Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Emmanuel Combe

Vice-président de l'Autorité de la concurrence de 2012 à 2022
Professeur des universités en économie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

40 ans de sanctions pécuniaires du Conseil et de l'Autorité de la concurrence : une influence économique

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Introduction

« L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. » : c'est par deux alinéas - les deux premiers de l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 - qu'est mis fin à quarante et un ans de prix administrés.

Ce basculement marque un changement de philosophie sur la nature même d'un prix[1]. Dans le système issu de l'après-guerre, le prix était d'abord perçu comme un instrument de politique publique. Après 1986, il devient ce qu'il doit être en économie de marché, à savoir un signal de rareté relative.

Mais encore faut-il que ce signal ne soit pas faussé par des pratiques d'entreprises qui ne reflètent pas le jeu normal du marché. Il est donc logique que l'ordonnance de 1986, en même temps qu'elle libère les prix, instaure une régulation *ex post* des comportements des entreprises. C'est pourquoi l'ordonnance de 1986, dans ses articles 7 et 8, devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, prohibent les ententes anticoncurrentielles tout comme l'exploitation abusive d'une position dominante.

"C'est sur la sanction pécuniaire que se joue la crédibilité de tout l'édifice."

Reste que ces règles du jeu concurrentiel ne valent que s'il existe une institution qui les fasse respecter, et c'est la troisième innovation de l'ordonnance de 1986, la plus structurante à long terme. Ce contrôle est confié à une institution indépendante, dotée d'un pouvoir propre de décision et de sanction.

Liberté des prix, responsabilité des entreprises, contrôle *ex post* par une autorité indépendante : la trilogie cohérente est mise en place dès l'ordonnance de 1986. Mais elle ne tient que si le dernier maillon de la chaîne fonctionne véritablement, à savoir la sanction effective des comportements qui enfreignent les règles de concurrence. C'est sur la sanction pécuniaire que se joue la crédibilité de tout l'édifice. Elle doit satisfaire simultanément à deux exigences difficiles à concilier : être significative pour être suffisamment dissuasive, et assez encadrée pour ne pas devenir arbitraire.

C'est cette histoire du montant des sanctions pécuniaires[2] que l'on voudrait brièvement retracer ici, sur les quarante années qui nous séparent de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, le 1er janvier 1987, en prenant comme seul prisme le montant des sanctions. Elle peut se résumer en une phrase : la France est passée progressivement de sanctions symboliques à des sanctions élevées, voire dissuasives, sous l'influence d'une logique économique, sans jamais sombrer dans un calcul automatique.

Une montée en puissance progressive du montant des sanctions

Jusqu'en 1986, la répression des ententes et des abus de position dominante relève du champ du ministre de l'Économie. Le maximum de sanction encourue est fixé à 5 % du chiffre d'affaires, calculé sur le secteur d'activité où l'infraction a été commise. Les sanctions restent assez rares et leur montant faible. L'ordonnance du 1er décembre 1986 opère un changement institutionnel profond, en conférant au Conseil de la concurrence un pouvoir de sanction autonome. Si le plafond légal de 5 % est maintenu, il se calcule désormais sur le chiffre d'affaires total réalisé en France.

À partir de 1987, se met en place progressivement une véritable politique de sanctions pécuniaires.

Il faudra attendre l'adoption de la loi NRE du 15 mai 2001 pour voir le montant des sanctions devenir plus dissuasif. Le plafond légal est relevé à 10 % et calculé désormais sur le chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe auquel appartient l'entreprise. De plus, ce n'est plus le chiffre d'affaires du dernier exercice clos qui est pris comme base de calcul, mais le plus élevé des exercices clos depuis celui précédant les pratiques.

La dernière étape interviendra avec l'entrée en vigueur du premier communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, le 16 mai 2011. Ce communiqué marque une étape de « professionnalisation » dans le calcul des sanctions pécuniaires. Le Conseil

de la concurrence explicite pour la première fois les différentes étapes de la méthode de détermination des sanctions, depuis le montant de base jusqu'aux ajustements finaux.

Il est ainsi possible de distinguer, en matière de quantum de sanctions, trois grandes périodes : la période de 1988 à 2000 de montée en puissance ; la période de 2001 à 2011 de modernisation de la politique de sanction ; la période de 2012 à nos jours qui marque l'arrivée à maturité de la politique de sanction. Cette périodisation doit être regardée avec prudence, compte tenu de la volatilité des montants annuels. L'objectif est surtout de prendre la mesure de la hausse des sanctions moyennes depuis 1988.

Tableau – Évolution des sanctions pécuniaires prononcées

Période	Sanctions totales prononcées	Moyenne annuelle	Sanction moyenne par décision
1988-2000	447,6 M€	34,4 M€	1,36 M€
2001-2011	3 058,6 M€	278,1 M€	14,1 M€
2012-2025	9 611,8 M€	686,6 M€	environ 62,4 M€

Source : à partir des rapports annuels

Durant la première période, entre 1988 et 2000, les sanctions restent assez symboliques. A partir de 1988, les rapports du Conseil livrent le montant consolidé des sanctions, année après année. Sur les treize années ainsi documentées, ils montrent une activité contentieuse certes abondante — une trentaine de décisions de sanction par an en moyenne — mais avec un montant total de 447,6 millions d'euros, soit 34,4 millions d'euros par an. Cette moyenne est très fortement affectée par l'affaire des commissions interbancaires, qui représente à elle seule 174,5 millions d'euros de sanctions en 2000. Hors cette décision, le montant annuel moyen n'est que de 21 millions d'euros et la sanction moyenne par décision de 0,82 million d'euros.

Une deuxième période s'ouvre, de 2001 à 2011, à la suite de l'adoption de la loi NRE du 15 mai 2001. Cette dernière permet, en autorisant le Conseil de la concurrence à prendre comme assiette de base le plus élevé des exercices clos depuis celui précédant les pratiques, de neutraliser les stratégies de contournement des entreprises. La loi introduit par ailleurs deux instruments promis à un grand avenir, la clémence et la non-contestation des griefs, auxquels l'ordonnance du 4 novembre 2004 ajoutera la procédure d'engagements.

Sur la période 2001-2011, les sanctions prononcées atteignent au total 3,06 milliards d'euros, soit une moyenne annuelle de 278,1 millions d'euros — treize fois le niveau des années 1988-2000 — et la sanction moyenne par décision s'établit à 14,1 millions d'euros, soit dix-sept fois le niveau de la période précédente. Le nombre de décisions de sanction commence à décroître : d'une trentaine par an au début de la période, il tombe à moins d'une dizaine à la fin. Moins de sanctions, mais plus lourdes. Ceci s'explique aussi par le fait que l'autorité oriente une part croissante des affaires vers les engagements ou la non-contestation des griefs, et réserve les sanctions aux infractions les plus graves.

Deux décisions marquent cette période. La première est celle relative à l'entente entre les trois opérateurs de téléphonie mobile, qui prononce 534 millions d'euros de sanctions. Pour la première fois, une sanction atteint l'ordre de grandeur des amendes communautaires. La seconde est la décision de 2008 relative au négoce des produits sidérurgiques, qui prononce 575,4 millions d'euros. Elle est intéressante par sa suite autant que par son montant : la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 19 janvier 2010, ramène la sanction à 75 millions d'euros, soit une division par près de huit. Ce que cette affaire révèle, c'est que vingt-trois ans après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'autorité de sanction et son juge ne s'accordent pas sur le montant des amendes. Le rapport Folz-Raysseguier-Schaub naît à la suite de cet arrêt. Son message principal est que, si l'amende est l'instrument principal de la répression, elle doit obéir à une certaine prévisibilité dans sa détermination.

Message entendu : l'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil en mars 2009, se dote en 2011 d'une méthode de détermination des sanctions. Le communiqué du 16 mai 2011 formalise une assiette de calcul de la sanction — la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction — et une méthode générale de détermination de la sanction qu'elle s'engage à suivre. Ajoutons que le Communiqué Sanctions a valeur de lignes directrices et non de barème automatique. L'Autorité peut donc s'en écarter par décision motivée. Elle l'a par exemple fait chaque fois que la valeur des ventes n'avait pas de sens. De plus, il peut être tenu compte de la capacité contributive : une entreprise peut obtenir une réduction si elle établit des « *difficultés financières*

particulières affectant sa capacité contributive ». La politique de sanction n'est donc pas aveugle : elle intègre la contrainte de solvabilité, y compris au prix d'une atteinte manifeste à la dissuasion.

La troisième et dernière période, de 2012 à 2025, est celle de la pleine application du communiqué sanctions, révisé en 2021. En effet, l'ordonnance du 26 mai 2021, transposant la directive ECN+, supprime le critère du dommage causé à l'économie. Le communiqué du 30 juillet 2021 en tire les conséquences méthodologiques. Les proportions de la valeur des ventes vont de 15 à 30 % pour les restrictions les plus graves, avec un droit d'entrée de 15 à 25 %.

Au niveau des sanctions, on change à nouveau d'échelle. Le cumul des sanctions atteint 9,61 milliards d'euros en quatorze ans, soit une moyenne annuelle de 686,6 millions — soit près de deux fois et demie la période précédente — et une sanction moyenne de l'ordre de 62 millions d'euros par décision. Le nombre de décisions de sanction, lui, se stabilise autour d'une dizaine par an : la concentration du quantum sur un petit nombre d'affaires, engagée dès les années 2000, a atteint son terme. L'Autorité est clairement dans une logique de sanction dissuasive, au regard des montants moyens infligés par entreprise. On peut d'ailleurs constater que le ministre, bien qu'il en ait le pouvoir, n'a jamais demandé un alourdissement des sanctions de l'Autorité. *A contrario*, cette forte hausse des sanctions a conduit à plusieurs reprises à des réformations de leur montant par la Cour d'appel de Paris, au motif de leur non proportionnalité : à titre d'exemple, dans l'affaire *Apple*, la Cour d'appel a considéré que le taux de majoration de 90 % appliqué à Apple était disproportionné pour « *garantir le prononcé de sanctions satisfaisants les objectifs de répression et de dissuasion* », et a retenu un taux de 50 %. Au-delà du seul cas *Apple*, au cours de la période 2012/2020, la réduction moyenne de sanction pour les affaires qui ont fait l'objet d'un recours a été en moyenne de 27,6 %, ce qui est significatif.

Le trait dominant de cette période est le retour régulier des années à plus d'un milliard d'euros, à la fois pour des pratiques de cartel mais aussi d'abus de position dominante : quatre en quatorze ans. En 2014 par exemple, l'affaire des produits d'hygiène et d'entretien — 951 millions d'euros — représente ainsi à elle seule 94 % du total annuel. Cette concentration extrême des sanctions invite donc à une certaine prudence dans la lecture des chiffres sur une année et invite plutôt à raisonner sur une tendance.

Derrière la hausse des sanctions pécuniaires : l'influence du raisonnement économique

Cette montée en puissance du montant des sanctions pécuniaires n'est pas sans lien avec la diffusion progressive, à partir des années 2000, d'une littérature économique sur la fonction dissuasive des sanctions, qui a imprégné les autorités de concurrence.

L'idée n'est à vrai dire pas nouvelle et remonte au prix Nobel Gary Becker (1968)[3] : un agent rationnel et neutre au risque n'enfreint pas la loi si le gain espéré de l'infraction est inférieur au produit de la probabilité de détection par la sanction anticipée. La sanction, pour être dissuasive, doit donc être au moins égale au gain illicite divisé par la probabilité de détection. Au cours de la décennie 2000, la recherche académique a réactivé ce cadre d'analyse, pour développer la théorie dite de la « sanction optimale » (Connor, Lande, Spagnolo, Buccirossi, Combe etc.)[4] dans le cas particulier des cartels. Le raisonnement repose sur deux paramètres que les travaux empiriques durant la décennie 2000 sont venus documenter. Le premier est la probabilité de détection : les travaux convergent vers une probabilité annuelle de l'ordre de 15 %[5] — étant entendu qu'il s'agit d'une borne haute, puisque l'on ne peut observer que les cartels détectés. Le second est le surprix : les nombreuses études sur des échantillons de cartels condamnés en Europe et aux États-Unis font apparaître un surprix moyen d'environ 15 %[6].

La plupart des travaux empiriques, basés sur une estimation du gain illicite, concluent que les amendes effectivement prononcées restent assez éloignées de la sanction optimale, surtout si l'on tient compte de la faible probabilité de détection. La littérature économique en tire deux conséquences pratiques. La première est qu'il est nécessaire d'augmenter significativement les sanctions pécuniaires. La seconde est qu'il est plus efficace d'agir sur la probabilité de détection que sur le montant de l'amende, notamment *via* les programmes de clémence dans le cas des cartels.

Ces travaux se développent à un moment charnière au niveau européen. À la Commission, Mario Monti, commissaire chargé de la concurrence de 1999 à 2004, fait de la lutte contre les cartels la priorité affichée de la politique de concurrence. Le programme de clémence, révisé en 2002, devient le principal pourvoyeur d'affaires. Le niveau des amendes change d'échelle : la décision de novembre 2001 sur le cartel des vitamines prononce à elle seule plus de 850 millions d'euros, et les records annuels se succèdent ensuite. Le mouvement se prolonge au-delà du mandat de Mario Monti, avec les lignes directrices de 2006 qui substituent à l'approche forfaitaire antérieure un montant de base assis sur la valeur des ventes, multiplié par le nombre d'années de participation et majoré d'un droit d'entrée.

Les travaux sur la sanction optimale ont ainsi fourni la justification doctrinale à une sévérité accrue ; à la fin des années 2000, les notions de dissuasion, de gain illicite et de probabilité de détection sont devenues familières aux autorités de concurrence.

"A la fin des années 2000, les notions de dissuasion, de gain illicite et de probabilité de détection sont devenues familières aux autorités de concurrence."

Dans le cas français, l'objectif de dissuasion a été explicitement intégré dans le Communiqué sanctions. Ainsi, le point 8 du communiqué du 30 juillet 2021 assigne aux sanctions « *un double objectif de répression et de dissuasion, tant individuelle* [...] *que générale* ». Le point 31 justifie le droit d'entrée, somme forfaitaire ajoutée au montant de base pour les infractions les plus graves, par la nécessité « *de dissuader les entreprises de participer à de telles pratiques* ». Le point 39 permet enfin d'adapter le montant « *afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction* ». Le gain illicite est présent lui aussi, mais son statut a changé. Dans le communiqué de 2011, il apparaissait comme une composante du dommage à l'économie, supprimé par la suite. Le communiqué de 2021 en fait un motif autonome de majoration : le point 42 prévoit que l'Autorité peut majorer la sanction « *lorsqu'il résulte des éléments à sa disposition que les gains illicites estimés réalisés par l'entreprise* [...] *grâce à l'infraction* [...] *sont supérieurs au montant de la sanction pécuniaire qu'elle pourrait prononcer* ». De même, l'appartenance à un groupe (point 41), qui permet d'adapter le montant à la hausse lorsque « *le groupe auquel appartient l'entreprise concernée dispose lui-même d'une taille, d'une puissance économique ou de ressources globales importantes* », repose sur une approche en termes de dissuasion. C'est même le principal paramètre dont dispose l'Autorité pour corriger par le haut la faiblesse relative des sanctions infligées aux très grandes entreprises.

Un bémol toutefois dans cette incorporation progressive du raisonnement économique dans l'appréciation de la sanction : la prise en compte de la durée. Le paramètre de la durée est sans doute celui qui est le plus évident : en effet, en première approximation, le surprofit d'une pratique anticoncurrentielle est proportionnel au temps pendant lequel la pratique a duré. C'est pour cette raison que les lignes directrices européennes de 2006 multiplient le montant de base de la sanction par le nombre d'années de participation. Pourtant, la France a retenu jusqu'en 2021 une approche différente. En effet, le paragraphe 42 du communiqué du 16 mai 2011 disposait que la proportion retenue était appliquée, « *au titre de la première année complète de participation* », à la valeur des ventes de l'exercice de référence, et « *au titre de chacune des années suivantes, à la moitié de cette valeur* ». Cette pondération ne procédait d'aucune obligation légale : il s'agit d'une modération que l'Autorité s'était imposée à elle-même, dans le contexte de 2011 où il fallait faire accepter la publication d'une méthode par des entreprises qui redoutaient un emballement des sanctions. Le communiqué du 30 juillet 2021 met fin à cette anomalie : son point 34 dispose que le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes « *est multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction* », les périodes inférieures à un an comptant *pro rata temporis*. Cet ajustement de la durée conduit mécaniquement à une forte hausse des sanctions, par rapport à la situation antérieure, ce qui pourrait conduire l'Autorité à s'exonérer plus fréquemment du Communiqué sanctions. En effet, le risque, au regard de l'expérience passée dans

de grandes affaires comme *Apple*, est celui d'une réformation du montant de la sanction par la Cour d'appel de Paris, au motif de la non proportionnalité de la sanction.

Pour conclure, il apparaît qu'en l'espace de 40 ans, la sanction pécuniaire s'est imposée comme l'un des principaux instruments par lequel le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont fait vivre le droit de la concurrence en France, au travers de sa fonction répressive et dissuasive. Cette primauté des sanctions pécuniaires se lit au travers de leur forte croissance au cours du temps et s'explique en partie par la diffusion progressive d'une culture économique sur l'effectivité des sanctions.

Mais cette imprégnation n'a pourtant pas conduit le Conseil puis l'Autorité de la concurrence à sombrer dans une approche mécanique, pour rester dans une appréciation motivée, tenant compte des spécificités de chaque cas.

1 Voir en particulier : L. Warlouzet (2022) « La liberté des prix devient la règle ». La libération des prix et l'établissement de la politique de la concurrence en 1986, Histoire, économie & société, pp. 14-29.

2 La politique de sanction ne se réduit pas aux sanctions pécuniaires ; elle inclut aussi les injonctions à cesser les pratiques ou l'injonction de publication d'un extrait de la décision.

3 G. Becker (1968) « Crime and Punishment: An Economic Approach », Journal of Political Economy, vol. 76, n° 2, p. 169-217.

4 Voir notamment : J. Connor et R. Lande (2005), « How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines », Tulane Law Review, vol. 80, n° 2, p. 513-570 ; W. Wils (2006) « Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice », World Competition, vol. 29, n° 2, p. 183-208. P. Buccirossi et G. Spagnolo (2006), « Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still Go to Prison? », CEPR Discussion Paper n° 5465 ; E. Combe et C. Monnier (2011), « Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement », The Antitrust Bulletin, vol. 56, n° 2, p. 235-275.

5 Voir : P. Bryant et E. Eckard (1991) , « Price Fixing: The Probability of Getting Caught », Review of Economics and Statistics, vol. 73, n° 3, 1991, p. 531-536, ; E. Combe, C. Monnier et R. Legal (2008) « Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union », Bruges European Economic Research Papers, n° 12.

6 Voir : J. Connor (2004) « Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence », American Antitrust Institute Working Paper n° 04-05 ; M. Boyer et R. Kotchoni (2015) « How Much Do Cartel Overcharge? », Review of Industrial Organization, vol. 47, n° 2, p. 119-153.