

**REPONSE DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS PRATIQUANT LE DROIT DE LA
CONCURRENCE (APDC) AU QUESTIONNAIRE DE LA MISSION DE REFLEXION
SUR LES SANCTIONS DES INFRACTIONS AU DROIT DE LA CONCURRENCE**

(AUDITION DU 18 JUIN 2010)

INTRODUCTION

1. L'APDC est une association constituée en mai 2008, qui regroupe des avocats inscrits au Barreau français et ayant une pratique régulière et établie du droit de la concurrence tant français que communautaire (voir documents ci-annexés).

L'APDC regroupe actuellement près de 110 avocats.

Etant ainsi particulièrement intéressée par la réflexion engagée par la Mission à l'initiative de Mme la Ministre de l'Economie, l'APDC tient à remercier la Mission d'avoir bien voulu l'entendre.

2. A titre liminaire, l'APDC entend attirer l'attention sur le fait que la sanction ne peut pas être séparée de la procédure qui conduit à son prononcé. En effet, pour avoir une vertu dissuasive, la sanction doit non seulement être comprise en elle-même, mais aussi et surtout être considérée par l'entreprise qui en est l'objet comme l'aboutissement d'une procédure sauvegardant pleinement les principes fondamentaux de la procédure.

Pour l'APDC, les seuls moyens d'assurer la cohérence, la loyauté et la légitimité des sanctions de l'Autorité de concurrence sont donc :

- un respect scrupuleux du principe du contradictoire et des droits de la défense tout au long de la procédure administrative et ce dès la phase d'enquête : sur ce dernier point, l'APDC entend attirer l'attention sur l'atteinte très grave aux droits de la défense résultant de la pratique courante de saisie des correspondances avocat / client, y compris de consultations portant sur l'objet même de l'enquête : de telles entorses flagrantes aux droits de la défense, qui ne peuvent être purgées par la restitution des pièces en cause, rend difficilement légitime et admissible la sanction prononcée dans ces conditions.

La Mission ne saurait donc ne pas aborder cette question d'actualité brûlante.

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

- De même, alors que la loi LME, se rapprochant à cet égard du droit communautaire, a institué heureusement un « conseiller auditeur », les pouvoirs de ce dernier apparaissent trop limités et très éloignés des homologues communautaires, même si certaines différences peuvent se comprendre du fait des particularités des procédures.
- En outre, considérant toujours que la force d'une sanction dépend de la qualité du processus décisionnel qui y conduit, l'APDC estime essentielle l'exigence d'une motivation claire et détaillée des décisions de sanction. Même si certaines évolutions favorables se dessinent à cet égard dans la pratique de l'Autorité de la concurrence, l'APDC considère que cette obligation de motivation claire et détaillée devrait être inscrite spécifiquement dans la loi : l'article L. 464-2 du code de commerce pourrait ainsi être complété de la manière suivante :

« Pour chaque infraction constatée à la charge de l'entreprise, l'Autorité de la concurrence en décrit les éléments constitutifs et spécifie précisément les différents éléments conduisant au montant de la sanction pécuniaire y afférente ».

- Par ailleurs, le droit de la concurrence étant imprégné de considérations économiques souvent déterminantes, aussi bien pour la caractérisation de l'infraction que pour la sanction elle-même, l'Autorité, et après elle la Cour d'appel, doivent prendre effectivement en considération les études économiques produites par les entreprises, comme elle entend le faire désormais pour le contrôle des opérations de concentration¹. Et, même si elle est dotée d'une expertise interne en matière économique, l'Autorité ne doit pas hésiter à utiliser la possibilité qui lui est offerte par la loi (article L.463-8) de désigner un expert indépendant.
 - Enfin, et contrairement à l'approche doctrinale courante, l'appréciation de la sanction pécuniaire, au regard en particulier de ses effets dissuasifs, ne saurait être effectuée sans que soit pris en compte le fait que d'autres sanctions peuvent s'y ajouter : la sanction pénale et surtout les sanctions civiles (dommages et intérêts) dont les autorités de concurrence incitent très fortement au développement.
3. C'est sous le bénéfice de ces remarques qu'elle juge essentielles que l'APDC entend répondre aux questions posées dans le questionnaire qui lui a été communiqué.

*
* *

¹ Voir, Lignes directrices de décembre 2009 et, en droit communautaire, la note « Guide lines » récente de la Commission sur la présentation des études économiques.

Quels principes devraient guider le calcul des sanctions contre les pratiques anticoncurrentielles (« PAC ») ?

- 1. Des dispositions prévoyant un mode de calcul précis (chiffre d'affaires à prendre en compte, pourcentage et coefficient multiplicateur, etc.) devraient-elles compléter les principes généraux de l'article L. 464-2 du Code de commerce (gravité, durée, dommage à l'économie) ?**

Compte tenu de la diversité des infractions et des circonstances d'espèce, la formulation d'un mode de calcul précis dans la loi paraît très largement illusoire. On observe d'ailleurs qu'en droit communautaire, ce n'est que dans des « lignes directrices » de la Commission que l'on a abordé de tels modes de calcul. Surtout, ces lignes directrices elles-mêmes disposent qu'en tout état de cause « *l'appréciation de la gravité sera faite au cas par cas pour chaque type d'infraction, tenant compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce* »².

Pour ce qui est d'une réponse plus spécifique à la question des éventuelles lignes directrices, voir ci-après la question n° 13.

En revanche, et comme indiqué *supra* en introduction, l'article L. 464-2 devrait être complété par une exigence particulière de motivation des sanctions. Le texte législatif pourrait être ainsi complété :

« Pour chaque infraction constatée à la charge de l'entreprise, l'Autorité de la concurrence en décrit les éléments constitutifs et spécifie précisément les différents éléments conduisant au montant de la sanction pécuniaire y afférente ».

- 2. Quelle est la meilleure méthode de calcul des sanctions ? Le plafond légal des 10% du chiffre d'affaires mondial des entreprises concernées doit-il être pris en compte comme un point de départ du calcul ou comme une limite à ne pas dépasser ?**
- 2.1.** L'APDC considère que c'est moins la question de méthode d'utilisation du plafond légal actuel qui se pose que la légitimité même de ce plafond tel qu'il est fixé aujourd'hui.

Il apparaît en effet évident que le plafond retenu par la loi NRE en 2001 est le plus souvent, sinon systématiquement, totalement démesuré par rapport aux caractéristiques des infractions visées par la loi et de leurs auteurs. En tant que « plafond », ce qui semble sa destination légale première, il est de ce fait peu ou même pas du tout opérationnel, demeurant très largement théorique. Il n'existe pas d'exemple, semble-t-il, où une entreprise ayant une dimension « mondiale » et ayant commis une infraction en France, ait été condamnée à une sanction approchant même de très loin le « plafond » prévu par la loi.

² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 § 2 sous a), du Règlement (CE) n° 1/2003 (soulignements ajoutés).

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

A supposer que l'on songe à l'utiliser comme « point de départ de calcul », ce qui semble être la position de la Cour d'appel de Paris (arrêt « Acier »), on ne voit pas comment un tel point de départ peut-être opérationnel, tant il est éloigné de la réalité et des éléments de chaque espèce : l'affaire de l'Acier le démontre parfaitement.

Pour l'APDC, un « plafond » ne peut effectivement constituer une limite opérationnelle ou un « mode de calcul » que s'il est lui-même suffisamment raisonnable et proportionné au regard du type d'infraction visé par la loi.

2.2. L'APDC tient à évoquer ici deux interrogations liées, d'une part, à la prise en considération par la loi du chiffre d'affaires consolidé du groupe (a) et, d'autre part, à celle du chiffre d'affaires mondial (b).

a) La prise en considération du chiffre d'affaires du groupe ne devrait intervenir, en tant que « plafond », que dans les cas où la pratique serait imputable au groupe. On rencontre ici la problématique de l'imputabilité aux sociétés mères des agissements de leurs filiales (voir ci-après question n° 6).

En réalité, le chiffre d'affaires à retenir est celui de l'« entreprise » auteur réel de l'infraction. Si la filiale est en pratique autonome sur le marché, en particulier dans l'activité concernée, (voir réponse à la question n° 6), seul son chiffre d'affaires devrait être retenu en tant que « plafond ».

Si, en revanche, la société mère, c'est-à-dire à travers elle « le groupe » dont elle est la tête, est aussi responsable (dans les conditions évoquées ci-après en question n° 6), dans ce cas, et dans ce cas seulement, le chiffre d'affaires de ce dernier devrait être pris en considération en tant que plafond.

En revanche, bien entendu, toute manœuvre d'un groupe pour vider de sa substance, ou manipuler l'entreprise « responsable », pour se soustraire à la sanction, qui fut l'une des causes de la réforme de la loi NRE, peut être combattue par la disposition légale actuelle, laissant à l'Autorité le choix de l'exercice à prendre en considération.

b) La deuxième interrogation est celle de la prise en compte du chiffre d'affaires « mondial ». Cette question, tranchée par la loi NRE, se pose dans la mesure où, d'après le Règlement n° 1/2003, dans le cadre du Réseau européen, les autorités nationales ne sont compétentes pour appliquer le droit communautaire que sur leur territoire national et en fonction de l'atteinte à leur marché national. Ce qui conduit logiquement à la possibilité de compétences parallèles des Etats membres (voir Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités nationales, notamment point n° 12) ; la Commission peut certes appréhender l'affaire si elle estime que des implications européennes ou même un intérêt européen l'exige. Mais elle n'y est pas tenue. On peut donc s'interroger sur la nécessité de prendre en compte le chiffre d'affaires de l'entreprise hors du territoire national, sachant que l'entreprise peut être sanctionnée dans plusieurs Etats membres dans la mesure où les marchés de ces derniers sont également affectés.

3. Faut-il quantifier le dommage à l'économie et comment ?

L'article L. 464-2, I, alinéa 3 du Code de commerce prévoit que « *[l]es 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 répétition de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

Dans un arrêt du 14 décembre 1999, la Cour de cassation a posé la règle selon laquelle il incombe à l'Autorité de la concurrence et à la Cour d'appel de Paris, d'établir de manière concrète la proportionnalité de la sanction prononcée à la gravité des faits reprochés, au dommage à l'économie et à la situation de chacune des entreprises concernées. Dans un arrêt du 7 avril 2010, la Cour de cassation a précisé que le dommage causé à l'économie par une pratique anticoncurrentielle ne saurait être présumé et que, par conséquent, il appartenait à l'Autorité de la concurrence et à la Cour d'appel de Paris de démontrer l'existence et l'importance de ce dommage.

Tant la disposition légale précitée que la jurisprudence de la Cour de cassation méritent d'être approuvées.

En effet, une politique de sanction n'est légitime que si elle est conforme notamment au principe de proportionnalité. Or, s'agissant d'infractions économiques, le « dommage à l'économie » est un élément essentiel pour l'appréciation de la gravité de la pratique incriminée dans le cas d'espèce et, partant, à la détermination d'une sanction adéquate, proportionnée.

Il n'est pas raisonnable de sanctionner plus ou moins lourdement des entreprises alors que l'Autorité serait incapable d'établir que des effets dommageables sensibles auraient été causés.

Il est donc essentiel que, dans chaque cas d'espèce, le dommage à l'économie soit quantifié de telle sorte que l'on puisse en connaître à la fois l'existence et l'importance. Cette quantification devrait se fonder sur une étude économique établie selon les standards les plus élevés y compris, si possible, des études économétriques. Elles devraient être produites dès la notification des griefs pour qu'un réel débat contradictoire s'établisse pendant l'instruction.

A cet égard, on rappelle l'importance qui doit être attachée aux études économiques produites par les parties elles-mêmes, à partir du moment où elles sont conformes aux standards en la matière et il serait souhaitable que l'Autorité leur étende les règles qu'elle a énoncées pour la présentation des études économiques en matière de concentration.

4. Quelle doit être la place du principe de dissuasion dans le calcul des amendes ?

Pour l'APDC, une politique de dissuasion des comportements anticoncurrentiels doit être fondée sur la fréquence des détections d'infractions et le cas échéant des condamnations, et

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

non sur une augmentation exponentielle du montant des sanctions pécuniaires pour des cas « servant d'exemple », qui méconnaissent clairement le principe de la personnalité des peines et l'exigence d'individualisation prévue par la loi.

Construire une politique de dissuasion et de sanction sur des sanctions pécuniaires disproportionnées par rapport aux faits de l'espèce et imposées à un faible nombre d'entreprises serait un contresens non seulement juridique mais même économique :

- une probabilité de détection trop faible risque de constituer pour certains acteurs peu scrupuleux une incitation aux comportements infractionnels ;
- des sanctions trop élevées peuvent lourdement obérer la rentabilité et la croissance d'entreprises en particulier lorsqu'elles sont déjà lourdement fragilisées par la crise économique.

Elle poserait aussi la question de l'égalité devant la loi.

Par ailleurs, la « dissuasion » des sanctions pécuniaires ne peut être dissociée d'autres considérations telles que le développement des autres sanctions, civiles et pénales, ni surtout du développement sensible des procédures de « clémence » qui, par elles-mêmes, peuvent avoir une vertu dissuasive par le risque accru qu'elles font courir de « détection » des pratiques y compris les plus occultes.

Enfin, ce principe de prévention doit aussi tenir compte des « programmes de conformité » mis en place par les entreprises, précisément pour dissuader leurs dirigeants et personnels de commettre des infractions.

5. La méthode consistant à calculer dans un premier temps un montant de base pour ensuite ajuster ce montant en fonction des circonstances aggravantes et/ou atténuantes pour chaque cas est-elle appropriée ?

Une telle méthode paraît appropriée et conforme à la jurisprudence, dans la mesure seulement où il s'agit d'un calcul au cas par cas et où les circonstances aggravantes et atténuantes ont préalablement été clairement définies. Il est de principe, au surplus, en matière répressive, que les circonstances aggravantes soient établies par la loi (principe de légalité des délits et des peines). Par ailleurs, on notera qu'une méthode telle que celle évoquée dans la question ne peut être que biaisée si, comme c'est le cas actuellement, il est rare qu'une circonstance atténuante soit retenue (contrairement à ce qui existe par exemple au Royaume-Uni).

6. Une entreprise mère doit-elle pouvoir être condamnée pour les agissements de ses filiales et dans quelles conditions ? Doit-on pouvoir prendre en compte le chiffre d'affaires global de la société mère au niveau groupe pour le calcul de l'amende ?

Une jurisprudence communautaire récente (arrêt de la Cour de justice du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, affaire C-97/08) a établi une présomption quasi-irréfragable d'imputabilité à la

APDC
Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence

mère des comportements anticoncurrentiels des filiales qu'elle détient à 100 %, indépendamment de toute participation personnelle à l'infraction.

Cette jurisprudence paraît très contestable au regard tant du principe de la personnalité juridique propre des personnes morales que de celui de la personnalité des peines.

Pour assurer ce respect de la personnalité juridique, il est en effet indispensable que soit exigé, même pour les sociétés mères à 100 %, que soit apportée la preuve de la participation personnelle de la mère à l'infraction ou, à tout le moins, celle de l'exercice d'un contrôle effectif de la société mère sur l'activité de la filiale dans laquelle est intervenue la pratique litigieuse, même si la société mère n'est pas personnellement intervenue dans la commission de l'infraction³.

Ce n'est que dans cette seule hypothèse qu'il serait possible exceptionnellement (i) d'imputer une infraction à une personne morale et (ii) de la sanctionner, alors qu'elle n'a pas personnellement participé à l'infraction.

La jurisprudence précitée de la Cour de justice ne doit pas constituer un obstacle à une telle solution en France, y compris pour l'application du droit communautaire : en effet, la question de l'imputabilité est une question relevant de la preuve de l'infraction, et plus précisément de celle de la « participation » de l'entreprise en cause à l'infraction. Elle est donc une question de procédure et en tant que telle relève de l'autonomie procédurale des autorités et juridictions nationales.

7. Comment identifier au mieux la personne responsable (autonomie des sociétés personnes morales ou consolidation) ?

Sans préjudice de la réponse à la question précédente, une infraction ne devrait pouvoir être imputée à une entité juridique que si des dirigeants/employés de ladite entité juridique ont été impliqués dans ladite infraction ou ont exercé une surveillance sur des employés (éventuellement travaillant pour une filiale) ayant commis l'infraction.

8. Quelle doit-être la place de la coopération et des procédures de clémence dans le calcul des amendes ?

La place qui est faite aujourd'hui à la procédure de clémence ne soulève pas de problème particulier (autre que notamment les implications pénales, voir ci-dessous). Une réduction spécifique pour la mise en place d'un programme de conformité, dans le cadre d'une procédure de clémence ou de transaction, serait légitime.

La procédure de transaction est peu satisfaisante dans la mesure où elle laisse incertain, même approximativement, le montant de la sanction qui sera infligée.

³ Il convient de préciser que certains membres de l'APDC considèrent que la société mère ne devrait être tenue responsable qu'en cas d'implication personnelle dans les faits, et, à défaut, qu'elle devrait être simplement tenue solidaire de sa filiale pour le paiement de la sanction.

Surtout, il serait tout à fait légitime de tenir compte de la coopération au-delà même de la clémence et par ailleurs ne pas se fixer un « plafond » de principe à la réduction pour une non-contestation de griefs, qui doit dépendre de chaque cas particulier. Le souci de ne pas « dévaloriser » la clémence ne devrait pas affecter la réduction pour non contestation, si le cas particulier en cause le justifie.

9. Quelle est l'importance de la prévisibilité des amendes en matière de concurrence ? Faut-il que le mode de calcul des amendes prévoie une hiérarchie entre les PAC (échanges d'information, cartels sophistiqués, etc.) ?

- 9.1. La prévisibilité du montant des sanctions pécuniaires est un élément essentiel de crédibilité et de dissuasion. Il ne s'agit bien évidemment pas de fournir aux entreprises une « machine à calculer » qui, de manière arithmétique, déterminerait par avance le montant de l'amende à payer et qui permettrait aux contrevenants potentiels de procéder à un calcul coûts-avantages avant de décider ou non d'enfreindre les règles de concurrence.

Mais faute de pouvoir établir *a priori* des modes de calcul précis et chiffrés (voir *supra*), la prévisibilité doit dépendre surtout de la pratique décisionnelle, elle-même construite sur la base de décisions contenant une motivation claire et détaillée de chaque condamnation. Il s'agit en tous cas de communiquer aux entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles une « grille d'évaluation » de leur comportement leur permettant de comprendre les raisons objectives qui fondent le montant de l'amende qu'elles ont à payer *in fine*. La clarté de cette motivation et de cette pratique décisionnelle permettra aux entreprises concernées, mais aussi aux autres, de mesurer les risques pris en violant les règles de concurrence.

- 9.2. Une hiérarchie contraignante entre les PAC est un exercice extrêmement artificiel et périlleux. Certaines infractions *a priori* très graves peuvent être en pratique dénuées d'effets économiques et mériter des sanctions purement symboliques. Une telle hiérarchie ne peut donc déterminer le mode de calcul.
- 9.3. Enfin, il n'y a de prévisibilité que si la politique de sanction de l'Autorité demeure suffisamment stable, alors que ces dernières années, elle n'a cessé d'évoluer parfois brutalement, surprenant les entreprises alors même que leurs infractions pouvaient être plus ou moins anciennes.

10. Comment articuler les sanctions administratives avec les autres éléments de la lutte contre les PAC (actions civiles ou pénales) ? Dans quelle mesure faut-il prendre en compte les dommages causés aux victimes ou à l'économie en général ? Certains secteurs doivent-ils être traités avec plus ou moins de sévérité (marchés publics, marché de consommation, etc.) ?

- 10.1. La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles est prévue par l'article L. 420-6 du Code de commerce, qui dispose que « [e]st puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

amende de 75.000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ».

L'article L. 420-6 du Code de commerce permet des sanctions pénales efficaces pour les pratiques les plus graves, même si de fait, il a été jusqu'ici peu utilisé et essentiellement, en fait, pour sanctionner des personnes ayant participé à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le cadre de la passation de marchés publics, et le plus souvent mêlées à d'autres délits (favoritisme, corruption...).

Une modification législative tendant à aggraver les dispositions et sanctions pénales en matière de pratiques anticoncurrentielles paraît donc inutile et sans doute n'aurait guère de sens aujourd'hui en France. Si les Etats-Unis sont souvent cités en exemple, dans la mesure où les peines d'emprisonnement y sont plus fréquentes et corrélativement le montant des sanctions pécuniaires généralement considéré comme étant moins élevé qu'en Europe, il convient néanmoins de préciser que la procédure américaine de sanction des pratiques anticoncurrentielles permet en principe à la même autorité de prononcer, dans une même affaire, des sanctions pécuniaires et des peines d'emprisonnement et, par ailleurs, que la plupart du temps la « sanction » des pratiques anticoncurrentielles est constituée par des dommages et intérêts, souvent dans le cadre de « class action » dont on connaît les dérives et dont personne ne souhaite la transposition en Europe.

Dans la mesure où les autorités de poursuite souhaiteraient développer les procédures fondées sur l'article L. 420-6, cet usage devrait s'accompagner d'une spécialisation des juridictions et du Parquet, comme ceci se vérifie pour les sanctions administratives et civiles ; par ailleurs, la voie de la transaction pénale devrait aussi être explorée.

Enfin, un tel développement de la politique pénale suppose que soit tranchée la question de l'immunité pour les demandeurs de clémence, tant la crainte de conséquences pénales personnelles peut dissuader les entreprises, leurs dirigeants et surtout leur personnel de contribuer à une telle procédure.

- 10.2. En ce qui concerne la prise en compte du dommage causé à l'économie, voir *supra*, en particulier la réponse à la question n° 3.
- 10.3. S'agissant de la possibilité de traiter certains secteurs avec plus ou moins de sévérité, aucune raison objective ne semble justifier une telle différence de traitement, qui poserait un problème d'égalité devant la loi.
- 10.4. Pour ce qui est des actions civiles, elles existent et se développent en pratique, surtout lorsque les victimes sont des entreprises. Il est difficile d'en apprécier l'importance statistique car le plus souvent, sinon systématiquement, les litiges se résolvent par voie transactionnelle et confidentielle, surtout lorsque les actions sont engagées après une décision de condamnation par l'Autorité. Dans ce cas, la décision rendue préalablement par l'Autorité sert d'élément d'appréciation important sinon déterminant, même si le juge n'est pas juridiquement tenu par la décision administrative.

APDC
Association des Avocats Praticant le Droit de la Concurrence

La question des actions tendant à réparer le préjudice des consommateurs est trop vaste pour être traitée ici. L'APDC a produit en 2008 une étude en réponse au « Livre Blanc » de la Commission qui est publiée sur le site de l'Association (www.aapdc.fr). L'APDC la tient également à disposition de la Mission, si elle la souhaite.

Quelle serait la meilleure façon d'assurer une certaine sécurité juridique des décisions ?

11. Quel est le meilleur instrument juridique pour cela ? (loi, décret, adoption de lignes directrices par l'Autorité de concurrence...)

Ainsi qu'il a été expliqué précédemment (voir *supra*, question n° 1), il est souhaitable qu'une obligation de motivation renforcée des décisions de l'Autorité de la concurrence figure dans la loi. A cet égard, le texte de l'article L. 464-2, I du Code de commerce pourrait être complété comme indiqué ci-dessus.

Par ailleurs, s'agissant de l'adoption éventuelle de lignes directrices par l'Autorité de concurrence, l'APDC rappelle qu'une telle initiative ne saurait être considérée en tout état de cause comme une solution à tous les problèmes (voir aussi ci-après, question n° 13).

Toutefois, l'élaboration d'un projet de lignes directrices précisant les modalités de calcul des sanctions pécuniaires dans les cas de cartels et d'ententes de prix présenterait un intérêt, dans la mesure où cela permettrait d'engager un débat entre l'Autorité de la concurrence et le monde de l'entreprise. A cet égard, il semblerait opportun d'associer à l'élaboration d'un tel texte les pouvoirs publics et en particulier le Ministère de l'Economie ainsi que, dans l'esprit de la loi LME, les chambres compétentes du Parlement afin de garantir au processus une certaine légitimité démocratique.

La question de savoir s'il est préférable d'adopter plutôt des lignes directrices qu'un décret présente un intérêt limité. Sans doute un décret présenterait-il l'avantage de s'imposer sans contestation possible également aux cours de contrôle, ce qui permettrait de contribuer à une cohérence juridique ; un décret aurait en revanche l'inconvénient d'être un instrument juridique assez rigide alors même que la typologie des pratiques anticoncurrentielles est assez étendue et que, surtout, la sanction doit nécessairement être adaptée à chaque cas, à chaque entreprise en cause. Les lignes directrices pourraient être plus facilement modifiées le cas échéant.

Tout au plus, un décret pourrait se limiter à des questions proprement juridiques telles que par exemple les conditions de la réitération, les circonstances aggravantes et atténuantes et les conditions de l'imputabilité aux sociétés mères.

12. Faut-il préciser l'article L. 464-2 du Code de commerce et comment ?

Voir *supra*, en particulier les réponses aux questions n^{os} 1 et 11.

13. Faut-il proposer à l'Autorité de la concurrence de se doter de lignes directrices et quel devrait alors être leur contenu ? Dans quelle mesure des lignes directrices pourraient-elles et devraient-elles être contraignantes sur les juridictions de recours des décisions de l'Autorité de concurrence ?

L'APDC a déjà partiellement répondu à ces questions (voir, en particulier, les réponses aux questions n^{os} 1 et 11). Compte tenu du fait, comme le reconnaît la Commission elle-même, que la sanction doit être appréciée cas par cas, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence devraient constituer tout au plus un « guide de motivation » des décisions de sanctions de l'Autorité. Pour ce faire, elles devraient contenir, non pas des modalités mécaniques de calcul, mais les principes régissant la fixation des sanctions. Elles devraient contenir par exemple :

- 1) des indications sur la méthodologie à suivre pour évaluer la sanction, sans entrer dans des éléments chiffrés a priori ;
- 2) les indications précises quant à la méthode pour évaluer l'importance du dommage à l'économie ;
- 3) dans quelle mesure et quelles conditions sont pris en compte :
 - la durée de l'infraction ;
 - le chiffre des ventes sur le(s) marché(s) concerné(s) par la pratique en cause ;
 - les chiffres d'affaires globaux de l'entreprise concernée et/ou celui du groupe (voir aussi *supra* questions n^{os} 2 et 6) ;
- 4) l'énoncé et la définition des éléments constituant des facteurs « aggravants » en particulier la réitération (sous réserve de la question n^o 11), facteur aggravant qui peut aujourd'hui aboutir au doublement de la sanction dans certains cas ; il conviendrait donc d'apporter un certain nombre de précisions : (i) fixer le délai maximum de la réitération – qui selon l'Autorité de la concurrence peut aller jusqu'à vingt ans – et que l'ADLC suggère de porter à un maximum de 10 ans, cette période étant déjà très longue dans la vie économique actuelle ; (ii) limiter expressément l'application de cette circonstance aggravante à la répétition d'infractions ayant la même base légale, solution d'ailleurs adoptée par la jurisprudence communautaire ; (iii) écarter l'existence d'une réitération d'infraction à l'encontre d'une société-mère lorsque la première infraction a été commise par une société filiale avant que celle-ci ne soit intégrée dans le groupe en question... Cette liste n'est pas limitative ;

- 5) la définition et l'énoncé à titre exemplatif des éléments d'atténuation tenant en particulier (mais pas seulement) au rôle joué par l'entreprise, à sa situation...
- 6) La reconnaissance explicite de la mise en œuvre des programmes de conformité au droit de la concurrence comme une circonstance de nature à atténuer le montant des sanctions pécuniaires.

Comment faut-il articuler le droit sur les PAC au niveau national et au niveau international ?

14. Dans quelle mesure faut-il s'inspirer de la procédure européenne ou des procédures nationales dans les Etats Membres voisins ?

Le principe d'autonomie procédurale, en vertu duquel les autorités nationales disposent de la compétence de fixer les règles de forme et de procédure relatives à la mise en œuvre du droit communautaire ne doit pas empêcher le droit français de la concurrence de s'inspirer de la jurisprudence communautaire, notamment en ce qui concerne le respect du contradictoire et l'obligation de motivation des décisions de sanction.

Pour autant, les particularités des Etats membres peuvent conduire à des approches quelque peu différentes - notamment quant à la méthode d'évaluation - sans pour autant créer de distorsion réelle quant à la politique générale en la matière, qui doit être fondée sur la recherche de la sanction la mieux appropriée et respectant les principes fondamentaux de légalité, de proportionnalité et de personnalité applicables à ces sanctions de nature clairement répressives.

Fait à Paris le 17 juin 2010