

... Étude thématique

Étude thématique

Sanctions, injonctions, engagements, transaction
et clémence : les instruments de la mise en œuvre
du droit de la concurrence

Introduction	99
Les sanctions pécuniaires et les injonctions	102
Nature et finalités des sanctions pécuniaires du Conseil	103
L'appréciation des sanctions pécuniaires	108
Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions	134
Procédures de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements	134
La procédure de clémence	157
L'articulation des procédures	173
Conclusion	177

Étude thématique

■ Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence

*Rédacteurs :
Christophe Lemaire, Denis Lescop,
Irène Luc, Nadine Mouy*

■ Introduction

Le montant des sanctions pécuniaires prononcées au cours de l'année 2005 par le Conseil de la concurrence confirme la tendance à l'alourdissement des sanctions infligées par les autorités de concurrence observée au cours des années récentes¹. Cette tendance n'est qu'en partie imputable à une plus grande sévérité des autorités de concurrence qui souhaitent accroître l'efficacité de leur action : les mouvements de concentration des entreprises et de mondialisation des marchés contribuent aussi à aggraver les dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles et à élargir l'assiette des sanctions.

En France, cette recherche d'une plus grande efficacité s'est traduite, dans la loi NRE du 15 mai 2001, par une hausse du plafond légal des sanctions pécuniaires et par l'introduction de procédures alternatives, mouvement complété par l'ordonnance du 4 novembre 2004. Ces deux textes ont considérablement

1. Aux États-Unis, une amende de 500 millions de dollars a été infligée dans l'affaire du cartel des vitamines ; en Allemagne, le BKartAmt a condamné le 14 avril 2003 des cimentiers à une amende de 660 millions d'euros ; la Commission européenne a infligé une amende de 855,2 millions d'euros en novembre 2001 dans l'affaire du cartel des vitamines et une amende de 497 millions d'euros à Microsoft en mars 2004.

enrichi la palette d'instruments dont dispose le Conseil de la concurrence pour appliquer les dispositions du titre II du Livre IV du Code de commerce. La conclusion des premières affaires, dans lesquelles a pu être prise en compte la volonté ainsi exprimée par le législateur, permet de redessiner les contours des pouvoirs du Conseil, ainsi rééquilibrés par la possibilité de combiner l'instrument dissuasif que constituent les amendes avec ces nouveaux modes d'intervention fondés sur une part de négociation avec les entreprises.

D'une certaine manière, c'est l'ensemble de la politique de concurrence du Conseil qui doit être mise en cohérence dans un cadre procédural élargi, en tenant compte de l'efficacité respective des différents instruments et de leurs interactions, et non pas seulement dans le cadre étroit de la politique de sanctions.

S'agissant des seules sanctions pécuniaires, cette étude n'a pas vocation à constituer des lignes directrices à valeur quasi normative, associant par exemple une échelle de sanctions pécuniaires à des catégories de pratiques, ou à présenter une méthodologie du calcul des sanctions pécuniaires. La référence faite par la loi à l'importance du dommage à l'économie, et donc à des configurations de marché variées et complexes, et à la situation de l'entreprise, interdit une appréciation forfaitaire des sanctions. De fait, les lignes directrices de 1998 de la Commission européenne ne s'appuient que sur les seuls critères de la gravité et de la durée des pratiques.

Il est néanmoins possible de clarifier la spécificité et la complémentarité des instruments dont dispose le Conseil, ainsi que les raisonnements sur lesquels il s'appuie dans l'appréciation des critères définis par la loi, étant rappelé que la diversité des circonstances propres à chaque espèce confère nécessairement une valeur uniquement indicative à cette clarification.

Chargé de défendre l'ordre public économique dans sa dimension concurrentielle, le Conseil dispose de plusieurs moyens d'intervention, ainsi que le ministre de l'Économie l'a rappelé à l'occasion de l'installation du Conseil, le 20 février 1987, dans un discours où il s'adressait à cette nouvelle institution ² :

- pédagogique : « ... *Par les décisions que vous prendrez, vous indiquerez aux entreprises et organisations professionnelles les limites au-delà desquelles elles ne sauraient aller sans porter atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché* » ;
- dissuasif : « ... *La politique que vous mettrez en œuvre en matière d'amendes aura sans nul doute une extrême importance ; elle ne saurait se concevoir comme un instrument répressif, une sorte de "punition", mais elle doit constituer pour les entreprises un risque, une menace sérieuse qu'elles ne sauraient écarter du calcul économique préalable à l'adoption de comportements illicites. Au regard des avantages que ces entreprises escomptent retirer de la mise en œuvre de comportements anticoncurrentiels, doit exister l'inconvénient économique d'amendes significatives en cas de poursuites. Cette dimension particulière de la politique en matière d'amendes a été soulignée à plusieurs reprises par la Commission des*

2. Cf. p. XXVI du rapport annuel 1987.

communautés européennes dans l'exercice de ses propres pouvoirs et c'est une dimension à ne pas négliger » ;

- correctif : « ... Les interventions contentieuses du Conseil de la concurrence doivent avoir pour effet de rétablir des conditions de fonctionnement concurrentiel du marché. C'est la finalité du pouvoir d'injonction qui vous est conféré par l'ordonnance... L'expérience et l'acquis que constituent tant la jurisprudence de la Commission de la concurrence que celles des communautés européennes témoignent de l'importance de cette mission qui vous est impartie. »

L'aspect pédagogique de la mission du Conseil, qui s'exprime par son pouvoir de donner des avis sur des questions de concurrence, mais aussi par la bonne motivation de ses décisions contentieuses, peut être rapproché, au niveau des moyens techniques d'intervention qui lui sont dévolus, de son pouvoir d'ordonner la publication de ses décisions.

Au mode d'action correctif se rattache également le pouvoir, plus récemment conféré au Conseil, de recueillir des engagements des entreprises, que ce soit dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs ou dans le cadre de la procédure d'engagements elle-même.

Cette distinction, adoptée pour la clarté de l'exposé, n'épuise pas la complexité de ces divers outils, qui ne sont jamais totalement dédiés à une seule mission du Conseil. Il est, par exemple, évident que les sanctions pécuniaires ont aussi une fonction pédagogique et régulatrice et que les décisions de publication ne sont pas dépourvues de portée répressive ou stigmatisante, ce qui les rend particulièrement redoutées par les entreprises.

L'article L. 464-2 du Code de commerce, qui récapitule les divers outils du Conseil, manifeste une gradation dans les mesures que peut prendre le Conseil.

L'injonction, qui consiste à ordonner le rétablissement d'une situation de concurrence, de faire cesser un trouble et d'éviter son renouvellement, présente un caractère de réparation et de prévention. Elle est considérée comme une sanction administrative, au même titre que les sanctions pécuniaires et sa non-exécution est elle-même réprimée par une amende.

Ce pouvoir d'injonction est présenté dans la loi comme le premier mode d'intervention du Conseil. Il a d'ailleurs été beaucoup utilisé dans les premières années d'activité de la nouvelle autorité qui considérait qu'une atteinte à la concurrence de faible ampleur ou le fait que les parties aient pu se tromper sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques, compte tenu d'une jurisprudence encore mal établie, justifiaient de telles mesures, à l'exclusion de sanctions pécuniaires. L'efficacité de cet instrument est néanmoins étroitement liée à celui des sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées en cas de non-respect de ces injonctions (article L. 464-3) et, depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, par la possibilité de prononcer des astreintes (article L. 464-2).

Les sanctions pécuniaires sont appliquées aux pratiques qui appellent une répression plus sévère, distincte de la seule réparation de l'ordre concurrentiel. Elles constituent aujourd'hui le mode d'intervention du Conseil le plus fréquent, qu'elles soient ou non accompagnées d'injonctions. La sanction a

un caractère rétributif, punir le coupable à hauteur de la faute commise, et un effet dissuasif qui s'attache à son exemplarité pour prévenir la commission de l'infraction ; en droit de la concurrence, elle a également une fonction de rétablissement de l'ordre public économique, ce qui la distingue d'une sanction pénale.

Les sanctions pécuniaires et les injonctions feront l'objet du premier chapitre (« Les sanctions pécuniaires et les injonctions ») consacré aux instruments traditionnels du Conseil.

Les procédures récentes de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements, qui aboutissent en cas de succès à une réduction de l'amende encourue ou à la clôture d'une affaire sans prononcé de sanction, privilégient le rétablissement de la concurrence par l'action immédiate de l'entreprise en cause plutôt que par l'incitation indirecte résultant de la sanction. Ce rétablissement est obtenu par le biais de « solutions négociées » entre les entreprises et le Conseil. La non-contestation des griefs accélère la procédure et conduit à une atténuation des sanctions moyennant des engagements comportementaux de l'entreprise, la procédure d'acceptation d'engagements permet un classement des poursuites, les préoccupations soulevées par les pratiques ayant disparu.

Les engagements résultant de procédures négociées avec les entreprises constituent des mesures mieux adaptées aux réalités de la vie économique que ne le seraient des mesures imposées par l'autorité de concurrence. En effet, la participation volontaire des entreprises à la définition des mesures correctrices permet de pallier les asymétries d'information entre les autorités de contrôle et les entreprises. Cet objectif ne peut cependant être atteint que si les sanctions pécuniaires sont suffisamment dissuasives pour inciter les entreprises à offrir leur coopération au Conseil. Ces procédures négociées ont également pour effet d'accroître la probabilité de détection des pratiques anticoncurrentielles, et donc le caractère dissuasif des sanctions, de façon indirecte, en favorisant un meilleur usage des ressources affectées à la mise en place de la politique de la concurrence, et de façon directe, avec la procédure de clémence.

Ces nouveaux outils accentuent le rôle de régulateur du Conseil au regard de ses missions plus traditionnelles qui le rapprochent d'une juridiction. Ils seront étudiés, avec la clémence, dans le second chapitre (« Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions ») de l'étude.

■ Les sanctions pécuniaires et les injonctions

Seul le Conseil dispose du pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires et des injonctions en cas d'infraction aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-4 du Code de commerce. La violation de ces mêmes dispositions peut également entraîner un certain nombre d'actions devant les juridictions judiciaires et administratives, auxquelles il revient de tirer les conséquences de ces infractions en annulant les actes ou contrats en cause et en accordant, le cas échéant, une indemnisation aux victimes de ces pratiques.

Les sanctions pécuniaires du Conseil ont une double nature, punitive et préventive. Elles sont conçues pour être dissuasives, et donc réguler les comportements à venir dans le sens d'une plus grande efficacité économique. Mais les montants élevés qu'elles doivent pouvoir atteindre, pour être dissuasives et leur publicité, leur confèrent également un caractère punitif et, à ce titre, elles doivent vérifier tous les principes et présenter toutes les garanties propres au régime des sanctions.

Si les injonctions, qui permettent d'agir directement sur le comportement des entreprises, ont un aspect correctif, elles revêtent également un caractère contraignant, qui exige également que soient garantis certains principes juridiques essentiels dans la procédure suivie devant le Conseil. De plus, leur non-respect expose à des sanctions pécuniaires.

Nature et finalités des sanctions pécuniaires du Conseil

Lors d'une table ronde de l'OCDE en 1997, M. Guy Canivet, alors premier président de la cour d'appel de Paris, précisait : « *On sait que d'une manière générale, une sanction, quelle qu'elle soit, a une double fonction : la première est de punir le coupable à la mesure de la faute commise, c'est ce qu'on appelle le caractère rétributif de la peine, la seconde est de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre une telle infraction, c'est l'exemplarité de la peine. Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence, l'utilité de la peine se mesure à son caractère dissuasif, c'est-à-dire sa propriété à faire en sorte que les opérateurs économiques comprennent qu'ils n'ont plus intérêt à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles et qu'ils y renoncent.* »

C'est cette double finalité, dissuasive et punitive, qui contraint le niveau des sanctions. En revanche, les sanctions pécuniaires infligées par les autorités de la concurrence n'ont pas pour objectif de réparer les dommages, subis par les consommateurs ou par les entreprises, victimes des pratiques mises en cause.

Le rôle dissuasif de la sanction

La notion de dissuasion repose sur le principe d'efficacité préventive de la sanction : une sanction efficace envoie à l'ensemble des contrevenants potentiels un signal les incitant à ne pas commettre de pratiques anticoncurrentielles. Le niveau de la sanction optimale dépend toutefois du type de dommage que l'on cherche à éviter³.

Le niveau optimal de la sanction dépend aussi de la probabilité de détection des pratiques par les autorités de concurrence.

3. Wouter P.J. Wils, Optimal Antitrust Fines : Theory and Practice, Journal of Competition Law and Economics, Vol., n° 4, December 2005.

Dissuader les pratiques qui portent atteinte au bien-être du consommateur : une approche économique

La sanction peut avoir pour objectif, dans la ligne d'un article fondateur de Gary S. Becker (1968)⁴, de dissuader des agents rationnels d'adopter des comportements économiquement inefficaces pour la société, c'est-à-dire des comportements qui causent aux consommateurs et aux concurrents un dommage supérieur au profit individuel que l'entreprise contrevenante tire de la pratique⁵. Ce type de sanction sauvegarde l'efficacité économique des marchés en empêchant la mise en œuvre de pratiques qui conduiraient à des pertes d'échanges mutuellement profitables. La sanction doit alors être au moins égale aux pertes que peuvent subir les différents agents : si le bénéfice qu'en attend l'entreprise est inférieur à ces pertes, elle renoncera à mettre en œuvre les pratiques.

La sanction optimale de Becker n'a cependant pas d'effet dissuasif sur les pratiques qui causent un dommage inférieur ou égal au bénéfice que l'entreprise tire des pratiques. Ce peut être le cas d'ententes sur les prix de biens de première nécessité : même si leur prix augmente du fait de l'entente, les consommateurs ne diminuent pas leur consommation, mais sont contraints de payer le bien en question plus cher. Ils subissent des pertes par rapport à ce qu'ils auraient payé en l'absence de l'entente, pertes qui sont captées sous forme de bénéfice supplémentaire par les entreprises parties à l'entente. Globalement, les pertes d'efficacité pour l'économie peuvent être nulles, ce qui est perdu par les consommateurs étant gagné par les entreprises contrevenantes.

Si l'objectif prioritaire d'une politique de concurrence est le bien-être du consommateur et que l'on cherche donc à dissuader toute pratique par laquelle une entreprise ou un groupe d'entreprises, en abusant d'un pouvoir de marché ou en se concertant, spolie les consommateurs, alors les entreprises doivent anticiper une sanction qui, au minimum, annule tout le bénéfice qu'elles pourraient tirer de la pratique (ou surprofit).

Or, pour le Conseil, « *la régulation à laquelle il participe et l'efficacité économique qu'il vise est celle permettant d'atteindre au maximum de bien-être du consommateur, ou, plus précisément, de son surplus* »⁶. Cette primauté donnée au bien-être du consommateur ressort explicitement des dispositions du Code de commerce relatives à la possibilité d'exonérer des pratiques qui ont pour effet d'assurer un progrès économique si « *elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* » (2° du I de l'article L. 420-4), qui reprend les dispositions de l'article 81-3 du traité CE. La jurisprudence des autorités de concurrence nationales et communautaire en matière de contrôle des concentrations exige également que les gains d'efficacité susceptibles de compenser l'atteinte à la concurrence portée par une fusion, bénéficient aux consommateurs. De même, le projet de lignes directrices de la

4. Gary S. Becker (1968), « Crime and punishment : an economic approach », *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2.

5. Emmanuel Combe : Quelles sanctions dans la lutte contre les cartels ? Une perspective économique, *Revue internationale de droit économique*.

6. Philippe Nasse : L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions, LGDJ, Droit et Économie.

Commission, concernant l'application de l'article 82 aux abus de position dominante, précise que les pratiques d'exclusion prohibées par l'article 82 sont celles qui, *in fine*, portent atteinte au bien-être du consommateur.

La prépondérance accordée aux intérêts des consommateurs est de fait consacrée dans la jurisprudence du Conseil et des Cours supérieures. Ainsi, la faible élasticité de la demande, parfois approchée à travers les notions de « clientèle captive » ou de « bien de première nécessité » est systématiquement considérée comme un facteur d'aggravation du dommage causé à l'économie par une pratique et donc de la sanction.

Le niveau de sanction optimal pour dissuader les entreprises d'adopter des comportements préjudiciables au bien-être des consommateurs est un multiple du bénéfice tiré de la pratique (ou surprofit). Certaines autorités de concurrence ont d'ailleurs défini le mode de calcul des sanctions par référence directe au surprofit. Les États-Unis prennent ainsi en compte le chiffre le plus élevé résultant de la comparaison entre une évaluation basée sur la gravité, le surprofit et le dommage à l'économie. L'Allemagne a longtemps fixé le plafond des sanctions à trois fois le surprofit. Dans son projet de lignes directrices, la Commission européenne envisage, quant à elle, d'augmenter la sanction jusqu'au niveau du surprofit si celui-ci est quantifiable.

Il convient de noter que le rapport entre le bénéfice retiré de la pratique et le chiffre d'affaires de l'entreprise peut être très variable. Il dépend de l'effet sur les prix de la pratique, et donc indirectement, du dommage à l'économie, mais aussi du taux de marge des entreprises. Pour des entreprises qui ont des taux de marge faibles, comme par exemple la grande distribution (2-5 %), un pourcentage du chiffre d'affaires représente une proportion du profit global plus élevée que pour une entreprise appartenant à un secteur économique dans lequel les marges sont beaucoup plus élevées (> 15 % dans le secteur des mobiles).

Un arbitrage entre le coût de la détection et la soutenabilité des sanctions

Le caractère dissuasif de la sanction dépend également de la probabilité de détecter les pratiques et donc de l'efficacité des mécanismes de contrôle et de surveillance mis en place par les pouvoirs publics.

Schématiquement, si une entreprise retire un bénéfice de 100 euros de la pratique anticoncurrentielle et si la probabilité de se faire prendre est de 10 %, alors la sanction dissuasive s'élève à $100/10\% = 1\ 000\ €$.

Étant donné le coût de la détection, les travaux de Becker et de ses successeurs⁷ préconisent une sanction pécuniaire très élevée avec une faible surveillance et donc une faible probabilité de détection. Wils⁸ signale deux faiblesses majeures de cette solution.

7. Voir par exemple, A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell (2000), « The economic theory of public enforcement of law », *Journal of economic literature*, vol. XXXVIII ou A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell (1979), « The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines », *The American Economic Review*, Vol. 69, n° 5.

8. *Ibid.*

En premier lieu, la dissuasion repose, non sur les sanctions réellement infligées *ex post*, mais sur les anticipations des entreprises sur le niveau des sanctions encourues. Or, les entreprises fondent ces anticipations sur les informations qu'elles peuvent rassembler, avec un biais pour les informations récentes et proches d'elles. Des sanctions très élevées mais prononcées rarement, et dont l'effet pédagogique se dissiperait au fil du temps, auraient donc une efficacité plus limitée que des sanctions moins élevées mais plus fréquentes.

En second lieu, le niveau des amendes est contraint par la capacité des entreprises à payer. Des amendes trop élevées risquent de mettre en danger leur survie ou tout du moins de les fragiliser, entraînant ainsi d'autres inefficacités : par exemple, le paiement des amendes peut amoindrir leur capacité concurrentielle dans des proportions telles que le bilan économique global de la politique de concurrence et son impact sur le bien-être du consommateur en seront affectés. La sanction optimale doit donc tenir compte de la capacité à payer des entreprises, ce qui rejoint le principe constitutionnel d'individualisation (ou personnalisation) des peines.

Le caractère dissuasif des sanctions peut aussi être renforcé par d'autres moyens. En particulier, une certaine transparence ou observabilité *ex ante* est nécessaire pour permettre aux entreprises d'intégrer la sanction et la probabilité de détection dans leurs stratégies. Par ailleurs, une politique de communication active de l'autorité de concurrence sur les sanctions infligées accroît encore leur exemplarité et leur visibilité pour les entreprises et assure la mise à jour régulière de leurs anticipations sur le niveau des sanctions encourues.

Enfin, la complémentarité des autres moyens d'action dont disposent les autorités de concurrence et des sanctions pécuniaires peut être utilisée pour renforcer le caractère dissuasif de ces dernières. Les injonctions revêtent un caractère pédagogique mais aussi punitif lorsque, à l'instar des injonctions de publication, elles agissent sur la réputation et l'image de l'entreprise. De même, le programme de clémence dissuade les cartels en augmentant l'incitation des participants à sortir de l'entente et la probabilité d'être pris.

Enfin, la possibilité dont dispose le Conseil d'adresser au procureur de la République les dossiers qui lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce, c'est-à-dire la mise en cause pénale des personnes physiques ayant pris, de manière frauduleuse, une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, complète le dispositif dont dispose le Conseil.

Les principes de proportionnalité et de personnalisation des sanctions

Cette approche opérationnelle de la politique de sanctions du Conseil, axée sur l'objectif de dissuasion, doit être placée dans le cadre des principes fondamentaux du droit, qui exigent que les peines soient proportionnées à la faute commise et individualisées en fonction de la situation personnelle du contrevenant.

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à toute la

« matière pénale », qui, au-delà des qualifications juridiques nationales, recouvre non seulement les infractions pénales, mais aussi les sanctions administratives prononcées par les autorités administratives indépendantes. L'application de ces sanctions suppose le respect des garanties élémentaires concédées aux personnes poursuivies et inscrites dans l'article 6 de la Convention. Ainsi, en matière de concurrence, la Commission des droits de l'homme, dans une décision du 30 mai 1991 (Stenuit/France), a considéré que les amendes infligées par le ministre des Finances en matière de concurrence entraînent dans la matière pénale : « *Le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffit à établir [...] la nature pénale de l'infraction litigieuse.* »

De même, la Cour de justice des communautés européennes applique certaines des garanties pénales aux sanctions administratives prononcées par la Commission européenne. S'agissant des droits de la défense, l'alignement du régime des sanctions administratives sur celui des sanctions pénales est décrit dans un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 13 février 1979 Hoffmann – La Roche (9^e et 11^e considérants) : « *Le respect des droits de la défense, dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions [...] constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif.* »

En France, les juridictions nationales appliquent depuis longtemps l'article 6 aux sanctions administratives qui présentent une coloration pénale.

La Cour de cassation a pleinement soumis à cet article les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence. Les moyens tirés de la violation des droits de la défense, des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, de même que le principe de loyauté dans la recherche des preuves ont toujours été examinés à tous les stades de la procédure.

La cour d'appel de Paris en a ainsi explicité les motifs dans un arrêt du 6 mai 1997 : « *Considérant que les prescriptions de l'article 6 de la Convention s'appliquent aux sanctions pécuniaires prévues par l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (ancien article L. 464-2 du Code de commerce) qui bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale, par leur montant élevé (5 % du chiffre d'affaires pour une entreprise et 10 millions de francs lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise) et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs des faits contraires aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance précitée et à dissuader les agents économiques de se livrer à de telles pratiques.* »

Le Conseil constitutionnel, qui a depuis longtemps admis la légalité des sanctions administratives, leur a expressément étendu certaines des garanties applicables aux sanctions pénales, tout en préservant leur spécificité au regard de la mission de régulation des autorités de marché. Se fondant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, aux termes duquel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* », le Conseil constitutionnel a ainsi exposé que devaient s'appliquer aux sanctions administratives :

- le principe de non-rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère ;
- le principe de proportionnalité des délits et des peines, le montant des sanctions prises par les autorités administratives « [devant] être fonction

de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement » ;

- le principe de légalité des délits et des peines ;
- le respect du contradictoire préalable au prononcé de la sanction ;
- le principe de proportionnalité au niveau du prononcé de la sanction ;
- l'existence d'un recours de pleine juridiction.

La proportionnalité des sanctions du Conseil et leur individualisation sont inscrites dans les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, et mises en application sous le contrôle de plein contentieux de la cour d'appel de Paris. Le contrôle de la proportionnalité entre les pratiques reprochées à chaque entreprise et la sanction qui leur est infligée, est étroitement lié à celui de la motivation de la décision de sanction du Conseil, au regard des critères posés par la loi (gravité des pratiques, importance du dommage causé à l'économie). Le contrôle de l'individualisation des peines est effectué par la cour, au regard de la situation de l'entreprise sanctionnée et de l'éventuelle réitération des pratiques (facultés contributives de l'entreprise, éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes).

Toutefois, les principes de la procédure pénale ne s'appliquent pas dans leur intégralité. C'est ainsi que ne s'applique pas devant le Conseil le principe de la publicité des débats, compte tenu des « impératifs de souplesse et d'efficacité » qui ont conduit à confier au Conseil la mission de sanctionner certaines pratiques, dès lors que ce principe de publicité s'applique devant la juridiction pouvant être saisie d'un recours de plein contentieux. De même, le Conseil d'État a écarté l'application du principe de personnalité des peines, selon lequel « nul n'est punissable que de son propre fait », aux sanctions pécuniaires du Conseil des marchés financiers « eu égard à la mission de régulation dont est investi (cet organisme) ». Il a donc confirmé la sanction d'une société ayant absorbé intégralement celle dont les agissements étaient en cause. Cette solution est depuis toujours admise en droit de la concurrence. De même, l'amnistie ne s'applique pas aux sanctions administratives.

L'appréciation des sanctions pécuniaires

Depuis 1992, les critères d'appréciation des sanctions sont précisés par le cadre légal dans lequel s'inscrit le pouvoir de sanction du Conseil. La loi du 31 décembre 1992 a, en effet, complété l'article 13 de l'ordonnance de 1986 en précisant que : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.* » Cette modification prenait acte de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui avait progressivement exigé que le Conseil motive les sanctions infligées au regard de ces trois déterminants.

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a introduit un nouveau déterminant et rehaussé le plafond légal des sanctions :

- le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce a été complété par la mention, parmi les déterminants du montant des sanctions, de l'éventuelle réitération des pratiques ;

- le montant maximum pouvant être infligé lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise est passé de 10 millions de francs (1,524 million d'euros) à 3 millions d'euros ;
- pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est passé de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos à 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 ; de plus, le quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 précise que 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 ;
- le montant maximum de la sanction pouvant être prononcée lorsque le Conseil statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 464-5 a été porté de 500 000 F (76 224 euros) à 750 000 euros.

Le principe de proportionnalité doit donc être apprécié par rapport à quatre critères : la gravité des pratiques, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et la réitération des pratiques. La loi se réfère à un plafond applicable, quelle que soit l'infraction commise et, contrairement au droit pénal, ne fixe aucune « échelle des peines » en fonction de chaque type d'infraction.

De fait, la mise au point d'une telle échelle, par exemple à travers des lignes directrices publiées par le Conseil, entrerait en contradiction avec le critère de proportionnalité, tel qu'il est défini par le texte légal. En effet, si l'on peut admettre que la gravité des pratiques puisse faire l'objet d'une échelle de peines, l'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation de l'entreprise doit nécessairement tenir compte de l'extrême diversité des entreprises et des situations de marché.

Les critères légaux sont cumulatifs : ils doivent tous être pris en compte. En revanche, le Conseil n'a pas à tenir compte d'autres circonstances dans la détermination des sanctions. En particulier, la cour d'appel de Paris a rappelé à de nombreuses reprises que l'ancienneté des faits et la durée de la procédure suivie devant le Conseil ne constituent pas une cause de réduction de la sanction⁹.

L'article L. 464-2 ne précise pas la façon dont ces différents critères doivent être pondérés et ne les hiérarchise pas. Leur application n'impose pas non plus qu'un montant dûment identifié soit affecté à chacun d'entre eux. L'application du principe d'égalité de traitement impose cependant que, pour une pratique de gravité équivalente, ayant causé un dommage de même importance, deux entreprises dans la même situation se voient infliger la même sanction, et, qu'à l'inverse, si l'un de ces critères est évalué différemment, la sanction soit différente. Ce principe justifie que chacun de ces

⁹. Arrêt du 5 juin 1999 ; arrêt du 7 mars 2006 relatif à un recours contre la décision 05-D-19 du 12 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche.

critères soit distinctement évalué. Mais le fait que certains éléments soient pris en compte, par exemple, à la fois dans l'estimation de l'importance du dommage à l'économie et de la gravité de la pratique, ne remet pas en cause le caractère distinct de l'appréciation des deux critères : cela ne signifie pas que ces éléments de faits, par exemple la durée des pratiques, soient « comptés deux fois ».

De fait, dans ses décisions, le Conseil distingue, dans un premier temps, les éléments d'appréciation de la gravité des pratiques et de l'importance du dommage à l'économie puis décline, entreprise par entreprise, les éléments d'individualisation des pratiques. La cour d'appel a validé cet ordre de motivation, par exemple dans un arrêt du 20 octobre 1998, Béton Travaux : « *Il suffit de lire la décision attaquée pour constater que le Conseil, après avoir caractérisé la gravité des pratiques, eu égard à leur nature, aux données propres aux entreprises concernées, ainsi qu'aux conséquences de ces agissements, et après avoir décrit le dommage causé à l'économie, a rappelé l'étendue de l'activité de la société Unibéton, sa participation aux faits, et s'est référé à son chiffre d'affaires au cours du dernier exercice clos ; que, dès lors, il a satisfait aux exigences de motivation individuelle de la sanction.* »

L'application du principe de proportionnalité et la prise en compte de la capacité des entreprises à payer les sanctions infligées ont, par ailleurs, justifié la fixation par le législateur d'un plafond en pourcentage du chiffre d'affaires. Le premier sous-chapitre sera consacré à l'application de ce plafond et à son articulation par rapport aux quatre critères d'appréciation qui feront l'objet des sous-chapitres suivants.

Le plafond légal de la sanction

En précisant que la sanction ne doit pas dépasser « 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos »¹⁰ ou « 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 »¹¹, le Code de commerce fixe le plafond que la sanction ne doit pas dépasser.

Si la fixation d'un plafond en pourcentage du chiffre d'affaires constitue évidemment une application générale du principe de proportionnalité des sanctions, ce mode de calcul n'implique nullement que la sanction soit elle-même déterminée proportionnellement à cette assiette. En effet, l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie, de la gravité des pratiques, de la situation de l'entreprise et d'une éventuelle récidive, qui sont les éléments auxquels doivent être proportionnées les sanctions, peut conduire à proportionner la sanction à d'autres éléments d'appréciation ou à une assiette différente, plus large ou plus réduite que l'assiette du plafond légal, et éventuellement écartée par l'application du plafond légal.

10. Rédaction de l'article L. 464-2 antérieure à la loi du 15 mai 2001.

11. Rédaction de l'article L. 464-2 issue de la loi du 15 mai 2001.

Il peut même y avoir une réelle discordance entre le plafond légal et les éléments auxquels doivent être proportionnées les sanctions.

Par exemple, il est arrivé que le Conseil inflige une sanction égale au maximum du plafond légal, soit 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos, parce que depuis la mise en œuvre des pratiques, le chiffre d'affaires de l'entreprise avait fortement diminué, par exemple à la suite du transfert d'activités vers une autre filiale du même groupe. Dans ce cas de figure, l'assiette légale n'est elle-même plus proportionnée à ce qu'elle était au moment de la mise en œuvre des pratiques et donc au dommage que ces dernières sont susceptibles d'avoir causé.

De même, dans le cas de grandes entreprises ayant des activités sur plusieurs marchés et auxquelles il est imputé des pratiques anticoncurrentielles sur l'un de ces marchés, leur chiffre d'affaires global, assiette légale du plafond de la sanction, peut ne pas être proportionné à la gravité des pratiques ou au dommage qu'elles ont causé, ce qui explique que les sanctions rapportées au chiffre d'affaires soient en moyenne plus faibles pour les grandes entreprises. De ce fait, la comparaison des sanctions exprimées en pourcentage du chiffre d'affaires des entreprises ne permet pas de vérifier le respect par le Conseil du principe de l'égalité de traitement des contrevenants au regard de l'appréciation des sanctions par rapport aux quatre critères que sont la gravité, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et la prise en compte d'une éventuelle récidive.

En ce qui concerne les dispositions issues de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, visant le chiffre d'affaires visé par l'article L. 464-2, elles ont été précisées et appliquées à de nombreuses situations. Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 15 mai 2001, le Conseil a eu l'occasion de se prononcer à quelques reprises sur les conditions de leur application dans le temps. Compte tenu de ces conditions, le nouveau plafond n'a été appliqué que dans un petit nombre d'affaires mais le Conseil tient à rappeler la finalité de la hausse souhaitée par le législateur.

Les dispositions antérieures à la loi du 15 mai 2001 : le chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice clos

L'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi NRE du 15 mai 2001, limitait la sanction à 5 % du chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice clos.

• L'entreprise dont le chiffre d'affaires est pris en compte

Le chiffre d'affaires ainsi visé est celui de l'entreprise auteur des pratiques, c'est-à-dire l'entité économique à laquelle les pratiques sont imputables¹². On ne rappellera pas, dans le cadre de la présente étude, l'ensemble des critères dégagés par la jurisprudence en matière d'imputabilité des pratiques, notamment en cas de cession ou transformation de l'entreprise. S'agissant du plafond légal des sanctions, la question la plus débattue est celle du chiffre d'affaires à prendre en compte lorsque la pratique a été mise en

12. Voir l'étude thématique du rapport annuel pour 2001.

œuvre par la filiale d'un groupe ou par une agence territoriale. Le critère retenu est alors celui de l'autonomie fonctionnelle et économique de la filiale ou de l'agence. Si la filiale n'est pas suffisamment autonome, alors les pratiques sont imputables à la maison mère et c'est le chiffre d'affaires de celle-ci qui constitue l'assiette sur laquelle la sanction est plafonnée à 5 %.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 janvier 1995, société SOGEA – alors que la cour d'appel avait relevé qu'il ne pouvait être tenu compte du seul chiffre d'affaires réalisé par la seule agence commerciale Puy-de-Dôme, cet établissement secondaire n'étant pas assimilable à une entreprise – a considéré « *qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans vérifier de façon concrète, à l'aide des éléments de preuve que devait lui fournir la société SOGEA, si l'agence avait bénéficié ou non pour l'ensemble des marchés publics, qu'elle traitait au nom de la société SOGEA, y compris pour le marché considéré, de l'autonomie commerciale, financière et technique dans la zone économique concernée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé* ».

L'autonomie de l'entreprise est appréciée s'agissant de la décision d'entente :

Dans l'affaire du Pont de Normandie, la société Eiffage faisait valoir que les marchés de construction afférents aux ouvrages d'art concernés par les pratiques incriminées avaient été réalisés par sa branche « génie-civil-travaux publics » laquelle aurait disposé de l'autonomie commerciale, financière et technique faisant de cette branche une entreprise distincte. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 juillet 2004, a jugé que, dès lors qu'il n'était pas soutenu devant elle que les pratiques concertées retenues avaient été commises par une autre entreprise que la société Eiffage, peu importait que les travaux aient été ensuite réalisés par une branche de cette société ayant la nature d'une entreprise au sens du droit de la concurrence.

• Sur la notion de chiffre d'affaires

Le chiffre d'affaires réalisé en France est celui inscrit au compte de résultat de l'entreprise dans la liasse fiscale. Plusieurs moyens soulevés pour justifier la réduction de ce montant ont été rejetés. Il ressort, en particulier, de la jurisprudence que le chiffre d'affaires n'a pas à être réduit à celui de la seule branche d'activité concernée par les pratiques.

La Cour de cassation a notamment précisé, dans un arrêt du 3 mai 1995, que « *pour déterminer le montant de la sanction, la cour d'appel n'avait pas à se référer au montant du chiffre d'affaires effectué par la société L'Entreprise industrielle dans le secteur des équipements des réseaux d'électricité et d'éclairage, l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, applicable en l'espèce, visant le seul montant global du chiffre d'affaires réalisé en France au cours du dernier exercice par l'entreprise contrevenante* ».

Dans l'affaire du Pont de Normandie, la société Fougerolle faisait valoir que le chiffre d'affaires inscrit à son compte de résultat incluait les sommes recueillies au titre de diverses sociétés en participation dont elle était la gérante, et correspondait de ce fait non pas au résultat réel de l'entreprise poursuivie mais à une abstraction juridique liée à l'absence de personnalité morale des sociétés en participation créées pour la gestion des groupements d'entreprises. La même société soutenait que ce chiffre

d'affaires devait être corrigé de certaines opérations à long terme terminées cette année et comptabilisées au titre de cet exercice conformément aux pratiques comptables du secteur du BTP mais qui correspondaient à plusieurs années d'activité. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 juillet 2004, a confirmé qu'aucune disposition légale n'autorise la déduction de l'assiette de la sanction du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise au titre de diverses sociétés en participation dont l'entreprise contrevenante est la gérante et a jugé le second moyen inopérant.

Sanctionnée par la décision 00-D-75 du 6 février 2001 du Conseil, la société SFPT-Interflora avait exposé devant la cour d'appel de Paris puis devant la Cour de cassation, que, pour se conformer aux nouvelles dispositions fiscales relatives à la taxe sur la valeur ajoutée édictée aux articles 256-V, 256 bis III et 266-1-b, elle était tenue de comptabiliser au titre de son chiffre d'affaires la totalité du prix de vente facturé aux consommateurs pour chaque opération réalisée par son entremise, alors que les recettes effectivement encaissées par elle étaient limitées au montant de la commission perçue à l'occasion de chaque opération de transmission florale à distance, si bien que le chiffre d'affaires comptabilisé au compte de résultat différait du chiffre d'affaires effectivement réalisé par cette même société. La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 avril 2003 a confirmé sa jurisprudence constante selon laquelle le plafond des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées par le Conseil est calculé par référence « *au chiffre d'affaires global hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos et mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise considérée* ».

Cette solution a été reprise dans l'arrêt Semiacs du 30 mars 2004, la cour d'appel de Paris ayant estimé que « ... [la] sanction pécuniaire est assise, en application des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce [...] sur le chiffre d'affaires global hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos et mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise ». La requérante ne peut, dès lors, tirer argument du fait que ce chiffre d'affaires correspond pour l'essentiel à la rémunération de ses sous-traitants.

Une exception a été faite s'agissant du secteur bancaire pour lequel il a été admis que le produit bancaire brut pouvait être pris comme référence dès lors qu'il n'était pas soutenu que le plafond légal était dépassé.

Dans la décision 00-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du crédit immobilier, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 novembre 2001 et par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juin 2004, le Conseil a considéré qu'à défaut de chiffre d'affaires, non communiqué par certaines parties, le « produit bancaire brut » transmis par les intéressées (c'est-à-dire la somme des postes de produits d'exploitation bancaire représentant l'activité économique des établissements de crédit) avait pu valablement être pris en compte pour l'évaluation du montant maximal de la sanction encourue dès lors que les sanctions prononcées n'excédaient pas la limite légalement prévue.

• Sur la notion de dernier exercice clos

Le dernier exercice clos est celui clos au moment où le Conseil prend sa décision.

Toutefois, dans une affaire dans le secteur du béton préfabriqué, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 décembre 2001, a considéré « *qu'afin*

de prendre en compte de manière équitable la situation des entreprises, qui ne peuvent être pénalisées par la durée de la procédure, débutée en l'espèce courant décembre 1993 et ayant conduit à une décision du Conseil au mois de janvier 2001, sans qu'aucun retard dans l'instruction de l'affaire puisse être imputé aux requérantes, il convient d'avoir égard à l'évolution du chiffre d'affaires des entreprises qui justifient avoir développé leur activité de manière significative depuis le début de la procédure, notamment par voie de fusion, absorption ou acquisition, indépendamment, d'une part, de toute incidence de l'entente prohibée, d'autre part, de l'inflation et du loyer de l'argent ; »

Mais dans la même affaire, alors que la société Farel faisait valoir qu'elle avait pris en location-gérance la société Clavel en 1993, soit postérieurement aux faits incriminés, ce qui avait eu pour conséquence de doubler son chiffre d'affaires, la cour, confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2004, a jugé que la prise en location-gérance était antérieure à la saisine et que l'évolution du chiffre d'affaires était donc indépendante de la durée de la procédure.

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 juillet 2004, relatif à l'affaire du Pont de Normandie, a précisé que le dernier exercice clos à prendre en considération pour déterminer l'assiette de la sanction était celui clos au moment où le Conseil de la concurrence a été appelé à statuer, soit celui de 1994, peu important que la décision de celui-ci ait été ultérieurement annulée et que la cour d'appel ait statué sur l'affaire en 2003.

L'application dans le temps des dispositions issues de la loi NRE

Le Conseil a été conduit à préciser, dans plusieurs décisions, les conditions de l'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives au plafond des sanctions, issues de la loi du 15 mai 2001. Il a rappelé, dans ces décisions, qu'en vertu du principe de non-rétroactivité des lois à caractère punitif plus sévères, ces dispositions, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne sont pas applicables aux pratiques qui ont été mises en œuvre antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi, soit le 18 mai 2001, date de sa publication au *Journal officiel*. De plus, il a rappelé qu'il y avait lieu de tenir compte de l'article 94 de la loi du 15 mai 2001, selon lequel les dispositions de la nouvelle loi ne s'appliquent pas aux saisines antérieures à sa date d'entrée en vigueur. En revanche, s'agissant de saisines et de faits postérieurs à la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, le droit applicable est celui des nouvelles dispositions. Le Conseil a considéré qu'il en était de même en cas d'infractions continues, dont la mise en œuvre aurait débuté antérieurement au 15 mai 2001, et qui se seraient poursuivies postérieurement à cette date.

Ainsi, dans la décision 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, le Conseil a considéré que, pour les pratiques ayant consisté à refuser l'accès à l'abattoir de Laval et à se répartir les capacités de l'abattoir, qui étaient en cours à la date du 18 mai 2001, le plafond plus sévère s'appliquait (750 000 € en cas de procédure simplifiée), dès lors que la saisine était postérieure au 18 mai 2001 (art. 94 loi NRE). En revanche, pour la pratique ayant consisté à maintenir des tarifs à un niveau artificiellement bas, qui a duré jusqu'en mars 2001 et qui a donc eu

lieu exclusivement avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, le Conseil a considéré qu'elle relevait de l'ancien texte ancien prévoyant un plafond de 76 224 €.

De même, dans la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile, le Conseil a estimé que : « *L'échange d'informations a débuté en 1997 et s'est poursuivi jusqu'à la fin de 2003. Il est par ailleurs établi que les sociétés mises en cause se sont concertées afin de stabiliser leurs parts de marché de 2000 à 2002. Il s'agit donc d'infractions continues qui ont débuté avant l'entrée en vigueur, à la date du 18 mai 2001, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et qui se sont poursuivies après cette date. Les saisines, datées du 28 août 2001 et du 22 février 2002, sont postérieures à cette entrée en vigueur. Il en résulte que les dispositions du livre IV du Code de commerce applicables en l'espèce sont celles issues de la loi du 15 mai 2001.* »

Le Conseil a également précisé que dans le cas où des saisines antérieures à la date d'entrée en vigueur de la loi NRE et des saisines postérieures à cette date, auraient été jointes, les dispositions applicables étaient celles qui prévalaient avant l'entrée en vigueur de la loi (voir la décision 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal).

Le plafond légal post-NRE

La rédaction de l'article L. 464-2 issue de la loi du 15 mai 2001 prévoit que 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.

En doublant le plafond légal, porté de 5 à 10 % et en élargissant l'assiette, le législateur a entendu accroître le caractère dissuasif des sanctions, comme le précise l'exposé des motifs du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. Mais il ne faut pas déduire de cette intention qu'elle conduit à doubler systématiquement les sanctions par rapport à celles fixées précédemment. L'exposé des motifs montre également que cette extension a pour objectif de rendre possible une meilleure adaptation de l'assiette légale à des situations très diversifiées, afin d'en augmenter le caractère dissuasif : « *S'agissant des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, les mesures proposées visent à en renforcer le caractère dissuasif : l'assiette en est modifiée pour faire échec aux stratégies d'évasion, son taux maximum est porté à 10 % du chiffre d'affaires mondial (contre 5 % du chiffre d'affaires en France à l'heure actuelle) ; la réitération de pratiques prohibées est prise en compte dans l'appréciation de son montant : les sanctions sont mieux adaptées aux pratiques mises en œuvre par un groupe.* »

L'augmentation du plafond de la sanction doit, par exemple, permettre de sanctionner des entreprises « écran » ou des holdings auxquelles les pratiques doivent être imputées mais dont le faible niveau de chiffre d'affaires ne permettait pas, avec l'ancien plafond, d'infliger une sanction proportionnée à la gravité des pratiques et au dommage causé à l'économie, et suffisamment dissuasive. Elle doit également permettre de maintenir le caractère dissuasif

de la sanction en cas de restructurations intervenues au sein des groupes et à la suite desquelles l'entreprise auteur des pratiques existe toujours mais n'a plus de chiffre d'affaires, son activité ayant, par exemple, été transférée à une autre filiale du groupe, en France ou à l'étranger. S'agissant du plafond, qui intervient éventuellement pour écrêter une sanction proportionnée à l'importance du dommage causé à l'économie et à la gravité des pratiques, son alignement sur le chiffre d'affaires le plus élevé, sur une période de temps donnée, et sur le chiffre d'affaires mondial du groupe n'a que pour objet de permettre l'application effective de cette proportionnalité.

Dans la décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile, le Conseil a également été amené à faire application des dispositions de l'article L. 462-2 selon lesquelles « *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* » et a indiqué pour chacun des trois opérateurs mobiles sanctionnés, le chiffre d'affaires de la branche mobile (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) ainsi que les chiffres d'affaires des entreprises consolidantes (France Télécom, Vivendi Universal et Bouygues). Pour France Télécom et Bouygues, il a constaté que le chiffre d'affaires de l'année 2004, qui était le dernier disponible, était également 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. En revanche, pour Vivendi Universal, c'est le chiffre d'affaires de l'année 2002 qui était le plus élevé.

Le plafond légal si le contrevenant n'est pas une entreprise

L'article L. 464-2 prévoit que si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 10 millions de francs (1,524 million d'euros), dans sa rédaction antérieure au 15 mai 2001, ou 3 millions d'euros, dans sa rédaction postérieure au 15 mai 2001.

Le plafond légal en cas de mise en œuvre de la procédure simplifiée

La mise en œuvre de la procédure simplifiée prévue à l'article L. 464-5 a pour effet de limiter la sanction maximale pouvant être infligée à 750 000 euros dans la rédaction postérieure au 15 mai 2001 (ce montant était de 500 000 F, soit 76 224 euros, dans la rédaction antérieure).

La gravité des pratiques

Dans son rapport annuel pour l'année 1997, le Conseil de la concurrence avait réparti les pratiques sanctionnées en trois grandes catégories, en fonction du trouble causé au fonctionnement du marché, c'est-à-dire de la profondeur et de l'étendue de l'atteinte à l'exercice de la concurrence. Trois grandes catégories de pratiques étaient ainsi identifiées :

« ...1. Une première catégorie de pratiques regroupe celles qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché et n'affectent la concurrence que d'une manière marginale. Ces pratiques peuvent être inspirées

par des considérations étrangères à la concurrence, comme par exemple l'homogénéité d'un réseau de distribution, la préservation d'une image de marque, etc. : ainsi, des restrictions verticales, qui résultent de clauses anti-concurrentielles qui figurent dans certains contrats liant un fournisseur et des distributeurs ou un franchiseur et ses franchisés, mais qui, sur des marchés par ailleurs concurrentiels, n'affectent que marginalement le jeu de la concurrence.

2. Une deuxième catégorie concerne des pratiques dont l'objet et la potentialité d'effet sont manifestes, qui portent atteinte à la concurrence, mais conservent un caractère ponctuel ou conjoncturel. Ainsi, en est-il des ententes qui portent sur un marché limité, certaines restrictions verticales qui limitent l'entrée sur le marché de certains distributeurs, mais laissent subsister une concurrence réelle entre les opérateurs.

3. Les infractions les plus graves concernent celles qui ferment ou tentent de fermer d'une manière efficace un marché et ont pour objet soit de procéder au partage de ce marché, soit d'interdire l'accès du marché à un nouvel entrant : pratiques d'entente sur des marchés oligopolistiques, cartels, prix prédateurs, boycott des entrants potentiels, abus de position dominante, etc. »

Ces trois catégories correspondaient à celles définies par la Commission européenne dans ses lignes directrices de 1998 : infractions peu graves – principalement les restrictions verticales dont l'effet sur l'économie reste limité – pour lesquelles les amendes envisageables sont de l'ordre de 1 000 à 1 million d'euros ; infractions graves, principalement les restrictions horizontales, les restrictions verticales les plus graves et les abus de position dominante (de 1 à 20 millions d'euros) ; infractions très graves telles que les cartels de prix, les ententes de répartition de marché, les pratiques de cloisonnement et les abus caractérisés de position dominante (montant supérieur à 20 millions d'euros).

On peut toutefois noter que la plupart des pratiques qui, en 1998, étaient présentées comme les moins graves, correspondent de fait à des restrictions verticales sur lesquelles les autorités de la concurrence portent aujourd'hui, à la suite de l'adoption du Règlement d'exemption de décembre 1999 et de la publication des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, une appréciation plus nuancée, les amenant plus fréquemment qu'auparavant à conclure qu'elles ne portent pas significativement atteinte à la concurrence.

Par ailleurs, comme cela a déjà été mentionné ci-dessus, la Commission européenne s'apprête à mettre en place une nouvelle méthode de calcul des sanctions pécuniaires. À partir d'une sanction de base, fixée non plus en valeur absolue mais en pourcentage du marché affecté par les pratiques, la gravité des pratiques serait prise en compte en ajoutant une part supplémentaire du marché affecté à ce montant de base, dans le cas de pratiques d'entente sur les prix, sur le partage du marché ou de limitation de la production, dont la Commission rappelle qu'elles sont habituellement secrètes, qu'elles sont les plus dommageables et doivent être fermement dissuadées.

Des circonstances aggravantes seraient également prises en compte, telles que la poursuite des comportements après leur découverte ou la réitération

des pratiques, le refus de coopérer ou l'obstruction aux mesures d'instruction, le rôle de leader ou d'initiateur d'une entente et les mesures de contraintes ou de rétorsion qu'auraient prises une entreprise à l'égard d'autres pour les contraindre à participer à des comportements illégaux.

Pour les autorités de concurrence, une pratique est donc d'autant plus grave qu'elle est injustifiable, et que son caractère secret ou caché en démontre l'objet anticoncurrentiel et la volonté manifeste des entreprises de porter atteinte à la concurrence. Ce type de pratique coïncide largement avec celles qui sont les plus dommageables à l'économie, ainsi que l'OCDE l'a constaté dans sa recommandation du 25 mars 1998 sur les ententes injustifiables : *« Les ententes qui ont un caractère caché durable, qui couvrent la totalité ou la quasi-totalité d'un marché et qui portent sur les prix, les quantités livrées ou une répartition de la clientèle. Les affaires en question s'opposent à celles qui sont relatives à des ententes organisées en vue de répondre à des appels d'offres, lesquelles ont, au moins pour ce que l'on peut en juger au travers des dossiers examinés, un caractère plus ponctuel et ne réunissent le plus souvent qu'une partie des opérateurs. Lorsqu'ils fonctionnent à la satisfaction de leurs initiateurs, les "cartels injustifiables" peuvent provoquer des dommages redoutables à l'économie : le marché, malgré la pluralité des opérateurs qui y sont actifs, fonctionne alors comme s'il existait un véritable monopole, les prix étant fixés en commun à un niveau supérieur à ce que serait le prix résultant d'une concurrence par les mérites. La théorie économique démontre que de telles situations ont deux conséquences : un transfert de richesse des clients vers les producteurs engagés dans le cartel et une perte globale de richesse pour l'économie. La lutte contre ces cartels constitue donc, pour les autorités de la concurrence, une priorité. »*

Par exemple, dans une décision 05-D-47 du 28 juillet 2005, le Conseil a rappelé cette analyse de l'OCDE à propos d'une entente entre des entreprises spécialisées dans la destruction des munitions et armements qui avait pris la forme de réunions systématiques, tenues de façon clandestine au domicile de l'un des dirigeants des entreprises concernées, au cours desquelles les marchés étaient répartis entre les participants.

Les pratiques ayant un caractère ponctuel ou fortuit doivent aussi être opposées à celles qui sont mises en œuvre sur une période longue ou de façon suivie et répétée, car la probabilité que leur auteur ait pu ignorer leur effet anticoncurrentiel est de fait réduite. La durée des pratiques, qui est un élément qui majore arithmétiquement le dommage à l'économie, comme on le verra ci-dessous est donc également un élément de fait qui est retenu dans la motivation de la gravité des pratiques.

De même, le montant du marché affecté, le nombre d'entreprises parties à une entente, le caractère captif des consommateurs – qui sont autant d'éléments susceptibles de peser sur l'importance du dommage à l'économie – caractérisent également la gravité d'une pratique.

La cour d'appel de Paris a ainsi considéré, s'agissant de l'appréciation des sanctions encourues par les entreprises ayant participé à une entente lors de soumissions à des appels d'offres pour la construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », dans le département de la Manche, que le caractère de gravité résultait non seulement de la nature même de ces pratiques, constitutives d'une

entente horizontale en vue d'une répartition des marchés, mais aussi de l'ampleur de la concertation, qui résultait de l'importance des sommes en cause, le montant global du marché dépassant 26 000 000 euros et du grand nombre de ses participants.

L'importance du dommage causé à l'économie

La notion de dommage causé à l'économie

Le dommage causé par une pratique anticoncurrentielle peut être analysé schématiquement à travers les effets d'une hausse de prix sur un marché de produits de consommation à la suite d'un cartel de prix :

- d'une part, moins de consommateurs sont prêts à acheter le produit à ce niveau de prix et les quantités échangées diminuent. Plus la demande est élastique, c'est-à-dire sensible au prix, plus l'effet sur les quantités est important ;
- d'autre part, les consommateurs qui ont malgré tout acheté le bien, l'ont payé plus cher : en quelque sorte, ils sont victimes d'une spoliation. Celle-ci est d'autant plus importante que ces consommateurs sont captifs ou peu sensibles au prix, parce qu'il s'agit par exemple d'un bien de première nécessité pour lequel la demande a une faible élasticité au prix.

L'importance relative de ces deux effets dépend donc de la sensibilité de la demande au prix (*cf.* encadré ci-dessous), mais c'est la somme des deux (perte du surplus des consommateurs : *cf.* encadré ci-dessous) qui doit être considérée comme le dommage à l'importance duquel la sanction doit donc être proportionnée.

En effet, quand les quantités consommées baissent à la suite d'une hausse des prix, le dommage est généré par la perte des échanges (qui étaient profitables en situation concurrentielle mais qui n'ont pas eu lieu du fait des pratiques). Cependant, le bénéfice que pourrait tirer l'entreprise de la pratique est lui-même potentiellement amputé des ventes qu'elle ne réalisera pas. Cela signifie que, au-delà d'un certain niveau d'élasticité-prix, une pratique visant à augmenter le prix de ce bien risque fort de ne pas être profitable pour les entreprises et que l'incitation à la mettre en œuvre est nulle.

En revanche, l'incitation à mettre en œuvre une pratique anticoncurrentielle permettant d'élever le prix de vente est d'autant plus forte que l'élasticité-prix est faible, (cas par exemple, de biens indispensables). Lorsque la hausse des prix considérée entraîne peu de variation des quantités achetées, le dommage est essentiellement constitué du surprix payé par les consommateurs, au bénéfice des entreprises qui ont augmenté leur prix, et la pratique est d'autant plus profitable pour elles.

En conséquence, comme cela a été rappelé ci-dessus, les pratiques qui ont pour effet de renchérir le prix de biens de première nécessité ou pour lesquels la demande est inélastique pour d'autres raisons, comme les médicaments, sont considérées par la jurisprudence comme particulièrement dommageables.

Les effets d'une hausse de prix sur le bien-être des consommateurs peuvent être plus ou moins directs et plus ou moins différés dans le temps. Les effets

de pratiques qui prennent la forme d'une exclusion ou d'une marginalisation d'entreprises concurrentes sont ainsi indirects et n'atteignent les consommateurs que dans un second temps. Dans un premier temps, les pratiques telles que, par exemple, les prix prédateurs, n'ont *a priori* pas pour effet d'augmenter les prix aux consommateurs. En revanche, dans un second temps, une fois l'exclusion ou la marginalisation des concurrents acquise, les prix montent avec les effets décrits ci-dessus, sur les quantités consommées et le surplus des consommateurs sur ce marché.

Au-delà de son objet immédiat sur la fixation des prix ou des quantités, une pratique anticoncurrentielle, surtout si elle est particulièrement grave et caractérisée comme un cartel horizontal, peut atteindre la structure du marché et avoir des effets durables, qui se traduisent *in fine* sur les prix, la qualité des produits ou l'incitation à l'innovation, au détriment des consommateurs.

Les pratiques peuvent, par ailleurs, être constatées sur un marché donné mais avoir des répercussions sur l'équilibre général de l'économie du fait des liens entre les différents marchés¹³. Par exemple, s'il s'agit d'un bien utilisé sur de nombreux marchés en aval ou d'une infrastructure ouvrant l'accès à de nombreux marchés, les pratiques anticoncurrentielles qui ont pour effet un renchérissement de ce bien ou de l'accès à cette infrastructure causeront un dommage dépassant les seuls échanges sur le marché amont.

Par exemple, dans la décision 03-D-43 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur des annuaires téléphoniques, le Conseil de la concurrence a montré que le prix de cession de la base annuaire offert par France Télécom à ses concurrents sur le marché aval des services d'annuaires et de renseignement était excessif. Il a estimé que ce prix excessif avait eu pour effet de créer une barrière artificielle à l'entrée sur les marchés en aval et d'empêcher le développement d'activités concurrentes de celles de France Télécom, en particulier les services d'annuaire et de renseignement, et avait fait obstacle, au préjudice des consommateurs, à la baisse des prix des services concernés, et à l'apparition de services innovants, qu'aurait favorisées le libre jeu de la concurrence et que « *la France reste l'un des derniers pays où les marchés des annuaires et des services de renseignements demeurent largement dominés par l'opérateur historique, à des conditions tarifaires très élevées* ». La cour d'appel de Paris, confirmant cette décision dans un arrêt du 6 avril 2004, a considéré que le dommage à l'économie était établi en l'espèce, par des tarifs de cession de la base annuaire qui ne permettent pas concrètement aux concurrents potentiels de France Télécom d'entrer normalement sur le marché.

Enfin, les déséquilibres peuvent se répercuter sur d'autres marchés du fait des effets de revenu : le fait d'acheter des biens à un prix plus élevé sur un marché ampute le revenu des consommateurs disponible pour l'achat de biens ou services sur d'autres marchés. À l'inverse, si les consommateurs réduisent les quantités achetées sur un marché en raison d'une hausse des

13. Les variations de prix et de quantités ont des répercussions sur les courbes d'offre et de demande sur les marchés situés en amont et en aval du marché directement concerné ou sur les marchés de biens complémentaires.

prix, les sommes correspondantes peuvent être affectées à l'achat de biens ou services sur d'autres marchés.

Le surprofit, c'est-à-dire ce que l'entreprise contrevenante a gagné grâce à la pratique anticoncurrentielle, constitue un minorant du dommage causé à l'économie. Lorsque la demande des consommateurs est inélastique, une hausse de prix ne modifie pas ou peu la quantité de biens demandée et le surprofit de l'entreprise est quasiment égal à la perte de surplus des consommateurs : une pratique qui augmente les prix conduit alors à un transfert de surplus entre entreprises et consommateurs sans modifier, sur le marché concerné, le nombre d'échanges entre acteurs. En d'autres termes, plus les caractéristiques d'un bien le rapprochent d'un bien de première nécessité (moins la demande est réactive au prix), plus la variation du surprofit est de la même ampleur que celle du surplus du consommateur.

En revanche, lorsque la demande est sensible au prix, les quantités échangées sur le marché baissent à la suite d'une hausse des prix. Le dommage causé excède donc le surprofit. De même, le surprofit, réalisé par l'entreprise auteur des pratiques sur un marché donné, ne tient pas compte de l'extension du dommage à d'autres marchés et à l'économie générale, du fait des effets décrits ci-dessus.

Définition du surplus du consommateur, du surplus des entreprises et du surplus global

Schématiquement, deux types d'acteurs interviennent sur un marché, les offreurs (en général des entreprises) et les demandeurs (consommateurs finals ou entreprises lorsqu'il s'agit d'un marché intermédiaire).

Il est possible d'attribuer à chacun de ces acteurs un indicateur permettant de mesurer ou d'évaluer le gain qu'il retire de l'échange sur le marché. Cet indicateur s'appelle le surplus. Il est fonction du prix et des quantités échangées et dépend également de l'allure des courbes de demande et d'offre du marché. On distingue communément le surplus des consommateurs, celui des entreprises et le surplus global (ou collectif).

• *Définition du surplus du consommateur, du surplus des entreprises et du surplus global*

Le **surplus des consommateurs** correspond au gain réalisé par les consommateurs qui étaient prêts, compte tenu de leur fonction d'utilité, de leurs goûts ou encore de leurs disponibilités financières, à payer plus que le prix constaté sur le marché : il correspond en quelque sorte à un gain de pouvoir d'achat.

Le **surplus des entreprises**, ou plus simplement le profit, correspond à la différence entre les coûts unitaires (ou marginaux) des entreprises et le prix constaté sur ce marché. Il dépend donc de la fonction de production de chaque entreprise et donc intrinsèquement de leur efficacité.

La somme des deux constitue le **surplus global ou collectif** qui mesure ce que la société prise dans son ensemble a gagné grâce aux échanges réalisés sur le marché considéré (ou pertinent dans le cadre du droit de la concurrence).

• *Effets d'une hausse des prix sur ces différents surplus*

Des mouvements de prix ou de quantités, tels que ceux qui résultent d'une pratique anticoncurrentielle ont pour effet de faire varier ces différents surplus

dans des proportions qui dépendent de l'élasticité-prix de la demande et de la fonction de coût de l'entreprise.

L'ampleur de **l'effet d'une hausse des prix sur le surplus du consommateur** dépend de l'élasticité-prix de la demande, c'est-à-dire du comportement des consommateurs face à une variation des prix. Si cette élasticité est positive (cas de biens normaux), les quantités consommées diminuent. En cas de demande inélastique, les quantités consommées ne baissent pas, en dépit de la hausse des prix. Il peut s'agir par exemple de biens de première nécessité, indispensables. On laisse de côté les biens spéculatifs ou de prestige social qui peuvent obéir à des mécanismes différents. Lorsque les biens sont « normaux », la demande pour le bien est une fonction décroissante du prix. Schématiquement, une hausse des prix aura pour effet une perte de surplus des consommateurs et un recul des quantités vendues.

L'effet d'une hausse des prix sur le surplus de l'entreprise contrevenante est la somme de deux effets contraires : la hausse du prix a un effet positif sur le profit de l'entreprise tandis que la baisse des quantités vendues a un effet négatif. Globalement, l'effet peut donc être tantôt positif, tantôt négatif, tantôt neutre et dépend notamment de la fonction de coût (c'est-à-dire du processus de production de l'entreprise). Schématiquement, l'effet est positif si le profit supplémentaire réalisé grâce à la hausse de prix sur les unités vendues est supérieur à la perte de profit qui aurait été fait sur les unités qui ne sont plus vendues. Les entreprises étant des acteurs rationnels, on admet a priori que l'effet global pour l'entreprise qui commet une pratique anticoncurrentielle est positif et que les pratiques anticoncurrentielles dégagent donc un « surprofit » pour les entreprises qui les mettent en œuvre.

L'ampleur et le sens des effets sur le surplus du consommateur et sur le surplus de l'entreprise conditionnent **l'effet d'une hausse des prix sur le surplus global**, qui peut donc n'être ni de la même ampleur, ni du même sens, que l'effet sur le surplus du consommateur. Ainsi, lorsque la hausse du surplus des entreprises due à la pratique est plus importante que la baisse du surplus des consommateurs, le surplus collectif augmente. Si elle est de même ampleur, il n'y a pas d'atteinte au surplus collectif.

En cas d'élasticité des prix élevée, l'effet d'une variation des prix sur le surplus des consommateurs est moins fort qu'en cas d'élasticité des prix faibles. En effet, dans le premier cas, les quantités consommées baissent plus et la perte de surplus des consommateurs est donc moins importante. En revanche, en cas d'élasticité des prix faibles (par exemple de biens de première nécessité), les quantités consommées baissent peu (voire pas du tout), les consommateurs acceptent de payer plus et leur perte de surplus est plus importante.

À l'inverse, l'effet d'une variation des prix sur le surplus global est plus important en cas d'élasticité des prix élevée qu'en cas d'élasticité des prix faible. Dans le premier cas, une élasticité-prix importante se traduit pour les entreprises par une augmentation de profit moindre, les gains liés à la hausse des prix étant plus rapidement compensés par la baisse des quantités vendues. Donc, la hausse du surplus des entreprises ne compense que partiellement la perte de surplus de consommateurs. En cas de demande faiblement élastique (voire inélastique), la hausse de profit des entreprises est plus forte et compense en partie la perte de surplus des consommateurs, même si celle-ci est plus importante. La pratique se traduit alors essentiellement par un partage du surplus global moins favorable au consommateur.

Les éléments d'appréciation de l'importance du dommage à l'économie

Il convient tout d'abord de relever que l'article L. 464-2 du Code de commerce fait référence à l'importance du dommage à l'économie : il n'exige donc pas une évaluation précise du niveau de ce dommage. Une telle évaluation quantitative est, en effet, très difficile à effectuer. Elle nécessite, par exemple, d'isoler l'effet des pratiques de l'ensemble des autres facteurs susceptibles d'avoir eu un effet sur les prix et les quantités consommées pendant la période en cause. La Cour de cassation a d'ailleurs admis que l'existence d'un dommage à l'économie puisse être inférée de l'atteinte à la concurrence portée par la pratique ¹⁴ :

Par exemple, dans un arrêt du 10 janvier 1995, société SOGEA, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir rappelé que « *le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie* ». Dans un arrêt du 24 janvier 1995, elle a encore approuvé la cour d'appel d'avoir constaté que durant la période de 1988 à 1991, les pratiques incriminées d'origine ancienne, avaient empêché le jeu normal de la concurrence par les prix sur les déménagements des marins de la marine nationale. Elle a considéré que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher quelle avait été l'influence de ces pratiques sur le prix des déménagements. Dans un arrêt du 18 mai 1999, société Pont-à-Mousson, elle a de même relevé que « *la cour d'appel, appréciant le dommage porté à l'économie, a énoncé que la stratégie d'éviction de la société Pont-à-Mousson a créé artificiellement une barrière à l'entrée sur le marché d'une entreprise concurrente et a eu une réelle influence sur l'intensité de la concurrence que pouvaient se faire ces deux sociétés* ».

Plus récemment, s'agissant de l'appréciation des sanctions encourues par les entreprises ayant participé à une entente lors de soumissions à des appels d'offres pour la construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite « Route des Estuaires », (arrêt du 7 mars 2006), la cour d'appel de Paris a, à nouveau, considéré que « *le dommage causé à l'économie, qui est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage, est établi, ne serait-ce qu'en raison de l'entrave portée au jeu normal de la concurrence entre les compétiteurs sélectionnés par la DDE de la Manche, de la tromperie qui en est résultée sur la réalité de cette concurrence, de la durée des pratiques relevées par le Conseil, qui se sont poursuivies pendant plus d'un an, une telle action concertée étant répréhensible du seul fait de son existence* ».

Dans l'arrêt Novartis Pharma du 30 mars 2004, la cour d'appel de Paris, rejetant l'argument du laboratoire relatif à l'incidence minimale de la perte d'appels d'offres pour ses concurrents, a considéré que « *le dommage à l'économie ne peut se réduire à une "perte" objectivement mesurable* » et qu'il fallait tenir compte « *au-delà de la perte de marge subie par les entreprises concurrentes évincées* », du fait que la menace et la réalité de cette éviction avaient incontestablement affaibli la capacité concurrentielle des autres laboratoires.

14. Carole Champalaune, Le contrôle de la proportionnalité des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence par la Cour de cassation, conférence à la Cour de cassation, 29 septembre 2004.

A fortiori, la Cour de cassation a précisé que la contribution de telle ou telle entreprise au dommage à l'économie n'avait pas à être quantifiée, le dommage à l'économie étant causé par une pratique dans son entier.

L'importance du dommage peut toutefois être appréciée par divers éléments d'ordre quantitatif ou qualitatif, qui sont la taille du marché et la part de ce marché affectée par les pratiques, l'ampleur de la réaction des prix et des quantités aux pratiques et la durée des pratiques.

• La taille et la part relative du marché affecté

En premier lieu, le dommage à l'économie dépend de la taille du marché affecté par les pratiques. Il sera d'autant plus important que le marché est de grande taille, et que le ou les auteurs des pratiques y détiennent une part élevée.

De fait, le marché affecté sert d'assiette dans les méthodes forfaitaires d'évaluation du dommage à l'économie, comme celle appliquée aux États-Unis s'agissant des cartels (la sanction de base est égale à 20 % du marché affecté). La Commission européenne envisage également de modifier la méthode de calcul des sanctions qu'elle avait adoptée depuis les lignes directrices de 1998. La sanction de base ne serait plus assise sur une somme forfaitaire en fonction du degré de gravité de la pratique, mais serait égale à un pourcentage du marché affecté par les pratiques, défini comme la somme des ventes réalisées sur ce marché par les entreprises contrevenantes.

Dans la décision 00-D-28 relative à des pratiques dans le secteur du crédit immobilier, dans laquelle plusieurs sanctions supérieures à 10 millions d'euros ont été infligées, le Conseil a relevé que le montant des crédits susceptibles d'être renégociés, d'environ 600 milliards de francs, fournissait un ordre de grandeur. Il a toutefois également noté que l'accord national n'avait pas été appliqué de manière uniforme.

Dans la pratique du Conseil, le fait que la pratique soit mise en œuvre par une entreprise en position dominante ou qu'une entente réunisse la plupart des entreprises présentes sur un marché est systématiquement relevé.

La taille du marché affecté ne doit pas se confondre avec le chiffre d'affaires qui sert d'assiette pour le calcul du plafond de sanction énoncé au troisième alinéa du I de l'article L. 464-2. En premier lieu, la taille du marché affecté s'apprécie sur l'ensemble de la période de mise en œuvre des pratiques et ne coïncide donc pas avec un chiffre d'affaires annuel. La période de mise en œuvre des pratiques ne correspond pas non plus au dernier exercice clos (rédaction antérieure à la loi NRE) ni même à l'exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre pour lequel il est constaté le chiffre d'affaires le plus élevé.

En second lieu, lorsque l'entreprise, ou le groupe auquel elle appartient, a des activités sur d'autres marchés que celui ou ceux affectés par les pratiques, parce qu'elle opère sur d'autres marchés géographiques ou sur d'autres secteurs, son chiffre d'affaires peut dépasser très largement celui réalisé sur le seul marché affecté. Ceci explique notamment que les grandes entreprises présentes sur plusieurs marchés peuvent se voir infliger, en pourcentage du plafond légal, des sanctions optiquement moins lourdes que celles infligées à de petites entreprises mono-activité, mais proportionnées à

la gravité des pratiques qu'elles ont mises en œuvre, au dommage qu'elles ont causé à l'économie et à leur situation.

Dans le cas particulier des ententes dans le cadre de soumissions à des appels d'offres, l'appel d'offres concerné est, de jurisprudence constante, considéré comme le marché pertinent sur lequel la concurrence a été faussée par les pratiques. Il peut être de taille beaucoup plus réduite que le chiffre d'affaires annuel cumulé des entreprises parties à l'entente. C'est le montant du marché qui est alors considéré comme le marché affecté et dont le montant sert à apprécier l'importance du dommage à l'économie, auquel la sanction doit être proportionnée, comme l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 décembre 2005.

Toutefois, dans certains cas particuliers, il est considéré que l'importance du dommage dépasse le seul marché pertinent directement affecté par les pratiques et qu'il convient de prendre en compte les répercussions des pratiques sur des marchés connexes et sur l'économie en général.

C'est notamment le cas lorsque la pratique revêt un caractère d'exemplarité tel, que le dommage est susceptible de s'étendre à l'ensemble d'un secteur ou lorsque la pratique est mise en œuvre par un grand groupe, aux activités diversifiées – qui opère sur des marchés mondiaux ou de multiples marchés géographiques – ce qui lui donne un caractère plus dommageable que si elle était mise en œuvre par une entreprise mono-activité réalisant le même chiffre d'affaires que le groupe sur l'activité concernée.

Par exemple, dans un arrêt du 3 mai 1995 pour l'Entreprise industrielle, la Cour de cassation a jugé que « *les agissements de cette entreprise avaient contribué, sur le marché concernant l'éclairage public de la commune intéressée, non seulement à fausser localement le jeu de la concurrence, mais encore à "convaincre" les autres entreprises soumissionnaires, lesquelles étaient de taille inférieure, que ce type de comportement était général et à les inciter à l'adopter pour d'autres marchés ; qu'ayant ainsi établi le dommage porté, tant au marché de référence qu'à l'économie en général [...]* ».

De même, dans un arrêt du 12 mars 1996, elle confirme que « *pour vérifier si la sanction pécuniaire infligée à la société était proportionnée à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise, l'arrêt [de la cour d'appel de Paris] s'est référé à la décision du Conseil de la concurrence, qui précisait notamment que ce dommage ne résultait pas seulement de l'incidence potentielle de ces pratiques sur le montant du marché mais également de l'atteinte grave portée à l'ordre public économique par l'entente entre dix entreprises de taille moyenne réalisant la totalité de leurs chiffres d'affaires dans le secteur du bâtiment et des travaux publics* ».

C'est également le cas lorsque le bien en cause est une matière première utilisée dans de nombreuses industries.

Ainsi, dans une décision 02-D-57 du 19 septembre 2002, le Conseil a relevé que pour apprécier le dommage causé à l'économie par ces pratiques, il convient de tenir compte du fait que les roulements à billes sont un matériel indispensable au fonctionnement de toute machine mécanique et sont donc utilisés dans de très nombreuses branches de l'activité économique

et que, s'agissant du secteur de la première monte, les décisions prises par les acheteurs en ce qui concerne le matériel retenu, engagent celles qui sont prises pour le renouvellement.

• Les mouvements de prix ou de quantités

Les mouvements de prix ou de quantités imputables aux pratiques peuvent être simplement constatés, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une entente sur une hausse de prix.

L'impact sur les prix et les quantités est parfois directement appréhendé à travers l'effet des pratiques sur le profit de l'entreprise auteur des pratiques :

Dans l'arrêt du 6 mai 1997 par lequel elle se prononce sur des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la construction du pont de Normandie, la cour d'appel de Paris relève qu'est « *notamment établi, en l'espèce, que des concertations avaient pour objectif de dégager un "surbénéfice" de 6 % (pont de Rochefort) et que d'autres ont eu pour effet d'augmenter de plus de 40 % le prix du béton (pont de Normandie)* ».

Dans l'arrêt du 8 mai 1997 confirmant la décision 96-D-12 du 5 mars 1996 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, la cour d'appel de Paris a noté les mouvements de prix suivants : « *Que les services du ministère de l'Économie ont évalué que si Lilly France n'avait pas mis en œuvre les ventes par lots à l'égard des hôpitaux de province et pratiqué les prix qu'elle a appliqués aux livraisons à l'Assistance publique – laquelle avait refusé les remises de couplage – les centres hospitaliers auraient réalisé une économie de 10 millions de francs par an ; Que, de surcroît, les augmentations de prix du Dobutrex appliquées par Lilly France, qui lui ont permis de proposer utilement les ventes par lots aux acheteurs publics soumis aux restrictions budgétaires, lui ont assuré un bénéfice supplémentaire, équivalant à 21 millions de francs par an si elles avaient été appliquées au début de la période de trois ans ; Qu'enfin, le prix de la Vancomycine, médicament générique, aurait baissé sensiblement si le jeu de la concurrence avait pu s'exprimer librement.* »

Dans la décision 03-D-43 déjà citée ci-dessus, le Conseil a relevé que, sur le marché de l'édition d'annuaires, les prix élevés généraient des profits importants et que France Télécom avait réalisé avec cette activité, en 2000, un bénéfice d'exploitation de 850 MF, soit environ 20 % du chiffre d'affaires correspondant et que, s'agissant du renseignement par téléphone, France Télécom détenait, avec le 12, plus de 95 % du marché et que, si elle est largement déficitaire (595 MF en 2000), c'est en raison de « *coûts qui ne correspondent pas nécessairement à ceux d'un opérateur efficace proposant ce service* », comme le notait l'ART dans un avis n° 98-1055 en date du 23 décembre 1998. Le Conseil a aussi estimé que le dommage à l'économie pouvait également être approché par l'évaluation du profit perçu par France Télécom sur la fourniture de la base annuaire, correspondant à la différence entre les sommes facturées par France Télécom et les coûts incrémentaux de fourniture de la base annuaire, en notant toutefois que ce profit était réalisé sur le marché intermédiaire de fourniture des données de l'annuaire, alors que le dommage à l'économie à prendre en compte affectait les marchés avals, tels ceux des services d'annuaires et de renseignements ou du marketing direct et qu'il s'agissait

donc d'une estimation basse du dommage réel. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 6 avril 2004 confirmant cette décision, a jugé que le dommage à l'économie était établi en l'espèce [...] par la réalisation par France Télécom de profits, évalués à 15 ME en 4 ans, liés à des facturations non conformes à l'injonction délivrée par la cour d'appel.

Sinon, il convient de prendre en compte les éléments qui sont de nature à influencer sur la réaction des prix ou des quantités échangées en réponse à une pratique anticoncurrentielle. Ainsi, l'existence de fortes barrières à l'entrée, préexistantes à la mise en œuvre des pratiques, est de nature à renforcer l'effet des pratiques sur les prix et les quantités. Les éléments relatifs à l'élasticité-prix de la demande permettent aussi d'apprécier l'importance des effets des pratiques. Il peut ainsi être relevé qu'il n'existe pas de substitut pour le produit ou qu'il s'agit de biens de première nécessité. La faible sensibilité de la demande au prix est, par exemple, systématiquement relevée dans les affaires d'entente à l'occasion de marchés publics, de pompes funèbres ou de médicaments. De même, l'existence de coûts de changements (switching costs) élevés, qui rendent le consommateur captif, est de nature à accroître la perte de surplus du consommateur en cas de pratiques anticoncurrentielles.

Par exemple, dans une décision 00-D-39 du 24 janvier 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués, le Conseil a tenu compte du fait que, pour apprécier le dommage à l'économie, il convient de tenir compte du fait que les ententes s'étaient traduites par une hausse générale et parfois massive des prix effectivement pratiqués pour des agglomérés d'usage courant utilisés en particulier pour la construction des logements et pour lesquels il n'existait pas de substitut. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 décembre 2001, a confirmé cette analyse en précisant qu'il s'agissait d'un produit pour lequel l'élasticité de la demande au prix était très faible.

Le Conseil a également relevé que la baguette de pain était un produit de première nécessité (04-D-13).

L'effet sur les prix des pratiques peut éventuellement être estimé par comparaison avec d'autres marchés géographiques.

Dans la décision 00-D-54 relative à des pratiques des INC, l'évaluation du dommage à l'économie a été faite en comparant le volume des ventes avant et après la pratique : « *Selon l'audit présenté au Conseil d'administration de l'INC le 29 juillet 1994, la cessation de la publicité télévisée s'est traduite par une diminution des ventes de la revue en kiosque estimée entre 40 000 et 80 000 exemplaires, le chiffre d'affaires annuel réalisé grâce à la pratique illicite peut être évalué à 37 millions de francs.* »

Des considérations plus qualitatives sur les effets des pratiques peuvent aussi être prises en compte, comme le fait que le marché affecté soit un marché émergent ou nouvellement ouvert à la concurrence.

Enfin, il convient de relever que, dans les affaires d'ententes à l'occasion d'appels d'offres relatifs à des marchés publics, le fait que l'appel ait été déclaré infructueux du fait du niveau trop élevé des soumissions, ne signifie pas que le dommage à l'économie est nul, même si la collectivité n'a pas conclu à ce prix : les coûts liés à l'organisation d'un nouvel appel d'offres, à la charge de la collectivité, constituent un dommage causé par la pratique.

• La durée des pratiques

La durée de mise en œuvre des pratiques est prise en compte ainsi que la durée de leurs effets. Le Conseil relève donc si la pratique a eu des effets purement conjoncturels – et donc susceptibles de disparaître dès la cessation des pratiques – ou si elle a eu des effets sur la structure du marché, par exemple, du fait de la sortie d'un concurrent, de tels effets structurels étant susceptibles de perdurer après la cessation des comportements mis en cause.

Les éléments de personnalisation de la sanction

Plusieurs éléments sont pris en compte afin d'assurer l'individualisation des sanctions : la taille des entreprises, leur situation financière et leur comportement individuel dans la mise en œuvre des pratiques.

En revanche, la Cour de cassation a déjà affirmé à de nombreuses reprises que l'appréciation du dommage à l'économie et de la gravité des pratiques n'avait pas à être individualisée pour chaque entreprise.

La taille de l'entreprise

Le principe de proportionnalité et notamment la faculté contributive d'une entreprise s'apprécient en premier lieu au regard de sa taille.

L'indicateur le plus représentatif et le plus accessible de la taille d'une entreprise est son chiffre d'affaires. Mais d'autres facteurs, comme le statut juridique de l'entreprise (entreprise indépendante, filiale d'un grand groupe) ou la diversité de ses activités peuvent être pris en compte.

Lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise, mais une association ou un ordre professionnel, le Conseil tient compte de leurs ressources, généralement constituées par les cotisations de leurs adhérents. Toutefois, la prise en considération, parallèlement, de l'importance du dommage à l'économie ou de la gravité des pratiques peut l'amener à infliger une sanction dépassant ce montant, celui-ci ne constituant pas un plafond légal, fixé par l'article L. 464-2 à 3 millions d'euros.

La situation financière

Les situations extrêmes – dépôt de bilan, redressement ou liquidation judiciaire – justifiant un traitement particulier, peuvent conduire le Conseil à fixer la sanction à un montant symbolique ou à renoncer à prononcer une sanction.

Par exemple, le Conseil a estimé dans la décision 04-D-15 que pour les deux entreprises mises en cause, le prononcé d'une sanction pécuniaire n'apparaissait pas opportun eu égard à la procédure collective dont elles avaient fait l'objet, un jugement de liquidation judiciaire ayant été prononcé à leur encontre, et bien qu'elles subsistent pour les besoins de leur liquidation sociale.

Le montant de la sanction peut aussi être réduit pour tenir compte des résultats déficitaires de l'entreprise. Dans ce cas, cependant, les résultats d'un seul exercice ne reflètent pas nécessairement la situation financière réelle de l'entreprise, en raison notamment de l'incidence que peuvent avoir sur les

résultats d'une année, non seulement les accidents conjoncturels, mais aussi les opérations exceptionnelles et le changement des méthodes comptables. Aussi, le Conseil, dans toute la mesure du possible, se réfère-t-il à l'évolution des comptes sur plusieurs exercices, qui est de nature à donner une image plus fidèle de la situation de l'entreprise. Par ailleurs, la moyenne des résultats des entreprises rapportée à leur chiffre d'affaires (ou à leur valeur ajoutée ou à leurs fonds propres) variant très sensiblement d'un secteur à l'autre, cet élément doit également être pris en considération.

La nécessité de prendre en compte la faculté contributive de l'entreprise a, par exemple, amené la Cour de cassation à considérer que, même si l'assiette du plafond légal était bien le chiffre d'affaires inscrit au compte de résultat de l'entreprise en cause, la cour d'appel de Paris aurait dû tenir compte du fait que, sur ce chiffre d'affaires, l'entreprise ne gardait pour elle que l'équivalent d'une commission (arrêt du 23 avril 2003).

Les autres éléments caractérisant le comportement de l'entreprise

L'effet d'entraînement ou d'exemplarité du comportement provenant de telle ou telle entreprise, est parfois noté. La gravité d'une pratique sera différemment appréciée, selon que son auteur bénéficie d'une forte notoriété ou non, est une grande ou une petite entreprise, un syndicat professionnel minoritaire ou un ordre professionnel disposant d'un magistère moral. La responsabilité particulière des entreprises en position dominante qui, par leur comportement, peuvent affecter substantiellement le fonctionnement concurrentiel d'un marché est également relevée. Toutefois, comme cela a été rappelé ci-dessus, l'exemplarité du comportement des entreprises est aussi un facteur d'aggravation du dommage.

Le fait que le contrevenant dispose d'un monopole légal, d'une appellation d'origine contrôlée, d'une licence ou d'une concession publique est également relevé comme un facteur de gravité. Là encore, les mêmes éléments peuvent être analysés comme des barrières à l'entrée qui amplifient les effets des pratiques et donc le dommage à l'économie.

Le fait que les contrevenants aient manifesté une volonté délibérée de restreindre la concurrence ou ne pouvaient ignorer que la pratique en cause était prohibée – par exemple, après en avoir été avertis par la DGCCRF – est également analysé comme un élément susceptible d'alourdir la sanction.

Ainsi, dans une décision 03-D-47 relative à des pratiques mises en œuvre par des ambulanciers de montagne dans le département des Vosges, le Conseil a estimé que les pratiques revêtaient un caractère de particulière gravité du fait que « *les entreprises mises en cause avaient été averties, par une lettre d'injonction du 27 février 2001 émanant des services de la DGCCRF, à la suite d'une enquête portant sur les saisons 1998-1999 et 1999-2000, que les ententes sur les prix, faussant le jeu de la concurrence, étaient contraires aux dispositions du livre IV du Code de commerce. Elles ne pouvaient donc ignorer, à la date du 11 décembre 2001, le caractère illégal de leurs agissements* ».

De même, le fait qu'une pratique de répartition de marché ait persisté et ait été poursuivie par ses auteurs en dépit de la vigilance du maître d'ouvrage, du rejet des offres les plus manifestement excessives, de la relance des

marchés et de l'intervention de nouveaux candidats, est considéré comme un élément aggravant (arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 mars 2006).

Le rôle de leader dans la mise en place d'une entente est également un facteur d'aggravation de la sanction.

« En relevant, pour apprécier les éléments individuellement retenus pour la fixation du montant de la sanction, que la société OCP avait été la principale instigatrice des pressions exercées sur la société Phœnix pharma et de l'accord national concernant le gel des parts de marché, ce dont elle a déduit que cette société devait être plus lourdement sanctionnée que les autres opérateurs mis en cause, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. » Cour de cassation, arrêt du 18 février 2004, OCP Répartition.

La réitération des pratiques

La réitération des pratiques était prise en compte par le Conseil et les juridictions supérieures avant même d'être introduite comme l'un des critères légaux de la sanction par la loi du 15 mai 2001. La réitération ne peut être constatée que si, à la date de la mise en œuvre des pratiques, la même entreprise avait été sanctionnée pour avoir enfreint les mêmes dispositions légales, par une décision devenue définitive à cette date.

Les injonctions

130

Le Conseil peut prononcer des injonctions à titre conservatoire (article L. 464-1) ou à titre définitif (premier alinéa du I de l'article L. 464-2). Seules ces dernières seront concernées par la présente étude, les mesures décidées à titre conservatoire ne s'inscrivant pas dans le cadre de la politique de sanction du Conseil.

Les injonctions de faire ou de ne pas faire visent à corriger directement les comportements.

Les injonctions de publication ou d'information (5^e alinéa du I de l'article L. 464-2) remplissent un rôle à la fois dissuasif, car elles ajoutent à l'exemplarité de la sanction, et régulateur, car elles visent à rendre effectifs les changements de comportement attendus des entreprises en informant les consommateurs, les clients ou les concurrents que ces comportements doivent changer : le fait qu'ils soient informés peut les amener à peser sur les comportements des entreprises sanctionnées et donc à accélérer les évolutions recherchées.

L'efficacité de cet instrument est néanmoins étroitement liée à celle des sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées en cas de non-respect de ces injonctions (article L. 464-3) et, depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, à la possibilité de prononcer des astreintes (article L. 464-2).

Les injonctions de faire ou de ne pas faire

Les injonctions de faire ou de ne pas faire peuvent être complémentaires des sanctions pécuniaires ou constituer, dans certains cas, un instrument plus adapté qu'une sanction. Il en est ainsi, par exemple, des infractions les moins

graves, dont le Conseil a considéré à plusieurs reprises qu'il suffisait de les faire cesser. C'est également le cas lorsque le contrevenant n'est pas une entreprise mais une association ou une organisation professionnelle, qui n'a pas d'objet lucratif et dont les ressources sont très limitées.

Les injonctions présentent l'intérêt d'agir directement sur les comportements, en indiquant précisément ce qu'il convient de faire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence. Elles peuvent guider les entreprises quant aux mesures à adopter pour mettre fin aux infractions constatées.

L'efficacité des injonctions a été renforcée par l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil ayant désormais la possibilité, en vertu des dispositions du II de l'article L. 464-2 du Code de commerce, de prononcer des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard, pour contraindre les entreprises à exécuter une décision les ayant obligées à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles ou à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter les mesures prononcées à titre conservatoire en application de l'article L. 464-1.

Le Conseil a également la possibilité de contraindre les entreprises à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières en prononçant des injonctions destinées à s'assurer du respect de cette dernière.

Ainsi, dans un arrêt du 9 avril 2002, la cour d'appel de Paris a confirmé les injonctions prononcées à titre conservatoire par le Conseil dans la décision 02-MC-03 du 27 février 2002. Le Conseil avait, premièrement, enjoint à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet un serveur Extranet et deuxièmement, et dans l'attente de la mise en place de ce système, de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en auraient fait la demande. Un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision était prévu, à l'issue duquel il a été rendu compte au Conseil des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à la première injonction. Le Conseil a, passé ce délai, constaté que la première injonction avait bien été respectée et a donc levé la seconde injonction.

Les injonctions constituent toutefois un instrument délicat à utiliser pour plusieurs raisons. D'une part, elles doivent être claires, précises et dépourvues d'ambiguïté. D'autre part, elles ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence. La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation veillent aussi au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les injonctions prononcées par le Conseil.

Leur utilisation présente donc une difficulté, lorsque plusieurs solutions sont envisageables pour faire cesser le comportement anticoncurrentiel. Il ne relève pas du rôle du Conseil de se substituer au chef d'entreprise et de choisir entre plusieurs solutions qui, si elles se révèlent toutes adaptées pour résoudre le problème de concurrence, peuvent ne pas être équivalentes du point de vue des intérêts de l'entreprise. On verra ci-dessous que des engagements négociés et acceptés par les entreprises concernées présentent, de ce point de vue, un avantage par rapport aux injonctions prononcées unilatéralement par le Conseil.

Les injonctions apparaissent toutefois particulièrement nécessaires, lorsque l'atteinte à la concurrence résulte des stipulations d'un contrat toujours en vigueur à la date de la décision du Conseil. Le Conseil enjoint alors à l'intéressée de supprimer les clauses concernées. L'immixtion dans la stratégie de l'entreprise est alors limitée au strict nécessaire.

Exemples d'injonctions

• **De modifier les conditions d'un contrat :**

Dans un arrêt du 15 juin 1999, la cour d'appel de Paris a « *enjoint à la société Canal Plus de cesser de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement des films cinématographiques d'expression française récents à la condition que le producteur renonce à céder à tout autre opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour la diffusion par un service de paiement à la séance, avant et pendant la période au cours de laquelle Canal Plus peut mettre en œuvre l'exclusivité de la diffusion par abonnement ; Enjoint, par voie de conséquence, à la société Canal Plus de mettre son contrat type de préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement qu'elle propose aux producteurs de films en conformité avec l'injonction précédente, en modifiant notamment les articles 2, 6 et 7 de ce contrat type* ».

• **De proposer un service :**

Dans une décision 02-MC-03 du 27 février 2002, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 avril 2002, le Conseil a enjoint à la société France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à internet un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne.

Les injonctions de publication

La publication des décisions du Conseil participe à la mission de prévention attribuée au Conseil, chargé d'assurer la défense d'un ordre public économique. En effet, la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques. Le Conseil a prononcé 6 injonctions de publication en 2004 et 10 en 2005.

Comme pour les injonctions de faire ou de ne pas faire, les injonctions de publication doivent être proportionnées à l'objectif recherché.

La cour d'appel a fait droit, par une ordonnance du 5 septembre 2005, à la demande des sociétés du groupe Decaux de surseoir à l'exécution de

l'injonction d'information prononcée par le Conseil dans la décision 05-D-39 relative au respect, par le groupe Decaux, des injonctions prononcées par la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998. Elle a estimé que : « *L'exécution de l'injonction d'adresser une lettre d'information aux collectivités territoriales cocontractantes des sociétés du groupe Decaux, visée à l'article 3, est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives dès lors qu'ayant pour objet d'informer spécialement toutes les collectivités territoriales partenaires commerciales du groupe Decaux du comportement répréhensible de ce dernier, elle porte une atteinte sérieuse à son image et risque ainsi de le priver de la conclusion de contrats de longue durée ; que la mesure de complément proposée très subsidiairement par la requérante – qui rendrait le texte incompréhensible – étant inadaptée et aucune circonstance n'imposant que cette injonction soit exécutée avant que la décision statuant sur le bien-fondé du recours ne soit rendue, la demande principale doit être accueillie en ce qui concerne cette injonction.* »

De plus, la cour d'appel de Paris a rappelé dans deux arrêts récents, que la publication de détails concernant la décision prise par le Conseil de transmettre le dossier au Parquet sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce pouvait, de façon irréparable, porter atteinte à la présomption d'innocence.

Dans une ordonnance en date du 5 octobre 2004, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987, a fait droit partiellement à la demande de sursis à l'exécution de la décision 04-D-39 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'abattage et de la commercialisation des animaux de boucherie. Des personnes physiques, représentantes d'une collectivité publique mises hors de cause par le Conseil, faisaient valoir que le passage à publier les désignait nommément, le Conseil ayant relevé leur participation personnelle et déterminante aux pratiques pour justifier la transmission du dossier au Parquet. La cour a constaté que la partie de la décision dont le Conseil avait ordonné la publication contenait des énonciations détaillées des charges retenues contre ces personnes et estimé que la mesure serait « *de nature à porter atteinte, de façon irréparable, à la présomption d'innocence* » dont elles bénéficiaient. Elle a ordonné, en conséquence, que les paragraphes en cause soient exclus de la publication.

Dans l'arrêt du 26 octobre 2004, la même préoccupation a conduit la cour à réformer la décision 04-D-07 concernant les boulangers de la Marne en ce qu'elle ordonnait la publication de son dispositif. La cour a estimé que la mention de la décision de transmission au Parquet qui y figurait, compte tenu des incidences pénales d'une telle transmission et du caractère nominatif du dispositif, était susceptible de porter atteinte à la présomption d'innocence des personnes concernées. La cour a encore observé que le coût de la mesure de publication n'avait pas été précisé par le Conseil.

Les sanctions en cas de non-respect d'injonction

La vérification du respect de l'injonction est systématiquement faite par les services de la DGCCRF. Elle peut déboucher sur une procédure de non-respect d'injonction et sur une sanction, conformément aux dispositions de

l'article L. 464-3 du Code de commerce, alors qu'en l'absence d'injonctions, la poursuite par le contrevenant du comportement infractionnel ne pourrait être sanctionnée que dans le cadre d'une nouvelle procédure au fond.

Le non-respect d'une injonction prononcée par le Conseil est jugé, en soi, exceptionnellement grave, ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 11 janvier 2005, statuant sur la décision 04-D-18 du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau. La cour a, dans cet arrêt, souligné l'exceptionnelle gravité du comportement de l'entreprise mise en cause en doublant la sanction qui avait été infligée par le Conseil de 20 à 40 millions d'euros. La cour avait également, dans un arrêt du 6 avril 2004, confirmé la sanction de 40 millions d'euros infligée par le Conseil à France Télécom, dans la décision 03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999. Cette sévérité est justifiée par le fait que le non-respect des injonctions prononcées par le Conseil met en cause l'effectivité même du droit de la concurrence.

■ Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions

134

Comme on l'a vu, les sanctions pécuniaires, réprimant *ex post* des comportements anticoncurrentiels, constituent, avec les injonctions, le mode d'intervention auquel le Conseil recourt le plus fréquemment. Mais l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 lui a, dès l'origine, reconnu le pouvoir d'agir sur les comportements, autrement que par le prononcé de sanctions.

Ce pouvoir a été renforcé par les procédures de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements (section I).

Parallèlement, tandis que les comportements anticoncurrentiels les plus graves étaient de plus en plus sévèrement réprimés – ce qui s'est traduit en France, par une élévation du plafond des sanctions – les instruments de détection de ces infractions ont été améliorés, grâce aux procédures de clémence, tant sont liées dans l'efficacité des politiques de sanctions, la sévérité des sanctions encourues et la probabilité de la détection (section II).

Procédures de non-contestation des griefs et d'acceptation d'engagements

Vers la correction des problèmes de concurrence

La possibilité, non seulement de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi de corriger les atteintes à la concurrence fait partie, comme cela a été indiqué plus haut, des compétences traditionnelles des autorités de concurrence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (dite loi NRE), le Conseil peut, si l'entreprise ne conteste pas les griefs qui lui ont été notifiés et si elle prend des engagements comportementaux pour l'avenir, prononcer une sanction réduite à son égard. En vertu de l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, codifié au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles, indépendamment de toute reconnaissance des faits et à tout moment de la procédure. Cette procédure est appelée procédure d'engagements. Elle permet de clore le dossier ouvert devant le Conseil en mettant fin à l'action publique économique.

Les deux procédures se ressemblent en ce qu'elles se traduisent par des engagements pris par les entreprises et acceptés par le Conseil, engagements dont la capacité à résoudre plus efficacement les problèmes de concurrence a été soulignée par le Conseil dans sa décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 : « *Le prononcé de sanctions et l'acceptation d'engagements pris par les entreprises sont, pour le Conseil de la concurrence, deux outils qui, s'ils ne correspondent pas aux mêmes situations économiques et n'ont pas les mêmes effets, répondent au même objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence : dans un premier cas, des sanctions significatives dissuadent l'entreprise d'éventuellement réitérer et, dans le second, les engagements préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles.* »

Dans les deux cas, si l'entreprise ne respecte pas ces engagements, le Conseil peut lui infliger une sanction pécuniaire, en vertu de l'article L. 464-3 du Code de commerce. La cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 11 janvier 2005, que le non-respect d'une injonction du Conseil constituait en soi une pratique d'une extrême gravité et a doublé la sanction initialement prononcée par le Conseil contre France Télécom pour non-respect d'injonction.

Mais les effets de ces deux procédures sont différents. La procédure de non-contestation des griefs notifiés permet le traitement accéléré d'une affaire contentieuse sans rédaction d'un rapport et permet au Conseil, dans la limite d'un plafond de sanction réduit de moitié, d'appliquer un taux de réfaction de la sanction normalement encourue par l'entreprise.

La décision d'acceptation d'engagements permet, avant même la formalisation d'une accusation matérialisée dans une notification de griefs, de constater que, compte tenu du fait que les pratiques en cause vont cesser grâce aux engagements proposés, il n'y a plus lieu d'agir à l'encontre de l'entreprise impliquée. La procédure peut être clôturée. Elle confère au Conseil un pouvoir général d'appréciation de la situation de marché, un pouvoir de classement sous conditions dont il n'avait, jusque-là, jamais disposé, contrairement à la plupart de ses homologues européens.

La procédure de non-contestation des griefs

L'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit en son III que « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont*

notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I. en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié ».

L'article 43 du décret du 30 avril 2002 dispose simplement que « lorsque le rapporteur général propose au Conseil de la concurrence de faire application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, les parties et le commissaire du Gouvernement en sont informés par l'envoi d'une lettre du rapporteur général trois semaines au moins avant le jour de la séance ».

Cette procédure de non-contestation des griefs est appelée improprement procédure de « transaction », car elle ne met pas fin aux poursuites et l'accord entre le rapporteur général et la partie en cause, matérialisé par un procès-verbal, ne lie pas le Conseil qui décide en dernier ressort, même s'il tend le plus souvent à suivre la proposition du rapporteur général.

Le Conseil est la première autorité indépendante à se voir dotée de cet instrument nouveau, qui, par l'importance donnée à la non-contestation des faits par le contrevenant, s'apparente à la procédure de « plea bargaining ¹⁵ » du droit américain. Cette procédure a été appliquée huit fois par le Conseil, deux fois en 2003, quatre fois en 2004 et deux fois en 2005.

136

La réduction de peine attachée à la non-contestation des faits existe déjà en droit français, sous des formes diverses, telles les amendes forfaitaires minorées pour des contentieux pénaux de masse ou pour des infractions d'importance mineure, dans un souci de célérité des procédures.

Le paiement immédiat, sans contestation et sans procès, d'une amende forfaitaire minorée par rapport au montant de la contravention normalement encourue, permet ainsi au contrevenant de diminuer le quantum de son amende pécuniaire.

La non-contestation des faits (sans prise d'engagements par l'entreprise) était prévue dans la communication de 1996 de la Commission sur les amendes et dans le programme de clémence de la Commission, comme facteur de réduction de la sanction encourue d'au moins 10 %. La nouvelle communication du 13 février 2002 a supprimé ce cas de figure. Désormais, seules sont prévues l'immunité, c'est-à-dire l'exonération totale de sanctions, soumise à plusieurs conditions qui seront énumérées plus loin et les réductions d'amende bénéficiant à des entreprises qui fournissent à la Commission des éléments de preuve représentant une valeur ajoutée significative. La non-contestation des faits ne figure plus parmi les motifs de réduction de sanction. La Commission a estimé que la réduction prévue dans l'ancien système, d'au moins 10 %, était disproportionnée par rapport à l'avantage qu'en tirait

15. Procédure par laquelle, dans une affaire pénale, le mis en cause et le procureur concluent un accord comportant des concessions réciproques soumis à l'approbation de la cour. Généralement, le mis en cause plaide coupable, mais sur la base d'une qualification moins grave des faits ou pour une seule infraction encourageant la qualification la moins grave de celles encourues, en cas de pluralité d'infractions commises et encourt, de ce fait, une peine moins grave.

la Commission et qu'elle dissuadait les entreprises de dénoncer les cartels. Le tribunal de première instance avait d'ailleurs considéré, dans un arrêt du 14 mai 1998 (Cascades T-308/94, point 256) que la Commission était en droit de considérer un tel comportement de non-contestation comme constitutif d'une reconnaissance des allégations de fait et donc comme un élément de preuve du bien-fondé des allégations en cause et que dès lors, seulement, un tel comportement pouvait justifier une réduction de l'amende.

Ces éléments démontrent la nécessité d'articuler cette procédure de non-contestation avec la clémence. En effet, si en échange de leur aveu, les entreprises étaient assurées d'une réduction automatique de leurs sanctions, le risque serait grand, dès lors que les griefs notifiés seraient peu contestables compte tenu des preuves recueillies, que toutes les entreprises optent pour cette solution, et le Conseil serait fréquemment sollicité d'accorder une diminution de sanction sur ce fondement. Certes, la procédure devant le Conseil serait raccourcie, mais les sanctions encourues s'éloigneraient du niveau dissuasif, ce qui renforcerait l'intérêt pour les firmes à s'engager dans des pratiques anticoncurrentielles et, une fois découvertes, à renoncer à contester pour obtenir à bon compte une réduction de peine.

Le déclenchement de la procédure

• **Les conditions de recevabilité des demandes**

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans sa décision 04-D-42 du 4 août 2004, le bénéficiaire de la transaction « *est soumis à la double condition que les entreprises en cause, d'une part, ne contestent pas la réalité des griefs et, d'autre part, s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir* ». De plus, la procédure ne présente l'intérêt de raccourcir la procédure devant le Conseil, que si la demande est présentée avant l'établissement et la transmission par le rapporteur général d'un rapport dans la deuxième phase du contradictoire.

La réunion de ces conditions est d'abord vérifiée par le rapporteur général, seul à même d'ouvrir la procédure, puis par le Conseil lors de la séance.

La non-contestation des griefs

Pour établir qu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs notifiés, il faut que soit rapportée la preuve qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2. Cette renonciation doit être claire, complète et dépourvue d'ambiguïté (06-D-09).

Dans les premières affaires qui lui ont été soumises, le Conseil a examiné ce critère avec bienveillance, admettant qu'une société qui avait contesté avoir participé aux pratiques dans le procès-verbal de mise en œuvre de la procédure puisse solennellement affirmer au cours des débats, qu'elle ne contestait pas les griefs et que donc la condition de non-contestation était remplie (04-D-42).

L'entreprise est seulement admise à contester les éléments relatifs à la détermination des sanctions, à savoir la gravité des pratiques et le dommage à l'économie (03-D-45). Si l'analyse du dommage à l'économie tend à combattre

la qualification retenue, elle peut s'analyser comme une contestation des griefs et faire perdre le bénéfice de la transaction.

Dans une décision 03-D-45 du 25 septembre 2003, le Conseil a longuement étudié si la production d'une étude économique relativisant les effets d'ententes verticales sur les prix, devait être considérée comme une contestation des griefs ou comme un élément d'appréciation de la sanction : « *Lorsqu'elles se sont engagées à ne pas contester les griefs, les entreprises n'ont pas la possibilité d'apporter des éléments destinés à démontrer que les griefs ne sont pas constitués. Toutefois, il leur est loisible de présenter au Conseil des éléments tendant à démontrer que les griefs dont elles ne contestent pas la réalité n'ont pas de caractère de gravité et n'ont pas causé de dommage à l'économie.* » En l'espèce, l'étude économique a été retenue au titre de l'appréciation de la gravité des pratiques et de leurs effets sur le marché. Le Conseil a, en effet, relevé que « *si l'étude en cause comporte, à certains passages, quelques mentions relatives aux effets qui pourraient être interprétées comme une contestation de la qualification des griefs, [celles-ci] ne sont toutefois pas reprises par la société Texas Instruments France dans son mémoire en réponse* ».

La non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité. Elle ne pourra pas être utilisée, au cours de la procédure du Conseil, contre les entreprises ou organismes non-parties à la transaction. Le Conseil ne s'estime d'ailleurs pas lié, dans son appréciation des faits, par la non-contestation des griefs. Il lui est ainsi arrivé de déclarer non établies des pratiques non contestées par les entreprises (05-D-70). Devant les juridictions civiles, les entreprises victimes de pratiques ne pourraient se prévaloir de cette non-contestation des griefs. Par ailleurs, la non-contestation des pratiques anticoncurrentielles ne pourrait servir de base à l'accusation pesant contre le chef d'entreprise poursuivi pour avoir pris une part déterminante aux pratiques dénoncées sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Seule la décision du Conseil statuant sur les griefs pourrait être utilisée pour obtenir des dommages-intérêts devant le juge civil ou établir certains des éléments constitutifs du délit prévu à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Dans cette dernière hypothèse, aucune passerelle n'étant prévue entre les deux procédures, l'admission d'une entreprise au bénéfice de cette procédure de non-contestation des griefs ne garantit aucune atténuation de peine au chef d'entreprise éventuellement poursuivi sur le fondement de cet article.

Le contrôle des engagements proposés

L'intérêt de la transaction réside dans l'engagement que prend le contrevenant « *à modifier ses comportements pour l'avenir* ». En effet, sans cette mesure de correction des pratiques anticoncurrentielles, la transaction reviendrait à une réduction mécanique des sanctions encourues.

Le rapporteur général, puis le Conseil examinent les engagements proposés, qui doivent être substantiels, crédibles et vérifiables. Ils peuvent exiger, en cours de discussion s'agissant du rapporteur général, ou en séance s'agissant du Conseil, qu'ils soient complétés.

Il est important de s'assurer de la crédibilité des engagements pris par le contrevenant. À cette fin, ils doivent être formulés par l'entreprise candidate à la transaction de la façon la plus claire possible, et surtout, ils doivent être aisément contrôlables, au sens où la surveillance du respect des promesses avancées par l'entreprise doit pouvoir être mise en œuvre à un coût raisonnable.

Cette crédibilité conditionne l'acceptation du principe de la transaction par le rapporteur général, puis par le Conseil. Une seconde propriété de l'engagement doit impérativement être examinée, car elle conditionne le niveau de réduction de la sanction : c'est son « utilité », ou autrement dit, sa capacité à restaurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché considéré.

Dans ses décisions, le Conseil prend acte des engagements éventuellement précisés devant lui et enjoint à l'entreprise de les respecter, ce qui lui permet, au cas où ces engagements ne seraient pas respectés, de prononcer des sanctions pécuniaires pour non-respect d'injonction, en vertu de l'article L. 464-3 du Code de commerce.

• La proposition du rapporteur général

Lorsque l'entreprise se voit notifier des griefs, elle dispose normalement de deux mois à compter de la notification de griefs pour s'engager dans une procédure de transaction. Toutefois, le fait d'avoir contesté les griefs dans un premier temps, ne l'empêche pas de choisir la voie de la non-contestation avant la notification du rapport, son mémoire en réponse aux griefs lui étant alors restitué. Cette situation s'est produite à plusieurs reprises, en particulier dans des dossiers pour lesquels des parties finissent par opter pour la non-contestation des griefs après avoir constaté que l'une d'entre elles avait choisi cette voie.

Les négociations avec le rapporteur général du Conseil sont relatives à la teneur des engagements proposés par l'entreprise, au principe de non-contestation des griefs notifiés, ainsi qu'au taux de réfaction de l'amende qui sera proposé. Si le rapporteur général refuse de donner suite à la procédure, les entreprises ne peuvent demander directement au Conseil le bénéfice de celle-ci au cours de la séance au fond. Toutefois, le Conseil peut, à la demande d'une partie, vérifier que le rapporteur général n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en prenant sa décision de refus, car cette décision conditionne le montant des sanctions pécuniaires à prononcer à son encontre.

Si la négociation aboutit, elle sera consignée dans un procès-verbal signé par l'entreprise et le rapporteur général. Celui-ci contient la décision du rapporteur général de proposer, au Conseil, une transaction, la proposition de réduction de sanction du rapporteur général, formulée par une fourchette de taux, les engagements de l'entreprise et la renonciation de l'entreprise à contester les griefs. Bien que la loi ne le demande pas, l'usage est que le rapporteur général informe les autres entreprises parties à la procédure de cette première transaction, afin qu'elles puissent éventuellement formuler une même demande.

Les effets de la procédure

• Les effets procéduraux de la non-contestation des griefs

La procédure de non-contestation des griefs est allégée, la phase de rédaction du rapport étant supprimée, sauf dans l'hypothèse où seules certaines

entreprises sollicitent le bénéfice de la procédure. En effet, le bénéfice de la transaction pour une entreprise n'implique pas que toutes les entreprises impliquées formulent une même demande. Dans cette hypothèse, le rapporteur devra rédiger un rapport pour les entreprises qui n'ont pas demandé la mise en œuvre de la procédure.

• La portée du taux de réfaction de l'amende proposé par le rapporteur général

La procédure de non-contestation des griefs ne fait pas échapper l'entreprise à la qualification des pratiques, ni à leur sanction.

Elle permet seulement de réduire de moitié les maxima de sanctions encourus, à savoir, pour les faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE, 5 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise (au lieu de 10 %) ou, pour une entité qui n'est pas une entreprise, 1,5 million d'euros (au lieu de 3 millions d'euros).

Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans sa première décision rendue en la matière, la décision 03-D-10 du 20 février 2003, la réduction de moitié s'applique au montant maximum qui peut être infligé et non à la sanction prononcée par le Conseil : *« S'agissant des sanctions, il convient de relever que l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit que lorsqu'il est mis en œuvre, "le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié", a pour objet de garantir aux entreprises intéressées que si le Conseil accepte les engagements qu'elles ont pris, le plafond légal applicable aux sanctions qu'il édicte, est divisé par deux par rapport au régime de droit commun. Toutefois ces dispositions ne font pas obstacle à ce que, dans la limite de ce nouveau plafond, le Conseil apprécie le montant de la sanction qui aurait été encourue par chaque entreprise et y applique le taux de réfaction qu'il retient compte tenu des propositions faites par le rapporteur général. »*

Afin de calculer le montant final de la sanction, le Conseil fixe la sanction qu'il aurait prononcée en l'absence de transaction, puis applique à ce montant un taux de réfaction, le montant final ne devant pas dépasser le plafond indiqué précédemment. Comme mentionné plus haut, ce taux de réfaction est proposé par le rapporteur général en début de procédure mais ne lie pas le Conseil qui peut le modifier.

Cette modification peut intervenir soit à la baisse, soit à la hausse. Ainsi, dans une affaire, alors que le rapporteur général avait proposé de réduire de moitié¹⁶ le montant de la sanction encourue, le Conseil n'a finalement appliqué qu'un taux de réfaction de 20 %, compte tenu des contestations ultérieures en cours de procédure et de la gravité des pratiques¹⁷. En revanche, dans une autre affaire, alors que le rapporteur général avait proposé un taux de

16. Ce cas est le seul dans lequel un taux de réfaction unique a été proposé par le rapporteur général. Dans les autres cas, il a toujours proposé une fourchette de réduction.

17. Décision 03-D-45 du 25 septembre 2003, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004.

réfaction compris entre 40 et 50 %, le Conseil a appliqué un taux de réfaction de l'amende encourue de 90 %¹⁸.

Cette interprétation du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce consistant, d'une part, à réduire de moitié le plafond de la sanction une fois les engagements souscrits et acceptés, d'autre part, à conserver toute latitude pour apprécier l'étendue de la réfaction du montant de la sanction encourue dans la limite de ce nouveau plafond, par rapport aux propositions du rapporteur général, a été confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 septembre 2004. Elle a écarté l'argument avancé par les parties qui exposaient que leur renonciation à contester les griefs était subordonnée à la réduction de sanction promise *ab initio* par le rapporteur général et que le non-respect de ce taux de réduction rendait caduque la procédure. Dans un arrêt du 22 novembre 2005, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, jugeant que « *l'entreprise ne peut subordonner son absence de contestation et ses engagements à condition* » et qu'elle ne peut ignorer que le Conseil est « *non lié par la proposition de réduction de la sanction émise par le rapporteur général* ».

Dans la majorité des cas (six cas sur huit) cependant, le Conseil a prononcé le taux de réfaction proposé par le rapporteur général. Le seul cas qui s'est avéré défavorable à l'entreprise est resté un cas isolé.

Le Conseil, saisi d'une proposition favorable du rapporteur général, n'a encore jamais refusé le bénéfice de la procédure, ce qui impliquerait le renvoi à l'instruction de l'affaire, afin qu'il soit procédé selon la procédure « normale » (avec rédaction d'un rapport).

Le Conseil a eu l'occasion de combiner la procédure de non-contestation des griefs avec la procédure dite « procédure simplifiée ». Conformément aux dispositions de l'article L. 463-3 du Code de commerce, la décision de recourir à la procédure simplifiée revient au président du Conseil, qui notifie sa décision avec la notification de griefs ou après celle-ci¹⁹. Cette décision peut donc intervenir indifféremment avant l'accord de non-contestation de griefs entre le rapporteur général et l'entreprise, ou après. Il s'agit aussi d'une procédure rapide, sans établissement préalable de rapport, avec un contradictoire réduit à une étape.

Quand ces deux procédures sont menées ensemble, si les règles de calcul du montant de l'amende demeurent identiques, le plafond passe à 750 000 euros. Dès lors, dans l'hypothèse où une procédure simplifiée a été mise en œuvre concomitamment à une procédure de non-contestation des griefs, si le calcul de la sanction après application du taux de réfaction dépasse 750 000 euros, celle-ci est écartée à ce montant. L'application simultanée des deux procédures, qui vont toutes deux dans le sens de la rapidité et de l'efficacité, permet donc, dans certains cas, de garantir aux entreprises, avant la séance, que le maximum de sanction pécuniaire encourue sera celui du plafond de la procédure simplifiée.

18. Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

19. Il faut rappeler que les parties ne disposent pas de la faculté de demander le renvoi à la procédure normale si la procédure simplifiée leur semble insuffisamment contradictoire.

Ces deux procédures ont été menées simultanément à trois reprises (04-D-30 ; 04-D-37 et 04-D-65) et cette possibilité a été récemment confirmée par la Cour de cassation²⁰. Par arrêts avant-dire-droit des 22 février et 12 avril 2005, la cour d'appel de Paris a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la possibilité de mettre en œuvre cumulativement les deux procédures et sur le montant de sanction pécuniaire encourue en fonction de leur chronologie de mise en œuvre. La Cour de cassation, dans un avis du 11 juillet 2005, a estimé que « *dans le cas de mise en œuvre cumulative des procédures simplifiées et de transaction, et quel que soit l'ordre chronologique de cette mise en œuvre, le montant de la sanction qui sera infligée à l'entreprise doit être calculé conformément aux dispositions de l'article L. 464-2-II devenu L. 464-2-III, sans pouvoir dépasser le seuil fixé par l'article L. 464-5 du Code de commerce* », c'est-à-dire le plafond des sanctions de la procédure simplifiée. À la suite de cet avis, la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours d'OGF contre la décision 04-D-37, a approuvé le mode de calcul adopté par le Conseil, dans un arrêt du 13 septembre 2005.

Le recours à la procédure simplifiée après la signature du procès-verbal de transaction présente l'avantage d'atténuer l'incertitude résultant, pour l'entreprise intéressée, de la liberté du Conseil de tenir compte ou non de la proposition de réfaction du rapporteur général. Elle peut donc constituer, au moment de la négociation avec le rapporteur général, un argument supplémentaire pour inciter les entreprises à recourir à la transaction.

Les engagements peuvent s'avérer quasi structurels quand ils portent, comme dans l'affaire 03-D-45, sur la structure des tarifs et les conditions générales de vente d'un fabricant ou encore sur l'aménagement intérieur ou extérieur des locaux d'une entreprise (04-D-37) ou sur les clauses d'un contrat-type de location-entretien (05-D-49).

La décision 04-D-37 prévoit une clause de révision des engagements, en cas de changement affectant le contexte des marchés ou dans le cadre législatif et réglementaire : « *Les engagements qui précèdent s'inscrivent dans le contexte actuel des marchés sur lesquels une position dominante a été constatée, ainsi que dans le cadre législatif et réglementaire existant à la date du présent procès-verbal. Ils devraient par conséquent être reconsidérés en cas de perte de cette position dominante ou en cas d'évolution du cadre législatif et réglementaire ayant un impact sur les conditions de respect des engagements pris.* » La décision 03-D-45 prévoit une telle révision en cas d'évolutions dans la pratique décisionnelle et la jurisprudence des autorités de concurrence et juridictions. Elle prévoit que la société Texas Instruments France « *tiendra le rapporteur général informé, pendant une durée de cinq ans, de toute décision de ne pas appliquer les engagements tels que souscrits à ce jour en raison d'une telle évolution* ». La même formule a été reprise dans l'affaire 05-D-70 qui précise en outre que « *la mise en œuvre effective des engagements sera contrôlée par le Conseil de la concurrence* ».

L'intérêt de cette disposition est de permettre d'exonérer de sanction les entreprises poursuivies pour non-respect des engagements, lorsque ce

20. Avis n° 005 0006 du 11 juillet 2005 de la Cour de cassation.

non-respect est dû à des causes étrangères et indépendantes de leur volonté. Si les entreprises estiment que, compte tenu de circonstances nouvelles, les changements à apporter aux engagements sont importants, elles doivent le signaler au Conseil, qui appréciera s'il y a lieu de se saisir d'office du cas, afin de les reformuler.

La procédure d'engagements

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a conféré au Conseil de la concurrence de nouveaux pouvoirs, alignés sur ceux de la Commission européenne et de la plupart des autorités de concurrence européennes, dans la perspective d'un fonctionnement équilibré du réseau constitué par ces autorités.

Ces nouveaux pouvoirs, et notamment le pouvoir d'accepter des engagements, indépendamment de toute reconnaissance des griefs, élargissent véritablement les outils d'intervention du Conseil et notamment son pouvoir de régulation des marchés ²¹. La procédure d'engagements, contrairement à la procédure de non-contestation des griefs, comporte, pour le Conseil, un véritable pouvoir de transaction, de classement sous conditions, qui met fin aux poursuites devant lui.

La procédure

• La pratique de la Commission européenne

La capacité d'accepter des engagements fait partie des compétences traditionnellement dévolues aux autorités de concurrence. Les deux agences de concurrence américaines, le Department of Justice (DOJ) et la Federal Trade Commission (FTC) en sont déjà dotées. Environ 70 % des cas se résolvent aux États-Unis par des « consent decrees ».

La Commission européenne a déjà développé sa pratique des engagements dans le domaine des concentrations et des aides d'État, et, s'agissant de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, acceptait déjà, dans certains cas, de mettre un terme à des procédures engagées devant elle, quand les entreprises lui proposaient des engagements de nature à répondre aux objections soulevées par la Commission.

Toutefois, si les entreprises ne respectaient pas leurs engagements, la Commission ne pouvait pas les sanctionner. L'article 9 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, entérine la pratique décisionnelle de la Commission et crée un nouveau type de décision de la Commission, la décision d'acceptation d'engagements ou « compromis-décision ». Le non-respect des engagements fait encourir aux entreprises des peines d'amende ou le paiement d'astreintes, sans qu'il soit besoin de réouvrir la procédure.

²¹. Bruno Lasserre, « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France », contribution à la 32^e *Conference on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham (22 et 23 septembre 2005), disponible sur le site internet du Conseil de la concurrence.

Désormais, les entreprises ont une forte incitation à respecter les engagements rendus obligatoires en vertu de l'article 9 du règlement. En effet, à défaut, elles s'exposent à une décision de sanction, laquelle, aux termes du 2° c) de l'article 23 du règlement 1/2003, peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise. Par ailleurs, la Commission a également le pouvoir d'assortir sa décision d'une astreinte, pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

Bien que les règles relatives à la procédure d'engagements figurent dans le règlement n° 1/2003, elles ne s'appliquent qu'à la Commission européenne. Pour les autorités nationales de concurrence, l'article 5 du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, se limite à poser le principe selon lequel elles sont compétentes pour « *accepter des engagements* », lorsqu'elles appliquent le droit communautaire de la concurrence.

• La procédure devant le Conseil

Dans la perspective du fonctionnement du réseau des autorités de concurrence européennes, il était indispensable que le Conseil de la concurrence dispose des mêmes outils de régulation que les autres autorités de concurrence. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 l'a doté de nouveaux pouvoirs, notamment ceux de prononcer et liquider des astreintes et de prendre des décisions d'acceptation d'engagements proposés par les entreprises.

En vertu de l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, codifié au I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles.*

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

Le II du même article dispose : « **Le Conseil peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe, pour les contraindre :** a) à exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I [...] ²². »

22. Les parties en gras soulignent les dispositions relatives aux engagements.

Si l'ordonnance du 4 novembre 2004 a introduit en droit français la possibilité, pour le Conseil de la concurrence, d'adopter des décisions rendant obligatoires des engagements souscrits par les entreprises, la procédure à appliquer par l'autorité française n'a été définie que tardivement par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005, qui codifie en réalité la pratique décisionnelle du Conseil.

Pendant une année, le Conseil, s'inspirant du cadre communautaire, a recherché comment adapter sa procédure traditionnelle pour la rendre compatible avec cette nouvelle procédure d'engagements et en garantir la pleine efficacité. En effet, compte tenu des problématiques nouvelles posées par la procédure d'engagements et de sa finalité, il n'était pas possible de suivre exactement le cadre procédural traditionnel. D'autres voies ont dû être explorées. Leur bon fonctionnement a inspiré la rédaction du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005.

L'identification des nouvelles problématiques

La mise en œuvre de cette procédure a mis en évidence trois problématiques nouvelles :

- la conciliation de son fonctionnement avec la procédure du Conseil séparant strictement les services d'instruction et l'organe de décision ;
 - l'information des entreprises ;
 - l'inclusion des tiers dans la procédure.
- *La séparation des fonctions d'instruction et de décision*

En droit français, dans les procédures traditionnelles conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires, y compris la procédure de non-contestation des griefs, les services d'instruction (le rapporteur général et les rapporteurs) et l'organe de décision (le collège) du Conseil de la concurrence sont séparés. Cela signifie qu'il appartient aux seuls services d'instruction de mener l'instruction et au seul collège de décider sur les cas. Les rapporteurs ne participent ni n'assistent au délibéré du collège.

Si ces principes inspirés du fonctionnement juridictionnel peuvent se comprendre dans les procédures qui conduisent à sanctionner les opérateurs, parfois de manière très sévère, ils risquaient de poser un certain nombre de difficultés dans une procédure où la décision finale devait consister à rendre obligatoires des engagements proposés par les entreprises. En effet, il paraissait difficile que le collège soit absent, pendant toute la période précédant la séance, de la négociation des engagements. Il était probable que les entreprises ne s'engageraient dans cette procédure que si elles avaient la garantie que *in fine* les décisions d'acceptation d'engagements du Conseil seraient la suite logique des projets négociés en amont.

Le Conseil a donc décidé d'adopter une procédure souple, associant étroitement, dès le début de la négociation, le Conseil au rapporteur en charge du dossier, ceci afin de garantir une sécurité juridique aux entreprises.

Le Conseil de la concurrence a estimé, au regard de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, qu'était seul contraire au principe d'impartialité le cumul entre les mains du même organe des fonctions d'accusation et de

décision²³. Cette interdiction de cumul ne s'applique pas, par exemple, aux procédures de saisine d'office²⁴ ou encore aux procédures d'avis, mais seulement aux procédures aboutissant, aux termes d'une procédure d'accusation, au prononcé de sanctions. Or, conformément à la pratique communautaire, et dans le silence des textes nationaux, la procédure d'engagements se situe en amont de la phase d'accusation de la procédure, qui s'ouvre par la notification des griefs. Elle se situe au stade nouveau du pouvoir du Conseil de classement des poursuites sous conditions. L'évaluation préliminaire des pratiques par le Conseil et la décision d'acceptation d'engagements ne contiennent pas de constat d'infraction. Elles font seulement référence à des « préoccupations de concurrence », non qualifiées au regard des textes d'incrimination. L'évaluation préliminaire ne saurait donc constituer un acte d'« accusation ». De plus, la décision d'acceptation d'engagements ne statue pas sur la culpabilité des entreprises et n'inflige pas de sanction. Dans ces conditions, le principe du non-cumul des fonctions d'accusation et de jugement découlant de l'interprétation de l'article 6 de la CEDH par les juridictions nationales ne s'applique pas à la procédure d'acceptation d'engagements.

Une récente décision d'irrecevabilité rendue le 3 juin 2004 par la Cour européenne des droits de l'homme (Nesté c/Russie n° 69042/01) confirme cette

23. S'agissant de la participation des rapporteurs au délibéré des autorités administratives indépendantes, la Cour de cassation et le Conseil d'État apprécient le rôle effectif des rapporteurs dans la procédure et prohibent la participation au délibéré des rapporteurs qui ont au préalable formulé l'accusation, comme contraire au principe d'impartialité. Dans un arrêt rendu en formation plénière le 5 février 1999, concernant la Commission des opérations de bourse (COB) (Cass. plénière 5 février 1999 COB c/ Oury), la Cour de cassation a souligné : « *l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; [...] c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision* ». Le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt Didier, que la participation du rapporteur au délibéré du Conseil des marchés financiers ne violait pas le principe de l'impartialité, car celui-ci « *n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs* », ne peut classer l'affaire ou élargir le cadre de sa saisine, n'a pas de pouvoirs coercitifs ou de contrainte et détient des pouvoirs identiques à ceux de la formation collégiale. De même, s'agissant cette fois des pouvoirs des collègues des autorités administratives indépendantes, les deux hautes juridictions censurent, comme contraire au principe d'impartialité, le cumul entre les mêmes mains, du pouvoir de formuler l'accusation en matière pénale et celui de juger. Concernant le collège de la COB, la cour d'appel de Paris, se livrant à une appréciation concrète, a jugé, dans l'arrêt KPMG, que le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'était pas, en soi, contraire à l'exigence d'impartialité, mais constatant que le collège de la COB avait successivement décidé de la mise en accusation de la société, formulé les griefs et statué sur la culpabilité, qu'il y avait eu atteinte au principe du procès équitable et impartial, l'élément décisif étant le cumul, entre les mêmes mains, des fonctions d'accusation et de jugement.

24. Dans un arrêt du 23 juin 2004 rendu dans l'affaire des banques, la Cour de cassation s'est prononcée sur la saisine d'office du Conseil et sur les conditions de l'intervention du rapporteur dans le cadre de cette saisine d'office : il était soutenu que l'intervention du rapporteur lors du rassemblement des éléments ayant permis au Conseil de prendre sa décision de saisine d'office, puis sa participation au délibéré de la décision de saisine d'office et de la décision de demande d'enquête postérieure, son intervention enfin lors de l'instruction de la saisine ayant abouti à la décision au fond, contrevenaient aux principes du secret du délibéré, de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction et d'impartialité. La Cour a réfuté cette argumentation, en précisant que « *la décision par laquelle le Conseil [...] décide de se saisir d'office n'est pas un acte de poursuite* ». Elle a confirmé la position de la cour d'appel selon laquelle aucun texte ne fait obstacle à ce que le Conseil demande à un rapporteur de rassembler les éléments lui permettant d'apprécier l'opportunité de se saisir d'office et que ce rapporteur présente des observations orales devant la Commission permanente appelée à se prononcer sur ce point. Elle en déduit que la présence du rapporteur à la séance de la formation appelée à décider de cette mesure, puis la désignation de ce rapporteur aux fins d'instruire cette saisine ne méconnaissent aucun des principes invoqués.

interprétation en excluant du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen, certains des pouvoirs des autorités de concurrence qui visent essentiellement à prévenir les atteintes à la concurrence et à la restaurer en cas d'atteinte au fonctionnement du marché et qui « *appartiennent au champ de la régulation* », dès lors qu'ils ne visent pas l'imposition de sanctions ²⁵.

Ces raisons expliquent que le Conseil est associé dès le début de la procédure, le recours à la procédure d'engagements n'étant pas décidé par le seul rapporteur général, mais en étroite collaboration avec le collège qui juge de l'opportunité de faire usage de la procédure en question. Le collège suit ensuite l'élaboration des engagements par l'entreprise. Cette adaptation était d'autant plus opportune que le décret a expressément reconnu au Conseil le pouvoir de mener lui-même les négociations lorsque les engagements sont proposés devant lui lors d'une séance d'examen d'une demande de mesures conservatoires.

Ainsi, contrairement à la procédure de non-contestation des griefs, la possibilité d'accepter des engagements constitue une compétence directe du Conseil dont l'exercice n'est nullement conditionné par l'action du rapporteur général.

– *L'information de l'entreprise à l'encontre de laquelle la procédure est dirigée*

L'entreprise à l'encontre de laquelle une affaire a été engagée doit pouvoir connaître les pratiques qui lui sont reprochées pour pouvoir, le cas échéant, formuler des engagements.

Or, en droit français, le Code de commerce ne connaissait que la notification de griefs, qui constitue un acte d'accusation formel et n'avait pas prévu d'acte spécifique pour signaler, avant même le début de la procédure contradictoire, des « problèmes de concurrence » ou des « préoccupations de concurrence ». Il importait donc d'imaginer un nouveau mode d'information des entreprises.

Le Conseil a décidé d'envoyer à l'entreprise concernée une évaluation préliminaire des pratiques. Cet acte préliminaire ne doit pas avoir un caractère aussi formel qu'une notification des griefs. Il doit exposer à l'entreprise les préoccupations de concurrence suscitées par l'affaire dont le Conseil est saisi, sans aller jusqu'à une qualification précise des faits.

²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans une décision d'irrecevabilité du 3 juin 2004 Nestlé c/Russie n° 69042/01, rejeté la plainte de la société Nestlé qui prétendait que la procédure devant l'autorité de concurrence russe relevait de la matière pénale et que les principes d'égalité des armes et de présomption d'innocence garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme avaient été violés à son encontre. La Cour a en effet estimé que les dispositions de droit de la concurrence ne relevaient pas en elles-mêmes de la matière pénale au sens de l'article 6. Elle a relevé notamment que les pouvoirs des autorités de concurrence visaient essentiellement à prévenir les atteintes à la concurrence et à restaurer le fonctionnement de la concurrence en cas d'atteinte au fonctionnement du marché, que certains comportements pouvaient être exonérés s'ils visaient à satisfaire l'intérêt général et qu'enfin la réglementation (russe) qui lui était soumise ne prévoyait pas de sanctions en tant que telles mais des pouvoirs d'injonction allant d'une simple injonction de cesser les pratiques à l'injonction de démanteler des structures d'entreprises ou certains pouvoirs de confiscation des profits indus, qui « *appartiennent au champ de la régulation* ». Cette décision semble donc écarter le champ de la régulation et ses outils d'intervention de l'emprise de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'ils ne visent pas à l'imposition de sanctions.

En pratique, c'est le rapporteur qui fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause. Cette évaluation préliminaire peut être faite, selon les cas, par courrier, par procès-verbal ou, lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, en complément de la saisine au fond, par la présentation d'un rapport oral en séance.

Si l'entreprise mise en cause accepte, sur la base de cette évaluation préliminaire, d'entrer dans une procédure d'engagements, elle devra formaliser ces derniers dans un certain délai.

– La place des tiers dans la procédure

La procédure d'engagements a enfin conduit le Conseil de la concurrence à s'interroger sur les moyens d'associer les tiers, c'est-à-dire les entreprises qui ne sont pas parties en droit français (c'est-à-dire qui ne sont ni plaignantes ni poursuivies), à la procédure. En effet, dans les procédures traditionnelles, les tiers ne participent pas à la procédure devant le Conseil de la concurrence. Ils peuvent bien entendu être associés indirectement lors de l'enquête, ils peuvent aussi être attirés dans la procédure, mais leur avis n'est pas sollicité systématiquement et ils ne bénéficient d'aucun droit dans la procédure contentieuse.

Or, la procédure d'engagements présente certaines spécificités. Elle doit conduire à régler rapidement des préoccupations de concurrence. Il est donc nécessaire de veiller à ce que les tiers, dont les intérêts peuvent être affectés, soient entendus, leurs observations pouvant contribuer à l'analyse de marché menée par l'autorité de concurrence quand elle apprécie les engagements proposés.

À cet effet, le Conseil de la concurrence a prévu, comme dans la procédure déjà suivie en matière d'engagements par la Commission européenne ou encore dans le domaine des concentrations, la publication d'une communication à destination des tiers intéressés.

En pratique, le Conseil publie par tout moyen, en général par une diffusion sur son site Internet, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations.

À cette occasion, il fixe un délai pour la production des observations des tiers intéressés. Ces observations sont versées au dossier. Elles seront prises en compte par le Conseil dans son appréciation finale des engagements proposés par l'entreprise.

Le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005

Le succès de l'approche pragmatique du Conseil lui a permis d'intégrer les principaux éléments de sa pratique dans le nouveau décret d'application du livre IV du Code de commerce, le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence. La procédure est dorénavant régie par le nouvel article 42-1 du décret du 30 avril 2002 modifié.

Lorsque le Conseil envisage de faire application de la procédure d'engagements, le rapporteur identifie les problèmes de concurrence au stade d'une

évaluation préliminaire. Cette évaluation peut être faite par courrier, par procès-verbal ou lorsque le Conseil est saisi d'une demande de mesures conservatoires, par la présentation d'un rapport oral en séance. Cette évaluation est communiquée aux entreprises en cause et une copie en est adressée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement, sauf lorsqu'elle est présentée oralement lors d'une séance en présence des parties. La partie en cause peut à ce stade solliciter le bénéfice de la procédure d'engagements au Conseil de la concurrence afin de remédier aux préoccupations de concurrence soulevées. Un délai, qui ne peut être inférieur à un mois lui est alors imparti pour transmettre ses engagements par écrit, soit par le rapporteur, soit par le collègue quand l'évaluation est présentée oralement.

À la réception de ces engagements, le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement. Il publie sur internet un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter des observations avant une date déterminée (le délai ne peut être inférieur à un mois). Les parties et le commissaire du Gouvernement sont convoqués en séance. Après avoir pris connaissance des observations des parties et tiers intéressés, le Conseil peut, en séance, reprendre la discussion des engagements avec la partie en cause et éventuellement demander une nouvelle version des engagements, plus à même de répondre aux préoccupations de concurrence (05-D-29). À l'issue de sa discussion, si le Conseil considère que les engagements proposés répondent aux problèmes de concurrence identifiés au stade de l'évaluation préliminaire, il peut décider d'accepter les engagements et mettre fin aux procédures.

La portée de la procédure d'engagements

Le Conseil de la concurrence a déjà appliqué cette procédure à six reprises, ce qui témoigne de son attractivité. Un premier bilan fait apparaître, dans quatre cas sur six, son utilisation dans des procédures ayant donné lieu à des demandes de mesures conservatoires²⁶ ; des préoccupations de concurrence ont également été soulevées au stade d'auditions réalisées par le rapporteur²⁷.

On peut déduire de cette pratique des indications sur le champ d'application de la procédure, la portée et la valeur des engagements, ainsi que leur nature, ce qui permettra de conclure sur les avantages de cette procédure, partagés entre le Conseil et les entreprises.

• La période pendant laquelle les engagements peuvent être proposés

Le bénéfice de la procédure d'engagements ne peut être sollicité que pendant la période antérieure à l'envoi de la notification des griefs, comme le

26. Décision 05-D-12 du 17 mars 2005, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur ; décision 05-D-25 du 31 mai 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste ; décision 06-C-03 du 17 janvier 2006, relative à un désistement concernant des pratiques mises en œuvre par France Télécom ; décision 06-D-01 du 7 février 2006, relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP).

27. Décision 06-D-01 du 7 février 2006, relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP).

confirme le nouvel article 42.1 du décret du 30 avril 2002 qui évoque une « évaluation préliminaire » nécessairement préalable à la notification des griefs. Après cette dernière, la procédure de non-contestation des griefs a vocation à permettre aux entreprises de proposer des engagements en contrepartie d'une réduction de la sanction (voir la décision 06-D-03 du 9 mars 2006).

• Le champ d'application de la procédure

Le Code de commerce français ne précise pas dans quel type d'affaires la procédure d'engagements peut être utilisée. En théorie, elle peut donc être utilisée pour toute catégorie de pratiques susceptibles de restreindre la concurrence. Pour autant, il est clair que le Conseil de la concurrence entend circonscrire les cas dans lesquels il fera usage de ce nouvel instrument.

Au terme d'une année de pratique, les six affaires tranchées par le Conseil permettent de dessiner un profil type des pratiques pouvant bénéficier de la procédure d'engagements : il s'agit principalement de pratiques unilatérales commises par un opérateur en position dominante, n'ayant pas cessé au jour de la prise des engagements et pour lesquelles les sanctions pécuniaires n'apparaissent pas être la voie la plus appropriée. Ces affaires ont notamment soulevé la question de l'accès à des ressources rares détenues par un opérateur en position dominante et actif sur un marché aval.

Dans la première affaire d'engagements qu'il a eu à connaître, le Conseil de la concurrence a accepté des engagements proposés par l'association EUROPQN, le Syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR) et l'Association pour l'étude et la promotion de la presse hebdomadaire régionale (AEPHR) tendant à intégrer les quotidiens gratuits *20 Minutes* et *Métro* dans leur étude de mesure d'audience de la presse quotidienne nationale. Les engagements ont clos les procédures au fond et en mesures conservatoires diligentées par les sociétés « 20 Minutes » et « Métro »²⁸, à l'encontre de l'association EUROPQN (Études et unités de recherches opérationnelles de la presse quotidienne nationale) qui rassemble les grands quotidiens à tirage national. Ces engagements ont permis l'intégration des quotidiens gratuits à l'enquête de mesure d'audience de la presse quotidienne nationale, qui sert de référence aux professionnels de l'achat d'espaces publicitaires pour établir les tarifs de ces achats d'espace.

De même, dans une décision 05-D-29 du 16 juin 2005²⁹, le Conseil a accepté des engagements de la part des Haras Nationaux. Cet établissement public administratif, chargé d'une mission de service public et en situation de position dominante sur le marché français des saillies et inséminations artificielles, favorisait ses propres centres d'insémination au détriment des centres privés, en pratiquant des prix de saillies nettement inférieurs aux prix du marché et inférieurs aux coûts réels supportés par

28. Décision 05-D-12 du 17 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur.

29. Décision 05-D-29 du 16 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par « Les Haras Nationaux » sur le marché de la reproduction équine.

l'établissement public. Les engagements ont eu pour objet de mettre fin aux pratiques potentiellement discriminatoires.

La décision 06-D-01 fournit un autre exemple de refus d'accès à une ressource indispensable sur un marché aval. La société Export Press, société exportatrice de presse, avait saisi le Conseil au fond et en mesures conservatoires de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP) dans le secteur de la distribution de la presse dans les DOM-TOM. Les prix de gros que lui facturaient les dépositaires des NMPP empêchaient cette société de formuler des prix attractifs pour les éditeurs de presse et la plaçaient ainsi dans l'impossibilité de concurrencer les NMPP sur ce marché. En effet, cette société, en tant qu'exportateur, doit obligatoirement utiliser les services des dépositaires pour assurer l'exportation des titres qui lui sont confiés par les éditeurs.

Au vu de ces premières décisions, la procédure d'engagements serait donc dédiée à des pratiques essentiellement unilatérales, pour lesquelles le Conseil disposerait d'indices de « préoccupations de concurrence » et auxquelles il pourrait être mis fin rapidement au moyen d'engagements. Elle s'adresserait donc principalement à certains cas d'abus de position dominante ou d'ententes verticales.

Ainsi que le précise le treizième considérant du règlement n° 1/2003, « *de telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende* ». Le Conseil, comme la Commission s'interdisent donc d'utiliser la procédure d'engagements dans les cas où l'atteinte à l'ordre public économique justifie le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut les ententes entre concurrents, comme par exemple les cartels horizontaux.

Au-delà de la nature des pratiques, on peut identifier deux raisons essentielles de recourir à la procédure d'acceptation d'engagements :

- la nécessité d'agir en urgence ;
- l'existence de domaines dans lesquels la pratique décisionnelle des autorités de concurrence est moins solidement établie.

Ainsi que l'ont relevé des membres de la direction générale de la concurrence de la Commission européenne : « *certaines infractions, moins graves ou moins clairement définies par la pratique décisionnelle, requièrent simplement qu'il y soit mis un terme rapidement et efficacement* »³⁰.

En France, le Conseil de la concurrence met en œuvre la procédure d'engagements lorsqu'il désire mettre un terme, sans délai, à des pratiques susceptibles de poser des problèmes de concurrence dans des affaires où le prononcé de sanctions n'est pas nécessairement adapté et où la coopération des parties s'avère nécessaire pour trouver la meilleure solution.

La mise en œuvre de cette procédure peut s'avérer opportune dans les cas où la ligne de partage entre un comportement conforme aux usages commerciaux et un comportement clairement anticoncurrentiel est ténue. La confluence du droit de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle

30. Emil Paulis et Céline Gauer, Journal des tribunaux européens n° 97, mars 2003.

en fournit l'illustration la plus topique et a nourri, à ce jour, la moitié des affaires d'engagements ³¹.

Le Conseil a fait part, dans une décision 05-D-16, de ses préoccupations de concurrence sur le marché de la gestion des droits audiovisuels, où la SACD imposait à ses adhérents, par l'intermédiaire d'une clause statutaire, un couplage obligatoire de la gestion de leurs droits de représentation dramatique et de leurs droits audiovisuels, sans fractionnement possible. Cette clause de prestations liées permettait en définitive à la SACD « *d'utiliser sa position de monopole sur le marché non contestable et incontournable de la gestion des droits audiovisuels pour consolider et maintenir sa position de monopole sur le marché, potentiellement contestable et ouvert, de la gestion des droits de représentation publique des œuvres dramatiques* ». Les engagements ont permis de modifier les statuts dans le sens souhaité par le Conseil de la concurrence.

Dans une décision 05-D-25, le Conseil de la concurrence a estimé que l'on pouvait raisonnablement présumer que la société Yvert et Tellier, présente sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste depuis plus d'un siècle, possédait une notoriété telle que sa numérotation jouait le rôle d'une norme de fait pour la cotation et le négoce des timbres. Cette société pouvait de ce fait abuser de sa position dominante sur le marché des catalogues de cotation de timbres français, en refusant de donner l'accès – par l'octroi d'une licence – à la numérotation de son catalogue à ses concurrents directs, lesquels souhaitaient produire des tables de concordance entre les différentes numérotations. Ces tables étant susceptibles de constituer un produit nouveau pour lequel il pouvait exister une demande potentielle, les pratiques en cause étaient susceptibles d'entraver le développement du marché des catalogues de cotation de timbres de collection. Les engagements ont permis de régler dans de brefs délais, les conditions d'accès et notamment tarifaires des concurrents à la numérotation Yvert & Tellier.

Dans une affaire qui a donné lieu à un désistement de la partie plaignante et à un donner acte du Conseil, le Conseil avait considéré qu'il n'était pas exclu que France Télécom ³² soit en position dominante sur le marché des services téléphoniques spéciaux de libre appel et à coûts partagés et que son utilisation restrictive du droit des marques lors des changements d'opérateurs puisse être constitutive d'un abus de cette position dominante. Les clients professionnels de France Télécom, titulaires de numéros spéciaux, étaient entravés dans leur faculté de changer d'opérateur téléphonique et dans la mise en œuvre du principe de portabilité des numéros, par l'utilisation abusive par France Télécom du droit de propriété intellectuelle sur les appellations commerciales Numéro Vert,

31. Bruno Lasserre, contribution à la 32^e *Conference on International Antitrust Law and Policy* de l'Université de Fordham (22 et 23 septembre 2005), précité.

Voir aussi : décision 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) ; décision 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier sur le marché des catalogues de cotation de timbres-poste ; décision 06-C-03 du 17 janvier 2006 relative à un désistement concernant des pratiques mises en œuvre par France Télécom.

32. Décision 03-MC-02 du 5 mars 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Cegetel.

Numéro Azur et Numéro Indigo, qui leur faisait perdre l'usage de ces appellations, en cas de changement d'opérateurs. Après l'examen des faits lors d'une séance consacrée à des engagements devant le Conseil, un système de licence a finalement été mis en place dans un cadre transactionnel avec le plaignant, système ensuite élargi à tous les opérateurs.

● La portée et la valeur des engagements

Les décisions acceptant et rendant obligatoires les engagements ne se prononcent pas sur le caractère prohibé des pratiques ou sur la culpabilité des entreprises

Le considérant n° 13 du règlement 1/2003 précise que :

« Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende. »

Aux termes de ce considérant, les décisions relatives aux engagements ne se prononcent pas sur la culpabilité des entreprises en cause. Elles ne contiennent aucune constatation d'infraction au droit de la concurrence et ne font état que de « préoccupations » au regard de la concurrence. « Pour les entreprises, ces décisions présentent l'avantage de raccourcir la procédure et les frais qu'elle induit mais surtout de ne pas comporter de constat d'infraction qui pourrait être utilisé par les tiers pour obtenir plus aisément des dommages et intérêts devant les juridictions nationales ³³. »

Elles ne peuvent donc permettre le déclenchement, sur leur seul fondement, de poursuites pénales en application de l'article L. 420-6 du Code de commerce, ni d'action en dommages-intérêts. Le demandeur d'une réparation devant le juge civil serait, en l'occurrence, renvoyé à sa propre capacité à démontrer son préjudice et la faute de son adversaire à partir des éléments qu'il apporte lui-même et non pas sur la base d'une infraction qu'aurait constatée le Conseil, celle-ci n'ayant pas été établie.

Ces décisions n'ont pas d'effet obligatoire à l'égard des autres autorités de concurrence et juridictions des États membres

Les décisions d'acceptation d'engagements présentent de grandes similitudes avec les mesures de transaction pénale, dès lors qu'elles permettent d'arrêter les poursuites d'ordre public d'infractions au droit de la concurrence.

N'ayant pas autorité de chose décidée, car elles ne prennent pas partie sur un chef d'accusation, elles ne préjugent en rien de la faculté qu'ont les autorités

33. Emil Paulis et Céline Gauer, Journal des tribunaux européens n° 97, mars 2003.

de concurrence et les juridictions des États membres d'être saisies, ou de se saisir d'office, des mêmes faits et de constater des infractions au droit de la concurrence. Dans le cadre du fonctionnement du réseau des autorités de concurrence³⁴, une telle possibilité semble cependant improbable et peu productive, si les atteintes à la concurrence ont cessé du fait des engagements proposés et acceptés dans un État membre.

Ces décisions permettent de clôturer la procédure et de rejeter les plaintes fondées sur les pratiques visées

Si la Commission est saisie d'une plainte à l'encontre de pratiques qui font l'objet de la décision d'acceptation d'engagements, elle peut la rejeter, conformément à l'article 7 du règlement CE n° 773/2004 du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, en se référant dans sa décision de rejet au fait que les pratiques dénoncées dans la plainte ont donné lieu à une décision d'acceptation d'engagements³⁵, et que donc, il n'y a plus lieu d'agir.

Si le Conseil est saisi d'une plainte à l'encontre de pratiques qui ont fait l'objet d'une décision d'acceptation d'engagements, aucune disposition du Code de commerce ne l'autorise à classer la plainte sur ce fondement. En outre, le principe *non bis in idem* ne s'applique pas, en l'absence de décision au fond. Toutefois, le Conseil pourrait constater qu'il n'y a plus lieu à agir, compte tenu de la cessation de la pratique.

Ces décisions sont susceptibles de recours

Le pouvoir d'accepter des engagements figurant à l'article L. 464-2 du Code de commerce (c'est-à-dire dans l'article relatif aux sanctions, injonctions, transaction et clémence) induit que les décisions acceptant des engagements suivent le régime défini à l'article L. 464-8 du Code de commerce, à savoir qu'elles sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

Sans doute, l'incorporation de ces décisions dans les décisions susceptibles de recours est-elle fortuite et résulte-t-elle d'un oubli du législateur. La philosophie de cette procédure est, en effet, d'échapper aux voies de recours, puisqu'il s'agit, non d'une décision au fond, mais d'une sorte de contrat librement consenti entre l'autorité de poursuite et l'entreprise poursuivie.

Aucun recours n'a, à ce jour, été déposé contre les décisions du Conseil acceptant les engagements. On voit mal quel serait l'intérêt à agir des parties, puisque, s'agissant des entreprises à l'encontre desquelles pèsent des préoccupations de concurrence, elles ont elles-mêmes proposé les engagements et, s'agissant des entreprises plaignantes, leur point de vue est recueilli en cours de procédure. Le ministre de l'Économie ou le plaignant

34. Les décisions acceptant des engagements et mettant en jeu le droit communautaire sont notifiées, trente jours avant leur adoption, à la Commission et au réseau des autorités de concurrence européennes sur le fondement du 4 de l'article 11 du règlement 1/2003.

35. Cf. Communication de la Commission relative au traitement des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, § 76.

pourrait cependant former un recours en cas de désaccord complet avec la solution retenue par le Conseil.

Quant aux tiers, leur recours serait irrecevable, sauf à leur conférer la qualité de « partie intéressée ». Toutefois, la publicité des engagements garantit à ces tiers la possibilité de présenter leurs observations au Conseil avant qu'il n'accepte les engagements.

• La nature des engagements

On notera en premier lieu que, si, contrairement à la Commission européenne, le Conseil de la concurrence n'a pas la possibilité d'imposer des mesures correctives de nature structurelle, mais seulement comportementale quand il fait usage de son pouvoir d'injonction traditionnel, il peut, dans la procédure d'engagements, accepter des mesures proposées par les entreprises des deux natures.

En pratique, les engagements rendus obligatoires par le Conseil de la concurrence ont été essentiellement comportementaux, même si certains d'entre eux pouvaient être qualifiés de quasi structurels. Il en a été notamment ainsi, quand les engagements ont porté sur la cession d'une licence d'exploitation d'un droit d'auteur³⁶ ou sur la modification substantielle des règles d'organisation ou de fonctionnement d'une entreprise³⁷, telle l'intégration d'une entreprise dans une mesure nationale d'audience, la modification des statuts de la SACD permettant le fractionnement des apports de droits, ou encore sur la modification de la structure des barèmes de distribution de la presse en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie.

Il importe ensuite de rappeler que les engagements n'obligent que la partie qui les prend.

C'est ainsi que le Conseil de la concurrence ne rend obligatoires dans ses décisions que les engagements unilatéraux pris par l'entreprise dont les pratiques ont fait l'objet d'une évaluation préliminaire. Le caractère unilatéral de ces engagements implique que le Conseil de la concurrence ne peut rendre obligatoires des engagements dont la réalisation serait conditionnée à l'accord ou une action particulière d'autres parties. Dans l'affaire EUROPQN, le Conseil a mis en cause les entreprises qui étaient partenaires d'EUROPQN dans le financement de l'étude, afin qu'un accord puisse être trouvé avec toutes les parties. En effet, EUROPQN n'aurait pu prendre des engagements alors que ses partenaires n'étaient pas consultés et n'avaient pas pris le même engagement.

On notera également qu'au cours des discussions avec la partie concernée, celle-ci peut être amenée à proposer des mesures qui vont au-delà des préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil de la concurrence ou qui complètent ou explicitent les engagements proposés par ailleurs. Au terme de sa décision, le Conseil ne rend obligatoires que les engagements.

36. Voir la décision 05-D-25 du 31 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Yvert & Tellier, précitée.

37. Voir les décisions 05-D-12 du 17 mars 2005, EUROPQN, et 05-D-29 du 16 juin 2005 relative aux pratiques des « Haras Nationaux », précitées.

Pour autant, il prend généralement acte des mesures complémentaires prévues par les parties, dans le dispositif de sa décision, ce qui n'emporte aucune conséquence juridique. Dans l'affaire SACD, par exemple, le Conseil n'a pas souhaité se prononcer sur certaines modifications statutaires proposées par la SACD en matière d'apport des droits audiovisuels par territoire, dans la mesure où il considère que « *dans le cadre d'une procédure d'engagements destinée à répondre à des problèmes de concurrence préalablement portés à la connaissance de la partie mise en cause, il ne revient pas au Conseil de se prononcer sur une réforme statutaire allant au-delà des remèdes nécessaires pour mettre fin aux problèmes de concurrence préalablement identifiés* ».

La pratique montre également que le Conseil n'accepte des engagements proposés par les entreprises en cause que s'ils remplissent des conditions précises.

La loi précise en effet que les engagements doivent apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées dans son évaluation préliminaire. Si tel n'est pas le cas, les engagements doivent être modifiés ou, à défaut, ils seront refusés³⁸. Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence attache une importance particulière aux observations du plaignant et des tiers intéressés, tout en considérant que la procédure n'a pas pour objet d'emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes peuvent excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence exprimées.

S'agissant du contrôle de l'exécution des engagements, le Conseil n'a pas, pour le moment, exigé des entreprises qu'elles mettent en place des mécanismes particuliers pour assurer la bonne exécution de sa décision. La désignation d'un tiers indépendant, comme cela est couramment le cas en matière de contrôle des concentrations, pourrait être préconisée. Les sociétés pourraient rendre compte de l'exécution des engagements par un rapport d'application (« *compliance reports* »). Mais ces solutions pourraient être réservées aux engagements les plus complexes.

Le suivi relève donc du Conseil et de la Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Le plaignant, toute autre entreprise ayant un intérêt à agir ou la DGCCRF, peuvent saisir à nouveau le Conseil en non-respect de ces engagements. Le Conseil peut également se saisir d'office.

On relèvera également que, contrairement aux dispositions applicables à la Commission européenne, le texte français n'a pas prévu de mécanisme spécifique permettant au Conseil de rouvrir la procédure officiellement clôturée par l'acceptation des engagements, dans l'hypothèse où les faits sur lesquels la décision repose subiraient un changement profond. Pour autant, en pratique, dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs traditionnels, le Conseil

³⁸. Ainsi, dans sa décision sur les Haras Nationaux, le Conseil de la concurrence a précisé que : « *Afin de permettre aux engagements proposés de mieux répondre aux préoccupations de concurrence exprimées et pour tenir compte des observations de la FADETEQ, le Conseil, lors des débats, a demandé des précisions ou des modifications dans la rédaction des engagements proposés* ».

pourrait parfaitement se saisir à nouveau de l'affaire si de telles circonstances se présentaient.

Le Conseil considère qu'en cas de changement de la situation de marché (par exemple une perte de situation dominante) de la loi ou de la jurisprudence des autorités de concurrence, les entreprises doivent signaler au Conseil leur intention de ne plus exécuter ou d'adapter leurs engagements. Il revient en effet au Conseil d'apprécier si les changements intervenus sont suffisamment substantiels pour justifier une révision des engagements et une saisine d'office du Conseil.

Cette réserve ou clause de révision a une portée générale, ce qui explique que les demandes particulières des entreprises pour limiter la portée temporelle de leurs engagements ou prévoir une possibilité de révision, ne sont pas systématiquement reprises dans le dispositif de la décision d'acceptation des engagements.

La procédure de clémence

Considérations générales

Comme cela vient d'être expliqué, la procédure d'engagements constitue une véritable alternative aux sanctions, dans la mesure où les autorités de concurrence ne prennent pas position sur la qualification des comportements au regard des règles de concurrence et ne prononcent donc aucune sanction. Quant à la procédure de non-contestation des griefs, elle ne constitue pas véritablement une alternative aux sanctions, même si au plan théorique on ne peut exclure que sa mise en œuvre puisse conduire à une exonération totale de sanction. Elle s'apparente davantage à un dispositif accessoire aux sanctions, permettant d'en moduler le niveau en contrepartie de la non-contestation des griefs et de la prise d'engagements par l'entreprise.

Dans ce cadre, la procédure de clémence – procédure qui permet de modérer le montant des sanctions encourues, jusqu'à le rendre nul, pour récompenser, sous certaines conditions, des entreprises parties à une infraction pour avoir révélé l'existence de ces comportements et coopéré avec les autorités de concurrence dans le cadre de la poursuite de ces infractions – peut s'analyser, selon les cas, comme une alternative ou comme un dispositif accessoire aux sanctions. Alternative quand une entreprise bénéficie d'une immunité totale d'amende, accessoire quand elle ne bénéficie que d'une réduction.

À titre liminaire, il convient de s'accorder sur ce que l'on entend par « clémence ». Dans le cadre de la présente étude, sous le vocable « clémence » seront visées tant les exonérations totales de sanctions pécuniaires, c'est-à-dire les immunités, que les exonérations partielles ou réductions d'amendes.

Les programmes de clémence constituent un nouveau moyen à la disposition des autorités de concurrence pour lutter contre les ententes, en particulier les plus graves d'entre elles, dites « injustifiables ».

Ainsi que le Conseil de la concurrence l'indiquait dans son rapport pour l'année 2000, par référence à la terminologie de l'OCDE ³⁹, les « cartels injustifiables », sont « *les ententes qui ont un caractère caché durable, qui couvrent la totalité ou la quasi-totalité d'un marché et qui portent sur les prix, les quantités livrées ou une répartition de la clientèle. Les affaires en question s'opposent à celles qui sont relatives à des ententes organisées en vue de répondre à des appels d'offres, lesquelles ont, au moins pour ce que l'on peut en juger au travers des dossiers examinés, un caractère plus ponctuel et ne réunissent le plus souvent qu'une partie des opérateurs. Lorsqu'ils fonctionnent à la satisfaction de leurs initiateurs, les "cartels injustifiables" peuvent provoquer des dommages redoutables à l'économie : le marché, malgré la pluralité des opérateurs qui y sont actifs, fonctionne alors comme s'il existait un véritable monopole, les prix étant fixés en commun à un niveau supérieur à ce que serait le prix résultant d'une concurrence par les mérites. La théorie économique démontre que de telles situations ont deux conséquences : un transfert de richesse des clients vers les producteurs engagés dans le cartel et une perte globale de richesse pour l'économie. La lutte contre ces cartels constitue donc, pour les autorités de la concurrence, une priorité* ». L'OCDE s'est également attachée à montrer combien de telles ententes « *gaspillent les ressources de l'ensemble de la collectivité, sont cause d'inefficacité, et coûtent des milliards de dollars aux consommateurs du monde entier* » ⁴⁰.

De telles ententes continuent d'exister. Il est aujourd'hui possible d'en mesurer plus précisément les conséquences néfastes pour l'économie. Elles constituent donc une priorité pour les autorités de concurrence. Dans le même temps, leur détection et leur répression s'avèrent de plus en plus délicates. En effet, non seulement bon nombre d'ententes ont une dimension transnationale, alors que les compétences des autorités demeurent nationales, mais en plus elles sont de plus en plus difficiles à détecter dans la mesure où les entreprises, sachant que leurs comportements sont illicites, prennent davantage de précautions pour en dissimuler les traces. Si la détection des ententes est de plus en plus délicate, il en est de même pour leur répression dans la mesure où les juridictions qui contrôlent les autorités de concurrence se montrent particulièrement exigeantes quant au standard de preuve des infractions en cause.

C'est dans ce contexte que sont apparus les programmes de clémence, d'abord aux États-Unis en 1978, puis en 1996 en droit communautaire. L'objectif est assez simple : il s'agit de favoriser la détection des cartels en garantissant aux participants à l'entente qui coopèrent avec les autorités de concurrence un traitement favorable. L'on retrouve ici les principes essentiels des travaux de Becker menés sur l'économie du crime selon lesquels, en substance, un individu respectera la loi tant que le bénéfice qu'il retire de son comportement licite dépasse celui qu'il obtiendrait en devenant « criminel » ⁴¹.

39. V. notamment la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, C (98) 35 final du 25 mars 1998.

40. OCDE, « Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables », 2001.

41. V. G.S. Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 76 (2), p. 169-217, précité.

Cet objectif de détection doit aussi produire un effet de déstabilisation des cartels puisque l'existence d'un programme de clémence engendre une incertitude supplémentaire pour ses membres. D'une manière générale, une modification du cadre législatif change les incitations des opérateurs économiques. C'est particulièrement vrai pour la procédure de clémence qui donne aux membres d'un cartel des signaux qui peuvent avoir des conséquences opposées. D'un côté, la crainte d'une défection peut les conduire à fermer et à sécuriser plus encore l'entente secrète pour diminuer les risques d'éclatement de l'entente secrète, ce qui peut avoir sur le cartel un effet stabilisant, mais de l'autre, la crainte d'être victime d'une demande de clémence incite à une sortie précoce pour bénéficier soi-même des avantages accordés au premier sortant, ce qui peut avoir sur le cartel un effet déstabilisant. Les premières études théoriques et empiriques sur le sujet montrent que les effets déstabilisants l'emportent. À cela, il faut ajouter les effets de chocs exogènes – par exemple un changement d'actionnaire ou un projet de concentration – qui créent des conditions favorables à une modification stratégique d'un ou plusieurs des membres du cartel et renforcent l'intérêt de demander en premier le bénéfice de la clémence.

Si l'objectif paraît simple, sa mise en œuvre peut s'avérer plus délicate, dans la mesure où les autorités doivent réussir à attirer l'un des participants à l'entente pour faire cesser les pratiques illicites. De nombreuses études, en particulier économiques⁴², ont été entreprises pour analyser le fonctionnement des programmes de clémence et déterminer les caractéristiques qu'ils devaient revêtir pour être efficaces. L'analyse empirique des résultats obtenus par les autorités ayant une certaine expérience en la matière, comme le département de la justice aux États-Unis, a également permis de mieux cerner les conditions de réussite d'un programme de clémence⁴³.

D'un point de vue général, l'on peut dire que la réussite d'un programme dépend en grande partie de trois éléments : deux craintes et une certitude.

En premier lieu, les entreprises doivent craindre de subir des sanctions importantes si leur comportement est détecté. Comme l'enseigne la littérature économique sur la collusion dynamique, il faut que l'entreprise comprenne que choisir de ne pas venir vers l'autorité de concurrence est une stratégie hautement risquée. À cet égard, comme cela l'a été montré dans la première partie de cette étude, depuis quelques années les autorités de concurrence ont eu tendance à augmenter les sanctions, et en particulier le montant des amendes, dans les cas d'ententes injustifiables. Ainsi, en France, l'entrée en vigueur du programme de clémence en 2001 est intervenue concomitamment au relèvement du plafond des amendes. De même, l'analyse de la pratique décisionnelle du Conseil montre que les sanctions prononcées ces dernières années à l'encontre des ententes les plus graves

42. V. notamment, M. Motta et M. Polo, « Leniency programs and cartel prosecution », Centre for Economic Policy Research, Paper n° 2349, janvier 2000 ; C. Aubert, P. Rey et W. Kovacic, « The Impact of Leniency Programs on Cartel », 18 novembre 2003 ; J. E. Harrington, « Optimal Corporate Leniency Programs », Johns Hopkins University, juillet 2005.

43. V. notamment, S.D. Hammond, « Cornerstones of an effective leniency program », ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia, 22-23 novembre 2004, disponible sur le site Internet www.usdoj.gov.

se sont sensiblement accrues. Aux sanctions administratives prononcées contre les entreprises s'ajoutent dans certains systèmes juridiques, dont la France, des sanctions pénales contre les personnes physiques qui concourent à cette dissuasion.

En deuxième lieu, les acteurs du marché doivent percevoir un haut risque de détection par les autorités de concurrence. En effet, plus les chances que la pratique anticoncurrentielle soit détectée sont élevées, plus l'incitation est forte pour les participants à sortir du cartel pour le dénoncer aux autorités en échange d'un traitement favorable. En France, les autorités de concurrence, l'une bénéficiant d'un maillage national permettant de recueillir en permanence des indices de pratiques anticoncurrentielles, l'autre sanctionnant chaque année de nombreuses infractions aux règles de concurrence, attestent de leur capacité à découvrir et sanctionner des ententes. De plus, le fonctionnement en réseau des autorités de concurrence au niveau européen devrait renforcer cette capacité de détection par la mise en commun de moyens humains et matériels.

En troisième lieu, à côté de ces craintes, les programmes de clémence doivent être les plus transparents et les plus prévisibles possible. Il importe, en effet, que l'entreprise, qui décide de cesser sa participation à une activité illícite et de coopérer avec les autorités de concurrence, sache précisément dans quelles conditions elle peut bénéficier d'un traitement favorable. S'il est vrai qu'en France la nécessité d'une meilleure prévisibilité et sécurité juridique avait parfois été mise en avant, des initiatives ont déjà été prises par le Conseil de la concurrence en ce sens⁴⁴. La présente étude entend aussi favoriser la compréhension et accroître la lisibilité du programme français, qui a été clairement exposé dans le communiqué de procédure du Conseil de la concurrence en date du 11 avril 2006.

À la différence de la plupart des pays dans le monde, où les programmes de clémence résultent de lignes directrices ou communications des autorités de concurrence, le dispositif français résulte directement de la loi et de ses textes d'application.

Plus particulièrement, le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce en fixe le principe et les grandes lignes. Celui-ci dispose : « *Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'informations dont le conseil ou l'administration ne disposait pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après le commissaire du gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application de l. du*

44. Sur ce sujet, voir en particulier, C. Lemaire, « Un regard français : De la loi NRE au programme de clémence », *Concurrences* n° 3 -2005, p. 12.

présent article, le Conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération des sanctions pécuniaires proportionnées à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction. »

Cette disposition a été complétée par l'article 44 du décret du 30 avril 2002 qui énonce : « *L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général du Conseil de la concurrence. La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence constate par écrit la date de la démarche. La déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la DGCCRF ou un rapporteur du Conseil de la concurrence.*

Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux en application du premier alinéa du présent article ainsi que l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche. »

Un rapporteur du Conseil de la concurrence élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles le Conseil de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou organisme concerné et au commissaire du Gouvernement.

Lorsque le bénéfice des dispositions du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce a été demandé, le rapport d'enquête ou la notification de griefs et le rapport du rapporteur peuvent comporter une appréciation sur le respect par l'entreprise ou l'organisme bénéficiaire de l'avis de clémence des conditions prévues par celui-ci.

C'est sur la base de ces textes que le Conseil de la concurrence a forgé progressivement son programme de clémence. Pour ce faire, il a examiné avec attention l'expérience acquise par les programmes étrangers, en Europe et aux États-Unis en particulier. Dans sa pratique décisionnelle, il a choisi de s'inspirer du dispositif communautaire issu de la communication de la Commission du 19 février 2002.

Après avoir présenté les conditions requises pour obtenir le bénéfice de la clémence et les règles de mise œuvre de cette procédure, nous examinerons les premiers résultats de ce dispositif et son articulation avec d'autres procédures.

Les conditions du bénéfice de la clémence

Comme cela l'a été dit précédemment, si les conditions imposées pour obtenir le bénéfice de la clémence en France résultent d'abord des dispositions du Code de commerce, elles ont néanmoins été précisées par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, en s'inspirant du dispositif

communautaire issu de la communication de la Commission du 19 février 2002. Le dispositif communautaire ne constitue toutefois qu'une source d'inspiration privilégiée par le Conseil, celui-ci s'en détachant parfois comme les développements qui suivent le montreront.

Afin d'examiner le programme de clémence français, il importe de distinguer la situation de l'immunité totale de sanction de celle de la réduction d'amende. Au préalable toutefois, il convient de préciser quel est son champ d'application.

Le champ d'application du programme de clémence

Si l'on se réfère aux dispositions du Code de commerce, le champ d'application du programme de clémence est potentiellement large puisque le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce vise « *une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1* », c'est-à-dire toute entente.

Au plan théorique, cette situation diffère de la situation de bon nombre d'autres autorités qui limitent le bénéfice de la clémence aux seules ententes injustifiables.

Ainsi, par exemple, en droit communautaire, la communication de la Commission s'applique aux « *ententes secrètes entre entreprises consistant à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris le truquage d'appels d'offres, ou encore à restreindre les importations ou les exportations* ». À l'occasion de la mise en œuvre de ce texte, la Commission a précisé que seules les ententes secrètes et horizontales entraînent dans le champ de son programme de clémence ⁴⁵.

Au contraire, d'autres programmes n'ont pas de condition tenant au caractère « secret » des pratiques. D'autres encore en étendent l'application à des ententes autres que les ententes horizontales ⁴⁶.

Si les dispositions du Code de commerce sont relativement larges, elles laissent également au Conseil de la concurrence suffisamment de discrétion pour déterminer à quelle catégorie d'ententes il entend appliquer son programme de clémence. En effet, le IV de l'article L. 464-2 ne fait pas obligation au Conseil d'octroyer une exonération de sanction à toute entreprise qui a contribué à établir la réalité d'une pratique prohibée, puisqu'il indique clairement que le Conseil « *peut* » accorder une telle exonération. Cette situation se comprend si l'on se réfère aux raisons qui justifient l'adoption d'un programme de clémence. En effet, l'objectif consiste principalement à détecter des infractions et à déstabiliser les cartels.

L'examen des travaux parlementaires ne dément pas cette analyse. En effet, même s'il est indéniable que l'esprit qui a motivé l'adoption des programmes de clémence en droit français était bien la lutte contre les ententes injustifiables – les travaux parlementaires évoquant un instrument destiné à « *inciter*

45. Voir en particulier la décision du 30 octobre 2002, *PO Video Games, PO Nintendo Distribution*, JOUE n° L 255 du 8 octobre 2003, p. 33, spéc. point 453.

46. Ainsi, le programme de l'Office of Fair Trading s'étend non seulement aux ententes horizontales mais aussi aux ententes verticales qui conduisent à la fixation de prix.

les entreprises à contribuer à la lutte contre les cartels »⁴⁷ – le législateur ne l’a pas explicitement indiqué dans la loi, ce qui laisse une certaine latitude au Conseil de la concurrence pour décider de la politique qu’il entend mener en la matière.

À cet égard, le Conseil de la concurrence a indiqué dans un communiqué de procédure en date du 11 avril 2006 sur le programme de clémence français (disponible sur le site Internet du Conseil de la concurrence) que : « *Les infractions concernées sont, en principe, les ententes ou cartels entre entreprises consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d’appels d’offres, ou tout autre comportement anticoncurrentiel similaire entre concurrents. Ces infractions relèvent toutes des prévisions de l’article L. 420-1 du Code de commerce et, le cas échéant, de l’article 81 du traité CE.* ».

Le Conseil a encore eu l’occasion de préciser à de multiples reprises, que le bénéfice de l’exonération conditionnelle de sanction qu’il accordait, ne se limitait bien entendu pas à la seule violation des dispositions du Code de commerce, mais s’étendait aux dispositions de l’article 81 du traité CE.

Les conditions pour obtenir une immunité totale de sanction

Dès lors que la demande entre dans le champ d’application du programme français, les conditions posées par le Conseil de la concurrence pour bénéficier d’une immunité d’amende sont maintenant clairement établies. À l’instar du droit communautaire, il importe de distinguer selon que la demande intervient alors que le Conseil ou la DGCCRF dispose ou non d’informations sur les pratiques en cause.

- **Le traitement des demandes de clémence intervenant alors que le Conseil ou l’administration ne dispose pas d’informations sur les pratiques révélées**

Pour obtenir le bénéfice conditionnel d’une immunité totale d’amende, le Conseil de la concurrence a fixé un certain nombre de conditions. Si ces conditions sont remplies par le demandeur de clémence, celui-ci obtiendra automatiquement un avis du Conseil de la concurrence lui accordant une immunité totale conditionnelle de sanction. Ces conditions sont au nombre de six. La réalisation des deux premières s’apprécie lors de l’examen de la demande d’immunité, les quatre suivantes lors de l’examen de l’affaire au fond.

Premièrement, le demandeur de clémence doit être le premier à informer le Conseil ou l’administration des pratiques en cause.

Deuxièmement, le demandeur doit apporter un certain nombre d’éléments susceptibles de démontrer l’existence d’une pratique prohibée, sur laquelle

47. Voir l’exposé des motifs du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques, présenté par le ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie, M. Christian Sautter, Assemblée nationale, 15 mars 2000, n° 2250 qui énonce, en présentant l’article 38, qu’il « *introduit un dispositif de clémence pour inciter les entreprises à contribuer à la lutte contre les cartels. Des systèmes de ce type ont été mis en place avec succès par la Commission européenne et certains pays étrangers* ».

le Conseil ou l'administration ne disposait pas antérieurement d'informations, et d'en identifier les auteurs.

Plus précisément, s'inspirant du cadre communautaire, le Conseil exige du demandeur qu'il soit le premier à fournir des éléments de preuve qui seraient de nature à permettre aux autorités de concurrence de recourir aux enquêtes coercitives de l'article L. 450-4 du Code de commerce, concernant l'entente présumée. Dans ce cadre, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de préciser qu'une demande qui ne porterait que sur des faits prescrits, pour laquelle le demandeur n'apporterait que des documents ou informations relatifs à cette période et dont le demandeur prétendrait que son comportement aurait cessé au cours de la période prescrite, n'entre pas dans le programme de clémence. En effet, pour qu'un traitement favorable soit accordé à une entreprise encore faut-il que son comportement soit susceptible d'être sanctionné par le Conseil, ce qui n'est pas le cas dans la situation décrite ci-dessus.

Troisièmement, le Conseil de la concurrence impose au demandeur de ne pas avoir contraint d'autres entreprises à participer aux infractions. Cette condition sera vérifiée au stade de la décision finale. Cette exigence est une fois encore tirée du programme communautaire. Comme cela l'a déjà été évoqué précédemment, le Conseil considère que le bénéfice pour les consommateurs et la société dans son ensemble de voir les ententes interdites dépasse l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner individuellement l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, contrairement à d'autres programmes⁴⁸, la catégorie des entreprises qui ne peuvent bénéficier du programme de clémence français est limitée. Pour autant, le Conseil considère qu'il ne peut aller jusqu'à accorder l'immunité à une entreprise qui non seulement a commis une infraction, quel que soit son rôle, mais a en plus, sous la contrainte, obligé d'autres entreprises à y participer. C'est, en effet, la seule hypothèse dans laquelle les autres membres de l'entente n'avaient pas véritablement la possibilité de mettre fin à leur participation à la pratique illicite.

Quatrièmement, le Conseil exige du demandeur qu'il cesse sa participation à l'infraction. La cessation de la participation aux activités illégales présumées doit en principe intervenir au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil. Toutefois, à la différence du dispositif communautaire actuel, le Conseil de la concurrence n'a pas exclu de reporter la date de cessation de la participation du demandeur aux activités illégales⁴⁹. En effet, pour éviter d'alerter les autres participants aux infractions suspectées et assurer la plus grande efficacité des mesures d'enquête qui pourraient être mises en œuvre, il peut s'avérer indispensable dans certaines situations de ne pas exiger du demandeur qu'il mette fin trop rapidement à sa participation aux activités illégales. Dans ce cas, le Conseil renvoie au rapporteur général le soin de préciser au demandeur la date à compter de laquelle celui-ci doit

⁴⁸. Ainsi, par exemple, aux termes du programme américain, non seulement l'entreprise qui a contraint les autres ne peut bénéficier d'une immunité, mais il en va de même pour le leader ou l'instigateur du cartel.

⁴⁹. D'autres autorités, et notamment l'Office of Fair Trading et le Bundeskartellamt, peuvent également obtenir du demandeur de clémence qu'il poursuive, pour les besoins de l'enquête, sa participation à l'infraction.

mettre fin à ses activités illégales. Cette situation s'est déjà produite à deux reprises en droit français.

Il convient également de préciser qu'en cas de demande de clémence auprès de plusieurs autorités en Europe, le Conseil de la concurrence tient compte de la position des autres autorités pour appliquer ces principes. Si l'autre autorité dispose d'une certaine discrétion pour décider du moment de la cessation des pratiques par le demandeur, alors le Conseil se coordonne avec l'autorité en question. En revanche, quand cette autorité n'a pas cette discrétion, comme c'est le cas pour la Commission européenne, alors le Conseil « s'aligne » sur la condition posée par cette autorité (à savoir l'obligation de cesser la participation à l'infraction dénoncée), afin de ne pas placer le demandeur face à deux positions contradictoires. Cette solution résulte notamment des travaux menés au niveau communautaire sur la question de l'articulation des programmes de clémence en Europe.

Cinquièmement, le demandeur doit apporter au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont il dispose sur les infractions suspectées. Cette condition de coopération, exprimée en des termes généraux, peut parfois être précisée dans l'avis de clémence quand les circonstances de l'espèce l'exigent.

Sixièmement, le Conseil impose au demandeur de ne pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées. Si cette condition pouvait être rattachée à l'obligation de coopération évoquée ci-dessus, le Conseil de la concurrence a préféré en faire une condition autonome. Ainsi, est non seulement couverte la période postérieure à l'adoption de l'avis de clémence, période au cours de laquelle l'obligation de coopération s'applique⁵⁰, mais également la période antérieure afin d'éviter que le demandeur n'ait averti les autres membres de l'entente avant de la dénoncer.

- **Le traitement des demandes de clémence intervenant alors que le Conseil ou l'administration dispose déjà d'informations sur les pratiques révélées**

Lorsqu'une demande de clémence intervient alors que le Conseil ou l'administration dispose déjà d'informations ou a déjà mené des investigations sur les pratiques relevées, le demandeur peut encore demander le bénéfice d'une immunité totale de sanction. À l'instar de la situation précédente, pour obtenir le bénéfice conditionnel d'une telle immunité, le Conseil de la concurrence a fixé un certain nombre de conditions. Si ces conditions sont remplies par le demandeur de clémence, celui-ci obtiendra automatiquement un avis du Conseil de la concurrence lui accordant une immunité totale conditionnelle de sanction.

⁵⁰. Pour une illustration de la problématique en droit communautaire, voir la décision de la Commission du 20 octobre 2005, Row Tobacco Italy.

Ces conditions sont au nombre de cinq. Quatre d'entre elles sont communes aux demandes de clémence intervenant alors que le Conseil ou l'administration ne dispose pas d'informations sur les pratiques révélées.

Ainsi, le demandeur de clémence :

- ne doit pas avoir contraint d'autres entreprises à participer aux infractions ;
- doit mettre fin à sa participation aux activités illégales présumées au plus tard, en principe, à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil ;
- doit apporter au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont elle dispose sur les infractions suspectées ;
- ne doit pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées.

À ces quatre conditions s'en ajoute une cinquième relative aux éléments de preuve que doit fournir le demandeur.

À cet égard, on rappellera qu'en droit communautaire, conformément à la communication de la Commission du 19 février 2002, pour bénéficier d'une immunité totale d'amende dans de telles circonstances, la Commission exige de l'entreprise qu'elle soit « *la première à fournir des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission sont de nature à lui permettre de constater une infraction à l'article 81 du traité CE, en rapport avec une entente présumée affectant la Communauté* ». Le niveau d'information exigé par la Commission est donc substantiellement plus élevé que dans l'hypothèse où la demande intervient avant toute investigation, puisque les éléments apportés doivent permettre, à eux seuls, de « constater une infraction ».

Cette exigence paraît légitime dès lors que l'autorité disposait déjà d'informations sur les pratiques en cause. Le Conseil de la concurrence a donc décidé de la faire sienne. Ainsi, dans une telle situation, le Conseil exige du demandeur qu'il soit le premier à apporter des éléments de preuve, qui, de l'avis du Conseil, sont suffisants pour lui permettre d'établir une infraction à l'article L. 420-1 du Code de commerce et/ou à l'article 81 du traité CE. En pratique, le Conseil a déjà eu à examiner de telles demandes, mais n'a jamais accordé une immunité totale de sanction sur cette base.

Les conditions pour obtenir une réduction d'amende

Si l'une des conditions posées par le Conseil pour obtenir une immunité d'amende fait défaut, le demandeur ne perd pas nécessairement le bénéfice de toute clémence, il ne peut simplement plus prétendre à une immunité totale. En revanche, il peut toujours obtenir une réduction d'amende. En effet, le Conseil de la concurrence considère qu'il est important d'inciter les entreprises en cause à coopérer lors de l'instruction du dossier afin de faciliter l'établissement de l'infraction et le déroulement de la procédure.

Pour obtenir une réduction d'amende, le Conseil de la concurrence a fixé un certain nombre de conditions. La réalisation de la première condition

s'apprécie lors de l'examen de la demande de clémence, les autres à l'occasion de l'examen de l'affaire au fond.

La première de ces conditions concerne les éléments de preuve de l'infraction présumée que doit fournir le demandeur de clémence. Le Conseil considère que, pour prétendre à une réduction d'amende, le demandeur doit fournir des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en sa possession ou en celle de l'administration. Dans ce cadre, la notion de valeur ajoutée vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même ou leur niveau de précision, la capacité du Conseil à établir les faits en question.

Au-delà de cette exigence concernant les éléments de preuve, le Conseil requiert encore du demandeur de clémence qui souhaite bénéficier d'une réduction :

- qu'il apporte au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'Économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et qu'il fournisse tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont il dispose sur les infractions suspectées ;
- qu'il mette fin à sa participation aux activités illégales présumées au plus tard, en principe, à compter de la notification de l'avis de clémence du Conseil ;
- qu'il n'ait pas contraint d'autres entreprises à participer aux infractions ;
- et qu'il n'ait pas informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées.

Si les éléments apportés par le demandeur apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil ou de l'administration, le Conseil de la concurrence adopte un avis de clémence conditionnelle, dans lequel il indique le niveau de réduction dont l'entreprise bénéficiera à l'issue de la procédure si toutes les conditions sont satisfaites. Contrairement au dispositif communautaire, le Conseil n'a pas fixé à l'avance de seuils particuliers de réduction d'amende applicables aux entreprises en fonction de leur ordre d'arrivée. En revanche, le Conseil tient compte de cet ordre d'arrivée dans la fixation du niveau de réduction d'amende consenti.

Privilégiant une approche au cas par cas, le Conseil examine, pour chaque demande, la valeur ajoutée apportée et fixe sur cette base une fourchette de réduction de l'amende. Ainsi, par exemple, dans une affaire où une entreprise a demandé à bénéficier d'une réduction d'amende, le Conseil lui a accordé une réduction conditionnelle comprise entre 30 et 60 %, alors que dans une autre affaire, il n'a accordé qu'une réduction conditionnelle comprise entre 15 et 30 %.

La mise en œuvre de la procédure de clémence

À l'instar des règles de fond, les règles de mise en œuvre de la procédure de clémence ont d'abord été fixées par le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, complété par l'article 44 du décret du 30 avril 2002, et ont ensuite été précisées par la pratique décisionnelle du Conseil et le programme de

clémence clarifié par le communiqué de procédure du 11 avril 2006. La procédure applicable à l'examen d'une demande de clémence peut schématiquement être répartie en trois temps : l'approche des autorités de concurrence, l'instruction de la demande et l'adoption de l'avis de clémence.

L'approche des autorités de concurrence

L'article 44 du décret du 30 avril 2002 précise quelles sont les premières étapes d'une demande de clémence.

En premier lieu, le décret indique que l'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce doit s'adresser soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général du Conseil de la concurrence. Les entreprises ont donc deux guichets pour effectuer leur première approche. En pratique, on constate toutefois que la quasi-totalité des demandes sont effectuées auprès du rapporteur général du Conseil de la concurrence.

En deuxième lieu, cette démarche doit être effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Le texte précise que, dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence doit constater par écrit la date de la démarche. La pratique montre que la voie privilégiée par les entreprises est la voie orale. À ce jour, la quasi-totalité des demandes de clémence reçues par le Conseil ou l'administration ont été réalisées par oral. Seule une demande a été faite par courrier.

168

En pratique, il n'est pas rare que de premiers contacts téléphoniques se nouent entre l'autorité et le demandeur potentiel ou, comme c'est le cas en pratique, son conseil, avant que n'intervienne formellement la demande de clémence. Ces contacts peuvent poursuivre plusieurs objectifs. Ils peuvent simplement permettre de fixer un rendez-vous, qui peut intervenir dans les plus brefs délais, le jour même ou le lendemain si nécessaire. Ils permettent encore de donner des informations plus précises sur le déroulement de la procédure. Mais ils peuvent aussi être l'occasion pour le demandeur ou son conseil d'interroger, sur une base anonyme et informelle, le rapporteur général sur l'applicabilité du programme de clémence aux pratiques présumées et sur la pertinence des informations qu'il pourrait le cas échéant révéler. Le rapporteur général du Conseil s'est toujours montré très ouvert à ces démarches informelles qui permettent de préparer la première rencontre, laquelle donnera lieu à l'établissement d'un procès-verbal constatant la date de la démarche. Bien entendu, lors de ces contacts préliminaires le rapporteur général, qui ne connaît ni l'identité du demandeur ni le marché concerné, ne se prononce pas sur l'existence d'informations ou d'une autre demande au sein de l'autorité.

Après ces éventuels premiers contacts, le demandeur effectue sa démarche auprès du rapporteur général ou du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. À l'occasion de ce rendez-vous, un procès-verbal, dit de réception d'une demande de mise en œuvre du IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce, est dressé. Pour qu'un tel

procès-verbal soit établi, le demandeur ou son conseil doit donner un certain nombre d'informations aux autorités de concurrence. Sont ainsi généralement exigées les informations suivantes : l'identité du demandeur, le marché de produit et le marché géographique concernés, les participants à l'infraction présumée et une description sommaire des caractéristiques de l'infraction. Le demandeur est également invité à préciser si possible les éléments de preuve qu'il entend ou qu'il pense pouvoir fournir par la suite aux autorités. L'objectif n'est pas ici d'avoir une demande de clémence complète qui remplisse l'ensemble des conditions évoquées précédemment. L'établissement de ce procès-verbal, sur lequel figurent la date et l'heure de la demande, permet de déterminer l'ordre d'arrivée des demandes de clémence. Le demandeur bénéficie ensuite d'un certain délai, fixé par le rapporteur général et le rapporteur en charge du dossier, en fonction des circonstances de l'espèce, pour compléter sa demande.

Ainsi, dans la procédure française, les entreprises bénéficient d'un marqueur permettant de garantir l'ordre d'arrivée des demandeurs, tout en bénéficiant d'un délai raisonnable pour compléter leur dossier en recueillant l'ensemble des preuves matérielles auxquelles elles ont accès dans une première phase où la confidentialité de la procédure doit être préservée.

En troisième lieu, dans les plus brefs délais, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de cette nouvelle démarche. À cette occasion, les autorités s'informent également de l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche. Si tel est le cas, le demandeur en est informé immédiatement. Celui-ci a alors le choix de maintenir sa demande pour obtenir une immunité ou une réduction d'amende dans les conditions définies précédemment ou de la retirer en reprenant les éventuels éléments de preuve déjà remis aux autorités de concurrence.

L'instruction de la demande de clémence

Une fois cette démarche accomplie et la position du demandeur « sécurisée » auprès des autorités de concurrence, le décret précise que la déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la DGCCRF ou un rapporteur du Conseil de la concurrence.

Ainsi, le demandeur doit, au cours de cette phase d'instruction de la demande de clémence délivrer aux autorités de concurrence un certain nombre d'informations et d'éléments de preuve. En pratique, deux situations doivent être distinguées.

La première est celle dans laquelle la demande est instruite sur la base d'une procédure « écrite » traditionnelle. Dans ce cas, les entreprises remettent aux autorités plusieurs catégories d'informations. D'abord, elles remettent une déclaration décrivant de la manière la plus précise possible les pratiques présumées (nature des pratiques, participants, durée, fonctionnement des ententes, mise en œuvre, etc.). Ensuite, elles transmettent tous les éléments de preuve dont elles disposent déjà sur l'infraction présumée. À ce stade, le Conseil n'exige pas du demandeur qu'il remette tous les éléments de preuve

en sa possession. En effet, l'atteinte de cet objectif suppose, le plus souvent, des recherches poussées au sein de l'entreprise en cause, la plupart du temps peu compatibles avec l'impérieuse nécessité de maintenir la démarche la plus secrète possible afin de ne pas alerter les membres du cartel. La transmission de tous les éléments de preuve est imposée par l'avis de clémence et son respect sera vérifié au stade de la décision finale. Au moment de la démarche, pour examiner la demande de clémence, le Conseil exige du demandeur qu'il remette les éléments de preuve dont il dispose déjà. C'est sur la base de ces informations, dont la collecte est de la seule responsabilité du demandeur, que le Conseil appréciera ensuite si les conditions d'octroi de la clémence sont remplies.

La seconde situation est celle dans laquelle l'entreprise souhaite que sa demande de clémence soit traitée sur une base entièrement « orale », afin d'éviter que les informations divulguées puissent être ensuite utilisées à l'occasion d'une action en dommages-intérêts, en particulier si la pratique en cause présente des liens avec des territoires tiers, et notamment les États-Unis, où existent des procédures de *discovery*. Dans ce cas, le Conseil de la concurrence a pris un certain nombre de dispositions procédurales, à l'image de ce que fait la Commission européenne dans pareille situation⁵¹, afin d'assurer une protection aux déclarations du demandeur. Ainsi, quand le demandeur souhaite faire sa déclaration à l'oral, celle-ci est enregistrée sur un CD-Rom, dont l'original figure au dossier. Pour les besoins de l'instruction et de la séance devant le Conseil, un procès-verbal de transcription de la déclaration est dressé par le rapporteur. Par ailleurs, le Conseil accepte que le demandeur ne signe aucun document, qu'il s'agisse du procès-verbal constatant la démarche initiale ou des procès-verbaux d'audition et de déclaration rédigés par le rapporteur. De même, le Conseil admet que le demandeur ne soit pas destinataire des documents relatifs à l'examen de sa demande de clémence, comme les procès-verbaux ou le rapport du rapporteur. Ces documents sont, bien entendu, consultables dans les locaux du Conseil.

Sur la base des informations et éléments de preuve remis par le demandeur, le rapporteur désigné pour instruire la demande de clémence prépare un rapport dans lequel il élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles le Conseil de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est en principe adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou l'organisme concerné et au commissaire du Gouvernement. En pratique toutefois, quand les besoins de l'enquête l'exigent, les entreprises peuvent renoncer au délai de trois semaines.

L'avis de clémence

Sur la base du rapport établi par le rapporteur, le demandeur est convoqué à une séance devant le collège du Conseil de la concurrence. À l'issue de cette séance, le Conseil rend son avis de clémence.

⁵¹. Sur ce point, voir en particulier, B. Van Barlingen et M. Barennes, « The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice », *Competition Policy Newsletter*, n° 3, 2005, p. 6.

Dans son avis, le Conseil vérifie que les conditions énumérées précédemment sont remplies. Si tel est le cas et s'il s'agit d'une demande d'immunité, celle-ci est accordée automatiquement par le Conseil. Celui-ci rappellera également, dans son avis, les conditions qui pèsent sur le bénéficiaire de cette immunité conditionnelle. Il pourra également préciser l'une ou l'autre de ces conditions, comme celle relative à la coopération avec les autorités ou encore celle relative à la cessation de la participation à l'infraction présumée. Pour une demande de réduction d'amende, le Conseil vérifie que les conditions énumérées précédemment sont remplies. Il apprécie en particulier la valeur ajoutée apportée de la demande et fixe sur cette base une fourchette de réduction d'amende.

En revanche, si le Conseil considère que les conditions ne sont pas remplies, il rend un avis négatif et l'entreprise a la possibilité de récupérer les éléments de preuve qu'elle avait apportés au Conseil.

La procédure d'examen des demandes de clémence peut paraître relativement formalisée, dans la mesure où elle implique l'établissement d'un rapport par le rapporteur et un passage en séance devant le Conseil. Les conséquences de cette organisation doivent toutefois être relativisées. En effet, d'une part, quand la demande de clémence est bien préparée et qu'il est nécessaire de procéder à des perquisitions rapidement, le Conseil peut rendre son avis quelques jours seulement après la demande initiale, comme la pratique a pu le montrer à plusieurs reprises. D'autre part, la procédure française, qui conduit le Conseil à s'engager dans le cadre d'un avis de clémence sur l'exonération future de sanction, offre une bonne sécurité juridique aux entreprises.

Une fois l'avis de clémence adopté, le Conseil doit encore décider de se saisir d'office des pratiques dénoncées, afin de permettre aux services d'instruction d'engager les enquêtes. Puisque les demandes de clémence portent sur les ententes les plus graves, le Conseil de la concurrence se saisit en principe d'office à l'issue de chaque avis positif. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs autorités de concurrence membres du réseau européen de concurrence seraient mieux placées que lui pour traiter le cas que le Conseil pourrait décider de ne pas se saisir d'office de tout ou partie des pratiques dénoncées⁵².

Premier bilan statistique des résultats du programme de clémence

Depuis l'introduction du programme de clémence en droit français par la loi NRE de 2001, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion d'examiner dix affaires sous l'angle de la procédure de clémence.

Ces dix affaires couvrent toutefois plus de dix marchés ou dix pratiques distinctes. En effet, certaines demandes, formulées dans un même secteur économique, concernent plusieurs marchés et plusieurs pratiques.

52. Sur ce sujet, voir en particulier le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2004, spéc. p. 61 et s. Voir également, B. Lasserre, « Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire », *Concurrences* n° 3-2005, p. 42.

Sur ces dix affaires, le Conseil a reçu dix-sept demandes de clémence. Le nombre d'avis adopté par le Conseil est à ce jour de quinze. Les autres demandes sont encore en cours d'instruction.

L'existence d'un nombre d'avis supérieur au nombre d'affaires s'explique par le fait que certaines affaires peuvent donner lieu à plusieurs avis du Conseil, soit parce que le demandeur initial révèle au cours de la procédure l'existence de nouveaux cartels, soit parce que d'autres demandeurs sont apparus.

Si l'on observe plus en détail les demandes déjà examinées par le Conseil de la concurrence, il apparaît que celles-ci peuvent être classées en quatre catégories :

- à onze reprises, le Conseil a adopté un avis conditionnel d'immunité d'amende ;
- à une occasion, il a rendu un avis négatif, rejetant une demande d'immunité d'amende au motif que les conditions n'étaient pas remplies ;
- à deux reprises, le Conseil a accordé une exonération partielle d'amende conditionnelle, soit parce que l'entreprise était la deuxième à former une demande de clémence, soit parce que la demande ne remplissait pas complètement les conditions pour bénéficier d'une immunité conditionnelle ;
- finalement, dans une affaire, le Conseil a dû préciser dans un second avis les conditions fixées dans le premier avis de clémence, en particulier sur la délicate question de la cessation de la participation à l'infraction du demandeur.

172

D'un point de vue temporel, il semble à ce stade possible de distinguer trois phases successives. Si les deux premières avaient déjà été identifiées ⁵³, une troisième semble à présent se dessiner.

Tout d'abord, entre l'entrée en vigueur de la loi NRE de 2001 et l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 ⁵⁴ le 1^{er} mai 2004, le Conseil a reçu et examiné trois demandes de clémence. Le Conseil a, pendant cette période, octroyé deux avis d'immunité conditionnelle et rejeté une demande aux motifs que les conditions du bénéfice de la clémence n'étaient pas satisfaites.

Ensuite, une deuxième phase peut être identifiée. Celle-ci a débuté avec l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement n° 1/2003 et a duré un peu plus d'une année. Au cours de cette période, le nombre de demandes de clémence et d'avis rendus par le Conseil a augmenté. Cet accroissement sensible du nombre de demandes pendant cette période s'explique en grande partie par la mise en place du réseau européen de concurrence et la décentralisation des règles de concurrence ainsi que par le nouveau comportement des entreprises consistant à formuler des demandes de clémence auprès de l'ensemble des autorités, communautaire et nationales, susceptibles d'être bien placées pour traiter le cas. Pendant cette phase, toutes les demandes reçues par le Conseil de la concurrence ont d'ailleurs fait l'objet de

53. Voir en particulier, le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2004 ; B. Lasserre, « Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire » et C. Lemaire, « Un regard français : De la loi NRE au programme de clémence », précité.

54. 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, *JOUE* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

demandes parallèles auprès de la Commission et parfois auprès d'une ou plusieurs autres autorités nationales.

Plus récemment, depuis l'été 2005, une troisième phase semble s'engager. En effet, si le Conseil continue de recevoir des demandes faisant l'objet de demandes parallèles auprès de la Commission ou d'autres autorités nationales, le Conseil a surtout reçu des demandes concernant spécifiquement le marché national. Cette évolution témoigne d'une nouvelle dynamique du programme de clémence, y compris pour des affaires de dimension essentiellement nationale.

L'articulation des procédures

Les dispositions sur la clémence ont été introduites en droit français concomitamment à la procédure de non-contestation des griefs, examinée précédemment, procédure qui peut également conduire à une modération – parfois substantielle – des sanctions encourues. Plus récemment, est apparue en droit français la procédure d'engagements qui ne débouche sur aucune sanction. Par ailleurs, les dispositions relatives à la clémence sont circonscrites aux contentieux traités par le Conseil de la concurrence, alors même qu'en droit français, des actions civiles et pénales peuvent être engagées simultanément ou consécutivement à l'action de ce dernier. Qu'il s'agisse des procédures de non-contestation des griefs et d'engagements ou des actions civiles et pénales, la question de leur articulation avec les dispositions sur la clémence se pose.

L'articulation des procédures applicables devant le Conseil de la concurrence : la procédure de clémence et les procédures de non-contestation des griefs et d'engagements

Les dispositions du Code de commerce ne précisent pas comment les procédures de clémence, de non-contestation des griefs et d'engagements doivent s'articuler entre elles. La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a montré qu'elles poursuivaient des finalités distinctes. Il est donc possible d'en tirer quelques conclusions quant à leur articulation.

La question de l'articulation de la procédure de clémence et de la procédure d'engagements peut être rapidement réglée. Le cumul de ces procédures paraît en effet exclu. Les affaires dans lesquelles le programme de clémence est applicable, sont par nature des affaires portant sur des pratiques particulièrement graves qui ne peuvent bénéficier de la procédure d'engagements. Les deux procédures sont donc exclusives l'une de l'autre.

La question est plus délicate s'agissant de l'articulation des procédures de non-contestation des griefs et de clémence. En effet, on peut imaginer que, dans une affaire où une ou plusieurs demandes de clémence ont été formulées, une entreprise, à laquelle le bénéfice de la clémence aurait été refusé ou qui n'en aurait pas fait la demande, souhaite bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs. On observera que, juridiquement, rien ne s'oppose à ce que le rapporteur général fasse droit à une telle demande, dès

lors que l'entreprise renonce effectivement à contester les griefs et prend un certain nombre d'engagements. Pour autant, en pratique, le rapporteur général s'est, à ce jour, toujours refusé à faire droit à une telle demande.

Tout d'abord, on perçoit mal quel serait l'intérêt pour le Conseil d'accepter de mettre en œuvre la procédure de non-contestation des griefs dans un dossier de clémence. Sur le plan de la gestion du dossier, dans une telle situation, cette procédure ne présenterait aucun intérêt puisque le rapporteur devrait, en tout état de cause, préparer un rapport écrit pour les autres parties. Par ailleurs, vis-à-vis des parties qui ont demandé le bénéfice de la clémence, et en particulier de ceux qui auraient demandé le bénéfice d'une réduction d'amende, cette solution pourrait conduire à une situation inéquitable. En effet, pour obtenir un avis de réduction conditionnelle de l'amende encourue, le demandeur de clémence aurait dû apporter des éléments de preuve de l'infraction présumée constituant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil ou de l'administration. Il serait en outre soumis à un certain nombre d'obligations, dont celle de coopérer de manière permanente avec l'autorité. Accepter de récompenser une entreprise alors même qu'elle n'aurait apporté aucune contribution à l'instruction du dossier ne paraît pas justifié. En pratique, l'entreprise qui souhaite faire l'objet d'un traitement favorable doit donc demander le bénéfice de la clémence.

Ensuite, pour que la procédure de non-contestation des griefs puisse être mise en œuvre, l'entreprise doit prendre un certain nombre d'engagements. Or, les infractions susceptibles de bénéficier du programme de clémence présentent en général deux caractéristiques. D'une part, il s'agit généralement des ententes les plus graves et, d'autre part, ces pratiques ont en principe cessé au moment où le Conseil adopte sa décision finale. Dans ces conditions, on voit mal quels engagements, si ce n'est celui de ne pas recommencer, et donc de respecter la loi, l'entreprise pourrait prendre.

L'articulation de la procédure de clémence et des actions devant les juridictions de droit commun

Même s'il n'est pas possible, dans le cadre de la présente étude, d'examiner en détail la question de l'articulation de la procédure de clémence avec les actions qui peuvent être engagées devant les juridictions de droit commun, quelques précisions ou réflexions méritent d'être apportées, tant pour les actions en dommages-intérêts que pour les actions pénales.

L'articulation entre la procédure de clémence et les actions en dommages-intérêts

La question de l'articulation de la procédure de clémence et des actions civiles, ou plus particulièrement des actions en dommages-intérêts, appelle trois observations.

En premier lieu, il faut relever que l'existence d'un programme de clémence n'a aucune incidence sur la possibilité pour les victimes des pratiques

anticoncurrentielles d'obtenir réparation du préjudice causé par les pratiques en cause ⁵⁵.

En deuxième lieu, l'une des difficultés que suscitent les actions civiles après l'adoption d'une décision du Conseil de la concurrence est relative à l'accès aux documents figurant dans le dossier du Conseil. Bien qu'il n'existe pas encore de jurisprudence spécifique sur ce point, plusieurs remarques peuvent être formulées.

Au préalable, il convient de rappeler l'existence de sanctions pénales pour « *la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications et consultations auxquelles il a été procédé* » ⁵⁶. Les parties ne peuvent donc, en théorie, utiliser les documents figurant au dossier du Conseil au soutien d'une éventuelle action civile.

Cependant, s'agissant des ententes soumises à la procédure de la clémence, les recours viendront davantage des victimes que des auteurs des pratiques. Dans ce cadre, on sait que le juge judiciaire peut demander au Conseil la communication de documents. En effet, aux termes de l'article 11 du NCPC, le juge « *peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ». Cette procédure a été mise en œuvre à plusieurs reprises dans des affaires pour lesquelles il n'y avait pas de demandeur de clémence. Si une telle demande parvenait au Conseil dans une affaire dans laquelle il a accordé le bénéfice de la clémence, le Conseil considère d'une manière générale que la divulgation de documents reçus dans le cadre de la demande de clémence porterait atteinte à l'efficacité de son programme de clémence et pourrait constituer un empêchement légitime à la transmission de ces documents.

En troisième lieu, on observera que si, à ce jour, les questions liées aux actions en dommages-intérêts intentées après l'adoption d'une décision du Conseil trouvant son origine dans une demande de clémence sont plus théoriques que pratiques, cette situation pourrait bien évoluer. En effet, des réflexions sont actuellement en cours, tant au niveau national que communautaire, sur les actions privées ⁵⁷. Dans ce cadre, une réflexion devra être

55. On observera, dans ce cadre, que la Commission européenne n'hésite pas à inciter les victimes de pratiques anticoncurrentielles à se tourner vers les juridictions pour obtenir réparation de leur préjudice. Ainsi, par exemple, dans un communiqué de presse récent, elle indique que « *toute personne ou entreprise lésée par des pratiques anticoncurrentielles telles que celles décrites ci-dessus peut porter l'affaire devant les tribunaux des États membres pour obtenir des dommages-intérêts, en faisant référence à la décision publiée pour prouver que la pratique a eu lieu et qu'elle était illégale. Même si la Commission a infligé des amendes aux entreprises concernées, des dommages-intérêts peuvent être accordés sans que le montant en soit réduit au titre de l'amende infligée par la Commission. Un livre vert sur l'application des règles antitrust par les entreprises et les particuliers vient d'être publié* ». Voir par exemple le communiqué de presse de la Commission IP/05/1656 du 21 décembre 2005, « *Concurrence : la Commission inflige des amendes d'un montant total de 75,86 millions d'euros à quatre entreprises pour participation à une entente dans le domaine des produits chimiques pour le traitement du caoutchouc* ».

56. Voir l'article L. 463-6 du Code de commerce.

57. Voir, au niveau national, le Rapport sur l'action de groupe, Groupe de travail présidé par MM. G. Cerutti et M. Guillaume, du 16 décembre 2005 et, au niveau communautaire, le Livre vert de la Commission du 19 décembre 2005, Actions en dommages intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final.

menée sur les moyens d'articuler l'action publique et les actions privées, en tenant compte en particulier de la nécessité de préserver l'efficacité et l'attractivité des programmes de clémence.

L'articulation entre la procédure de clémence et les actions pénales

En droit français, l'article L. 420-6 du Code de commerce énonce : « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une 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.* » Si l'existence de sanctions pénales pour les personnes physiques peut constituer un outil majeur de dissuasion et de répression des infractions les plus graves, comme les ententes injustifiables, celles-ci doivent être conciliées et articulées avec l'action des autorités qui, comme le Conseil de la concurrence, imposent des sanctions administratives aux entreprises.

Or, force est de constater qu'en droit français, l'introduction d'un programme de clémence ne s'est pas accompagnée d'une réflexion sur l'articulation entre les deux catégories d'actions. Ainsi, les exonérations de sanctions que le Conseil de la concurrence peut accorder aux entreprises au titre du programme de clémence, ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal. On observera que, dans d'autres systèmes juridiques, comme au Royaume-Uni, les deux voies d'action ont été articulées entre elles et les procédures de clémence peuvent s'appliquer pour les différentes catégories de sanctions et les différentes catégories de personnes, physiques et morales.

Plusieurs observations peuvent toutefois être formulées pour relativiser le prétendu « risque pénal » qui menacerait les demandeurs de clémence par l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce.

En premier lieu, il faut rappeler qu'en pratique, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, seules quelques affaires ont fait l'objet d'une transmission au Parquet. Ces transmissions n'ont débouché sur des poursuites effectives que dans des cas encore moins nombreux.

De plus, comme cela a été indiqué publiquement par le président du Conseil, celui-ci ne transmettra pas au procureur de la République les dossiers dans lesquels le ou les bénéficiaires de la clémence sont susceptibles de faire l'objet de sanctions pénales. Indépendamment de la volonté de sécuriser le programme de clémence français, ce choix peut s'expliquer par des éléments objectifs. On peut ainsi noter que, lorsque le Conseil a considéré qu'il était utile de faire usage de l'article L. 420-6, il s'agissait souvent de cas dans lesquels l'instigateur de l'entente avait exercé une contrainte ou avait fait usage de menaces à l'encontre des autres membres de l'entente pour les y entraîner ou les y maintenir. Or, ce cas est précisément l'un de ceux pour lesquels la clémence ne peut être accordée. Il faut donc garder à l'esprit que, par principe, les bénéficiaires de la clémence n'auront jamais exercé de contraintes ou de représailles sur leurs concurrents et qu'il n'y aura donc pas matière à rechercher, sur ce motif, une responsabilité pénale. Les craintes des demandeurs peuvent donc être dissipées.

Pour autant, cette situation ne peut être jugée complètement satisfaisante à long terme. En effet, pour éviter les effets potentiellement néfastes qu'une telle transmission pourrait avoir sur le programme de clémence français (voire également sur celui d'autres autorités) et protéger les personnes physiques qui ont décidé d'apporter l'affaire, le Conseil est conduit à renoncer à utiliser, à l'encontre des autres membres du cartel non bénéficiaires de la clémence, une catégorie de sanctions particulièrement dissuasive dans des affaires portant sur les infractions les plus graves et pour lesquelles les éléments constitutifs de l'infraction ont potentiellement le plus de chance d'être réunis. Il y a là quelque paradoxe. Pour améliorer le dispositif, une nouvelle réflexion sur les sanctions et leur articulation devrait être entreprise au niveau national.

■ Conclusion

Au terme de cette étude, on constate que la multiplication des instruments mis à la disposition de l'autorité de concurrence (sanctions, injonctions, mesures conservatoires, engagements, clémence, non-contestation des griefs, procédure dite « *de minimis* »), qui répond à la grande variété des situations de marché qu'il connaît, doit logiquement conduire à l'affectation privilégiée de certains instruments à certaines pratiques ou à certaines situations de concurrence. De même, la pleine efficacité de chaque instrument nécessite que l'on élimine les effets de brouillage entre eux et que l'on veille à ne pas donner aux entreprises des incitations contradictoires.

À cet égard, le couple « sanction pécuniaire / clémence » s'articule naturellement, la sévérité des sanctions rendant plus attractive la possibilité d'en être exonéré lorsqu'on dénonce un cartel. De même, le couple « mesure conservatoire / engagement » est assez complémentaire, la menace de mesures conservatoires, subies plus que choisies, rendant plus attractif pour une entreprise le choix de proposer elle-même des remèdes adaptés à sa situation et au problème de concurrence soulevé. Cette option intéresse également le Conseil car elle lui permet d'obtenir le résultat visé par la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées à minima.

En revanche, la procédure de non-contestation des griefs se distingue par son caractère hybride, empruntant des caractéristiques aux deux autres procédures alternatives. D'un côté, le fait d'exiger des entreprises des engagements pour l'avenir afin de pouvoir bénéficier d'une réduction de sanction la rapproche de la procédure d'engagements. D'un autre côté, le fait que la non-contestation des griefs permette d'obtenir une réduction de l'amende, l'apparente à une procédure de coopération dont le modèle reste par excellence la demande de clémence. Le fait que les commentateurs répugnent depuis sa création à la désigner clairement par le terme de transaction, alors même qu'elle en possède beaucoup des attributs, montre qu'une clarification est nécessaire. Pour tenir compte de la montée en puissance du

programme de clémence français et des avantages de la procédure d'engagements, dont le succès a été immédiat, il est souhaitable que la procédure de non-contestation, qui constitue un instrument intéressant auquel s'intéresse d'ailleurs la Commission européenne, fasse l'objet de quelques adaptations pour trouver sa place définitive dans le dispositif général des outils du droit de la concurrence.