concernées.

- Aux Etats-Unis, le chapitre 8 des *Federal Sentencing Guidelines*⁴² prend clairement en compte les programmes de conformité, sous réserve de leur effectivité, dans la détermination du montant de la sanction.
- Au Canada, le Bulletin d'information sur "les programmes de conformité d'entreprises" prévoit, dans sa partie consacrée à la détermination de la peine, que "*la préexistence d'un programme crédible et efficace peut aider l'entreprise à établir des circonstances atténuantes, notamment que l'activité anticoncurrentielle est contraire à ses politiques ainsi qu'aux actions et aux déclarations de la haute direction, et que l'activité a pris fin dès que la haute direction en a eu connaissance. Selon le cas, la préexistence d'un programme crédible et efficace peut avoir pour effet d'atténuer les mesures correctives demandées par le commissaire. Par exemple, la sanction administrative pécuniaire ou les mesures correctives envisagées par le commissaire pourraient être atténuées dans un cas de pratiques commerciales trompeuses*"⁴³.

³⁹ Décision No. CA98/03/2006 *Price fixing and market sharing in stock check pads* en date du 31 mars 2006.

⁴⁰ Décision No. CA98/12/2002 *Price Fixing Agreements involving John Bruce (UK) Limited, Fleet Parts Limited and Truck and Trailer Components* en date du 13 mai 2002.

⁴¹ Decision No. CA98/08/2004 *Agreement between UOP Limited, UKae Limited, Thermoseal Supplies Ltd, Double Quick Supplyline Ltd and Double Glazing Supplies Ltd to fix and/or maintain prices for desiccant* en date du 8 novembre 2004.

⁴² *2010 Federal Sentencing Guidelines Manual*, disponible sur le lien : http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf.

⁴³ "*La détermination de la peine et les mesures correctives civiles*" in Partie 5, *Poids accordé à un programme de conformité d'entreprise*, voir le lien [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf/\\$FILE/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf/$FILE/CorporateCompliancePrograms-sept-2010-f.pdf). De même, dans son "Ebauche de bulletin d'information sur les recommandations relatives à la peine et à la clémence dans les affaires de cartel", le Bureau canadien de la concurrence envisage, au titre des circonstances atténuantes dans la détermination de la sanction, l'existence d'un programme de conformité: *Ebauche révisée du Bulletin d'information sur les recommandations relatives à la peine et à la clémence dans les affaires de cartel*, publié le 25 mars 2009 par le Bureau canadien de la concurrence. Est disponible sur le lien : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03027.html#17>.

- En Australie, l'existence de programmes de conformité est également prise en compte au titre des circonstances atténuantes⁴⁴. L'autorité australienne de concurrence (*Australian Competition & Consumer Commission*) a ainsi, dans plusieurs décisions⁴⁵, pris en considération des programmes de conformité dans la détermination de la sanction⁴⁶.
154. L'APDC constate d'ailleurs que la mise en œuvre des programmes de conformité est également fortement encouragée par l'Autorité de la concurrence elle-même, qui s'est jusqu'alors montrée favorable à la mise en place de tels programmes et a exprimé son souhait de développer "*une culture de conformité*"⁴⁷.
155. Le Président du Conseil de la concurrence, lors d'un colloque organisé le 15 septembre 2008, avait ainsi souligné que le "*Conseil de la concurrence croit profondément en la politique de conformité, et souhaite s'y investir*"⁴⁸ et précisé que le "*Conseil a déjà développé une pratique décisionnelle qui prend en compte les efforts réels des entreprises auprès de leurs salariés*"⁴⁹.
156. Il avait par ailleurs déjà en avril 2008 affirmé la valeur attachée par le Conseil de la concurrence aux programmes de conformité : "*je ne pense pas que le Conseil considère les engagements de "compliance" comme des engagements de "forme", en tout cas s'il faut entendre par là "de pure forme"; je suis au contraire tout à fait d'accord (...) pour récompenser à leur juste valeur des*

⁴⁴ Voir notamment le site de l'autorité de concurrence australienne : "*If the ACCC institutes proceedings, the verifiable presence of a compliance culture, as demonstrated by a substantial and successfully implemented compliance program, can be scrutinised by the courts when the quantum of penalty is determined*"., disponible sur le lien <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54418>

⁴⁵ Voir *Trade Practice Commission v. CSR Ltd* (1991) ATPR 41-076 en date du 20 décembre 1990, où pour la première fois la présence d'une culture de conformité est évoquée comme un facteur à prendre en compte au titre de la détermination de la sanction : "*Whether the company has a corporate culture conducive to compliance with the Act, as evidenced by educational programs and disciplinary or other corrective measures in response to an acknowledged contravention*". ; *NW Frozen Foods Proprietary Ltd v. Australian Competition & Consumer Commission* (1996) FCA 1134 du 20 décembre 1996, ACCC v. Rural Press Ltd (2001) FCA 1065 du 7 août 2001.

⁴⁶ Pour bénéficier de telles réductions, l'entreprise doit faire la preuve de l'efficacité de son programme mis en place avant ou immédiatement après la découverte de l'infraction. Christine Parker et Olivia Conolly, "*Is there a duty to implement a Corporate Compliance System in Australian Law?*", *Australian Business law review*- Volume 30, août 2000, p 285.

⁴⁷ Synthèse du rapport annuel 2007 du Conseil de la concurrence, p. 9 : "*Le Conseil souhaite encourager les entreprises à progresser dans ce que l'on appelle aujourd'hui "la culture de conformité" (dite compliance dans le monde anglo-saxon). Il est important qu'elles consacrent du temps, des moyens, et impliquent leurs dirigeants au plus haut niveau dans la construction de ce type de programme, en sensibilisant leurs équipes au droit de la concurrence, notamment par la formation, et en les mobilisant vis à vis des risques financiers et réputationnels*".

⁴⁸ "Culture de conformité et éthique des affaires : des choix à opérer en termes de confidentialité et de responsabilité", *Journal des sociétés*, n°58 Octobre 2008, p. 18.

⁴⁹ *Ibid.*

engagements substantiels de "compliance", dont on peut attendre beaucoup pour le comportement futur de l'entreprise"⁵⁰.

157. Dans ces conditions, l'APDC suggère que le Projet de Communiqué s'attache également à identifier, au titre des possibles circonstances atténuantes, la coopération ainsi que les engagements et manifestations de "compliance" de l'entreprise en dehors du cadre, déjà abordé au paragraphe 47 du Projet de Communiqué, de la clémence ou de la procédure de non-contestation des griefs.

B. Les circonstances aggravantes

158. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 40) :

"Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que :

– l'entreprise ou l'organisme a joué un rôle de meneur ou d'incitateur, ou a joué un rôle particulier dans la conception ou dans la mise en œuvre de l'infraction ;

– l'entreprise ou l'organisme a pris des mesures en vue d'en contraindre d'autres à participer à l'infraction ou a pris des mesures de rétorsion à leur encontre en vue de faire respecter celle-ci ;

– l'entreprise ou l'organisme jouit d'une notoriété, d'une capacité d'influence ou d'une autorité telle que son comportement a pu créer un effet d'exemplarité, ou jouit d'un avantage concurrentiel résultant de sa situation d'ancien monopole ou d'opérateur historique".

159. Le Projet de Communiqué liste au titre des circonstances aggravantes dont l'Autorité de la concurrence tiendra compte pour individualiser la sanction, le fait que l'entreprise jouisse d'une notoriété, d'une capacité d'influence ou d'une autorité telle que son comportement a pu créer un effet d'exemplarité (§ 40).

160. En premier lieu, l'APDC observe que le Projet de Communiqué ne prend en compte l'effet d'exemplarité qu'à titre de circonstance aggravante et non dans les aspects positifs qu'il est susceptible de revêtir, et qui devraient constituer des circonstances atténuantes dans ce cas. L'APDC suggère donc que le Communiqué tienne compte, à titre de circonstance atténuante, du fait que le groupe se soit engagé en faveur du respect des règles du droit de la concurrence et de l'effet de cette exemplarité sur les autres entreprises mises en cause.

⁵⁰ "La contestation des griefs en droit français de la concurrence : bilan et perspectives d'un outil pionnier", Assemblée générale de l'Association française d'étude de la concurrence, 10 avril 2008, Paris. Nous soulignons. Disponible sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/transaction_afec_10avril2008.pdf

161. L'APDC considère en outre que la qualité d'ancien monopole ou d'opérateur historique d'une entreprise ne devrait pas constituer une circonstance aggravante dans la mesure où cette qualité procède de circonstances de fait indépendantes de la volonté ou du comportement de l'entreprise en cause. L'APDC souligne d'ailleurs à cet égard que faire de la qualité d'ancien monopole une circonstance aggravante reviendrait à instaurer une exception au principe jurisprudentiel constant rappelant, sans distinction, que le simple fait de détenir une position dominante n'est pas en soi répréhensible⁵¹. En outre, l'APDC considère que la prise en compte de la valeur des ventes permet déjà d'appréhender la position - souvent prééminente - de l'entreprise historique. Dès lors, il serait redondant d'aggraver une nouvelle fois la sanction encoure sur cette même base.
162. L'APDC considère également que la notoriété ou la réputation d'une entreprise ne devraient être retenues comme circonstances aggravantes que si elles ont joué un rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel sanctionné.
163. Il s'agit en effet de critères empreints d'une grande subjectivité qu'il ne conviendrait d'utiliser, à titre de circonstances aggravantes, qu'avec précaution et seulement si les éléments recueillis par l'Autorité de la concurrence permettent de démontrer qu'ils ont joué effectivement un rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel.
164. L'APDC suggère donc que l'Autorité de la concurrence précise que ces circonstances ne seront considérées comme aggravantes que dans les cas où il est démontré qu'elles ont joué un rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel sanctionné.
165. Par ailleurs, l'APDC suggère que le Communiqué plafonne, à l'instar de la solution retenue par l'autorité de concurrence espagnole, le pourcentage maximum d'augmentation au regard des circonstances aggravantes afin de limiter la part d'arbitraire inhérente à l'appréciation de telles circonstances (cf. Annexe 2).

2. Les autres éléments d'individualisation

166. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 41 et 42) :

"Afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire, l'Autorité peut ensuite adapter, à la baisse ou à la hausse, le montant de base en considération d'autres éléments objectifs caractérisant la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné.

A cet effet, elle peut notamment tenir compte de la taille et de la puissance économique plus ou moins grandes de l'entreprise ou de l'organisme concerné, de son appartenance ou non à

⁵¹ Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes, Affaire 322/81, §10.

un groupe d'envergure européenne ou internationale, du nombre et de la variété plus ou moins significatifs de ses activités et des secteurs sur lesquels il opère, ainsi que de ses ressources globales plus ou moins importantes, notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction. En particulier, elle peut proportionner la sanction pécuniaire au fait que l'entreprise mène l'essentiel de son activité sur le secteur concerné par l'infraction, qu'elle est une PME ou qu'elle appartient à un groupe présent sur un plus grand nombre de secteurs ou disposant de ressources globales plus importantes".

167. A titre liminaire, l'APDC relève que, bien que le Projet de Communiqué entende tenir compte "d'autres éléments objectifs"⁵² tenant à la situation de l'entreprise, le regroupement de ceux-ci dans un seul et même paragraphe, et l'ambiguïté sur le fait de savoir si ces éléments sont appelés à jouer dans le sens de la réduction ou de l'aggravation de la sanction encourue par l'organisme ou l'entreprise intéressé, ne permettent pas au Projet de Communiqué de remplir le but de transparence que s'est assigné l'Autorité de la concurrence.
168. A cet égard, l'APDC attire notamment l'attention de l'Autorité de la concurrence sur le fait que le facteur d'"exemplarité" déjà expressément pris en compte au titre des circonstances aggravantes ne doit en toute hypothèse pas être repris dans le cadre de l'analyse des "autres éléments d'individualisation" considérés par l'Autorité de la concurrence.
169. Cela exposé, les critères mentionnés par le Projet de Communiqué appellent, de la part de l'APDC, les commentaires suivants.
170. S'agissant, tout d'abord, des éléments d'individualisation constitués par la taille de l'entreprise (§42) et le fait qu'elle appartienne à un groupe d'envergure européenne ou internationale (§ 42), l'APDC propose - ainsi qu'il a été suggéré s'agissant des circonstances aggravantes abordées ci-dessus - que l'Autorité de la concurrence précise que ces circonstances ne seront considérées comme facteurs d'aggravation que dans les cas où il est démontré qu'elles ont joué un rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel sanctionné.
171. C'est, en effet, précisément dans les structures importantes que l'asymétrie d'informations caractérise le mieux les relations entre les individus qui ont pu, au sein de l'entreprise, mettre en œuvre les pratiques concernées, et leurs supérieurs hiérarchiques, qui seront tenus responsables de la pratique. Les remontées d'informations sont en effet rendues d'autant plus difficiles que le degré de ramification d'une entreprise est important. Pour cette raison également, l'APDC suggère, ainsi que déjà évoqué, que soit instauré un plafond d'aggravation des sanctions (**Annexe 2**).
172. En tout état de cause, l'APDC considère que l'appartenance à un groupe ne saurait constituer une circonstance aggravante dans l'hypothèse où la société-mère d'un groupe est mise en cause aux côtés

⁵² Soulignement ajouté.

de sa filiale qui a commis les pratiques sanctionnées puisque le simple fait que les pratiques d'une filiale aient été imputées à sa société-mère implique déjà, en soi, une prise en compte de l'appartenance au groupe. Retenir, de surcroît, cette même appartenance au groupe à titre de circonstance aggravante reviendrait donc, en quelque sorte, à appliquer une "double peine" au groupe d'entreprises concernées.

173. S'agissant, ensuite, du critère des "ressources globales" de l'entreprise, l'APDC s'interroge sur la portée et la signification au regard notamment de la précision selon laquelle les ressources de l'organisme ou l'entreprise concerné devraient être évaluées *"notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction"*.
174. Il n'apparaît en effet pas clairement pour quelle raison, ce que le texte actuel du Projet de Communiqué implique nécessairement, une infraction commise par une grande entreprise ou un grand groupe devrait être sanctionnée plus sévèrement dans le cas où d'autres entreprises plus modestes sont également sanctionnées que dans celui où il est seul en cause.
175. En tout état de cause, l'APDC considère que ce critère risque de faire double-emploi, tant avec la circonstance aggravante constituée par l'effet de notoriété ou de capacité d'influence de l'entreprise sanctionnée, qu'avec les critères d'individualisation que sont la taille de l'entreprise et l'appartenance à un groupe (cf. supra). Ainsi qu'il a été rappelé en introduction des présentes Observations (§§ 45 et 46), le flou qui entoure l'application de ces différents éléments conduit en outre en pratique à faire de l'effet dissuasif un critère distinct et nouveau par rapport à ceux énumérés par l'article L.464-2 du Code de commerce.

3. La réitération

176. Selon le Projet de Communiqué (§43) :

"La réitération est une circonstance aggravante dont la loi prévoit, compte tenu de son importance particulière, qu'elle doit faire l'objet d'une prise en compte autonome, de manière à permettre à l'Autorité d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. L'existence même d'une situation de réitération démontre en effet que le précédent constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il a pu être assorti n'ont pas suffi à conduire l'intéressé à respecter les règles de concurrence".

A. Le concept de réitération devrait être défini de manière restrictive

177. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 44) :

"Pour apprécier l'existence d'une réitération, l'Autorité tient compte de quatre éléments cumulatifs :

– une précédente infraction au droit de la concurrence doit avoir été constatée avant la commission de la nouvelle pratique ; ce précédent constat d'infraction, qui ne doit pas nécessairement avoir été assorti d'une sanction pécuniaire, ne peut résulter ni d'une décision prononçant une mesure conservatoire en vertu de l'article L. 464-1 du code de commerce, ni d'une décision rendant obligatoires des engagements au titre du I de l'article L. 464-2 du même code ;

– la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction ;

– ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique".

(i) **La nature de la pratique précédente**

178. Le Projet de Communiqué requiert qu'une "pratique antérieure, identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à la nouvelle infraction" ait acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité de la concurrence statue sur la nouvelle pratique, pour reconnaître l'existence d'une réitération (§ 44).
179. Une appréciation aussi large de la nature des deux infractions permettrait la reconnaissance d'une réitération pour une entreprise précédemment condamnée pour sa participation à une entente anticoncurrentielle dans le cadre d'une nouvelle procédure ouverte sur le fondement d'un abus de position dominante.
180. Cette définition nous semble donc trop large et l'APDC pourrait suggérer une approche plus restrictive du concept de réitération en conditionnant sa reconnaissance au constat d'une pratique antérieure condamnée sur le même fondement juridique.
181. La question se pose également de l'autorité ayant prononcé ou constaté la première infraction. En effet, selon la pratique décisionnelle actuelle de l'Autorité de la concurrence, le constat d'une précédente infraction " peut aussi résulter d'une décision de la Commission européenne, voire de toute autre autorité nationale de concurrence compétente"⁵³.
182. Dans le cas notamment des groupes de sociétés, une entreprise peut légitimement ignorer que l'une des autres sociétés de son groupe a été précédemment condamnée dans un autre Etat membre par exemple.

⁵³ Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 2007, p. 259

(ii) **Le fait générateur de la réitération : un "précédent constat d'infraction" ayant "acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité de la concurrence statue sur la nouvelle pratique"**

183. Selon la règle prévue par le Projet de Communiqué, on se place, pour apprécier l'existence d'une situation de réitération, au moment où l'Autorité de la concurrence statue.

184. Par conséquent, on peut se trouver dans la situation suivante : au moment où la nouvelle pratique est mise en œuvre, aucun constat définitif d'une précédente infraction n'est encore intervenu.

185. Une telle conception apparaît tout d'abord en contradiction avec les principes affichés par le Projet de Communiqué lui-même (§ 43), et qui supposent qu'au moment de la mise en œuvre de la nouvelle pratique, l'entreprise a conscience de son caractère illicite :

"L'existence même d'une situation de réitération démontre en effet que le précédent constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il a pu être assorti n'ont pas suffi à conduire l'intéressé à respecter les règles de concurrence".

186. Elle est également contraire aux principes, tant de la récidive que de la réitération, en droit pénal.

187. Pour qu'il y ait récidive en droit pénal, il faut qu'au moment de la commission des faits relatifs à la seconde infraction, la personne ait déjà fait l'objet d'une condamnation définitive pour une infraction précédente (cf. articles 132-8 et s. du Code pénal).

"Il y a récidive lorsqu'après une première condamnation pénale devenue définitive, l'auteur commet une nouvelle infraction qui, étant donné sa nature ou le délai écoulé dans l'intervalle, réalise les conditions de la récidive légale.

(...) il y a un concours réel (ou concours d'infractions) lorsqu'au moment où la seconde infraction a été commise, la première n'avait pas encore donné lieu à une condamnation définitive.

(...) le cas du concours réel va aboutir à une minoration de la répression car l'auteur des infractions multiples ne sera exposé qu'à la peine frappant l'infraction la plus grave et ne subira aucune peine pour les autres infractions".

"Il y a réitération au cas où, la première infraction ayant donné lieu à une condamnation définitive, à un certain temps de là, l'auteur en commet une nouvelle de nature telle, et après un tel délai, que les conditions de la récidive ne sont pas remplies"⁵⁴.

188. L'APDC demande donc que le Projet de Communiqué précise clairement qu'il ne pourra y avoir réitération que dans la mesure où la première infraction a définitivement été constatée avant la commission de la seconde pratique anticoncurrentielle.

⁵⁴ Bernard BOULOC, "Droit pénal général", Dalloz 21^{ème} édition, 2009, § 655 et 656.

(iii) **La question des groupes de sociétés**

189. Le fait que le concept de réitération soit appréhendé au niveau du groupe et non de la seule entreprise concernée par les pratiques ne paraît pas pertinent dans tous les cas de figure.
190. De même que l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles requiert une analyse approfondie des relations juridiques et capitalistiques entre la société mère et la filiale ayant mis en œuvre les pratiques concernées, la récidive ne devrait être appréciée à l'échelle du groupe auquel l'entreprise appartient que pour autant qu'il est démontré, soit que les sociétés mères exercent effectivement une influence sur leurs filiales, soit que l'appartenance de l'entreprise au groupe a effectivement joué un rôle dans l'organisation ou la mise en œuvre du comportement anticoncurrentiel.
191. L'Autorité de la concurrence devrait également être invitée à distinguer, lorsque le groupe est actif sur plusieurs marchés différents, selon que les deux infractions motivant la reconnaissance d'une réitération ont été commises sur le même marché ou sur des marchés différents.

B. Le délai pour la prise en compte du comportement passé de l'entreprise devrait être réduit

192. Aux termes du Projet de Communiqué (§ 44) :

"le délai écoulé entre la précédente infraction et la nouvelle pratique est pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence ; l'Autorité n'entend pas opposer la réitération à une entreprise ou à un organisme lorsque le délai séparant la précédente infraction de la nouvelle pratique est supérieur à 20 ans".

193. Le délai de 20 ans apparaît excessif au regard à la fois :
- des délais de 10 ou 5 ans pris en compte pour la récidive en matière d'infractions pénales commises par une personne morale⁵⁵.
 - des événements susceptibles de ponctuer la vie d'une entreprise durant une période aussi longue, et notamment les restructurations, les projets de fusion, d'acquisition ou de cession auxquels l'entreprise peut prendre part et qui rendent l'entité initialement condamnée difficilement assimilable à la nouvelle entité poursuivie.
194. Il apparaît donc à l'APDC qu'un délai de 5 ou 10 ans serait plus adapté à la réalité de la vie des entreprises ainsi qu'aux délais applicables dans d'autres matières, et en particulier en matière pénale.

⁵⁵ Article 132-13 du Code Pénal

4. Les "ajustements finaux"

195. A titre liminaire, l'APDC s'interroge sur la nécessité méthodologique de séparer les "ajustements finaux" du travail d'individualisation des sanctions fondé sur la situation de l'entreprise, qui constitue le seul critère textuel applicable. Elle suggère que le Projet de Communiqué soit modifié en conséquence.
196. L'APDC constate que le Projet de Communiqué n'indique pas comment les situations de crises économiques exceptionnelles sont prises en compte dans la détermination de la sanction.
197. Or la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 janvier 2010 "AMD SUD OUEST et autres" a considéré que le Conseil de la concurrence ne pouvait pas "*être considéré comme ayant tenu compte de la situation de crise dans les sanctions qu'il prononçait*" dès lors qu'il a estimé, en abordant "*de manière trop brève le contexte de crise économique, générale et particulière de la métallurgie*" que "*les chiffres d'affaires qui servent de base aux sanctions incluent nécessairement l'état de crise que peut traverser chaque société poursuivie, et que des moratoires du Trésor Public permettent en outre à ces entreprises de supporter le paiement d'une amende*".
198. En d'autres termes, il convient de prendre en compte, dans la détermination de la sanction, le contexte de crise économique exceptionnelle.
199. Face à des situations de crises sectorielles graves, exceptionnelles et anormales, la jurisprudence communautaire accepte d'ailleurs de réduire le montant des amendes infligées aux entreprises⁵⁶.
200. Dans cette hypothèse, il convient d'appliquer des réductions de sanctions uniformes pour toutes les entreprises⁵⁷.
201. L'APDC recommande donc, dans les ajustements finaux, de prendre en considération les situations de crise exceptionnelle en prévoyant qu'une réduction de sanction uniforme sera alors appliquée à toutes les entreprises.

*

* *

⁵⁶ Décision de la Commission européenne "Extra d'alliage" en date du 21 janvier 1998 ; Décision de la Commission européenne "Tubes d'acier sans soudure" en date du 8 décembre 1999 ; décision de la Commission européenne "Viande bovine française" en date du 2 avril 2003 et arrêt du TUE "Viande bovine" en date du 13 décembre 2006.

⁵⁷ *Ibid.*