

Communiqué du 16 mai 2011
relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires¹

I. Les dispositions applicables à la détermination des sanctions pécuniaires

1. Le deuxième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ci-après le « TFUE ») habilite l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« Autorité ») à infliger des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, ainsi que par les articles 101 et 102 TFUE.
2. Ce pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires constitue un des différents moyens attribués à l'Autorité en vue de lui permettre d'accomplir la mission de régulation concurrentielle que lui confie l'article L. 461-1 du code de commerce. Cette mission contribue à faire en sorte que la liberté dont disposent les acteurs économiques pour innover, produire et diffuser des biens et des services de qualité au meilleur prix ne donne pas lieu à des ententes ou à des abus portant atteinte au fonctionnement concurrentiel de l'économie ainsi qu'à d'autres entreprises, aux consommateurs et, finalement, à la croissance et au bien-être de la collectivité dans son ensemble. Elle implique de poursuivre une politique de surveillance des marchés et d'orientation des comportements dans le sens du respect des règles de concurrence, mais également de prévention, de détection, de correction et de sanction des infractions à ces règles.

¹ Mis à jour le 20 octobre 2017 pour tirer les conséquences du communiqué du 19 octobre 2017 et de la loi du 6 août 2015.

3. Le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, relatif aux critères de détermination des sanctions pécuniaires, dispose que :

« 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 [titre VI du livre IV du code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »

4. Le quatrième alinéa du I du même article, relatif au montant maximum des sanctions pécuniaires, dispose que :

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

5. Ces dispositions ont été modifiées, en dernier lieu, par l'article 73 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dans le but, rappelé par l'exposé des motifs de cette loi, de « renforcer le caractère dissuasif » des sanctions pécuniaires. A cette fin, le législateur a tout d'abord ajouté la réitération aux critères à prendre en considération pour déterminer ces sanctions. Il a également voulu que les sanctions pécuniaires soient « mieux adaptées aux pratiques mises en œuvre par [des] groupe[s] », en prenant en compte « le chiffre d'affaires du groupe auquel [l'entreprise] appartient ». Il a par ailleurs mis l'Autorité en mesure de « prendre comme référence le chiffre d'affaires mondial de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre », et non plus le dernier chiffre d'affaires réalisé en France, pour « faire échec aux stratégies d'évasion » ayant pu être constatées par le passé. Il a enfin décidé que « le plafond des sanctions [serait] augmenté », en étant porté à 10 % du chiffre d'affaires mondial, en cohérence avec ce qui est prévu par le droit de l'Union européenne comme par celui de nombreux autres États membres.

II. Le contenu du présent communiqué

6. Le présent communiqué explique la méthode suivie en pratique par l'Autorité lorsqu'elle détermine les sanctions pécuniaires qu'elle impose au cas par cas en vertu du I de l'article L. 464-2 du code de commerce². Il synthétise également les principaux aspects de la

² Il ne traite donc pas des sanctions pécuniaires pouvant être imposées par l'Autorité en vertu d'autres dispositions, telles que le V de l'article L. 464-2, l'article L. 464-3 et l'article L. 430-8 du code de commerce.

pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de sanctions pécuniaires, telle que celle-ci s'est développée sous le contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris, elle-même placée sous celui de la Cour de cassation.

7. Il engage l'Autorité, qui doit déterminer les sanctions pécuniaires qu'elle impose de façon cohérente. Il lui est donc opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné.
8. Il pourra être complété ou modifié ultérieurement, au vu des développements de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris, mais aussi de celle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme.
9. Les sections qui suivent indiquent d'abord les objectifs du présent communiqué (III). Elles décrivent ensuite les grandes lignes de la méthode suivie par l'Autorité pour déterminer les sanctions pécuniaires imposées aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles (IV) et les points sur lesquels cette méthode est adaptée dans le cas de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres (V).

III. Les objectifs poursuivis par l'Autorité : accroissement de la transparence et enrichissement du contradictoire

10. La loi confère à l'Autorité un large pouvoir d'appréciation lui permettant de déterminer au cas par cas, en vertu de l'exigence légale d'individualisation et du principe de proportionnalité, les sanctions pécuniaires qu'elle prononce en application des critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce.
11. Comme l'a jugé la cour d'appel de Paris³, ces sanctions visent à punir les auteurs d'infractions aux règles de concurrence et à dissuader les agents économiques de se livrer à de telles pratiques. Leur détermination au cas par cas, en vertu des critères prévus par le code de commerce et dans le respect des principes généraux du droit, répond donc à un double objectif de répression et de dissuasion tant individuelle, c'est-à-dire vis-à-vis de l'entreprise ou de l'organisme concerné, que générale, c'est-à-dire vis-à-vis des autres agents économiques.
12. L'Autorité est compétente pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE, parallèlement aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres de l'Union. La Cour de justice a jugé à cet égard que : « [l']effectivité des sanctions infligées par les autorités de concurrence nationales ou [de l'Union] sur le fondement de l'article [103, paragraphe 2, sous a), TFUE] est

³ Cour d'appel de Paris, 9 avril 2002, *Géodis Overseas France*.

une condition de l'application cohérente des articles [101 et 102 TFUE] »⁴. Eu égard à ces impératifs, l'Autorité tient compte, dans la méthode qu'elle suit pour exercer concrètement son pouvoir d'appréciation à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, des principes de convergence dégagés par l'ensemble des autorités de concurrence européennes en vue de contribuer à garantir l'effectivité et la cohérence des approches retenues en matière de sanctions pécuniaires⁵.

13. La mise en œuvre de l'article L. 464-2 du code de commerce conduit l'Autorité à faire état, dans ses décisions imposant des sanctions pécuniaires aux entreprises ou aux organismes ayant enfreint les règles de concurrence, des principaux éléments pris en considération pour les déterminer. La motivation de ces décisions, qui s'est beaucoup étoffée au cours des dernières années, de même que celle des arrêts rendus par les juridictions de contrôle, contribue à assurer la transparence sur la façon dont le pouvoir d'appréciation conféré à l'Autorité est exercé au cas par cas. Pour autant, cette motivation est nécessairement liée aux faits et au contexte propres à chaque espèce. Par ailleurs, elle ne préjuge pas la façon dont l'Autorité peut être conduite à déterminer les sanctions pécuniaires dans d'autres affaires.
14. Dans ce contexte, la publication du présent communiqué, prévue par la loi⁶ dans la mesure où celui-ci revêt aux yeux de l'Autorité le caractère d'une directive au sens de la jurisprudence administrative⁷, vise à accroître la transparence, en faisant connaître par avance la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce. Elle permet aux intéressés de mieux comprendre comment sont fixées les sanctions pécuniaires, ainsi qu'aux juridictions de contrôle d'en vérifier plus aisément la détermination.
15. L'Autorité y décrit la méthode qu'elle suit en pratique à cet effet. Les différentes étapes de cette méthode structurent la façon dont l'Autorité exerce son pouvoir d'appréciation, sans se substituer à l'examen individualisé auquel elle procède dans chaque affaire, en fonction des circonstances propres à celle-ci. Le communiqué n'expose pas non plus en détail l'ensemble des considérations susceptibles d'être prises en compte dans ce cadre.
16. La détermination des sanctions pécuniaires peut en effet impliquer de prendre en considération, conformément à l'exigence légale d'individualisation, un grand nombre d'éléments dont la nature et l'importance peuvent varier d'une affaire à l'autre. Il n'est donc ni possible, ni souhaitable, tant du point de vue de l'Autorité que dans l'intérêt des entreprises et des organismes concernés, de concevoir, au-delà de la méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires, un barème mécanique permettant de prévoir par avance leur montant précis. Ce montant ne peut être pleinement compris qu'à la lecture de l'ensemble des motifs pertinents de la décision concernée et à la lumière du contexte de l'affaire en cause.

⁴ Cour de justice, 11 juin 2009, *X BV* (aff. C-429/07), point 37.

⁵ Voir le document publié par l'ECA (association des autorités de concurrence européennes) en mai 2008, « *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence : Principes pour une convergence* ». Ce document est disponible sur le site Internet de l'Autorité.

⁶ Article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁷ Conseil d'État, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*.

17. Les services d'instruction de l'Autorité signalent à l'entreprise ou à l'organisme concerné les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles d'influer, de leur point de vue, sur la détermination de la sanction par le collège, afin de mettre l'intéressé en mesure de présenter des observations à cet égard.
18. Cette communication intervient à l'occasion du rapport notifié au titre de l'article L. 463-2 du code de commerce, qui peut se référer en tant que de besoin aux éléments déjà portés à la connaissance des intéressés, en particulier dans la notification des griefs. Dans les cas où il n'est pas établi de rapport, en application de l'article L. 463-3 ou du III de l'article L. 464-2 du même code, elle intervient au plus tard dans une note complémentaire à la notification des griefs.
19. L'appréciation qui peut être faite des éléments mentionnés au point 17 ci-dessus et la détermination, selon la méthode décrite par le présent communiqué, du montant de la sanction qui en découle relèvent de la substance même de la délibération du collège, dont la décision motive les principales étapes du raisonnement suivi à cet effet.

IV. La méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires

20. Le code de commerce prévoit que les sanctions pécuniaires sont déterminées en fonction de quatre critères :
 - la gravité des faits ;
 - l'importance du dommage causé à l'économie ;
 - la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient, et
 - l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par les règles de concurrence.
21. La méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en œuvre ces critères au cas par cas, dans l'ordre prévu par le code de commerce, est la suivante. L'Autorité détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme en cause, en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui concernent tous deux l'infraction ou les infractions en cause (A). Ce montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme en cause, à l'exception de la réitération dont la loi a fait un critère autonome (B). Il est augmenté par la suite, pour chaque entreprise ou organisme concerné, en cas de réitération (C). Le montant ainsi obtenu est comparé au maximum légal, avant d'être réduit pour tenir compte, le cas échéant, de la clémence, puis ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme qui en a fait la demande (D).

A. Le montant de base

22. Le montant de base est déterminé pour chaque entreprise ou organisme en fonction de l'appréciation portée par l'Autorité sur la gravité des faits et sur l'importance du dommage causé à l'économie, critères dont l'appréciation au cas par cas peut conduire à tenir compte de différents éléments. La durée, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits que l'importance du dommage causé à l'économie, fait l'objet d'une prise en considération distincte sous ce double angle (1).
23. Pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retient, comme montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes, réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits ou de services en relation avec l'infraction ou, s'il y a lieu, les infractions en cause (2). La valeur de ces ventes constitue en effet une référence appropriée et objective pour déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire, dans la mesure où elle permet d'en proportionner au cas par cas l'assiette à l'ampleur économique de l'infraction ou des infractions en cause, d'une part, et au poids relatif, sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s), de chaque entreprise ou organisme qui y a participé, d'autre part. Elle est donc retenue par l'Autorité, à l'instar d'autres autorités de concurrence européennes, de préférence au chiffre d'affaires total de chaque entreprise ou organisme en cause, qui peut ne pas être en rapport avec l'ampleur de ces infractions et le poids relatif de chaque participant sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s).
24. Si la valeur de ces ventes est donc prise comme référence pour déterminer, dans un premier temps, le montant de base de la sanction pécuniaire en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, elle ne doit pas revêtir une importance disproportionnée par rapport à d'autres éléments à prendre en considération pour en fixer le montant définitif. Parmi ceux-ci figure en particulier le chiffre d'affaires total de l'organisme ou de l'entreprise en cause, qui est de nature à donner une indication de sa taille, de sa puissance économique et de ses ressources globales, sous réserve d'éventuelles difficultés affectant sa capacité contributive. C'est la raison pour laquelle l'Autorité tient notamment compte de cet élément, ainsi que, le cas échéant, du chiffre d'affaires total du groupe auquel appartient l'entreprise en cause, lorsqu'elle module, dans un second temps, le montant de base en fonction des autres critères prévus par le code de commerce (voir sections B, C et D ci-dessous).

1. L'appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie

a. La gravité des faits

25. L'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Dans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, elle apprécie globalement la gravité des faits, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement.

26. Pour apprécier la gravité des faits, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants, en fonction de leur pertinence :

– la nature de l'infraction ou des infractions en cause et des faits retenus pour la ou les caractériser (entente entre concurrents, qui peut elle-même revêtir un degré de gravité différent selon qu'il s'agit, par exemple, d'un cartel de prix ou d'un simple échange d'informations ; entente entre deux acteurs d'une même chaîne verticale, comme une pratique de prix de revente imposés par un fournisseur à des distributeurs ; abus de position dominante, qu'il s'agisse d'abus d'éviction ou d'exploitation), ainsi que la nature du ou des paramètres de la concurrence concernés (prix, clientèle, production, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison ; ces éléments revêtent une importance centrale dans le cas des pratiques anticoncurrentielles expressément visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 101 et 102 TFUE, en considération de leur gravité intrinsèque ;

– la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause (activité de service public, marché public, secteur ouvert depuis peu à la concurrence, etc.) et, le cas échéant, leur combinaison ;

– la nature des personnes susceptibles d'être affectées (petites et moyennes entreprises [PME], consommateurs vulnérables, etc.), et

– les caractéristiques objectives de l'infraction ou des infractions (caractère secret ou non, degré de sophistication, existence de mécanismes de police ou de mesures de représailles, détournement d'une législation, etc.).

b. L'importance du dommage causé à l'économie

27. Compte tenu de la nature répressive et dissuasive, mais en aucun cas réparatrice, des sanctions pécuniaires imposées aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles dans le but de rétablir et de préserver l'ordre public économique, le dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes victimes de l'infraction. Il ne se limite par ailleurs pas aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer au détriment des consommateurs intermédiaires ou finals et de la collectivité dans son ensemble, mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation. Il ne se réduit donc pas à une perte précisément mesurable.

28. Le dommage causé à l'économie ne se présume pas. L'Autorité en apprécie l'importance de façon objective, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce, sans toutefois devoir le chiffrer comme s'il s'agissait d'un préjudice individuel. Les éléments qu'elle prend en considération sont généralement de nature qualitative, mais peuvent également être de nature quantitative lorsque de tels éléments sont disponibles et fiables.

29. Lorsque les parties produisent, dans les délais impartis, des études économiques visant à mesurer certains aspects du dommage ayant, selon elles, pu être causé à l'économie, l'Autorité

s'engage à les soumettre à son analyse et à faire état du résultat de celle-ci dans sa décision. Ces études doivent être adaptées aux caractéristiques concrètes de la ou des pratique(s) et du ou des secteur(s) ou marché(s) concerné(s) par l'affaire. De plus, pour permettre à l'Autorité de s'assurer de leur caractère pertinent, vérifiable et robuste, elles doivent indiquer, en particulier, l'ensemble des données qu'elles utilisent, des paramètres et des hypothèses sur lesquels elles se fondent, ainsi que des méthodes qu'elles appliquent. Elles doivent aussi présenter, de façon synthétique, intelligible et objective, les résultats auxquels elles parviennent et les conséquences pouvant, selon leurs auteurs, en être tirées dans le cas d'espèce. Elles doivent enfin être accompagnées de l'intégralité des données et des programmes utilisés dans le cadre de leur réalisation, sauf à ce que l'Autorité en tire les conséquences dans son analyse.

30. Dans le cas où elle apprécie des éléments de nature quantitative, que ce soit de sa propre initiative ou lorsque les parties ont produit des études économiques, l'Autorité ne procède pas, ce faisant, à une reconstitution chiffrée, nécessairement hypothétique, de la situation qui aurait pu exister en l'absence d'infraction.
31. Dans le cas d'une infraction ou, s'il y a lieu, d'infractions commises par plusieurs entreprises ou organismes, l'Autorité apprécie globalement l'importance du dommage causé à l'économie, sans préjudice des éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacun d'entre eux, qui sont pris en considération ultérieurement.
32. Pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité tient notamment compte des éléments suivants, en fonction de leur pertinence et dans la mesure où elle en dispose :
 - l'ampleur de l'infraction ou des infractions (couverture géographique, nombre, importance et parts de marché cumulées des entreprises en cause, etc.) ;
 - les caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause (barrières à l'entrée, degré de concentration, élasticité-prix de la demande, marge, etc.) ;
 - les conséquences conjoncturelles de l'infraction ou des infractions (surprix escompté, absence d'une baisse de prix attendue, impact indirect sur des secteurs ou des marchés connexes, en amont ou en aval, etc.) ;
 - leurs conséquences structurelles (création de barrières à l'entrée, effets d'éviction, de discipline ou de découragement vis-à-vis des concurrents, baisse de la qualité ou de l'innovation, entrave au progrès technique, impact sur la compétitivité du secteur en cause ou d'autres secteurs, etc.), et
 - leur incidence plus générale sur l'économie, sur les opérateurs économiques en amont, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finals.

2. La détermination du montant de base

a. La valeur des ventes

33. La référence prise par l'Autorité pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie est la valeur de l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l'infraction, ou s'il y a lieu avec les infractions, vendues par l'entreprise ou l'organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle(s)-ci, sous réserve du point 37 ci-dessous. La qualification de l'infraction ou des infractions effectuée par l'Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services.
34. Les ventes en cause sont toutes celles réalisées en France.
35. Leur valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise ou de l'organisme concerné relatif aux produits ou services en cause.
36. L'entreprise ou l'organisme concerné fournit la valeur de ses ventes à l'Autorité, ainsi que l'ensemble des données nécessaires pour lui permettre d'en vérifier l'exactitude. Lorsque l'intéressé ne transmet pas ces données ou qu'elles apparaissent incomplètes ou insuffisamment fiables, l'Autorité n'est pas en mesure de recourir utilement à la valeur des ventes. Elle est alors conduite à se déterminer à partir des données dont elle dispose, comme le chiffre d'affaires total, même si ces données sont moins directement en rapport avec l'infraction ou avec les infractions commises et donc moins favorables pour l'intéressé.
37. Dans les cas où elle considère que le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction ne constitue manifestement pas une référence représentative, l'Autorité retient un exercice qu'elle estime plus approprié ou une moyenne d'exercices, en motivant ce choix.
38. Lorsque l'infraction est commise par un groupement d'entreprises, la valeur des ventes est celle réalisée par l'ensemble des entreprises membres du groupement.
39. La méthode décrite ci-dessus peut être adaptée dans les cas particuliers où l'Autorité estime que la référence à la valeur des ventes ou ses modalités de prise en compte aboutirait à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part. Il peut par exemple en être ainsi lorsque :
 - l'infraction consiste à s'entendre sur des commissions par lesquelles des entreprises se rémunèrent à l'occasion de la vente de certains produits ou services, auquel cas l'Autorité peut retenir ces commissions comme référence ;

– l’infraction consiste, pour une entreprise, à s’entendre avec d’autres pour s’abstenir d’effectuer des ventes en France, auquel cas l’Autorité peut tenir compte des ventes réalisées ailleurs dans l’Espace économique européen (EEE).

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

40. La proportion de la valeur des ventes réalisées durant l’exercice comptable de référence au sens du point 33 ci-dessus, que l’Autorité retient au cas par cas en considération de la gravité des faits et de l’importance du dommage causé à l’économie, est comprise entre 0 et 30 %.
41. Sous réserve du point 7 ci-dessus, cette proportion est comprise entre 15 et 30 % dans le cas des accords horizontaux entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients, ou encore une limitation de la production, en fonction de l’importance du dommage qu’ils causent à l’économie. En effet, ces pratiques se caractérisent par une manipulation directe des paramètres essentiels de la concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter du fait de leur caractère secret, raisons pour lesquelles elles se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont considérées comme « *injustifiables* » par l’OCDE⁸. Il pourra en être de même dans le cas d’autres pratiques anticoncurrentielles d’une gravité particulière.
42. Dans le cas des infractions qui se sont prolongées plus d’une année, leur durée est ensuite prise en considération selon les modalités suivantes. La proportion retenue par l’Autorité est appliquée, au titre de la première année complète de participation de chaque entreprise ou organisme en cause à l’infraction, à la valeur des ventes réalisées pendant l’exercice comptable de référence, et, au titre de chacune des années suivantes, à la moitié de cette valeur. Au-delà de la dernière année complète de participation à l’infraction, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.

B. L’individualisation

43. L’Autorité ajuste ensuite le montant de base pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, s’il y a lieu (1), et des autres éléments d’individualisation pertinents tenant à la situation de chaque entreprise ou organisme (2).

⁸ Recommandation n° C(98)35/Final du Conseil de l’OCDE du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.

1. Les circonstances atténuantes ou aggravantes

44. L'Autorité peut prendre en considération l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes, sur le fondement d'une appréciation tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce.
45. 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.
46. 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 capacité d'influence ou d'une autorité morale particulières, notamment parce qu'il est chargé d'une mission de service public.

2. Les autres éléments d'individualisation

47. 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 propres à la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné.
48. En particulier, elle peut l'adapter à la baisse pour tenir compte du fait que :
- l'entreprise concernée mène l'essentiel de son activité sur le secteur ou marché en relation avec l'infraction (entreprise « mono-produit ») ;
 - l'entreprise ou l'organisme concerné rencontre des difficultés financières particulières affectant sa capacité contributive ; cet ajustement est opéré au stade et selon les modalités prévus par la section D.3 ci-dessous.

49. Elle peut aussi l'adapter à la hausse pour tenir compte du fait que :
- l'entreprise concernée dispose d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes, notamment par rapport aux autres auteurs de l'infraction ;
 - le groupe auquel appartient l'entreprise concernée dispose lui-même d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes, cet élément étant pris en compte, en particulier, dans le cas où l'infraction est également imputable à la société qui la contrôle au sein du groupe.

C. La réitération

50. 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.
51. 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 fin 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 donné lieu au précédent constat d'infraction ;
 - ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique, et
 - le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné 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 en question est supérieur à 15 ans.
52. En cas de réitération, le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base effectuée suivant la méthode décrite à la section B ci-dessus, peut être augmenté dans une proportion comprise entre 15 et 50 %, en fonction notamment du délai séparant le début de la nouvelle pratique du précédent constat d'infraction et de la nature des différentes infractions en cause.

D. Les ajustements finaux

53. Le montant définitif de la sanction pécuniaire est comparé au maximum légal (1). Il intègre ensuite, le cas échéant, l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la clémence (2). Il est enfin ajusté, lorsqu'il y a lieu, au vu de la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme en cause (3).
54. Les ajustements individuels visés par la section 2 ci-dessous sont effectués après la vérification du maximum légal dans le but d'assurer en tout état de cause aux entreprises ou organismes concernés le bénéfice concret de l'exonération ou de la réduction de sanction accordée au titre de la clémence. Les ajustements visés par la section 3 ci-dessous le sont quant à eux pour leur garantir la prise en compte effective d'une capacité contributive amoindrie au moment de la prise de décision par l'Autorité.

1. La vérification du respect du maximum légal

55. L'Autorité vérifie que le montant de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base effectuée suivant la méthode décrite à la section B ci-dessus ou, s'il y a lieu, de la prise en compte de la réitération selon les modalités décrites à la section C ci-dessus, n'excède pas le maximum légal.
56. Conformément au I de l'article L. 464-2 du code de commerce, lorsque le contrevenant est une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.
57. Lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 3 millions d'euros.
58. Lorsque l'Autorité statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 du même code, ce montant maximum est fixé à 750 000 euros.
59. Si elle excède le montant maximum applicable, la sanction pécuniaire est ramenée à ce chiffre.

2. La prise en considération de la clémence

60. S'il y a lieu, l'Autorité réduit ensuite le montant de la sanction pécuniaire pour tenir compte de l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la clémence régie par le IV de l'article L. 464-2 du code de commerce. Cette réduction se fait selon les modalités pratiques indiquées par le communiqué de procédure pertinent publié par l'Autorité⁹.

3. La capacité contributive

61. Si les éventuelles difficultés générales du secteur concerné par les infractions ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du code de commerce, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises ou organismes peuvent être prises en compte dans le cadre de la détermination de leur sanction, si ceux-ci rapportent la preuve, chacun en ce qui le concerne, de leurs difficultés contributives.
62. Lorsqu'une entreprise ou un organisme entend se prévaloir de l'existence de difficultés financières particulières affectant sa capacité contributive, il en fait la demande écrite à l'Autorité, qui l'apprécie selon les modalités pratiques suivantes.
63. Pour permettre à l'Autorité de tenir compte de telles difficultés, l'entreprise ou l'organisme concerné doit, tout d'abord, en faire état à l'occasion de sa réponse au rapport prévu par le deuxième alinéa de l'article L. 463-2 du code de commerce ou, en cas de mise en œuvre de l'article L. 463-3 ou du III de l'article L. 464-2 du même code, au plus tard un mois avant la séance. Au cas où ces difficultés surviennent ultérieurement, il doit en être fait état dès leur survenance, et au plus tard à l'occasion de la séance prévue par l'article L. 463-7 de ce code.
64. Il appartient, ensuite, à l'entreprise ou à l'organisme concerné de justifier l'existence des difficultés financières particulières dont il se prévaut et leur incidence sur sa capacité contributive, en s'appuyant sur les éléments énumérés dans le questionnaire mis à leur disposition par l'Autorité¹⁰ et le cas échéant sur d'autres documents. Une réduction du montant final de la sanction pécuniaire ne peut être accordée à ce titre que si ces éléments constituent des preuves fiables, complètes et objectives attestant l'existence de difficultés réelles et actuelles empêchant l'entreprise ou l'organisme en cause de s'acquitter, en tout ou partie, de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée. La situation de l'intéressé s'apprécie au jour de la prise de la décision de l'Autorité et au regard de l'ensemble des exercices pertinents.
65. L'Autorité peut, par ailleurs, imposer une sanction pécuniaire symbolique dans certains cas particuliers, comme celui d'une entreprise unipersonnelle ou d'une association régie par la loi de 1901 n'ayant la capacité de mobiliser que de faibles ressources. Elle vérifiera, dans ce

⁹ Voir le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français. Ce document est disponible sur le site Internet de l'Autorité.

¹⁰ Questionnaire relatif à la capacité contributive des entreprises et organismes. Ce document est disponible sur le site Internet de l'Autorité.

dernier cas, que l'association n'a pas, au-delà de ses ressources immédiatement disponibles, la possibilité de faire appel à ses membres pour lever les fonds nécessaires au paiement de la sanction pécuniaire.

V. L'adaptation de la méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires dans le cas de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres

66. La méthode décrite à la section IV.A.2 ci-dessus sera adaptée dans les cas de pratiques anticoncurrentielles portant sur un ou plusieurs appels d'offres ponctuels et ne relevant pas d'une infraction complexe et continue. En effet, la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique de ces pratiques, qui revêtent un caractère instantané, et du poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y prend part, en particulier lorsque leur implication consiste à réaliser des offres de couverture ou à s'abstenir de soumissionner.

67. Le montant de base de la sanction pécuniaire résultera alors de l'application d'un coefficient, déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, au chiffre d'affaires total réalisé en France par l'organisme ou par l'entreprise en cause, ou par le groupe auquel l'entreprise appartient, en principe pendant l'exercice comptable complet au cours duquel a eu lieu l'infraction ou du dernier exercice comptable complet s'il en existe plusieurs. Ce coefficient tiendra compte du fait que ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret.